



مَجْلَدُ تَجْمَعِ الْفِقْهِ الْأَسْبَلَاغِيِّ

بحوث هذه الدورة لم تطبع بشكل رسمي، وقد اجتهدنا في إخراجها بصورة مشابهة للدورات السابقة



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

إعداد
الدكتور علي أحمد الندوي
معهد الاقتصاد الإسلامي
جامعة الملك عبد العزيز بجدة

بسم الله الرحمن الرحيم

أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين، وبعد،

فقد روعي في هذا البحث أن يكون مؤسسا وفق العناصر التي نسج عليها مخطط البحث من قبل إدارة مجمع الفقه الإسلامي، مع التعديل في بعض النقاط، على الوجه الذي رأيته مناسبا من باب استكمال المطلوب. وقد جاء البحث حول المحاور الثلاثة المذكورة في المخطط حسب الترتيب الآتي:

المحور الأول: أحكام الاستدانة في الشريعة الإسلامية:

(١) أحكام إشهار إفلاس المدين:

(أ) إشهار إفلاس المدين الموسر المماطل، وإشهار إفلاس المدين المعسر.

(ب) صيغ الإشهار وطرقه

(ج) الأحكام المترتبة على إشهار إفلاس المدين

(٢) حبس المدين الموسر المماطل وتغريمه

المحور الثاني: بيع الدين:

(١) استكمال بحث صور الدين، من غير الصور الوارد ذكرها في قرار المجمع،

وبيان حكم الشرع فيها.

(٢) البدائل المشروعة لبيع الدين.

المحور الثالث: الوسائل التي تحمي المؤسسات المالية المقرضة من إعسار المدينين أو التخفيف

منه:

ويتضمن هذا المحور بحث العنصرين الآتيين:

(أ) التدقيق في دراسات الجدوى للمشروعات التي تقدمها الشركات والمؤسسات المقرضة.

(ب) الحصول على الضمانات الكافية عند الإقراض.

فإليكم بيان المحاور الثلاثة مع عناصرها المبينة آنفا:

المحور الأول أحكام الاستدانة في الشريعة الإسلامية

(١) أحكام إشهار إفلاس المدين:

- (أ) إشهار إفلاس المدين الموسر المماطل، وإشهار إفلاس المدين المعسر.
(ب) صيغ الإشهار وطرقه
(ج) الأحكام المترتبة على إشهار إفلاس المدين .

(٢) حبس المدين الموسر المماطل وتغريمه

تمهيد :

تجدر الإشارة في مطلع البحث إلى أن "الإعسار" وما يرتبط به من قضايا، قد تمخض كل ذلك عن المتاجرة عبر الديون، بل هو من عواقب نظام المداينات. وعلى الرغم من تناول الفقهاء قضية الإعسار والإفلاس قديما وحديثا لا تزال الحاجة قائمة لمزيد من البحث والدراسة حول هذا الموضوع بالنظر إلى واقع الحياة الاقتصادية والاجتماعية اليوم. فكلما اتسعت دائرة التعامل بالديون واستفحل أمرها، تبدت ظاهرة الإعسار المتمثل في تعثر المديونيات في المجتمع، ونجمت أزمات اقتصادية عالمية.

وهذا لا يعني منع الاستدانة بصورة مطلقة، لأننا إذا أجلنا النظر في نصوص الشريعة، تبين لنا جواز الاستدانة، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(١)، وقال تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٢) فدل ذلك من قوله على جواز التداين، وذلك إذا تداين في غير سرف ولا فساد، وهو يرى أن ذمته تقي بما تداين به^(٣) .

وعن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن ميمونة زوج النبي ﷺ استدانت، فقيل لها: يا أم المؤمنين تستدين وليس عندك وفاء؟! قالت: إني سمعت رسول الله صلى عليه وسلم يقول: "من أخذ ديناً وهو يريد أن يؤديه، أعانه الله عز وجل"^(٤) .

"ففي ذلك ما قد دل على إباحة الاستدانة مع النية لقضاء ما يستدان"^(٥) .

^١ الآية: ٢٨٢ - سورة البقرة

^٢ ١١ - ١٢ من سورة النساء

^٣ المقدمات الممهدة، لأبي الوليد ابن رشد ٣٠٢/٢، كتاب المديان

^٤ شرح مشكل الآثار للطحاوي وإسناده صحيح. رجاله ثقات رجال الشيخين، ٦٩/١١، تحقيق: شعيب الأرنؤوط

^٥ المصدر نفسه ٧٣/١١

ولكن بما أن الدين في كثير من الحالات يؤدي إلى النزاع والخصومة بين العباد، فالأصل أن لا يستحسن اللجوء إلى الدين بدون حاجة أو مصلحة. ومما يؤكد ذلك أنه "قد رويت عن النبي ﷺ آثار كثيرة في التشديد في الدين... "(١).

ومقتضى ذلك أن لا يتخذ نظام المداينة أداة للتعامل بصورة واسعة بدون تعين الحاجة إلى ذلك. ولا بد من بذل جهود علمية في إيجاد بدائل عملية مناسبة مقبولة يتم بها تخفيف ظاهرة المتاجرة بالديون، ففي الظروف الراهنة توافرت وسائل سريعة قد سهلت عملية التداول بالقروض والديون، ووسعت شبكة المعاملات المبنية على الديون، وفتحت بابها على مصراعيها، ومن ثم أقبل الناس على التعامل بها، واكتسبت المداينة أهمية بالغة في التنمية الاقتصادية وأصبحت رافداً من أهم روافد عملية التبادل. ولأنها "تسمح بتحسين كفاءة استخدام الموارد النقدية في المجتمع. ذلك أن كل وحدة اقتصادية (منتج، مستهلك) تحتاج إلى الاحتفاظ بقدر من النقود "المخزون النقدي"، تحسباً للطوارئ ولأسباب أخرى مشهورة. فإذا أصبحت الاستدانة سهلة وشائعة اجتماعياً، فإن الوحدات الاقتصادية ستجد أن بوسعها تخفيض أرصدها النقدية الاحتياطية عما كانت عليه..."(٢).

هذا التعليل في حد ذاته صحيح، ولكن لم يسلم توسيع شبكة المداينة من بروز نتائج غير مرضية تعكس سلبيات ربما تطفئ على الإيجابيات. ولذا جاء التعرّيج في هذا المحور على قضايا تتصل بإعسار المدين وإفلاسه، وهي معروضة للبحث فيما يأتي:

(١) أحكام إشهار إفلاس المدين:

يمكن أن يستشكل البدء بأحكام الإفلاس بدون تمهيد حول الإعسار الذي تصدّر به عنوان البحث، ولكن يزول الإشكال إذا عرفنا الصلة القائمة بين الإعسار والإفلاس. وهذا ما يظهر من التقسيم الذي تناوله النص الآتي من كلام الإمام رشدي "المقدمات":

• "المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء، فإذا ثبت الإعسار، فلا سبيل إلى المطالبة، ولا إلى الحبس بالدين، لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر.

وهذا في المعسر المعدم - أي الفقير - ، إذ ليس كل معسر معدماً، وكل معدم معسر، فالإعسار أعم من الإعدام، فالغرماء على هذا ينقسمون على ثلاثة أقسام: غريم غني، وغني معسر غير معدم، وغريم معسر معدم..."(٣).

وعلى هذا ترى كلمة الإعسار في هذا المقام تنسحب على جميع المدينين، الذين يظهر منهم العسر في الوفاء بالالتزامات تجاه الدائنين.

^١ مقدمات ابن رشد ٢/٣٠٢، كتاب المديان

^٢ التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، محمد أنس الزرقا، محمد علي القري، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، ٣، ١٤١١هـ/١٩٩١م، ٢٦-٢٧، الديون والبنوك، عبد الله بن سيف الأزدي ص ١١١

^٣ مقدمات ابن رشد ٢/٣٠٦-٣٠٧، كتاب المديان، وانظر: مناهج التحصيل، لأبي الحسن الرجرجاني ١٦١/٨

وفي بداية الحديث حول القضية المطروحة ينبغي إمعان النظر في بعض المصطلحات المتعلقة بها:

- "الفلس عدم المال، والتفليس خلع الرجل من ماله لغرمائه، والمفلس: المحكوم عليه بحكم الفلس..."^(١).

قال الإمام ابن قدامة: "المفلس هو الذي لا مال له، ولا ما يدفع به حاجته...، وإنما سمي هذا مفلسا، لأنه لا مال له إلا الفلوس، وهي أدنى أنواع المال. والمفلس في عرف الفقهاء: من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله. وسُمّوه مفلسا وإن كان ذا مال، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه، فكأنه معدوم...، ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه. ويجوز أن يكون سمي بذلك، لأنه يمنع من التصرف في ماله، إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به، كالفلوس ونحوها"^(٢).

وقال الإمام عبد الملك الجويني: "التفليس والإفلاس في أصل اللسان، يعبر بهما عن الانتهاء إلى غاية الضر في المسكنة. وقول القائل: أفلس فلان، معناه وصل إلى الفلوس، ولم يبق له مال يرمى...، والتفليس اكتساب المفلس نعت إفلاسه."^(٣).

وقال الإمام الغزالي: "التفليس: أن يجعل من عليه الدين مفلسا ببيع ماله، ومهما التمس الغرماء الحجر عليه بديونهم الحالة الزائدة على قدر ماله: فللقاضي الحجر عليه وبيع ماله في حقهم"^(٤).

"والحجر هو المنع، وكل تحريم حجر في الشرع. والحجر في اصطلاح الفقهاء ما يتضمن المنع من التصرف"^(٥).

هذا، وأما إشهار المدين، فيتضح مما يأتي:

(أ) إشهار إفلاس المدين الموسر المماطل، وإشهار إفلاس المدين المعسر:

لا خلاف في جواز إشهار إفلاس الموسر المدين المماطل، بإصدار مرسوم قضائي، ويترتب على ذلك الحجر على تصرفه في أمواله، لكي يستوفى منها حقوق الغرماء.

قال الإمام الجويني: "الحجر مقصوده منع المحجور عليه من التصرف"^(٦).

وجاء في معرض كلامه عن التفليس: "وإن امتنع من عليه الحق من أداء ما عليه مع القدرة، فهو ظالم مندرج تحت قوله ﷺ: "مطل الغني ظلم"، "لي الواجد ظلم"، ثم القاضي

١ مقدمات ابن رشد ٣١٥/٢، كتاب التفليس
٢ المغني ٥٣٦/٦ - ٥٣٧، كتاب المفلس
٣ نهاية المطلب في دراية المذهب ٣٠٣/٦
٤ الوسيط في المذهب ٥/٤
٥ نهاية المطلب ٤٣١/٦، كتاب الحجر
٦ نهاية المطلب ٤٠٠/٦

إن وجد له مالا، وقد تحقق امتناعه، فإنه يملك بيعه وصرفه إلى دينه، ولا حاجة إلى ضرب الحجر عليه، بل يبتدر البيع، فإن منصب الولاية يقتضي استيلاء الحقوق، وإيفاءها على مستحقيها، على ما يساعد الإمكان فيه" (١).

هذا ما يتعلق بشأن المدين الموسر المماطل، وأما المعسر المعدم فلا سبيل إلى فرض التفليس على المعسر، امتثالا لقول الله تعالى ﴿فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾.

ومن كلام الجويني في باب حبس المفلس: "وإذا ثبت الحق، وتعذر استيفاؤه، لم يخل إما أن يكون التعذر بسبب الإعسار والفلس، وإما أن يكون بسبب امتناع من عليه الحق من تأديته. فإن كان بسبب الفلس، فحكم الله تعالى إنظار المفلس، وإزالة التعرض عنه إلى ميسرة، قال الله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾" (٢).

وأرى من المناسب أن أسجل هنا نص الضابط الذي ذكره قرار مجمع الفقه الإسلامي حول الإعسار، وهو كما يلي:

• " ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار: ألا يكون للمدين مال زائد عن حوائجه الأصلية في بيده نقدا أو عينا" (٣).

والمستفاد من نصوص الشرع أن وجوب الإنظار يختص بالمعسر المعدم. أما إذا كان المعسر غير معدم، وسنحت له ظروف تحول دون الوفاء في الوقت المحدد، فحينئذ ينبغي للدائن أن يقدر وضعه بما أمكن.

وجاء في كلام ابن رشد حول هذا الصنف من المدينين: "وأما المعسر الذي ليس بمعدم، وهو الذي يحرجه تعجيل القضاء ويضر به، فتأخيره إلى أن يوسر ويمكنه القضاء من غير مضرة تلحقه، مرغّب فيه مندوب إليه" (٤).

قال النبي ﷺ: "من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر أو يضع عنه" (٥).

قال العلامة ولي الله الدهلوي: "هذا ندب إلى السماح التي هي من أصول ما ينفع في المعاد والمعاش" (٦).

ومن عظيم محاسن الشريعة الإسلامية أنها تراعي ظروف المدين في استيفاء الدين، فلا ترى من الحكمة: المبادرة إلى اتخاذ إجراء قانوني ضده بدون التثبت من وضعه الحقيقي. فإذا ثبت المطل مع اليسار، فحينئذ يتقرر الأصل وهو أن المدين الموسر المماطل مؤاخذ

١ نهاية المطلب ٤١٨/٦

٢ الآية ٢٨٠، سورة البقرة، ونهاية المطلب ٤١٨/٦

٣ قرار المجمع ٦٤ (٧/٢)

٤ مقدمات ابن رشد ٣٠٦/٢ - ٣٠٧، كتاب المديان، وانظر: مناهج التحصيل، لأبي الحسن الرجراجي ١٦١/٨

٥ أخرجه مسلم في المساقاة، باب فضل إنظار المعسر ١١٩٦/٣

٦ حجة الله البالغة ٩٣٧/٢

ومطالب يستحق التأديب القضائي. وذلك لأن حقوق العباد مصنونة شرعا وعرفا لا يجوز التعدي عليها. ولكن في حال انتفاء الماطلة إذا تأخر في السداد عند حلول أجل الدين لظروف مسوغة، فمن سماحة الشريعة، المبنية على القيم الخلقية أن يمهل إلى مدة تتناسب مع حاله، إذا لم يكن الدائن مضطرا إلى التقاضي.

وقد ورد في الأحاديث الصحيحة فضل كبير في هذا الشأن. منها الحديث الذي أورده الإمام مسلم في صحيحه، ونصه:

"قال رسول الله ﷺ: "تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم. فقالوا: أعملت من الخير شيئا؟ قال: لا. قالوا تذكرك. قال: كنت أداين الناس، فأمر فتياي أن ينظروا المعسر ويتجاوزوا عن الموسر. قال: قال الله عز وجل: تجاوزوا عنه" (١).

وفي رواية: "...إني كنت رجلا ذا مال، فكنت أطالب به الناس. فكنت أقبل الميسور وأتجاوز عن المعسر" (٢).

وفي رواية ثالثة أخرى: "...فكنت أبايع الناس. وكان من خلقي الجواز. فكنت أتيسر على الموسر وأنظر المعسر" (٣).

جاء في شرح الإمام النووي: "وفي هذه الأحاديث فضل إنظار المعسر، والوضع عنه إما كل الدين وإما بعضه من كثير أو قليل، وفضل المسامحة في الاقتضاء وفي الاستيفاء، سواء استوفى من موسر أو معسر، وفضل الوضع من الدين، وأنه لا يحتقر شيء من أفعال الخير فلعله سبب السعادة والرحمة" (٤).

وهذا ما قرره الإمام سراج الدين البلقيني في ضوء تلك النصوص، إذ يرى أن المدين الموسر ينبغي إمهاله، بحيث لا يستعجل في بيع عروضه، لكي لا تباع بثمن بخس أقل من القيمة السوقية، وهذا استنادا إلى ما ورد في الأثر من الندب إلى إنظار الموسر والتجاوز عن المعسر. وإليك ما جاء في تعليقه في "الفوائد الجسام" على ما ورد من النص المشار إليه في "قواعد الأحكام":

"معنى إنظار الموسر أن لا يكون عنده نقد، وعنده عروض، فيسغفه -أي الدائن- بالنظرة إلى بيعها، ولا يعسفه ببيعها بحيث ينقص قيمتها ونحو ذلك" - أي لا يتعسف عليه بحمله على بيع العروض بثمن أقل من قيمتها السوقية ليسدد الدين عاجلا - "قال البلقيني: وعلى هذا حمل قوله في الحديث: "كنت أنظر الموسر وأتجاوز عن المعسر" (٥).

١ صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/٣٢٠، باب فضل إنظار المعسر

٢ المصدر نفسه ١٠/٣٢١

٣ المصدر نفسه ١٠/٣٢٢

٤ شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/٣٢١

٥ الفوائد الجسام على قواعد ابن عبد السلام، "مخطوط" - المكتبة السلিমانيّة، استنبول - لوحة ٢٢

وهذا خلاف ما جرى العمل به قديماً في القوانين الوضعية التي لم تقم وزناً لمعايير خلقية. وبهذا يتبين أنه قد سلك التشريع الإسلامي مسلك السماح مع المدين الذي ثبت كونه معسراً فقيراً ، خلافاً للقوانين الوضعية التي لم ترحم الفقير المعسر وخرقت قواعد العدل وسنت أنظمة تقرر التعامل معه بالقسوة والعنف ، وبهذا حادت عن جادة الاعتدال وحكمت لصالح الدائن فحسب ، وربما منحت صلاحية مطلقة بالتصرف في أمواله ، بل حولت له حرية الاستبداد بشخصه واستعباده ، فكان إشهار المدين في كثير من القوانين الوضعية بدون مراعاة ضوابط وقيم خلقية. أما الشريعة الإسلامية فجاء نظامها في التقليل نظاماً مرناً مبنياً على الأخلاق^(١) .

وفي معرض الحديث عن الإعسار والإنظار ، يقول سيد قطب: "إنها السماح الندية التي يحملها الإسلام للبشرية ، إنه الظل الظليل الذي تأوي إليه البشرية المتعبة في هجير الأثرة والشح والطمع والتكالب والسعار ، إنها الرحمة للدائن والمدين وللمجتمع الذي يظل الجميع ، أن المعسر في الإسلام لا يطارد من صاحب الدين ، أو من القانون والمحاكم. إنما ينظر حتى يوسر"^(٢) .

وهنا تحسن الإشارة إلى أن التشريعات الوضعية منذ نشأتها كانت تنظر إلى الإفلاس على أنه جريمة ارتكبتها المفلس بحق دائئيه ، ولكن حدة هذه النظرة للإفلاس في القانون أخذت تخف تدريجياً ، فقد لوحظ في القانون الوضعي مع مرور الزمن أن المدين قد يفلس بسبب لا يد له فيه. ولهذا ميزت القوانين بين هذا النوع من الإفلاس ، وبين الإفلاس الذي يصاحبه تقصير أو تدليس من المفلس ، فالأول لا يعتبر جريمة ، وأما الثاني فيعد جريمة تستحق عقوبة.

وفي ضوء هذا التطور المشار إليه جرى تقسيم الإفلاس إلى ثلاثة أقسام:

(١) الإفلاس البسيط

(٢) الإفلاس التقصيري

(٣) الإفلاس الاحتيالي أو الإفلاس بالتدليس^(٣) .

وفي هذا المقام مما ينبغي التنبيه له أن الأخذ بمبدأ السماح في التشريع الإسلامي لا يعني قبول دعوى الإعسار بدون بينة ، إذ قد ضعف الوازع الديني لدى كثير من الناس. فليس من المعقول أن يعتبر المدين معسراً بدون قرائن مفصحة عن حالته إذ "الغريم محمول على الملأ حتى يتبين عدمه ،... فلا يقبل منه دعوى العدم حتى يبينه"^(٤) .

^١ انظر: الإفلاس في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - ، للدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح ، ص ٢٨ - ٣٥
^٢ في ظلال القرآن ١/٢٣٢ - ٣٣٣ ، وانظر: الديون والبنوك - رؤية اجتماعية اقتصادية في ضوء الكتاب والسنة - ، د. عبد الله بن سيف الأزدي ، ٣٦٠ - ٣٦١ ، مركز النشر العلمي ، جامعة الملك عبد العزيز
^٣ انظر: إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون - دراسة مقارنة - ، للدكتور زياد صبحي ذياب ، ص ٩٣ ، ١٠١

^٤ مقدمات ابن رشد ٢/٣٠٧ ، كتاب المديان

والأصل في هذا الباب أن دعوى الإعسار بدون قرائن مؤيدة تشوبها التهمة. هذا ما نبه إليه الإمام أبو جعفر الطحاوي بقوله: "وإذا ادعى الغريم إعسارا، لم يصدق، وحبس".

وعلق ذلك الجصاص بقوله: "وذلك لأن دخوله في السبب الملزم له الدين اعتراف منه بلزوم أدائه، فلا يصدق على سقوطه بما يدعيه من الإعسار"^(١).

وهذا ما تعضده قواعد أخرى منها:

• "كل ملتزم مطالب"^(٢).

فالاستدانة تتضمن الالتزام، وتقتضي أداء الدين عند حلوله.

• "إن حكم الممتنع في الشرع أن يستوفى منه الحق طوعا أو كرها"^(٣).

• "من اختص بحق لا يلزمه أن يعطيه لغيره وإن لم يضره"^(٤).

• "كل مالك أحق بملكه، وكل ذي حق لا يحال بينه وبين حقه في مسائل الشريعة كلها"^(٥).

(ب) **صيغ الإشهار وطرقه:**

إنه من المقرر كما سلف أن التفليس يعبر عن صدور مرسوم قضائي بعد التثبت من توافر المسوغات له. وقديما في الوقت الذي لم تكن وسائل الإعلان والدعاية متسعة المجال، سلك القضاة مسالك متيسرة لهم في الإشهار، منها ما هو مشار إليه في النصوص الآتية من كلام الفقهاء:

جاء في كلام ابن شاس من المالكية: "قال أصبغ: "وإذا فلس الغريم ... فليأمر القاضي من ينادي على باب المسجد في مجتمع الناس: إن فلان بن فلان...فلس، فمن كان له عليه دين أو عنده قراض أو وديعة أو بضاعة فليرفع ذلك إلى القاضي. وكذلك فعل عمر رضي الله عنه في الأسيفيع"^(٦).

وقال الجويني: "إذا حجر على المفلس الحاكم، فالأولى أن يشهد على الحجر وليس ذلك بواجب، ولكن الأولى ما ذكرناه. والغرض منه شهر الحجر، ونشر الأمر، والتأكيد بالإشهاد، حتى إذا ظهر ذلك، لم يعامل المحجور اغترارا بما عهد له من مال"^(٧).

ولا مانع من تسجيل اسم المدين الموسر المماطل في القائمة السوداء، والإعلان عنه عبر الوسائل المتاحة، بحيث يمكن إقصاؤه من ساحة السوق، لكي ينال ما يستحقه من

^١ شرح مختصر الطحاوي للجصاص الرازي ١٧٨/٣، كتاب المداينات

^٢ نهاية المطلب ١٧/٦

^٣ المصدر نفسه ٢١٠/٦

^٤ المسالك لابن العربي ٤١٥/٦، كتاب الأفضية

^٥ المصدر نفسه ٢١٣/٦، كتاب الرهون

^٦ عقد الجواهر الثمينة ٧٨٦/٢ - ٧٨٧

^٧ نهاية المطلب ٣٩٤/٦

التأديب بما استهضمه من حقوق الناس، لكي لا يغتر به الناس مستقبلاً، وربما ما يصيبه من أذى النفس قد يكون أشد وقعا وأكثر تأثيراً، فيؤوب إلى رشده. وفي الظروف الراهنة يمكن الإشهار بدون كلفة مالية ذات بال عبر الانترنت.

وهذا يؤدي حتماً إلى ضرر واضح في حق المدين المماطل، سواء أكان فرداً أم شركة، فربما تهبط قيمة أسهم الشركة في السوق، وبهذا سوف تبادر إلى سد مديونياتها فيما إذا حرصت على البقاء والاستمرار في الأسواق.

ونظير ذلك ما روي عن الإمام مالك: "وأرى في الذين يتفالسون في السوق، ولا يعرف ما يأتون به أن يخرجوا من السوق.

وقال عنه مطرف: فإنه لا يزال يفعل ذلك الرجل منهم ثم يظهر له مال ومتاع، فلينف هؤلاء من السوق" (١).

(ج) الأحكام المترتبة على إشهار إفلاس المدين:

إنه مما لا خلاف فيه أن اللجوء إلى القضاء ضد المدين المماطل من حق الدائن. وفيما يظهر في ضوء القواعد بأنه يجوز رفع الدعوى ضد المدين المماطل مهما طالَّت مدته، بحيث لو أمهله الدائن لمدة سنين ثم أراد مطالبته، فله ذلك ولا ضير فيه، ولا يحول دون ذلك قانون التقادم، "لأن الضرر لا يستحق بالقدم" (٢).

وإذا صدر الحكم ضد المدين، فهناك أحكام وجزاءات تترتب على ذلك. وعلى رأسها: الحجر على التصرفات في أمواله، من الهبة والصدقة والبيع والشراء ونحوها. قال ابن رشد "الجد": "ومن أحاط الدين بماله فلا تجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا إقرار بدين لمن يتهم عليه، ويجوز بيعه وابتياعه ما لم يحجر عليه..." (٣).

وجاء في "نهاية المطلب": "من قل ماله، وكثرت ديونه، فللقاضي أن يحجر عليه، لأجل غرمائه إذا استدعوا ذلك منه، ويستفيدون باستدعاء الحجر قصر يده عن التصرفات في ماله، حتى تصرف أمواله إلى جهات ديونه... ثم إذا زادت ديون المرء على ماله، واستدعى الغرماء الحجر عليه أسعفهم، وضرب عليه حجراً" (٤).

"ثم فائدة الحجر صرف استقلاله في التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبة والإقرار بالدين..." (٥).

١ عقد الجواهر الثمينة ٧٨٩/٢
٢ المسالك ٤١٠/٦، كتاب الأفضية
٣ مقدمات ابن رشد ٣١٢/٢ كتاب المديان
٤ نهاية المطلب ٣٠٣/٦ - ٣٠٤
٥ عقد الجواهر ٧٩٩/٢

وقال ابن قدامة: "ومتى لزم الإنسان ديون حالة، لا يفي ماله بها، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه، لزمته إجابتهم. ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتحتب معاملته. فإذا حجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام:

أحدها: تعلق حقوق الغرماء بعين ماله.

والثاني: منع تصرفه في عين ماله.

والثالث: أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا وجدت الشروط.

الرابع: أن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء" (١).

يستفاد مما ذكر آنفاً أن التفليس يتيح مجالاً لاسترداد الحق من المدين المماطل، لأن مقتضى التفليس الحجر على تصرفات المحجور عليه في أمواله، إلى أن يستوفى حق الغرماء منها بدون وكس ولا شطط. إذا البديل المشروع هو بيع ماله وقسمته. وعلى القاضي أن يخطط تخطيطاً ملائماً لبيع أمواله، وفق معايير وضوابط وضعها الفقهاء، لكي لا يتضرر كلا الطرفين من المدين والدائن.

وهنا قضية مهمة خلافية لا بد من وقفة حيالها، وهي ما حكم الزيادة الحاصلة في المبيع الذي وجد بعينه ... ، ففي صورة الزيادة المتصلة به هل يستحق البائع الرجوع فيه أو لا يستحق ، وإنما يصير أسوة للغرماء ؟

اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

(أ) ذهب فريق إلى أن الرجوع ممنوع. قال ابن قدامة بصدده ذكره شروط الرجوع: "الشرط الثاني: أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة، كالسمن والكبر...، واختلف المذهب في هذا، فذهب الخرقى إلى أنها تمنع الرجوع.

وذلك لأنه فسخ بسبب حادث، فلم يملك به في عين المال الزائدة زيادة متصلة، ...، ولأنها زيادة في ملك المفلس، فلم يستحق البائع أخذها، كالمفصلة والحاصلة بفعله، ولأن النماء لم يصل إليه من البائع، فلم يستحق أخذه منه، كغيره من أمواله" (٢).

(ب) ويرى فريق آخر أنه لا يمنع الرجوع. وهذا ما رواه الميموني عن أحمد. وهو مذهب مالك، والشافعي، إلا أن مالكا يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به. لأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة، فلا تمنعه المتصلة. كالرد بالعيب (٣).

وقال الجويني بصدده الحديث عن حالات التغيير الطارئة على العين: "و حاصل القول في ذلك أن التغيرات التي لا تنتهي إلى قلب الجنس، وتغيير الاسم لا حكم لها، ويبقى ما

١ المغني ٥٣٧/٦

٢ انظر: المغني ٥٤٩/٦

٣ انظر: المصدر نفسه ٥٤٩/٦

كان مبيعا على حكمه، حتى يثبت للبائع الرجوع. ثم إن كان التغيير إلى زيادة متصلة، فهي للبائع إذا أراد الرجوع. وما تغير إلى نقصان فلا حكم له عند قصد الرجوع، والبائع على خيرته إن شاء ضارب بالثمن، وإن شاء قنع بالمبيع الناقص" (١).

ويتبين مما ذكر أنه حينما تتاح للدائن فرصة الرجوع إلى سلعته فيما إذا كانت قائمة بعينها، فربما يستفيد من الزيادة الحاصلة في سعرها في السوق، لأن الزيادة "إن كانت متصلة، رجع البائع فيها مع الزيادة، ولا مبالاة بالزيادة المتصلة في قواعد الشريعة" (٢).

هذا، وأما الزيادة المنفصلة فهي من حق المشتري، لأنها ناشئة عن الضمان، إذ المبيع في ملكه، ومن قواعد الفقهاء أن "زوائد الأصول إذا انفصلت، وإن حصلت من أصولها، فهي منقطعة عنها، فإن الأصول قائمة على صفاتها، وقد تجدد منها ما تجدد" (٣).

والظاهر أن الزيادة المتصلة أيضا حصلت والعين في ملك المشتري، ولكنها اكتسبت حكم التبعية، فلم تأخذ قسطا من الثمن. وهذا ما يفصح عنه قول الجويني: "إنا لا ننكر أن الزيادة المتصلة حصلت للمشتري في ملكه، ولكن إذا كانت العين قائمة، ومست الحاجة إلى ردها، تبعت الزيادة الأصل ضرورة" (٤).

ومن نظائر المسألة: "أن الحمل لا ينفرد باعتبار، وليس له قسط من الثمن، وسبيله التبعية" (٥).

هذا في البيع، أما في الإجارة فيمكن أيضا فسخ العقد في حال التفليس. وقد جاء تصوير هذه القضية عند الإمام الجويني على النحو الآتي:

"إذا أكره أرضا مدة، ولم يقبض الأجرة، وسلم الأرض، ثم أفلس المكثري، فالمكثري في بقية المدة بمثابة البائع الواجد لبعض المبيع بعينه، والمنافع في المدة الماضية مستوفاة فائتة، فلا يتوقع الرجوع فيها، والمنفعة الباقية بمثابة بعض المبيع، فللمكثري أن يفسخ الإجارة في بقية المدة، ويرجع إلى قسط من الأجرة، في مقابلة المنافع المستوفاة" (٦).

و"إذا أراد الرجوع إلى المنفعة في بقية المدة، فالوجه تقويمها فيما يبقى من الزمان...، ومبالغ الأحر تتفاوت بكثرة الراغبين وقتهم، فيعتبر ذلك، لا الزمان نفسه، وقد تقع المنافع في الزمان الماضي وفي المستقبل في مواسم الرغبات، فالمسكن في موسم الحج

١ نهاية المطلب ٦/٣١٨

٢ نهاية المطلب ٦/٣١٤

٣ المصدر نفسه ٦/٣١٨

٤ المصدر ٦/٣٢٠

٥ المصدر نفسه ٦/٣٣٢

٦ المصدر نفسه ٦/٣٤٩ - ٣٥٠

قد يكثرى بالمائة، وأيام الموسم شهر أو أقل، وذلك المسكن يكثرى في طول السنة بعشرة، فلا بد من اعتبار هذا" (١) .

يكاد يكون واضحاً من هذا النص الفقهي أن التفليس يعطي مرونة كافية في استيفاء الحق على وجه يتجلى فيه العدل، ففي حال الرجوع في بقية مدة الإجارة، لا يهضم حق الأجر، فله أن يطالب بالأجرة المتزايدة وفق العرف المتبع في المواسم التي ترتفع فيها عادة.

(٢) حبس المدين الموسر المماطل وتفريجه :

قد اتجه الفقهاء قديماً إلى حبس المدين المماطل الموسر، لأنه ظالم عاص لا خلاف في ذلك. ومن المفيد عرض قبسات من كلام العلماء حول هذا الموضوع، وهي عبارة عن تعليق أو توضيح لبعض النصوص التشريعية الواردة في شأن المدين المماطل:

ومنها قوله ﷺ: "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته" (٢) .

علق الشاه ولي الله على هذا الحديث بقوله: "أقول: هو أن يغلظ له في القول، ويحبس، ويجبر على البيع إذا لم يكن له مال غيره" (٣) .

وجاء في كلام الإمام ابن تيمية: "قد قال النبي ﷺ في الحديث المتفق عليه في الصحيحين: "مطل الغني ظلم". والظالم مستوجب للعقوبة. وفي السنن عن النبي ﷺ: "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته" اللي: المطل، والواجد: القادر. فقد أباح النبي ﷺ من القادر المماطل عرضه. وقد اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة" (٤) .

وقال القاضي أبو بكر ابن العربي في باب الدين والحوالة: "الأصل في هذا الباب قوله عليه السلام: "مطل الغني ظلم". فإنه متفق عليه، لأنه لا عذر في التأخير لمن كان قادراً على الأداء، ومهما اختلف العلماء في الأمر بحقوق الله تعالى، هل هو على الفور أو مسترسل على الأزمان، فإنهم قد اتفقوا على أن الأمر لحق الآدمي على الفور، وذلك لفقر الآدمي وحاجته، وأن الله هو الغني، له ما في السماوات وما في الأرض.

فإذا ثبت هذا، واشتغل الغني عن أداء الحق، فإن ذلك معصية" (٥) .

وقال الزركشي في "المنتور": "المديون إذا عرف له مال قطعوا بحبسه، بناء على أن الأصل بقاؤه ... " (٦) .

١ المصدر نفسه ٢٥٠/٦

٢ أخرجه البخاري تعليقا في الاستقراض، باب لصاحب الحق مقال ٦٢/٥، وأبو داود في الأقضية، باب في الحبس في الدين: ٢٣٦/٥

٣ حجة الله البالغة ٩٣٨/٢

٤ مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٣/٣٠

٥ المسالك ١٥٥/٦ - ١٥٦

وقال ابن العربي: "وأما من ثبت فلسه، فروى ابن وهب عن مالك في الواضحة" أنه لا يحبس إن كان معسرا لا شيء له.

... أما إذا علم غناه، وكان ذلك ظاهر أمره، ففي "الموازية" و"العتبية": أنه يحبس حتى يوفّي، أو يتبين أنه لا شيء له فيطلق.

قال مالك: فإن شهد له ناس أنه لا شيء له، فلا يعجل إخراجه حتى يستبرأ أمره، قال: هذا مثل التجار يأخذون أموال الناس ثم يدعون ذهابها، ولا يعلم ذلك إلا بقولهم، والفرع في هذا الباب أكثر من أن تحصى، أو يأتي عليها الاستقصاء".^٢

ومما يدل على تحكيم العدالة في هذا الصدد أنه "يحبس المسلم للكافر في الدين، ... ويحبس السيد لمكاتبه في الدين. ووجه ذلك: أن الحقوق لا تعتبر فيها الحرمة والمنزلة، إلا للوالد على ولده فيما له عليه من الدين من حق الأبوة الموجبة للنفقة، ...".^٣

هذا، وأما تغريم المدين باعتباره مماطلا، فمقتضى استقراء النصوص في موضوع الدين أنه لا سبيل إلى تغريم المدين بالمال. لأن التغريم مؤداه في الغالب إلى زيادة على الدين، وهي عبارة عن الربا.

وهذا ما نص عليه في قرار المجمع، الصادر بشأن البيع بالتقسيط، في البندين الآتيين:

- "يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء".
- "إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم".^٤

وبهذا يتنافى القول بالجواز مع مبدأ شرعي مستقر. ولا سبيل إلى التغريم بحجة وقوع النقصان في مالية الدين مع مرور الزمن. ومما يؤكد ذلك أن البائع له حق الرجوع في المبيع إذا وجد به عيبه، فهو أحق به، ولا يؤثر في ذلك نقصان مالية المبيع، لأن ذلك مماثل لنقص الأسعار، وبهذا ليس له حق المطالبة من المدين بالتعويض عن النقص. وإليك ما ذكره ابن قدامة في هذا الصدد:

"وإن نقصت مالية المبيع، لذهاب صفة مع بقاء عينه، كعبد هزل، أو نسي صناعة أو كتابة، أو كبر، أو مرض، أو تغير عقله، أو كان ثوبا فخلق، لم يمنع الرجوع، لأن فقد الصفة لا يخرج عن كونه عين ماله، لكنه يتخير بين أخذه ناقصا بجميع حقه، وبين أن

^١ المنشور في القواعد ١٢١/١

^٢ المسالك ١٦٣/٦ - ١٦٤، وانظر: عقد الجواهر الثمينة ٧٨٩/٢

^٣ المسالك ١٦٣/٦، و المقدمات لابن رشد ٣١٠/٢

^٤ قرار المجمع: ٥١ (٦/٢) بشأن البيع بالتقسيط.

يضرِب مع الغرماء بكمال ثمنه، لأن الثمن لا يتوسط على صفة السلعة من سمن، أو هزال، أو علم، أو نحوه، فبصير كنقصه لتغير الأسعار"^(١).

ومن كلام الجويني في معرض الحديث عن رجوع البائع إلى العين بعد صدور قرار التفليس: "إذا طرأ نقصان على المبيع بالسوق، ثم زاد، وعاد إلى ما كان عليه، فلا حكم لذلك النقصان المتخلل، فإننا مع تشديد الشرع على الغاصب، لا نؤاخذه بما طرأ من نقصان السوق، فما الظن بالبائع"^(٢).

وبهذا يتبين أن نظام الرجوع إلى العين مبني على العدل، فالبائع من حقه الاستفادة من الزيادة الطبيعية الحاصلة في نفس العين، ولكن في نفس الوقت ليس من حقه الرجوع على المشتري بالتعويض عن النقصان الحاصل في سعر العين، فلا يؤخذ المدين المفلس بما يطرأ من "نقصان السوق".

ولا سبيل إلى سلوك مسلك الاحتيال في الاستيفاء لغرض الاستزادة والاستفادة من المدين تحت منظومة عقدية تحقق مثل هذا الغرض. وقد وقع التنبيه في كلام الفقهاء في هذا الخصوص.

سئل الإمام ابن تيمية عن رجل مديون، وله ملك في مكان معين، وباع منه نصفه بيع أمانة...، فأجاب بما يأتي:

"أما بيع الأمانة الذي مضمونه اتفاقهما على أن البائع إذا جاءه بالثمن أعاد عليه ملكه ذلك، ينتفع به المشتري بالإجارة والسكن، ونحو ذلك: هو بيع باطل، باتفاق العلماء إذا كان الشرط مقترنا بالعقد.

وإذا تنازعا في الشرط المقدم على العقد: فالصحيح أنه باطل بكل حال، ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل، ومنفعة الدراهم هي الربح. والواجب هو رد المبيع إلى صاحبه البائع، وأن يرد البائع على المشتري ما قبضه منه، لكن يحسب له منه ما قبضه المشتري من المال الذي سموه أجرة"^(٣).

ولكن منع التفریم بسبب الوقوع في فخ الربا، لا يمنع أن تتخذ إجراءات صارمة ضد المماطلين، ومنها:

(١) تشهير المدين المماطل الجاحد عبر الوسائل المتاحة، كما تقدم توضيح ذلك في ضوء كلام الفقهاء لدى الكلام حول الإشهار. وذلك المماطلة في سداد الدين من الموسرين بدون عذر مقبول جريمة أخلاقية لا يستهان بها.

^١ المغني ٥٤٤/٦، كتاب المفلس

^٢ المصدر نفسه ٣٢٥/٦

^٣ مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/٣٥ - ٣٦

(٢) وللقاضي أن يضع حواجز قضائية أمام المدين المماطل القادر على الوفاء، من التصرف في ماله، حتى ولو في معيشتة أكثر مما يحتاج إليه. لأن هذا من باب التعزير، وهو لا يختص بنوع معين، وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم في نوعه وقدره^(١).

(٣) ولملاءة المدين المماطل تأثير في منعه من السفر، إذ يتبين من كلام الفقهاء أن المدين إذا أراد السفر، فإن كان الدين حالاً وكان المدين مليئاً، كان من حق الغريم منعه من السفر حتى يؤدي إليه دينه^(٢).

(٤) وما غرمه الدائن صاحب المال في مرافعة القضاية من أتعاب المحاماة أو غيرها فهو على المدين المماطل الظالم^(٣).

ومن ثم تتطلب هذه الجريمة إيجاد وجود نظام قضائي سريع يعالج به هذا المشكل الذي قد تفاقم واستعصى في الظروف الراهنة. وعسى أن توجد بدائل مقبولة شرعاً تسعف الدائنين، لاستيفاء حقوقهم بدون اللجوء إلى محاماة أو مرافعة قضائية ونحو ذلك من الوسائل التي يكاد يتعذر استرداد الحق عن طريقها بسهولة في ظل قانون المحاكمات اليوم.

^١ انظر: الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص ١٣٧

^٢ انظر: الموسوعة الكويتية ٢٠/٢٩ - ٢١

^٣ انظر: الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص ١٣٦، وكشاف القناع ٤١٩/٣

المبحث الثاني بيع الدين والبدائل المشروعة لبيع الدين

عقب التمهيد المذكور آنفاً أنتقل إلى بيان المقصود من عنوان المبحث الذي يتضمن التعرض لأمرين:

أولهما: استكمال صور بيع الدين - غير الصور الوارد ذكرها في قرار المجمع سابقاً - :

يكاد يكون واضحاً من قرار المجمع الصادر في الدورة السابعة عشرة حول بيع الدين: أن بيع الدين ضمن خلطة أغلبها أعيان ومنافع هي المقصودة من البيع مندرج تحت الصور الجائزة، ولذا المطلوب في هذا البحث استكمال بقية المسائل المتعلقة بهذا الموضوع وتطبيقاته المعاصرة^(١).

والثاني: البدائل المشروعة لبيع الدين:

وإليك عرض ما يرتبط بكل منهما على النحو الآتي:

(١) دراسة صورة "بيع الدين الغالب" تتطلب بيان موقف الفقهاء حولها:

وفيما هو واضح من قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة عشرة عن الديون أن المطلوب استكمال البحث حول صورة التعاملات التي يغلب فيها الديون.

لأننا إذا نظرنا إلى واقع الشركات المساهمة وجدنا أصولها مشتملة على نسبة من النقود والديون لها أو عليها. ومن المعلوم في فقه الشريعة أن الأصل في بيع الدين لغير من هو عليه: عدم الجواز. كما أن المتاجرة في النقود بالتفاضل مع اتحاد الجنس لا تجوز، فإذا اعترض أمران محظوران في سبيل التعامل بالأسهم فما هو موقف الفقهاء منه؟ هذا الموضوع من الموضوعات التي شغلت بال كثير من الباحثين في قضية الأسهم ووحدات الصناديق الاستثمارية، وأثير هذا الإشكال مراراً في ندوات ومؤتمرات فقهية وهيئات شرعية مشرفة على شركات ومصارف إسلامية. فمنهم من عالج هذه النازلة بوضع ضابط شرعي وهو أنه إذا كانت النقود والديون في الشركة أقل نسبة من الأعيان والخدمات فحينئذ لا مانع شرعاً من التعامل في الأسهم بالزيادة والأجل. واتجه فريق آخر إلى اعتبار القصد فقط في البيع والشراء بقطع النظر عن محتويات السهم حين تداوله.

ومن قال باعتبار نسبة الديون والنقود وعدم جواز إغفالها حين التعامل استند في تخريج المسألة إلى قاعدة "التبعية" أو احتج بقاعدة "مُدَّ عَجْوَة" - وهي أن يباع مال ربوي بجنسه ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه - وفق رأي المجيزين فيها. أما من اكتفى بالنظر في

^١ انظر: قرار المجمع ١٥٨ (١٧/٧) بشأن بيع الدين

المقصود والغرض من التعامل استدلالاً بمسألة "بيع العبد ذي المال"، وهي وثيقة الصلة بقاعدة التبعية أيضاً. وهنا ينبغي أن نتطرق إلى ما يتعلق بهذه الأمور الثلاثة بقدر الحاجة مع بيان الارتباط فيما بينها:

(١) قاعدة "التبعية":

إن التبعية تعني كون الشيء مرتبطاً بغيره بحيث لا ينفك عنه. والتبعية يتعلق بها جملة من الأحكام، ترجع كلها إلى قاعدة واحدة، وهي "التابع تابع". ومعناها: أن ما كان تبعاً لغيره في الوجود لا ينفرد بالحكم، بل يدخل في الحكم مع متبوعه، فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً لأمه، ولا يجوز إفراده بالبيع. كذلك بيع الدار مثلاً يدخل فيه المطبخ، وفي بيع حديقة زيتون تدخل أشجار الزيتون^(١).

وتتبع من تلك القاعدة الأساسية قاعدة أخرى وهي: "يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال"^(٢).

والذي يهمنا هنا هو إدراك مدى تأثير التبعية في بيع وشراء الأسهم ونحوها، بحيث إن المحل المتعاقد عليه في تجارة الأسهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة، ولا خلاف بين الفقهاء في جواز بيع جزء مشاع كبيع عشرة أسهم من مئة سهم^(٣).

لكنه من المعلوم أن أصول الأسهم في الغالب تتكون من أعيان أو منافع، ومن نقود ومن ديون مستحقة لها في ذمم الآخرين، ومعنى ذلك أن الحصة الشائعة تتجاذبها أحكام تلك الأصول التي تتضمنها الشركة، فهل يجب أن ينظر إلى السهم في حالة البيع والشراء إلى حكم كل أصل على حدة، أو يعتبر وحدة مستقلة لا يتصور الانفكاك بين أجزائها، وبمقتضى ذلك يعطى له حكم ما يغلب عليه من الأعيان والمنافع أو الديون والنقود، ويغض النظر عن اليسير أو المغلوب فيه بالنظر إلى قاعدة الفقهاء: "لأكثر حكم الكل".^(٤) أو "الحكم للغالب"؟ وحينئذ يكون غير الغالب تابعاً فلا يستقل بحكم، فإن غلبت النقود والديون صارت هي الأصل وما عداها تابع، وإن غلبت الأعيان والمنافع صارت هي الأصل وما عداها تابع.

وهنا ينبغي أن يشار إلى معيار "اليسير"، فهو ما لا يتجاوز مقدار الثلث كما صرح بذلك المالكية، وحسب وجهة نظر غيرهم "الثلث في حد الكثرة وما دونه حد القلة"^(٥).

(٢) قاعدة "مدعجوة":

يظهر بإجالة النظر في قضية الديون الغالبة في تداول الأسهم وكذا في التعامل بالصناديق الاستثمارية ارتباطهما الوثيق بمسألة مدة عجوة، لما تتضمن كلتا المسألتين

^١ انظر: الموسوعة الفقهية ٩٤/١٠

^٢ طرح التشريب في شرح التقریب لزين الدين العراقي ١٢٢/٦ وكشاف القناع ١٦٦/٣

^٣ انظر: الموسوعة ٢٩٠/٢٦

^٤ انظر: "المفهم" للقرطبي، و"المغني" ١٧٩/٦ - ١٨٠، و"المبدع" ٧٦/٥

الجمع بين ربوي مع غير ربوي، ومن ثم ما يترتب على ذلك من أثر التبعية في اعتبار غير المقصود منغمرًا في المقصود وفق بعض رأي طائفة من الفقهاء، ولذا أتطرق إلى استعراض هذا الموضوع فيما يأتي:

معنى قاعدة "مد عجوة": أن يبيع شيئًا فيه الربا، بعضه ببعض، ومعهما، أو مع أحدهما من غير جنسه. مثال ذلك بيع مد ودرهم بمد ودرهم، أو بمدين، أو بدرهمين، أو أن يبيع شيئًا محلي بجنس حليته. وقد جرى فيه الخلاف على ثلاثة أقوال:

أ - المذهب عند الحنابلة أنه لا يجوز ذلك. وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور وطائفة من الفقهاء^(١).

وذلك بدليل ما روى فضالة بن عبيد، قال أتى النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز، ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير، فقال النبي ﷺ: "لا، حتى تميز بينهما". قال: فرده حتى ميز بينهما. - رواه أبو داود - .

وفي لفظ رواه مسلم: قال: فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة، فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله ﷺ: "الذهب بالذهب وزنا بوزن"^(٢).

ب - عن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو أن يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه. وهذا هو رأي الحنفية بالشرط المذكور آنفاً. واحتج من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة، لم يحمل على الفساد^(٣).

ج - يرى المالكية في بيع المحلي: المنع، لكن قد رخصوا فيه للضرورة بشروط ثلاثة وهي:

- أن تكون تحليته مباحا، كسيف ومصحف.
- وأن تكون الحلية قد سمرت على المحلي بأن يكون في نزعها فساد أو غرم دراهم.
- وأن تكون الحلية قدر الثلث فأقل لأنه تبع^(٤).

وقد سلفت الإشارة إلى أن المالكية ضبطوا اليسير في غالب الأحوال بالثلث على أقصى حده، وأيضا التبعية عندهم لا تتجاوز هذا الحد. ويحسن أن أنقل في هذا المقام ما ذكره الإمام مالك رحمه الله في كتاب المساقاة من "الموطأ"، لما فيه من توضيح لجواز الشيء

^١ انظر: المغني ٩٢/٦

^٢ سنن أبي داود، كتاب البيوع ٢/٢٢٣، وصحيح مسلم، كتاب المساقاة ٣/١٢١٣

^٣ انظر: المغني ٩٢/٦ - ٩٣، وحاشية ابن عابدين ٥/٣٦٢

^٤ انظر: حاشية الدسوقي ٣/٤٠، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٢، نقلا عن الموسوعة ٢٦/٣٦١ - ٣٦٢

اليسير من باب التبعية بناء على عمل الناس - أي عمل أهل المدينة - وتسامحهم في هذا القدر في مسألة القلادة وأمثالها ، ونصه كما يأتي:

"قال مالك: إذا كان البياض تبعا للأصل، وكان الأصل أعظم ذلك أو أكثره، فلا بأس بمساقاته، وذلك أن يكون النخل الثلثين أو أكثر، ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك، وذلك أن البياض حينئذ تبع للأصل.

وإذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل وكرم أو ما يشبه ذلك من الأصول، فكان الأصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر، جاز في ذلك الكراء، وحرمت فيه المساقاة. وذلك أن من أمر الناس أن يساقوا الأصل وفيه البياض، وتكرى الأرض وفيها الشيء اليسير من الأصل.

أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق، أو القلادة أو الخاتم وفيهما الفصوص والذهب بالدنانير.

ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويتعاونها، ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليه إذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا.

والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم: أنه إذا كان الشيء من ذلك الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه. وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل^(١).

وقد أشبع الإمام ابن تيمية هذا الموضوع ببحث جامع مع استعراض الآراء وترجيح القول بالجواز إذا لم تكن هناك حيلة من وراء التعامل في صورة "مد عجوة"، وأورد هنا نصا من كلامه بالقدر الذي يتم به الغرض المقصود في هذا الموضوع؛ وهو كما يلي:

• "فإذا كان المقصود بيع الربوي بجنسه متفاضلا، وقد أدخل الغير حيلة، كمن يبيع ألفي درهم بألف درهم في منديل، أو قفيزي حنطة بقفيز في زنبيل: فهذا لا ريب في تحريمه. كما هو مذهب مالك والشافعي وأحمد.

وإن كان المقصود هو البيع الجائز، وما فيه من مقابلة ربوي بربوي آخر هو داخل على وجه التبعية، كبيع الغنم بالغنم، وفي كل منهما لبن وصوف، أو بيع غنم ذات لبن بلبن، وبيع دار مموهة بذهب، وبيع الحلية الفضية بذهب، وعليهما ذهب يسير موهت به، ونحو ذلك. فهذا: الصواب فيه أنه جائز، كما هو المشهور من مذهب أحمد وغيره، كما جاز دخول الثمرة قبل بدو صلاحها في البيع تبعا، وقد جاء مع ذلك الحديث الذي رواه مسلم مرفوعا، كما رواه سالم عن أبيه، ورواه نافع عن ابن عمر مرفوعا: "من باع عبداً له، وله مال فما له للبائع إلا أن يشترط المبتاع".

^١ الموطأ مع شرح الزرقاني ٤٦٨/٣ - ٤٦٩

وأما إن كان كلا الصنفين مقصودا، ففيهما النزاع المشهور. ومنهم من منعه، إما لكونه ذريعة إلى الربا، وإما لكون الصفقة المشتمة على عوضين مختلفين ينقسم الثمن عليهما بالقيمة، وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد في إحدى روايته.

ومنهم من جوزه كمذهب أبي حنيفة وغيره، والرواية الأخرى عن أحمد: إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره.

... والأشبه: الجواز في ذلك وفي سائر هذا الباب، إذا لم يشتمل على الربا المحرم. والأصل حمل العقود على الصحة، والحاجة داعية إلى ذلك. وحديث الخرز المعلقة بالذهب، لم يعلم كون الذهب المفرد أكثر من الذي معه غيره^(١).

يظهر بالنظر في الفتاوى المعاصرة التي اعتمدت مبدأ التبعية أنها أخذت بقول المجيزين بقاعدة "مد عجوة"، ويستلزم تطبيقها في مجال التعامل بالأسهم أن تكون نسبة الديون والنقود في السهم أقل من ثمن العين أو المنفعة التي يتضمنها السهم، بحيث يجعل الجزء المساوي من ثمن السهم بمقابل تلك الديون والنقود، وحينئذ سيعتبر المتبقي ثمنا للعين أو المنفعة. ويكاد يكون واضحا أن التبعية في هذا التخريج انغمرت في الأغلبية، إذ المبدأ عند القائلين بهذا الرأي أن التابع دائما يكون يسيرا بحيث يلحق بمتبوعه في الحكم.

(٣) مسألة بيع العبد ذي المال:

إذا تأملنا حقيقة أصول السهم وعناصره وجدناها مشتمة على متبوع وتابع، فالمتبوع هو الذي يتجه إليه قصد العاقدين، ففي الشركة التجارية والصناعية يكون المقصود هو العين من السلعة والمصنوع، وفي الشركة التي تقوم بتقديم خدمات يكون المقصود هو المنفعة، وحينئذ فإن النقود الموجودة في وعائها والديون التي تستحقها الشركة في ذمة الغير تأخذ حكم التابع. وفي هذه الحالة لا يلزم أن يكون التابع أقل دائما بل يحتمل أن يكون أكثر من المتبوع. ويشهد لذلك ما ورد في بيع العبد ذي المال وهو كما ورد في الصحيحين: "من باع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع"^(٢).

وهذا النص فيما يتعلق بمال العبد مجمل، ومن ثم لا يستبعد أن يكون ماله نقودا أو ديونا في ذم الآخرين، ولم ندر شيئا عن مبلغ أو مقدار ذلك المال هل كان أقل من قيمة العبد أو أزيد، فإذا اشترطه المبتاع هل تجري عليه أحكام ربا الفضل وبيع الدين؟ وهل يجب أن يضبط ما ورد في مسألة العبد بمسألة "مد عجوة" من حيث تحديد مقدار التابع أم يقال إنه لا داعي لذلك لأن "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقد دليل التقييد نصا أو دلالة"؟

^١ مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٤٦٥ - ٤٦٦

^٢ صحيح البخاري - مع فتح الباري، كتاب المساقاة، باب ١٧، رقم الحديث ٢٣٧٩، ج ٥ ص ٦٢ طبعة دار السلام، وصحيح مسلم - مع شرح النووي -، باب من باع نخلا عليها تمر، ج ١٠ ص ١٩١

قد ذهب معظم الفقهاء إلى أنه إذا كان قصد المشتري العبد لا المال في هذه الصورة فشرطه مقبول بناء على النص الصريح.

وهذا الحديث رواه الإمام مالك أيضا ثم قال: "الأمر المجتمع عليه عندنا: أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له، نقدا كان أو دينا أو عرضا يعلم أو لا يعلم، وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به، كان ثمنه نقدا أو دينا أو عرضا" (١)، وذلك "عملا بإطلاق الحديث، لأن ماله تبع فهو غير منظور عليه، وكأنه لم يجعل له حصة من الثمن" (٢).

وقال ابن عبد البر: "ويجوز عند مالك شراء العبد، وإن كان ماله دراهم بدراهم إلى أجل، وكذلك لو كان ماله ذهباً أو دينا" (٣).

ويرى الإمام أبو بكر بن العربي أن الجواز في هذه المسألة مبني على اعتبار قاعدة المصالح- وهي إحدى القواعد الأساسية التي وضعها في بداية كتاب البيوع في شرحه "القبس شرح موطأ مالك بن أنس" - ، إذ يقول إن ما جاء في مال المملوك: "ينبغي على القاعدة العاشرة: وهي المقاصد والمصالح، لأن الرجل إذا اشترى عبداً، له ذهب بذهب، فالقاعدة الثالثة- وهي الصفقة إذا جمعت مالي ربا من الجهتين ومعهما أو مع أحدهما ما يخالفه في القيمة، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه، فإن ذلك لا يجوز- تمنع منه من جهة الربا، والقاعدة العاشرة في المصالح والمقاصد تقتضي جوازه، لأنه إنما المقصود منه ذاته لا ماله والمال وقع تبعا" (٤).

ويؤيد هذا المعنى الذي نلمسه في النص المذكور آنفا ما قرره الإمام الشاطبي في المسألة الثامنة من الفصل الثالث في الأوامر والنواهي، إذ يقول: "الأمر والنهي إذا تواردا على متلازمين، فكان أحدهما مأمورا به والآخر منهيًا عنه عند فرض الانفراد، وكان أحدهما في حكم التبع للآخر وجودا وعدما، فإن المعتبر من الاقتضائين: ما انصرف إلى جهة المتبوع، وأما ما انصرف إلى جهة التابع فملغى وساقط الاعتبار شرعا".

ثم أقام شواهد على تقرير هذا الأصل وناقش ما يمكن أن يثار حوله، وأثناء البحث تعرض لمسألة العبد، فقال: "وكذلك مال العبد يجوز اشتراطه وإن لم يجز شراؤه وحده، لأنه ملك العبد وما في حوزته، لا يملكه السيد إلا بحكم الانتزاع، كالثمرة التي لم تطب. فالحاصل أن التبعية للأصل ثابتة على الإطلاق، غير أن مسألة ظهور الثمرة ومال العبد تعارض فيها جهتان للتبعية: جهة البائع وجهة المشتري، فكان البائع أولى لأنه المستحق الأول، فإن اشترطه المبتاع: انتقلت التبعية. وهذا واضح جدا" (٥).

١ موطأ مالك مع شرح الزرقاني ٣/٢٢٦ - ٢٢٧، كتاب البيوع، ما جاء في المملوك)

٢ شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٣٢٧

٣ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص ٣٣٦

٤ كتاب القبس ٢/٨٠٥، ٧٨٧، ط: دار الغرب الإسلامي

٥ الموافقات ٣/١٦٣ و١٧٤، تحقيق: محمد عبد الله دراز

وقال ابن قدامة: "وإن اشترطه المبتاع كان له للخبر. وروى ذلك نافع عن ابن عمر عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، وقضى به شريح، وبه قال عطاء، وطاوس، ومالك، والشافعي، وإسحاق.

قال الخرقى: إذا كان قصده للعبد لا للمال. هذا منصوص أحمد، وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وعثمان البتي. ومعناه: أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد، إنما يقصد بقاء المال لعبد، وإقراره في يده، فمتى كان كذلك: صح اشترطه، ودخل في البيع به، سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو غيره، عينا كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر... (١).

هنا ينبغي أن يشار إلى أن الإمام الشافعي قد لحظ قاعدة "مد عجوة" في هذه المسألة، وطبق رأيه بالمنع في حالة كون مال العبد دراهم. إذ جاء في شرح النووي لصحيح مسلم: "ويشترط الاحتراز من الربا. قال الشافعي: فإن كان المال دراهم: لم يجز بيع العبد وتلك الدراهم بدراهم، فكذا إن كان دنائير لم يجز بيعها بذهب، وإن كان حنطة لم يجز بيعها بحنطة" (٢).

وهذا بخلاف موقف الإمام مالك في هذه المسألة، فإنه مع شدة ورعه واحتياطه في باب الصرف جعل لقضية العبد اعتباراً خاصاً واستثنائها من ضوابط الصرف وقاعدة "مد عجوة" المنوعة في نظره، تمسكاً بصريح النص وإعمالاً لقاعدة المقاصد والمصالح.

وليس يخاف أن التبعية لا تخضع لمبدأ اعتبار القلة أو الكثرة وفق هذا الرأي، فلا حرج إذا أن يكون التابع أكثر في قيمته أو كميته من المتبوع الأصل.

وفي ضوء الخلاف المذكور في تلك القضايا الثلاث، يتسع المجال لمزيد من النظر والبحث في القضايا المعاصرة التي تغلب فيها الديون، وفيما يبدو لي أن أية عملية تجارية واستثمارية لا بد في النظر في محتوياتها الغالبة، وهي التي تعد مقصودة. ولذا يحكم بما هو الغالب عليها، ففي حال غلبة الديون: الأصل أنها تخضع لضوابط الدين في التعامل. والله أعلم.

(٤) البدائل المشروعة لبيع الدين:

في الواقع لم يتسع الوقت للتصدي لهذه النقطة على الرغم من أهميتها، ولكن لا مانع أن يشار إلى أن أي بديل مقترح يكون مقبولاً إذا لم يتعارض مع الضوابط المحررة التي وضعت بشأن التعامل بالديون في القرارات الجمعية الصادرة سلفاً. وعلى هذا أرى من المفيد أن أسوق هنا أهم البنود منها، لكي لا نعيد البحث فيها جذعاً ولا نتعرض لبدائل تنكث

١ المغني ٦/٢٥٧ - ٢٥٨

٢ شرح النووي ١٠/١٩٢

ما تم غزله بإحكام، إذ لم يصدر قرار مجمعي إلا بإشباع البحث والنقاش، مع الأخذ في الاعتبار ترجيح رأي الأغلبية في مواطن الخلاف. فالإيكم النصوص المشار إليها:

(١) " لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو غير جنسه لأنه من بيع الكالء بالكالء المنهي عنه شرعا. ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئا عن قرض أو بيع آجل"^(١).

(٢) " يعد من فسخ الدين بالدين الممنوع شرعا كل ما يفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل أو يكون ذريعة إليه. ومن ذلك فسخ الدين بالدين عن طريق معاملة بين الدائن والمدين تنشأ بموجبها مديونية جديدة على المدين من أجل سداد المديونية الأولى كلها أو بعضها، سواء أكان المدين موسرا أم معسرا، وذلك كشراء المدين سلعة من الدائن بثمان مؤجل ثم بيعها بثمان حال من أجل سداد الدين الأول كله أو بعضه"^(٢).

(٣) " العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما، هي بالمثل وليس بالقيمة، لأن الديون تقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة، أيا كان مصدرها، بمستوى الأسعار"^(٣).

وعلى هذا: إذا تراكمت الأجرة وصارت دينا يطبق عليها الحكم المذكور في القرار السابق^(٤).

وهذا ما نص عليه بالعبارة الآتية أيضا:

• "الدين الحاصل بعملة معينة لا يجوز الاتفاق على تسجيله في ذمة المدين بما يعادل قيمة تلك العملة من الذهب أو العملة الأخرى المتفق على الأداء بها"^(٥).

(٤) لا يجوز الشرط الجزائي في العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا، فإن هذا من الربا الصريح. وبناء على هذا لا يجوز الشرط الجزائي - مثلا - في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار، أو المماطلة^(٦).

^١ قرار المجمع ١٠١ (١١/٤) بشأن بيع الدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية

^٢ قرار المجمع ١٥٨ (١٧/٧) بشأن بيع الدين.

^٣ قرار المجمع: ٤٢ (٥/٤) بشأن تغيير العملة-

^٤ انظر: قرار المجمع: ٧٥ (٨/٦) بشأن قضايا العملة

^٥ قرار المجمع: ٧٥ (٨/٦) بشأن قضايا العملة-

^٦ انظر: قرار المجمع ١٣٣ (١٤/٧) بشأن مشكلة المتأخرات في المؤسسات المالية الإسلامية.-

المبحث الثالث

الوسائل التي تحمي المؤسسات المالية المقرضة من إفسار المدينين أو التخفيف منه:

(١) التدقيق في دراسات الجدوى للمشروعات التي تقدمها الشركات والمؤسسات المقرضة.

ليس بخاف أن هذا الموضوع له أهمية قصوى في إطار معالجة مشكلة الديون. فمن المعروف أن الوقاية خير من العلاج. فالأصل أن تقلص المتاجرة عبر المداينات. وقد يبدو هذا الاقتراح صعباً غير عملي في الظروف الراهنة، لكن لا بد من التفكير فيه من جديد، إذ ترجع الأزمات المالية العالمية إلى عوامل، وعلى رأسها: فشو المداينات، إذ الاستدانة تعني في أول وهلة عدم توافر السيولة لدى المدين، وهذا يستدعي أن لا يقبل على التعاقد بالمداينة إلا بعد دراسة فاحصة للمشروع الاستثماري الذي هو بصدده.

وهذا ما ينسحب على الجهة الدائنة أيضاً، فلا يعني تجميع السيولة الوافية الضخمة عبر الودائع أو الأرصدة الأخرى أن تفتح نوافذ باب المتاجرة عن طريق العمليات المبنية على المداينة، لعامة المستهلكين، بحيث يتعثر السداد لكثير منهم، فتتجم مشكلات فيشتد النزاع بين أطراف العقد. ويتطلب كل ذلك أن تؤخذ في الاعتبار دراسة جدوى الاستثمار ومعرفة شخصية الجهة المدينة.

(٢) الحصول على الضمانات الكافية عند الإقراض:

إن الحصول على الضمانات الكافية عند الإقراض أو إنشاء عقد مداينة، أمر لا محيص عنه، ولم تشرع عقود التوثيق إلا لهذا الغرض.

وبما أن حقوق العباد مبنية على المشاحة، كان وفاء الحق المالي أكد وأولى بالرعاية. ومن تلك الحقوق: الالتزامات المترتبة في ذمم المدينين. ولذا قد ندب الإشهاد على الديون في كتاب الله الكريم.

قال الشاه ولي الله الدهلوي عقب ذكر آية المداينة: "أعلم أن الدين أعظم المعاملات مناقشة وأكثرها جدلاً، ولا بد منه للحاجة، فلذلك أكد الله تعالى في الكتابة والاستشهاد، وشرع الرهن والكفالة..."^(١).

ومما يؤكد التوثيق أن الدين إنما يشغل الذمة الشخصية للمدين ويبقى مال المدين حراً بطبيعة الحال، لا علاقة للدين به، فتكون يده فيه مطلقة في الأصل إلا أن يطرأ ما يوجب تعلقاً للدين بعين المال فيتقيد عندئذ تصرف المدين بماله فيكون تصرفه موقوفاً، كما في حالة الرهن، وحجز المال قضاء للدائن... فيتوقف تصرف المدين من أمواله بما يضر حقوق الدائنين^(٢).

^١ حجة الله البالغة ٢/٩٣٥، أحكام البيع

^٢ المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مصطفى أحمد الزرقا ص ٢١٢

وفي كثير من الحالات تدرج العقود التوثيقية في زمرة العقود العينية التبعية في نظر القانون. فيثبت لصاحب الحق العيني التبعية حق الأولوية والامتياز.

وحق الامتياز هو حق ممنوح لأنواع معينة من الديون أن تستوفى قبل غيرها، إما من جميع أموال المدين، أو من جزء معين من أمواله. ولا يتحقق هذا الحق إلا عند تراحم عدة حقوق على الاستيفاء من مال معين ولأحدها حق التقدم، فيكون لهذا الدين المتقدم حق الأولوية أو حق الامتياز^(١).

ويأتي في طليعة العقود التوثيقية عقد الرهن. إذ قد نص عليه في كتاب الله تعالى.

جاء في "المسالك" لابن العربي تحت عنوان "الأصول": "الرهن مصلحة من مصالح الخلائق، شرعها الله تعالى لمن لم يرض بذمة صاحبه الذي عامله، وفائدته: التوثيق للخلق، مخافة ما يطرأ عليهم من التعذر. قال الله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾^(٢).

وقد اتفق العلماء على أن منافع الرهن للراهن ليس للمرتهن فيها حق، وإنما له حق الحبس والتوثيق، فأما منافعه فلا^(٣).

ويمثل حق الرهن حقا عينيا توثيقيا يثبت ويقرر لشخص دائن على مال معين لشخص آخر مديون له، ليتمكن الدائن أن يستوفي دينه منه عند عدم وفاء المدين، فهو حق عيني غير مستقل في مفهومه ووجوده، بل هو تابع للمدين لأنه توثيق لاستيفائه^(٤).

ومن باب توسيع دائرة الرهن في توثيق العقود لا بأس بأن يكون المبيع نفسه مرهونا. وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ونصه كالآتي:

"لا يحق للبائع الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة"^(٥).

- وكذا نص على جواز رهن الأسهم، ورهن الحصة المشاعة من الشركة^(٦).

وبجانب الرهن يمكن أن يجري التوثيق بالكفالة أو الضمان ونحوهما. ومن المناسب أن أورد هنا ما جاء في المعيار الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حول الضمانات، فمن أبرز نصوص "المعيار" ما يأتي:

(١) اشتراط الضمانات مشروع في عقود المعاوضات... لأن التوثيق ملائم للعقود المضمونة.

١ انظر: المصدر نفسه ص ٣٤

٢ الآية ٢٨٣، سورة البقرة

٣ المسالك - شرح الموطأ - ٣١١/٦ - ٣١٢، كتاب الرهن

٤ انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مصطفى أحمد الزرقا ص ٣٠

٥ قرار المجمع: ٥١ (٦/٢) بشأن البيع بالتقسيط.

٦ انظر: قرار المجمع: ٦٣ (٧/١) بشأن الأسواق المالية.

- (٢) لا مانع من الحصول على أكثر من ضمان، كالجمع بين الكفالة والرهن.
- (٣) تصح كفالة ما ليس معلوما من الديون، كما يصح ضمان ما لم يجب بعد في الذمة مع جواز الرجوع عنه قبل نشوء المديونية... .
- (٤) للدائن حق مطالبة المدين أو الكفيل وهو مخير في مطالبة أيهما شاء.
- (٥) يجوز للمؤسسة أن تشترط على عميلها في عقد المداينة أو قبله تقديم رهن لضمان المديونية... .
- (٦) الأصل أن يكون الرهن مقبوضا لدى الدائن (الرهن الحيازي). ويجوز أن يدعه لدى المدين (الرهن التأميني أو الرسمي) وتثبت له جميع أحكام الرهن. ويجوز أن يرهن المدين مال غيره بإذنه (الرهن المستعار). وتعد حيازة مستندات البضائع أو المعدات لدى المخازن أو في الموانئ قبضا حكما لما تمثله.
- (٧) جميع المصروفات الفعلية المتعلقة بالرهنونات العينية تكون على الراهن، وإذا قام المرتهن بدفعها بإذن الراهن فله حق الرجوع عليه أو الانتفاع بالرهون بقدر المصروفات.
- (٨) مقتضى الرهن أن يحق للدائن عند عدم وفاء المدين بالدين في موعده طلب بيع المرهون لاستيفاء مقدار الدين من ثمنه، ورد الزائد إلى المدين، وإذا نقص الثمن عن الدين فللباقي منه حكم الدين العادي.
- (٩) إذا أفلس المدين فإن للدائن المرتهن أولوية على بقية الدائنين للاستيفاء من الرهن، ويكون أسوة للغيراء في بقية دينه إذا لم يكف الرهن.
- (١٠) للدائن أن يشترط على المدين تقويضه ببيع الرهن عند حلول أجل الدين للاستيفاء من ثمنه دون الرجوع إلى القضاء.
- (١١) يجوز للراهن أن ينتفع بالرهون بإذن المرتهن، ولا يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن مطلقا ولو بإذن الراهن.
- (١٢) يحق للبائع أن يشترط على المشتري بالأجل أنه إذا لم يسدد الثمن خلال مدة معلومة بعد حلول الأجل فله فسخ العقد دون الرجوع إلى القضاء.
- (١٣) لا مانع من الحصول من المدين على شيكات أو سندات إذنية (سندات لأمر) بصفتها وسيلة لحمل المدين على أداء الأقساط نقدا في مواعيدها، بحيث تعاد إليه إذا أدى، أو ترسل للتحصيل إذا تخلف عن الأداء.
- (١٤) يجوز للمؤسسة أن تشترط على العميل لتوثيق المديونية التي سيدفعها على أقساط أو في موعد لاحق أن يكون لها الحق في تجميد حسابه الاستثماري أو إيقاف حقه في السحب منه مطلقا، أو بمقدار الدين، وهو الأولى^(١).

^١ المعايير الشرعية - ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م - ، ص ٤٨ - ٥٢

وهنا من الجدير بالذكر أنه على الرغم من أخذ الضمانات الكافية التي تسعف الدائن في استيفاء دينه من المدين المماطل، إذا اعترضت عوائق أخرى، كما لو أدى رفع القضية إلى المحكمة إلى مشكلات في ظل المحاكمات القانونية اليوم، وصادف وجود رصيد آخر لدى الدائن في حساب استثماري آخر لذلك المدين، فلا بأس بأن يستوفي حقه منه بناء على قاعدة الظفر بالحق. ومعنى الظفر بالحق: أن يفوز الإنسان بمال مدين مماطل له، فيأخذ نصيبه المستحق منه، بدون إذنه. وهي في الواقع تمثل قاعدة لما يرتبط بها من أحكام متعددة تدور حول استيفاء الحقوق، لاسيما في مجال الحقوق المالية. وقد صاغ الإمام البغوي موضوع الظفر بالحق في صورة قاعدة، فقال: "من له حق على غيره يمنعه إياه، فظفر من ماله بشيء: جاز له أن يقتضي منه حقه، سواء كان من جنس حقه أو لم يكن منه" (١).

وهذه الصيغة قد برز فيها اتجاه الفقهاء الذين أجازوا استيفاء الحق المالي عند الظفر بمال صاحبه المدين المماطل وإن لم يكن من جنسه.

وقد اختلف الفقهاء في استيفاء الحق مما ظفر به الإنسان من مال لغيره حسب اختلاف الأحوال والأحكام. ولا يتسع المقام هنا للتعريج على الخلاف.

^١ شرح السنة للبغوي ٨/ ٢٠٥

ملخص البحث

تلخص هذا البحث في عرض عناصره في صورة ثلاثة محاور، على النحو الذي يأتي بيانه:

جاء في مستهل البحث تمهيد يتناول حكم الاستدانة، ثم تضمن المحور الأول البحث عن الإفلاس والتفليس، إذ قد يتعذر أداء الدين عند حلوله من قبل المدين بسبب إفلاسه، فربما يضطر الدائن إلى مرافعة قضية ضده، فيحجر على المدين بإصدار حكم التفليس فيما إذا ثبت المطل منه، لكي يمكن استيفاء الدين منه قضائياً. ثم أشير في البحث إلى تدابير وقائية، إذا أخذت في الحسبان من طرف الدائن أصبح في غنى عن مرافعة قضائية، إذ أمكنه في الغالب استيفاء الدين بدون اللجوء إلى القضاء، وقد استعرض البحث بعض الأحكام المترتبة على إشهار إفلاس المدين، و تناول أيضاً قضية تغريم المدين الموسر المماطل، التي احتدم فيها الخلاف، كما هو واضح من الاجتهادات المعاصرة.

هذا، وأما المحور الثاني: فالمقصود منه استكمال بعض صور الدين، التي لا تزال مثار النزاع وتنتظر صدور قرار مجمعي في شأنها، وعلى رأسها صورة الدين الذي يغلب على بقية عناصر المعقود عليه في أنواع من الاستثمارات المعاصرة، المتمثلة في الشركات الحديثة و المضاربة الجماعية، وما يتفرع عنها من وحدات الصناديق الاستثمارية وأسهم الشركات المساهمة ونحوها. فقد صدرت قرارات بجواز التعامل فيما إذا كان الدين أو النقد مغلوباً بمقابل السلع في مكونات هذا النوع من التعامل، وبقي البحث والنظر فيما إذا كانت الديون والنقود غالبية، وقد ارتكز البحث في المحور الثاني على هذه القضية الجوهرية.

ثم تطرق البحث في نفس المحور الثاني إلى إيراد أهم قرارات المجمع، الصادرة بخصوص الدين، لكي تؤخذ في الاعتبار لدى التصدي للبدايل المشروعة لبيع الدين، المقترحة من قبل الباحثين. ثم ختم البحث في المحور الثالث بذكر ما يتعلق بحصول الضمانات عند الإقراض والتعامل بالمدائيات في ضوء كلام العلماء والقرارات الجمعية ولا سيما المعايير الشرعية الصادرة في هذا الشأن. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

إعداد

علي أحمد الندوي

١٥/١٠/١٤٣٣هـ

فهرس المراجع

- (١) الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب السبكي، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ.
- (٢) إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون -دراسة مقارنة- ، للدكتور زياد صبحي ذياب، دار النفائس، الأردن، ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م
- (٣) الإفلاس في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة- ، للدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح.
- (٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، للمرداوي، علاء الدين أبي الحسن بن سليمان، الطبعة الأولى، تصحيح وتحقيق: محمد حامد الفقي، مصر، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٧٤هـ- ١٩٥٥م للمرداوي
- (٥) التعويض عن ضرر المماثلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، لمحمد أنس الزرقا، ومحمد علي القري، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، م٣، ١٤١١هـ/١٩٩١م
- (٦) الجامع الصحيح، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري- مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني- .
- (٧) الحاوي الكبير- شرح مختصر المزني- لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل عبد الموجود، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٤هـ- ١٩٩٤
- (٨) حجة الله البالغة، لشاه ولي الله أحمد بن عبد الرحيم الدهلوي، تحقيق: عثمان جمعة ضميرية، مكتبة الكوثر، الرياض، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م
- (٩) الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: د. محمد حجي، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٩٤م
- (١٠) الديون والبنوك- رؤية اجتماعية اقتصادية في ضوء الكتاب والسنة- ، د.عبد الله بن سيف الأزدي، ٣٦٠- ٣٦١، مركز النشر العلمي جامعة الملك عبد العزيز، جدة.
- (١١) رد المحتار على الدر المختار = حاشية ابن عابدين، محمد أمين، بيروت ، دار الفكر.
- (١٢) شرح السنة ، للحسين بن مسعود بن محمد البغوي ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، الطبعة الأولى، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.
- (١٣) شرح مختصر الطحاوي لأبي بكر الجصاص الرازي، دراسة وتحقيق: د. سائد بكداش وعدد من الباحثين.، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م
- (١٤) شرح مشكل الآثار، لأبي جعفر الطحاوي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت.

- (١٥) شرح النووي لصحيح مسلم. للإمام مسلم بن الحجاج القشيري، مؤسسة قرطبة، القاهرة ١٤١٢هـ - ١٩٩١م
- (١٦) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لعبد الله بن نجم بن شاس المالكي، تحقيق: حميد محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- (١٧) الفروق لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ١٣٤٤هـ
- (١٨) الفوائد الجسام على قواعد ابن عبد السلام، "مخطوط" - المكتبة السليمانية، استنبول.
- (١٩) القبس شرح موطأ مالك بن أنس، لأبي بكر محمد بن العربي المعافري، تحقيق: د. محمد ولد كريم ط ١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٢م
- (٢٠) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر..
- (٢١) كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، مطبعة أنصار السنة المحمدية، القاهرة
- (٢٢) المبدع في شرح المقنع، للبرهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي، ط ١، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٠م
- (٢٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني، الطبعة الأولى، جمع و ترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي والحنبلي وابنه محمد، الرياض، مطابع الرياض، ١٣٨١هـ
- (٢٤) المدخل إلى نظرية الالتزامات العامة، لمصطفى أحمد الزرقا، ط: دار القلم، دمشق.
- (٢٥) المعايير الشرعية ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، بالبحرين
- (٢٦) المغني لابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن محمد المقدسي، ط: الأولى، القاهرة، هجر للطباعة والنشر.
- (٢٧) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، لأبي العباس أحمد بن عمر القرطبي، تحقيق: محي الدين مستو، يوسف علي بديوي وآخران، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، بيروت ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م
- (٢٨) المقدمات الممهدة لابن رشد "الجد"، أبي الوليد محمد بن أحمد، الطبعة الأولى، تحقيق: د. محمد حجي، وسعيد أحمد أعراب، بيروت، دار الغرب الإسلامي ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م
- (٢٩) المسالك - في شرح موطأ مالك - لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري، تحقيق: محمد بن الحسن السليمانى، عائشة بنت الحسن السليمانى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

- (٣٠) مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، بيروت، دار ابن حزم، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م
- (٣١) المنثور في القواعد للزرركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، الكويت، مؤسسة الخليج للطباعة والنشر ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م
- (٣٢) الموسوعة الفقهية - وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الكويت - .
- (٣٣) الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، تحقيق: د. عبد الله دراز، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩١م
- (٣٤) نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور عبد المنعم فرج الصده، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠هـ.
- (٣٥) نهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك عبد الله بن يوسف الجويني، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، جدة، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م
- (٣٦) الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، القاهرة، دار السلام ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي ووسائل حماية المؤسسات المالية المقرضة من إعسار المدينين

إعداد

د. محمد عبد المنعم أبوزيد

كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الرياض - المملكة العربية السعودية

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

لقد انتشر التعامل بالديون في الوقت الحاضر انتشاراً كبيراً، وأصبح يمثل النسبة الغالبة في مجال المعاملات المالية الحديثة فكثير، من الحاجات الاستهلاكية والاستثمارية لا يتم إشباعها الآن إلا من خلال أسلوب الدين.

وقد اهتم الإسلام منذ أربعة عشر قرناً بمسألة الدين، فأجاز التعامل به، وحث أصحاب الأموال على إقراض أصحاب الحاجة ورغبهم في ذلك وبين فضل هذا العمل وجزاؤه العظيم، كما حض المدينين على حسن القضاء والحرص على الوفاء بالديون لأصحابها في مواعيدها المحددة، وحذر من التأخر والمماطلة في أداء الدين، كما شرع الإسلام بعض صور المعاملات القائمة على الدين كالبيع الآجل والإجارة..... وغيرها. كما نظم وبين الإسلام الأحكام المختلفة للتعامل بالدين وأجاز بعض الأساليب والوسائل التي تكفل رد الديون لأصحابها كالكتابة والإشهاد والرهن والكفالة وغيرها.

وعلى الرغم من انتشار وتزايد التعامل بالديون في الوقت الحاضر، إلا أنه لوحظ من خلال الواقع العملي لهذه المعاملات وبعض الدراسات الميدانية المتعلقة بها أن نسبة التوقف عن السداد أو التأخر والمماطلة في أداء الدين في تزايد مستمر، الأمر الذي ترتب عليه العديد من الآثار السلبية، ليس فقط على مستوى المؤسسات المقرضة، ولكن أيضاً على مستوى المدينين أنفسهم، بل وعلى مستوى المعاملات المالية بصفة عامة في الوقت الحاضر، حتى أصبحت هذه المشكلة محل اهتمام الكثير من المعنيين بالمعاملات المالية عامة والمصرفية على وجه الخصوص.

ولا يرجع تزايد الاهتمام بهذه المشكلة مؤخراً إلى كثرة التعامل بالدين في الوقت فقط، ولا إلى زيادة حالات الإعسار والتعثر وعدم السداد التي يتعرض لها كثير من المؤسسات المقرضة فحسب، ولكن أيضاً بسبب انتشار وزيادة عدد المؤسسات المالية الإسلامية وكذلك التزايد المستمر في الاعتماد على الأساليب الإسلامية، والتي تعتمد في جانب أساسي منها على التعامل بأسلوب الدين.

وزاد من هذا الاهتمام أيضاً أن هذه المشكلة قد دفعت بكثير من المؤسسات المقرضة والمدينين إلى اللجوء لوسائل مختلفة للخروج منها بصرف النظر عن كونها وسائل مشروعة أو غير مشروعة، ومن هنا تبرز أهمية دراسة وبحث هذا الموضوع.

وقد اهتم الفكر التمويلي والمصرفي بمسألة حماية الديون والأموال المقرضة من خطر عدم السداد بسبب تعرض المدينين - أو المقترضين - للتعسر أو الإعسار أو المماطلة، وقدمت في هذا الإطار العديد من الوسائل التي يمكن للمؤسسات المقرضة الاعتماد عليها

لتجنب حالات التعثر أو إعسار المدينين وعدم تعرضها لها منذ البداية ، ولتدنية الآثار السلبية والأضرار الناتجة عنها عند وقوعها .

ونحن الآن - وفي ظل الواقع الذي سبق عرضه - في حاجة للتعرف على هذه الوسائل والأساليب ، تمهيداً لبحث مدى إمكانية الاعتماد عليها من الناحية الشرعية لمواجهة حالات إعسار وتعثر المدينين في مجال المعاملات الإسلامية عامة ومجال المؤسسات المالية الإسلامية خاصة ، وهذا ما يستهدف البحث المساهمة في تحقيقه ، وذلك من خلال هذه الخطوة المتواضعة لدراسة بعض جوانب هذا الموضوع .

وسوف يتم التعرض بداية لمسألة الإعسار في الفقه الإسلامي ، من حيث بيان تعريفه وأهم الفروق التي تميزه عن المعاملات ذات الشبه به ، ثم بيان موقف الشريعة الإسلامية من مسألة التعامل بالمدين عامة وبعض الأحكام المتعلقة بهذا التعامل مع التركيز على مسألتها مماثلة وإعسار المدين لعلاقتها الأساسية بهذا الموضوع وبعد ذلك يتم الانتقال للتعرف على بعض الوسائل التي يتم الاعتماد عليها في مجال عمل المؤسسات المالية المقرضة - التقليدية - لحمايتها من حالات الإعسار والتعثر التي يمكن أن يتعرض لها العملاء المدينون وتؤدي إلى عدم قدرتهم على سداد الدين المستحق عليهم .

وبناء على ذلك ستم دراسة هذا الموضوع من خلال المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول : الإعسار وأحكامه في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : وسائل حماية المؤسسات المقرضة من إعسار المدينين في

مرحلة ما قبل منح القرض .

المبحث الثالث : وسائل حماية المؤسسات المقرضة من إعسار المدينين في

مرحلة ما بعد منح القرض .

المبحث الأول الإعسار وأحكامه في الفقه الإسلامي

يستهدف هذا المبحث التعرف على ماهية وطبيعة الإعسار في الفقه الإسلامي مع بيان أهم أحكامه الشرعية ، وذلك لتحديد كيفية التعامل مع هذه الحالة للإعسار ، سواء بالوصول إلى الأساليب الوضعية والشرعية لتجنبها وحماية أموال الدائنين من التعرض لإعسار المدينين ، أو بتحديد الوسائل العلاجية الوضعية والشرعية أيضاً الملائمة للتعامل معها وتدنية آثارها عند وقوعها .

ولأن الإعسار مرتبط بالدين - في موضوعنا هذا - ارتباط عضوي ، فسوف يتم التعرض لمسألة الدين وأحكامه في الفقه الإسلامي ، وبيان رؤية الشريعة الإسلامية لموضوع الدين وموقفها منه ، وأحكام التعامل مع المدينين عامة والمدين المعسر والمدين المماطل خاصة .

وللتعرف على هذه المسائل سيتم تقسيم المبحث إلى المطالب الثلاثة التالية :

المطلب الأول : تعريف الإعسار والتمييز بينه وبين المعاملات المشابهة له .

المطلب الثاني : الدين وأحكامه في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث : أحكام التعامل مع المدين المماطل والمدين المعسر .

المطلب الأول

تعريف الإعسار والتمييز بينه وبين المعاملات المشابهة له

أولاً: تعريف الإعسار :

الإعسار في اللغة : مصدر الفعل أعسر ويقصد به الضيق والشدة ، ومنه أيضاً قلة ذات اليد^(١) يقول سبحانه وتعالى : ﴿ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾^(٢) ومنه قوله تعالى : ﴿ فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا * إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ﴾^(٣) ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(٤) . فالمعنى العام للإعسار هو الضيق والشدة في أي شيء ، ومنه الإعسار المالي أي قلة ذات المال وعدم القدرة على الإنفاق أو أداء الالتزامات المستحقة .

أما تعريف الإعسار في الاصطلاح الشرعي : فقد استخدم الفقهاء لفظ "الإعسار" بمعانٍ وعبارات اختلفت باختلاف ورودها في أبواب المعاملات المختلفة ، كالإعسار بالنفقة

(١) انظر لسان العرب لابن منظور ، مادة عسر : والمصباح المنير : ص ١٥٥ .

(٢) الطلاق : ٧ .

(٣) الشرح : ٥ ، ٦ .

(٤) البقرة : ٢٨٠ .

والإعسار بالمهر والإعسار بالدين، ومن ثم فهناك تعريفات للإعسار ترتبط بالمجالات أو الموضوعات التي استخدم فيها لفظ الإعسار، وقد عرفت الموسوعة الفقهية الكويتية الإعسار بأنه: "عدم القدرة على النفقة أو أداء ما عليه بمال ولا كسب"^(١).

ويتبين من هذا التعريف أن المقصود بالإعسار هو عدم القدرة على أداء الحقوق والالتزامات المالية عامة - أيا كان نوعها - بسبب عدم توافر المال وعدم القدرة على الكسب، فالإعسار في الاصطلاح يدور معناه حول العجز المالي للشخص عما لزم في ذمته من التزام مالي^(٢).

أما الإعسار بالدين فيمكن استنباط معناه مما سبق حيث يقصد به: عدم توافر الأموال التي تمكن المدين من سداد دينه. وهذا يقترب من تعريف الإمام الرازي للإعسار والذي ذكر بأنه أي المعسر: "لا يجد في ملكه ما يؤديه بعينه ولا يكون له ما لو باعه لأمكنه أداء الدين من ثمنه"^(٣).

والخلاصة أن الإعسار في الاصطلاح الفقهي يطلق في المعنى العام ويراد به عدم قدرة المكلف على أداء ما عليه من الحقوق المالية، سواء أكانت من حقوق الله كالزكاة والنذر، أم من حقوق العباد كالنفقة والدين. وسواء كان عنده مال يفي ببعض الحقوق، أم لم يكن عنده مال أصلاً؛ ويطلق لفظ الإعسار بالمعنى ويراد به: ألا يكون عند المدين مال يفي بالدين الذي عليه^(٤).

تعريف الإعسار في النظام: يعرف كثير من القانونيين الإعسار بتعريفات تقترب إلى حد كبير من تعريفه في الاصطلاح الفقهي، فقد عرفه السنهوري بأنه: حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه^(٥). وعرف البارودي الإعسار بأنه: عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء^(٦).

ويعرف المعجم القانوني المعسر بأنه: المتوقف عن الأداء أو العاجز عن أداء ديونه في مواعيدها، أو من كانت أمواله لا تكفي لأداء ما يطلب منه^(٧). ويعرف البعض الإعسار القانوني بأنه: وضع يكون فيه المدين غير قادر على تسديد المبلغ الذي اقترضه عندما يجب موعد السداد^(٨).

(١) الموسوعة الفقهية. وزارة الأوقاف الكويتية: ٢٤٦/٥.

(٢) فضل الرحيم بن محمد عثمان. أحكام الإعسار المالي في الفقه الإسلامي، دار كنوز أشبيلية، الرياض، ٢٠٠٩م: ص ٢٦.

(٣) التفسير الكبير للرازي: ١١/٧.

(٤) يوسف الشبيلي. إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام، المؤتمر الفقهي الثاني للمؤسسات المالية الإسلامية، شورى للاستثمارات الشرعية وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، الكويت، ٣ و ٤ نوفمبر ٢٠٠٩م.

(٥) عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: ١٢٠٩/٢.

(٦) علي البارودي. القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧م: ص ٢٧٢.

(٧) المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، ١٤١٠: ص ٣٧٢.

(٨) يوسف الشبيلي. إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام، مرجع سابق: ص ٩.

ثانياً: التمييز بين الإعسار والإفلاس :

الإفلاس لغة : مصدر أفلس أي صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم .وقالوا أفلس الرجل كأنه صار إلى حال ليس له فلوس^(١) . فالمعنى هنا أنه أصبح بلا مال ، أو بقي معه قليل من بعد أن كان صاحب مال كثير .

أما في الاصطلاح الفقهي : فالمفلس هو: من أحاطت الديون بماله . كما عرف المفلس بأنه من عليه ديون لا تفي بها أمواله . وعرفه بعض الفقهاء بأنه : "من عليه ديون حالة زائدة عن ماله " . فالمفلس هو من عجز عن وضع ما عليه من ديون ، وقد يكون من لا مال له وقد يكون عنده مال كثير ولكنه لا يفي بديونه اللازمة .

أما المعسر- فكما سبق- هو من لا مال له وعسرت أموره عليه وشقت ، فهو أسوأ حالا من المفلس .

فالإعسار والإفلاس يجمعهما عدم القدرة المالية على الوفاء بالالتزامات والحقوق ، ولكن بينهما فروق أساسية أيضاً منها^(٢) :

- (١) المفلس له مفهوم وتعريف محدد لدى الفقهاء ، بينما الإعسار ليس له تعريف يشمل جميع أبوابه ، ويختلف تعريفه من باب لآخر .
- (٢) الإعسار في اللغة يأتي بمعنى الشدة والصعوبة عامة ومنها قلة ذات اليد ، بينما الإفلاس في اللغة لا يستعمل إلا في قلة المال وانعدامه .
- (٣) يغلب استعمال لفظ الإعسار لدى الفقهاء في العجز عن أداء الحقوق المالية التي أوجبها الله عامة ، بينما الإفلاس يستعمل في العجز عن أداء الدين من جهة العباد ، فالإفلاس مرتبط دائماً بالدين أما الإعسار فقد يكون عن دين أو غيره .
- (٤) إذا ثبت إعسار المدين فإنه ينظر إلى حين ميسرة ، أما في حالة إفلاس المدين فإنه يباع ما يملك ويقسم ثمنه على غرمائه .
- (٥) في حالة الإفلاس يمنع المدين من التصرف في ماله ويتم الحجر عليه ، وأما الإعسار فهو بخلاف ذلك .

ثالثاً: التمييز بين الإعسار والمطل:

يقسم الفقهاء المدينين من حيث القدرة على السداد إلى ثلاثة أقسام: -

- (١) المدين المعسر: وهو من ليس عنده مال يفي بشيء من ديونه ، وحكمه إذا ثبت إعساره إنظاره لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(٣) ، ولا يجوز حبسه ولا الحجر عليه .

^(١) انظر مختار الصحاح : ص ٥١٠ : والمصباح المنير : ص ٥٧٨ .

^(٢) للتفصيل أكثر انظر عبد الرحيم بن إبراهيم المحيذيف . دعوى الإعسار في الفقه الإسلامي والنظام السعودي ، بحث تكميل لدرجة الماجستير ، المعهد العالي للقضاء ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض : ص ٢٥ ، ٢٦ : وفضل الرحيم بن محمد عثمان . أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق : ص ٣٢ - ٣٥ : والموسوعة الفقهية الكويتية : ٢٤٦/٥ . .

^(٣) البقرة : ٢٨٠ .

(٢) المدين المفلس: وهو من لا تكفي أمواله لسداد دينه ، أي لديه أموال ولكن تزيد ديونه على أمواله . وحكمه حسب الراجح من رأي الفقهاء أن يحجر عليه ويمنع من التصرف في أمواله ، وتقسم هذه الأموال على دائئيه .

(٣) المدين المماطل : وهو المدين الذي لديه أموال تزيد عن ديونه التي عليه ، ولكن يمتنع عن سداد ما استحق عليه حالا من الديون ، وحكمه قول النبي ﷺ : "مطل الغني ظلم"^(١) ، وقوله ﷺ " لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"^(٢) ، ويجوز حبسه وتعزيزه حتى يقضى دينه، وإذا أصر على عدم القضاء، باع ولي الأمر ماله وقضى دينه.ومن ثم فالمدين المماطل ما امتنع عن سداد دينه مع توافر القدرة على السداد .

وإذا كان المدين المعسر والمدين المماطل يشتركان في أن كليهما لم يوف بدينه، إلا أن بينهما فروق أهمها^(٣) :-

(١) المدين المعسر لا يكون له مال زائد عن حوائجه الأصلية بما يفي بدينه نقداً أم عيناً، بينما المدين المماطل يكون له هذا المال الزائد عن حاجاته الأصلية والذي يكفي لسداد دينه ولكنه يمتنع عن الوفاء.

(٢) المدين المعسر لا يستحق العقوبة إذا تأخر في السداد، ويمهل حتى يتمكن من ذلك، أما المدين المماطل فيستحق العقوبة بأي شكل من أشكال العقوبة التعزيرية التي يراها ولي الأمر .

(٣) في المدين المماطل يجوز لولي الأمر أن يقوم ببيع أمواله رغماً عنه وأداء دينه لمستحقه، بينما لا يحدث ذلك في حالة المدين المعسر حيث لا مال له.

رابعا : التمييز بين الإعسار وعدم الملاءة المالية :

الملاءة في اللغة مصدر لفعل ملئ والرجل المليء : كثير المال^(٤) ، وفي الاصطلاح الفقهي: الملاءة المالية : هي الغنى واليسار^(٥) .

والإعسار عند الفقهاء ضد الملاءة ، فعادة ما يستخدم المدين المعسر في مواجهة المدين المليء .

والملاءة المالية اصطلاح مصري يقترب في معناه إلى حد كبير من المعنى اللغوي والفقهي لكلمة الملاءة . حيث يتطلب العرف المصري والائتماني توافر الملاءة المالية في العميل المقترض ، وذلك بأن يكون على درجة من الغنى واليسار المالي التي تمكنه من تقديم الضمانات المطلوبة للحصول على القرض ، والتي من خلالها يضمن البنك استرداد

^(١) متفق عليه من حديث أبي هريرة .

^(٢) أخرجه أحمد وأبو داود .

^(٣) انظر عبد الرحيم بن إبراهيم المحينيف . دعوى الإعسار في الفقه الإسلامي والنظام السعودي ، مرجع سابق : ص ٣١ ، ٣٢ .

^(٤) انظر مختار الصحاح : ٢٩٩/١ .

^(٥) المغني لابن قدامة : ٦٢/٧ .

قيمة القرض عند عجز هذا العميل عن السداد . وفي حالة عدم توافر الملاءة المالية في الشخص طالب القرض لا يستطيع الحصول على القرض المطلوب .

وإذا كان الإعسار وعدم الملاءة يشتركان في عدم توافر القدرة المالية ، إلا أن هناك اختلافات أساسية بينهما ، منها : -

- (١) من حيث المعنى والمضمون المعسر يمر بحالة من الشدة والضييق وقلة ذات اليد وعدم القدرة على الإنفاق ، وهذا غير متحقق في حالة الشخص غير المملوء في غالبية الأحيان.
- (٢) المعسر لا يمتلك ما يزيد على حاجاته الأصلية ، بينما عدم الملاءة تعني عدم توافر القدر الكافي من الأموال لدى هذا الشخص والتي تضعه في مصاف الأغنياء والموسرين ، فقد يكون لديه قدر قليل أو كثير من الأموال ولكن لا يسمح له بالوصول إلى هذه المرتبة من الغنى واليسار "مرتبة الملاءة المالية" .
- (٣) الشخص عديم الملاءة المالية المدين قد تكون لديه القدرة على سداد دينه ، بينما المعسر المدين لا تتوافر لديه هذه القدرة .

خامساً: التمييز بين الإعسار والتعثر المالي :

يقصد بالتعثر المالي عدم قدرة المشروع على الوفاء بالتزاماته تجاه الغير ، أو هو عجز المدين عن سداد ديونه .

وعادة ما يقسم التعثر المالي إلى نوعين^(١) :

- (١) التعثر المالي الفني : ويعني عدم قدرة المشروع - أو الفرد - على الوفاء بالتزاماته قصيرة الأجل ، وهي حالة عدم كفاية السيولة ، وقد تحدث حتى لو كانت الأصول تزيد عن قيمة الخصوم .
- (٢) التعثر المالي القانوني : وهي تعني عدم قدرة المشروع على الوفاء بكافة التزاماته ، وهذا يحدث حينما تكون قيمة الأصول الخاصة بالمشروع أقل من التزاماته .
ومن ذلك يتبين أن :

١) التعثر المالي الفني يختلف في معناه وحقيقته عن الإعسار ، فالتعثر هنا يكون حالة من عدم توافر السيولة الكافية لسداد الديون والالتزامات بينما تكون هناك أموال وأصول مملوكة تكفي للسداد ، وهي تختلف عن حالة الإعسار حيث لا يمتلك المعسر من الأموال النقدية أو العينية ما يكفي لسداد دينه .

(١) محمد محمود مكاري . التعثر المصرفي الإسلامي ، المكتبة العصرية ، المنصورة ، مصر ، ٢٠٠٩م : ص ٢٦ .

٢ أما التعثر القانوني فهو الذي يقترب في معناه ومضمونه من حالة الإعسار ، ويتفق مع حالة الإفلاس خاصة ، حيث تكون هناك أموال - نقدية أو عينية - مملوكة للشخص ولكنها لا تكفي لسداد كامل الديون المستحقة عند بيعها وتسييلها .

المطلب الثاني

الدين وأحكامه في الشريعة الإسلامية

تعريف الدين :

الدين في اللغة : واحد الديون ، وهو من الفعل دين ودان ، وكل شيء غير حاضر دين ، ودنت الرجل أعطيته الدين على أجل^(١) ، ورجل مديون كثر عليه الدين ، ومديان أي : عادته أن يأخذ الدين ، والديان صفة لله تعالى ، والمدين العبد^(٢) .

والدين في اصطلاح الفقهاء : اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلاً عن شيء آخر^(٣) ، وبصفة عامة الدين : كل ما يثبت في ذمة المرء ويطلب بالوفاء به ، سواء كان حقاً لله أم حقاً للعباد ، وسواء كان مالاً أو غير مال^(٤) .

والمعنى الأول هو المقصود هنا "الديون المالية" ويقصد بها ما يثبت من الأموال في الذمة بسبب من الأسباب الموجبة لذلك .

مشروعية التعامل بالدين :

الدين مشروع واستدل الفقهاء على مشروعيته من القرآن بالآية الكريمة : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(٥) ، ومن السنة النبوية بحديث عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد^(٦) .

ونقل ابن حجر العسقلاني : أن الشراء بالنسيئة (أي بالأجل أو الدين) جائز بالإجماع^(٧) ، وقد حث الرسول ﷺ الموسرين على إقراض أصحاب الحاجة وبين فضله فقال ﷺ : " من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ، ومن فرج عن مسلم كربة ، فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة "^(٨) .

^(١) لسان العرب لابن منظور : ١٦٦/١٣ ، حرف النون ، فصل الدال .

^(٢) مختار الصحاح ، مادة : دين .

^(٣) فتح القدير للكمال ابن الهمام : ٤٣١/٥ .

^(٤) انظر خالد محمد حسين إبراهيم . التصرف في الديون وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : ص ٥٣ .

^(٥) البقرة : ٢٨٢ .

^(٦) متفق عليه واللفظ للبخاري : ٦١٦/٢ .

^(٧) فتح الباري شرح صحيح البخاري ، لابن حجر العسقلاني : ٣٤٥/٤ .

^(٨) صحيح البخاري : ٨٤١/٢ .

كما أوصى الرسول ﷺ المدين بحُسن القضاء فقال ﷺ : " خياركم أحاسنكم قضاء " (١) ، وقال ﷺ : " من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله " (٢) .

أنواع الديون :

(١) الدين الحال والدين المؤجل :

يقسم حسب الدين وقت سداده إلى دين حال ، ودين مؤجل . والأول هو ما حل وقت أدائه ويجوز المطالبة به فوراً ، ويحمل المدين على الوفاء به عن طريق الحاكم والقضاء إذا امتلك القدرة على الأداء وامتنع عن ذلك حيث تنطبق عليه أحكام المدين المماطل ، وإذا فقد المدين القدرة على الأداء فحكمه الإنظار لإعساره .

أما الدين المؤجل : فهو الدين الذي لم يحن وقت أدائه ، ولا تصح المطالبة به إلا عند حلول أجل السداد ، ولكن لو أدى قبله يصح ويسقط عن ذمة المدين ، إلا إذا كان في ذلك ضرر على الدائن .

ولا يدخل في باب الإعسار ، ولا الإفلاس عند كثير من الفقهاء ، الدين المؤجل ، حتى لو كان المدين غير قادر على الوفاء الآن وقبل حلول أجل الدين . ولكن يحل الدين المؤجل بموت المدين ، وبإفلاسه عند بعض الفقهاء .

(٢) ديون لله تعالى وديون للعباد :

والأول هو حق الله الذي يثبت في الذمة ، وليس لها مطالب من جهة العباد كالنذر والكفارات ، أو لها مطالب من جهة العباد ولكن ليس حقاً لنفسه كالزكاة ، فالإمام له حق المطالبة بها ليس ، لأنها حقاً له ، وإنما لأنه مكلف عن المجتمع في المطالبة بحق الفقراء (٣) .

أما ديون العباد فهي الديون التي يكون لها مطالب من جهة العباد على أنه حق له في ذمة المدين ، مثل: ثمن البيع وبدل القرض ، والتعويض عن المتلف ، والديات ونحوه . وهذا النوع هو محل الدراسة في موضوعنا هنا .

وتختلف ديون العباد عن ديون الله سبحانه وتعالى في كثير من الأحكام ، منها :

(أ) ديون العباد تخول لصاحبها مطالبة المدين بها ، وإجباره على أدائها بالحبس وبيع أمواله وغيرها . بخلاف الديون التي لله تعالى ، فلا يجوز لأحد من العباد المطالبة بها ولا إجبار المدين على أدائها بالحبس وبيع الأملاك وغيره عدا الزكاة .

(١) صحيح مسلم : ٤٥/٥ .

(٢) صحيح البخاري : ٤٨١/٢ .

(٣) خالد محمد حسين إبراهيم . التصرف في الديون وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعات الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦م : ص ٦٣ .

(ب) في ديون العباد عند موت المدين لا يجوز نقل التركة إلى الورثة بعد موته إلا بعد الوفاء بالديون المستحقة عليه منها . أما ديون الله فلا تمنع انتقال التركة إلى الورثة بعد موت المدين ، ولا يجب على الوارث إخراجها من التركة إلا إذا كان المورث قد أوصى بها ، وإن كان من يرون أن ديون الله تعالى تسقط بموت من وجبت عليه ، إلا أنهم يرون أنه أتم ومؤاخذ على ذلك^(١) .

(ج) ديون العباد يجوز توثيقها بالكتابة والإشهاد والرهن والكفالة ونحوه من قبل المدين تجاه الدائن ، بينما ديون الله عز وجل هي التزام تعبدي من العبد تجاه خالقه، يعد توافر الوازع الديني هو الضمانة الأساسية لأدائها ، والعبد محاسب عنها أمام الله سبحانه وتعالى .

مصادر وأسباب الديون :

تحدث الفقهاء عن الأسباب التي تؤدي إلى وجود الدين وثبوته في حق المدين والمصادر التي ينشأ عنها هذا الدين ، فذكروا منها^(٢) :

(١) العقود :

والعقد هو اتفاق بين إرادتين متوافقتين على فعل مشروع من خلال الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين وقبول الآخر له .

وتعد العقود من المصادر والأسباب الرئيسية المؤدية لنشأة وجود الديون في الفقه الإسلامي ومنها : البيع ، والقرض، والسلم ، والإجارة ، والكفالة .

ففي عقد البيع يلتزم المشتري بدفع الثمن للبائع في وقت محدد ومن ثم يصبح ديناً في ذمة المشتري . وفي عقد القرض يلتزم المقترض بسداد قيمة القرض في وقت لاحق ومن ثم تصبح هذه القيمة ديناً في ذمته واجبة الأداء عن حلول الأجل المحدد بالعقد .

وفي عقد الإجارة يلتزم المستأجر بدفع الأجرة إلى المؤجر، فهي أيضاً دين في ذمته . ويلاحظ أن لكل عقد من هذه العقود ضوابطه وأحكامه الشرعية التي تحكم علاقة الدين بين الطرفين وما يترتب عليها من نتائج وآثار .

(٢) التصرف الانفرادي :

وهو تصرف قولي صادر من شخص ، يتم بإرادته المنفردة فقط ، ولا يتوقف على قبول الطرف الآخر ، ومن أمثلة هذه التصرفات الهبة والوصية والنذر .

فالشخص هنا تعهد وألزم نفسه بإرادة مستقلة بدفع قيمة مالية لآخر، وثم أصبحت هذه القيمة ديناً في ذمته . ولذلك فالتصرف الانفرادي يعد أيضاً سبباً ومصدراً مؤدياً إلى نشأة الديون في الفقه الإسلامي .

^(١) انظر المرجع السابق : ص ٦٥ .

^(٢) انظر نفس المرجع السابق : ص ٨٥ وما بعدها .

(٣) التكاليف الشرعية :

فقد أوجبت كثير من النصوص الشرعية التزامات مالية على الإنسان المسلم تجاه الغير ، مما يعد سبباً لنشأة الديون مثل نفقة الزوجة ونفقة الأولاد والأقارب كالأب والأم . فإذا ما تحقق هذا السبب بشروطه الشرعية وجب الدين في ذمة من ألزمه الشارع بذلك .

(٤) العمل غير المشروع :

فهناك بعض الأعمال غير المشروعة التي تكون سبباً لنشأة الديون مثل : القتل ما يترتب عليه من دية فهي دين في ذمة القاتل لأولياء الدم . وكذلك إتلاف شخص مال الغير ، فإنه يثبت في ذمته مثل هذا المال إن كان مثلياً وقيمه إن كان قيمياً . وأيضاً في حالة المضاربة إذا تعدى المضارب أو قصر أو خالف الشروط يضمن مال المضاربة ويصبح ديناً في ذمته .

كتابة الدين والإشهاد عليها :

فرضت الشريعة الإسلامية كتابة الدين المؤجل ، واستدل الفقهاء على ذلك بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(١) ، سواء كان هذا الدين صغيراً أو كبيراً . ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَا تَسَامُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ﴾^(٢) .

واستثنت الشريعة الإسلامية كتابة الدين في حالة عدم القدرة على ذلك ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾^(٣) .

وجاء أيضاً في آية الدين - وهي أطول آية في القرآن الكريم - قوله تعالى : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾^(٤) .

وذهب بعض العلماء إلى أن كتابة الدين والإشهاد عليه واجب للأمر بهما في الآية الكريمة ، لأن الأصل في الأمر أن يكون للوجوب^(٥) . وذلك لضمان وحماية وتوثيق الحقوق وضبط المعاملات . بينما ذهب آخرون إلى أن كتابة الدين والإشهاد عليه مندوب وأن الأمر في الآية للإرشاد ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾^(٦) ، فدل ذلك على إباحة ترك الكتابة والإشهاد عند اطمئنان الدائن ووثوقه بالمدين^(٧) .

^(١) البقرة : ٢٨٢ .

^(٢) البقرة : ٢٨٢ .

^(٣) البقرة : ٢٨٣ .

^(٤) البقرة : ٢٨٢ .

^(٥) انظر المغني لابن قدامة : ٣٦٢/٤ ؛ ونيل الأوطار للشوكاني : ٢٧١/٥ ؛ المحلى لابن حزم : ٨٠/٨ .

^(٦) البقرة : ٢٨٣ .

^(٧) بدائع الصنائع للكاساني : ١٧١/٥ .

المطلب الثالث

أحكام التعامل مع المدين المماطل والمدين المعسر

أولاً : التعامل مع المدين المماطل
مفهوم المطل في أداء الدين :

المطل في اللغة: يدل على مد الشيء وإطالته^(١) .

والمطل في اصطلاح الفقهاء منع أداء ما استحق أداءه، مع التمكن من ذلك وطلب صاحب الحق حقه . فالمطل تأخير ما استحق أداءه بغير عذر^(٢) .

وحكم المطل أنه ظلم لقوله ﷺ : "مطل الغني ظلم"^(٣) ، والظلم كما يقول القرطبي: " وضع الشيء في غير محله، والمماطل وضع المنع موضع القضاء " . ويقول ابن حجر: " والمعنى أنه من الظلم وأطلق ذلك للمبالغة في التفسير من المطل"^(٤) .

ويقول ﷺ : " لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"^(٥) ، والمقصود " يحل عرضه" أي إباحة ملامته وأن يغلظ له القول ، أو أن يذكر بين الناس بالمطل ، أما العقوبة فهي تعزيرية يقدرها ولي الأمر .

ولذلك فإن المدين المماطل هو من تتوافر فيه الأمور التالية:

(أ) القدرة على أداء دينه: والقدرة تعني أن يكون مالكاً للمال الذي يمكنه من سداد الدين وقادراً على الوصول إليه والتصرف فيه، فإن كان غير مالك لهذا القدر من المال أو لا يستطيع الوصول إليه فإنه لا يعد مماطلاً ، ويمهل حتى يتمكن من الأداء ويزول العذر الذي منعه من الوفاء . فالمطل المنهي عنه هو تأخير ما استحق أداءه بغير عذر، ولا يعد فقر المدين ولا غني الدائن عذراً هنا ، فالدين واجب السداد حتى ولو كان المدين فقيراً أو الدائن غنياً .

(ب) حلول أجل الدين: فالمطل يكون على ما استحق أداءه من الدين، أما الدين الذي لم يحل أجله فهو ليس بواجب السداد على المدين، ومن ثم فتأخره في سداده لا يعد مماطلة، فالمماطلة تتعلق بعدم قضاء الدين الحال وليس المؤجل .

إجبار المدين المماطل على أداء دينه :

لم تقف الشريعة عند بيان حكم المدين المماطل وأن المماطلة مع القدرة على الأداء نوع من الظلم ، بل أو جبت على الحاكم أن يأمر المدين بالوفاء وإذا أبى جاز حبسه

^(١) انظر المصباح المنير : ٧٠٠/٢ .

^(٢) فتح الباري : ٤٦٥/٤ .

^(٣) متفق عليه من حديث أبي هريرة .

^(٤) فتح الباري لابن حجر العسقلاني : ٤٦٥/٤ .

^(٥) المغني لابن قدامة : ٤٩٩/٤ .

وتعزيره، وإذا أصر على عدم الوفاء قام الحاكم بقضاء دينه من ماله جبراً إذا كان له مال من جنس الحق الذي عليه، أو إجباره على بيع ماله للوفاء بدينه إذا لم يكن له مال من جنس الدين .

وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المدين المماطل يعاقب بالحبس حتى يؤدي دينه . قال ابن المنذر: " أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين"^(١) . وقد اختلف الفقهاء في تحديد مدة الحبس ولكنهم رأوا أن تقدير ذلك يعود للقاضي كما هو الحال في العقوبات التعزيرية بحسب ما يرى من حال المدين ومدة الحبس التي تكفي لدفعه إلى الوفاء بالدين.

وإذا لم يفلح حبه في حمله على الوفاء بدينه جاز للحاكم قضاء هذا الدين من ماله جبراً عنه للدائن . كما أجاز الفقهاء للحاكم أن يجبر المدين المماطل على بيع ما لديه من أمواله لقضاء دينه ، كما سلف. غير أنهم رأوا بأن هذا البيع يجب ألا يترتب عليه ضرر أو ظلم للمدين ، كأن تباع هذه الأموال بأقل من ثمن المثل.

ضرر المماطلة وجواز التعويض عنه:

أجاز الفقهاء للحاكم توقيع العقوبة على المدين المماطل لحمله على أداء دينه ، ولكن إذا ترتب على هذه المماطلة إلحاق الضرر بالدائن فهل يجوز إلزام المدين بتعويضه عن هذا الضرر؟ وما هي طبيعة هذا التعويض وكيف يتم تقديره؟ وهل يجوز اشتراط هذا التعويض في عقد الدين؟

لقد شغلت هذه المسألة اهتمام الفقهاء المعاصرون بسبب تعرض المؤسسات المالية الإسلامية لمماطلة بعض العملاء وما يترتب على ذلك من ارتفاع في تكلفة التمويل الممنوح وتعرض هذه المؤسسات لخسائر مالية كبيرة بسبب هذه المماطلة.

ولا تستطيع المؤسسات المالية الإسلامية أن تفرض غرامات تأخير بصورة مباشرة وفي كل الأحوال على حالات المماطلة كما تفعل البنوك والمؤسسات التقليدية. وربما هذا ما شجع بعض العملاء على التماذي في المماطلة في أداء حقوق هذه المؤسسات.

وقد ذهب الكثير من هؤلاء الفقهاء إلى جواز حصول الدائن على تعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب مماطلة المدين إذا كانت هذه المماطلة بلا عذر ، وأن يتم اشتراط ذلك في العقد بداية^(٢) . كما صدرت العديد من الفتاوى الفقهية عن هيئات الرقابة الشرعية بالمؤسسات المالية الإسلامية تفيد جواز ذلك أيضاً.

^(١) انظر المسووط للسرخسي : ١٨٨/٥ ؛ وحاشية ابن عابدين : ٣٢٢/٤ .

^(٢) ومن هؤلاء الفقهاء : الشيخ مصطفى الزرقاء . هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض ، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ، جامعة الملك عبد العزيز ، العدد ٢ ، ١٩٨٥ م : ص ١٠٣ ؛ والشيخ عبد الله بن المنيع . مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته ، مجلة المجمع الفقه الإسلامي ، السنة الثانية ، عدد ٥٤ ، ١٤٠٨ هـ : ص ٩٦ .

ولسنا هنا بصدد مناقشة هذه الآراء وتلك الفتاوى وأدلتها ، فقد حظيت هذه المسألة بكثير من البحث والأخذ والرد منذ فترة طويلة ومازالت ، ولكن ما يجب التأكيد عليه هنا أن هذه الوسيلة - التعويض عن ضرر المماطلة - يمكن أن تكون أداة وقائية زاجرة وأيضاً علاجية نافعة في نفس الوقت لمواجهة مشكلة مماطلة بعض المدينين ، ولحماية المؤسسات المالية الإسلامية وتوفير الظروف الملائمة لنجاحها ، وأيضاً لضمان ضبط المعاملات المالية في ظل ظروف حالية يسودها عدم الالتزام بالتعهدات من قبل العديد من المتعاملين .

ولكن ينبغي مراعاة ما يلي عند استخدام هذه الوسيلة حتى تكون قادرة على تحقيق الأهداف المطلوبة من استخدامها :-

(١) عدم تطبيق هذا التعويض إلا في الحالات التي ينطبق فيها على المدين الشروط الشرعية للمماطلة.

(٢) أن يتم تحديد مقدار التعويض الذي تحصل عليه المؤسسة المالية في حدود الضرر الفعلي الذي لحق بالدائن نتيجة لهذه المماطلة . وقد قدمت عدة اقتراحات لتحديد كيفية تقدير قيمة ومقدار الضرر الذي لحق بهذه المؤسسة أو الدائن.

(٣) يجب ألا يكون هذه التعويض وسيلة علاجية فقط لمسألة المماطلة فيما يتعلق بالضرر الذي لحق بالدائن ، وإنما يجب أن يكون أيضاً وسيلة وقائية زاجرة لمنع هؤلاء من سلوك هذا الطريق ، فقد تكون الخسارة التي لحقت بالدائن خلال هذه الفترة نتيجة للمماطلة متدنية جداً ، ومن ثم تكون قيمة هذا التعويض منخفضة أيضاً ، مما يشجع هؤلاء على اللجوء للمماطلة والتمادي فيها .

ولذلك فمن الممكن أن تكون هناك غرامة أخرى توجه للإفناق في المصالح العامة لتحقيق هدف الزجر .

ثانياً : التعامل مع المدين المعسر

إنظار المدين المعسري ميسرة :

إذا ثبت إفسار المدين بشروطه فحكمه هو إنظاره إلى ميسرة لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(١) . والإنظار هو التأخير ، ويرى بعض العلماء أن إنظار المدين المعسر يكون واجباً في حق الدائن يقول الطبري في تفسير الآية : " وإن كان من غرمائكم ذو عسرة فعليكم أن تنظروه حتى يوسر"^(٢) .

(١) البقرة : ٢٨٠ .

(٢) تفسير الطبري : ١١٢/٣ .

ويقول ابن كثير: "يأمر تعالى بالصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء"^(١). ويقول محمد رشيد رضا في تفسير المنار: "وقد استدل بعضهم بالآية على وجوب إنظار المعسر مطلقاً"^(٢).

ويقول الرسول ﷺ " من أنظر معسراً ووضع عنه أظله الله في ظله"^(٣). وفي الصحيحين عن النبي ﷺ قال: "كان رجل يداين الناس فكان يقول لفتاه: إذا أتيت معسراً فتجاوز عنه لعل الله يتجاوز عنا، قال: "فلقي الله فتجاوز عنه"^(٤). وهذه الأحاديث تبين فضل إنظار المدين المعسر إلى ميسرة.

ومما سبق يتبين أن الإسلام أوجب على الدائن إنظار المدين المعسر حتى يتمكن من الخروج من هذه الحالة، ويعود ثانية لممارسة دوره الطبيعي وانتظام معاملاته مع العباد.

إسقاط دين المدين المعسر:

أجاز بعض الفقهاء إسقاط بعض أو كل دين المدين المعسر، وذلك لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾^(٥)، أي تصدقوا على المعسر بالإبراء خير فافعلوه^(٦).

محمد رشيد رضا في تفسير هذه الآية: "تصدقكم على المعسر ووضع الدين عنه وإبرائه منه، خير لكم من إنظاره، فهو ندب إلى الصدقة"^(٧).

وقد سبق ذكر بعض الأحاديث التي تحض على إسقاط دين المدين المعسر وتبين فضل هذا العمل وجزاء فاعله عند الله سبحانه وتعالى فيقول ﷺ: "من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله" ووضع عنه أي أسقط بعض دينه أو كله.

وروى أبو هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "كان تاجراً يداين الناس فإذا رأى معسراً قال لفتيانه: تجاوزوا عنه لعل الله يتجاوز عنا، فتجاوز الله عنه". والتجاوز عن المدين: قبول ما فيه نقص يسير، وتجاوز الله عنه: أي عفا عنه^(٨).

حق المدين المعسر في فريضة الزكاة:

أجاز بعض الفقهاء دفع الزكاة للمدين المعسر، وذلك من سهم الغارمين لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾^(٩).

^(١) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم: ٣٣١/١.

^(٢) محمد رشيد رضا. تفسير المنار: ١٠٣/٣.

^(٣) رواه الترمذي، وقال حديث صحيح.

^(٤) أخرجه مسلم.

^(٥) سورة البقرة: ٢٨٠.

^(٦) تفسير ابن كثير: ٤٤١/١.

^(٧) محمد رشيد رضا. تفسير المنار: ١٠٣/٣.

^(٨) صحيح مسلم بشرح النووي: ٢٢٤/١٠.

^(٩) التوبة: ٦٠.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن دفع الزكاة للمدين المعسر أولى من دفعها إلى فقير آخر ، لأن المدين المعسر يجمع بين الفقر والإعسار . على أن يكون المعسر قد استدان في غير معصية .

وإذا كان الإسلام قد حرص على تخصيص سهم ضمن مصارف الزكاة لسداد دين المعسر ، فإن ذلك لا يعود لأسباب اجتماعية فحسب بل أيضاً لأسباب اقتصادية ، حيث تعد الزكاة في هذه الحالة بمثابة ضمان للدائنين أنفسهم تدفعهم وتشجعهم على إقراض الآخرين وتوسيع دائرة التعامل بمختلف أشكالها الاقتصادية والاجتماعية - بين أفراد المجتمع دون خوف أو تردد، وهو ما يساهم في زيادة مستوى التكافل الاجتماعي من ناحية، وزيادة حركة النشاط الاقتصادي من ناحية أخرى .

قضاء دين الميت المعسر على إمام المسلمين^(١) :

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجب على إمام المسلمين قضاء دين الميت إذا مات معسراً . واستدلوا على ذلك بالحديث النبوي الشريف الذي رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال " أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفيت من المؤمنين فترك ديناً فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته"^(٢) .

والدليل على وجوب أداء دين الميت المعسر على إمام المسلمين قوله في الحديث (فعلي) الذي يفيد الإلزام والوجوب . وقد قال الرسول ﷺ ذلك من موقع ولي أمر المسلمين ، ومن ثم وجب على من بعده من أولياء أمور المسلمين قضاء دين الميت المعسر ، لأن الأصل في أحكام الرسول ﷺ العموم وليس التخصيص^(٣) ، كما ذهب هؤلاء إلى أن بيت مال المسلمين يرث من لا وارث له من المسلمين فكذا يلزم أن يؤدي دين من لا مال له .

غير أن أصحاب هذا الرأي اشترطوا أن يكون قضاء الإمام لدين الميت المعسر من أموال بيت المال إذا كان فيه فضل عن المصلحة العامة، وإلا فلا يلزم أداء دين الميت المعسر من بيت المال لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ، وبيت المال وضع أساساً للمصالح العامة^(٤) .

^(١) انظر فضل الرحيم محمد عثمان . أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق : ص ٦١٢ .

^(٢) متفق عليه . صحيح البخاري .

^(٣) فتح الباري لابن حجر العسقلاني : ٥٥٨/٤ .

^(٤) أحكام المفلس لعبد الرحمن اللهبيني : ص ٣٢ ، نقلاً عن أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق : ص ٦١٣ .

المبحث الثاني

وسائل حماية المؤسسات المالية المقرضة

من إعسار المدينين في مرحلة ما قبل منح القرض

يستهدف هذا المبحث التعرف على الوسائل التي تعتمد عليها المؤسسات المالية المقرضة لحماية أموالها والحفاظ عليها من تعرض المقرضين - المدينين - للتعثر والإعسار ، وذلك في مرحلة ما قبل منح القرض ، ومن ثم فهي بمثابة وسائل وقائية تجنب هذه المؤسسات وصول العملاء المدينين إلى مرحلة عدم القدرة على سداد قيمة القرض ، بسبب تعرضهم للتعثر والإعسار المالي .

ويعد التعرف على هذه الوسائل خطوة هامة في سبيل البحث عن مدى إمكانية الاستفادة منها كوسائل إسلامية خالية من المخالفات الشرعية يمكن استخدامها لمواجهة إعسار المدينين في مجال المعاملات الإسلامية المختلفة .

وسوف يتم التعرف في هذا المبحث على ثلاثة من هذه الوسائل ، والتي تعتمد عليها المؤسسات المالية المقرضة ، عند دراسة عملية الإقراض وقبل الموافقة على منح القرض ، لتضمن من خلالها عودة هذه الأموال وعدم تعرض المقرضين للتعثر والإعسار ، والذي يؤدي إلى عدم قدرتهم على الوفاء بقيمة هذه القروض إلى المؤسسة المقرضة .

وسيتم تناول هذه الوسائل من خلال المطالب الثلاثة التالية :

المطلب الأول : الاستعلام الجيد عن العملاء .

المطلب الثاني : الشروط والمواثيق المقيدة في عقد القرض .

المطلب الثالث : الضمانات العينية والمالية والشخصية .

المطلب الأول

الاستعلام الجيد عن العملاء

أولاً : مفهوم وأهمية الاستعلام الائتماني:

يقصد بالاستعلام الائتماني ذلك النظام الفرعي بالبنك المسؤول عن عملية تحديد وتجميع وتصنيف البيانات والمعلومات التي تكون إدارة البنك - أو إدارة الائتمان - في حاجة إليها وتوفيرها في الوقت المناسب وبالكم المناسب والكيف الملائم لاحتياجاتها ، والذي يمكنها من اتخاذ القرار الائتماني الصحيح^(١) .

(١) محمد محمد مكاوي . التمويل المصرفي التقليدي والإسلامية ، المكتبة العصرية ، المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، ٢٠١٠م : ص ٣٤٤ .

فالأستعلامات الائتمانية تلعب دوراً هاماً في صناعة القرار الائتماني ، ذلك أن صحة وسلامة هذا القرار تعتمد في الأساس على مدى دقة وسلامة الدراسة الائتمانية ، ويمثل توافر المعلومات الائتمانية بالخصائص والصفات المطلوبة نقطة الارتكاز الأساسية لإعداد هذه الدراسة بالصورة الصحيحة والدقيقة ، وهو ما يمكن البنك والمؤسسات المقرضة في حال تحققه من تجنب العديد من مخاطر الائتمان ومن تعرضه لإعسار المقترضين وعدم قدرتهم على سداد قيمة القروض التي حصلوا عليها.

ومن ثم يتبين إن هناك علاقة وطيدة بين الاستعلام الائتماني بداية وإعسار العملاء المقترضين بعد ذلك.

إن محور القرار الائتماني يدور حول الموافقة على منح الائتمان للعميل أو عدم منحه ، ويتساوى الخطأ في قرار المنع مع الخطأ في قرار المنح ، لأن الأول يترتب عليه تعرض البنك لمخاطر عديدة ينتج عنها تعرض أمواله للخسارة ، والثاني يترتب عليه فوات فرصة الكسب على البنك وهي من الناحية المالية بمثابة خسارة أيضاً يتعرض لها البنك^(١) .

والمعروف ائتمانياً ومصرفياً أن قرار الرفض أو المنح يتم من خلال دراسة وتحليل مجموعة كبيرة من المعلومات والبيانات التي يتم تجميعها عن العميل ، وبقدر ما تكون دقة وسلامة وشمولية هذه المعلومات وهذا التحليل بقدر ما تكون دقة وسلامة هذا القرار .

ثانياً : مصادر الحصول على المعلومات الائتمانية :

تستطيع المؤسسة المالية المقرضة الحصول على المعلومات المطلوبة عن العميل المقترض من مصادر عدة من أهمها : العميل طالب القرض ذاته ، وبعض المصادر الأخرى من داخل البنك ، وكذلك مصادر خارجية أي خارج البنك^(٢) .

(١) المعلومات التي يتم الحصول عليها من العميل طالب القرض :

ويتم ذلك من خلال المقابلة الشخصية مع العميل وهي من أهم المصادر الأولية التي يمكن من خلالها الحصول على معلومات أساسية عن شخصية العميل وخبراته العملية، والتعرف على سبب الحصول على القرض وكيفية استخدامه ، وبرنامج السداد الذي يقترحه ، وحجم ممتلكاته ومقدار ديونه، والوضع التنافسي له في السوق حالياً وتوقعاته لاتجاهات هذا السوق مستقبلاً، ونوعية ومقدار الضمانات التي يستطيع تقديمها ، وغيرها من البيانات الأخرى.

وللمقابلة الشخصية ضوابطها وأساليبها العلمية والفنية التي يجب إتباعها للحصول على المعلومات الحقيقية والدقيقة المطلوبة، والتي تتيح للمؤسسة إمكانية اتخاذ القرار السليم على أساسها ، لذلك يجب أن تكون هناك مجموعة من الأسئلة المعدة مسبقاً

(١) حمزة محمود الزبيدي . إدارة الائتمان المصرفي ومخاطره ، الوراق للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٢م : ص ١٢١ .
(٢) عبد المجيد عبد الحميد . الائتمان المصرفي ومخاطره ، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات ، القاهرة ، ٢٠١٠م : ص ٢٤٢ .

بطريقة جيدة وملائمة وبأسلوب علمي بحيث تؤدي توفير المعلومات المطلوبة وفق المستوى الملائم من الكفاءة .

(٢) المعلومات الداخلية من المصرف ذاته:

وذلك إذا كان طالب القرض أحد العملاء السابقين للبنك ، حيث تعد السجلات مصدراً هاماً للمعلومات عن هذا العميل ، وذلك من خلال أقسام البنك المختلفة : الودائع ، والكمبيالات ، والتسهيلات الائتمانية . وذلك للتعرف على وضع حساباته لدى البنك واما إذا كانت دائنة أم مدينة ، ووضع الشيكات المرتجعة ، والتزام العميل بالسداد في الأوقات المحددة ، وغيرها .

(٣) المعلومات التي يتم الحصول عليها من المصادر الخارجية ، ومن أهم هذه المصادر :

(أ) البنوك الأخرى : حيث يستطيع البنك الاستعلام عن العميل من خلال البنوك الأخرى التي سبق له التعامل معها ، والتعرف على مدى التزامه بسداد مستحقاته ، وغيرها من المعلومات الائتمانية المتاحة بأقسام الاستعلام بهذه البنوك ، بالإضافة إلى المعلومات المتوفرة لدى الإدارة المركزية لتجميع مخاطر الائتمان بالبنك المركزي .

(ب) المتعاملون مع العميل : مثل عملائه للاستفسار عن جودة منتجاته ، وموردوه للاستفسار عن مدى انتظامه في الوفاء بالتزاماته ، هذا بالإضافة إلى الجمعيات والنقابات والاتحادات التي يكون العميل عضواً بها ، وغيرها من الجهات والمصالح الحكومية والخاصة التي يكون للعميل معاملات معها ، وذلك للوقوف على طبيعة السلوك الشخصي والمهني له من خلال هذه التعاملات .

(ج) الزيارة الميدانية : وذلك عن طريق قيام الباحث بزيارة مكان عمل العميل على الطبيعة للحصول على المعلومات المطلوبة عنه من واقع بيئة عمله ومحيط تعاملاته ، حيث تتيح هذه الزيارة التعرف على أسلوب وطبيعة العمل وتحديد مستوى تنظيمه وأسلوب إدارته وحجم الطاقة الإنتاجية ، وكمية المخزون ، وحجم القوى العاملة وتوزيعها المهني ، ودرجة استخدام الطاقة الإنتاجية للمنشأة ، وحالة وأنواع الآلات ومدى كفايتها ، وحجم المواد الأولية ونصف المصنعة ، وحالة المخازن ونظام التخزين ، وغيرها من المعلومات .

ثالثاً : خصائص المعلومات المطلوبة:

حتى تكون هذه المعلومات مفيدة وجيدة وصالحة للاعتماد عليها في اتخاذ القرار الائتماني الصحيح يجب أن تتوافر فيها الخصائص التالية^(١) :

^(١) لتفصيل أكثر : زياد رمضان ، محفوظ جودة . إدارة مخاطر الائتمان ، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات ، القاهرة ، ٢٠١٠م : ص ٢٤٩ .

١. **الوضوح:** ويعني أن المعلومة يجب أن تكون محددة وواضحة وغير مبهمة أو غامضة ، ولا يختلف بشأن المعنى الذي تحتمله.
٢. **الصحة والدقة:** بمعنى ألا تكون هذه المعلومات غير حقيقية (أو تكون كاذبة) وألا يشوبها شيء من المبالغة .
٣. **التوثيق:** فلا بد أن تكون هذه المعلومات مكتوبة ومعروف مصدرها ، فالمعلومات الشفوية لا يعتد بها ، والمعلومات مجهولة المصدر لا يمكن الاطمئنان لها .
٤. **التوقيت:** يجب أن تصل المعلومات إلى المستفيدين في الوقت المناسب ، لأن وصولها بعد هذا الوقت يحول دون إمكانية الاستفادة منها ، وانصراف العملاء عن البنك بسبب طول الوقت .
٥. **الشمول:** يجب أن تشمل هذه المعلومات على كافة البيانات المطلوبة عن العميل ومعاملاته ، وهيكله المالي ، وإيراداته ، وكفاءته وخبراته ، وألا تقتصر على جانب واحد من الجوانب الخاصة به أو بنشاطه أو بوضعه المالي أو طبيعة السوق الذي يتعامل فيه.
٦. **الكم المناسب:** يجب أن تتوافر المعلومات المطلوبة عن كل هذه الجوانب بالقدر المطلوب ، فزيادة حجم المعلومات الواردة أكثر من اللازم يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد ، وأما إذا كانت أقل من اللازم فيؤدي ذلك إلى عدم وضوح أو اكتمال الصورة ومن ثم عدم صحة أو دقة القرار المتخذ.
٧. **التكلفة والعائد:** يجب أن يكون العائد المتوقع من هذه المعلومات ومن استخدامها أكبر من التكلفة التي أنفقت في سبيل الحصول عليها .
٨. **تنوع المصادر والأساليب:** وذلك حتى يدعم بعضها بعضاً ويتم التأكد من صحتها ومن دقتها من مصادر مختلفة.

رابعاً : نوعية وطبيعة المعلومات الائتمانية المطلوبة :

يقوم التحليل الائتماني بدراسة المعلومات المتوفرة عن العميل بهدف تحديد مدى توافر عناصر الثقة في هذا العميل طالب الائتمان ، حيث يتوقف منح الائتمان له على درجة الثقة المتوفرة فيه من قبل البنك ، ومعنى ذلك أن المعلومات الائتمانية المطلوب الحصول عليها يجب أن يتم تحديدها بناء على طبيعة هذه العناصر، وأن تكون هذه المعلومات قادرة على تحديد مدى توافر كل عنصر منها بالنسبة للعميل المقترض .

وتنصب الدراسة الائتمانية على عناصر الثقة الخمسة التالية للتعرف على مدى توافرها في طالب القرض^(١) :

(١) انظر : عبد المطلب عبد الحميد . الائتمان المصرفي ومخاطره ، مرجع سابق : ص ١٨٣ - ١٩٠ .

(١) شخصية المقترض وسمعته : ويقصد بها خصائص الفرد الأخلاقية والقيمة التي تؤثر على مدى التزامه بتعهداته أمام البنوك ، كالأمانة والثقة وبعض الخصائص الشخصية الأخرى التي تشير إلى حجم الشعور بالمسؤولية وبالتالي مستوى التزامه بتسديد أموال الغير . وتسمى المخاطر الخاصة بهذا العنصر بالمخاطر المعنوية أو الأدبية، والتي يتعرض البنك بسببها لتحاييل العميل ، وادعاء الإفلاس والتعرض للخسارة ، الخ .

وتتطلب دراسة هذا العنصر الحصول على العديد من المعلومات المتعلقة بسوابق تعاملات هذا العميل مع البنوك والجهات الأخرى ، وسمعته وسلوكه في مجال تعاملاته المختلفة ومدى دقته وأمانته والتزامه بتعهداته ، الخ .

(٢) القدرة على الاستدانة (أو الاقتراض) : وهناك عدة آراء حول تحديد ماهية هذه القدرة منها : القدرة على السداد التي تعتمد على مقدار التدفقات النقدية المتوقع تحقيقها ، ومنها ما ينصرف إلى تحديد هذه القدرة بالقابلية الإدارية أي يكون قادراً على مباشرة أعماله بصورة سليمة تضمن سلامة أموال المصرف .

وفي كل الأحوال فإن التحقق من مدى توافر هذا العنصر يتطلب أيضاً الحصول على مجموعة من المعلومات المتعلقة بأنواع ومستوى الدخل المتحقق لدى العميل في المستقبل من المصادر المختلفة أو المعلومات التي تفيد في تحديد مستوى خبرته العملية والإدارية في تنفيذ وإدارة المشروعات المختلفة سابقاً .

(٣) رأس المال : يقصد به مقدار ما يملكه العميل من ثروة أو من أصول منقولة وغير منقولة مطروحة منها المطلوبات التي بذمته.

فكلما كان رأس المال كبيراً كلما انخفضت المخاطر الائتمانية والعكس صحيح، حيث تؤثر نوعية وقيمة رأس المال في قدرته على سداد الائتمان ، فهو بمثابة الضمان الإضافي للمؤسسة المقرضة في حالة فشل العميل وتوقفه عن السداد .

وتتطلب دراسة هذا العنصر من عناصر الثقة والتعرف على مدى توافره بالنسبة للعميل المقترض الحصول على بعض المعلومات المتعلقة بممتلكاته الخاصة بمختلف أنواعها وصورها ، وكذلك كافة ديونه والتزاماته المالية بأشكالها وصورها المختلفة .

(٤) الضمانات : ويقصد بها مقدار ما يملكه العميل من موجودات منقولة والتي يرهنها لصالح البنك في سبيل الحصول على القرض . وقد يكون الضمان شخص ذو ملاءة مالية وسمعة جيدة تمكنه من كفالة دين هذا العميل . والضمانات بمثابة خط الدفاع الثاني في حالة عجز العميل عن السداد ، ودراسة هذا العنصر يتطلب من العميل تقديم المعلومات المتعلقة بنوعيه الضمانات المتوفرة لديه التي تكفل للبنك حقه وتمكنه من الحصول على قيمة القرض عند عجز العميل عن السداد.

(٥) المناخ العام : ويقصد بهذا العنصر الظروف الاقتصادية المحيطة بهذا العميل في شكل المنافسة والطلب على السلع وظروف البيع والتوزيع ، وكل ما يؤثر على المشروع محل التمويل وقدرته على تصريف منتجاته وحجم إيراداته.

ويتطلب التعرف على مدى توافر هذا العنصر من عناصر الثقة في العميل المقترض أيضاً الحصول على مجموعة من المعلومات المتعلقة بظروف هذه الصناعة عامة وظروف السوق الخاصة بها من حيث توافر متطلبات الإنتاج وحجم الطلب الحالي والمستقبلي والظروف الاقتصادية عامة.

هذه أمثلة محدودة من قوائم عديدة من المعلومات المطلوب الحصول عليها لدراسة مدى توافر كل عنصر من عناصر الثقة الخمسة السابقة في العميل طالب القرض ، وذلك لاتخاذ القرار الائتماني الصحيح بالمنح أو المنع والذي يجنب البنك تعرضه لمخاطر عدم السداد مستقبلاً بسبب تعرض العميل لحالة من حالات الإعسار والتعثر .

المطلب الثاني

الشروط المقيدة في عقود القروض

أولاً : مفهوم وأنواع الشروط المقيدة :

يستطيع البنك إلزام العميل بمجموعة من الشروط في عقد القرض بموجبها يقوم بإتيان أفعال معينة أو الامتناع عن أفعال أخرى خلال فترة العقد ، بحيث يؤدي الالتزام بهذه الشروط في النهاية إلى تجنب البنك لحالات التعثر والإعسار التي يمكن أن يتعرض لها العميل .

ويمكن تقسيم هذه الشروط بحسب طبيعتها إلى قسمين^(١) :

الشروط الآمرة : والتي بموجبها يلتزم العميل بتنفيذ أفعال معينة ومن أمثلة هذه الشروط:

(١) إلزام العميل بتقديم قوائم مالية كل فترة معينة ، يستطيع البنك من خلالها التعرف على حقيقة أرباحه ومركزه المالي ، ومن ثم التعرف على أية أخطار أو انحرافات أو سلبيات يمكن أن يتعرض لها أو يقع فيها العميل وتداركها أو العمل على علاجها قبل فوات الأوان وحماية العميل من الوصول إلى حالات الإعسار والتعثر .

(٢) أن يكون من حق البنك استرداد أمواله قبل تاريخ الاستحقاق في حالة مخالفة العميل لشروط العقد ، وهو ما يمكن البنك من الحفاظ على أمواله قبل وصول العميل بسبب ذلك إلى حالة الإعسار.

(١) نفس المرجع السابق : ص ٣٧٠ .

(٣) أن يكون هناك برنامج محدد للسداد يستطيع البنك من خلاله التعرف على مدى توافر القدرة لدي العميل على السداد التدريجي، والتعرف مبكراً على تعرض إمكانية العميل للإعسار والتعامل مع هذه الحالة قبل استفحالها وتعرض أموال البنك والمؤسسة المقرضة للضياع.

الشروط النهائية: وبموجبها يلتزم العميل بعدم إتيان أفعال معينة ، ومن أمثلة هذه الشروط:

(١) عدم بيع أو رهن الأصول الرئيسية للشركة حيث يؤدي بيع أو رهن هذه الأصول إلى زيادة احتمالات تعرض العميل للإعسار وعدم قدرة البنك على استرداد أمواله في هذه الحالة، حيث تعتبر هذه الأصول أحد الوسائل التي يعتمد عليها البنك لاسترداد قيمة القرض عند عجز العميل عن السداد.

(٢) عدم زيادة المديونية عن نسبة معينة من صافي الثروة لأن زيادة هذه المديونية يزيد من أعباء والتزامات العميل ويحد بالتالي من إمكانياته لسداد التزاماته كاملة ، وهو ما يقوده إلى حالة من حالات الإعسار والتوقف عن السداد .

(٣) عدم الدخول في استثمارات خطيرة أو غير التي تمت دراستها والموافقة على تمويلها، وذلك تفادياً لتعرض هذه الاستثمارات لمخاطر تؤدي إلى خسارتها ومن ثم عدم قدرة العميل على سداد قيمة القروض المستخدمة لإقامة هذه المشروعات.

ثانياً : مجالات تطبيق الشروط المقيدة:

يستطيع البنك استخدام الشروط المقيدة في العديد من مجالات القرض ،ومن خلال الجوانب المختلفة التي ينظمها العقد الموقع بين البنك والعميل المقترض ،ومن بين هذه المجالات^(١) :

(١) **التأمين :** حيث يستطيع البنك الاشتراط على العميل في هذا المجال بعض الشروط مثل:

(أ) على العميل أن يؤمن لدى إحدى شركات التأمين على كامل قيمة أصول المشروع الممولة والأصول محل الرهن من كافة الأخطار الناشئة عن الحريق والسرققة والتلف.

(ب) أن تكون بوالص التأمين باسم البنك ولصالحه .

(ج) إذا لم يتم العميل بالتأمين فإن البنك يقوم بسداد أقساط التأمين ويحملها وكافة المصروفات على العميل المقترض .

^(١) محمد محمد مكاوي .أسس التمويل المصرفي الإسلامي ، المكتبة العصرية ، المنصورة ، مصر ، ٢٠٠٩م :ص٢٠٨ - ٢١٤ .

(٢) **المتابعة:** وهناك كثير من الشروط المتعلقة بعملية المتابعة يمكن للبنك أو المؤسسة المقرضة إدراجها بعقد القرض مثل :

(أ) من حق البنك والمؤسسة المقرضة الاتصال المباشر بمراقب الحسابات والحصول منه على أية بيانات أو مستندات بخصوص حسابات الشركة وعملياتها .

(ب) من حق البنك زيارة مواقع العميل والتفتيش عليها.

(ج) على العميل تقديم تقرير دوري في شكل ومضمون يحدده البنك.

(٣) **الضمانات :** وهناك أيضاً العديد من الشروط المتعلقة بالضمانات والتي يستطيع البنك إضافتها للعقد منها :

(أ) يحق للبنك التصرف في الضمانات وبيعها عند توقف العميل أو تأخره في السداد دون الرجوع له .

(ب) عند انخفاض قيمة الضمانات إلى مستوى معين يلتزم العميل بتقديم ضمانات إضافية.

(ج) يلتزم العميل بالتأمين على أنواع معينة من الضمانات أو التأمين ضد حالات الإعسار .

ثالثاً : ضوابط يجب مراعاتها عند استخدام الشروط المقيدة :

يجب مراعاة الضوابط التالية عند استخدام الشروط المقيدة^(١) :-

(١) تنوع الشروط التي تضمن عدم إخلال العميل بتعهداته وعدم وصوله إلى حالة الإعسار.

(٢) إيضاح المفاهيم المستخدمة في العقود حتى لا يختلف تأويلها إذا حدث نزاع بين البنك والعميل .

(٣) عدم الإفراط والتفريط في الشروط فكلاهما مضر ، فالإفراط يجعل من الصعب الالتزام بها والتفريط يؤدي إلى تلاعب العميل مما يؤثر عكسياً على عملية السداد .

(٤) يجب التعاون بين أخصائي الائتمان والأخصائيين القانونيين بالبنك لإعداد هذه الشروط بصورة قانونية ومصرفية صحيحة تمكن من تحقيق الغرض من استخدامها .

المطلب الثالث

الضمانات العينية والمالية والشخصية

أولاً : مفهوم وأهمية الضمانات:

يقصد بالضمانات هنا كل أصل مادي أو مالي يمكن تسييله وتحويله إلى نقدية حاضرة بسهولة ويسر ، وتكفي قيمته بعد التسييل لسداد أصل القرض وفوائده ، بالإضافة إلى الكفالة الشخصية .

(١) عبد المطلب عبد الحميد . الائتمان المصرفي ومخاطره ، مرجع سابق : ص ٢٧٨ .

والضمانات وفق هذه المفهوم تعتبر وسيلة أساسية لمواجهة مخاطر إفسار العميل وعدم قيامه بسداد قيمة القرض وفوائده للبنك ، حيث يستطيع البنك الحصول على حقه من خلال التصرف في هذا الضمان بالبيع والحصول على قيمته لسداد قيمة الائتمان الممنوح للعميل .

ومن ثم فالضمانات تساعد في السيطرة على مخاطر الإقراض عامة من ثلاثة زوايا^(١)

:

(١) إذا لم يسدد العميل في تاريخ الاستحقاق فإن البنك يستطيع التصرف في الضمان لاستيفاء حقه .

(٢) وجود حق قانوني للبنك على جزء من الذمة المالية للعميل يحمي البنك من الانسياق نحو قسمة الغرماء عند تصفية الوضع المالي للعميل ، حيث لا يستطيع أحد الدائنين الآخرين مشاركة البنك في هذا الضمان .

(٣) وجود حق قانوني للبنك على جزء من ممتلكات العميل سوف يجعل الأخير يتصرف بحذر ووفق الالتزامات المتفق عليها، لأنه يعلم أن أي إخلال بشروط العقد قد يدفع البنك إلى التصرف في الضمان وبيعه.

ولكن مع هذه الأهمية للضمانات كعنصر أساسي ومطلب رئيسي عند منح القروض ، هناك أمور أخرى يهتم بها البنك قبل الحصول على الضمانات مثل : شخصية العميل وسمعته ، وقدرته على السداد وكفاءته في إدارة وتسيير أعماله ، ومستوي الفرص المتاحة لنجاح مشروعاته ، الخ . فالضمانات لا تجعل من القرض الرديء قرصاً جيداً ولكنها تجعل من القرض الجيد قرصاً أفضل ، ولا يقصد من ذلك عدم الاهتمام بمسألة الضمانات عند منح القروض ، ولكن المقصود هنا أن الضمانات الجيدة لا تبرر موافقة البنك على تمويل مشروع فاشل بحجة أن البنك يستحوذ على ضمانات من الدرجة الأولى ، والمبدأ المصرفي هو أن البنك لا يقرض أموالاً لمجرد وجود ضمانات لدى المقترض ولكن إذا اتخذ قراراً بمنح القرض فلا بد من أخذ الضمانات . فالضمانات هي الوسيلة الأخيرة التي يستطيع البنك اللجوء إليها عند تعثر العميل في السداد ، وعدم تمكن البنك من استرداد قيمة القرض بالوسائل الأخرى المتاحة^(٢) .

ثانياً : أنواع الضمانات :

يستطيع البنك والمؤسسة المقرضة الاعتماد على العديد من الضمانات عند منح القروض ، ولكل نوع من هذه الأنواع ضوابطه وشروطه التي يجب أن تراعى عند الإقراض بموجبها ، ومن أهم هذه الأنواع :

(١) انظر المرجع السابق : ص ٣٦٧ .

(٢) عبد المعطي رضا أرشيد ، محفوظ أحمد جودة . إدارة الائتمان ، دار وائل للنشر ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٩م : ص ٦٤ .

(١) الضمانات المادية أو العينية :

والتي تمثل أصولاً مادية حقيقية يتم رهنها لدى البنك إلى حين اكتمال عملية سداد القرض ، ومنها: العقارات والمباني ، العدد والآلات ، السلع والبضائع .

(٢) ضمانات الأوراق المالية والأوراق التجارية :

والأوراق المالية - الأسهم والسندات - من أهم أنواع الضمانات لسهولة إجراءات نقل ملكيتها ولسرعة تسيلها عند الحاجة ، ويتبين توافر مجموعة من الشروط في الأوراق المالية من أهمها : أن تكون هذه الأوراق صادرة من شركة ذات مركز مالي جيد ، وأن يتم تداولها بالسوق المالية ، وأن يتم رهنها لصالح البنك ، الخ.

أما الأوراق التجارية وأهمها الكمبيالات : حيث يتم إيداعها لدى البنك ويقوم العميل بالاقتراض بضمانها ويقوم البنك بدراسة الكمبيالات المقدمة لمعرفة مركز المسحوب عليهم وقدرتهم على الوفاء ، وتحديد نسبة تسليفية مناسبة لقيمة الكمبيالة ، ويجب أن تكون الكمبيالات المقدمة كضمان للقرض مرهونة حيازياً لصالح البنك ، الخ.

(٣) الضمانات الشخصية (الكفالة) :

وهي ضم ذمة الضامن (الكفيل) إلى ذمة المضمون عنه (الأصيل) في الالتزام بالحق ، فهي التزام الكفيل بحق ثابت في ذمة الغير. ويمكن أن يكون الكفيل شخص معنوي أو شخص طبيعي . ويلتزم الكفيل بالوفاء بالالتزامات الواجبة على المدين في حالة إعساره وعجزه عن السداد . ويجب مراعاة توافر مجموعة من الشروط في هذا الكفيل من أهمها : تمتعه بسمعة حسنة ، وبالخبرة الجيدة في إدارة نشاطه ، وسلامة مركزه المالي ، وقدرتهم على سداد القرض في حالة عجز العميل ، وأن يكون مؤهلاً من الناحية القانونية لممارسة حق الكفالة حيث لا تقبل كفالات القصر .

ثالثاً : الشروط والضوابط التي يجب توافرها في الضمانات :

بالإضافة للشروط السابقة الخاصة بكل نوع من أنواع الضمانات هناك مجموعة من الشروط العامة التي يجب توافرها في كل أنواع الضمانات حتى تكون قادرة على حفظ حق البنك ورد قيمة القرض عند تعرض العميل للإعسار والتوقف عن السداد ومن أهم هذه الشروط ما يلي^(١) :

(١) استقرار القيمة : وذلك بالألا تكون قيمة الضمان عرضة للتقلب الشديد ، خوفاً من انخفاض قيمتها بصورة كبيرة خلال فترة سريان التسهيل الائتماني .

(٢) أمكانية البيع (أو التسييل) : وذلك من خلال تصريفه وبيعه بسهولة ويسر وبأقل خسارة لتحويله إلى سيولة نقدية عند الحاجة إذا توقف العميل عن السداد أو تعرض للإعسار .

(١) المرجع السابق : ص ٢٥٩ .

- (٣) التقدير (أو التثمين): بحيث يسهل تحديد قيمته في السوق بصورة موضوعية ومحددة وذلك يتحقق بأن يكون من الأعيان التي يتم تداولها في الأسواق بقيم وأثمان معروفة.
- (٤) إمكانية نقل الملكية بسهولة: وبشكل قانوني إلى أي شخص آخر عند الحاجة ، دون أن يعترض ذلك إجراءات معقدة تمنع عملية النقل أو تتطلب وقتاً طويلاً .
- (٥) القيمة التسليفية المناسبة : ضرورة مراعاة زيادة القيمة التقديرية للضمان عن مقدار القرض بفارق معين بحسب الحالة ، وهو ما يعرف بالقيمة التسليفية للأصل ، تحسباً لاحتمال انخفاض قيمة هذا الأصل مستقبلاً .
- (٦) التأمين : ضرورة التأمين على بعض أنواع الضمانات التي قد تتعرض لبعض الأخطار مثل السيارات والبضائع والعقارات .
- (٧) عدم ازدواجية الضمانات: عدم دخول البنك مع أطراف أخرى تتعلق بهذا الضمان ، وذلك بالتأكد من عدم وجود حق قانوني لدائنين آخرين على هذا الأصل

رابعاً : أخطاء تقدير الضمانات :

قد تقع بعض الأخطاء من قبل البنك عند قبول الضمانات ، حيث لا تراعى الشروط والمتطلبات اللازمة توافرها في هذه الضمانات ، مما يحد من قدرتها على تحقيق الغرض من استخدامها وتعجز في هذه الحالة عن رد قيمة القرض عند تعرض العميل للإعسار، ومن هذه الأخطاء :

- (١) المغالاة في تقييم قيمة الضمانات المقدمة من العميل ، مقارنة بقيمتها السوقية الحقيقية ، مما يؤدي إلى عجزها عن رد قيمة القرض عند الحاجة لتسييلها بسبب انخفاض قيمتها في هذه الحالة على القيمة المقدرة .
- (٢) عدم مراعاة الشروط الواجب توافرها في الضمانات من حيث : ملكيتها ورهنها وتخزينها أو حيازتها والقوانين المنظمة لتداولها .
- (٣) عدم القيام باستعلامات دقيقة ودورية ومتجددة عن هذه الضمانات وخاصة التي تتسم أسعارها بالتغير.
- (٤) عدم تغطية البضائع المرتهنة ببوالص التأمين ضد الأخطار التي يمكن أن تتعرض لها .
- (٥) الموافقة على قيام العميل بسحب جزء من الضمانات المقدمة أو التصرف فيها دون سداد القيمة التسليفية التي يغطيها هذا الضمان .
- (٦) حدوث ازدواج في التمويل بضمان واحد .
- (٧) عدم تقدير حدود المخاطر الخاصة بالضمان المقدم ودراسة النسب التسليفية المناسبة للإقراض .

(٨) عدم قيام البنك بتتويج الضمانات وتوزيعها على أكبر عدد ممكن من العملاء أو المناطق الجغرافية أو الأصول المختلفة ، ومن ثم يصبح البنك عرضة للآثار التي تنجم عن التركيز في الضمانات .

(٩) تبادل الضمانات فيما بين العملاء ، سواء في شكل كمبيالات لحامله ، أو قيام كل منهم بضمان الآخر لدى بنك معين ، مما يؤدي إلى عدم تغطية الضمان الإجمالي لمبالغ التسهيلات الائتمانية الممنوحة لهؤلاء العملاء ، حيث تتعدد القروض بينما الضمان واحد .

المبحث الثالث

وسائل حماية المؤسسات المالية المقرضة

من إفسار المدينين في مرحلة ما بعد منح القرض

يستهدف هذا المبحث التعرف على بعض الوسائل التي تعتمد عليها المؤسسات المالية المقرضة لمواجهة حالات تعثر وإفسار المدينين في مرحلة ما بعد منح القرض، سواء لتجنب الوصول إلى هذه الحالة من التعثر والإفسار، (فهي بمثابة وسائل وقائية)، أو لمعالجة هذه الحالات ومحاولة التخفيف من آثارها السلبية على المؤسسة المالية المقرضة(فهي بمثابة وسائل علاجية).

ويعتبر التعرف على هذه الوسائل المستخدمة في مجال عمل المؤسسات التقليدية نقطة بداية أساسية لدراسة وتحديد مدى إمكانية الاستفادة منها لمواجهة حالات إفسار المدينين في الشريعة الإسلامية، وتطويرها بما يتلاءم مع المبادئ والأحكام الشرعية.

وسوف يتم التعرف في هذا المبحث على ثلاثة من هذه الوسائل، والتي تعتمد عليها المؤسسات المالية المقرضة في مرحلة ما بعد منح القرض، وبعض هذه الوسائل - كما سلفت الإشارة - يمكن اعتباره بمثابة وسائل وقائية والبعض الآخر يمكن اعتباره بمثابة وسائل علاجية.

وسوف تتم دراسة هذه الوسائل من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول : المتابعة الفعالة للعملاء المدينين.

المطلب الثاني : معالجة حالات التعثر.

المطلب الثالث : صندوق مواجهة خسائر إفسار المدينين .

المطلب الأول

المتابعة الفعالة للعملاء المدينين

أولاً : مفهوم وأهمية المتابعة :

لا ينتهي دور البنك أو المؤسسة المقرضة عند منح التمويل أو القرض، بل يمتد هذا الدور ليشمل متابعة القروض والتأكد من تسديدها في الأوقات المحددة. فالبنك بعد منح الائتمان يبقى على اتصال بالعميل ويستفسر دائماً على أحواله ومستجداته وعن تأخره في السداد، ويبادر بدراسة أسباب ذلك ليتخذ ما يتطلبه هذا التأخير من إجراءات في الوقت المناسب وقبل استفحال الأمر.

إن البنك يقوم باتخاذ قرار الائتمان بعد دراسة مجموعة من العوامل للتأكد من توافر مجموعة من الشروط في العميل المقترض، ومن مسؤولية إدارة الائتمان متابعة أي تغييرات تطرأ على ظروف العميل وتؤثر على هذه الشروط التي تم على أساسها منحه الائتمان وبالتالي تؤثر على قدرته على السداد وتؤدي إلى تعرضه للإعسار .

وللمتابعة أهمية كبيرة في العمل المصرفي عامة ولعملية الائتمان خاصة ، فهي بمثابة جرس الإنذار الذي يحذر البنك عند وقوع أي أخطاء أو أخطار قد تتعرض لها أموال البنك والتسهيلات الائتمانية، بحيث يبادر البنك أو المؤسسة المقرضة مبكراً لمواجهة هذه الأخطار ومعالجة هذه الأخطاء لحماية تلك الأموال وضمان ردها وتجنب العميل الأسباب المؤدية للإعسار.

ويجب أن تتصف المتابعة بالدقة والشمول والاستمرارية حتى تؤدي نتائجها المرجوة في الحفاظ على أموال البنك ، وذلك بأن يتم التأكد من أن استخدام الائتمان يتم في الغرض المخصص من أجله وفق الدراسة المسبقة ، وأن الشروط الائتمانية التي وضعها البنك لاستخدام هذا الائتمان ما زالت قائمة ومعمول بها ، وأن حركة الإيداع والسحب من وإلى حساب العميل طرف البنك وبقية معاملاته تسير بصورة منتظمة ، الخ ، وإذا ما حدث أي تغيير في هذه الأمور فمن الضروري إعادة النظر في شروط منح الائتمان وتعديلها لتتنفق مع الأوضاع الائتمانية التي طرأت على العميل ، والتي تم اكتشافها من خلال المتابعة الدقيقة والواعية للعميل .

كما أن للمتابعة دورا هاما في كشف الانحرافات الداخلية التي يقوم بها بعض العاملين بالبنك في مجال الائتمان من ناحية الالتزام بشروط منح الائتمان وتوافر الضمانات القوية ، وأن الدراسات الائتمانية مبنية على بيانات حقيقية ودقيقة ، الخ.

ثانياً : أغراض وأهداف المتابعة :

يمكن تحديد أغراض وأهداف المتابعة بالنسبة لنشاط البنك عامة ونشاط الائتمان خاصة فيما يلي^(١) :

(١) التحقق من مدى تنفيذ السياسة الائتمانية التي يضعها البنك للإقراض ومدى الالتزام بالضوابط والإجراءات الموضوعة لمنح الائتمان ، والعمل على تعديلها وتطوير آليات الأداء الخاصة بهذه السياسة كلما اقتضى الأمر ذلك .

(٢) التعرف على دراسة المشكلات والعقبات التي تعترض النشاط الائتماني للبنك والعمل على معرفة أسبابها وإزالة المشكلات والعقبات التي تعترض سبيل هذا النشاط.

(٣) اكتشاف الأخطاء فور وقوعها والعمل على تداركها وتجنب آثارها ومخاطرها .

^(١) عبد المطلب عبد الحميد . الائتمان المصرفي ومخاطره ، مرجع سابق : ص ٤٠٢ .

(٤) الاطمئنان إلى مدى تنفيذ العملاء للشروط الموضوعه للتسهيلات الائتمانية ، وعدم وجود أي مخالفات تؤدي إلى تعثر العميل وتعرضه للإعسار ، والعمل على اتخاذ الإجراءات المناسبة تجاه هذه المخالفات.

(٥) التعرف على العقوبات التي تعترض - أو قد تعترض - المقترضين في الوقت المناسب ، مما يسمح باتخاذ الإجراءات الكفيلة لمواجهتها ومساعدة العملاء على تخطيها، تفاديا لأية خسائر قد يتعرض لها العميل وتؤدي إلى تعثره أو إعساره وعدم قدرته على الوفاء بالتزاماته .

ثالثا : مقومات أو متطلبات المتابعة الجيدة (الفعالة) :

يتوقف نجاح المتابعة ومدى فاعليتها وقدرتها على تحقيق أهدافها على مجموعة من المقومات أو المتطلبات الأساسية من أهمها^(١) :-

(١) توافر نظام كفاء للمتابعة : يسمح بمتابعة العميل والتسهيلات الائتمانية والتعرف بصورة دقيقة وسريعة على أية أخطاء أو مخالفات أو مشكلات أو مستجدات خاصة بالجوانب والعناصر المختلفة المتعلقة بعملية منح الائتمان واستخدام الأسلوب المناسب لمواجهتها ، مما يجنب البنك إمكانية تعرض العميل للإعسار وعدم القدرة على السداد.

(٢) الاحتفاظ بملف ائتماني شامل ودقيق لكل مقترض يضم البيانات والمعلومات المختلفة عن العميل وما يرتبط به من دراسات ائتمانية ، وكذلك التقارير التي يعدها ممثلو البنك عن الزيارات والمناقشات التي تتم دورياً مع العميل والنتائج التي تسفر عنها .

(٣) توافر الموارد البشرية بالكفاءة والخبرة الملائمة والتي تستطيع القيام بهذا العمل وتنفيذ هذا النظام بالصورة التي تعمل على تحقيق أهداف المتابعة وتؤدي إلى حماية أموال البنك وضمان ردها في الوقت المحدد .

(٤) ضرورة مراعاة التناسب بين وسيلة المتابعة والغرض من استخدامها والمناخ المحيط بها حتى تتحقق فاعلية المتابعة .

وترتبط هذه الفعالية بعدد من المتغيرات ، منها : نوع وطبيعة العملية الائتمانية ، النطاق الجغرافي لتنفيذ العملية الائتمانية للعميل ومدى قربها أو بعدها من مكان عمل البنك ، درجة انتشار فروع البنك ، درجة تفويض سلطات البنك العليا للفروع للقيام بعمليات المتابعة.

رابعاً : مجالات أو جوانب المتابعة :

تتنوع وتتعدد مجالات المتابعة ، ومن أهمها^(١) :

(١) محمد محمود مكاوي . التمويل المصرفي ، مرجع سابق : ص ٣٠٢ .

(١) **متابعة الضمانات** : التي يقدمها العميل مقابل حصوله على القرض ، مثل العقارات ، الأوراق المالية والكمبيالات ، والبضائع والآلات ، والكفالة الشخصية . فقد روعي توافر مجموعة من الشروط والمتطلبات في هذه الضمانات عند قبولها مثل :

قابليتها للتسييل ، استقرار سعرها ، وتوافر النسبة التسليفية الملائمة لها ، وتستهدف المتابعة هنا التأكد من استمرار وجود نفس الشروط والمتطلبات قائمة حتى يستطيع البنك الاعتماد عليها في رد قيمة القرض عند تعرض العميل للإعسار وعدم القدرة على السداد .

(٢) **متابعة مصدر السداد** : من الأمور المتعارف عليها في مجالات الائتمان أن القرض الجيد هو القرض الذي تتوافر لصاحبه القدرة على السداد قبل توافر القدرة على تقديم الضمانات الملائمة ، ولذلك يراعى عند منح القرض توافر مصدر للسداد لدى العميل يمكنه من الوفاء بالتزاماته المالية تجاه البنك ، سواء من خلال استخدام القرض في المجال المحدد له أو من أي مصدر آخر متاح للعميل ، ومن الجوانب الأساسية لعملية المتابعة متابعة هذا المصدر للسداد والتأكد من مدى تحقق هذا الدخل المتولد منه والذي يكفل للعميل الاستمرار في سداد أقساط القرض دون توقف .

(٣) **متابعة الجوانب السلوكية للعميل** : والمتمثلة في سمعته الأدبية والمالية في السوق التجاري ، ولدى متعامليه ، من حيث صدقه وأمانته واحترامه لتعهداته ووفائه بالتزاماته في موعدها ، كما تعني الجدية والمثابرة على أداء أعماله بكفاءة عالية ، والابتعاد عن روح المغامرة والمظهرية الاجتماعية عند ممارسة هذه الأعمال .

(٤) **متابعة الجوانب المالية للعميل** : وذلك من حيث مستوى السيولة المتوفرة لديه وحجم الإيرادات والأرباح المحققة ، وتطور الهيكل المالي وحجم رأس المال الخاص به ، ومقدار التدفقات النقدية ومدى كفايتها ، الخ .

وتتم متابعة هذه الجوانب من واقع المراكز والقوائم المالية للعميل والبيانات والمعلومات المتاحة عنها ، ومن متابعة حركة حساباته لدى البنك من حيث الإيداعات والمسحوبات الخاصة به والشيكات المرفوضة وغيرها .

خامساً : طرق وأساليب المتابعة :

يستطيع البنك الاعتماد على بعض الأساليب لمتابعة العميل المقترض، ومنها :

(١) **المتابعة المكتبية** :وتقوم على الاتصال غير المباشر بين البنك والعميل من خلال الاطلاع على بعض البيانات الدورية وغير الدورية المتعلقة بنشاط العميل ،فهي متابعة من خلال الأوراق والمستندات التي ترد إلى البنك كل فترة . حيث يتم متابعة المراكز المالية دورياً دون انتظار للميزانية في نهاية السنة ، ومتابعة حركة حسابات العميل وما يتعلق

(١) لتفصيل أكثر حول هذه المسألة انظر عبد المطلب عبد الحميد ، الائتمان المصرفي ومخاطره ، مرجع سابق :ص٤٠٤ آلة انظر عبد المطلب

بها من حركة سحب وإيداع ، ومتابعة حركة الكمبيالات والبضائع الخاصة به ، والبيانات المتعلقة بالمصروفات والإيرادات ، وغيرها .

ويستطيع البنك التعرف على وضع العميل ومسار نشاطه من خلال دراسة وتحليل هذه البيانات ، وفي ضوء ذلك يمكنه ملاحظة أية سلبيات أو مخالفات في بدايتها واتخاذ الأساليب الملائمة لمواجهتها في الوقت المناسب .

(٢) **المتابعة الميدانية:** وذلك عن طريق قيام الباحث الائتماني بزيارة مكان نشاط العميل على الطبيعة للتعرف والحصول على البيانات المطلوبة عن العميل من واقع بيئة عمله ومحيط تعاملاته . حيث تتيح هذه الزيارة التعرف على أسلوب وطبيعة العمل الذي يقوم به وتحديد مستوى تنظيمه وأسلوب إدارته ، وحجم الطاقة الإنتاجية وكمية الإنتاج ودورة التشغيل وتدفق الخامات ، والتعرف على المشاكل والمعوقات التي تعترضه.

ويجب أن تتم هذه المتابعة بشكل دوري وفقاً لبرنامج زيارات سبق وضعه وتحديده ، وأن تتم أيضاً بشكل فجائي . ويجب أن يتولى المتابعة الميدانية أشخاص على دراية بطبيعة النشاط ومتغيراته الأساسية حتى يسهل عليهم تقييم الأداء ومعرفة السلبيات والتعرف على المخالفات.

المطلب الثاني

معالجة حالات التعثر

أولاً : مفهوم التعثر وأنواعه :

القروض المتعثرة هي القروض التي لا يقوم المقترض بتسديدها حسب جدول السداد المتفق عليه^(١) .

ويمكن تقسيم القروض في هذا المجال إلى الفئات التالية :

(١) قروض ممتازة : وهي القروض التي لا يشوبها أية مخاطر تتعلق بعملية السداد ، حيث يوجد ودائع نقدية مقيدة في البنك مقابلها .

(٢) قروض جيدة : وهي التي يصابها حد أدنى من المخاطر حيث يحقق العميل دخلاً جيداً كافياً للوفاء بالتزاماته ، بالإضافة إلى أن قيمة الضمانات تكون أكبر من قيمة القرض .

(٣) قروض متوسطة : وهي التي يكون فيها دخل العميل أقل مما هو متوقع ، وهناك مخاطر أكبر في تحصيلها .

(٤) قروض متعثرة : حيث يكون المركز المالي للعميل غير جيد ولا يمكنه سداد أقساط القرض وفوائده ويمكن تقسيم القروض المتعثرة إلى :

(١) زياد رمضان ، محفوظ جودة . إدارة مخاطر الائتمان ، مرجع سابق : ص ٣٣٣ .

(أ) ديون تأخر العميل في سدادها لمدة أكبر من شهر وتستدعي متابعتها واتخاذ الإجراءات الوقائية المناسبة .

(ب) ديون تقترب من دائرة الخطر بسبب ضعف سيولة المقترض وتتطلب رعاية أكبر.

(ج) ديون تأخر العميل في سدادها أكثر من ستة أشهر ، وهناك شكوك في إمكانية سدادها كاملة .

(٥) قروض هالكة : وهي التي استنفذت كافة الوسائل الممكنة لتحصيلها وأصبح تحصيلها أو تحصيل جزء منها أمراً مستحيلاً .

ثانياً : مظاهر أو مؤشرات التعثر :

هناك مؤشرات تنبئ عن إمكانية تعرض المقترض - أو تعرضه فعلاً - للتعثر ، من أهمها^(١) :

١. تباطؤ نمو الشركة قياساً بفترات مماثلة لسنوات سابقة .
٢. يكون التشغيل كمياً أقل من طاقة المصنع في حالة الشركات الصناعية .
٣. تغيرات في الأسلوب المعتاد فيما يتعلق بسداد ما يستحق للدائنين .
٤. طلب العميل زيادة سقف التسهيلات الائتمانية الممنوحة .
٥. وجود شيكات مرتجعة للعميل بسبب عدم كفاية الرصيد .
٦. إنهاء خدمات بعض العاملين لدى العميل المقترض أو تخفيض رواتبهم بداعي تقليص التكاليف .
٧. كثرة شكاوى عملاء الشركة المقترضة وتقليص خدمات ما بعد البيع .
٨. تأخر العميل في السداد حسب الجداول المحددة .
٩. انخفاض حجم المبيعات ، وانخفاض في مجمل وصايف الأرباح .
١٠. عدم التوازن بين التدفقات النقدية الداخلية والخارجية نتيجة عدم قدرة العميل على التحصيل خلال الفترة المحددة .
١١. عدم الالتزام في دفع الضرائب واستخدام الأموال التي تخص الضرائب في سداد ديون أخرى .
١٢. عدم الرغبة في تقديم الميزانيات والبيانات المطلوبة .
١٣. إحجام الموردين عن منح التسهيلات للشركة .

(١) محسن أحمد الخضري . الديون المتعثرة ، ايتراك للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٦م : ص ٥١ ؛ وكذلك حمزة محمود الزبيدي . إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني ، مرجع سابق : ص ٢٤٤ .

١٤ . عدم قدرة العميل على سداد القروض القائمة أو تجديدها .

ثالثاً : أسباب التعثر :

هناك العديد من الأسباب التي تؤدي إلى تعثر العملاء المقترضين بعضها يعود للعميل ذاته ، وبعضها يعود للبنك ، والبعض الآخر يعود للظروف العامة المحيطة ، ومن أهم هذه الأسباب ما يلي^(١) :

(١) الأسباب التي تعود للعميل المقترض :

- (أ) حداثة خبرة العميل في النشاط محل التمويل .
- (ب) استخدام القروض في غير الغرض المخصص له .
- (ج) سوء إدارة الأموال المقترضة .
- (د) توسع العميل في البيع الآجل .
- (هـ) عدم التزام العميل بشروط وتوجيهات البنك .
- (و) فقدان العميل لبعض أسواقه .

(٢) الأسباب التي تعود للبنك :

- (أ) صورية الدراسات الائتمانية التي يقوم بها البنك .
- (ب) منح العميل تسهيلات ائتمانية أكثر من الحاجة .
- (ج) عدم المتابعة الميدانية الجيدة للعملاء .
- (د) عدم أخذ الضمانات الكافية من العملاء .
- (هـ) عدم معالجة التجاوزات التي تحصل من طرف المقترض في الوقت المناسب .
- (و) تقصير موظفي المصرف في متابعة أخبار السوق واستقصاء المعلومات من مصادرها الصحيحة فيما يتعلق بأوضاع المقترض المالية .

(٣) الأسباب التي تعود للبيئة المحيطة :

- (أ) الظروف السياسية غير المستقرة التي تؤثر على الأوضاع الاقتصادية وعلي نتائج أعمال المقترض .
- (ب) دخول الاقتصاد في دورة كساد .
- (ج) تغير التشريعات والأنظمة في الدولة .

^(١) عبد المعطي رضا أرشيد ، محفوظ أحمد جودة . إدارة الائتمان ، مرجع سابق : ص ٢٨٢ ؛ وكذلك زياد رمضان . إدارة الائتمان ، مرجع سابق : ص ٣٣٨ .

(د) وجود أزمات طارئة كإضرابات العاملين أو شح المواد الخام أو انقطاع مصادر الطاقة .

(هـ) تغير ظروف المنافسة كدخول منافس قوي إلى السوق مما يؤثر على الحصة السوقية للمقترض .

(و) ارتفاع معدلات الفائدة ، أو التدخل الحكومي في سياسات التسعير .

وعلى البنك التعرف على هذه الأسباب عند ظهورها ودراسة تأثيراتها المحتملة على العميل المقترض، واتخاذ الوسائل والأساليب الملائمة لمواجهة هذه الآثار مبكراً، لتجنب وقوع حالة الإعسار للعميل وعدم قدرته على السداد ، عند ظهور بعض مؤشرات ومظاهر التعثر .

رابعاً : معالجة التعثر:

قبل البدء باتخاذ القرار الملائم لعلاج حالة التعثر على البنك أن يقوم بجمع البيانات والمعلومات المختلفة عن الحالة تمهيداً لدراستها والتعرف على كافة الجوانب المتعلقة بها وتحديد الإجراءات التي يجب على البنك مراعاتها والقيام بها قبل اتخاذ القرار الملائم لمعالجة حالة التعثر ومن أهم هذه الجوانب والإجراءات^(١) :

(١) فحص محتويات ملف الائتمان الخاص بالعميل، حيث يجب الحصول على البيانات الحديثة وآخر القوائم المالية وتحليلها للتعرف على حقيقة الموقف المالي الأخير للعميل.

(٢) إجراء الاتصالات الشخصية مع العميل والقيام بزيارات ميدانية لمواقع المنشأة المقترضة للاطلاع على أوضاعها عن قرب ، ومعرفة خططها المستهدفة وتقييم أداء الإدارة .

(٣) متابعه حركة حسابات العميل والتأكد من استخدام القرض في الغرض المحدد ، ومدى انتظامه في دفع التزاماته .

(٤) ضرورة مراقبة الضمانات المقدمة للبنك أو المؤسسة المقرضة من العميل والتعرف على قيمتها الحالية وإمكانات تسيلها .

(٥) ضرورة جمع المعلومات عن ممتلكات العميل استعداداً لإجراء المناقشات المختلفة معه وتحديد كيفية الخروج من هذا الموقف.

وفي ضوء هذه المعلومات وتلك الإجراءات تقوم إدارة البنك أو المؤسسة المقرضة بتقييم أو ضاع المقترض، وعليها في هذه الحالة معرفة أسباب وحقيقة التعثر، وما إذا كان راجعاً لأسباب لا دخل للعميل بها وأن لديه النية الصادقة والاستعداد الكافي لسداد التزاماته للبنك ، أو أن هذا العميل ليس لديه الرغبة في السداد ويسعى للتهرب من الوفاء بالتزاماته

^(١) زياد رمضان ، محفوف جودة . إدارة مخاطر الائتمان ، مرجع سابق : ص ٣٦١ ؛ ومحسن أحمد الخضيرى . الديون المتعثرة ، مرجع سابق : ص ٣٢٥ .

تجاه البنك . فالأسلوب الذي سوف يتبعه البنك في التعامل مع الحالتين سيكون مختلفا . كذلك على إدارة البنك التعرف على ما إذا كان هذا التعثر حالة مؤقتة يمكن الخروج منها بمساعدة العميل أم أنها حالة مزمنة لا يرجى علاجها ، ومن ثم لا تجدي وسائل المساعدة المختلفة للعميل في هذه الحالة .

وبناء على ذلك تستطيع إدارة البنك اتخاذ القرار الملائم لمعالجة حالة التعثر ، والذي يتمثل في واحد من بديلين :

البديل الأول : مساعدة المقترض للخروج من حالة التعثر :

وقبل اتخاذ هذه القرار على إدارة المصرف أن تتأكد من توافر الأمور التالية:

- (١) إن عدم قدرة المقترض على السداد تعود إلى أسباب مؤقتة وليست دائمة .
- (٢) وجود نية صادقة واستعداد حقيقي لدى المقترض لسداد التزاماته بعد تحسن أوضاعه المالية .
- (٣) إمكانية زيادة التدفقات النقدية الداخلة للمقترض في المستقبل بحيث يتمكن من السداد.
- (٤) اقتناع إدارة المصرف باستمرار ازدهار النشاط الذي يعمل فيه العميل ، وقدرته على إدارة المشروع بكفاءة عالية .
- (٥) قدرة المقترض على الحصول على مزايا إضافية من الموردين والتعاون مع الوكلاء والموزعين لتجاوز الأزمة الحالية.

وفي هذه الحالة يتم عمل تسوية مع العميل من خلال اجتماعات ومناقشات متعددة ويقدم له البنك بعض سبل المساعدة التي تضمن له الخروج من هذه الأزمة مثل : تأجيل السداد أو إعادة جدولة السداد أو تخفيض نسبة الفائدة على القرض ، أو منحه تسهيلات إضافية لحل مشكلة السيولة الطارئة لديه . وقد يقتضي الأمر في هذه الحالة تقديم البنك بعض وسائل النصح ومقترحات مختلفة لتصويب الأوضاع ، وقد يتم الاتفاق على مشاركة البنك للعميل في إدارة المنشأة المقترضة ، أو حتى إدارتها من قبل البنك بشكل كامل حتى يتم سداد القرض .

البديل الثاني : السير في الإجراءات القانونية وتصفية القرض:

ويتم اللجوء لهذا البديل إذا تبين أن التعثر مزمن وليس مؤقتاً ، أو أنه تعثر وهمي من افتعال وتلاعب العميل للهروب من سداد التزاماته للبنك ، أو أن مساعدة العميل لن تؤدي إلى خروجه من هذه الأزمة ولن يستطيع بعدها استعادة القدرة على السداد.

وفي هذه الحالة لابد من اللجوء مباشرة إلى السير في الإجراءات الرسمية التي تضمن تحصيل أموال البنك في الوقت المناسب قبل أن تتأزم الأمور ، كما سيؤدي ذلك إلى إشعار

المقترضين الآخرين بجدية ملاحقة البنك لأمواله ومدينيه وبالتالي يعتبر ذلك أسلوباً زاجراً لكل من تسول له نفسه التلاعب بحقوق البنك المالية .

ولا يجب أن يلجأ البنك لهذا الأسلوب إلا بعد أن يكون قد جرب البديل الأول بكل الطرق الممكنة وفشل في تحقيق النتائج المرجوة ، لأن هذا الأسلوب له مشاكله ومثالبه العديدة ، فهي عملية لها آثارها القاسية على صاحب القرض والعاملين معه وعلى بقية الأطراف التي تتعامل معه ، كما أنها تؤدي إلى فقدان أحد عملاء البنك ، وقد تؤدي إلى اهتزاز صورة البنك لدى العملاء الآخرين .

وإذا قرر البنك السير في الإجراءات القانونية وتصفية القرض فإنه سوف يلجأ إلى :

(١) تجميد حساب المقترض وإبلاغه بذلك ، وعدم صرف أية شيكات ترد عليه من المقترض .

(٢) تحويل ملفه بالكامل إلى دائرة الشؤون القانونية لمتابعة القضية .

(٣) طلب الحجز على أمواله المنقولة وغير المنقولة لمنعه من التصرف فيها بأمر قضائي لحين استرداد البنك لأمواله .

(٤) استصدار حكم قضائي بالتصفية لعدم قدرة العميل على الوفاء بالتزاماته .

(٥) البدء في إجراءات التصفية والتي تتضمن : بيع أصول الشركة وتحصيل ما لها من ديون على الآخرين ، وتسديد ما على الشركة من ديون للغير حسب ترتيب الدرجات والامتيازات والأوليات التي يحددها القانون ، وتوزيع ما ينبغي من الأموال على ملاك الشركة وفقاً لنسب التوزيع المتفق عليها ، ثم إغلاق حسابات الشركة .

وبعد ذلك يقوم البنك بإقفال ملف المقترض مع الاحتفاظ بكافة البيانات والمستندات المتعلقة به لتقويم ومعرفة أسباب ونتائج هذه الحالة للتعثر والاستفادة منها لاحقاً .

المطلب الثالث

صندوق مواجهة خسائر إعسار المدينين

عادة ما تقوم المؤسسات المصرفية بتكوين مخصصات لمواجهة أخطار أو خسائر محتملة مستقبلاً ، ويتم تحديد مصادر الأموال المكونة لهذا المخصص ، وكيفية استخدام رصيده لمواجهة هذه الأخطار أو تلك الخسائر عند وقوعها .

والمخصصات عادة مبالغ تخصم أو تحتجز من الإيرادات لغرض محدد وهو هنا تعسر العملاء المدينين وعدم استطاعتهم رد قيمة الديون في الأجل المحدد ، وبعد اللجوء إلى كافة الوسائل والطرق الممكنة لاستعادة هذه الديون ، وبعد استنفاد كافة السبل المتاحة يتم

التعامل مع هذه الديون على أنها ديون مئووس من تحصيلها ، ومن ثم تحويلها إلى بند ديون معدومة وسداد قيمتها من رصيد هذا المخصص .

ولذلك فهذا المخصص ليس وسيلة وقائية لمواجهة حالات الإعسار ومنع حدوثها ، ولكنه وسيلة علاجية تستهدف التخفيف من الآثار المترتبة على حالات الإعسار وتعويض هذا الجزء الذي فقد من أموال المؤسسة بسبب عدم سداد بعض المدينين للأموال المستحقة عليهم .

ويتم مراعاة الأمور التالية عند تكوين هذا المخصص :

(١) مستوى المخاطر التي تتعرض لها ديون المؤسسة من هذا الجانب ، أي احتمالات إعسار المدينين فكلما زاد مستوى هذه المخاطر زاد مقدار الأموال المقتطعة لتكوين هذا المخصص .

(٢) يتم اقتطاع المبالغ المكونة لهذا المخصص من إجمالي إيرادات المؤسسة ، أي قبل تحديد صافي الربح القابل للتوزيع .

(٣) رصيد هذا المخصص يكون حق خالص لأصحاب المؤسسة من حملة الأسهم عند تكوين هذا المخصص ، أو من يحل محلهم في هذه الأسهم .

ويمكن الاستفادة من هذه الوسيلة في المؤسسات المالية الإسلامية لمواجهة الخسائر المحتملة للعمليات التمويلية والاستثمارية المختلفة ، غير أن هذا يقتضي مراعاة الالتزام بالضوابط والأحكام الشرعية عند دراسة وإعداد النظام الخاص بتكوين هذا المخصص ، والذي يختلف باختلاف طبيعة كل أسلوب تمويلي مستخدم والشروط الشرعية التي تحكم تطبيقه .

وقد قدمت في هذا الإطار مجموعة من المحاولات والاجتهادات لبناء وتنظيم هذه المخصصات وفق طبيعة ونظام عمل المؤسسات المالية الإسلامية^(١) .

^(١) راجع محمد عبد المنعم أبو زيد . نحو تطوير نظام المضاربة ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، مكتب القاهرة ، ٢٠٠٠م : ص٢٤٤ : عادل عبد الفضيل عيد . الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ : ص٥٩٦ .

قائمة المراجع

- (١) ابن كثير: الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفدا إسماعيل بن كثير "تفسير القرآن العظيم" ، القاهرة، مطبعة عيسى البابي الحلبي، بدون تاريخ.
- (٢) الرازي: فخر الدين محمد بن ضياء الدين عمر الرازي "التفسير الكبير" طبع بالمطبعة البهية المصرية، ١٣٥٧هـ .
- (٣) رشيد: محمد رشيد رضا، "تفسير القرآن الحكيم" (تفسير المنار) ، (الطبعة الثانية) دار المعرفة، بيروت.
- (٤) العسقلاني: أحمد بن حجر العسقلاني: "فتح الباري شرح صحيح البخاري" ، الطبعة الثانية ، دار الريان للتراث بالقاهرة ، ١٤٠٩هـ .
- (٥) الشوكاني: محمد بن علي الشوكاني، "نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار" (القاهرة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٧١م) .
- (٦) الكاساني: علاء الدين منصور الكاساني: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" (القاهرة، مطبعة زكريا على يوسف ، بدون تاريخ).
- (٧) ابن حزم : أبو حمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم، "المحلى" (مصر، مكتبة الجمهورية العربية، ١٩٦٩م) .
- (٨) ابن قدامة: أبو محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة ، "المغني" (الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، بدون تاريخ).
- (٩) ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، "لسان العرب" ، (طبعة إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٨هـ) .
- (١٠) الفيومي: أحمد بن محمد الفيومي، "المصباح المنير" (طبعة المكتبة العلمية، بيروت، بدون تاريخ)
- a. الزيبيدي : حمزة محمود الزيبيدي: "إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني": (الوراق للنشر والتوزيع، عمان - الأردن ، ٢٠٠٢م).
- (١١) عبد الحميد: عبد المطلب عبد الحميد : الائتمان المصرفي ومخاطره ، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات ، القاهرة، ٢٠١٠م .
- (١٢) ١٣ - مكاوي: محمد محمود مكاوي: "التمويل المصرفي التقليدي والإسلامي" ، (المكتبة العصرية المنصورة، جمهورية مصر العربية ، ٢٠١٠م)..

- (١٣) رمضان وجودة :زياد رمضان، محفوظ جودة: "إدارة مخاطر الائتمان"، (الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات ، القاهرة، ٢٠١٠م).
- (١٤) مكاوي: محمد محمود مكاوي، "أسس التمويل المصرفي الإسلامي"، (المكتبة العصرية ، المنصورة - مصر ، ٢٠٠٩م) .
- (١٥) أرشيد وجودة :عبد المعطي رضا أرشيد ، محفوظ أحمد جودة : إدارة الائتمان ، (دار وائل للنشر ، عمان - الأردن ، ١٩٩٩م) .
- (١٦) الخضيرى : محسن أحمد الخضيرى: "الديون المتعثرة"، (ايتراك للنشر والتوزيع القاهرة، ١٩٩٦)
- (١٧) أبو زيد :محمد عبد المنعم أبو زيد: " نحو تطوير نظام المضاربة" ، (المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ٢٠٠٠م).
- (١٨) عبد الفضيل : عادل عبد الفضيل عيد، " الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية"، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠م)



الدورة العشرون

لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي والأنظمة المعاصرة

إعداد

الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي

كلية الشريعة - جامعة دمشق

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن العلاقات المالية والعقود المنظمة لها من صميم الحياة الاقتصادية، حيث يكون فيها المتعاملون في أحوال متقلبة من اليسر والعسر، والشدة والرخاء، في ممارساتهم التجارية والزراعية والصناعية ونحوها، فبدأ نشاطهم بحماس، ويقدمون على تمويل مشاريعهم المختلفة، كل بحسب مقدرته المادية، فتكون البداية سعيدة، ثم يتعرضون لمفاجآت تتطلب الإنفاق الأكثر سعة أو الإقراض، على أمل الوفاء أو السداد من ناتج العمل، ولكنهم يصطدمون بواقع التعامل من إنجاز وتسويق وبطء نسبي في البيع، فيعجزون عن سداد الديون أو القروض.

فبعضهم يقتحم حاجز الحلال، ويتورطون في الحرام، بقروض ربوية، وبعضهم وهم الذين يخشون الله تعالى يتوقفون عن ارتكاب الحرام، ويحتاجون إلى سيولة نقدية، من طريق الاستدانة، ثم العجز عن الوفاء بالتزاماتهم وقضاء ديونهم. وهذا يؤدي إلى الوقوع في الحرج والإعسار أولاً، ثم الإفلاس أحياناً، علماً بأن بين الإعسار والإفلاس عمومياً وخصوصاً مطلقاً، فكل مفلس معسر، ولا عكس، فالإفلاس يكون بسبب الدين، أما الإعسار فقد ينشأ عن دين أو غيره من ألوان العجز المادي، لذا فإني أتحدث على تسمية عنوان الموضوع: ((أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي والأنظمة المعاصرة))، بسبب كون البحث إنما هو في إفلاس المدين، وليس في أحكام الإعسار من الناحية الفقهية، إلا أن يقصد بذلك الإعسار في اللغة لا في الفقه، أي بمعنى الضيق وقلة ذات اليد والعجز في الوفاء.

وكذلك الشأن في القوانين الوضعية حيث تبحث أحكام الإعسار في القانون المدني، فهو إعسار مدني، والإفلاس تبحث أحكامه في القانوني التجاري، فهو إفلاس تجاري.

وتشمل خطة البحث المرسله إلينا من أمانة المجمع في عنوان: أحكام الإعسار موضوعات ثلاثة: هي إفلاس المدين، وبيع الدين، ووسائل الحماية من إعسار المدينين، والمراد إفلاسهم.

ومضمون البحث شامل لما يأتي على وفق الخطة المرسله من أمانة المجمع:

أولاً: أحكام الاستدانة في الشريعة الإسلامية:

١- أحكام إشهار إفلاس المدين (والصواب لغة شهر الإفلاس لا إشهار الإفلاس).

- ٢- استعراض إشهار إفلاس المدين المقررة في القوانين، وبيان حكم الشريعة الإسلامية فيها، والأدق أن يقال: حكم الفقه الإسلامي.
- إشهار إفلاس المدين الموسر المماطل، وإشهار إفلاس المدين المعسر.
- تغريم المدين المعسر المماطل.

ثانياً: بيع الدين

- ١- استكمال بحث صور بيع الدين، من غير الصور الوارد ذكرها في قرار المجمع، وبيان حكم الشرع فيها.
- ٢- البدائل المشروعة لبيع الدين.

ثالثاً: الوسائل التي تحمي المؤسسات المالية المقرضة من إفسار المدينين أو التخفيف منه

- ١- التدقيق في دراسات الجدوى للمشروعات التي تقدمها الشركات والمؤسسات المقرضة.
- ٢- الحصول على الضمانات الكافية عند الإقراض.
- والله الموفق إلى سواء السبيل

أولاً

أحكام الاستدانة في الشريعة الإسلامية

من المعلوم أن الاستدانة أو القرض أمر مشروع في شريعة الإسلام بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فدلالة قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ﴾ [البقرة: ٢/٢٤٥]، فهذا وإن كان المراد به هو الصدقة، فإنه يدل ضمناً على مشروعية القرض بين الناس أو الاستدانة، لاشتراكهما في العمل لمرضاة الله تعالى، ففي الصدقة إحسان، وفي القرض إرفاق وتعاون مندوب إليه ويثاب عليه فاعله.

وأما السنة: فأحاديث كثيرة، منها أن النبي ﷺ قال: ((ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين، إلا كان كصدقة مرة)).^١

وأما الإجماع: فأجمع علماء الأمة الإسلامية على جواز القرض.^٢

١- أحكام إشهار الإفلاس:

شهر الإفلاس في القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي: هو إعلان إفلاس المدين، والإفلاس قانوناً: طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي توقف عن سداد ديونه في ميعاد استحقاقها، ويقصد منه تصفية هذه الأموال وبيعها تمهيداً لتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء. والإفلاس نظام ورد النص عليه في مجموعة القانون التجاري، ولا مقابل له في القانون المدني، ولذلك تسري أحكامه على التجار دون غيرهم من المدنيين. لكن هذا الاتجاه التشريعي المصري والفرنسي والسوري لم تأخذ به بعض التشريعات الأجنبية، وإنما عممت تطبيق نظامه على الجميع دون تفرقة، وهو موقف الفقهاء الإسلامي، وهذا مجرد تنظيم في بعض القوانين، دون البعض الآخر.

ويشمل الإفلاس كل تصرفات المدين من تاريخ التوقف عن الدفع وشهر الإفلاس، وتسمى هذه الفترة فترة الريبة. أما الإعسار فنظمه القانون المدني تنظيمًا خاصاً، ويختلف الإعسار عن الإفلاس في أن الأول ينظر إلى حقوق المدين وديونه وموازنة كل منهما بالآخر، وأما مناط الثاني فهو ثبوت توقف المدين التاجر عن دفع ديونه بصرف النظر عما إذا كانت حقوقه تقل أو تزيد على مجموع ديونه الحالية. وموقف المحكمة من الأول جوازي، أما الثاني فموقفها واجب متعين متى تحقق لديها وقوف المدين عن الدفع.^٣

^١ رواه ابن ماجه وابن حبان في صحيحه مرفوعاً وموقوفاً عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، لكن في رواية ابن ماجه سليمان بن بشير، وهو متروك، لكن له مؤيدات وشواهد كثيرة.

^٢ المغني لابن قدامة: ٣١٣/٤، مغني المحتاج: ١٧/٢.

^٣ الإفلاس في القانون التجاري المصري لأستاذنا الدكتور علي يونس: ص ٣، ٧، ١٣ - ١٤، ١٦، ط ١٩٥٧م.

ويعبر الفقه الإسلامي عن شهر الإفلاس بعبارة الحجر على المدين المفلس، أيًا كان مدنيًا أو تجاريًا. والحجر في فقهاء: هو منع الإنسان عن التصرف في ماله، والتفليس أو شهره شرعاً: هو جعل الحاكم أو القاضي المدينون مفلساً بمنعه من التصرف في ماله، أو خلع الرجل عن ماله للغرماء (الدائنين) وهو مشروع لدى جمهور الفقهاء حفاظاً على حقوق الدائنين وأموالهم من الضياع^١، والمفلس في العرف: من لا مال له. وفي الشرع: من لا يفي ماله بدينه^٢.

ومشروعية الإفلاس لأن النبي ﷺ حجر على معاذ بن جبل، وباع ماله في دين كان عليه، وقسمه بين غرمائه، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النبي ﷺ: ((ليس لكم إلا ذلك))^٣.

لكن اشترط المالكية للتفليس القضائي ألا يمكن للدائنين الوصول إلى حقهم إلا به. وقال أبو حنيفة: لا أحجر على مفلس في الدين، لأن مال الله غاد ورائح، ولأن في الحجر إهداراً لحريته وكرامته وأهليته وإنسانيته، فذلك أخطر من ضرر خاص يلحق الدائن، فتبقى تصرفاته نافذة، ولا يباع ماله جبراً عنه، وإنما يؤمر بسداد ديونه، فإن امتثل فلا يتعرض له بشيء، وإن امتنع عن الأداء حبس حتى يسدد دينه، أو يبيع ماله بنفسه، وشرع حبسه دفعاً لظلمه، لأن قضاء الدين واجب عليه، والمماطلة ظلم، وليس للقاضي أن يبيع ماله جبراً عنه، لأنه نوع حجر عليه^٤، لكن المفتي به عند الحنفية هو قول صاحبين بجواز الحجر على المفلس.

وأحكام الإفلاس هي ما يأتي:

أولاً - الحكم القضائي:

لا بد في القوانين كما تقدم من إصدار حكم قضائي بشهر الإفلاس، وهذا يتفق مع رأي جمهور الفقهاء (غير المالكية) الذين ذهبوا إلى أنه لا يحجر على المدين إلا بقضاء القاضي، فتكون تصرفاته قبل القضاء نافذة، وإذا حجر عليه قضاء، فإنه يمنع من جميع التصرفات الضارة بالدائنين، وهي التبرعات والمعاضات المالية، والإقرار بالدين بعد الحجر، وبيع القاضي ماله، وقسمه ثمنه على الغرماء^٥.

^١ الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٢٦١/٣، مغني المحتاج: ١٤٦/٢، كشاف القناع: ٤٠٥/٣.
^٢ شرح المنهاج بحاشية قليوبي.
^٣ رواه الدارقطني والخلال، وصحح الحاكم النيسابوري إسناده.
^٤ تبين الحقائق للزليعي ١٩٩/٥، اللباب شرح الكتاب: ٦٩/٢.
^٥ مغني المحتاج ١٤٧/٢ - ١٤٩، كشاف القناع ٤٠٧/٣ - ٤١١، الفتاوى الهندية ٥٨/٥.

واقترصر المالكية في حكم الحاكم بتفليس المدين على حالة عجزه عن قضاء ما لزمه من الديون، أما قبل ذلك فللدائنين منع المدين من التصرفات الضارة بهم وهي التبرعات والكفالات والإقرار بالدين لشخص، أما المعاوزات المالية كالبيع والشراء فتتفد منه^١.

ثانياً - سفر المدين المفلس:

منع المالكية والحنابلة المدين من السفر، سواء حل وقت أداء الدين في الحال أو في أثناء غيبته، ولم يجز الحنفية والشافعية للدائنين منع المدين من السفر قبل حلول أجل الديون^٢. واقترصرت القوانين على الحكم بغلّ يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها بحيث تشمل جميع الأعمال القانونية في صورة عقد أو إرادة منفردة، وجواز حبس المفلس أو التحفظ عليه إلا في حال حصول الإفلاس بناء على طلبه^٣.

ثالثاً - أحكام الحجر أو آثاره:

يترتب على حجر المفلس في الفقه الإسلامي الأحكام الآتية:

١- تعلق حق الدائنين الغرماء بعين مال المدين ومنعه من التصرف في ماله:

أي إذا حجر على المدين تعلقت ديون الغرماء بماله كالرهن، فلا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم، لأنه لا ضرر على الغرماء، فتبطل تبرعاته كالهبة والصدقة، ولا يقبل إقراره أصلاً بمال لغيره في ذمته بعد التفليس باتفاق الفقهاء. وتبطل تصرفاته من بيع وشراء في رأي الشافعية والحنابلة، وأجاز الحنفية بيعه بثمن المثل، ولم يبطل المالكية تصرفه المالي، بل يوقف على نظر القاضي والغرماء^٤. ولا يجوز لأحد بعد الحكم بالإفلاس على المدين المطالبة بدين جديد.

ويتفق القانون المصري وغيره مع رأي الشافعية والحنابلة ومن وافقهم، فتتضمن آثار الإفلاس غلّ اليد، أي منع المفلس من التصرف في أموال التفليسة أو من الإخلال بالمساواة بين الدائنين، ويجوز للمحكمة أن تقرر حبس المفلس أو التحفظ عليه إذا كان الإفلاس بطلب الدائنين، لا بطلبه هو، كما تقدم، وكذلك تسقط بعض الحقوق السياسية والمهنية عن المفلس، كحق الانتخاب والترشيح للمجالس النيابية والمحلية، وحق العضوية في الغرف

^١ الشرح الكبير مع الدسوقي، المكان السابق.

^٢ البدائع للكاساني: ٢٧٣/٧، المهذب للشيرازي ٣١٩/١، المغني لابن قدامة ٤/٤٥٥، الشرح الكبير للدردير ٢٦٢/٣.

^٣ علي يونس، المرجع السابق: ١١٢ - ١١٣، ٣٩٢ وما بعدها.

^٤ الفتاوى الهندية ٦٨/٥، رد المحتار حاشية ابن عابدين ١٠٥/٥، الشرح الصغير للدردير ٣/٣٥٢ وما بعدها، مغني المحتاج ١٤٨/٢، المغني ٤/٤٤٠.

التجارية، ومباشرة العمل في الحكومة، أو التعهدات أو الالتزامات، والشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال^١.

٢- سقوط آجال الديون المؤجلة:

تسقط آجال الديون في القوانين، كما نصت على ذلك المادة (٢٢١) من القانون التجاري المصري والقوانين المأخوذة عنه، لأن الإفلاس مضيّع للثقة بالمدين، ولأن الإفلاس يقتضي تصفية أموال المدين تصفية جماعية بين دائئيه، ومن المرغوب فيه سرعة إنجاز هذه التصفية^٢.

ويتفق مذهب المالكية مع القانون في هذا، كحلول الأجل بالموت خلافاً للشافعية والحنابلة والحنفية الذين قالوا: لا يحل الدين المؤجل بفلس من هو عليه، لأن الأجل حق مقصود للمفلس، فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه^٣، لكن قال المالكية: ما لم يكن المدين قد اشترط عدم حلول الدين بالتفليس.

٣- الحبس الاحتياطي للمدين:

أجاز القانون الوضعي في مصر وغيرها للمحكمة حبس المفلس أو التحفظ عليه في حكم الإفلاس أو في أي حكم آخر إذا حصل الإفلاس بطلب الدائنين لا بطلب المدين، كما نصت عليه المادة (٢٣٩) من القانون التجاري المصري.

أما في الفقه الإسلامي فاتفق الفقهاء على جواز حبس المفلس بحكم القاضي بشروط معينة.

فالواجب على المدين إيفاء ديونه إذا كان موسراً، فإن كان معسراً فيمهل إلى وقت اليسار عملاً بنظرة اليسرة في قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةً فَنَظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢/٢٨٠].

وإن كان مماطلاً في الوفاء، وهو مليء (ذو غنى) أي له مال يفي بدينه في الحال، حبسه الحاكم، لقوله ﷺ: ((لِيُ الْوَاجِدُ ظَلَمَ، يَحِلُّ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ))^٤، واللي: المطل، والواجد: الغني، من الوجد بمعنى القدرة، وعرضه: شكايته، وعقوبته: حبسه، فيجوز الحبس للمماطل بشروط ثلاثة ذكرها الحنفية^٥ وهي:

^١ أ.د: علي يونس، المرجع السابق: ص ١٤٦ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق: ص ١٦٤ وما بعدها.

^٣ الفتاوى الهندية ٦٨/٥، القوانين الفقهية لابن جزي ٣١٨ وما بعدها، الشرح الصغير، المكان السابق، الشرح الكبير: ٢٦٥/٣، مغني المحتاج ١٤٧/٢، المغني ٤٣٥/٤، ط دار المنار الثالثة.

^٤ رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة (الخمسة) إلا الترمذي، وكذا البيهقي والحاكم، وابن حبان وصححه عن عمرو بن الشريد عن أبيه.

^٥ البدائع: ١٧٣/٧، تبيين الحقائق: ١٩٩/٥.

الأول: أن يكون الدين حالاً، فلا يحبس في الدين المؤجل، لأن الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين، ولم يوجد ممن دينه مؤجل.

الثاني: أن تتوافر في المدين شروط ثلاثة: هي القدرة على وفاء الدين، فلو كان معسراً لا يحبس، للآية المتقدمة: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾ **والمطل:** وهو تأخير قضاء الدين، للحديث السابق: ((مطل الغني ظلم)) أو ((لئى الواجد)) والحبس عقوبة، وما لم يظهر منه المطل، لا يحبس، لانعدام المطل، وكون المدين غير الوالدين، فلا يحبس الوالدون وإن علوا، بدين المولودين، وإن نزلوا (أو سفلوا) لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ للقمان: ١٥/٣١، وليس من المصاحبة بالمعروف والإحسان حبسهما بالدين، لكن يحبس الوالد تعزيراً بالامتناع عن نفقة ولده الذي عليه نفقته.

الثالث: أن يطلب الدائن من القاضي حبس المدين، فما لم يطلب لا يحبس، لأن الدين حقه، والحبس وسيلة إلى حقه، وممارسة الحق بطلبه. ويجوز للقاضي الحجر على المفلس.

وذكر فقهاء المذاهب الأخرى شروطاً مقاربة لهذه الشروط، وتفاصيل مقبولة.

٤- استحقاق بيع مال المدين المحجور عليه وقسمة ثمنه بين الغرماء:

اتفق الفقهاء^١ على أنه يباع مال المدين المحجور عليه بسبب الفلوس، ويقسم ثمنه بين الدائنين الغرماء بالمحاصة، أي بنسبة ديونهم، ويندب أن يكون البيع فوراً بعد الحجر (شهر الإفلاس) لئلا يطول زمن الحجر عليه، ومبادرة لبراءة ذمته، وإيصال الحق إلى ذويه، ولأنه ﷺ لما حجر على معاذ، باع ماله في دينه، وقسم ثمنه بين غرماءه.

فإن كانت الديون من جنس مال المدين، قضاها القاضي بغير أمر المدين، وإن كانت من غير جنس مال المدين، وجب على القاضي بيع المال، وقسمة الثمن بين الدائنين. وتباع أمواله المنقولة والعقارية.

ويقدم في البيع ما يحتمل فساده كالبقول والفاكهة، ثم المرهون، ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة، لأنه يخشى ضياعه بسرقة ونحوها، ويقدم الملبوس على النحاس ونحوه، ثم العقار، ويقدم البناء على الأرض. لكن أبا حنيفة رحمه الله خلافاً لصاحبيه لم يجز للحاكم بيع عروض المدين التجارية وعقاره.

ولا يباع مسكن المدين وخادمه، وأجاز الشافعية بيع مسكنه ومركوبه.

^١ تبين الحقائق، المكان السابق، الشرح الصغير للدردير ٢٥٧/٣ وما بعدها، المهذب ١/٣٢٤، بداية المجتهد ٢/٢٨٧.

والذي يترك للمفلس من ماله ما يأتي^١:

- أ- يترك له ولعياله ملابسه المعتادة لا الرفيعة أو الفاخرة بالاتفاق.
- ب- تترك للعالم كتبه التي يحتاج إليها في العلوم الشرعية وآلتها في مذهب الشافعية.
- ج- تترك له دار السكنى المعتادة لا النفيسة في رأي الحنابلة والحنفية.
- د- تترك للمفلس آلات صناعية في مذهب الحنابلة، لا في رأي غيرهم. وقال الحنفية: تترك له عروضه التجارية كعقاره.
- هـ- يترك للمفلس رأس مال يتجر فيه إذا كان لا يحسن الكسب إلا به في رأي الحنابلة.
- و- أجاز المالكية والحنابلة أنه يترك للمفلس قدر ما يكفيه وعياله من القوت الضروري المعتاد، دون المترف أو المرفه. وفي رأي الشافعية: قوت يوم القسمة وقبل قسمة ماله على الغرماء.

٥- استرداد الدائن أعيان الأموال الموجودة في مال المفلس:

أجاز الجمهور خلافاً للحنفية استرداد الدائن عين ماله، ويحق له فسخ البيع إن باع المدين السلعة، وأخذ سلعته، بسبب عجز المشتري عن إيفاء الثمن، فيحق للدائن الفسخ، كعجز البائع عن تسليم المبيع، لقول النبي ﷺ: ((من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان، فهو أحق به من غيره))^٢.

ولم يجز الحنفية استرداد الدائن متاعه بعينه الذي وجده لدى المدين، ويكون صاحب المتاع أسوة الغرماء، إلا إن أفلس المدين قبل قبض المتاع أو بعد قبضه بغير إذن بئعه، فللدائن حينئذ فقط استرداد متاعه، وحبس المدين بالثمن في حالة ما قبل القبض. ودليلهم ما روى الخصاف والرازي: إن النبي ﷺ قال: ((أيما رجل أفلس، فوجد رجل عنده متاعه، فهو أسوة غرمائه))^٣، وأول الجمهور الحديث بأن المشتري كان قد قبض المبيع بشرط الخيار للبائع.

آثار شهر الإفلاس في القوانين الوضعية:

تتفق آثار الإفلاس في القوانين مع الفقه الإسلامي فيما يقره الشرع، وأضاف القانونيون ما يجيزونه من الربا وهو وقف سريان الفوائد، وسقوط بعض حقوقه المهنية والسياسية، وهذه الآثار، القانونية بالنسبة إلى المدين أربعة، أذكرها باختصار^٤.

^١ حاشية ابن عابدين: ١٠٥/٥، ط البياي الحلبي، الشرح الكبير والدسوقي ٢/٢٧٧، نهاية المحتاج للرملي: ٣/٣٢١ - ٣٢٢، مطالب أولي النهى ٣/٢٩١، كشاف القناع: ٣/٤٢٢، ط مكة.

^٢ رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

^٣ قال عنه الدارقطني: لا يثبت هذا الحديث عن الزهري رحمه الله مسنداً، وإنما هو مرسل.

^٤ أ.د: علي يونس: الإفلاس في القانون التجاري المصري: ص ١٠٥ - ١٤٩.

الأثر الأول – غلّ اليد: هذا أثر جوهري يترتب على حكم الإفلاس، فلا يعفى المفلس منه، وغلّ اليد له معنيان:

الأول: منع المدين من التصرف بأمواله كلها وإدارتها، سواء الأموال المنقولة والأموال العقارية، إضراراً بالدائنين، منذ شهر الإفلاس، ليتمكنوا من الوفاء بحقوقهم.

والثاني: منع الدائنين من التسابق لرفع دعاوى فردية للتنفيذ على أموال المفلس، فيحصل بعضهم على نسبة من ديونهم أكثر مما تضمنه لهم قسمة الغرماء، وذلك ليتمكن سنيديك التفليسة (وكيل المفلس) من القيام بمهمته وتنفيذ التصفية الجماعية، تحقيقاً للمساواة بين الدائنين. وقد نصت المادة (٢١٦) من القانون التجاري المصري على مبدأ غلّ اليد الذي لا يقع إلا نتيجة لصدور حكم الإفلاس.. وهذا هو المقرر في الفقه الإسلامي وهو منع المدين من التصرف بأمواله.

ويشمل غلّ اليد: منع المفلس من جميع الأعمال والتصرفات القانونية الضارة بالدائنين، وحرمان المفلس من رفع الدعاوى القضائية.

الأثر الثاني – حبس المفلس والتحفّظ عليه: نصت المادة (٢٣٩) من القانون التجاري المصري على أنه يجوز للمحكمة أن تقرر حبس المفلس عند الاقتضاء أو التحفّظ عليه في حكم الإفلاس أو في حكم آخر، ولكن لا تأمر المحكمة بحبس المفلس إذا حصل الإفلاس بناء على طلبه. والمحافطة عليه يعني وضعه تحت المراقبة، وليس هذا عقوبة عليه، بل هو إجراء تحفظي فحسب. وهذا حكم موافق للمقرر في الفقه الإسلامي.

الأثر الثالث – سقوط بعض الحقوق السياسية والمهنية، كحق الانتخاب والترشيح للمجالس النيابية والمحلية، أو حق العضوية في العُرف التجارية، وانتخاب أعضاء مجالس إدارتها والاشتغال بعمليات البورصة، والعمل في خدمة الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد، والتخلي برتب أو نياشين، والشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال. وهذا الأثر ليس مقررراً في القانون التجاري، ولكن ورد النص عليه في بعض القوانين الخاصة التي تنظم بعض الحقوق السياسية أو المهنية.

وليس هذا الأثر مقررراً في الفقه الإسلامي، وإنما المقرر منع المحبوس من الخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والدينية، كحضور صلوات الجمعة والجماعة والأعياد وتشجيع الجنائز وعبادة المرضى والزيارة والضيافة، ليكون المنع باعثاً له على قضاء الدين.

الأثر الرابع – تقرير نفقة للمفلس ولعائلته: وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦٥) من القانون التجاري. وأفراد عائلته: هم الذين يجب عليه الإنفاق عليهم، كزوجته وأولاده وغيرهم. ويحدد مأمور التفليسة مقدار النفقة التي تمنح للمفلس وطريقة دفعها، والغالب أن يكون ذلك في صورة راتب شهري. وهذا حكم إنساني ضروري، وصرح فقهاؤنا به، لاسيما الشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية، وهو مقتضى مذهب المالكية، قال ابن قدامة

الحنبلي^١: وينفق على المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه.

وللإفلاس آثار أربعة قانونية أيضاً بالنسبة إلى الدائنين وهي ما يأتي^٢:

الأثر الأول – وقف الدعاوى والإجراءات الانفرادية: لحماية جماعة الدائنين العاديين، وتحقق مبدأ المساواة بينهم وإخضاعهم لقسمة الغرماء.

وهذا لم ينص عليه القانون التجاري المصري، خلافاً لما ذهب إليه كثير من التشريعات الأجنبية. ويقرر الفقه الإسلامي هذا الأثر عملاً بمبدأ المصالح المرسله أو الاستحسان.

الأثر الثاني – سقوط الآجال: أي تسقط الآجال بقوة القانون بمجرد صدور حكم الإفلاس. وقد نصت المادة (٢٢١) من القانون التجاري المصري على أنه:

((يترتب على الحكم بإشهار الإفلاس أن يصير ما على المفلس من الديون التي لم يحل أجل دفعها مستحق الطلب حالاً...))، وهذا هو الحكم المقرر في المادة (٢٧٣) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٧٣) من القانون المدني السوري، ونصها: ((يسقط حق المدين في الأجل إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون)).

وذلك يشمل الآجال الاتفاقية والقانونية والقضائية (وهي نظرة الميسرة).

والحكمة من ذلك أن الأجل الممنوح للمدين من الدائن أو غيره، مبني على الثقة فيه، والإفلاس مضيع لهذه الثقة. ولأن مبدأ تصفية أموال المدين تصفيه جماعية بين دائنيه، بمقتضى الإفلاس، يتطلب سرعة إنجاز هذه التصفية في حين أنه يترتب على مراعاة الآجال الممنوحة للمدين تأخير التصفية وعرقلة أعمالها.

وهذا الأثر مقرر في الفقه الإسلامي لدى الحنفية والمالكية، كما تقدم.

الأثر الثالث – وقف سريان الفوائد: وهو حكم قرره المادة (٢٢٦) من القانون التجاري المصري، وذلك لتحديد خصوم التفليسة، وإضافة ديون جديدة يعرقل إجراء التصفية. أما الفقه الإسلامي فيمنع تقرير فوائد تأخيرية على الديون منذ نشأتها، فلا يطبق هذا الأثر في الشريعة.

الأثر الرابع – رهن جماعة الدائنين على أموال المفلس: وهذا مقرر في المادة (٢٨٧) من القانون التجاري المصري، حيث يجب بمقتضاها على وكلاء الدائنين إجراء قيد ملخص الحكم الصادر بالإفلاس في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائنة في دائرتها عقارات

^١ المغني: ٤/٤٤١، ط دار المنار، ط ثالثة.

^٢ المرجع السابق، علي يونس: ١٥٠ - ١٧٨.

المفلس، وذلك في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ توظيفهم. ولا يفيد الرهن إلا الدائنين الذين تقدموا بديونهم في التفليسة في المواعيد القانونية.

وهذا الإجراء يفيد تقرير رهن لصالح الدائنين المتصالحين، ولم ينص الفقه الإسلامي على هذا الإجراء، ولا مانع منه في تقديري رعاية للمصالح.

ولا مانع في القانون من أن يتنازل الدائنون عن الرهن المقرر لهم على عقارات المفلس أو بعضها إذا حصل النص على ذلك في عقد الصلح مع المفلس.

والصلح في الإفلاس يهدف إلى التيسير على المدين المفلس حتى يتاح له الوفاء للدائنين دون حاجة لبيع أمواله. وهو يختلف عن الصلح المدني: وهو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً.

شروط الحجر على المفلس:

ذكرت الموسوعة الفقهية الكويتية^١ خمسة شروط للحجر على المفلس ملخصها فيما يأتي:

الأول: مطالبة الغرماء أو وكلائهم أو من يخلفهم الحجر على المدين المفلس. ويصح الطلب من واحد منهم، ويكون للباقيين حق المحاسبة، واشترط الشافعية في الأصح حينئذ أن يكون دين الطالب أكثر من مال المدين، وإلا فلا حجر، ولم يجز المالكية والحنابلة الحجر بطلب المدين نفسه.

ويصح أن يطلب المدين نفسه الحجر عليه وإعلان إفلاسه، ليصرف ماله إلى ديونه في مذهب الشافعية في الأصح.

الثاني: أن يكون الدين حالاً، مؤجلاً.

الثالث: أن تكون الديون على المفلس أكثر من أمواله.

الرابع: أن يكون الدين الذي يحجر به الناس، أما دين الله تعالى كالتنذر أو الزكاة فلا يحجر به.

الخامس: أن يكون الدين المحجور به لازماً، فلا حجر بالثمن في مدة الخيار، كما ذكر الشافعية.

ويصح عند الحنفية في المفتى به أن يكون الحجر على المدين الغائب، بشرط علم المحجور عليه بعد الحجر^٢.

^١ ينظر ٣٠٢/٥ - ٣٠٤.

^٢ الفتاوى الهندية: ٦٥/٥.

أحكام رجوع الدائن على المدين المفلس فيما قبضه منه وشروطه:

خيار رجوع صاحب المتاع أو المال على المفلس يكون لدى الشافعية في الأصح على الفور، كخيار العيب بجامع دفع الضرر، منعاً من إلحاق الضرر بالغرماء، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم^١. ومذهب الحنابلة: أن له الرجوع على التراخي، كرجوع الأب في هبته لابنه.

وأجاز الشافعية والحنابلة الرجوع في جميع المعاولات المالية المحضة، كالبيع والإجارة والسلم والقرض، لعموم حديث أبي هريرة المتقدم: ((من أدرك ماله بعينه..))، بخلاف غيرها كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمدة، فلا يجوز الرجوع فيها. وأجاز المالكية الرجوع للوارث، وصاحب الثمن أو المحال به والمتصدق عليه به^٢.

وشروط الرجوع في مذهب الشافعية تسعة^٣ هي:

- ١- كونه في المعاوضة المحضة كالبيع ونحوه.
 - ٢- أن يرجع عقب العلم بالحجر.
 - ٣- أن يكون رجوعه بنحو قوله: فسخت البيع، دون حكم من الحاكم.
 - ٤- أن يكون عوضه غير مقبوض، فإن قبض بعض حقه رجع في الباقي.
 - ٥- أن يكون عدم استيفاء العوض لأجل الإفلاس.
 - ٦- كون العوض ديناً، فإن كان عيناً قدم بها على الغرماء.
 - ٧- حلول الدين.
 - ٨- كون المال المبيع باقياً في ملك المفلس.
 - ٩- ألا يتعلق بالمال حق لازم، كرهن صادر من المشتري للشيء.
- وذكر الحنابلة^٤ سبع شرائط وهي:

١- أن تكن السلعة باقية بعينها، لم يتلف بعضها، فإن تلف جزء منها، كتلف ثمرة الشجرة المثمرة، لم يكن للبائع الرجوع، وكان أسوة الغرماء. وأجاز الشافعية والمالكية بتلف البعض الرجوع في الباقي، ويساهم مع الغرماء بحصة التالف.

٢- ألا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر. وذهب المالكية والشافعية إلى أنها لا تمنع الرجوع.

^١ مغني المحتاج: ١٥٨/٢، المغني: ٤١٠/٤.

^٢ الشرح الكبير ٢٨٣/٣.

^٣ مغني المحتاج: ١٦٠/٢.

^٤ كشف القناع: ٤١٤/٣ - ٤١٧.

٣- ألا يكون البائع قبض شيئاً من ثمن السلعة، فإن قبض بعض الثمن، سقط الرجوع. وأجاز الشافعية الرجوع بما يقابل الباقي من دينه. وللبائع عند الملكية رد ما أخذه ورجع في جميع العين.

٤- ألا يتعلق بها حق الغير: فإن رهنها المشتري أو وهبها، لم يملك البائع الرجوع كما لو باعها. وهذا موافق لقول الشافعية. وأجاز المالكية فك الرهن بدفع ما رهننت به العين.

٥- أن يكون المفلس حياً: فإن مات فالبايع أسوة الغرماء. وهو رأي المالكية، لحديث: ((فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء)).

وأجاز الشافعية للدائن الفسخ واسترجاع العين ولو مات المفلس، لحديث أبي هريرة المتقدم: ((أيما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه، إذا وجده بعينه)).

٦- كون السلعة لم يزل ملك المشتري عنها ببيع أو هبة أو وقف ونحوه. وهو شرط متفق عليه.

٧- أن يكون البائع حياً إلى وقت الرجوع.

واشترط المالكية^١ ثلاثة شروط هي:

١- ألا يفديه غرماً بثمنه الذي على المفلس: فإن فدوه بمالهم أو بمال المفلس، أو ضمنوا له الثمن وهم ثقات، أو أعطوه كفيلاً ثقة، لم يأخذ المال الذي له. وقال الشافعية والحنابلة: لا يسقط حقه في الفسخ، حتى لو قال الغرماء له: لا تفسخ، ونحن نفديك بالثمن.

٢- أن يمكن أخذه واستيفاؤه: فإن لم يمكن أخذه كبضع الزوجة والاستمتاع بها، فلا يرجع، فالزوجة إذا أفلس زوجها وطلبت صداقها، ساهمت مع الغرماء، إذ لا يمكن رجوعها في البضع، ولها الفسخ قبل الدخول إذا أفلس حينئذ.

٣- أن يبقى عين المال على حاله، دون أن يتغير، فإن تغير، ساهم صاحب المال مع الغرماء، فلا يرجع إن طحنت الحنطة أو بذرت أو خبزت، أو خلط الشيء بغير مثله، ولم يتيسر تمييزه، كخلط عسل بسمن أو زيت، أو صبغ الثوب، أو نسخ الغزل، أو تعيب الشيء بأي عيب، وهذا مذهب الحنابلة أيضاً.

وقال الشافعية: إن زادت السلعة، فالأظهر أنه يباع، وللمفلس الزيادة.

^١ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢٨٣/٣.

طريقة شهر الحجر بالإفلاس لدى الفقهاء:

ذكر الشافعية والحنابلة: أنه يستحب الإشهاد على شهر الحجر على المدين المفلس تفادياً للضرر الذي يلحق بالدائنين الغرماء، لضمان أموالهم، وعدم ضياعها، ونشراً للخبر بين الناس^١. وهذا في الواقع مناسب لأحوال الماضي، وأما في عصرنا حيث وجدت الصحف اليومية والإعلانات الكافية في دور القضاء، فلا حاجة إلى الإشهاد.

حكم أنواع تصرفات المفلس:

التصرفات المعتادة ثلاثة أنواع^٢:

الأول: التصرفات النافعة نفعاً محضاً: كقبوله الهبات والصدقات، فهذه تصح منه ولا يمنع منها.

الثاني: التصرفات الضارة ضرراً محضاً: كهبة المال، ووقفه له، وتصدقته به، والإبراء منه، وغيرها من التبرعات، والإقرار بدين، فهذه يحجر فيها، باتفاق المذاهب الأربعة، رعاية لمصلحة الدائنين الغرماء، لأن حقوقهم تعلقت بأعيان ماله، فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة.

الثالث: التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع: كالبيع والإجارة، لا تصح في رأي الجمهور (غير المالكية) أي باطلة. وقال المالكية: إن وقع التصرف المالي من المفلس، لم يبطل، بل يكون موقوفاً على نظر الحاكم عند عدم اتفاق الغرماء، أو اختلافهم في رده وإمضائه، أو على نظر الغرماء عند اتفاقهم، لكن قال المالكية: إن التزم المفلس شيئاً في ذمته لغير رب الدين فلا يمنع منه، كخلعه زوجته لما فيه من أخذ مال، وطلاقه، ولو أدى إلى حلول مؤخر الصداق، وتحاصص المرأة به، وقصاصه من جان عليه أو على وليه، إذ ليس فيه مال بالأصالة، وعفوه عن قصاص أو حدٍّ مما لا مال فيه، بخلاف القتل الخطأ والعمد الذي فيه مال.

وعبارة الحنفية في الفتاوى الهندية: كل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه إجماعاً.

رفع الحجر عن المفلس:

للفقهاء اتجاهان في رفع الحجر عن المفلس بحكم القاضي أو انفكاكه عنه:

^١ نهاية المحتاج للرملي ٣/٣١٢، شرح المنهاج مع حاشية قليوبي وعميرة: ٢/٢٨٦، المغني: ٤/٤٤٠، ط ٣ في دار المنار.

^٢ الفتاوى الهندية ٥/٥٨، الشرح الكبير للدردير: ٣/٢٦٤ وما بعدها، شرح المنهاج، المرجع السابق: ٢/٢٨٧، المغني: ٤/٤٣٩.

الأول: للشافعية^١: لا ينفك الحجر على المفلس باتفاق الغرماء على فكه، ولا بإبراءهم للمفلس، بل إنما ينفك بفك القاضي، لأن الحجر لا يثبت إلا بإثبات القاضي، فلا ينفك إلا بفكه، ولأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد.

الثاني: للمالكية والحنابلة^٢: ينفك الحجر عن المفلس بمجرد قسمة ماله الموجود بين الغرماء، ولا يحتاج إلى حكم القاضي.

وأما الحنفية^٣ فقال أبو يوسف رحمه الله في السفية (المبذر): لا يكون زوال الحجر إلا بضده وهو الإطلاق من القاضي، فكما لا ينحجر إلا بحجره لا ينطلق إلا بإطلاقه.

المبادرة بقسمة مال المفلس بين غرمائه:

اتفق الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)^٤ على أنه تتدب المبادرة بعد الحجر لبيع مال المفلس، وقسم ثمنه بين الغرماء، لبراءة ذمة المدين، ولئلا يطول زمن الحجر عليه، ولئلا يتأخر إيصال الحق لمستحقه، وفي ذلك مصلحة للغرماء والمفلس. ولكن لا يفرض في الاستعجال لئلا يطمع فيه الناس بثمن بخس.

تنظيم التفليسة في القانون:

يتم التنفيذ على أموال المدين بإجراءات جماعية لا انفرادية، لأن الإفلاس يهدف إلى تصفية أموال المفلس تصفية جماعية على قدم المساواة، تمهيداً لتوزيع الناتج منها على الدائنين قسمة غرماء. فمتى صدر حكم الإفلاس لا يكون لأي واحد من الدائنين التنفيذ على أموال المدين، أيأ كان نوع هذا التنفيذ، أي سواء كان بطريق الحجز على المنقولات أو الحجز العقاري أو الحجز على ما للمدين لدى الغير^٥.

والتنفيذ يكون بطريقة تنظيم التفليسة وتعيين من يسمى ((سنديك التفليسة)) أو مأمور التفليسة وهو وكيل عن المفلس وعن جماعة الدائنين، ووكالته مأجورة، وهو أحد قضاة محكمة الإفلاس، ليقوم بالنيابة عن المحكمة التي أصدرت حكم الإفلاس بملاحظات إجراءات التفليس وشؤونه، حيث يترتب على صدور حكم الإفلاس - كما تقدم - غلُّ يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وتدخل هذه الأموال في التفليسة، وتكون الجانب الإيجابي منها، وتسلم الأموال من المفلس إلى السنديك، ليتخذ الإجراءات اللازمة التي يكون الغرض منها حصر الأموال الموجودة لدى المفلس، والتحفظ عليها لحين تسليمها إلى

^١ نهاية المحتاج للرملي: ٣/٣٢٢، ط البهية المصرية، شرح المنهاج مع حاشية القليوبي وعميرة ٢/٢٩١.

^٢ حاشية الدسوقي ٣/٢٦٨ وما بعدها، ط البابي الحلبي، المغني: ٤/٤٤٩، البدائع: ٧/١٧٢ وما بعدها.

^٣ البدائع: ٧/١٧٢ - ١٧٣.

^٤ حاشية الدسوقي ٣/٢٧٢: المهذب ١/٣٢١، ط عيسى البابي الحلبي، مغني المحتاج: ٢/١٥٠، كشاف القناع: ٣/٤٢٠، ط مكة.

^٥ الإفلاس في القانون التجاري المصري، علي يونس: ١٥٨.

السنديك الذي يتولى إدارتها والمحافظة عليها. وتتمثل هذه الإجراءات في وضع الأختام على أموال المفلس وقفل دفاتره، ثم رفع الأختام وجرد الأموال وتسليمها للسنديك.

وعلى وكلاء الدائنين أن يسلموا إلى مأمور التفليسة في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس حساباً إجمالياً أو ملخصاً، وعلى مأمور التفليسة أن يرسل فوراً تلك الملخصات مع ملحوظاته إلى النيابة العمومية.

وللنيابة العمومية في كل وقت أن تطلب إيضاحات عن حالة التفليس وكيفية إدارة وكلاء الدائنين، كما يكون لها أن تطلب الاطلاع على جميع الأوراق والدفاتر والسندات المتعلقة بالتفليس، لما للإفلاس من صلة وثيقة بالنظام العام.

وتهدف إدارة التفليسة إلى غرضين أساسيين:

الأول: هو المحافظة على أموال المفلس وصيانتها.

والثاني: هو حشد هذه الأموال وتجهيزها انتظاراً للقرار الذي تتخذه جماعة الدائنين بصدد الحل الذي تنتهي به التفليسة، وهو إما بالصلح مع المفلس، أو بالاتحاد، ويقتضي الاتحاد بيع أموال المفلس وتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء، ولذلك يحرص المفلس عادة على ملافاة ذلك والتصالح مع دائنيه.

وبه يتبين أنه قد تنتهي التفليسة بالصلح مع المفلس، إذا قدر الدائنون أن هذا الصلح أجدى عليهم، فيتنازلون له عن جزء من حقوقهم أو يمنحونه أجلاً للوفاء، أو يقررون له الأمرين معاً. ويعود المفلس بالصلح سيداً على أمواله من جديد، ويسترد حريته في إدارتها والتصرف فيها.

وقد تنتهي التفليسة بالاتحاد إذا لم يتفق الدائنون على شروط الصلح التي قدمها المفلس، وقد يكون انتهاء التفليسة بطريقة ثالثة هي حل وسط بين الصلح أو الاتحاد.

وقد تنتهي التفليسة بالتسوية الودية بين المفلس ودائنيه قبل إجراءات التفليس التي تطول لزمن طويل أو بعد صدور حكم الإفلاس إذا فضل الدائنون عدم المضي في إجراءاته، وآثروا التيسير على المفلس وإعطائه فرصة لوفاء ما عليه من التزامات¹.

وهذه الإجراءات التنظيمية تدل تحت مفهوم الصلح أو الحلول الودية في الفقه الإسلامي، قال تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ٤/٢٨].

وإذا لم يحصل الصلح بين المفلس والدائنين، يكون أرباب الديون بمجرد ذلك في حالة اتحاد، عملاً (بالمادة ٣٣٩ من القانون التجاري المصري) والمقصود من ذلك أن هذه الحالة الجديدة التي طرأت على الدائنين ليست من صنعهم أو وليدة اتفاقهم، ولكنهم يسيرون

¹ د. علي يونس، المرجع السابق: ص ٢٧٦، ٣٠٩، ٣١٥، ٣٧٢، ٣٧٤ وما بعدها، ٣٨٤ وما بعدها.

إليها بالرغم منهم، وبقوة القانون، دون أن يكون لهم اختيار في ذلك، فالدائنون يحشدون في جماعة واحدة لها نظام قانوني خاص يعبر عنه بالاتحاد، وذلك لأن وجود جماعة الدائنين في مرحلة تصفية أموال التفليسة وتوزيع ثمنها، يكون أكثر ظهوراً منه في المراحل السابقة. ويقتضي الاتحاد توزيع المبالغ الناتجة من تصفية أموال التفليسة على الدائنين قسمة غرماء. وتظل المبالغ التي لم يحصل عليها الدائنون في حالة الاتحاد عالقة بذمة المفلس باعتبارها ديناً مدنياً، لا ديناً طبيعياً، كما هو الحال في الصلح. وهذا الوصف مراعى ضمناً في الفقه الإسلامي، لأن جماعة الدائنين على قدم المساواة في الحقوق.

- شهر إفلاس المدين الموسر المماطل، وشهر إفلاس المدين المعسر:

إن شهر إفلاس المدين الموسر المماطل حق وعدل، وهو الأصل في مشروعية الحجر على المفلس، عملاً بحديث معاذ بن جبل: ((أن النبي ﷺ حَجَرَ عليه، وباع ماله في دين كان عليه، وقسمه بين غرمائه)).

وهو أيضاً أثر أسيفع في عهد عمر رضي الله عنه: أنه كان يشتري الرواحل، فيغالي بها، ثم يسرع في السير، فيسبق الحاج، فأفلس، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: ((أما بعد: أيها الناس، فإن الأسيفع أسفع جهينة، رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، إلا أنه قد أدان معرضاً، فأصبح وقد رين به^١، فمن كان له دين فليأتنا بالغداة، نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين))^٢.

وأما المدين المعسر: فيحبس في رأي الجمهور غير الحنابلة للتحقق من إعساره، فإن ظهر له مال، أمره الحاكم بالقضاء، وإن لم يجد له مالا ظاهراً، وثبت إعساره بتصديق غريمه في رأي الحنابلة، أو بشهادة شاهدين عدلين عند المالكية، وجب إنظاره (إمهاله) ولا يحبس عند الحنفية، والمالكية، والحنابلة، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢/٢٨٠]، وقال الشافعية: إن لم يظهر له مال حبس وبيع ما قدر عليه من ماله، فإن ذكر عسره قبلت منه البينة، للآية الكريمة: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾^٣.

^١ أي استقرض، وصار عليه دين، فكلمة ((دان)) مشترك بين الإقراض والاستقرض، وكذا كلمة ((الدائن)) مشترك بين من عليه دين، أي مدين، ومن له دين. ورجل مديون: أي عليه دين، و ((مديان)) أي عادته أن يأخذ بالدين ويستقرض. و ((رين به)) غلب عليه الدين.

^٢ رواه مالك والبيهقي عن عمر رضي الله عنه.

^٣ الاختيار شرح المختار ١/٢٦٠، ط مصطفى الحلبي، ١٩٣٦، الفروق للقراي في ١٠/٢ - ١١، المسألة الرابعة، المهذب في الفقه الشافعي ١/٣٢٠، ط عيسى البابي الحلبي، المغني: ٤/٤٥٠ وما بعدها، ط دار المنار الثالثة.

وواضح من هذا أن الفقهاء متفقون على أنه لا تجوز ملازمته، ويطلق سراحه إن حبس، ولا يشهر إفلاسه، لعدم الفائدة من ذلك، ولقوله ﷺ لغرماء الذي كثر دينه: ((خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك))^١.

- تغريم المدين الموسر المماطل:

المبدأ المقرر في الشريعة تحريم الربا (أو الفوائد أو الغرامات) على وفاء الديون ويقتصر الحق على قضاء الحقوق دون زيادة جنساً ونوعاً ومقداراً وصفة، وإنما يحل فقط الحبس والملازمة من الدائن للمدين، للحديث ذي الإسناد الحسن وهو ما تقدم: ((لِيَّ الْوَاجِدِ ظَلَمَ يُحَلُّ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتُهُ))^٢، أي مطلق الغني القادر على الأداء يجوز وصفه بكونه ظالماً، ويحبس من عليه الدين حتى يقضيه إذا كان قادراً على القضاء تأديباً له وتشديداً عليه، لا إذا لم يكن قادراً، لنص الحديث: ((الواجد)) فإنه يدل على أن المعسر لا يحل عرضه (شكايته) وعقوبته (حبسه) كما قال الإمام أحمد رحمه الله^٣.

فلا يجوز تغريم المدين الموسر المماطل، لكن يجوز التزام المدين عند المماطلة بالتصدق، وهذا نص المعيار الشرعي رقم (٣) وفيه ما يلي: بند (ح) يجوز أن ينص في عقود المدائنة مثل المرابحة، على التزام المدين المماطل بالتصدق بمبلغ أو نسبة، بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر، بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة (بنك أو شركة).

وجاء في مستند الأحكام الشرعية رقم (٢): لا يجوز اشتراط التعويض على المدين إذا تأخر عن الأداء، ولا المطالبة القضائية في بدء المدائنة أم عند حلول أجلها، لأنه ربا، واشتراطه باطل، لقوله ﷺ: ((المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً))^٤.

ولا يطبق في تأخير الديون حكم الشرط الجزائي، لأن الزيادة في الديون ربا، بخلاف تطبيقه في غير الديون، مثل المقاولات وعقود الاستصناع، وبما أن القضاء فيه إلزام، فلا يجوز الإلزام به مباشرة، ولا يجوز الاستعانة عليه بالقضاء.

وإن جواز الاشتراط على المدين المماطل بالتزام بالتصدق بمبلغ زائد على الدين لتصرفه المؤسسة في وجوه البر، هو من قبيل الالتزام بالتبرع عند الملكية، وهو قول أبي عبد الله بن نافع، ومحمد بن إبراهيم بن دينار، من فقهاء المالكية.

^١ رواه أحمد ومسلم والترمذي وبقية أصحاب الكتب الستة إلا البخاري (الجماعة) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

^٢ رواه أصحاب السنن الخمسة (أحمد والأربعة) إلا الترمذي والبيهقي والحاكم، وابن حبان وصححه، عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ.

^٣ منتقى الأخبار ونيل الأوطار: ٢٤٠/٥ وما بعدها.

^٤ رواه أحمد وابن ماجه بإسناد حسن والحاكم والبيهقي..

٣- صيغ إشهار التفليس:

تتعدد صيغ أو عبارات شهر الإفلاس بحسب أحوال المدينين المفلسين، وتتفق كلها على ما يأتي:

تعلن المحكمة (بلد كذا) واختصاص كذا [المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية أو التجارية: في بلد كذا] وبتاريخ (كذا) شهر إفلاس المدين (فلان: اسمه وجنسيته وبلده ورقم بطاقته الشخصية) وتوضع أمواله المنقولة والعقارية تحت حجز (الجهة الفلانية) وتصفى ديونه من أثمان بيع موجوداته، وتقسم بين الدائنين قسمة غرماء، بإشراف وكيل التفليسة القاضي فلان (سنديك التفليسة) وتطبق على المفلس الأحكام المقررة شرعاً أو قانوناً.

٤- طرق الإشهار:

يعلن قرار شهر الإفلاس بطرق الإعلان المقررة في لوائح إعلانات المحاكم وفي الصحف اليومية، ويعمم الحكم على المؤسسات (البنوك والشركات) وجميع المواطنين في الدولة، ويسجل الإعلان في سجلات المحاكم وقراراتها القضائية، وفي صحيفة نقابة المحامين ونحوها.

ولا داعي كما تقدم في عصرنا للإشهاد على الحكم القضائي الذي قرره على سبيل الندب أو الاستحباب فقهاء الشافعية والحنابلة لانتشار الخبر، لأن الصحف الحديثة تحقق المقصود وزيادة.

ثانياً بيع الدين

عرض على مجمع الفقه الإسلامي الدولي - جدة، والمجمع الفقهي الإسلامي حكم بيع الدين مرتين، وكان قرار مجمع الفقه رقم ١٠١ (١١/٤) الذي صدر عنه في دورة انعقاده بالمنامة في مملكة البحرين سنة ١٤١٩هـ والذي يوافق سنة ١٩٩٨م مقتصراً على ما يلي:

أولاً: أنه لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه، لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو غير جنسه، لأنه من بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه شرعاً، ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئاً عن قرض أو بيع آجل.

أي إن هذا القرار يشتمل فقط على صورتين من بيع الدين المؤجل من غير المدين: الصورة الأولى: إذا كان بنقد معجل، والصورة الثانية بنقد مؤجل.

١- بقية صور بيع الدين:

هناك صور أخرى غير ذلك لا بد من معرفة حكمها وهي كما ذكر المالكية نوعان: بيع الدين بالدين، أي بمثله، وبيع الدين بالنقد^١:

والنوع الأول وهو بيع الدين بالدين: ثلاثة أقسام وهي: فسخ الدين في الدين، وبيع الدين بالدين، وابتداء الدين بالدين.

الأول - فسخ الدين في الدين: الفسخ بمعنى إسقاط الدين الذي استقر في ذمة المدين في مقابل شيء مؤخر قبضه عن وقت الفسخ، سواء حل الدين أم لا، إن كان المؤخر من غير جنس الدين، كما لو كان الدين عيناً (أي شيئاً معيناً) ففسخه في طعام (بُرّ) يتأخر قبضه، أو بالعكس، أو كان الدين دراهم ففسخها في دنانير يتأخر قبضها، أو من جنس الدين بأكثر منه. وفي مثال آخر: لو كان لشخص على آخر دين قدره عشرون ديناراً، فاتفقا على أن يتنازل الدائن عنها ليأخذ في نظيرها من المدين عشرة أراذب من القمح بعد شهر أو نحوه^٢.

وبعبارة أخرى: إن فسخ الدين بالدين: الصريح كأن تطالبه بدين عليه كعين مثلاً (شيء معين) فيعطيك في نظيره ثوباً، وبالعكس.

^١ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٦١/٣ - ٦٣، الشرح الصغير ٢١٤/٣.
^٢ أصول البيوع الممنوعة للشيخ عبد السمیع أحمد إمام (رسالة دكتوراه)، ط أولى: ص ١١٥. وسمي ذلك فسخ الدين بالدين، لأن ما في ذمة المدين من الدين الأول قد فسخ وزال بالتزامه ديناً آخر بدله، وقد قالوا بمنعه لأنه من بيع الكالئ بالكالئ الذي قد وقع النهي عنه، ووقع الإجماع عليه.

وهاتان الصورتان تقعان في مصر كثيراً - كما قال الدسوقي - للتحويل على التأخير بزيادة، فلا يجوز على ما هو المعتمد، لكن فقهاء المالكية أجازوا في هذه الصورة أن يكون الثمن مؤجلاً يوماً أو يومين إذا كان غير معين بذاته كخمس قناطر قطن مضمونة في الذمة، فإن كان الثمن معيناً كدار أو دابة معينة، جاز تأخير قبضه أكثر من ذلك، كما أجازوا استبدال الدين بمنافع شيء معين مثل كراء دار.

الثاني - بيع الدين ولو حالاً بدين لغير من هو عليه الدين: كمن له دين على زيد، ولآخر دين على عمرو، فيبيع كل منهما دينه بدين صاحبه، لأجل، وهو ممنوع لتضمنه قصد الزيادة. وهذا هو ما تضمنه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي السابق.

الثالث - ابتداء الدين بالدين: مثل تأخير قبض رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام، وكان رأس المال عيناً، فلا يجوز للنهي عن تأخير رأس مال السلم، ولأن كل عاقد أشغل ذمة صاحبه بدين له عليه.

أما لو كان رأس مال السلم غير عين (أي ديناً في الذمة) فيجوز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام، إن لم يكن بشرط. فإن كان بشرط فلا يجوز.

والنوع الثاني: وهو بيع الدين بالنقد (أي في الحال): يجوز في رأي المالكية لغير المدين بثمانية شروط هي كما في الشرح الكبير ٦٣/٣:

- ١- أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه، لا طعام معاوضة، للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه.
- ٢- أن يباع بثمن مقبوض، لئلا يكون ديناً بدين.
- ٣- أن يكون الثمن من غير جنس الدين، أو من جنسه مع التساوي حذراً من الوقوع في الربا. وليس ذهباً بفضة أو عكسه، لأنه رباً.
- ٤- ألا يكون الثمن ذهباً، حيث يكون الدين فضة، لئلا يؤدي إلى بيع النقد بالنقد من غير مناجزة.
- ٥- أن يكون المدين حاضراً في بلد العقد، ليعلم حاله من عسر أو يسر، ليمكن تقدير قيمة الدين، لأنها تختلف تبعاً لذلك.
- ٦- أن يكون المدين مقراً بالدين حتى لا يستطيع إنكاره بعد.
- ٧- أن يكون ممن تناله الأحكام ليكون الدين مقدور التسليم.
- ٨- ألا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة، لئلا يتوصل بذلك إلى ضرره والتسلط عليه^١.

^١ أصول البيوع الممنوعة في الشريعة الإسلامية وموقف القوانين منها: د. عبد السميع إمام: ص ١٠٩.

ويمكن اختصار هذه الشروط بشرطين هما :

الأول - ألا يؤدي البيع إلى محذور شرعاً كالربا والغرر (المخاطرة) ونحوهما ، وذلك بأن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه في رأي المالكية ، بأن يكون غير طعام ، وأن يباع بثمن مقبوض ، أي معجل ، لئلا يكون ديناً بدين ، وأن يكون الثمن من غير جنس الدين أو مع جنسه إذا تحقق التساوي بينهما حذراً من الوقوع في الربا ، وألا يكون الثمن ذهباً إذا كان فضة ، وبالعكس ، حتى لا يؤدي إلى بيع النقد بالنقد نسيئة من غير مناجزة ، فهذه هي الشروط الأربعة الأولى ، اختصرت في شرط واحد .

الثاني - أن يغلب على الظن الحصول على الدين : بأن يكون المدين حاضراً في بلد العقد ، ليعلم حاله من عسر أو يسر ، لتقدير قيمة الدين ، وأن يكون المدين مقراً بالدين ، حتى لا ينكره بعدئذ ، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه ، وأن يكون أهلاً للالتزام بالدين بأن لا يكون قاصراً ولا محجوراً عليه مثلاً ، ليكون الدين مقدور التسليم ، وألا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة حتى لا يتضرر المشتري ، أو حتى لا يكون في البيع إعنات للمدين ، بتمكين خصمه منه ، فهذه أربعة شروط أخرى .

والحاصل : أن بيع الدين يكون لأحد شخصين : إما للمدين أو لغير المدين .

أولاً - بيع الدين للمدين بالنقد :

وذلك كغرامة المتلف ، وبديل القرض ، وثمن المبيع ، والمهر بعد الدخول ، والأجرة بعد استيفاء المنفعة .

يرى جمهور العلماء ومنهم فقهاء المذاهب الأربعة^١ : أنه يجوز بيع الدين لمن عليه الدين ، أو هبته له ، أي بعوض أو بغير عوض ، كأن يبيع الدائن للمدين ديناً له في ذمته ، بدين آخر من غير جنسه ، فيسقط الدين المبيع ، ويجب عوضه .

وأدلّتهم ثلاثة هي :

١ - حديث ابن عمر قال : ((أتيت النبي ﷺ ، فقلت : إني أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير ، وأخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير ، فقال : لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا ، وبينكما شيء))^٢ .

^١ البدائع : ١٤٨/٥ ، ط الجمالية بمصر ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٦١/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٧١/٢ ، المغني ٤/١٢٠ ، ط الثالثة بدار المنار ، غاية المنتهى ٥٨/٢ .

^٢ رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) وقال النووي في المجموع ٢٩٨/٩ : حديث ابن عمر صحيح .

دلّ هذا الحديث على جواز بيع ما في الذمة من أحد النقيدين بالآخر مقبوضاً، إذا كان مشتريه هو المدين، لأن أخذ الدينير مكان الدراهم: هو بيع لأحدهما بالآخر، وقد أقره النبي ﷺ.

٢- إن المدين قابض لما في ذمته، فإذا دفع ثمنه للدائن، كان هذا بيع مقبوض بمقبوض، وهو جائز.

٣- المانع من صحة بيع الدين بالدين: هو العجز عن التسليم، ولا حاجة إلى التسليم ههنا، فما في ذمة المدين مقبوض له.

ثانياً - بيع الدين لغير المدين:

أجمع الفقهاء على تحريم بيع الدين بالدين إذا كان الدينان من الأموال الربوية المعروفة (البُر والشعير والذهب والفضة والتمر والملح ونحوها) لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغائب منها بالناجز^١، وحرّم بيع بعضها ببعض إلا بالتقابض (يداً بيد) والحلول (في الوقت الحاضر دون تأجيل) فهذا بيع الغائب بالناجز أو بالغائب وهو بيع الدين بالدين الذي أجمع على منعه العلماء.

وغير ذلك يرى أكثر الفقهاء^٢ منع أو حظر بيع الدين لغير المدين أو تمليك الدين، سواء أكان بعوض أم بغير عوض، ومنهم الحنفية والشافعية في الأظهر (القول المعتمد في المذهب من قولي الإمام الشافعي) وإسحاق بن راهويه وسفيان الثوري والظاهرية.

وصورته: أن يقوم البائع الذي أجل الثمن عن المشتري - وهو بصفته هنا دائن - ببيع الدين المستحق عن المشتري، أو يقوم الذي سلّم الثمن ولم يتسلم المبيع - وهو هنا الدائن - بالتصرف في دينه لآخر.

وأدلتهم على المنع بإيجاز النهي الوارد في السنة النبوية عن بيع الغائب بالناجز، كما تقدم، وعن بيع الكالئ بالكالئ (الدين بالدين)^٣، وعن بيع الغرر (الشيء المحتمل) وعن بيع الدين (القائم في الذمة) بالعين (أي المال الحاضر)، وبيع الكالئ بالكالئ هو كجدولة الديون اليوم، من غير تقابض، وهو ربا جاهلية.

وبما أنه لا يجوز بيع معجوز التسليم، فلا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين، لأن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه في حق البائع، بسبب أن الدين عبارة عن مال

^١ في حديث متفق عليه بين أحمد والبخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، مطلعته: ((لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل)) ثم قال في آخره: ((ولا تبيعوا منها غائباً بناجزاً)) وما بعدها.

^٢ الفتاوى الهندية ٤/٣٦٥، تبين الحقائق ٤/٨٣، المجموع للندوي: ٩/٣٩٧ وما بعدها، غاية المنتهى ٢/٨٠ وما بعدها.

^٣ قال ابن الأثير في النهاية: هو أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل، فإذا حل الأجل، لم يجد ما يقضي به، فيقول: بعينه إلى أجل آخر بزيادة شيء، فيبيعه ولا يجري بينهما تقابض.

حكمي في الذمة، أو عبارة عن تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم من البائع. ولو شرط التسليم على المدين لا يصح البيع أيضاً، لأن البائع شرط التسليم على غيره، فيكون شرطاً فاسداً، فيفسد البيع.

واستثنى الحنفية من قاعدة ((منع بيع الدين لغير المدين)) ثلاث حالات:

الأولى: الوكالة بقبض الدين، فإذا وكل الدائن من مملكه الدين في قبض الدين من مدينه، فيصح ذلك، ويصبح الوكيل بمجرد القبض قابضاً لنفسه، ومملاكاً الدين.

الثانية: حوالة الدين، إذا أحال الدائن من مملكه الدين على مدينه، فيصح ذلك، ويصير المحال بقبضه الدين مالكاً له.

الثالثة: الوصية، تصح الوصية بالدين لغير المدين، لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت، فينتقل ملك الدين للموصى له، كانتقال الإرث.

وهذه الاستثناءات مقبولة، لأن الشريعة أقرت هذه العقود الثلاثة، فلا إشكال في مشروعيتها.

وقال بعض الشافعية (وهم الشيرازي، والسبكي، وزكريا الأنصاري، ووالد الرملي وابن الصباغ، والخطيب الشربيني، والنووي في الروضة): يجوز بيع سائر الديون - عدا دين السلم - لغير من عليه الدين. وقالوا: هذا هو المذهب الجديد للشافعي، لاعتباره كالحوالة.

ثم صحح الرافعي في الشرح الصغير والمحزر عدم الجواز، وتبعه النووي في المنهاج والمجموع، وقال في المنهاج: وبيع الدين (أي غير المسلم فيه) بعين، لغير من هو عليه الدين باطل في الأظهر، كمن كان له على رجل مائة درهم، فاشترى من آخر عبداً بتلك، لأنه لا يقدر على تسليمه.

وهذا هو المعتمد في المذهب الشافعي، لأن الحجة بين المفتين فيما هو آخر كلام النووي، سواء في المنهاج أو المجموع. وقد تورط بعض علماء ماليزيا بالرأي السابق لهذا لدى بعض الشافعية، وهو خطأ، فأجازوا بيع الدين لغير المدين.

وصرح الحنابلة: بأنه لا يصح بيع الدين لغير المدين، ولا هبة الدين لغير من هو في ذمته، لأن الهبة تقتضي وجود معين، وهو منتفٍ هنا¹.

¹ أخذ ابن القيم في كتابه ((أعلام الموقعين)) ١/٣٨٨ وما بعدها بقول الجواز في بيع الدين لغير المدين، قائلاً بأن حديث ((النهي عن بيع الكالئ بالكالئ)) ضعيف، وليس هناك إجماع في هذه الصورة، لأن الأمر في ذلك مجرد حوالة، والحوالة تقتضي نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وفي ذلك معاوضة المدين الدين للدائن عن دينه بدين آخر في ذمة ثالث، وإذا جازت معاوضة الدين بالدين في ذمة غير المتعاقدين، فأولى بالجواز ما لو كان الدين في ذمة أحدهما. والرد عليه: أن الحوالة شرعها الشارع فيقتصر على ما شرع، ولا يقاس عليها بيع الدين لغير المدين، فهي مشروعة استثناء، والحديث معمول به اتفاقاً.

والخلاصة: أن بيع الدين للمدين جائز عملاً بالمذاهب الأربعة، وبيع الدين لغير المدين بصوره المختلفة غير جائز، وهو الرأي المعتمد لدى أكثر الفقهاء، وهو المتفق مع النهي عن ذلك في السنة النبوية.

أما القوانين الوضعية: فتجيز بيع الدين للمدين وغيره، لأن هذه القوانين تبيح الفوائد الربوية، سواء أكانت مصرحاً بها، أم متوافرة بمعناها في البيع وغيره، لأن العقد المتضمن وجود الربا مشروع في نظر القانونيين إلا إذا وصل حداً معيناً، وكذلك الشأن في جواز بيع الدين إلى المدين وغيره^١.

٢- البدائل المشروعة لبيع الدين:

هناك بدائل كثيرة مشروعة تحل محل بيع الدين دون تورط بالربا أو مصادمة الأحاديث، وهي كثيرة وأهمها:

- الصلح بأنواعه، سواء أكان صلحاً عن إقرار أم عن إنكار، وسواء أكان مع المدعي أم غير المدعي، والشرع يجيز الصلح، لأنه قائم على التراضي، وفيه تجاوز عن بعض الحق.
- بيع التقسيط: مشروع لدى أكثر الآراء في المذاهب المختلفة، ولو كان هذا البيع بأقساطه أكثر من السعر النقدي.
- بيع المرابحة: البيع بمثل الثمن الأول، أو رأس المال، وإضافة ربح مقطوع أو بالنسبة المتوية على الثمن الأصلي.
- الحوالة: وهي في المعنى تشبه بيع الدين بالدين، لكنها في الواقع غيره عملاً بالأحاديث المجيزة لها، ومنها: ((مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع))^٢، أي فليحتل وجوازها لتسهيل الوفاء بالحقوق أو الديون من غير مراباة، فهي مقررة بنص الشرع، على سبيل الاستثناء.

^١ أصول البيوع الممنوعة، المرجع السابق: ١١٨.

^٢ رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

ثالثاً

الوسائل التي تحمي المؤسسات المالية من إفسار المدينين أو التخفيف منه

العلاقة بين المؤسسات المالية الإسلامية من بنوك وشركات وبين بعض العملاء أو الزبائن علاقة صعبة في وقتنا الحاضر، بسبب فساد الذمم واستباحة أموال هذه المؤسسات، وكأن العملاء يظنون أن هذه الأموال رصيد صناديق إعانات أو صدقات، وربما يؤدي هذا الظن إلى إفلاس هذه المؤسسات وضياع الأموال على المساهمين المنشئين للمؤسسة والمودعين المستثمرين، مما يوجب الحذر الشديد من التعامل مع الناس في عصرنا، وحينئذ يجب أمران:

١- التدقيق في دراسات الجدوى للمشروعات التي تقدمها الشركات والمؤسسات المقترضة:

وهذا أساس مهم للثقة بالعميل، مما يلزم التأكد من ملاءته وسمعته في الوسط الصناعي أو التجاري أو الاستثماري، والثقة مفتاح الموافقة على الإقراض من طريق ما يعرف بالمرايحة للأمر بالشراء حيث تشتري المؤسسة السلعة وتتملكها وتقبضها ثم تبيعها للعميل بسعر يشتمل على الربح المقطوع أو بالنسبة المئوية المترددة بين ٥ - ٧٪، أو البيع بالتقسيط.

وهذا هو مفتاح الطمأنينة والسلامة والثقة بأن التعامل مشروع في الإسلام، وليس فيه ربا (فوائد مصرفية) ولا شبهة الربا.

والتدقيق يتطلب الدراسة المتأنية الميدانية للمشروع واحتمالات الربح والخسارة أو التعثر، لتوفير الثقة الكافية بمن يأخذ الأموال نقداً، ويوفيهها تباهاً أو تقسيطاً.

لذا يخصص أناس خبراء حاذقون يعرفون أحوال الناس في المجتمع، تختارهم لدراسة المشروع بدقة، مع السؤال عن سمعة العميل وسلوكه، وتعامله مع مؤسسات أخرى، ولا بد من عرض الأمر في النهاية على مدير المؤسسات وخبرائها الاقتصاديين والقانونيين.

٢- الحصول على الضمانات الكافية للتمويل أو عند الإقراض:

الذي يلاحظ مبدئياً أن المؤسسة المالية الإسلامية لا تقدم قروضاً، وإنما تقدم تمويلاً بشروط:

أولها: تقديم مال من العميل بنسبة الثلث أو الربع من قيمة التمويل.

ثانيها: لا بد من ضمانات مالية يقدمها العميل، وهي وسائل التوثيق الشرعي، وهي الشهادة، والتوثيق الرسمي من الكاتب العدل، والرهن، والكفالة، والحجر (أو الحجز) والحوالة، والاحتباس (حبس الوثائق) حتى يؤدي المال المقدم من المؤسسة. وهذه كلها تأمينات تقررها أيضاً القوانين الوضعية.

والمؤسسة الإسلامية تلجأ اليوم إلى الاحتفاظ بوثيقة الرهن الرسمي (وهي سند السجل العقاري، أو ما يسمى بالطابو في سورية) مع وضع إشارة الرهن على صحيفة العقار، ولا ترفع هذه الإشارة إلا بعد أداء الحق كاملاً. أو أنها تلجأ لوضع إشارة الحجز على مرتب الموظف، لاقتطاع نسبة معينة من مرتبه الشهري.

ثالثها: الادعاء أمام القضاء ضد المهملين والمقصرين في الأداء أو القيام بالنصب والاحتيال، وهناك دعاوى متفاوتة العدد في المؤسسات المالية من هذا القبيل، بحسب التشدد أو التساهل بين إدارة المصرف والعميل، لإصدار حكم على العميل وتطبيق الجزاء عليه، لذا يوجد محام متخصص في كل مؤسسة، لحماية مصالحها.

رابعها: الإعلان في الصحف اليومية عن العميل المقصر أو المهمل أو المخادع، لتشويه سمعته، وذلك يدخل فيما يعرف فقهاً بالتعزير.

خامسها: التزام العميل أو المدين الموسر المماطل بالتبرع بمبلغ مالي يصرف في وجوه الخير، كما تقدم. هذا وينبغي التشدد في الموافقة على التمويل، أو الإقراض مجازاً، عملاً بقول عمر رضي الله عنه: ((إياكم والدَّيْن)). والحمد لله رب العالمين.

مشروع القرار في الإفلاس وبيع الدين

أولاً : الحجر على المدين المفلس بشهر إفلاسه

من مقاصد الإسلام الكبرى في الحياة الاقتصادية: اجتناب الربا بمختلف أنواعه، وحفظ حقوق الدائنين، وإقامة العدل والمساواة بينهم في التعامل، ومنع الضرر بالمتعاملين، وإشاعة معاني الإرفاق والتعاون والإحسان، لكون الإسلام دين الرحمة العامة بالعالمين.

ومن أجل هذا شرع إفلاس المدين المتوقف عن وفاء ديونه بسبب عُسْره، وعجزه عن وفاء حقوق الدائنين، وهو الحجر على المفلس بشرائط معينة، ومنع بيع الدين لغير المدين ونحو ذلك.

- وشهر الإفلاس يتطلب صدور حكم قضائي على المفلس، ويترتب على ذلك تعلق حقوق الدائنين والغرماء بعين مال المدين، ومنعه من التصرف في أمواله مما يضر الدائنين، حماية لمصلحتهم، وسقوط آجال الديون المؤجلة فقهاً وقانوناً، وإمكان الحكم بحبس المفلس إذا لم يكن معسراً، وطالب الدائنون بذلك.

ومن آثار شهر الإفلاس: استحقاق بيع أموال المدين وقسمة ثمنه بين الدائنين قسمة غرماء، على أن يترك للمدين وأهله مسكنه وحوادثه الضرورية، وما يمكنه العمل به.

وللدائن الذي وجد عين ماله في أموال المفلس أخذه، بشرائط محددة فقهاً.

- ولا مانع من الأخذ ببعض الأنظمة الإدارية الحديثة في تنظيم التفليسة، وتعيين وكيل عن المفلس والدائنين وفاء بمقتضيات المصلحة. وتكون طريقة شهر الإفلاس بوسائل الإعلان المعروفة كالصحف وغيرها، وتستحسن المبادرة بعدئذ لبيع مال المفلس، لئلا يطول زمن الحجر عليه، ووفاءً لحقوق الدائنين.

- والتصرفات الممنوعة على المفلس: هي التصرفات الضارة بالدائنين كالتبرعات، وكذا التصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والإجازات.

وينفك الحجر عن المفلس من دون حاجة لحكم قضائي، لعدم الحاجة، وتحقيق المقصود من قسمة ماله بين الغرماء.

- ويشهر إفلاس المدين الموسر المماطل، لتمكين الدائنين من تحصيل حقوقهم، ولا يحجر على المدين المعسر، لعدم الجدوى.

- ولا يجوز شرعاً تغريم المدين الموسر بسبب مماطلته، لأن التعويض عن التأخر رباً، وإنما يجوز التزام المدين المماطل بالتصدق بمبلغ مالي، يصرف في وجوه الخير. ولا يطبق عليه حكم الشرط الجزائي بالتغريم، لقصر ذلك شرعاً على غير الديون كالمقاومات وعقود الاستصناع.

- وصيغ شهر الإفلاس معروفة في ميدان القضاء، لتحقيق الغاية المنشودة، وشهر الإفلاس بطرق الإعلان في الصحف اليومية ونحوها.

ثانياً - بيع الدين:

- يؤكد المجمع قراره السابق رقم ١٠١ (١١/٤) بمنع بيع الدين المؤجل لغير المدين، بنقد مؤجل أو معجل. ويضاف إليه عدم جواز بيع الدين لغير المدين بصورة الثلاث (فسخ الدين بالدين أي إسقاطه، وبيع الدين لغير المدين، وابتداء الدين بالدين، كتأخير قبض رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام، وكان رأس المال عيناً) فإن كان ديناً في الذمة، جاز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام إن لم يكن بشرط، فإن كان بشرط لم يجز.

وأجاز المالكية بيع الدين لغير المدين بالنقد بشرطين:

١- ألا يؤدي إلى محذور شرعي، كالربا.

٢- وأن يغلب على الظن الحصول على الدين.

ويجوز بيع الدين للمدين بالنقد (أي المقبوض) لكونه بيع شيء مقبوض بمقبوض.

- ويحرم اتفاقاً بيع الدين بالدين لغير المدين مطلقاً إذا كان الدينان من الأموال الربوية، كما يحرم لدى الأكثرين بيع الدين لغير المدين أو تمليكه بعوض أو بغير عوض كبيع الدائن الدين المستحق على المشتري (الثمن) لآخر، لكونه بيع الغائب بالناجز المنهي عنه شرعاً، وكذا بيع الكالئ بالكالئ، أي بيع الدين بالدين، كجدولة الديون من غير تقابض، وبيع الدين بالعين الحاضرة، وبيع الفرر (الشيء الاحتمالي) إلا في ثلاث حالات هي: الوكالة بقبض الدين، وحوالة الدين، والوصية.

- والبدائل المشروعة لبيع الدين كثيرة، منها الصلح، وبيع التقسيط، وبيع المرابحة، والحوالة.

- ووسائل حماية المؤسسات المالية من إفسار المدين: ضرورة التدقيق بدراسة جدوى المشروعات الممولة، والاعتماد على ضمانات كافية للتمويل، ومنها: مطالبة العميل بدفع ثلث قيمة الشيء الممول سلفاً، ووسائل التوثيق المشروعة، وفي القمة: الرهن العقاري، ورهن مرتب العميل الموظف، والادعاء القضائي أمام المحاكم، والتشهير بالمدين المماطل في الصحف، والتزام المدين المماطل بالتبرع بمال يصرف في وجوه الخير.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإعسار والإفلاس

إعداد

الدكتور عبد الستار أبو غدة

رئيس الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة دلة البركة المصرفية

عضو المجمع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه

تمهيد

إن الإفلاس والإعسار والإفلاس من المواضيع التي عني بها الفقهاء ونظمتها القوانين التجارية أيضاً، وهناك إجراءات وقواعد عملية للإفلاس وما يتعلق بالتقليسة والجهة القائمة بالحكم بالإفلاس أو القيام بإجراءاته.

وهناك ملحوظة جديرة بالإشارة وأخذها بالاعتبار عند دراسة الموضوع، وهي أن المذاهب الفقهية متفاوتة في تعرضها لأحكام الإفلاس، فقد جاءت موجزة جداً في المذهب الحنفي بسبب منع أبي حنيفة الحجر على المفلس وقد خالفه صاحبه أبو يوسف ومحمد واقتضى ذلك التفريع على قولهما بالنزول اليسير.. في حين توسع المذهب المالكي في بيان أحكام الإفلاس، وما سبقه من أحوال المدين (إحاطة الديون عليه - الإحاطة مع رفع الدائنين الأمر للقضاء لتقليسه) وهذا التوزيع للمراحل يمكن من مواكبة ما جاءت - أو تجيء به - النظم في هذا المجال.

وأما المذهب الشافعي والحنبلي فقد توافقا في معظم الأحكام دون التوسع الذي اختص به المالكية ولوحظ الاهتمام البالغ بمسألة رجوع الدائن بعين المبيع لدى المفلس (حق الاسترداد) بحيث شغلت هذه المسألة ما يقارب نصف الحجم في موضوع الإفلاس، وهذا الحق أخذت به القوانين، وأصله مقرر في حديث معروف رغم تأول الحنفية له.

وهذا التمهيد المعجل جيء به سنداً لما يلحظ من تفاوت في الاستمداد من المذاهب والاستيعاب في المذهب المالكي مما يتصور في المؤسسات المالية أولاً وعملائها ثانياً حيث تحتاج لتحصيل مديونياتها ممن أفلس منهم .

والله الموفق، ، ، ،

نبذة عن الإفلاس قانوناً

(١) (الإفلاس) أهم موضوعات الحقوق التجارية التي تدرس في كليات الحقوق، وهو أيضاً محل اهتمام من الفقهاء حيث عقدوا له باباً خاصاً به .

أما الإعسار فيتكلمون عنه في نفقة الزوجة ، وإنظار المدين المعسر إلى ميسرة . (وقد درسته في كلية الحقوق بدمشق) ومن خلال أحد أساطين الحقوق الدكتور رزق الله أنطاكي، كتابه ٩٠٠ صفحة استغرق الإفلاس والصلح الوافي^(١) ٢٨٠ صفحة. ومع أنه ليس من شأن المعايير الشرعية اعتبار النظر القانونية لكن يستفاد من تشقيق الموضوع وجوانبه العملية، وما اختارت القوانين في المسائل الخلافية الفقهية تبعاً للمذاهب بحيث يكون ذلك من دواعي الترجيح لأن قضايا الإفلاس هي من صلاحيات القضاء. حتى إن هناك ما يسمى (قاضي التفليسة) بالإضافة لمدير التفليسة وأطراف أخرى ذات علاقة بالموضوع

(٢) هناك مراحل سابقة للإفلاس ولاحقة له ، وهو ما له نظير في الفقه المالكي.

(٣) الإفلاس يختلف عن الإعسار في المفهوم وهو غير المفهوم الفقهي أيضاً فالإفلاس: التوقف عن الدفع حتى لو كانت الموجودات أكثر من الديون وفي الفقه: الإفلاس هو الاستغراق بالدين أو إحاطة الديون بمال المدين وقد أوردوا المماثلة في شروط الحكم بالإفلاس وليست هي ماهية الإفلاس.

(٤) بالرغم من أن قسماً كبيراً من التنظيم القانوني للإفلاس هو إجراءات وجوانب إدارية لكن هناك مبادئ ذات أهمية في مراحل الإفلاس قبل وبعد فمثلاً هناك:

- (الصلح القضائي)، واجب البدء به حتى لو لم يتم – وذلك قبل تفليس المدين، لمنح أجل، أو الإبراء من جزء من الدين. أو لتخلي المدين عن أمواله لبيعها وسداد الديون.
- (اتحاد الدائنين)، وله صلاحية بيع الموجودات. والتوزيع بالمحاصة تحت إشراف الجهة المعنية، وهذا إذا رفض الصلح أو لم يتم، وهذه المرحلة تشبه التفليس الأعم لدى المالكية بقيام المدينين على المدين. وكل ذلك قبل إشهار الإفلاس.
- (الصلح الوافي من الإفلاس) وذلك عند اضطراب حال المدين. ويتم بطلبه أو طلب ورثته وهو لنفس أغراض الصلح القضائي لكنه جوازي.

(١) استغرق الإفلاس والصلح الوافي في قانون التجارة الكويتي المستمد من المصري وغيره ٢٤٥ مادة من أصل ٨٠٠ وللأسف لم يشمل تطوير القوانين شرعياً وإلا كان مرجعاً.

تعريف الإعسار وأهم أحكامه

الإعسار لغة : الضيق والشدة والصعوبة، وفي الاصطلاح الفقهي : عدم القدرة على النفقة، أو أداء ما عليه بمال ولا كسب وقيل : هو زيادة خرج الإنسان (مصروفاته) عند دخله^(١) ،

ويختلف^(٢) من الإفلاس بأن الإفلاس لا ينقل عن دين، أما الإعسار فقد يكون عن دين، أو عن قلة ذات اليد .

وللإعسار آثار في مجال العبادات لا داعي لبيانها هنا أما في حقوق العباد فله أمثلة عديدة منها :

- الإعسار بأجرة الأجير أو العين المؤجرة، حيث تفسخ الإجارة .
- إعسار المحال عليه فيجوز أن تشتط المحال الرجوع بإفلاس المحال عليه .
- الإعسار في النفقة على الأقارب .
- إعسار الكفيل .

ويكاد اهتمام الفقهاء ينصبّ على الإفلاس أما الإعسار الأصل فيه الإنظار ن أو استحقاق الفسخ.

(١) الموسوعة الفقهية ٢٤٦/٥ ومن مراجعها (لسان العرب ، والصحاح، وفتح القدير ٤٤٦/٦ وشرح الزرقاني لمختصر خليل ٥٧/٣ وشرح المحلي للمنهاج وحاشيتي القليوبي ٧٠/٤ والمغني لابن قدامة ١٥٠/٤) ومعجم المصطلحات الاقتصادية ٦٩ و٧٢ ومعجم لغة الفقهاء ٧٧ و ٨١ ومن تعريف الإعسار قانوناً عجز المدين غير التاجر عن الوفاء بديونه (معجم مصطلحات الشريعة القانون ٥١ .

(٢) المرجع السابق .

تعريف الإفلاس وتمييزه عن غيره وحكمه الشرعي

تعريف الإفلاس

الإفلاس - والفلس - لغة: عدم المال أو إذا صار مال الشخص فلوساً، بعد أن كان له دنانير (ذهب) ودراهم (فضة) لأنه بذلك كمن لامال له^(١).

والتفليس: حكم القاضي على المدين المحاط بالديون بأنه مفلس والغالب استعمال الإفلاس لأنه أثر التفليس وعرف المالكية الإفلاس: بأنه إحاطة الدين على المدين. وعرفه الحنابلة بأن يلزم الشخص ديون أكثر من ماله الموجود، أو من غلب دينه ماله. وعرفه الحنفية والشافعية بأن يجعل القاضي المدين مفلساً بمنعه من التصرف في ماله^(٢).

والتفليس حكم القاضي على المدين المحاط بدينه بأنه مفلس لكن الغالب استعمال الإفلاس مع أنه أثر له.

وفصل المالكية التفليس بأن له معنى أعم وهو أن يقوم الغرماء على المدين قبل الحجر عليه، ومعنى أخص وهو بعد الحجر عليه. ولم يستخدم غيرهم التفرقة بهذا الاصطلاح لكنه متوافق مع ما عليه النظم التجارية بالتفريق بين مطالبة الدائنين المدين بقسمة أمواله بينهم بالتراضي، ويسمى (الصلح الواقي من الإفلاس) وبين طلبهم الحكم بإفلاس المدين وبيع أمواله وقسمتها بينهم^(٣).

تمييز الإفلاس عن المصطلحات الأخرى

يختلف الإفلاس عن الإعسار الذي هو عدم القدرة على النفقة بمال ولا كسب، فكل مفلس معسر ولا عكس. كما يختلف عن (الحجر) الذي هو منع نفاذ التصرفات، وهو أثر التفليس، ويستعمل الحجر في غيره مثل منع التصرف في المال بالنسبة للصبي أو السفية أو المجنون ومن في حكمهم.

الحكم التكليفي للإفلاس (والتفليس)

- الإفلاس وصف للشخص المحاط (المستغرق) بالدين المحجور عليه بمنعه من التصرفات وهي حاله تحدث بالاستدانة أكثر من ماله، ولا يوصف بحل ولا حرمة، وإنما يحكم على أسباب الإفلاس. أما التفليس فهو الحجر على المدين بمنعه من

(١) القاموس المحيط، والمصباح المنير، مادة (فلس) والمغني لابن قدامة ٤٠٨/٤

(٢) ابن عابدين ٩٦/٥ والشرح الصغير للدودير ٣/٣٤٥.

(٣) الشرح الصغير للدودير ٣/٣٤٥ - ٣٤٦ وقد جعل لمن أحاط الدين عليه ثلاثة أحوال: (الفلس أو الافتلاس): إحاطة الدين بماله. التفليس الأعم قيام الدائنين دون طلب اللجوء للتفليس (التفليس الأخص) طلب خلع (نزع) على المدين.

التصرف وهو شرعاً واجب على الحاكم (القاضي أو الجهة المختصة) بطلب الغرماء (الدائنين) وذلك بشروط ستأتي.

• ويحرم ديانةً على المدين المستغرق بالدين كل تصرف يضر بالدائنين، كما يحرم على الآخرين التعامل معه بما يضر بدائنيه إذا علموا بحاله.

وهذا الوجوب هو مذهب الجمهور (المالكية والشافعية و الحنابلة وأبي يوسف ومحمد صاحبى أبي حنيفة) وهو المفتى به عند الحنفية.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يحجر على المدين أصلاً وإنما يحبس - بطلب الدائنين - حتى يبيع ما عنده ويوفي الدين. واستدل بحديث حبان بن منقذ حين طلب أولياءه الحجر عليه لكونه يغبن في البيوعات. فلم يحجر عليه النبي(صلى الله عليه وسلم) ولأنه مخاطب فلا يحجر عليه للسفه المالي ولأنه لامعنى للحجر عليه. لأنه لا يندفع الضرر لكونه يقدر على إتلاف ماله بأن يتزوج ويطلق قبل الدخول في كل يوم ويغرم نصف الصداق ولأن الحجر إهدار لآدميته وإلحاق له بالبهايم وضرر ذلك أعظم من ضرر عدم الحجر فلا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى. ثم فصل فقهاء الحنفية ما يتعلق بحبس المدين وبيع القاضي ماله وكيفية ذلك بما يعرف في مراجعه دون بيانه بسبب الترجيح لمذهب الجمهور.

واستدل الجمهور من السنة بحجره صلى الله عليه وسلم على معاذ رضي الله عنه وبيع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه، وأثر حجر عمر رضي الله عنه على أسيفع^(١). واستدلوا من المعقول بالحاجة لقضاء دينه ورفع الضرر عن الدائنين لانه ربما ألجأ ماله (سجله صورياً بغيره) فيفوت حقهم.

(١) بداية المجتهد ٢٨٤/٢ وشرح المنتهى ٢٧٧/٢ وكشاف القناع ٤٢٢/٣ والدسوقي ٢٦٣/٣ والقلوبي ٢٨٢/٢ والاختيار للموصلي ٢٦٩/١.

الفترتان (المرحلتان) السابقتان للتفليس، عند المالكية

اختص المالكية بالكلام عن حالتين أو مرحلتين قبل الحكم بالإفلاس (التفليس) على المدين المحاط بديونه، وهما :

المرحلة الأولى

- إحاطة الدين بالمدين قبل قيام الدائنين عليه (الفس) كما عبّر المالكية وفي هذه المرحلة يتمتع على المدين شرعاً فيما بينه وبين الله تعالى - دون الحاجة للقضاء:
- جميع التصرفات بغير عوض (التبرعات) باستثناء ما يلزمه بحكم الشرع أو بالعرف كالصدقة والهبة اليسيرتين. وفي هذا قال ابن رشد (الحفيد)^(١): له أن يفعل ما يلزم بالشرع وإن لم يكن بعوض "وقال البهوتي: "يحرم على المدين التصرف في ماله بما يضر غريمه".
 - المحاباة في البيع أو الشراء، بأقل - أو أكثر - من ثمن المثل وليس منعه منهما بغير محاباة - لأن المحاباة بمثابة التبرع بالفرق.
 - الإقراض، لأنه في حكم التبرع بالنسبة لمنفعة المال.

المرحلة الثانية

- بالإضافة لإحاطة الدين بماله قيام الدائنين عليه (التفليس الأعم) كما عبر المالكية. وهي قبل أن يطلبوا من القاضي تفليسه، ويمتدح عليه بالإضافة لما سبق أعلاه:
- البيع والشراء والأخذ والعطاء، أي جميع التصرفات ولو بعوض.
- إعطاء بعض ما بيده لبعض الدائنين.
- تعجيل أداء دين لم يحل أجله.
- الإقرار لمن يتهم عليه، من ولد ونحوه وزوجة ويميل إليها وصديق ملاطف^(٢).
- ويرد إقراره بذلك، بخلاف غير المتهم عليه فإنه جائز، وأطلق الحنابلة جواز الإقرار قبل الحكم بإفلاسه فهو كسائر تصرفاته فلا يمنع منها^(٣).
- السفر لتجارة أو غيرها إذا كان عليه ديون حالة محيطة بماله أو ديون مؤجلة تحل في غيبته، إذا لم يوكل بقضائه، وكان يوسر بما يريد المتاجرة به^(٤). وقيد الحنابلة المنع من السفر بما إذا لم يكن بدينه رهن وافٍ أو كفيل مليء، سواء

(١) بداية المجتهد ٢/٢٨٥ والشرح الصغير ٣/٣٤٦ - ٣٤٩.

(٢) ذكر الصاوي في حاشيته ٢/٢٨٥ على الشرح الصغير أن المدين في هاتين الحالتين قد يسمى (مفلساً) باعتبار التهيؤ والصلاحيّة، لا بالفعل (٣/٣٤٦).

(٣) الشرح الصغير ٣/٣٤٧ وشرح المنتهى ٢/١٧٨ وكشاف القناع ٣/٢٢٣.

(٤) الشرح الصغير ٣/٢٩٨ وحاشية الصاوي عليه.

كان الدين حالاً أو مؤجلاً، وجعلوا المنع شاملاً للمدين وضامنه وأوجبوا أن يعين قبل السفر كفيلاً بالنفس يتعهد بإحضار المدين عند الحاجة^(١).

- إعطاء كل ما بيده من المال لبعض الغرماء دون بعض، أي بدون قسمة غرماء فلو فعل ذلك كان للبعض الآخر رد الجميع. أو إعطاء دين مؤجل قبل حلول الأجل، وكذا بعده إن كان الباقي لا يصلح للمعاملة^(٢).

ما لا يمنع منه

- لا يمنع من تمكين الدائنين كلهم من ماله لقسمة ما بيده بين الدائنين قسمة غرماء تفادياً لتفليسه ثم إذا دأب غيرهم لا يدخل الأولون مع الآخرين إلا إذا تجدد له مال بلا أصل معاملة، مثل الإرث فيدخلون^(٣).
- لا يمنع من تقديم رهن في دين استحدثه من بيع أو قرض، وهو صحيح (ليس في مرض الموت) وجواز ذلك مطلق خلافاً لما أورده الزرقاني من ستة شروط لذلك استغربها البناني ولم يعرج عليها الدردير والصاوي^(٤).

(١) شرح المنتهى ٢٩٨/٢٠ وكشاف القناع ٤٥٧/٣ و ٤١٨.

(٢) الشرح الصغير ٣٤٧/٣.

(٣) الشرح الصغير ٣٦٢/٣.

(٤) الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٣٤٨/٣.

الحكم بالإفلاس

لا يحكم بالإفلاس إلا القاضي، لأنه يحتاج إلى نظير واجتهاد. كما أنه لا حجر إلا إذا ثبت الدين لدى القاضي بطريق من طرق الإثبات وقد أورد المالكية أربع شرائط للحجر على المدين (تفليسه) وهي بالإجمال قبل تفصيلها:

- (١) طلب الدائن تفليس المدين.
- (٢) كون الديون المطلوب تفليسه لأجلها حالة ثابتة.
- (٣) أن تزيد الديون الحالة على ماله الذي بيده التي حلّ أجلها^(١).
- (٤) أن يماطل في دفع الديون وقد أوردت الموسوعة الفقهية خمس شرائط، هي الثلاث المذكورة أعلاه، والشريطة الرابعة: أن يكون الدين الذي يحجر به دين الأديين (وهي تتعلق بالشريطة الأولى) والخامسة أن يكون الدين لازماً، وهي تتعلق بالشريطة الثانية.

هذا وقد صرح الزيدية بأنه يندب للحاكم الإشهاد على الحجر وأن يأمر منادياً في البلد بأن فلانا قد حجر عليه، لئلا يغتر به الناس، وليمضيه الحاكم الذي يخلفه دون الحاجة لتجديد الحجر^(٢).

طلب الدائنين (الغرماء) الحجر على المفلس

يحق للغرماء (الدائنين) طلب الحجر على المفلس إذا كان ما معه أقل من الديون التي عليه، أما لو كان أكثر فليس لهم ذلك إلا أن يتبرع قبيل الحجر عليه بما ينقص ماله عن الدين.

ويكتفى بطلب بعض الدائنين من ذوي الديون الحالة، ولو أبى البعض الآخر ولهم إن حجر عليه المحاصة ولا يحجر على المدين بطلب أصحاب الديون المؤجلة. وإن كانت بالحجر فيما بعد تحلّ عند المالكية ويشتركون في قسمة الغرماء أما عند غيرهم فلا تحل بالحجر الديون المؤجلة.

وذهب المالكية والحنابلة والزيدية وهو مقابل الأصح للشافعية إلى أنه لا يحق للمدين نفسه طلب الحجر على تصرفاته، وذهب الشافعية في الأصح إلى صحة الحجر بطلب المفلس نفسه أو وكيله، لأن له غرضاً صحيحاً بصرف ماله إلى ديونه.

واستدل المانعون بأن الأصل عدم الحجر وجاز للضرورة، والمدين متمكن من الوفاء بدون الحجر عليه.

(١) الشرح الصغير ٣/٣٥٠ - ٣٥١.

(٢) البحر الزخار ٩٠/٥، ونحوه للإباضية (شرح النيل، لأطفيش ١٣/٦١٥).

واشترط الشافعية فيما اذا طلب الحجر بعض الدائنين أن يكون دين طالبيه وحده أكثر من مال المدين، وفي قول لا يشترط^(١).

وذهب الإباضية إلى أن التفليس يثبت بالأمناء من الشهود، لا بقول الغرماء^(٢).

كون الديون المحجور بسببها حالة ثابتة

سواء كانت حالة بأصلها، أو حلت بانتهاء أجلها. لأن المدين لا يطالب بالديون المؤجلة قبل انتهاء أجلها ولو طوّل لا يلزمه الأداء ويجب أن تكون ثابتة ولازمة فلا يحجر بدين فيه خيار.

كون الديون أكثر من مال المدين

وكذلك المساوي لماله لا يفلس به. وقال المالكية: لو بقي من مال المدين = بعد أداء الديون الحالة_ ما لا يفي بالمؤجل يفلس أيضاً وقيد المالكية ذلك بكون الباقي لا يرجى بتحريكه وفاء الديون المؤجلة ولا يعامله الناس عليه، وبعدم تقديم كفيل وذهب الشافعية إلى التفرقة بين أن يكون المدين كسوباً وكون نفقته من ماله والمال مساوٍ للدين فلا يفلس إن كان ينفق من كسبه فقط.

الماطلة في أداء ما عليه

إن لم يماطل المدين ، ودفع كل ما بيده إلى الدائنين ولم يتهم بإخفاء شيء لم يفلس^(٣).

مالا يشترط للحجر

لا يشترط حضور المدين، ويصح الحجر على المدين الغائب وعند المالكية إن كانت غيبته طويلة (شهوراً أو متوسطة ١٠ أيام) واشترط أبو يوسف ومحمد إعلامه بالحجر عليه فلو باشر تصرفاً قبل إعلامه كان صحيحاً عندهما.

وإذا ثبت الدين بإقراره أو بالبينة وغاب قبل الحكم نصب القاضي عنه وكيلاً عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد.

(١) الشرح الصغير ٣/٣٥٠، وشرح المنتهى ٢/٢٧٧، وكشاف القناع ٣/٤٢٢ والقلوبي ٢/٢٨٥ والبحر الزخار ٥/٨٩ وشرح النيل ١٣/٦١٢.

(٢) شرح النيل ١٣/٦١٣ - ٦١٤ وقال: "والشهادة بالإفلاس واجبة على الناس".

(٣) المراجع السابقة والشرح الصغير ٣/٣٥١.

آثار الحكم بالإفلاس (التفليس)

عني المالكية باستقصاء آثار الحكم بإفلاس المدين (تفليسه) وذكرتها بقية المذاهب على تفاوت في النص عليها^(١). وهذه الآثار هي :

- (أ) تعلق الديون بمال المدين، بدلاً من تعلقها بذمته في الأصل.
- (ب) المنع من التصرف أو الإقرار بشيء من المال المحجور فيه.
- (ج) انقطاع الطلب عن المدين بدين جديد غير ما ثبت قبل الحجر عليه.
- (د) حلول الديون المؤجلة التي في ذمة المدين، ومشاركة أصحابها في القسمة.
- (هـ) طلب حبس المفلس إن لم يثبت أنه معسر.
- (و) حق الرجوع لمن وجد عين ماله عند المدين (حق الاسترداد).
- (ز) بيع مال المفلس من قبل القاضي.
- (ح) قسمة القاضي مال المفلس بين الغرماء بالمحاصة (قسمة غرماء).

وفيما يلي توضيح هذه الآثار المترتبة على التفليس:

(أ) تعلق الديون بمال المفلس ، لا بذمته

إذا حكم بإفلاس المدين فإن جميع الديون الثابتة قبل الحكم تتعلق بماله المحجور فيه، ولا تتعلق بعدئذ بذمته كما كانت قبل ، وهذا بالنسبة لماله الموجود عندئذ والمال الحادث له يغير معاملة ، مثل الإرث أو الهبة أو الوقف ونحوها. وعليه فإن ذمته تبقى صالحة للوجوب عليه أو له فيما لو تصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو أقر لأحد بمال مطلقاً أو منسوباً لما قبل الحجر أو بعده وخالف الشافعية في الشراء في ذمته فيشمله الحجر عندهم ويتبع بما لزمه بذلك بعد فك الحجر عنه وليس لأصحاب هذه الحقوق مشاركة الغرماء^(٢).

(ب) المنع من التصرف (الحجر على تصرفاته)

يمنع المفلس من أي تصرف مالي، بعبوض أو بغير عبوض، كالبيع والاستئجار، أو الهبة أو القرض - باعتباره تبرعاً بمنفعة النقود^(٣) - إلا أن يتصرف بشيء في ذمته لغير الدائنين المحجور ماله فيهم، على أن يوفيه من مال يطرأ له، لا مما بيده، كأن يشتري أو يتسلف في ذمته . ولا يمنع من التصرف غير المستأنف مثل الفسخ أو الإمضاء لخيار العيب فينصح دون أن يشترط كون تصرفه أحظ للدائنين^(٤).

(١) الشرح الصغير ١ / ٣٥٢ _ ٣٧٣ حددها بخمسة آثار وقد أوردتها الموسوعة الفقهية أيضاً وهي في الواقع أكثر من خمسة، كما سيأتي ، بالرجوع للمذاهب الأخرى.

(٢) الشرح الصغير ٣ / ٣٥٢ نهاية المحتاج ٤ / ٣٠٩ وشرح المنتهى ٢ / ٢٧٨ وكشاف القناع ٣ / ٤٢٣ - ٤٢٤ والبحر الزخار ٩١ / ٥.

(٣) مما عرف به عقد القرض أنه " عقد تبرع ابتداءً، ومفاوضة انتهاءً".

(٤) الشرح الصغير ٣ / ٣٥٢.

لكن لو استهلك مالاً لزمه دفع قيمته في الحال لأنه مشاهد لا راد^(١) له وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن المفلس لا يمنع بعد الحجر من البيع بمثل الثمن ، لأنه لا يبطل حق الغرماء وإن باع بالغبن لم يصح ويخير المشتري بين إزالة الغبن وبين الفسخ^(٢) .

هذا ، وإن تصرفات المفلس ثلاثة أنواع: نافعة للغرماء ، كقبول الهبة فهذه لا يمنع منها بالاتفاق ، وتصرفات ضارة كهبته لماله ونحوها وهذه يمنع منها عند الحنفية والمالكية والحنابلة والأظهر للشافعية وكذلك الإمامية. ولهم قول بأن التصرف يقع موقوفاً فإن فضل ذلك عن الدين نفذ ، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر كالبيع وهذه التصرفات باطلة إلا عند المالكية حيث تقع موقوفة على نظر الحاكم إن اختلف الغرماء وعلى نظرهم إذا اتفقوا^(٣) .

ولو باع ماله لغريمه بدين لم يصح عند الحنابلة ، وصححه الشافعية بإذن القاضي ، وسبق اشتراط الحنفية مثل الثمن^(٤) .

(ج) المنع من الإقرار بمال مطلقاً

إذا حكم بالإفلاس على المدين امتنع إقراره بمال مما تم تفليسه فيه مطلقاً سواء كان الإقرار لقريب أم بعيد^(٥) .

حتى لو أقر بمجلس التفليس أو قربه بالعرف فلا يقبل لكن يثبت الدين بالإقرار أو البيينة في ذمته يحاصص به في مال يطرأ له غير ما فلس فيه ولو أقر بعد الحجر بمال لزمه بعد قضاء الديون لأن هذا المال تعلق به حق الغرماء ولأنه لو صحَّ الإقرار في الحال لما كان في الحجر معنى حتى لو استفاد مالا بعد فك الحجر نفذ إقراره.

ويستثنى من ذلك تعيينه مال القراض (حسابات الاستثمار) التي تحت يده أو الوديعة إذا كان الإقرار بمجلس التفليس أو قربه أما إذا لم يعين مال القراض كأن قال: لفلان قراض في ذمتي لا يقبل إقراره ، لكن لو ثبت القراض بالبيينة فيقبل وكذلك يقبل الإقرار مع التعيين من صانع لما بيده لأربابه مطلقاً أي بيينة أو غيرها بالمجلس أو غيره^(٦) وذكروا ابن ابن رشد الحفيد استثناء الإقرار لمن له بيينة أو لمن يعلم إليه تقاض.

- (١) الاختيار ٢٦٩/١ والبحر الزخار ٩٠/٥ وقال : "وللمحجور أن يشتري إلى ذمته ، إذ لم يتناول للحجر إلا التقويت ، ولا يدخل في المال المحجور دين لزم بعد الحجر ، لتعلق حق الأوليين به كالرهن.
- (٢) المرجع السابق.
- (٣) المراجع السابقة والروضة البهية للشهيد الثاني ٢٤٥/١ .
- (٤) الفتاوى الهندية ٦٢/٥ و القليوبي ٢٨٦/٢ وشرح المنتهى ٢ / ٢٧٨ .
- (٥) الشرح الصغير ٣/٢٢٥ - ٣٥٧ وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الحكم جاء في الموسوعة الفقهية ٣٠٦/٥ مطلقاً عن التقييد بثبوت هذا الإقرار في الذمة لافي المال المحجور فيه كما في مراجع المالكية.
- (٦) الاختيار للموصلي ١ / ٢٦٩ (٥) شرح المنتهى ٢٨٨/٢ كشاف القناع ٤٤٢/٣ والروضة البهية ٢٤٥/١ وقال: "ويصح إقراره بدين ، ويتعلق بدمته".

(د) انقطاع المطالبة للمفلس

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد إلى أن المفلس بإيقاع الحجر عليه تنقطع المطالبة له ممن باعه شيئاً أو أقرضه حتى ينفك الحجر عنه، لتعلق حق الغرماء بالمال المحجور فيه.

(هـ) حلول الديون المؤجلة

ذهب المالكية والزيدية، وهو قول للشافعي خلاف الأظهر ورواية عن أحمد إلى أن الحكم بالتفليس تحل به جميع الديون المؤجلة التي عليه وبذلك يشارك أصحابها في القسمة إلا أن يشترط عدم الحلول بها، فيعمل بالشرط، أما الدين الذي له فلا يحل بتفليسه، واستظهر الخرشي أنه لو كان هناك شرط بحلول الدين الذي له فإنه يعمل بشرطه ويشمل الحلول دين الإجارة التي لم يستوف المستأجر منفعتها^(١).

وذهب الحنفية والشافعية في الأظهر والإمامية إلى أنه لا يحل الدين المؤجل وكذلك الحنابلة صرحوا بأنه لا يحل الدين المؤجل بتفليس المدين ولا يشارك صاحبه الغرماء بدينه الذي لم يحل إلى حين القسمة ولا يوقف له من مال المفلس شيء، ولا يرجع عليهم بشيء إذا حل. لكن إذا حل الدين قبل القسمة شاركهم في الكل وإذا حل بعد قسمة بعض المال شاركهم فيما لم يقسم بكل دينه (٢) وعلل القائلون بعدم الحلول بأن الأجل حق للمفلس، ولأن الإفلاس لا يوجب حلول ما له فلا يجب حلول ما عليه.

(و) حبس المدين، وتعزيره إن لم يثبت إعساره وتحليفه

إذا جهل حال المدين أو ظهر ملاؤه وادعى التفالس يحبس للتأكد من عسره فإن ثبت عسره لا يحبس، ولا يحبس إن أتى بكفيل بالمال، و بالوجه (بالنفس) لإحضاره ويغرم الكفيل إلا أن يثبت عسره. وظهور الملاء بلبس الفاخر من الثياب وركوب الجيد من الدواب (السيارات) وكثرة الخدم، فإن علم ملاؤه يسجن ويضرب حتى يؤدي ما عليه ما لم يأت بكفيل غارم.

وللدائنين تحليف المفلس على عدم الناض (السيولة) من ذهب أو فضة، فإن علم بالناض أجبر على الدفع ولو بالضرب مرة بعد أخرى وسجن حتى يدفع ما عليه.

(ز) حق الرجوع (الاسترداد)

اختلف الفقهاء في حق الدائن في الرجوع بعين ماله لدى المفلس:

وأثبت هذا الحق الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والإباضية وغيرهم) وذهب الحنفية وفقهاء الكوفة إلى أن الدائن بثمن العين أسوة الغرماء واحتج

(١) الشرح الصغير للدردير ٣/٣٥٢ والمغني ٤/٢٥٥ ونهاية المحتاج ٤/٣٠٥ وشرح المنتهى ٢/٢٨٥ وكشاف القناع ٣/٤٣٧ والفتاوى الهندية ٥/٦٤ والبحر الزخار ٥/٩١ وقال: "ويدخل فيه المؤجل تبعا للحال" والروضة البهية ١/٣٤٣.

القائلون بالرجوع بحديث أبي هريرة المروي في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال: " من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره".

وأن هذا عقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز الفسخ لتعذر العوض.

واحتج الحنفية لاعتباره أسوة الغرماء بأنه هو مقتضى الأصول اليقينية المقطوع بها، والخبر المذكور خبر واحد خالف الأصول فيرد، والأدلة الطويلة تنظر في مراجعها.

وتفصيل حق الرجوع للدائن بعين ماله لدى المفلس (حق الاسترداد) كما يلي:

يأخذ الدائن عين ماله الموجود عند المفلس إذا ثبت ذلك ببينة أو إقرار من المفلس قبل فلسه. ولم يفده الغرماء بمال للغريم أو بمالهم، وإذا لم ينتقل عن أصله بناقل، مثل تغييره كتحويل الخشب بابا أو خلطه بمغاير له، لا بمثله. ولا أثر لتغييره بسبب سماوي أو بفعل المفلس ولا أرش (تعويض) له.

وإذا كان الدائن قد قبض بعض الثمن فله رده أو ترك السلعة ومحاصة الغرماء فيما بقي من سلعته وقال الشافعي: بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن، وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحاق وأحمد إن قبض من الثمن شيئاً فهو أسوة الغرماء، وإن فوت المشتري بعض السلعة فالبائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته وكذلك إن زاد في السلعة^(١).

واشترط الحنابلة للرجوع:

- (١) حياة المفلس فلو مات قبل الأخذ فهو أسوة الغرماء.
 - (٢) بقاء جميع العوض في ذمة المشتري المفلس.
 - (٣) بقاء جميع العين في ملك المفلس.
 - (٤) عدم تعلق حق الغير بالعين مثل رهنها.
 - (٥) عدم اختلاط العين بما لا تتميز منه وعدم تغيير صفاتها بما يزيل اسمها أو ينقص قيمتها.
 - (٦) عدم الزيادة المتصلة (وهذا الشرط لم يعتبره الشافعية كما لم يعتبروا الزيادة المنفصلة) كما سيأتي وقد توسعت بعض الكتب في الشروط حتى أبلغتها الموسوعة (١٢) شرطاً بسبب استيعاب ما في المذاهب وهو نهج غريب فالعبرة في كل مذهب بما اشترط لا بما اشترطته مذاهب أخرى والشروط المنقولة عن الحنابلة فيها الكفاية^(٢).
- وهذا بعد قبض المشتري السلعة، أما قبل قبضها فهناك اتفاق على أن صاحب السلعة أحق بها لأنها في ضمانه وكذلك الصانع أحق بما في يده حتى يستوفي الأجرة.

(١) الشرح الصغير ٣٧٣/٢ وشرح المنتهي ٢٨٨/٢ وكشاف القناع ٤٥٦ /٣ والقلوبي ٢٩٣/٢ والمغني وبدايه المجتهد

٢٩٣/٢ والروضة البهية ٣٤٤/١ والخلاف للطوسي ٦١٩/١ وشرح النيل ٦٣٣/١٣.

(٢) بداية المجتهد ٨٧١/٢ و٢٨٩ والموسوعة الفقهية ٣١٤/٥ واقتصر على الحنابلة نقلاً عن كشاف القناع ٤٣٧/٣.

حق الرجوع (الاسترداد) في الأراضي

إذا كانت العين التي ثبت للبائع فيها حق الرجوع أرضاً قد بنى فيها المشتري (المفلس) بناءً أو غرسها فإن حق الرجوع يبقى للبائع.

ثم إذا اتفق الدائن والمفلس على تفريغ الأرض فإنه يأخذها أما إن امتنع المفلس فإنه لا يجبر ويكون للبائع حق الرجوع مع الخيار في أن يملك الغراس والبناء بقيمته وله أن يقلعه ويغرم أرش (تعويض) النقص.

والأظهر عند الشافعية أنه ليس له أن يرجع في الأرض ويبقى الغراس والبناء للمفلس، وإن رفض الأمرين سقط حقه في الرجوع أما إذا كان المشتري قد زرع الأرض فيصح الرجوع ويبقى الزرع إلى حصاده بلا أجر.

ما لا يمنع من الرجوع بالعين

لا يمنع من رجوع البائع بالعين المبيعة للمشتري إذا أفلس زيادة العين زيادة متصلة مثل السمن في المواشي كما عند الشافعية خلافاً للحنابلة وتكون الزيادة للبائع دون مقابل كما لا يمنع من الرجوع بالزيادة المنفصلة، مثل الثمار والأولاد والمواشي والزيادة للمشتري دون مقابل. ولا يمنع منه أيضاً نقص العين ولا نقص قيمتها وصفاتها مثل تغير السعر أو قدم الثياب ولا يعوض البائع عن ذلك عند الاسترداد.

تكييف حق الرجوع في العين المبيعة للمفلس (حق الاسترداد)

الرجوع في العين فسخ للعقد السابق بحكم الشرع ولا يحتاج إلى القضاء ولا إلى معرفة المرجوع فيه ولا إلى قدرة المفلس على تسليمه.

ويصح على التراخي عند الحنابلة خلافاً للشافعية في الأصح عندهم حيث جعله على الفور.

ويتم بقول البائع: رجعت في متاعي أو أخذته أو فسخت البيع ونحوه.

بيع مال المفلس

ذهب الجمهور خلافاً لأبي حنيفة إلى أن القاضي أو نائبه يبيع مال المفلس إن كان من غير جنس الدين كالمثليات والعروض والعقار والكتب وذلك بحضرة المفلس والغرماء استحباباً مع الاستقصاء في الثمن وإلى حين عدم احتمال الزيادة في البيع بالمزاد. ولا يؤخر بيع ما يفسده التأخير ويعجل ببيع المواشي ويستأنى ببيع العقار ولا يبيع آلة صنعة المدين التي لا بد منها^(١).

(١) المفتى لابن قدامة ٤٤٣/٤ والفتاوى الهندية ٦٣/٥ والشرح الصغير ٣٥٩/٣ ونهاية المحتاج ٣١٤/٤ وكشاف القناع ٤٣٦/٣.

وقد وضع ابن قدامة ما يصلح جدولاً مفصلاً مرتباً لما يباع من مال المفلس قبل غيره^(١) وهو محل استحباب فيطبق عليه العرف التجاري والمصلحة للمفلس والغرماء بحسب ظروف الزمان والمكان. وهناك بعض القيود للمذاهب :

- فالمالكية يرون أنه لا يباع إلا بعد الإعذار في البيعة للمفلس والغرماء لاحتمال الطعن من كل في بيعة الآخر ويحلف الدائون أنهم لم يقبضوا من ديونهم شيئاً أو يحالوا بها أو يبرئوا منها مع اشتراط الخيار ثلاثه أيام.
- والشافعية والحنابلة اشترطوا البيع بثمن المثل، وبعض الشافعية اكتفوا بما تنتهي إليه الرغبات ولا يبيع إلا بنقد ولا يبيع بثمن مؤجل ولا يسلم المبيع حتى يقب الثمن^(٢).

إلزام المفلس بالتكسب ونحوه

ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم إلزام المفلس بالتكسب للوفاء بما بقي عليه من الدين بعد بيع موجوداته ولو كان قادراً على التكسب لأن الدين تعلق بذمته فلا يطلب منه إلا عند اليسار. واختلفت أقوال الإمامية في ذلك^(٣)

وذهب الحنابلة إلى أن القاضي يجبر المفلس ذا الحرفة على التكسب وإيجار نفسه لإيفاء بقية الدين مع بقاء الحجر عليه، واحتجوا بأن المنافع كالأعيان فكما تباع أعيانه يجبر على بيع منافعه الشخصية للغير لسداد ديونه.

وفصل الشافعية بين سبب الديون فإن كانت بمعصية فإنه يلزم بالتكسب بخلاف الديون التي لم يعص بها.

واتفقوا على أنه لا يجبر على قبول التبرعات ولا التسلف (الاقتراض) ولا انتزاع ما وهبه لمن يصح رجوعه فيه^(٤).

ما يترك للمفلس من ماله

قال ابن رشد (الحفيد): (يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام والشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله)^(٥).

وعند المالكية تباع الكتب كلها واستثنى الشافعية الكتب التي يحتاج إليها وآلتها إن كان عالماً. ولا تباع دار سكنه وعلل ذلك الحنفية بأنها من الحوائج الأصلية وأنها مقدمة على حقوق الغرماء لكن إن كانت نفيسة بيعت _ وهو قول المالكية _ واشتري

(١) المغني ٤/٤٤٣.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الروضة البهية ١/٢٤٦ والخلاف للطوسي ١/٦٢١ وهو لا يرى وجوب التكسب.

(٤) الشرح الصغير ٣/٣٥٩ ونهاية المحتاج ٤/٣١٤ وشرح المنتهى ٢/٢٨٦ وكشاف القناع ٣/٤٣٩ والاختيار ١/٢٦٩.

(٥) بداية المجتهد ٢/٢٩١ والشرح الصغير ٣/٣٥٨ - ٣٦٠ وشرح المنتهى ٢/٢٨٤ وكشاف القناع ٣/٤٣٢ و٤٥٢ والاختيار ١/٢٦٩.

ببعض ثمنها مسكن مناسب ويترك له آلة حرفته إن كان صانعا خلافا للشافعية وبعض المالكية فتباع ويترك له رأس مال يتجر به إن كان تاجرا وكان لا يحسن الكسب إلا به.

الحيلولة بينه وبين غرمائه

قال ابن رشد (الحفيد): كلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفليس ولم يعلم صدقه أنه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له صاحب الدين فإذا كان ذلك خلي سبيله وحكي عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار. وبيان مذهب الحنفية أن أبا حنيفة ذهب إلى أن للدائنين ملازمة المفلس بعد فك الحجر عنه لأن الإفلاس لا يتحقق، فإن المال غادر ورائح، ولأن الشهادة شهادة على العدم فلا تقبل ولأن الشهود لا يتحققون باطن أحوال الناس وأمورهم فربما أضجروه فأعطاهم والملازمة أن يدور معه حيث دار ويجلس على بابه إذا دخل بيته وتلازم المرأة امرأة أمينة. وبيّنة اليسار مقدمة على بينة الإعسار لأنها مثبتة، إذ الأصل الإعسار وأما صاحباها فهما مع الجمهور^(١).

(١) الاختيار ٢٦٩/١.

قسمة مال المفلس بين غرمائه

يندب للقاضي المبادرة بالقسم لإبراء ذمة المدين وتقصير مدة الحجر عليه ولعدم تأخير إيصال الحق لمستحقه دون الإفراط في الاستعجال بما يبخرس موجودات المفلس ولا يلزم تأخير القسم إلى تمام البيع بل يندب القسم بالتدريج لكل ما يقبض، فإن طلب الغرماء ذلك وجب إلا أن تعسر لفضالة ما تحصل.

- (أ) ويبدأ من مال المفلس بإعطائه أجرة المقدمين خدمات في عملية البيع والقسم.
- (ب) ثم بمن لهم رهون يختص كل برهنه بعد رد دينهم وما زاد رد في المال وما نقص شارك فيه الغرماء الآخرين، والصانع أحق بما في يده من موجودات للمفلس حتى يستوفي أجرته منها. والمؤجر لوسائل النقل للحمل عليها أحق بما يحمل عليه في حدود أجرته بخلاف مؤجر الحوانيت ونحوها فلا يختص بما فيها، والفرق أن حيازة وسائل النقل لما فيها من الحمل والنقل أقوى من حيازة الحانوت والدار. وما يستأجر للركوب وتعمل أجرته فإن للمشتري الحق حتى يستوفي من منافعها ما نقده من الأجر.
- (ج) ثم من وجد عين ماله أخذها بشروطها .
- (د) ثم تقسم الأموال بين الغرماء بالمحاصة فيما تحصل بنسبة دين كل منهم إلى مجموع الديون (قسمة الغرماء) ويبدأ القاضي بقسمة ما كان من جنس الدين كالنقود والمثلثات ثم بما تحصل من بيع مال المفلس.
- هذا وإذا ظهر دين بعد القسمة أو استحق بعض ما أعطي لدائن لا تنقض القسمة، وإنما يرجع صاحب الدين أو من استحق منه ما أخذه على كل دائن بقسطه^(١) .^(٢)

مثال للمحاصة في القسمة (قسمة الغرماء)

لو كان الدائنون ثلاثة للأول ستون وللثاني أربعون وللثالث عشرون، وكان مجموع الدين مائة ولم يتحصل من بيع مال المفلس إلا خمسون فيكون للأول ثلاثة أخماس (٣٠) وللثاني خمسان (٢٠) وللثالث خمس (١٠).

(١) الشرح الصغير ٣/٣٦٠ و شرح المنتهى ٢/٢٨٤ - ٢٨٥ وكشاف القناع ٣/٤٣٥ و ٤٣٨ ونهاية المحتاج ٤/٣١٧ والدسوقي ٣/٢٨٨ والاختيار ١/٢٦٩.

(٢) المرجع السابق .

فك الحجر عن المفلس

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يفك الحجر عن المفلس بوفاء دينه كله ولا يحتاج للحكم من القاضي لأن السبب قد زال ولا ينفك بقسمة ماله طالما عليه شيء من الدين، وأضاف الشافعية أنه لا ينفك باتفاق الغرماء على فكه ولا بإبرائهم للمفلس بل بفك القاضي كما أنه لا يثبت إلا بإثباته، لأنه يحتاج لنظر واجتهاد، ولا يحتاج فك الحجر إلى البراءة من كل الديون بل يكفي إعساره بالباقي. وذهب المالكية إلى أنه إذا انفك حجره ثم ثبت له مال فإنه يحجر عليه أيضاً وأما الحنفية فلم ينصوا على فك الحجر عن المدين لكنه يقاس على فك الحجر عن السفية بأنه بحكم القاضي عند أبي يوسف^(١)

وإذا فك الحجر عن المفلس وتجدد له مال يحجر عليه بطلب الغرماء وعند الحنابلة يشارك المحجور لهم أولاً ببقية ديونهم أصحاب الحجر الثاني، وقصر المالكية المشاركة على ما تجدد بسبب مستقل كالإرث لا بما حصل عليه بمعاملة. أما الشافعية فيرون أنه بعد الحجر لو حدث له مال فلا تعلق لأحد به ويتصرف به كيف شاء إلا إذا ظهر له مال كان قبل فك الحجر إذ تبين بقاء الحجر والأولوية في ذلك المال للأولين إن حجر عليه ثانياً بل إن الأولين يشاركون الجدد إن لزم ولا عكس^(٢).

(١) نهاية المحتاج ٣٢٠/٤ والقلوبي ٢٩١/٢ وذكر القليوبي ان المعتمد بقاؤه مجوراً إلى تمام الأداء والدسوقي ٢٧٠/٣ والموسوعة الفقهية ٣٢٢/٥ ومرجعها البدائع ١٧٢/٧.
(٢) الموسوعة الفقهية ٣٢٢/٥ ومراجعها كشاف القناع ٤٤١/٣ والدسوقي ٢٦٨/٣ والمغني ٤٥٠/٤ والقلوبي ٢٨٣/٢.



الدورة العشرون

لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإفلاس في الفقه والنظام

إعداد

الشيخ خالد بن سعود الرشود

القاضي بديوان المظالم بالرياض

بسم الله الرحمن الرحيم

الإفلاس في الفقه والنظام

الحمد لله ذي الفضل والمن والكرم ، خلق الإنسان من عدم ، وعلمه بالقلم ، علمه ما لم يعلم ، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له ، شهادة تنفع قائلها يوم لا ينفع الندم ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، ﷺ وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً ، أما بعد :

فإن الشريعة الإسلامية لا تزال مورداً عذباً ومنهلاً خصباً لكل ما يستجد في حياة الناس من نوازل وحوادث ، فهي شاملة في أحكامها ، عادلة في جميع شؤونها ، ولا غرو فقد أسس دعائمها رب العالمين وخالق الناس أجمعين .

فلا تجد في حياة المسلم ، ولله الحمد ، مشكلاً سواء في أمور دينه أو دنياه إلا وفي الشرع حل له ، وفك لعقده ، إما أن يكون في كتاب الله أو في سنة رسول الله ﷺ ، فإن لم تجد فإن المجتهد يجتهد على ضوء الكتاب والسنة لاستخراج ذلك الحل .

وكان لعصرنا الحاضر أوفر الحظ والنصيب من هذه الأمور المستجدة ، نتيجة للتطور التقني والمدني الذي يعيشه الناس ، ولا تزال تتعاقب هذه النوازل على الناس والتي يبحثون عن حل شرعي لها ، سواء تطرق العلماء المتقدمون لحكمها أم لا ، وبخاصة تلك المشكلات التي تحدث بين الناس في أمورهم الحياتية العامة أو الخاصة متطرفة لجميع أبواب الفقه ، وكان باب المعاملات من أشد ما يعتري الناس فيه من حاجة لاستظهار الحكم الشرعي فيه وبخاصة في أمور المتاجرات والمداينات المختلفة ، ولما كانت تعرض لبعض الناس الحاجة إلى الاستدانة من الآخرين ، ولكن بعض الناس قد يزيد في الاستدانة حتى لا يبقى عنده وفاء ، فما الحل الشرعي والنظامي لهذه الحالة والتي تسمى بالإفلاس وخاصة إذا كان المستدين مؤسسة فردية أو شركة كبيرة ذات رأس مال ضخمة وكيفية التعامل مع هذه الحالة في الفقه والنظام ؟ .

من هذا الباب أحببت التطرق لهذا الموضوع في هذا البحث مراعيًا الاختصار ليسهل الانتفاع به ، وأسأل الله ﷻ أن يعفو عن الزلل ويبارك في الصواب ، وأن ينفع بهذا البحث كل من قرأه أو اطلع عليه . وقد قسمته كالآتي :

• تمهيد ، ويشتمل على :

- (١) تعريف الإفلاس لغة .
- (٢) تعريف الإفلاس في الفقه .
- (٣) تعريف الإفلاس في النظام .

(٤) الفرق بين الإفلاس والتفليس .

(٥) الأصل الشرعي في أحكام حقوق المفلس .

• **المبحث الأول : حقوق المفلس في الفقه في النظام .**

أولاً : حقوق المفلس في الفقه ، ويشتمل على :

(١) النفقة .

(٢) بيع ما له بما هو أصلح له .

(٣) حق المفلس في داره .

ثانياً : حقوق المفلس في النظام

ثالثاً : أقسام الإفلاس في النظام ، ويتنوع إلى ضربين :

(أ) أقسام الإفلاس :

(١) إفلاس حقيقي .

(٢) إفلاس تقصيري .

(٣) إفلاس احتيالي .

(ب) أقسام الإفلاس :

(١) تاجر فرد .

(٢) شركة .

• **المبحث الثالث : أحكام المفلس في الفقه والنظام ، ويشتمل على :**

أولاً أحكام المفلس في الفقه ، ويشتمل على :

(١) أحكام المفلس إذا كان تاجراً فرداً .

(٢) أحكام المفلس إذا كان شركة .

ثانياً : أحكام المفلس في النظام ، ويشتمل على :

(١) أحكام المفلس إذا كان تاجراً فرداً .

(٢) أحكام المفلس إذا كان شركة .

ويبقى هذا البحث جهداً بشرياً عرضة للصواب والخطأ ، فما كان فيه من صواب فمن الله ، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان ، هذا وأسأله تعالى التوفيق والسداد وإخلاص النية ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

أحكام الإفلاس في الفقه والنظام

تمهيد :

أولاً : تعريف الإفلاس لغة :

الإفلاس مصدر أفلس وهو لازم ، يقال : أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضه ، أو صار إلى حال ليس له فلوس ، والفلس اسم المصدر بمعنى الإفلاس^(١) .

ثانياً : تعريف الإفلاس في الفقه :

الإفلاس هو : أن يكون الدين الذي على الرجل أكثر من ماله ، وسواء أكان غير ذي مال أصلاً أم كان له مال إلا أنه أقل من دينه^(٢) ، قال ابن قدامة : وإنما سمي من غلب دينه ماله مفلساً وإن كان له مال ، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه ، فكأنه معدوم^(٣) .

ثالثاً : تعريف الإفلاس في النظام التجاري السعودي :

مادة (١٠٣) : المفلس من استغرقت الديون جميع أمواله فعجز عن تأديتها^(٤) .

رابعاً : الفرق بين الإفلاس والتفليس :

التفليس هو : مصدر فليس الرجل إذا نسبته إلى الإفلاس .

واصطلاحاً : جعل الحاكم المدين مفلساً بمنعه من التصرف في ماله^(٥) . هذا ما صرح به الحنفية والشافعية عندما عرفوا التفليس بالمعنى الأخص ، والعلاقة بين التفليس والإفلاس : أن الإفلاس أثر التفليس في الجملة .

وجرى المالكية على أن التفليس يطلق على ما قبل الحجر بعد قيام الغرماء على المدين ، قالوا : ويقال حينئذ : إنه تفليس بالمعنى الأعم ، ويطلق على ما بعد الحجر عليه بحكم الحاكم ، ويكون حينئذ تفليساً بالمعنى الأخص^(٦) .

خامساً : الأصل الشرعي في أحكام المفلس :

(١) عن أبي سعيد رضي الله عنه قال : " أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه فقال : تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله ﷺ لغرمائه : خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"^(٧) .

(١) لسان العرب : ٤٠٨/٤ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٨٤/٢ .

(٣) المغني : ٤٠٨/٤ .

(٤) مجموعة الأنظمة التجارية : ٢٥١ .

(٥) حاشية الجمل : ٣٠٩/٣ ؛ ونهاية المحتاج : ٣٠٠٠/٤ ؛ ورد المختار : ٩٦/٥ .

(٦) حاشية الدسوقي على اشرح الكبير : ٢٦٣/٣ ؛ المغني : ٤٥٣/٤ .

(٧) رواه مسلم : ١١٩٣/٣ .

(٢) عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال : « من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به »^(١) .

(٣) وعن أبي هريرة ؓ عن النبي ﷺ قال : « من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس ، أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره » ، وفي لفظ قال في الرجل الذي يعدم : « إذا وجد عنده المتاع ولم يفرقه إنه لصاحبه الذي باعه » ، وفي لفظ : « أيماً رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ولم يكن اقتضى من ماله شيئاً فهو له »^(٢) .

(٤) عن الحارث بن هشام أن النبي ﷺ قال : « أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً ، فوجد متاعه بعينه فهو أحق به ، وإن مات المشتري لصاحب المتاع أسوة الغرماء »^(٣) .

(١) رواه أحمد : ١٠/٥ ، رقم ٢٠٢١٢١ ؛ أبو داود : ٢٨٩/٣ ، رقم ٣٥٣١ ؛ النسائي : ٣١٣/٧ ، رقم ٤٦٨١ .

(٢) البخاري : ٨٤٦/٢ ؛ مسلم : ١١٩٣/٣ - ١١٩٥ .

(٣) موطأ مالك : ٦٧٨/٢ ؛ أبو داود : ٢٨٦/٣ ، ٢٨٧ .

المبحث الأول حقوق المفلس في الفقه والنظام

أولاً : حقوق المفلس :

(١) النفقة :

أوسع المذاهب في ذلك مذهب الحنفية وكأنهم ردوا الإنفاق على المفلس من ماله إلى العرف ، فينفق عليه من ماله بما لا يضر الغرماء ، قال في العناية : ينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه ممن تجب نفقتهم عليه لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ، ولأنه حق ثابت لغيره فلا يطاله الحجر ، ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء^(١) ، وأما المالكية فوافقوا الأحناف على النفقة عليه ومن يعول ولكن صرحوا بأن النفقة لا يدخل فيها كسوة الرجل ، ثم إنهم اجتهدوا في تحديد المدة التي ينفق عليه من ماله ، ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك : يترك له ما فيه نفقة له ولأهله ولعيااله وكسوة له ولأهله وفي كسوة زوجته شك ، وقال سحنون في العتبية : يترك له قدر نفقته وكسوته ، ولا يترك له كسوة زوجته ، قال ابن القاسم : يترك له لبسه إلا أن يكون فيه فضل عن لباس مثله ، وقال ابن القاسم - أيضاً - في العتبية : يترك له ما يكفيه هو وزوجته وولده الصغير الأيام ، وروى ابن المواز ، وابن حبيب عن مالك : قدر الشهر ، وروى ابن المواز عن أصبغ : إن كان الذي يوجد له قدر نفقته شهراً ونحوه فليترك له يعيش به ، ووجه ذلك أن يختص به من لباسه لا يمكن أن يعرى منه لما في ذلك من هتك ستره وكشف عورته فيترك له منه ما يكفيه مما جرت عادته بمثله لأن هذا القدر لا يعاوض عليه ، وكذلك نفقه الأيام لنفسه ولبنيه الصغار إلى أن يتسبب في وجه نفقته لأن إسلامه للهلاك دون قوت غير جائز ، وكذلك إخراجة عن عادة مثله ، وأما كسوة الزوجة فتوقف فيها مالك ، وصرح سحنون بأنها لا تترك لأنها إنما تصير إليها على سبيل المعاوضة ، ولها كسوة سواها مما يملكها ، وهي مما يطول بقاؤه ، ويدوم الانتفاع به كالنفقة التي تزيد على مدة الأيام المتقدم ذكرها^(٢) .

وعند المالكية - أيضاً - أن والد المفلس لا يحاص الغرماء فلا تجب له نفقة ، قال ابن القاسم : لا يضرب بنفقتهم في موت ولا فلس ، وقال أشهب : الوالد كالزوجة ، ووجه قول ابن القاسم : أنها نفقة لا تجب إلا مع اليسار فلا يحاص بها الغرماء كالمستقبل من نفقة الزوجة ، ووجه قول أشهب : أن نفقة الأبوين تلزم ابتداء من غير حكم حاكم فإذا كانت لأمر ماض في وقت يلزم الأب النفقة وجب أن يحاص بها كنفقة الزوجة فإذا قلنا بقول أشهب فقد قال أصبغ : من أنفق عليهم من أم أو أجنبي بأمر سلطان أو بغير أمره ، والأب

(١) العناية شرح الهداية : ٢٧٦/٩ ، ٢٧٧ .

(٢) المنتقى شرح الموطأ : ٨٤/٥ ، ٨٥ .

يومئذ مليء فإنه يضرب بهما في الموت والفلس ، فإذا كان الأب يوم الإنفاق معسراً فلا شيء للمنفق^(١) .

وأما الشافعية فقالوا : لا بد أن ينفق عليه أقل ما يكفيه ومن يمونه ويقدر ذلك القاضي المختص بنظر القضية ، جاء في الغرر البهية : وينفق على المفلس وعلى ممونه - من تلزمه مؤنته - من ماله ما لم يتعلق به حق آخر كالرهن والجناية ، أقل ما يكفيهم ، ويسلم إليه ذلك يوماً بيوم كما نقله في الروضة عن البيان ، وهم : (١) زوجته المتقدمة على الحجر دون المتجددة بعده ، (٢) والفرع له وإن سفل وتجدد وفارق تجدد الزوجة بأنه لا اختيار له فيه بخلافها ، (٣) والأصل له وإن علا وكذا مماليكه الذين يلزمه مؤنتهم كأم ولده^(٢) .

(٢) بيع ماله بما هو أصلح له :

ونص المالكية على أن من حقوق المفلس عدم بيع ماله بما ينقص من قيمته ، بل يتحرى فيه الزيادة في القيمة ليتمكن بذلك من الإنفاق عليه ، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك : يستأنى في بيع ريعه بالسوق الشهر والشهرين ، وأما الحيوان فالمدة اليسيرة ، وكذلك العروض والحيوان أسرع بيعاً ، ومعنى ذلك - والله أعلم - لما يلزم من الإنفاق عليه من تسارع التغير إليه ، وصفة بيعه بالخيار ثلاثاً طلباً للزيادة رواه مطرف عن مالك ، وقاله ابن القاسم وسحنون ، وإنما معنى ذلك أنه ربما توقف الناس عن الزيادة إلا عند توقع إمضاء البيع ، وإذا أمضى البيع لم ينتفع بالزيادة فكان الأفضل أن يبيع بالخيار ثلاثاً ليكون كل من أراد الزيادة يعلم وقت فواتها فلا يؤخرها^(٣) .

(٣) حق المفلس في داره ، وفي المسألة قولان :

القول الأول : لا تباع داره التي لا غنى له عن سكنائها ، وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق والراجح عن الحنابلة .

القول الثاني : تباع ويكتري له بدلها ، وقال به شريح ومالك والشافعي واختاره ابن المنذر .

أدلة القول الأول : أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه ، فلم يصرف في دينه ، كثيابه وقوته .

أدلة القول الثاني : (١) لأن النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثرت دينه ، فقال لغرمائه " خذوا ما وجدتم "^(٤) ، وهذا مما وجدوه .

(١) المنتقى شرح الموطأ : ٨٩/٥ .

(٢) الغرر البهية : ١٠٩/٣ .

(٣) المنتقى شرح الموطأ : ٨٤/٤ ، ٨٥ .

(٤) سبق تخريجه .

(٢) ولأنه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه ، كسائر ماله وقوته ، فنقيس عليه محل النزاع .

الجواب عن الدليل الأول : الحديث قضية في عين ، ويحتمل أنه لم يكن له عقار ، ولا خادم ، ويحتمل أن النبي ﷺ قال : " خذوا ما وجدتم " ، مما تصدق به عليه ، فإن المذكور قبل ذلك ، كذلك روى أن النبي ﷺ قال : " تصدقوا عليه " ، فتصدقوا عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال النبي ﷺ : " خذوا ما وجدتم " ، أي ما تصدق به عليه ، والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو محتاج إلى سكنائها ، ولا خادم هو محتاج إلى خدمته ، ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس .

الجواب عن القياس : قياسهم منتقض بذلك أيضاً ، وبأجرة المسكن وسائر ماله يستغنى عنه ، بخلاف مسألتنا^(١) .

مسألة مرتبطة بهذه المسألة : وهي إن كان له داران يستغني بسكنى إحداهما بيعت الأخرى ، لأن به غنى عن سكنائها ، وإن كان مسكنه واسعاً لا يسكن مثله في مثله يبيع واشتري له مسكن مثله ، ورد الفضل على الغرماء كالثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها ، ولو كان المسكن والخادم اللذين لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ، ووجدتها أصحابها فلم أخذها بالشرائط التي ذكرناها ، لقول النبي ﷺ : " من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به "^(٢) ، ولأن حقه تعلق بالعين فكان أقوى سبباً من المفلس ، ولأن الإعسار بالثمن يستحق به الفسخ فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض وكالعيب والخيار ، ولأن منعهم من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الحيل بأن يجيء من لا مال له فيشتري في ذمته ثياباً يلبسها ، وداراً يسكنها ، وخادماً يخدمه وفرساً يركبها ، وطعاماً له ولعائلته ، ويمتتع على أربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغني هو بها . فعلى هذا يؤخذ ذلك ، ولا يترك له شيء منه ، لأنه أعيان أموال الناس ، فكانوا أحق بها منه ، كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصباً^(٣) .

ثانياً : حقوق المفلس في النظام :

بالنظر إلى النظام التجاري (نظام المحكمة التجارية) نجد أنه أعطى للمفلس حقين : الحق الأول مباشر بمعنى أنه يصل له نفعه مباشرة ، وحق آخر غير مباشر ، أما الحق المباشر فنصت عليه المادة (١١٨) أنه : ينفق على المفلس وعلى من تلزمه نفقته من موجوداته التي تحت أيد أمين المجلس وأمناء الديانة إذا كان المفلس حقيقياً أو مقصراً إلى أن يفرغ

(١) المغني : ٢٨٧/٤ ؛ وانظر الفتاوى الهندية : ٦٢/٥ ؛ نهاية المحتاج : ٣١٩/٤ ، ٣١٩ ؛ حاشية الصاوي : ٣٥٨/٣ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) المغني : ٢٨٨/٤ .

من قسمته^(١) .اهـ ، والحق غير المباشر نصت عليه المادة (١١٩) : إن إيجارات المسكن ومحلات التجارة وأجر الخدم والكتابة ومهر الزوجة ، كل ذلك من الديون الممتازة على سائر الغرماء .اهـ ، والملاحظ على هذه المادة أنها جعلت أجرة السكن وأجر الخدم من الديون الممتازة ، أي أنها مقدمة السداد على سائر الديون ، فمعنى ذلك أنها لا تدخل في نفقات المفلس التي تصرف عليه وإنما تبقى ديناً (ممتازاً) على سائر الغرماء في السداد وذلك عند توزيع حصيلة التفليسة .

(١) يقصد بـ الموجودات : سائر أموال المفلس العينية أو النقدية ؛ أمين المجلس : هو ما مأمور تعيينه المحكمة للإشراف على أعمال التفليسة كما يقوم الديانة بانتخاب ذاتين منهم أو من وكلاء الدعاوى معروفين بالدراية والاستقامة وهم المعبر عنهم بأمناء الديانة (المادة ١١٢) ؛ المفلس الحقيقي والتقسيري : سيأتي في أقسام المفلس . .

المبحث الثاني أقسام الإفلاس في الفقه والنظام

أولاً : أقسام الإفلاس في الفقه :

في الواقع أن أقسام الإفلاس في الفقه هي نفسها أقسام المفلس ، لذلك سنبحث هذا الموضوع من هذه الناحية وهي :

أقسام المفلس في الفقه :

عند الأحناف أن المفلس إن لم يعرف له مال وطلب غرماًؤه حبسه وهو يقول : لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد ، كالمهر والكفالة ، وإن أقام البينة أنه لا مال له خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة بالنص^(١) ، وعند المالكية قالوا : لا يخلو أن يكون من ادعى ذلك مجهولاً فلسه أو معلوماً فلسه أو معلوماً غناه ، فإن كان مجهول المفلس يحبس الحر والعبد حتى يستبين أمره لعله غيب ماله ، وقال مطرف : ويحبس النساء ومن فيه بقية رق في الدين في اللدد والتهمة ، ووجه ذلك أن ما يدعيه من الإعسار ينافيه إقراره بما عليه من الدين لأنه قد أخذ عوضه ، وذلك يقتضي أنه موسر به فالظاهر من حاله خلاف ما يدعيه ، فلذلك ألزمه السجن لتحقيق حاله^(٢) .

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : وإذا كان للرجل مال يرى في يديه ويظهر منه شيء ثم قام أهل الدين عليه فأثبتوا حقوقهم فإن أخرج مالاً أو وجد له ظاهر يبلغ حقوقهم أعطوا حقوقهم ولم يحبس ، وإن لم يظهر له مال أو لم يوجد له ما يبلغ حقوقهم حبس وبيع في ماله ما قدر عليه من شيء ، فإن ذكر حاجة دعا بالبينة عليها وأقبل منه البينة على الحاجة وأن لا شيء له إذا كانوا عدولاً خابرين به قبل الحبس^(٣) .

وعند الحنابلة أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم ، فإن كان في يده مال ظاهر أمره بالقضاء ، فإن ذكر أنه لغيره لم يقبل منه ، وإن لم يجد له مالاً ظاهراً فادعى الإعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب إنظاره ولم تجز ملازمته ، لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] ، ولقول النبي ﷺ لغرماء الذي كثر دينه : " خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك "^(٤) ، ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه ، وعسرته ثابتة والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس ، وإن كذبه غريمه فلا يخلو ، أما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف ، فإن عرف له مال

(١) الفتاوى الهندية : ٦٣/٥ ، والمقصود بالنص قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] .

(٢) المنتقى شرح الموطأ : ٨٢/٥ .

(٣) الأم للإمام الشافعي : ٢٧٣/٣ .

(٤) سبق تخريجه .

لكون الدين ثبت عن معاوضة ، كالتقراض والبيع ، أو عرف له أصل مال سوى هذا ، فالقول قول غريمه مع يمينه ، فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البيينة بإعساره^(١) .

أقسام الإفلاس في النظام :

وهو ينقسم في النظام إلى ضربين : (١) أقسام الإفلاس ، (٢) أقسام المفلس :

أولاً : أقسام الإفلاس :

نصت المواد (١٠٤ - ١٠٧) من النظام التجاري على أن الإفلاس ثلاثة أنواع :

الأول : الإفلاس الحقيقي :

ويكون ممن اشتغل في صنعة التجارة على رأس مال معلوم يعتبره العرف كافياً للعمل التجاري الذي اشتغل فيه ووجدت له دفاتر منتظمة ، ولم يبذر في مصرفه ووقع على أمواله حرق أو غرق أو خسارات ظاهرة ، فإذا توافرت فيه هذه الشروط يكون مفلساً حقيقياً .

الثاني : الإفلاس التقصيري :

ويكون من التاجر الذي يكون مبدراً في مصاريفه ولم يبين عجزه في وقته ، بل كتبه على غرمائه واستمر يشتغل في التجارة حتى نفذ رأس ماله ، وإن وجدت له دفاتر منتظمة .

الثالث : الإفلاس الاحتيالي :

لا يعبر عنه (من وقع منه هذا الإفلاس) بمفلس إلا لتوزيع موجوداته على غرمائه ، بل هو محتال ، والمحتال من استعمل ضروب الحيل والذرائع في رأس ماله ، أو قيد بدفاته ديوناً عليه باسم أحد آخر بصورة كاذبة ، أو حرر بها سندات ، أو إفراغ أمواله وعقاره إلى غيره بطريقة نقل الملك ، أو أخفى شيئاً من أمواله واشتغل في التجارة بطريق التمويه والاحتياي ، أو تفضيل التجار على أي صورة كانت ، وسواء كان مبدراً أو لم يكن مبدراً ، أو لم توجد له دفاتر أو وجدت وكانت غير منتظمة ، وأضاع حقوق العباد بتلك الصور ، فيكون محتالاً .

نصت المادتين (١٣٦ - ١٣٨) على أن يعاقب المفلس الاحتيالي وكل من يثبت أنه شريك له في إخفاء أمواله وترتيب حيله يعاقب بالحبس من ثلاث إلى خمس سنوات ، وأما المفلس التقصيري فيعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين .

ثانياً : أقسام المفلس :

ينقسم إلى قسمين : (١) تاجر فرد ، (٢) شركة^(٢) .

(١) المغني : ٢٩٢/٤ .

(٢) انظر الإفلاس لإلياس ناصيف : ص ١٠٩ .

المبحث الثالث أحكام المفلس في الفقه والنظام

أولاً : أحكام المفلس في الفقه :

وتنقسم إلى قسمين :

(١) أحكام المفلس إذا كان تاجراً فرداً (ويدخل فيه المؤسسات التجارية) :

إذا أحاط الدين بمال المدين وطلب الغرماء الحجر عليه ، وجب على الحاكم تفليسه عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وصاحبي أبي حنيفة ، وهو المفتي به عند الحنفية^(١) ، واشترط المالكية لوجوب ذلك ألا يمكن للغرماء الوصول إلى حقهم إلا به^(٢) ، أما إذا أمكن الوصول إلى حقهم بغير ذلك كبيع بعض ماله ، فإنه لا يصار إلى التفليس ، وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يفلس ، لأنه كامل الأهلية وفي الحجر عليه إهدار لآدميته^(٣) .

واستدل القائلون بتفليسه : بأن الكل مجمع على الحجر على الصغير لحظ نفسه وعلى المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث لحق الورثة فلأن الحجر عليه ويمنع من التصرف في أمواله لحق الغرماء أولى .

ومما يتصل بهذا الموضوع أنه هل يجوز للحاكم أن يبيع ماله جبراً عليه أو لا ؟ ذهب الجمهور إلى جواز ذلك مستدلين بحديث معاذ رضي الله عنه : " أن النبي ﷺ حجر عليه ، وباع ماله في دين كان عليه ، وقسمه بين غرمائه ... " ، وكذلك أثر أسيف : أنه كان يشتري الرواحل ، فيغالي بها ثم يسرع في السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب ﷺ فقال : " أما بعد ، أيها الناس فإن الأسيف جهينة رضي منه دينه وأمانته أن يقال : سبق الحاج إلا أنه قد أدان مغرضاً فأصبح وقد رين به فمن كان له دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه وإياكم والدين"^(٤) ، ولأنه محجور عليه محتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والمجنون ، قال أبو حنيفة : لا يباع جبراً عنه لأنه لا ولاية عليه في ماله ، إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدون أجبار ، لقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] ، واستثنى أبو حنيفة من ذلك أنه إذا كان دينه دراهم ، وفي المال دراهم دفعت للغريم جبراً ، وكذلك إن كان دينه دنانير وفي المال دنانير دفعت للدائنين جبراً ، وكذلك إذا كان عليه أحد النقدين وفي ماله النقد الآخر ، لأنهما كجنس واحد .

(١) المبسوط : ٢٦٥/٢٤ ، نصب الرأية : ٣٨٣/٥ ، شرح الزرقاني لمختصر خليل وحاشية البناني عليه : ٢٦١/٥ - ٢٦٥ :

بداية المجتهد : ٢٨٤/٢ ، ٢٨٥ ، شرح المنهاج بحاشية القليوبي : ٢٨٥/٢ : المغني : ٢٦٥/٤ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٨٤/٢ ، ٢٨٥ .

(٣) نصب الرأية : ٣٨٣/٥ .

(٤) أخرجه مالك والبيهقي : ٤٩/٦ ، الموطأ للإمام مالك : ٧٧٠/٢ ، وفيه جهالة كما في التاريخ الكبير للبخاري : ٣٢٨/٥ .

واستدل لذلك بأن الغريم إذا ظفر بمثل دينه أخذه جبراً ، فالحاكم أولى ، وهذا الاستثناء عنده من قبيل الاستحسان . ومما يتصل بهذا أن المدين المستغرق بالدين ، يحرم عليه ديانة كل تصرف يضر بالدائنين ، كما يحرم على الآخرين أن يتعاملوا معه بما يضر بدائنيه متى علموا^(١) .

ويستحب إظهار الحجر عليه وإشهاره لتجنب معاملته كي لا يستضر الناس بضياع أموالهم ، ولأنه ربما عزل الحاكم أو مات ، فيثبت الحجر عند الآخر فيمضيه ، ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان . ولأن الحجر تتعلق به أحكام ، وربما يقع التجاحد فيحتاج إلى إثباته^(٢) .

والإشهار والإعلان في زماننا هذا أوكد ، لئلا يقع التغيرير بمن يتعامل معه المفلس ، لاسيما مع انتشار التجارة وفشوها بين الناس ، وتتنوع أصنافها وأجناسها ، وتبعد أقطار أهلها .

آثار الحجر على المفلس :

إذا حجر القاضي على المفلس ، تعلق بذلك من الآثار ما يلي :

- أ. تتعلق حقوق الغرماء بماله ، ويمنع من الإقرار على ذلك المال والتصرف فيه .
- ب. انقطاع الطلب عنه بدين جديد بعد الحكم بالإفلاس ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] ، ولحديث معاذ السابق وفيه " خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك"^(٣) .
- ج. حلول الدين المؤجل في ذمة المدين ، وهو المشهور عند المالكية وقول للشافعي ورواية عن أحمد^(٤) .
- د. استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه ، وهو قول مالك والشافعي وأحمد ، وهو الراجح لقوله ﷺ : " من وجد ماله بعينه عند مفلس فهو أحق به"^(٥) .
- هـ. استحقاق بيع المال المفلس وقسمه بين الغرماء^(٦) .

(١) المبسوط : ٢٦٥/٢٤ ؛ نصب الراية : ٢٨٣/٥ ؛ شرح الزرقاني لمختصر خليل وحاشية البناني عليه : ٢٦١/٥ - ٢٦٥ ؛ بداية المجتهد : ٢٨٤/٢ ، ٢٨٥ ؛ شرح المنهاج بحاشية القليوبي : ٢٨٥/٢ ؛ المغني : ٢٦٥ .

(٢) المغني : ٢٦٥/٥ ؛ الفتاوى الهندية : ٦٢/٥ ؛ نهاية المحتاج : ٣٠٥/٤ .

(٣) مطالب أولى النهى : ٣٧٦/٣ ، ٤٤٢ ؛ حاشية القليوبي : ٢٨٦/٢ ؛ حاشية الدسوقي : ١٠١/٣ ؛ الفتاوى الهندية : ٦٢/٤ ، والحديث سبق تخريجه .

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل : ٢٧٦/٥ ؛ نهاية المحتاج للرملي : ٣٠٥/٤ ؛ المغني : ٤٣٥/٤ .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٨٢/٣ ؛ شرح المنهاج : ٢٩٣/٢ ؛ المغني : ٤٥٣/٤ ، والحديث سبق تخريجه .

(٦) أنظر المراجع السابقة .

ثانيا : أحكام المفلس في الفقه إذا كان شركة:

(١) **شركة الأموال** : وهي الشركة التي يتراضى فيها اثنان فأكثر على أن يشترك كل منهم بمبلغ معين في رأس المال للتجارة على أن يكون الربح أو الخسارة بينهما ويعتمد هذا النوع من الشركات على مشاركة رأس المال ، وشركة الأموال يجوز أن تكون مفاوضة أو عنان^(١) .

- شروط صحة شركة المفاوضة عند من رأى جوازها :

(١) أهلية الكفالة لكل واحد من الشريكين وذلك لأن كل واحد من

الشريكين يضمن الآخر في التجارة.

(٢) المساواة في رأس المال.

(٣) ألا يكون لأحد الشركاء مال خارج عن الشركة.

(٤) أن يتحد الشركاء في التصرف.

(٥) تساوي الشركاء في الدين فلا تصح بين المسلم والكافر.

(٦) أن تكون بلفظ المفاوضة^(٢) .

وعلى هذا فإن الشريك مفاوضة إذا استدان لصالح الشركة فإن الشريك الآخر يضمن وبالتالي إن لم يكن لهما وفاء فإنهما يفلسان كليهما ويعاملان معاملة المفلس الواحد في الحجر وباقي الأحكام ، وذلك لأن من شروط المفاوضة ألا يكون لأحد الشركاء مال خارج الشركة ، ويقاس عليها شركات التضامن .

(٢) **شركة العنان**: وهي عقد يلتزم فيه الشركاء بدفع حصة معينة من رأس المال ويكون الربح والخسارة على ما يتفقون عليه^(٣).

ففي هذه الشركة يتحمل كل شريك من ديون الشركة على قدر حصته في الشركة وبحسب ما اتفق عليه الشركاء- لأنهم قد يتفقون على أن يكون أحدهم مسؤولاً عن الدين والتصرف في الشركة- وبالتالي يكون دين الشركة عليه كأي دين آخر ويعامل كل من الشركاء إذا لم يكن له وفاء لدينه كالمفلس الفرد.ويمكن أن يقاس عليه الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، كما سيأتي تفصيله.

(٣) **شركة الأعمال**: وهي الشركة فيما يتقبلان بأبدانها في ذمتها من العمل^(٤).

^(١) بدائع الصنائع للكاساني : ٥٦/٦ - ٥٧ .

^(٢) فقه المعاملات لمحمد الفقي : ص ٢٩٣ - ٢٩٥ .

^(٣) الشركات في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص ٣١ .

^(٤) شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون للموسى ص ١٧٠ - ١٧٨ .

(٤) **شركة الوجوه** : وهي أن يشترك اثنان بوجهتهما في الشراء بالنسبة والبيع بالنقد والربح والخسارة بحسب ما اتفقنا عليه ، وهذه قد تكون شركة مفاوضة أو عنان^(١) ، وبالتالي يكون إفلاسها كإفلاس المفاوضة والعنان.

(٥) **شركة المضاربة**: وهي أن يكون المال من أحدهما والعمل من الآخر ويكون وكيلًا عن الآخر في ماله ، والربح بحسب ما اتفقنا عليه^٢. وتصرف المضارب لا يخلو من ثلاثة أحوال :

١. تصرف بمقتضى العقد : فهنا تكون مسؤولية الدين على رب المال ، لان المضارب وكيل وقد تصرف بما يقتضيه العقد من غير تقصير.

٢. تصرف لا بد له من إذن رب المال - ولو بصورة عامة كما لو قال في العقد : اعمل في هذا المال برأيك - كخلط مال المضاربة بمال ونحوه فهنا لا بد من إذن المضارب وإلا يضمن ذلك لأنه تصرف فيما لم يؤذن له فيه فيضمن ويعود الدين في ذمة المضارب..

٣. تصرف لا بد فيه في حالتين : ١- إن لم يكن هناك إذن من رب المال. ٢- إن كان هناك إذن ولكنه عام وتصرف في المال بما يحتاج معه إلى إذن خاص كالتبرع. (قال الشافعي) : الشريكين يفس أحدهما الآخر من الدين شيء إلا أن يقر أنه له بإذنه أو هما معا فيكون كدين أدانه له بإذنه بلا شركة كانت^٣.

ويقاس عليه المدير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، ومجلس الإدارة في الشركات المساهمة .

ثانياً : أحكام المفلس في النظام: وتنقسم إلى قسمين:

أولاً: أحكام المفلس إذا كان تاجراً فرداً:

نصت المواد (١٠٨ - ١٣٣) من نظام المحكمة التجارية (السعودي) على ما يلي:

١. إعلان الإفلاس إما أن يكون بطلب من المفلس مباشرة أو بطلب من أحد غرمائه م ١٠٨.

٢. يقدم المفلس دفاتره مع سندات الديون المطلوبة إلى المحكمة ثم على المحكمة بعد التدقيق في الدفاتر أن تدقق المفلس وتضعه تحت مراقبة الشرطة ، تقرر المحكمة الحجز عليه وإعلان إفلاسه وتعتبر تصرفاته القولية والفعالية غير نافذة من تاريخ قرار الإفلاس م ١٠٩ - ١١٠.

(١) المرجع السابق.

(٢) انظر هذه الحالات في (شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون) للموسى ص ١٣٠ - ١٣٦.

(٣) الأم ٢٠٦/٣.

٣. يقوم أمين المجلس وأمناء الديانة (سبق التعريف بهم) بحجز أموال المفلس المنقولة وغير المنقولة وبييعونها بالمزاد العلني م ١١٢ - ١١٤.
٤. كل من يوجد بيده رهن سواء كان عقاراً أو منقولاً فيبيع الرهن المذكور ويعطى للمرتهن كامل دينه من ثمن الرهن فإذا زاد شيء بعد مطلوب المرتهن يضم إلى موجودات المفلس، وإن نقص يرجع المرتهن بما ينقص على موجودات المفلس مع بقية الديانة بقدر ما ينقص م ١٢١.
- وبعد ذلك تجمع أثمان المبيعات والنقود والديون المتحصلة ويخصم منها جميع المصاريف والرسوم وما يبقى يجري توزيعه على الديانة (مع مراعاة ما أوردناه في حقوق المفلس) م ١٢٢.
٥. لكل فرد من الديانة الحق بمطالبة ما يتبقى له بعد توزيع موجودات المفلس على الديانة في أي وقت من الأوقات عند ظهور مال في يده مخالف لما يوجد في صك المصالحة أو جدول توزيع الديون وقوع إبراء عام أو خاص فإذا وجد فلا تسمع دعواه بعدئذ م ١٣٠.
٦. يمكن للمفلس الحقيقي إذا سدد ديونه الأصلية مع المصاريف أن يعيد اعتباره التجاري، ولا يعاد إلى المفلس الاحتياالي اعتباره، أما المفلس المقصر فيجوز إعادة اعتباره بعد أداء كافة ديونه وإجراء العقوبات اللازمة عليه م ١٣٢ - ١٣٣.

ثانياً: إفلاس الشركات:

وقبل الدخول في موضوع إفلاس الشركات في النظام لا بد من التعرف على أنواع الشركات في النظام وتعريف مبسطة لها.

أنواع الشركات في النظام:

- (١) شركة التضامن : هي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر مسؤولين بالتضامن في جميع أموالهم عن ديون الشركة .
- (٢) شركة التوصية البسيطة: هي الشركة التي تتكون من فريقين من الشركاء: فريق يضم على الأقل شريكا متضامنا مسؤولاً في جميع أمواله عن ديون الشركة، وفريق آخر يضم على الأقل شريكا موصياً مسؤولاً عن ديون الشركة بقدر حصته في رأس المال.
- (٣) شركة المساهمة: وهي الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية وقابلة للتداول، ولا يسأل الشركاء فيها إلا بقدر قيمة أسهمهم، ولا يجوز أن يقل عدد الشركاء فيها عن خمسة.

(٤) الشركات ذات المسؤولية المحدودة: هي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر مسؤولين عن ديون الشركة بقدر حصصهم في رأس المال ولا يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين^١.

إفلاس الشركات في النظام:

تنشأ عن إفلاس الشركات المفاعيل التالية بالنسبة لأي شخص له صفة الشريك:

(١) نص النظام التجاري السعودي على أن الإفلاس إذا وقع على الشركة المعبر عنها بشركة المفاوضة- فكما تحجز كافة أموال الشركة تحجز أيضاً أموال الشركاء المتضامنين لكونهم مسؤولين من جهة التضامن م ١١٠، ويكون ذلك - بالطبع- بعد إعلان الإفلاس المنصوص عليه في المادة ١٠٨، من نظام المحكمة التجارية (ويكون إعلان الإفلاس للشريك والشركة في الشركات المذكورة).

(٢) يحق لأمين التفليسة (أمين المجلس) في جميع الشركات- سواء كانت تضامنية أو مفاوضة أو مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة- أن يجبر الشركاء على إكمال دفع رأس المال حتى قبل موعد الاستحقاق المحدد في نظام الشركة ودون أن يلزم بإثبات حاجته لتكملة الموجودات هذه لتسديد دين الشركة.

(٣) يحق لأمين التفليسة استرداد أنصبة الأرباح الصورية وذلك باعتبار أن هذه الأرباح مقتطعة من رأس المال أو من الاحتياطي الإلزامي المعادل لرأس المال وذلك لما يمثله من ضمان عام الدائن .

(٤) إبطال تخفيض رأس المال إذا أدى للإضرار بحقوق الغير، أو لم يتم إعلانه ونشره حسبما هو مقرر في الإجراءات النظامية في تخفيض رأس المال .

(٥) إذا أقدم أعضاء المجلس الإدارة في الشركات المغفلة، أو المدير في شركات التوصية المساهمة أو الشركة المحدودة المسؤولية في أثناء قيامهم بإدارة الشركة على ارتكاب أعمال غش أو المخالفات لنظام الشركات المحدودة المسؤولية في أثناء قيامهم بإدارة الشركة على ارتكاب أعمال غش أو مخالفات لنظام الشركات أو نظام الشركة أو على ارتكاب أخطاء في الإدارة فإنه يحق للمحكمة التجارية - بناء على طلب أمين التفليسة أو المدعي العام- أن تقرر من تلقاء نفسها أن ديون الشركة يتحملها أعضاء مجلس الإدارة أو كل شخص سواهم موكل بإدارة أعمال الشركة أو مراقبتها وتعين المحكمة المبالغ التي يكونون مسؤولين عنها ولإسقاط

(١) الوجيز في النظام التجاري السعودي ص ١٥١، ١٧٨، ١٩٠، ٢٢٦

هذه التبعية عنهم يجب عليهم إقامة البينة^(١) على أنهم اعتنوا بإدارة الشركة اعتناء الوكيل المأجور (بذل العناية اللازمة).

(٦) شروط تحقق هذه المسؤولية (باختصار):

أ- صدور الحكم بإعلان إفلاس الشركة.

ب- ظهور عجز في موجودات الشركة.

ج- وجود الأخطاء في الإدارة.

(٧) المسؤولية الجزائية الناشئة عن إفلاس الشركة:

أ. عقوبة الإفلاس الاحتيالي على الأشخاص المذكورين أدناه وهم:

الشركاء المفوضون في شركة التوصية، والشركاء في شركة التضامن ومديرو شركة التوصية والشركة محدودة المسؤولية سواء كانوا من الشركاء أو من غيرهم، والمديرون وأعضاء مجلس الإدارة والوكلاء المفوضون وأعضاء مجالس المراقبة ومفوضو المحاسبة والموظفون في الشركات المتقدم ذكرها وفي الشركات المساهمة، أما الأعمال التي تقع المسؤولية الجزائية بسببها فهي كل الأعمال المنصوص عليها في المادة ١٠٧ من نظام المحكمة التجارية (سبق التطرق له في هذا البحث).

ب. الحكم بالإفلاس التقصيري: ويطبق على الأشخاص السابق ذكرهم في كل الأعمال المنصوص عليها في المادة ١٠٦ من نظام المحكمة التجارية سبق التطرق لها في هذا البحث .

(١) وهذا لا يسلم شرعاً لأنهم في هذه الحالة وكلاء بأجر وهو آمناء فلا يضمنون إلا بالتعدي ولا التفريط ولا يلزمهم إثبات عدم التعدي والتفريط، بل الأصل عدمه إلا أن يثبت العكس (الموسوعة الفقهية ١١/٣٢٤)

خاتمة

ومن خلال هذا البحث المختصر توصلت للنتائج التالية:

(١) **اتفق تعريف النظام والفقہ للمفلس ، على أنه :**

من استغرقت الديون جميع أمواله فعجز عن تأديتها.

(٢) **حقوق المفلس في الفقہ ، كالتالي:**

١. النفقة.

٢. بيع ماله بما هو أصلح له.

٣. حق المفلس في داره وفيه خلاف والراجح أنها لاتباع دار التي لا غنى له عن سكتها.

(٣) **حقوق المفلس في النظام :**

وله حقان :

١. مباشر وهو النفقة

٢. غير المباشر: تقديم إيجارات مسكنة وأجرة خادمة على بقية الديون.

(٤) **أقسام المفلس في الفقہ :**

لا يخلو :

١. إن عرف حاله وعدم قدرته على السداد أشهر إفلاسه وبيع ما لديه وتحاص الغرماء .

٢. أن جهل حاله حبس حتى يستبين أمره ، على خلاف بين المذاهب في التقسيم.

(٥) **أقسام الإفلاس في النظام:**

هو على ضربين:

أ- أقسام الإفلاس :

١- إفلاس حقيقي ٢- إفلاس تقصيري ٣- إفلاس احتيالي.

ب- أقسام المفلس:

١- تاجر فرد

٢- شركة

(٦) أحكام المفلس في الفقه

١. أحكام المفلس (إذا كان فردا) في الفقه: إذا ثبت الدين ولم يفر مال به بدينه فإن القاضي يجبر عليه وهو الراجح من أقوال العلماء ويترتب على هذا الحجر آثار:
 - أ. تعلق حقوق الغرماء بماله، ويمنع من الإقرار على ذلك المال والتصرف فيه.
 - ب. انقطاع المطالبة عنه بدين جديد بعد الحكم بالإفلاس، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ، ولحديث معاذ السابق وفيه " خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك".
 - ج. حلول الدين المؤجل في ذمة المدين وهو المشهور عند المالكية وقول الشافعي ورواية عن أحمد.
 - د. استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه وهو قول مالك والشافعي وأحمد وهو الراجح لقوله صلى الله عليه وسلم: " من وجد ماله بعينه عند مفلس فهو أحق به".
 - هـ. استحقاق بيع مال المفلس وقسمه بين الغرماء.
٢. أحكام المفلس إذا كان شركة : إفلاس كل شركة حسب نوعها.

(٧) أحكام المفلس في النظام

١. أحكام المفلس في النظام إذا كان تاجرا فرداً:
أبرز هذه الأحكام كما وردت في البحث:
إعلان الإفلاس وحجز الأموال المدين ببيع ممتلكاته في المزاد العلني .
٢. أحكام المفلس في النظام إذا كان شركة:
أبرز هذه الأحكام كما وردت بالبحث :
يحق لأمين التفليسة إجبار الشركاء على إكمال دفع رأس المال، ويحق لأمين التفليسة أيضا استرداد أنصبة الأرباح الصورية وإبطال تخفيض رأس المال، كما يحق للمحكمة تحميل كل من له صلة بالخسارة التي لحقت الشركة من الموظفين التابعين لها إذا ثبت تورطهم في أخطاء إدارية نتج عنها الإفلاس.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

مشروع قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي

يمكن أن نستخلص من النتيجتين رقم 6 ، 7 السابق الإشارة إليهما مشروع قرار كآتي :

إن مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته المنعقدة في ... بتاريخ قرر ما يلي : إن للمفلس أحكاما أبرزها :

أولا) إذا ثبت الدين ولم يف ماله بدينه فإن القاضي يحجر عليه ويترتب على هذا الحجر آثار:

أ) تعلق حقوق الغرماء بماله، ويمنع من الإقرار على ذلك المال أو التصرف فيه.

ب) انقطاع المطالبة عنه بدين جديد بعد الحكم بالإفلاس، وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ، ولحديث معاذ رضي الله عنه وفيه " خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك".

ج) حلول الدين المؤجل في ذمة المدين.

د) استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه وهو قول مالك والشافعي وأحمد وهو الراجح لقوله صلى الله عليه وسلم: " من وجد ماله بعينه عند مفلس فهو أحق به " .

هـ) إعلان الإفلاس وحجز أموال المدين السائلة والمنقولة والثابتة، وبيع ممتلكاته في المزاد العلني بكل طريق أحظ للغرماء ، وقسمة الحصيلة بين الغرماء محاصة على قدر ديونهم.

ثانيا) إذا كان المفلس شركة فيحق لأمين التفليسة إجبار الشركاء على إكمال دفع رأس المال، ويحق له أيضا استرداد أنصبة الأرباح الصورية وإبطال تخفيض رأس المال، كما يحق للمحكمة تحميل كل من له صلة بالخسارة التي لحقت الشركة من الشركاء أو الموظفين التابعين لها إذا ثبت تورطهم في أخطاء إدارية نتج عنها الإفلاس.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الإعسار في الفقه الإسلامي مقارنة مع الأنظمة الحقوقية

إعداد

الشيخ أحمد المبلغي

رئيس مركز الدراسات والبحوث

المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

الجمهورية الإسلامية الإيرانية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين وصحبه
الميامين

تدور هذه الورقة حول المحاور التالية:

- تعريف الإعسار.
- مقارنة الإعسار في الفقه مع الإعسار في القانون الوضعي.
- فرق الإعسار مع الإفلاس في إطار كل من الفقه والقانون الوضعي.
- أحكام المدين الموسر الممتنع عن أداء الدين.
- أحكام المدين الثابت إعساره.
- أحكام المدين المدعي للإعسار.
- اشترط أو عدم اشتراط الشهادة على الإعسار بالخبرة الباطنة.
- معاقبة المدين المعسر بعقوبة التبديد.

المحور الأول تعريف الإعسار في كل من الفقه والقانون الوضعي

أولاً: تعريف الإعسار في الفقه:

بما أن الوارد في الكتب الفقهية تعريف المعسر، فنحاول فهم معنى الإعسار عبر ما ورد من تعريفات للمعسر، فنقول: هناك تعريفات له يمكن تقسيمها إلى اتجاهات كالآتي:

الأول: ما ركز على عنصر "عدم وجود أي شيء من المال له": ويندرج تحت هذا الاتجاه تعريفان: أحدهما: تعريف الحنفية بأنه "من عدم المال أصلاً" وتعريف بعض الشافعية بأنه "من لا يملك شيئاً من المال"^١.

الثاني: ما ركز على عنصر "عدم المال" و"عدم الكسب": وهذا الاتجاه يتمثل في التعاريف التالية:

- ما ورد في الإنصاف للمرداوي بأنه "من لا شيء له ولا يقدر على شيء" من لا شيء له^٢
- تعريف الماوردي بأنه "من لا يقدر على النفقة من ملك ولا كسب"^٣
- تعريف بعض الإمامية بأنه "هو الذي لا يملك مالاً ولا يتمكن من التكسب"^٤.

وكان أصحاب هذا الاتجاه يقولون: لما كانت العسرة في قبال اليسار، فلا بد أن نطلق في تعريفه من المعنى الذي للييسار، وبما أن اليسار كما يتحقق بالقدرة على المال، يتحقق بالقدرة على تحصيله، (ولهذا منع القادر على التكسب من أخذ الزكاة، إلحاقاً له بالغني القادر على المال) فالعسرة ليس من الصحيح أن نتصور أنها تتحقق بمجرد عدم المال، بل لا بد من عدم القدرة على التكسب أيضاً.

الثالث: ما ركز على عنصر كون الخرج أكثر من الدخل: وقد تمثل ذلك في تعريف بعض الشافعية بأنه "هو من يزيد خرجه عن دخله"^٥

الرابع: ما ركز على عنصر عدم القدرة على أداء الدين: وهذا متمثل في التعاريف التالية:

^١ - رد المحتار ٤: ٣١٨.
^٢ - إعانة الطالبين ٤: ٦٣.
^٣ - الإنصاف، ٩: ٣٥٥.
^٤ - الحاوي الكبير، ١١: ١٠٤٠.
^٥ - راجع: مسالك الأفهام، ١٣: ٤٤٥.
^٦ - شرح المحلى على منهاج الطالبين، ٤: ٧٠.

- "من لا يقدر على أداء ما عليه من مال" ^١
- "من عليه الديون بحيث لا يفي بها ماله" ^٢
- تعريف الرازي له بأنه الذي "لا يجد في ملكه ما يؤديه بعينه، ولا يكون له ما لو باعه لأمكنه أداء الدين من ثمه" ^٣

وقال في توضيح ما تبناه في تعريفه هذا: "من وجد داراً وثياباً لا يعد في ذوي العسرة، إذا ما أمكنه بيعها وأداء ثمنها، ولا يجوز أن يحبس إلا قوت يوم لنفسه وعياله، وما لا بد لهم من كسوة لصلاتهم ودفع البرد والحر عنهم" ^٤

وقد يذكر لتوجيه هذا الاتجاه بأن المعسر ظاهر في الواقع في العسر، وإذا كان الإنسان لا يتمكن من وفاء دينه، فهو في عسر، ويشير إلى ذلك قوله تعالى: (فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)

الخامس: ما ركز على عنصر عدم امتلاك ما به الكفاية للعيش مع تحديد زمني في ذلك: وهذا متمثل في تعريفه بأنه "لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه" ^٥

الرأي المختار:

الذي ينبغي اختياره، هو الاتجاه الرابع، وذلك لأنه وإن كان الإعسار في الفقه يكون بمعنى أعم مما هو ملحوظ في باب الدين، كما هو معلوم، ولكننا إذا أردنا التركيز على المدين المعسر - كما يكون ذلك هو المطلوب والمقصود للبحث - وأن نقوم في إطار "مبحث الدين" بتعريف له، فلا بد من ذكر تعريف لوحظ فيه النظر إلى نسبته مع الدين.

هذا الاتجاه وإن كنا نقبله غير أن التعاريف المدرجة تحته، يمكن مناقشتها بأنها ربما تشمل المفلس - والذي يصدق على من له مال أحياناً ولكنه غير واثق لديونه - ومن هنا لا بد علينا من شيء من التصرف في هذه التعاريف، وفي هذا الإطار يمكننا أن نغير التعريف الأول مثلاً ونجعله بالصورة التالية: "المعسر من لا يقدر على أداء أي جزء مما عليه من مال". وبهذا القيد يبرز ما هو الفرق بين المعسر والمفلس.

ثانياً: تعريف الإعسار في القانون:

إن تعريف الإعسار في القانون يتوقف على بيان الاختلاف الأساسي في مقولة الإعسار بين الأنظمة القانونية، فنقول: إن مقولة الإعسار لم يتم النظر إليها بصورة واحدة، بل تختلف الأنظمة القانونية في ذلك ^٦، مما أمكن تقسيمها إلى اتجاهات ثلاثة:

^١ - مستمسك العروة، الحكيم، ١٣: ٣٩٦
^٢ - العزيز شرح الوجيز ٥: ٣، روضة الطالبين ٣: ٣٦٢. تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي، ١٤: ٥.
^٣ - تفسير الرازي، ٧: ١١٠ - ١١١.
^٤ - تفسير الرازي، ٧: ١١٠ - ١١١.
^٥ - الحدائق الناضرة، ٢٨: ٤٣٠، رياض المسائل، الطباطبائي، ٢: ٢١٥، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢: ١٨٧.
^٦ - أنظر: الوسيط، ٢: ١٢٠٤، الإعسار المدني والإفلاس التجاري: ٩.

الاتجاه الأول: اتجاه التطبيق لأحكام الإفلاس على التجار وعلى غير التجار: وهذا لبعض التشريعات مثل: النظام التشريعي لألمان، والانجلترا، وهولندا، والسويد، والنرويج، والدنمارك؛ حيث إن هذه التشريعات لا ترى إلا نظاماً واحداً، ألا وهو نظام الإفلاس التجاري، وهذا النظام يخضع له المدين المعسراً أياً كان، أي: سواء كان تاجراً أو غير تاجر.

وببيان آخر فان الإفلاس يقصد به في هذه الأنظمة ما يتناول كلاً من الإفلاس التجاري والإعسار المدني.

الاتجاه الثاني: اتجاه التركيز على تنظيم الإفلاس التجاري: وهذا الاتجاه التزمته سويسرا، حيث قام نظامها القانوني بأمور ثلاثة:

أولاً: تنظيم الإفلاس التجاري.

ثانياً: عدم تنظيم الإعسار المدني وإيكاله إلى إجراءات الحجز المعتادة.

ثالثاً: إخضاع بعض الطوائف من المدينين المعسرین لنظام الإفلاس التجاري على سبيل الإلزام، وهذا قد تم على الرغم مما كان لهذا الاتجاه من إيكاله للإعسار المدني إلى الإجراءات الحجزية المعتادة.

وهذان الاتجاهان قد انتقدهما السنهوري، فقال منتقداً للاتجاه الأول: "وعيب هذا النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من إجراءات لها ما يبررها في التعامل التجاري، ولكنها في المعاملات المدنية تعتبر قاسية في غير ضرورة"^١

أما انتقاده للاتجاه الثاني، فقال: "وعيب هذا النظام أنه لا يزال يترك الإعسار المدني دون تنظيم، ويقتصر على نقل بعض المدينين المعسرین إلى نظام الإفلاس التجاري ولا يتلائم هذا النظام في بعض إجراءاته مع ملابسات الإعسار المدني"^٢.

الاتجاه الثالث: اتجاه التفكيك بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري: وهذا للنظام الإسباني، وقد أخذت هذا الاتجاه أيضاً الأنظمة التقنية التالية:

- التقنين المصري؛ حيث قام تقنينه المدني الجديد بتنظيم الإعسار المدني في المواد ٢٦٤ - ٢٤٩، بصورة منفصلة عن الإفلاس التجاري.
- التقنين الإيراني، حيث تبنى الفصل بين هذين، وقد برز هذا الفصل في مادة ١٠ من قانون الإعسار، والمواد ٤١٢ إلى ٥٧٥ من قانون التجارة.
- التقنين العراقي؛ حيث قام تقنينه المدني بتنظيم الإعسار المدني في المواد ٢٧٠ - ٢٧٩.

^١ - الوسيط، ٢: ١٢٠٥.

^٢ - المصدر نفسه.

نعود الآن إلى تعريف الإعسار في القانون، فنقول: إن البحث عنه يأتي في إطار اتجاه التفكيك والفصل بين نظامي الإعسار المدني والإفلاس التجاري.

وقد عرف الإعسار في الحقوق بما يلي:

• الإعسار خلل يطرأ على الذمة المالية وتصير به مقوماتها السلبية أكثر من مقوماتها الإيجابية.

والذمة المالية هي التي تتضمن للشخص من حقوق وما عليه من واجبات، كما أن المقصود من المقومات السلبية ديونها ومن المقصود من المقومات الإيجابية هي حقوقها.

- إن الإعسار هي حالة صيرورة أموال المدين غير كافية لسداد حقوق دائنيه.
- هو إفلاس غير التاجر، وعجزه عن الوفاء بديونه.

والذي يمهّد الطريق للحصول على مفهوم الإعسار المدني بشكل دقيق، هو الانطلاق من تقسيمه إلى الإعسار الفعلي والإعسار القانوني.

وإليك تعريف كل من القسمين:

(١) الإعسار الفعلي:

جاء في تعريفه: "هي حالة واقعية تنشأ عن زيادة ديون المدين - سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت محققة الوجود - على حقوقه".^١

ولعل الأفضل أن يعرف هكذا: هي حالة تتسم بكونها موجودة فعلاً (وإن لم تكن هذه قانونية)، تحصل للمدين بسبب زيادة ديونه على حقوقه، حتى لو كانت هذه الديون غير مستحقة الأداء.

(٢) الإعسار القانوني:

هي حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه، ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة الإعسار.^٢

تحليل حول الفرق بين القسمين:

والحقيقة أن الإعسارين يشتركان في نقطة ويفترقان في نقطتين، أما النقطة التي يشتركان فيها، هي أن تحقق كل منهما منوط بتوفر عنصر "زيادة الديون على الحقوق" بمعنى أنه ما دام لم تحقق هذه الزيادة، لا تحصل حالة الإعسار، وأما النقطتان اللتان تفترقان فيهما فأوليتهما هي أن الديون التي تتصف بوصف الزيادة في الإعسار الفعلي ليس من اللازم أن تكون ديوناً مستحقة الأداء، بل لو كانت غير مستحقة الأداء تحصل بها

^١ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للسنهوري ١٢٠٩/٢.

^٢ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للسنهوري ١٢٠٩/٢.

أيضاً حالة الإعسار بخلاف الإعسار القانوني فإنه من اللازم في تحققه أن تزيد الديون المستحقة الأداء الحقوق، وثانيتها هي أن يصدر حكم من القاضي بشهر إعسار المدين، وهذه هي التي تعطي إليه وصف كونه قانونية.

ومن منطلق هاتين النقطتين - اللتين تفترقان فيهما - حصلت فروق أخرى بينهما لعل من أهمها الفرقين التاليين:

• فرقهما من حيث انتهاء الإعسار، وهذا الفرق هو أن الإعسار القانوني قد ينتهي من دون أن ينتهي الإعسار الفعلي؛ وذلك في موردين:

أولاً: بموجب حكم في صورة ما إذا وفي المدين المعسر ديونه الحالة، والتي هي الأساس في تكون حالة الإعسار القانوني.

وثانياً: بقوة القانون فيما إذا انقضت خمس سنوات على شهر الإعسار.

ووجه بقاء الإعسار الفعلي رغم انتهاء الإعسار القانوني، هو بقاء ما هو عامل هذا الإعسار، وهذا العامل ليس إلا كون ديون المدين أكثر من حقوقه.

ومن هنا صح أن يقال: إن الإعسار القانوني قد يقع بحيث يكون قبله وبعده إعسار فعلي، أي: يقع وهو محضوف بالإعسار الفعلي.

• فرقهما من حيث منع المعسر من التصرف، بمعنى أنه في الإعسار الفعلي لا يمنع المعسر عن التصرف في أمواله، بينما في الإعسار القانوني يتم مثل هذا المنع. وهناك فرق مهم آخر وهو فرقهما من حيث المعاقبة بعقوبة التبديد سوف يأتي بحثه.

المحور الثاني

مقارنة الإعسار في الفقه مع الإعسار في القانون الوضعي

هناك نقطتان أمكنت فيهما هذه المقارنة:

(١) إن الإعسار الفقهي يختلف عن الإعسار في القانون الوضعي من جانبين:

أولاً: الجانب المفهومي:

ذلك أنه يقصد بالإعسار الفقهي عدم قدرة المدين على أداء أي جزء من ديونه، لا من طريق المال ولا الكسب، بينما الإعسار في القانون الوضعي يقصد به صيرورة أموال المدين غير كافية لسداد حقوق دائنيه.

ثانياً: الجانب التنظيمي:

ذلك أن للإعسار في القانون الوضعي قسمين: إعسار فعلي وإعسار قانوني، والإعسار في الفقه ليس له مثل هذا التنظيم والتقسيم.

وفي إطار النظر إلى هذا التقسيم، صح القول: إن الإعسار القانوني (والذي هو أحد قسمي الإعسار في القانون) قريب من "الإفلاس الفقهي الذي تم بعد تحققه الحكم بالحجر على المفلس"، حيث إن تعريف الإعسار القانوني هو أنه "حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه، مع صدور شهر من جانب القاضي" واقترب هذا المضمون من المضمون الذي يتضمنه تعريف الإفلاس الفقهي مما لا يخفى، فإن الإفلاس الفقهي قد عرف بزيادة الديون الحالة للمدين على أمواله.

(٢) إنه في الفقه الإسلامي يكون "الحكم بالحجر" مختصاً بالمفلس دون المعسر، بينما لا يوجد هذا الاختصاص به في القانون الوضعي، بل كما يوجد فيه الحكم بشهر الإفلاس، يوجد فيه الحكم بشهر الإعسار أيضاً.

هذا ولكن يمكن القول: إن الإعسار في القانون الوضعي (الذي يصدر الحكم بشهره) لا يعادل الإعسار الفقهي، بل - كما قلنا سابقاً - يقترب من الإفلاس الفقهي؛ حيث إن الإعسار القانوني "حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه، مع حكم بالشهر" وهذا قريب من الإفلاس الفقهي (فيما لو ترتب عليه الحكم بالحجر)، والذي تعريفه "زيادة الديون الحالة للمدين على أمواله".

المحور الثالث

فرق الإعسار مع الإفلاس في إطار كل من الفقه والقانون الوضعي

وفيما يلي نبحث عن أمور أربعة:

أولاً: تعريف مصطلح الإفلاس في الفقه:

قد برزت وجهات النظر للفقهاء حول تعريف الإفلاس في قالب ما قاموا به من ذكر تعريفات للمفلس، فنقول: هناك تعريفات حول المفلس ذكرها الفقهاء، وهي كالآتي:

التعريف الأول: ما ذكره فقهاء الحنبلية^١، وهو "من لزمه أكثر مما له".

التعريف الثاني: ما ذكره فقهاء من الشافعية^٢ والأمامية^٣ وهو "من عليه ديون لا يفي بها ماله".

التعريف الثالث: ما ذكره بعض الفقهاء من الشافعية^٤، وهو: "من عليه ديون حالة زائدة على ماله"

التعريف الرابع: ما ذكره بعض الفقهاء من الإمامية^٥، وهو: "من عليه ديون حالة وماله لا يفي بها".

ويكون للتعريف الثالث والرابع مضمون واحد، ويرجحان على التعريفين الأولين بلحاظ أنهما يتضمنان قيد "حالة".

ثانياً: تعريف مصطلح الإفلاس في القانون:

هناك تعريفات ذكرت للإفلاس:

الأول: هو "حالة التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية"^٦

الثاني: هو "توقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها، بغض النظر عما إذا كان المدين موسراً أو معسراً، كثرت أمواله أو قلت"^٧.

الثالث: هو "طريق للتنفيذ على مال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية"^٨

^١ - الفروع في الفقه الحنبلي، ١: ٤٨.

^٢ - فتح العزيز، الرافي، ١٠: ١٩٦، روضة الطالبين، النووي، ٣: ٣٦٢.

^٣ - قواعد الأحكام، ٢: ١٤٢، إيضاح الفوائد، فخر المحققين، ٢: ٦٤.

^٤ - مغني المحتاج، الشربيني، ٢: ١٤٦.

^٥ - الجامع للشرائع، يحيى بن سعيد: ٣٦١.

^٦ - الوسيط في الحقوق البرية، أنطاكي، ٢: ٦٢٩.

^٧ - الأوراق التجارية والإفلاس، طه: ٣٣٦.

^٨ - أحكام الإفلاس والصلح الواقعي، العكيلي: ٩.

ثالثاً: الفرق بين مصطلحي الإعسار والإفلاس من منظور فقهي:
هنا نواجه فروقاً، وهي ما يلي:

أولاً: الفرق بينهما من حيث السعة والضيق المفهومين:

إن الإعسار تكون دائرة مفهومه أوسع من دائرة مفهوم الإفلاس، بحيث كانت النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، فكل معسر مفلس، وليس كل مفلس معسر، حيث إن المدين المعسر هو الذي إما لم يبق لديه مال أصلاً، أو أنه لو بقي لديه شيء، فإنما هو مال قليل جداً لا يكفيه إلا ليوم واحد فقط، وأيا كان من هذين، فهو لا يقدر أن يؤدي أي شيء من ديونه، بخلاف المفلس، فإنه ربما يملك مالاً غير أن مشكلته تكمن في أن ديونه تزيد على هذا المال الذي لديه، وعليه فكل مدين كان معسراً فهو حتماً مفلس، ولكن العكس غير صحيح فإنه يمكن أن يكون المدين مفلساً ومع ذلك ليس هو معسراً.

ثانياً: الفرق بينهما من حيث المسبوقية باليسار أو عدمها:

إن الإعسار تكون دائرة تحققه أوسع من دائرة تحقق الإفلاس، بحيث إن الإعسار يتحقق سواء كان مسبقاً بحالة اليسار أم لم يكن مسبقاً بها، بخلاف الإفلاس فإنه لا يتحقق إلا وأن كان مسبقاً بحالة اليسار.

ثالثاً: فرقهما من حيث الحكم:

(أ) اختصاص حكم الحجر بالمفلس دون المعسر: وليس ذلك إلا لأن الحجر تكون فلسفته عبارة عن منع المدين من التصرف في ماله حتى لا يتضرر الدائنون، وكما هو معلوم فإن المعسر ليس لديه مال ولا كسب حتى يحاول الحفاظ على هذا المال أو ما يكتسبه عبر الحجر عليه.

(ب) اختلافهما من حيث ماهية الحبس الذي يشتركان فيه كحكم شرعي: حيث إنه في الإعسار لا يأتي الحكم بالحبس إلا لمن كان مدعياً للإعسار، فيحبس بهدف كشف الواقع، بينما الإفلاس يتم الحكم بالحبس فيه بهدف الضغط على المفلس لكي يؤدي ديونه.

رابعاً: الفرق بين مصطلحي الإعسار والإفلاس من منظور قانوني:

إن النقاط التالية تعكس النسبة أو الفرق بين المصطلحين:

الأولى: أن الإفلاس يكون التركيز فيه على "التصفية الجماعية" لأموال المدين، بينما الإعسار يكون التركيز فيه على "الملاحقة الفردية".

الثانية: يختص كل من نظامي الإعسار والإفلاس بغير ما كان الآخر يختص به، فالإفلاس نظام خاص بالتجار بينما الإعسار نظام خاص بغير التجار.

الثالثة: أنه يختلف العنصر البارز الذي يقوم كل منهما على أساسه، فعنصر "توقف التاجر عن دفع ديونه" هو العنصر البارز الذي يقوم على أساسه الإفلاس، بينما العنصر البارز الذي يقوم على أساسه الإعسار هو "زيادة الديون على الحقوق".

الرابعة: أن التركيز على "الديون" وإن كان يشترك فيه الإفلاس والإعسار، غير أنه تختلفان في نوعية الديون، فالديون التي يركز عليها في الإفلاس هي ديون تجارية، بينهما الديون في الإعسار هي ديون مدنية. وانطلاقاً من ذلك، لو أن الديون المدنية أحاطت بأموال التاجر، فإن الذي يطبق عليه هو نظام الإعسار، لا نظام الإفلاس.

الخامسة: أن دائرة تطبيق الإعسار أعم من دائرة تطبيق الإفلاس؛ ذلك أن من يطبق عليه نظام الإعسار ليس هو فقط غير التاجر، بل حتى يطبق أيضاً على التاجر فيما إذا أحاطته الديون المدنية، لا التجارية، كما ذكر سابقاً.

السادسة: أن دائرة تطبيق الإعسار وإن كانت أعم من دائرة تطبيق الإفلاس، (كما ذكرنا سابقاً)؛ غير أن دائرة ما يترتب على شهر الإفلاس أعم من دائرة ما يترتب على شهر الإعسار، وهذه الأعمية تبرز في موارد، منها ما يلي:

- أن الحقوق التي تسقط بشهر الإفلاس أعم من دائرة الحقوق التي تسقط بشهر الإعسار، ذلك أن الحقوق السياسية داخلية في دائرة الحقوق التي تسقط بشهر الإفلاس، وليست داخلية في دائرة ما يسقط من الحقوق بسبب شهر الإعسار، فإن المدين المعسر بالإعسار القانوني، تبقى حقوقه السياسية على حالها.
- أن الإعسار والإفلاس وإن كانا مشتركين في تضمنهما لصدور الحكم بالمنع، غير أن المنع في الإفلاس هو منع مطلق يشمل حتى إدارة المفلس لأمواله والتصرف بها، بينما المنع في الإعسار لا يتوجه إلى إدارة المعسر لأمواله والتصرف بها، بل الذي هو متعلق بالمنع في الإعسار لا يعدو عن الأموال المحجوزة التي يمتنع على المعسر إنقاصها أو تبديدها.
- أن حكم الإفلاس يترتب على صدوره وقف سريان فوائد الديون العادية بالنسبة إلى الدائنين.
- أنه يترتب على شهر الإفلاس سقوط آجال جميع ديون المفلس النقدية، سواء كانت عادية أو مضمونة بامتياز عام أو خاص.
- أنه في نظام الإفلاس تتشكل وتتكون "جماعة الدائنين" تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ولا يتم ذلك في نظام الإعسار.

السابعة: أن الإفلاس والإعسار القانوني (والذي هو أحد نوعي الإعسار) وإن كانا مشتركين في ابتائهما على الحكم بالشهر (حيث إن حكم بشهر الإفلاس أو بشهر

الإعسار من مقومات تحقق الإفلاس أو هذا النوع من الإعسار)، غير أن صدور هذا الحكم في الإفلاس (أي: شهر إفلاس التاجر) يتم إذا حصل عنصر "التوقف"، أي: توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية، من دون ابتداء ذلك على أن تكون ديونه أكثر من أمواله، بينما صدوره في الإفلاس (أي: شهر إعسار المدين) يتم إذا حصلت حالة زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على أمواله.

ذلك أن نظام الإعسار ليس من يطبق عليه هو غير التاجر فقط، بل يطبق أيضاً على التاجر، فيما إذا أحاطته الديون المدنية، لا التجارية، كما ذكر سابقاً.

الثامنة: أن الإفلاس والإعسار وإن كانا مشتركين في كون الحكم بالشهر فيهما حاصلًا من جانب المحكمة، غير أنهما يختلفان في ذلك من جهتين:

أولاً: أن الحكم بالإفلاس غير منوط بطلب الدائنين، بل للمحكمة المبادرة بذلك، بينما الحكم بالإعسار لا يتم إلا على أساس طلبهم.

ثانياً: أنه في حالة الإفلاس لا تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية في الحكم بالإفلاس، بل عليها إصدار هذا الحكم إذا توفرت شروط الإفلاس، بينما المحكمة تتمتع في حالة الإعسار مثل هذه السلطة، فلها أن ترفض الحكم بالإعسار فيما إذا توفرت الظروف المبررة له.

المحور الرابع أحكام المدين الموسر الممتنع عن أداء الدين

ولا اعتبار كون المدين من هذا القسم، لا فرق بين أن كان المدين ممن قد أحرز عدم كونه معسراً من جهة إقراره بعدم الإعسار، أو أن كان ممن تبدو عليه حالة عدم الإعسار واضحة من دون حاجة إلى إقراره.

وتتصور في حكمه فروض:

(أ) **لزوم أن يقوم الحاكم بما يجعله يرجع عن الامتناع:** ويرى أصحاب هذا القول أن

مثل ذلك لا يلزم حبسه رأساً، بل تسبق هذه العملية مرحلتان تأتي الواحدة بعد الأخرى، وهي: إجباره على الأداء، فإن ماطل وأصر على الامتناع، فتأتي المرحلة التالية، وهي: عقوبته بمثل التغليظ عليه في القول كرفع الصوت عليه ونحوه، فإن ماطل فتأتي مرحلة حبسه حتى يرجع عن امتناعه عن الأداء^١.

(ب) **لزوم حبسه:** وهذا الحكم - سواء أكان الحبس رأساً أو أنه كمرحلة ثالثة

تسبقها مرحلتا الإجمار والتغليظ - هو في الحقيقة حكم يترتب على تحقق "عنصر الامتناع عن أداء الدين". وبتعبير آخر هو حكم، موضوعه "المتنع عن أداء الدين"، وعليه فلا يترتب هذا الحكم مع عدم تحقق هذا العنصر في الخارج، وإن كان كارهاً للوفاء في الباطن^٢.

(ج) **لزوم المنع عن التصرف:** حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن ما ورد من الأخبار عن

حبسه ليس بمعنى حبس شخصه، بل بمعنى منعه عن التصرف. وقد احتمل ذلك صاحب الجواهر، حيث قال عن الرواية التي وردت في أن الإمام علياً كان يحبس الرجل إذا التوى على غرماؤه، قال: "لعل المراد من قوله: يحبس، المنع من التصرف"^٣

الرأي المختار:

يبدو أن الصحيح هو الرأي الأول الذي يركز على الحبس إذا لم تؤثر فيه الطرق الأخرى في حمله على أداء دينه. ويمكن أن يستدل على صحة هذا الرأي بدليل يتكوّن من نقطتين:

الأولى: أن المراد من الحبس هنا، هو ما يسمى في القانون بالحبس التنفيذي، والحبس التنفيذي يمكن تعريفه بأنه "هو الحبس الذي لا يكون عقوبة رغم تضمينه لمفهوم

^١ - راجع: العروة الوثقى، السيد اليزدي، ٦: ٤٨٥.

^٢ - راجع: بلغة الفقيه، بحر العلوم، ٣: ٢٥٨.

^٣ - جواهر الكلام، الشيخ الجواهري، ٢٥: ٢٨١.

حجز الحرية، بل هو في واقعه عبارة عن عملية حرمان المدين من حريته بصورة مؤقتة، كوسيلة للضغط عليه بهدف حمله على تنفيذ ما عليه من الالتزام بالوفاء بالدين".

والثانية: أن الحبس التنفيذي هو حق استثنائي شرع للدائن لكي يتمكن عبه من الضغط على مدينه وإجباره على الوفاء، وهذا الحق بما أنه يتضمن المساس بكرامة المدين، فهو إنما يثبت فيما إذا لم يكن هناك وسيلة أخرى أمامه للضغط عليه.

المحور الخامس أحكام المدين الثابت إعساره

وهو الذي يعبر عنه بالمعسر. نتناول هنا حكم موضوعات ثلاثة تتعلق بالمدين المعسر، وهي:

- (أ) حبسه
 - (ب) مطالبته
 - (ج) ج. ملازمته
- (أ) حبس المعسر:

إذا ثبت إعسار المدين، فهل يجوز للحاكم حبسه؟ اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على عدم جواز حبسه.^١

وهذا الحكم الفقهي المتفق عليه ينطلق من أن الحبس عندهم إما للعقوبة، إذ أن حبس العقوبة متفرع على ارتكاب الجريمة، فلا يصح أن يحكم به المعسر؛ فإن عدم أدائه للمدين لا يعد جريمة، أو لاستظهار حال المدين من حيث الإعسار وعدمه، وبما أن المعسر هو الذي ثبت إعساره، وليس الذي جهل حاله من حيث الإعسار وعدمه، فلا يصح أن يحكم عليه بالحبس الاستظهارى، ومن هنا قال بعض الفقهاء: "حبس المفلس لثبوت عسره - إن جهل حاله - لا إن علم عسره".^٢

بل الأمر بالنسبة إلى المعسر، أكثر من ذلك، حيث إن "حبس المعسر لا فائدة فيه؛ لأنه لا يتوقع منه وفاء ما دام محبوساً، ويظنُّ منه الوفاء إذا لم يحبس؛ لِأَنَّهُ قد يكتسب ما يستعين به على وفاء الدين".^٣

ولعله لذلك كله، قال بعض الفقهاء: "إن حبس المعسر ظلم".^٤

وعلى أية حال فإن الذي ذكر (من عدم معقولية لحاظ كل من نوعي الحبس بالنسبة إلى المعسر) يشكل بنفسه وجهاً يثبت به القول بعدم جواز حبس المفلس، غير أن هذا الوجه ليس هو الدليل الوحيد على هذا القول، بل هناك وجوه أخرى ذكرت لإثبات هذا القول، تجدر الإشارة إليها، وهي كالآتي:

^١ - راجع: بلغة السالك ٣: ٢٣٢، حاشية الدسوقي ٣: ٢٧٨، نهاية المحتاج في شرح المنهاج ١٥: ٩٦. شرائع الإسلام، المحقق الحلي، ٢: ٣٤٩، كفاية الأحكام، المحقق السبزواري، ١: ٥٧٧، جواهر الكلام، الشيخ الجواهري، ٣٥٢: ٢٥.

^٢ - الشرح الكبير للدردير، ٣: ٢٧٨، بلغة السالك ٣: ٢٣٢، حاشية الدسوقي ٣: ٢٧٨.

^٣ - نهاية المحتاج في شرح المنهاج ١٥: ٩٦.

^٤ - الشرح الكبير، عبدالرحمن بن قدامة، ٢: ٨٣، كشاف القناع، البهوتي، ١: ٦٠٥.

أولاً: قوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)، حيث تدل على وجوب الإنظار.^١

ثانياً: ما روي من (أن الإمام علياً كان يحبس في الدين، فإذا تبين له إفلاس وحاجة خلى سبيله حتى يستفيد مالا).^٢

ثالثاً: ما روي من (أن امرأة استعدت علياً على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه، وقال: إن مع العسر يسراً)^٣

رابعاً: ما روي من (أن الإمام علياً كان لا يحبس في السجن إلا ثلاثة: الغاصب ومن أكل مال اليتيم ومن أوتمن على أمانة فذهب بها، وإن وجد له شيئاً باعه غائباً أو شاهداً)^٤

وقد استشكل على الاستدلال بهذه الرواية الثالثة:

أولاً: بمعلومية بطلان الحصر فيها بالاجماع وغيره.

وثانياً: بمنافاتها مع ما يدل من النصوص على الحبس في الدين.^٥

(ب) مطالبة المعسر بأن يؤجر نفسه:

لو قلنا بعدم جواز الحبس فهل للغرماء مطالبته بأن يؤجر نفسه بما يفي ما استحق عليه؟ هناك أقوال ثلاثة:

الأول: ليس للغرماء هذه المطالبة:

وهذا قول فقهاء جميع المذاهب الأربعة^٦ والأكثرية الغالبة من فقهاء الإمامية. قالوا: إنه ليس للغرماء بأن يطالبوه بأن يؤجر نفسه، ويكتسب لإيوائهم. وقد استدلوا لذلك بأدلة:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾، بأن يقال: إن جملة "فنظرة إلى ميسرة" جواب الشرط، والخبر محذوف، والتقدير: فنظرة له وهذه جملة خبرية خرجت مخرج الأمر^٧، أي فإن كان معسراً، فانظروه إلى وقت الميسرة، وهو أبلغ من صريح الأمر، لأن المتكلم لشدة طلبه نزل المطلوب بمنزلة الواقع لا محالة^٨ فكانت مطالبة المعسر مع إثبات عسره مخالفة للأمر، ومخالفة المأمور محظور.

^١ فتح العزيز، عبدالكريم الرافعي، ١٠: ٢٢٨، مغني المحتاج، الشرييني، ٢: ١٥٦، جواهر العقود، ١: ١٣٠، غنية

النزوع، ابن زهرة: ٢٤٩.

^٢ وسائل الشيعة، ١٨: ٤١٨.

^٣ الكافي في الفقه: ٣٣١.

^٤ وسائل الشيعة، ٢٧: ٢٩٥.

^٥ جواهر الكلام، ٤٠: ١٦٥.

^٦ المغني، لابن قدامة: ٤/٤٩٩؛ وكشاف القناع: ٣/٤١٨؛ والمبسوط: ٢٤/١٦٤؛ ونهاية المحتاج: ٤/٣١٩؛ وشرح

السنة، للبيهقي: ٨/١٩٥؛ والنووي على مسلم: ١٠/٢١٨؛ والمنتقى، للبايجي: ٥/٦٦ وأنظر: مجلة مجمع الفقه

الإسلامي، ٧: ٥٩٤.

^٧ أنظر: شرح الكوكب المنير، ٣: ٣٢.

^٨ أنظر: شرح الكوكب المنير، ٣: ٣٢.

الدليل الثاني: كون هذه المطالبة ظلماً:

قال ابن العربي المالكي: "إذا لم يكن المديان غنياً، فمطله عدل، وينقلب الحال على الغريم، فتكون مطالبته ظلماً."^١

الدليل الثالث: كون الخطاب مرتفعاً عنه حتى يوسر. قال القاضي أبو الوليد بن رشد: "لأن المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء، فإذا ثبت الإعسار، فلا سبيل إلى المطالبة، ولا إلى الحبس بالدين، لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر"^٢

الدليل الرابع: الأصل. والمقصود أنه مع الشك في وجوب أن يكون أجيراً أو تسليم نفسه ليؤجره حتى يؤدي دينه، فالأصل عدم الوجوب.^٣

القول الثاني: للغرماء مثل هذه المطالبة. وهذا قول الشيخ الطوسي من الإمامية في أحد كتبه، وقد استدل برواية تحكي عن أن الإمام علي "كان يحبس في الدين، ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم وأجره وإن شئتم استعملوه"

وقد رد أصحاب القول الأول من الإمامية الاستدلال بهذه الرواية، بأن هناك روايتين أخريين تدلان على أن الذي فعله الإمام هو غير ذلك، وهما:

• الرواية الحاكية أنه "كان يحبس في الدين، فإذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا"^٤

• الرواية القائلة "إن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى - أي: الإمام - أن يحبسه وقال: إن مع العسر يسراً"

وقد أفاد صاحب الجواهر في إثبات ضرورة الأخذ بهذه الطائفة من الروايات (التي تدل على أنه كان الإمام لا يحبس) بأنها: "أشهرهما عملاً، وأصحهما سنداً، وأكثرهما عدداً، وأوفقهما بالأصل والكتاب"^٥.

ومقصوده بالموافقة مع الكتاب موافقتها مع آية الإنظار.

وذهب البعض من الفقهاء إلى أن الرواية الأولى غير مخالفة للكتاب، حيث إن المتمكن من العمل ليس معسراً، ولذا لا يستحق المتمكن من العمل الزكاة؛ لأنه واجد للمال بالقوة. بينما البعض الآخر ربط مسألة موافقة الرواية الأولى مع الآية وعدمها بالمعنى

^١ - أنظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٧: ٥٩٤.

^٢ - المقدمات الممهدة، ٢: ٣٠٦، وأنظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٧: ٥٩٤.

^٣ - كتاب القضاء، الگل پاي گاني، ١: ٢٩٤.

^٤ - وسائل الشريعة: ١٣: ١٤٨.

^٥ - وسائل الشريعة: ١٣: ١٤٨.

^٦ - جواهر الكلام، ٤٠: ١٦٥.

الذي للفظ "المعسر"، بأن نقول: إن ذهبنا إلى أنه ظاهر فيمن ليس واجداً للمال فعلاً، سواء تمكن من تحصيله بسهولة أو لا؟ فتوافق هذه الرواية - أي: الأولى - لظاهر الكتاب، وإن ذهبنا إلى أنه ظاهر فيمن ليس واجداً للمال، ولو بالقوة لم توافقه، وبما أن الحق هو أن "المعسر" هو الذي ليس عنده مال ولا يمكنه تحصيله، (انطلاقاً من أن أكثر الناس يحصلون مؤونتهم عن طريق العمل وإجارة أنفسهم في مختلف الصنائع والحرف والأشغال) فليست الرواية مخالفة له، غير أنها تخالف الكتاب من جهة أخرى، وذلك أنها تدل على تسليمه إلى الغرماء وليس في الكتاب دلالة على ذلك.^١

القول الثالث: التفصيل بين ما إذا كان يتمكن من العمل فيستعمل، وما إذا كان عاجزاً عن العمل فينظر حتى حصول الميسرة. وهذا رأي ابن حمزة من الإمامية. ودليل هذا الرأي حمل الرواية الدالة على تسليمه إلى الغرماء على ما إذا كان الشخص متمكناً من جهة، وتعريف المعسر بمن ليس له المال ولا يتمكن من تحصيله من جهة أخرى.

(ج) ملازمة الغرماء للمعسر

وفيها قولان:

القول الأول: لا يجوز للغرماء ذلك: وهذا قول الحنابلة والمالكية والإمامية، قالوا: يحرم ملازمته. وقد استدل عليه بالوجوه التالية:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^٢، حيث إنه تعالى أوجب في هذه الآية إنظار المعسر إلى الميسرة، وملازمته تمنع من إنظاره^٣، بل وجب على الحاكم المنع من ذلك إلى أن يستفيد مالاً.

ثانياً: الرواية النبوية (لغرماء الرجل الذي أصيب بما ابتاعه من الثمار: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك)^٤، من جهة أنه لم يذكر الملازمة. بل روي "لا سبيل لكم عليه"^٥

ثالثاً: أن كل من لم تكن له المطالبة بدينه لم يكن له الملازمة به كالدين المؤجل.

القول الثاني: يجوز الملازمة:

وهذا قول الحنفية، لكنها ليست ملازمة مطلقة، بل هي مقيدة بالقيود التالية:

أولاً: أن يلازمه في مكان معين، بل له أن يدور معه حيث دار.

ثانياً: أن لا يلازمه في المسجد، لانه بني للذكر.

^١ - كتاب القضاء، الگل پاي گاني، ١: ٢٩٤.

^٢ - البقرة ٢٨٠.

^٣ - الحاوي في فقه الشافعي، ٦: ٣٣٥.

^٤ - مسند أحمد بن حنبل: ٣ / ٣٦ و ٥٨، كنز العمال: ٤ / ٢٧٨ برقم ١٠٤٨٠.

^٥ - الحاوي في فقه الشافعي، ٦: ٣٣٥.

ثالثاً: أن لا يمنعه من دخول داره.

رابعاً: أن لا يقيمه في الشمس، أو على الثلج، أو في موضع يضر به.

خامساً: أن لا يمنعه من عمل يكتسب منه رزقه، بل يلازمه وهو يعمل، وقال الإمام أبو حنيفة: "لهم أن يلازموه لا على جهة التعطيل عن مكاسبه، ولكن لحفظه ومنعه من الهرب."

سادساً: أن لا تكون الملازمة بحيث تخشى الفتنة، وخوف الفتنة إنما يحصل في مثل ما إذا كان المدين امرأةً والطالب رجلاً، فإنه حينئذ - وإن كانت له أن يلازمها في مثل السوق ونحوه - إلا أن ملازمتها في غير مثله ربما توجب أن تخشى الفتنة، فيوكل في هذه الصورة امرأةً بأن تلازمها^١.

وقد استدلوا على جواز الملازمة بقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم "إن لصاحب الحق يداً ومقالاً".

وقد رد القائلون بعدم جواز الملازمة، هذا الاستدلال بأن هذا الخبر محمول على الموسر، لأنه جمع فيه بين اليد في الملازمة والمقال في المطالبة، فلما استحقت المطالبة على الموسر دون المعسر كذلك الملازمة^٢.

^١ - راجع: تكملة حاشية رد المحتار ٢: ٦٢، الموسوعة الكويتية.

^٢ - الحاوي في فقه الشافعي: ٣٤.

المحور السادس المدين المدعي للإعسار

ثمة اتجاهان للدخول في هذا البحث، وكيفية دراسته:

- (١) اتجاه التركيز على تقسيمه من زاوية النظر إلى الحال السابق للمدين.
- (٢) اتجاه التركيز على تقسيمه من زاوية النظر إلى حاله فعلاً.

أما الاتجاه الأول فقد ذهب إلى التقسيم التالي:

- ما إذا كان مسبقاً بالإعسار.
- ما إذا كان مسبقاً بالإيسار.
- ما إذا كان له أحد هذين الوضعين: إما مجهول حاله السابق، أو متوارد عليه الحالان ولم يعلم أن أيّاً منهما حاله فعلاً؟

وأما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى التقسيم التالي:

- من يكون معلوم الملاء.
- من يكون ظاهر الملاء.
- من يكون مجهول الحال.

وهذان رغم كونهما اتجاهين حقيقةً، غير أن الاختلاف بينهما يقترب في مواضع من أن يكون اختلافاً في الأدبيات، فمثلاً يبدو أن القسم الثاني من الأقسام التي يستوعبها الاتجاه الأول، يملك مضموناً يشكّل إلى حد ما نفس المضمون الذي للقسم الثاني من الأقسام في الاتجاه الثاني، فإن كون المدين ذا مال سابقاً، مما لوحظ في كلا الاتجاهين، ولكن هذا المقدار لا يعدو عن كونه اقتراباً من بعض الجهات، ومثله لا يضر بكونهما - كما قلنا - اتجاهين، فانهما يشكّلان زاويتين للنظر حقيقة.

ونحن في هذا البحث نطرح كلاً من التقسيمين بصورة مستقلة عن الآخر.

وقد يلتقي الاتجاهان في موارد، كما يلي:

الاتجاه الأول: اتجاه التركيز على تقسيمه من زاوية النظر إلى الحال السابق للمدين

وهذا الاتجاه لبعض الإمامية وهو - كما قلنا - يقسم المدين المدعي للإعسار إلى حالات ثلاثة:

الحالة الأولى: أن كان مسبقاً حاله بالإعسار:

أي: كان المدين المدعي للإعسار مسبقاً حاله بالإعسار، ففي هذه الحالة لا يخلو الأمر عن فرضين:

- أن كان يصدقه الدائن في دعواه .

• أن كان لا يصدقه الدائن في دعواه؛

ففي الفرض الأول يكون هذا المدين - نتيجة لهذا التصديق - داخلاً في القسم الثاني (الذي تم البحث عنه سابقاً، وهو المدين الذي ثبت إعساره، أو يحكم بإعساره) فيجري عليه حكمه، من وجوب إنظاره المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةً فَنَظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^١

وعليه فإن حبسه ليس جائزاً، ويدل على عدم جوازه أيضاً قول النبي (ص) لغرماء الرجل الذي أصيب بما ابتاعه من الثمار، فكثرت دينه: "خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك"^٢

كما يمكن أن يستدل لذلك بأن الحبس إما حبس استظهار يتم بهدف إثبات إعساره أو حبس تنفيذ يتم بهدف أن يقضي دينه، وكل منهما لا مجال له هنا، أما الأول فلأن الإعسار قد ثبت بتصديق الدائن، وأما الثاني فلأن المفروض أنه يمتنع عن قضائه مدعياً أنه معسر.

وأما الفرض الثاني: ما إذا كذبه الدائن ففيه:

- تارة يقيم الدائن بينة على كونه موسراً: فحينئذ يلحق المدين بالقسم الأول (أي: المدين الموسر الممتنع عن أداء الدين) فيجري عليه حكمه من الإيجاب والتغليظ والحبس.
 - وتارة لا يقيم بينة: الفقهاء بالنسبة إلى ذلك انقسموا إلى قسمين: قسم منهم ذهبوا إلى أن الحكم هو أن يحلف المدين، وآخر إلى أحد الأمرين: إما أن يحلف أو يقيم بينة.
- وقد استشكل صاحب الجواهر على رأي الفريق الثاني (أي: الرأي القائل بكفاية إقامة البينة على الإعسار عن الحلف) مستدلاً بأن البينة لا تقبل من المنكر.
- وعلى أي حال، إن فعل ذلك (أي: حلف حسب الرأي الأول أو قام بأحد الأمرين حسب الرأي الثاني) أنظر، وإن لم يفعل ذلك حبس حتى يثبت إعساره، وإن رد اليمين على المحكوم له فحلف جرى حكم الإيسار، وإن نكل، فإن قلنا بالحكم بالنكول سقط حقه، وإن قلنا بعدم الحكم به فالظاهر جريان حكم الإيسار.

وقد جرى البحث في أن الحكم بحبس المدين - فيما إذا لم يحلف أو لم يقيم بينة - هل هو بلحاظ الحكم بالنكول، أو بلحاظ أن الإنظار معلق على الإعسار (الذي لم يثبت بعد في مفروض المسألة)، فصرح الكثير بالثاني.

^١ - البقرة: ٢٨٠.

^٢ - سنن ابن ماجه: ٢: ٧٨٩ حديث ٢٣٥٦، ومسنند أحمد: ٣: ٣٦ و٥٨، وسنن الترمذي: ٣: ٤٤ حديث ٦٥٥، والسنة الكبرى: ٦: ٥٠ باختلاف يسير في بعض ألفاظها.

الحالة الثانية: أن كان مسبقاً حاله بالإيسار:

والمقصود من مسبقية حاله بالإيسار، هو أن كان له مال معهود سابقاً أو كان أصل الدعوى مالاً كالقرض ونحوه، فهو في هذه الحالة إما يدعي تلف ذلك المال المعهود، أو يدعي الإعسار، فلو كان الثاني فهو يرجع إلى الأول (أي: الذي هو دعوى تلف المال)، وهذا الرجوع إنما بسبب مسبقية حاله بامتلاكه للمال.

وعلى كل حال، فحكم ذلك قد اختلف فيه، مما برز أقوال ثلاثة:
القول الأول: إنظاره في صورة البينة، والحبس في صورة عدمها: وهذا قول مجموعة كبيرة من الفقهاء: قالوا: إن أقام بينة على ذلك، أنظر، وإن لم يقم عليه بينة، يحبس حتى يثبت إعساره.

القول الثاني: الإنظار في صورة البينة، وحلف المنكر في صورة عدمها، وحبسه في صورة النكول: وهذا قول العلامة في التذكرة^١ والبعض الآخر من الأمامية^٢: قالوا: إنه يحلف الدائن على بقاء ماله، فلو حلف يحبس المدين، وذلك لعموم ما دل على وجوب الحلف على المنكر، ولازمه ترتب سائر أحكامه: من جواز رده، ومن الحكم بالنكول أو عدمه.

وقد ناقش أصحاب القول الأول هذا الدليل، بما حاصله: أن الأخبار الظاهرة في الحبس حتى يتبين إعساره، وأنه يكفي في جوازه عدم تحقق الإعسار، تخصص عمومات الحلف على المنكر.

القول الثالث: الإنظار في صورة البينة، والتخيير بين الحبس والحلف في صورة عدم إقامته للبينة: وهذا رأي البعض من الفقهاء واستدلوا لذلك بأن معالجة الطائفتين من الروايات الواردة في المقام تنتهي بنا إلى هذا الرأي.

وحاصل الوجه هو أن النسبة بينهما، ليست نسبة العموم المطلق، بل هي العموم من وجه، لأن لكل منهما جنبه اختصاص وجنبه عموم، أما تلك الأخبار الواردة في الحبس فجنبه اختصاصها حصلت بالنسبة إلى الدين، وجنبه عمومها حصلت بالنسبة إلى حالتي ما إذا أنكر المدعى عليه عدم التلف بصورة جازمة وما إذا كان موقفه أن يقول: لا أدري (أي: ما إذا لم يكن ينكره بصورة جازمة)، بينما الأخبار الواردة في الإنكار، كانت جنبه اختصاصها متوجهة إلى الإنكار، وجنبه عمومها متوجهة إلى الدين وغير الدين، فيتعارضان في مورد الاجتماع، وهو الدين مع الإنكار، ومقتضى القاعدة التخيير بين العمل بهذه الطائفة أو بتلك الطائفة، وإن كان الأحوط الإحلاف ثم الحبس.

^١ - التذكرة: ١٤: ٦٦.

^٢ - كشف اللثام ٢: ٣٣٧ س ٦.

وقد أجب عن هذه المحاولة بعض أنصار القول الأول، بأننا نمنع جريان حكم العموم من وجه بينهما، بل الظاهر كون هذه الأخبار أخص من تلك العمومات، إذ لا يمكن تخصيص هذه بما عدا صورة الإنكار ولا تخصيص تلك العمومات بما عدا الدين فلا وجه للتخيير المذكور.^١

الحالة الثالثة : أن يكون حاله السابق مجهولاً؛ أو يكون توارد عليه الحالان ولم يعلم حاله فعلاً أنه أيهما؟

والحكم هنا هو جواز الحبس حتى يتبين الحال، وذلك بدليل:

أولاً: الأخبار الواردة في الحبس^٢

ثانياً: أن العجز مانع عن وجوب الأداء وجواز المطالبة لا أن تكون القدرة شرطاً فيهما، وعلى فرض كون القدرة شرطاً ليست شرطيتها على حد سائر الشرائط بحيث لو شك في تحققها بنى على عدم وجوب الأداء وعدم جواز المطالبة، فمع شك المدين في أنه قادر على الأداء أو لا، يجب عليه السعي حتى يتبين عجزه كما في سائر التكاليف، وإذا شك الديان في أن المدين قادر على الأداء أو لا، جاز له المطالبة والإجبار حتى يعلم عجزه.

وقد يتصور أن الإيسار شرط في جواز الإجبار والحبس، وعليه فإن الحكم بجواز حبسه في غير محله، ولكن يرد ذلك بأننا نسأل: هذه الشرطية ثبتت على أساس أي آية أو رواية أو قاعدة؟ الحقيقة أنه ليست مشكلة هذا التصور عدم وجود دليل عليه فقط، بل هي أكثر من ذلك، حيث إن آية الإنظار، يستفاد منها أن الإعسار شرط في وجوب الإنظار، لا أن الإيسار شرط في جواز الحبس.

الاتجاه الثاني: اتجاه التركيز على تقسيمه من زاوية النظر إلى حاله فعلاً:

وهذا الاتجاه لا يختص بفقهاء مذهب ما، وإن كان اهتمام بعض الفقهاء تجاهه كان أكثر من غيره، وهو - كما قلنا - يقسم المدين المدعي للإعسار إلى أقسام ثلاثة:

القسم الأول: من يكون معلوم الملاء:

وبما أن هذا القسم، من مصاديق المدين غير المعسر أو ملحق به، فهو في الحقيقة ليس داخلاً في بحثنا هذا، أي: من يدعي الإعسار وليس إعساره ثابتاً، ومع ذلك نذكر أمرين حوله، لم تكن هناك فرصة لذكرهما، وهما:

(١) لا تعريف معلوم الملاء: إن معلوم الملاء هو من يبدو عليه واضحاً كونه ذا مال، وهذا يتفق فيما إذا كانت له أموال ظاهرة ومعروفة، وقد اعتبر أبو البركات أن "منه من

^١ - العروة الوثقى، ٦: ٤٩٠.

^٢ - والتي منها: (رواية غياث: « إن علياً (ع) كان يحبس في الدين، فإذا تبين له حاجة وإفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا »).

يأخذ أموال الناس للتجارة ثم يدعي ذهابها ولم يظهر ما يصدقه من احتراق منزله أو سرقة أو نحوهما" ^١

(٢) **حكم ما إذا ادعى على طالب الدين أنه يعلم بعدمه: لا شك أن المدين غير المعسر يحبس حتى يؤدي دينه، هذا الحكم واضح، غير أن السؤال هو أنه لو ادعى على طالب الدين أنه يعلم بعدم الإعسار فما هو الحكم؟ قال بعض الفقهاء: إنه لو كذبه رب الدين، حلف أنه لا يعلم بعدمه، فإنه حينئذ يحبس المدين حتى يؤدي ما عليه، أما لو نكل رب الدين ردت اليمين على المدين، فإن حلف لم يسجن لأن حبسه حينئذ ظلم، وإن نكل حبس.** ^٢

القسم الثاني: من يكون ظاهر الملاء:

تعريفه: هو من لم تكن ملاءته معلومة، إلا أنه يعلم وجود مال له من قبل، مما يجعله ظاهر الملاء، حيث إن الغالب بقاء المال.

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه "من يظن به ذلك بسبب لبسه الفاخر من الثياب وركوبه لجيد الدواب وكثرة الخدم من غير أن يعلم حقيقة حاله" ^٣
والظاهر أن ذلك من باب التوسعة في دائرة مصاديقه.

حكمه:

هناك أقوال ثلاثة:

الأول: التفكيك بين حالتين:

وهذا لفقهاء الشافعية، والحالتان هما:

الأولى: ما إذا لم يعرف له قبل ذلك مال، فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم المال. ^٤

الثانية: ما إذا عرف له المال، فإنه حينئذ لم يقبل قوله، لأنه معسر لا بينة، لأن الأصل بقاء المال. ^٥ وعليه فهو يحبس إلى أن يقيم البينة على إعساره. ^٦

القول الثاني: التفكيك بين حالتين بصورة أخرى:

الأولى: أن يدعي الفلس (أي: يدعي: أنه لا قدرة له على وفاء ما عليه) ولا يطلب التأخير ولا يعد غريمه بالقضاء، فالحكم حينئذ هو أن يحبس حتى يؤدي أو يثبت عسره.

^١ - الشرح الكبير، أبو البركات، ٣: ٢٧٩.

^٢ - حاشية الدسوقي، ٣: ٢٨٠.

^٣ - حاشية الصاوي على شرح الصغير ٧: ٣٢٠.

^٤ - المجموع، محيي الدين النووي، ١٣: ٢٦٩.

^٥ - المجموع، محيي الدين النووي، ١٣: ٢٦٩.

^٦ - مغني المحتاج، الشرييني، ٢: ١٥٥ - ١٥٦.

الثانية: أن يدعي الفلس ويطلب التأخير (نحو يومين بل وإلى خمسة أيام)، في إطار وعده لغريمه بالقضاء، فالحكم هو عدم حبسه، بشرط أن يعطى حميلاً بالمال، لأنه لما وعدت قدرته على المال، فلو لم يعط حميلاً يسجن. وقال ابن القاسم: ويكفي أن يعطى حميلاً بالوجه. وهذا القول قد طرح في أوساط الفقه المالكي.

القول الثالث: التفكيك بين حالات ثلاث:

وهذا للإمامية، والحالات ما يلي:

الأولى: حالة ما إذا كان له مال سابقاً، فانه حينئذ يكلف المدين بإقامة البينة على تلف المال، فإن لم يقمها حبس إلى أن يتبين الاعسار.^١

الثانية: حالة ما إذا لم تكن دعوى الإعسار مسبقة بمال عرف للمدعي، ولكنه كانت دعوى المدعي على هذا المدين المقر بالدين (والذي يدعي الإعسار) مالاً، مثل دعوى الدين ونحوها، فالحكم حينئذ هو حكم الحالة الأولى.^٢

الثالثة: ما إذا لم يكن لا من قبيل ما إذا عرف له أصل مال، ولا من قبيل ما إذا كان أصل الدعوى مالاً، بل كانت جنائية أو صداقاً أو نفقة زوجة أو قريب، وقالوا إن حكم هذا المورد هو أنه يقبل قوله فيه بيمينه.^٣

وهذا الحكم مشهور بين فقهاء الإمامية، غير أنه قد جرى البحث بينهم في الوجه الذي يثبت به الحكم بالاكتفاء باليمين، من جهة أن هذا الوجه هل هو كون مدعي الإعسار ممن ينطبق عليه عنوان المنكر الذي حكمه اليمين، بحجة أن قوله يوافق مع الأصل، أم وجهه هو كونه من مصاديق المدعي الذي يكتفى منه باليمين؟

وقد ناقش بعض الفقهاء في كون وجهه هو الأول، بأن المراد من الأصل ما هو؟ فإن كان المقصود منه "أصالة كونه الشخص معسراً" فالإشكال هو أن الاعتراف بمثل هذا الأصل متوقف على قبول كون العسر أمراً عديمياً حتى يكون موافقاً للأصل، وهو غير ثابت، بل الثابت كونه أمراً وجودياً كاليسر، فإن العسر واليسر ضدان، وليسا نقيضين، وأما إن كان المراد منه "أصالة عدم المال أو اليسار" الأمر الذي يثبت به كونه معسراً، فالإشكال عليه عدم صحة هذه الإصالة (أي: أصالة عدم المال) وذلك للعلم بانقطاعها، حيث إن حالة عدم المال التي كانت للشخص قبل الولادة أو حينها ارتفعت قطعاً للعلم عادة بثبوت المال له بعد ذلك، فعدم المال ثانياً أمر جديد يحتاج إلى الإثبات.^٤

^١ - الحميل: الكفيل لكونه حاملاً للحق مع من عليه الحق، ومنه الحديث "الحميل غارم" (تاج العروس، الزبيدي، ١٤: ١٧٠).

^٢ - رياض المسائل، السيد علي الطباطبائي، ١٣: ٨٦.

^٣ - راجع: المصدر نفسه.

^٤ - راجع: المصدر نفسه.

^٥ - راجع: كتاب القضاء، الأشتياني: ٩٩ - ١٠٠.

ولو قبلنا هذا الإشكال فالنتيجة هي أنه لا يبقى أمامنا لإثبات الحكم بالاكْتفاء باليمين، إلا سلوك أحد الطريقتين:

الأول: إثبات كون هذا المدعي للإعسار من مصاديق المدعي الذي يكتفى منه باليمين، وهذا الإثبات لا سبيل إليه.

الثاني: التمسك بالإجماع - كما ادعي - ودونه خرط القتاط.

وقد حاول البعض دفع هذا الإشكال بأنه يمكن القول إنه أمر وجودي، ولكنه ليس هو الوجودي بقول مطلق، بل هو أمر وجودي باعتبار أمر عدمي، وهو فقدانه لمرتبة اليسر، بحيث يكون هذا الاعتبار مأخوذاً في مفهومه بحسب اللغة والعرف، كما أن اليسر أمر وجودي باعتبار وجدانه لما هو معدوم من المرتبة في العسر، فالعسر واليسر فردان من القدرة العقلية، وليس العسر نقيضاً لليسر كالعجز بالنسبة إلى القدرة؛ بل هما ضدان، لكن الموضوع له في طرف العسر ليس هو الأمر الوجودي بقول مطلق بل هو الموضوع له باعتبار أمر عدمي بحيث يكون هو المناط حقيقة في تسميته عسراً، وبيان آخر أن الموضوع له العسر هو المرتبة من القدرة العقلية وهي الأمر الوجودي الخاص الملحوظ فيه أمر عدمي لا أن يكون هو الوجودي بقول مطلق ولا العدمي بقول مطلق.

وعليه فالعسر واليسر أمران إضافيان^١ لكن إضافة العسر بالنسبة إلى فقدانه لما هو موجود في اليسر وإضافة اليسر بالنسبة إلى وجدانه لما هو مفقود في العسر لا بالنسبة إلى فقدانه لما ليس في العسر.^٢

^١ - نظير ما هو جارٍ في كثير من الألفاظ بالنسبة إلى مفاهيمها مثل لفظ الضيق والحر والآخر...
^٢ - كتاب القضاء، الأشتياني: ٩٩ - ١٠٠.

المحور السابع

اشتراط أو عدم اشتراط الشهادة على الإعسار بالخبرة الباطنة

إذا وقعت الشهادة على الإعسار فهل تشتراط بكونها حاصلة من الخبرة الباطنة أم لا تشتراط؟ هناك صورتان لهذه المسألة:

الصورة الأولى: ما إذا وقعت الشهادة على الإعسار نفسه: والظاهر أن جميع الفقهاء القائلين بسماع البينة على الإعسار، اتفقوا على اشتراط الشهادة بالخبرة الباطنة، أما مثل الإمام مالك الذي لم يقل بسماع البينة على الإعسار، فهو خارج عن دائرة هؤلاء المتفقين على هذا الاشتراط، حيث إن القول بالاشتراط فرع القول بسماع البينة عليه.

قال ابن قدامة: "وان لم تشهد بالتلف وإنما شهدت بالإعسار لم تقبل الشهادة الا من ذي خبرة باطنة،... وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن مالك أنه قال: لا تسمع البينة على الإعسار..."^١

وقال النووي في روضة الطالبين: "وان شهدوا بإعساره، قبلت بشرط الخبرة الباطنة."^٢

وقال العلامة في التذكرة: "إذا أقام مدعي الإعسار البينة، شرط فيها أن يكونوا من أهل الخبرة الباطنة والعشرة المتقدمة وكثرة الملابس سرا وجهرا وكثرة المجالسة وطول الجوار."^٣

وجه الحاجة إلى الخبرة الباطنة:

إن الفقهاء إنما اشتراطوا الخبرة الباطنة في الشهادة على الإعسار، بلحاظ أن متعلق الشهادة، - أي: الإعسار - ليس مما يحصل بالذي قد يظهر في الظاهر من عدم وجود المال للشخص، بل هو يحصل بعدم المال له ظاهراً وباطناً، وعليه فتشترط هذه الشهادة بكونها حاصلة من ذي خبرة باطنة.

قال ابن قدامة في ذلك: "... لأن هذا في الامور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب إلا أهل الخبرة والمخالطة."^٤

وقال العلامة في التذكرة: "... لأن الإعسار أمر خفي، فافتقرت الشهادة به إلى العشرة الطويلة والاختبار في أكثر الأوقات... فإن الأموال قد تخفى ولا يعرف تفصيلها إلا بأمثال ذلك."^٥

^١ - المغني: ٤: ٥٠٣، الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة، ٤: ٤٦٠.

^٢ - روضة الطالبين - محيي الدين النووي - ج ٣ - ص ٣٧٢ - ٣٧٤.

^٣ - تذكرة الفقهاء (ط.ج) - العلامة الحلي - ج ١٤ - ص ٧٢.

^٤ - المغني: ٤: ٥٠٣، الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة، ٤: ٤٦٠.

^٥ - تذكرة الفقهاء، ١٤: ٧٠ و٧٢.

الصورة الثانية: ما إذا كانت الشهادة واقعة على تلف المال: قد برز قولان في حكم هذه الصورة، وهما:

القول الأول: عدم اشتراط الخبرة الباطنة في هذه الشهادة: وقد قال بذلك جملة من الفقهاء، - لا يبعد القول بأنهم الأكثرية - منهم الشريبي من الشافعية، وابن قدامة من الحنبلية والطوسي من الإمامية.

قال الشريبي: "أما الشاهد بالتلف فلا يشترط فيه الخبرة الباطنة."^١

وقال ابن قدامة: "إن شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم، سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن."^٢

وقال الطوسي: "إذا ثبت هذا فإن شهدت البينة على تلف ماله وضياعه قبل ذلك ويثبت إيساره سواء كان الشهود من أهل المعرفة الباطنة والخبرة المتقدمة أو لم يكونوا."^٣

وجه عدم الاحتياج إلى الخبرة الباطنة:

أن هنالك استدلالان لإثبات ذلك، وهما:

الأول: ما ذكره بعض الفقهاء من أن "التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم"^٤، وعلى حد تعبير الشيخ الطوسي: "إن تلف المال أمر مشاهد مرئي فلا يفتقر إلى معرفة الشهود به"^٥

والثاني ما ذكره بعض آخر من الفقهاء، خلاصته: هو أن نقول بمقدمتين، وهما:

الأولى: أن الشهادة بتلف المال، شهادة على الإثبات المحض، بخلاف ما إذا شهدت البينة بإيساره من غير تعرض لتلف أمواله، فإن مرجع هذه الشهادة إلى الشهادة على النفي، أي: أنه ترجع "الشهادة على أنه معسر" إلى "الشهادة على أنه لا مال له".

الثانية: أنه تقبل الشهادة على الإثبات، ولكن الشهادة على النفي لا تقبل، إلا فيما إذا تم ضبطها على وجه يلحقها بالاثبات؛ بأن يتم تحويلها نحو الإثبات، لئلا يتمحض للنفي.

هاتان المقدمتان تنتهيان بنا إلى الفرق بين الشهادة على تلف ماله والشهادة على إيساره، من حيث الاحتياج إلى الخبرة الباطنة، فإن الأولى غير مشروطة بها، من جهة كونها شهادة على الإثبات المحض، بخلاف الثانية فإنها بدليل كونها شهادة على النفي، لا تقبل إلا بتحول يتم فيها فيجعلها ترجع إلى الشهادة على الإثبات، وهذا التحول هو أن

^١ - مغني المحتاج - محمد بن أحمد الشريبي - ج ٢ - ص ١٥٦.

^٢ - الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة، ٤: ٤٥٩ - ٤٦٠.

^٣ - المبسوط - الشيخ الطوسي - ج ٢ - ص ٢٧٨.

^٤ - الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة، ٤: ٤٥٩ - ٤٦٠.

^٥ - المبسوط، الشيخ الطوسي، ٢: ٢٧٨.

كانت للشاهدين، صعبة مؤكدة مع المشهود له، بحيث جعلتهما مطلعين على أنه لا مال له واقعاً (وحتى في الخفاء)، فالشهادة حينئذ لا تكون شهادة على النفي الصرف، بل هي شهادة إثباتية تتضمن النفي، وبتعبير آخر فإن مثل هذه الشهادة الحاصلة بالنسبة إلى كونه معسراً راجعة إلى الشهادة على أنه معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه.^١

القول الثاني: اشتراط الخبرة الباطنة فيها: وقد ذهب إلى ذلك جملة من الفقهاء، ومنهم ابن حمزة من الإمامية، قال: "وإن ادعى ذهاب ماله لم يقبل منه إلا ببينة من أهل الخبرة الباطنة"^٢

ووجه هذا القول هو أنه لا يصح التفرقة بين الشهادة على ذهاب المال والشهادة على الإعسار من جهة أن الشهادة على التلف إن كان واقعها، عبارة عن الشهادة على تلف المال الظاهر، مع عدم وجود معرفة لهم بحال باطن أمره، بحيث احتملنا أن يكون له مال آخر لم يتلف، فإن هذه الشهادة تكون كالشهادة على الإعسار، من جهة أن حال المال باطناً مجهول في كلتا الشهادتين، أما مجهوليته في الشهادة على الإعسار فمعلومة، وأما مجهوليته في الشهادة على التلف، فلأنه حتى لو فرضنا عدم وجود هذا المال الظاهر حقيقة - فضلاً على أساس الشهادة - لم يناف ذلك ثبوت مال له باطناً نجعله نحن.

وهناك كلام في المسالك يتضمن مناقشة لهذا الوجه، نذكر حاصله فيما يلي مع تغيير منا فيه: "إن هذا المديون لما كان يعرف له أصل مال ولو بكون الدعوى كذلك، فلا بد لهذا المال الثابت ظاهراً من أمر يدفعه، فإذا شهدوا بتلف أمواله التي يطلعون عليها، يحكم بعدم بقاء ذلك الأصل، وإن أمكن بقاء بعضه، إلا أنه غير معلوم، والتكليف إنما هو بالظاهر، بخلاف ما إذا شهدوا بإعساره، فإن المراد أنهم لم يطلعوا على ماله، وهذا لا يدفع ذلك الأصل الذي هو بقاء المال السابق بوجه، فلا بد مع ذلك من الخبرة الباطنة والعشرة المتأكدة ليحصل الظن بتلف ذلك المال، فظهر الفرق بين الحالين."^٣

^١ - أنظر: مسالك الأفهام، ٤: ١٢٩ - ١٣٠.

^٢ - الوسيلة، ابن حمزة الطوسي: ٢١٢.

^٣ - جواهر الكلام، الشيخ الجواهري، ٢٥: ٣٥٧ - ٣٥٨.

المحور الثامن معاقة المدين المعسر بعقوبة التبديد

ومسألة المعاقبة نتناولها على مستويين:

(أ) مستوى الأنظمة الحقوقية:

لوحظت للمدين الذي يرتكب أعمالاً تضر بدائتيه حالتان:

الحالة الأولى: ما إذا رفع دائن عليه دعوى بالدين، فحكم عليه بالدين، فتعمد قبل أن يشهر إعساره، أن يعسر بقصد الإضرار بدائتيه، بأن يبدد ماله أو يخفيه أو يصطنع ديوناً صورية أو نحو ذلك من التصرفات المؤدية به إلى أن يعسر، تهرباً من تنفيذ الحكم الذي صدر أو سيصدر.

ومثل هذه الأعمال يعد جريمة يكون لها ركنان، وهما:

(١) الركن المادي: وهو حكرمان: الحكم بمديونيته الذي تم قبل ارتكابه لتلك الأعمال، والحكم بشهر الإعسار الذي يتم أحياناً بعد ارتكابه لها.

(٢) الركن المعنوي: وهو تعمد الإعسار إضراراً بالدائنين وتهرباً من تنفيذ الحكم بالمديونية.

ومحاولة المدين لإعساره على هذا النحو يشبه الإفلاس مع التديس، فله عقوبة جنائية مثله.

الحالة الثانية: ما إذا حكم على المدين المعسر بشهر الإفلاس، فعمد إلى الإضرار بدائتيه عن طريق أحد الأعمال الآتية:

إخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، ويكون ذلك على الأخص في المنقولات فإنه يسهل إخفائها. ولا يعتبر إخفاء للمال مجرد التصرف فيه، فقد رأينا أن التصرف لا يضر الدائنين؛ إذ هو غير نافذ في حقهم.

اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه، فيضر دائتيه بانقاص النصيب الذي يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ. وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الإعسار، وإلا لم تكن نافذة في حق الدائنين فلا تضر بهم.

اصطناع ديون مبالغ فيها، وهنا الديون تكون جدية لا صورية ولكن يبالغ في مقدارها. مثل ذلك أن يعتمد المدين إلى تغيير سندات بالدين عليه سابقة على الإعسار، فيضاعف قيمتها حتى ينقص من نصيب الدائنين الآخرين.

وظاهر أن هذه الأعمال الثلاثة هي الأعمال التي يخشى أن تصدر من المدين المعسر، وهي أشد الأعمال إضراراً بدائنيه.

وهذه الجريمة كالجريمة في الحالة الأولى، لها ركنان:

الركن المادي: وهو صدور الحكم بشهر الإعسار يتلوه عمل من هذه الأعمال التي سبق ذكرها.

الركن المعنوي: وهو قصد الإضرار بالدائنين، وهذا القصد يفترض وجوده، وما صدر من عمل من المدين المعسر يقوم قرينة على ذلك. وهنا أيضاً يكون المدين كالتاجر المفلس بالتدليس، ويعاقب مثله عقوبة جنائية¹.

(ب) مستوى الفقه الإسلامي:

يمكن افتراض صورتين للمسألة:

الأولى: ما إذا تم عمل الإضرار بالدائنين، عبر الإقدام على عمل هو في نفسه غير جائز:

وهذه الصورة تحصل عن طريقين:

(١) اصطناع ديون صورية بهدف أن يزيد مقدار ديونه، فتعكس هذه الزيادة على نصيب كل من الدائنين سلباً بأن تنقصه عند التنفيذ

(٢) تغيير سندات الدين عليه سابقة على الإعسار، بأن يضاعف قيمتها حتى ينقص من نصيب الدائنين الآخرين.

وهذه الصورة في الواقع عبارة عن ارتكاب عمليين لا أخلاقيين، وهما:

أولاً: أنه يعمد الإضرار بالدائنين، والإضرار بهم - بحد ذاته - غير أخلاقي كما هو معلوم.

والآخر: أنه يحقق هذا الإضرار لا عبر عمل عادي، بل عبر عمل لا أخلاقي آخر، وهو إقدامه على الكذب واصطناع شيء على خلاف الواقع.

ولا فرق في هذه الصورة بين حالة ارتكابه لهذا العمل المضر بالدائنين قبل أن يشهر إعساره، أي: فيما إذا رفع الدائن عليه الدعوى بالدين فقام المدين بذلك قبل أن يشهر، وبين حالة ارتكابه له بعد أن حكم عليه بشهر الإفلاس، فإنه في كلتا الحالتين يستبطن ارتكاب عمليين لا أخلاقيين.

ويمكن أن ندرج تحت هذه الصورة مورداً آخر، وهو ما إذا قام بإخفاء ماله في حالة ما تم شهر الإفلاس، حيث إن إخفاء المال بما هو ليس عملاً لا أخلاقياً، غير أنه يكون

¹ - راجع: الوسيط، للسهنوري، ٢: ١٢٣٤. (بتصرف وتغيير منا في بعض العبارات)

عملاً كذلك فيما إذا تم شهر الإفلاس بدليل أن تصرفه في المال حينئذ يكون ممنوعاً عنه، فهو في الحقيقة يتصرف في المال الذي هو متعلق حق الدائنين، ومثله لا يجوز إلا بإذن منهم، وعليه فهو في الواقع يقوم بعمل يضر بالدائنين عبر عمل غير جائز وهو التصرف في المال.

لبيان حكم هذه الصورة الفقهي نقول: إنه يعد مثل هذا من مصاديق "ارتكاب الفعل الحرام"، وعليه فتطبق عليه القاعدة القائلة بأن "من فعل محرماً أو ترك واجباً إلهياً عالماً عامداً عزره الحاكم حسب ما يراه من المصلحة"¹ وهذا التعزير - كما هو معلوم - يمكن أن يتمثل في العقوبات القانونية؛ ومن هنا أمكن القول: إن هناك فكرة فقهية تبلورت في بعض الآراء الفقهية يمكن التعبير عنها بمبدأ "مشروعية إقدام الحاكم على تعزير مرتكبي الأعمال ذات النتائج السلبية على العلاقات الاجتماعية"، ولعل من هذه الآراء ما قاله ابن قدامة في باب الرهن من أنه "إذا حل الحق لزم الراهن الايفاء لأنه دين حال فلزم ايفاءه كالذي لا رهن به فإن لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه وما فضل من ثمنه فلمالكه وإن فضل من الدين شئ فعلى الراهن، وإن لم يكن أذن لهما في بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلها طولب بالوفاء وبيع الرهن فإن فعل والا فعل الحاكم ما يرى من حبسه وتعزيره ليبيعه أو يبيعه بنفسه أو أميينه."²

ومعلوم أن هذا التعزير يتأكد فيما إذا ارتكب الشخص عملاً أثناء ما إذا كانت الدعوى قائمة في المحكمة؛ حيث إن للمحكمة حساسية وأهمية ومكانة من جهة المهمة التي تحمل عملية تحقيقها على عاتقها والتي هي استيفاء حقوق الأفراد والمجتمع، فلو وقعت أثناء المحكمة أفعال تنعكس سلباً على المسار القضائي، فلا بد من مواجهة ذلك مواجهة حاسمة، ولو من طريق وضع العقوبات؛ ومن هذا المنطلق نجد أن هناك رأياً فقهياً في باب الشهادة يقول: "ينبغي للإمام أن يعزر شهود الزور ويشهرهم في أهل محلهم، لكي يرتدع غيرهم عن مثله في مستقبل الأوقات".

الثانية: ما إذا تم عمل الإضرار بالدائنين، عبر الإقدام على عمل هو جائز في نفسه:

وهذه الصورة تتصور للمدين الذي رفع دعوى بالدين عليه ولم يشهر إعساره بعد، فقام بعمل من الأعمال التالية بقصد الإضرار بدائنيه: (١) التصرف المضي للمال (٢) إخفاء ماله (٣) نقل ماله إلى الغير.

ويمكن القول: إن عقوبة مثل هذا المدين (المعبر عنها في الفقه بالتعزير) مشروعة فيما لو توفرت العناصر الثلاثة التالية: (أ) أن صدر الحكم عليه بالمديونية. (ب) أن كان على

¹ - مباني تكملة المنهاج، الخوئي: ١: ٢٣٧.

² - المغني، ابن قدامة ٤: ٤٥١.

وشك أن يحكم عليه بشهر الإعسار. ج) أن ظهرت قرائن دالة على كونه متعمداً في الإضرار بدائتيه، مثل قرينة كون حدوث إعساره أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صدور الحكم بالمديونية.

بل أمكن القول: يكفي لمشروعية تعزيره توفر عنصري الأول والثالث، ولا حاجة إلى العنصر الثاني.

وعلى أي حال، فإنه يمكن الاستناد لإثبات ذلك بوجهين:

الأول: المنطق الذي يحمله الفقه إزاء المحكمة، فإن المكانة التي أعطاها إليها الفقه تبلغ حداً كانت عليها أن تحسم القضايا، وسيما التي رفعت الدعوى حولها إليها، ومن هذا المنطلق نجد ذهاب بعض الفقهاء إلى أن للحاكم تعزير من يمتنع من الحضور للشهادة لا لعذر¹ مع أن مثل هذا الامتناع في حد نفسه ربما لا إشكال فيه، فإن كان هذا هو منطق الفقه الذي يلوح ويظهر من أحكامه، فهل من الصحيح القول بعدم مشروعية التعزير بحجة أنه لم يتم شهر الإعسار، وأنه قام بعمل جائز في نفسه، مع أنه تم من قبله الإضرار بالدائنين الذين رفعوا الدعوى عليه إلى المحكمة، وقد حكمت المحكمة بمديونيته وهي أثناء أعمالها الأخرى الهادفة إلى تحقيق مهمة الحفاظ على حقوقهم.

الثاني: أنه في ضوء الالتفات إلى نقاط ثلاثة، يتبين أن يجوز تعزير المرتكب لهذه الأعمال:

الأولى: من المسلم به فقهيًا أنه يحرم على المدين الامتناع والمماطلة عن أداء حق الناس، هناك رواية نبوية تشير إلى هذه الحرمة، وهي الرواية المنقول عن الإمام الصادق، "قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ألف درهم أقرضها مرتين أحب الي من أن أتصدق بها مرة، وكما لا يحل لغريمك أن يمطلك وهو مؤسر فكذلك لا يحل ان تعسره اذا علمت أنه معسر."²

الثانية: أنه على الحاكم إقدامه على التقسيم فيما إذا كانت للمدين مماطلة عن أداء حق الدائنين. وردت في ذلك رواية عن أن الإمام علي كان "يحبس الرجل اذا التوى - يعني تأبى - على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص، فان أبى باعه فيقسمه بينهم - يعني ماله - ."³

الثالثة: أن المدين لو ماطل عن أداء الحق من جهة، وقام بأفعال تسد على الحاكم باب تقسيم المال بين الغرماء من جهة أخرى، فإنه يعزر حينئذ .

¹ - كشف اللثام، الفاضل الهندي، ٢: ٣٣٤.

² - وسائل الشيعة، ١٨: ٣٣٤.

³ - وسائل الشيعة، ١٨: ٦١٦.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

أحكام الإعسار في الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصرة

إعداد

الشيخ بدر الحسن القاسمي
نائب رئيس مجمع الفقه الإسلامي بالهند
وعضو المجلس التنفيذي للملتقى العالمي
للعلماء والمفكرين المسلمين برابطة العالم الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أحكام الإعسار في الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصرة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد: فقد قيل: "إن الدين همّ بالليل، ومذلة بالنهار" لما فيه من شغل القلب والهمّ اللازم في قضائه والتدلل للغريم عند لقائه، وتحمل منته بالتأخير إلى أوانه، فلا ينبغي للإنسان أن يستدين إلا لحاجة ملحة وضرورة قصوى.

إن "العسر" ضد "اليسر" وهو: الضيق والشدة والصعوبة، قال الله تعالى ﴿سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ ، وقال: ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا، إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾^(١) وأعسر، فهو معسر: صار ذا عسرة وقلة ذات يد وقيل: افتقر. والإعسار مصدر والعسرة اسم، وفي التنزيل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٢).

وقد ذكر الفقهاء مصطلح الإعسار في أبواب عديدة كالإعسار في النفقة، وأثر الإعسار في وجوب الحج، والإعسار في المهر، والإعسار في الدية، والإعسار في دفع الجزية، وإعسار المدين، وقد تعددت عبارات الفقهاء في تعريف المعسر.

فقد عرف الحنفية: المعسر من عدم المال أصلاً.

ويقول المالكية: هو الذي ليس عنده ما يباع.

ويقول الشافعية: من لا يملك شيئاً من المال.

وقيل: الذي لا يملك زيادة على كفاية يوم وليلة.

وقيل: من ليس عنده فاضل عما يترك للمفلس.

ويقول الحنابلة: من لا شيء له ولا يقدر على النفقة، لا بماله ولا بكسبه^(٣).

لكن معظم هذه التعريفات بمثابة وصف عام وليست تعريفات دقيقة جامعة ومانعة في مقياس أهل الاصطلاح.

وقد أقام الإمام البخاري رحمه الله في صحيحه بابين مختلفين، الأول بعنوان: "باب من أنظر موسراً"

(١) لسان العرب ٤/٥٦٣ - ٥٦٤، المصباح المنير ١٠٠؛ البقرة: ٢٨٠.

(٢) رد المحتار ٤/٣١٨، حاشية الدسوقي ٤/٦٣، إعانة الطالبين ٤/٢٠٦٣/١١٤، الإنصاف ٢٤/٢٩٩.

والثاني بعنوان: "باب من أنظر معسرا"

ونقل في الباب الأول حديث حذيفة رضي الله عنه بلفظ قال النبي صلى الله عليه وسلم: "تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم، قالوا: أعملت من الخير شيئا؟ قال: كنت أمر فتياي أن ينظروا ويتجاوزوا عن الموسر قال: فتجاوز عنه".

ثم نقل وقال أبو مالك عن ربي: كنت أيسر على الموسر، وانظر المعسر، وتابعه شعبة عن عبد الملك عن ربي: كنت أيسر على الموسر، وانظر المعسر" وتابعه شعبة عن عبد الملك، عن ربي، وقال أبو عوانة: عن عبد الملك، عن ربي: أنظر الموسر وأتجاوز عن المعسر، وقال نعيم بن أبي هند، عن ربي: فأقبل من الموسر وأتجاوز عن المعسر"^(١).

يقول الإمام الكشميري رحمه الله: "ثم ترجم المصنف بعده: باب من أنظر معسرا وذلك لاختلاف لفظ الحديث عنده ففي لفظ "ويتجاوزوا عن الموسر" وفي لفظ "إذا رأى معسرا قال لفتيانه: تجاوزوا عنه" ففيه التجاوز عن المعسر، وهذا دأب المؤلف أن الحديث إذا اختلف ألفاظه، ولم يترجح عنده واحد منهما يترجم باللفظين.

والفصل عندي في نحو هذه المواضع: أن يؤخذ بما كان اقرب إلى الوجدان ولا يعبأ بما سواه كما أن الظاهر مع التجاوز لفظ "المعسر" فيحمل ذكر الموسر على تصرف من أحد الرواة لأن المعسر هو الذي يحتاج إلى التجاوز عنه، دون الموسر.

لذا ترى لفظ نعيم بن أبي هند عن ربي عنده: فأقبل من الموسر وأتجاوز عن المعسر" فلا ينبغي في مثل هذه المواضع تراجم مختلفة"^(٢).

أما الباب الثاني فقد نقل الإمام البخاري رحمه الله عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (كان تاجرا يداين الناس فإذا رأى معسرا قال لفتيانه، تجاوزوا عنه لعل الله أن يتجاوز عنا فتجاوز الله عنه)^(٣).

وهذا هو حكم الشارع والذي تكرر في أكثر من حديث حيث أن التجاوز متصور في المعسر، أما إذا كان الموسر مما طلا فيكون ظالما بنص الحديث، يجب إيقافه عند حد.

من أحكام الإعسار والإفلاس:

و"الإعسار" و"الإفلاس" لفظان قريبان معنى وحكما.

يقول الفقهاء: إذا كان الدين على الشخص أكثر من ماله، سواء كان غير ذي مال أصلا، أم كان له مال أقل من دينه فهو مفلس^(٤).

(١) صحيح البخاري حديث رقم ٢٠٧٧.

(٢) فيض الباري ٤/٤١٠.

(٣) صحيح البخاري رقم ٢٠٧٨.

(٤) بداية المجتهد ٢/٣٠٦، فتح القدير للشوكاني ١/٢٩٩، معجم المصطلحات الاقتصادية ٦٤/٦٤.

وإنما سمِّي من غلب دينُهُ ماله مفلسا، وإن كان له مال، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم.

فالإفلاس أن يكون الإنسان في حالة دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله^(١).

والإفلاس والإعسار قد يجتمعان حيث أن يكون المعسر لا يفي ماله بدينه فهو حينئذ مفلس معسر، ويفترق المفلس عن المعسر بأن يكون المفلس ماله أكثر من ما استثنى له، ولكن لا يفي ماله بدينه فهو يسمى مفلسا، فبين المفلس والمعسر عموم وخصوص مطلق، فكل مفلس معسر وليس كل معسر مفلسا.

فالإعسار عدم القدرة في الحال على أداء ما هو الواجب في الذمة من حقوق مالية.

والمدين المعسر هو الذي نفذ كل ماله ولم يبق لدينه ما ينفقه على نفسه وعياله في حوائجه الأصلية فضلا عن وفاء دينه.

فيجب على الدائن إنظاره لأنه في حالة عجز مطلق عن أداء ما عليه من دين، ولا سبيل إلى تكليفه شرعا ما لا يطيق^(٢).

فإذا أصبح المدين معسرا، أو لم يبق قادرا على أداء ما وجب عليه من الدين اختلف فيه آراء الفقهاء.

فيقول الحنفية أنه إذا ثبت الحق للمدعي فطلب من القاضي حبس المدين، أمره القاضي بدفع ما عليه، فإن امتنع حبسه لأنه ظهر ظلمه للحديث: لي الواجد ظلم، يحلّ عرضه وعقوبته^(٣).

فإن أقر المدعي أن غريمه معسر خلّى سبيله لأنه استحق الإنظار بالنص القرآني.

أما المدين المعسر الذي عنده بعض المال لكنه لا يفي للإنفاق على نفسه وعياله وقضاء دينه إلا بمشقة وضيق فتأخيره إلى أن يوسر، ويتمكن من القضاء أمر مرغوب فيه، ومندوب إليه.

وقد حدد مجمع الفقه الإسلامي ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار، أن لا يكون للمدين مال زائد عن حاجته الأصلية يفي بدينه نقدا أو عينا^(٤).

المدين المعسر لا يحبس لأنه يجب تأخيره إلى أن يوسر^(٥) لقول الله عز وجل ﴿وَإِنْ كَانَ دُونُ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾.

(١) المغني ٤/ ٤٠٦، تحفة المحتاج ١١٩/٥.

(٢) المقدمات الممهدة ٣٠٧/٢، القوانين الفقهية ٣٤٥.

(٣) أخرج أبو داود وحسنه ابن حجر.

(٤) الديون المتعثرة ٥٤.

(٥) أحكام القرآن ٥٩٨/٢.

فلا يحل عرضه ولا عقوبته ولا ملازمته أو مطالبته حتى يوسر^(١).

ولأن الحبس إما يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه وعسرته ثابتة، والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس.

وإما إذا لم تعرف عسرته من يسرته فيحبس لاختبار حاله بقدر ما يشهر أمره ويكشف عن حاله، فحبسه في هذه الحالة ليس حبس عقوبة وإنما حبس احتياطي، وإذا ظهر حاله حكم القاضي بموجبه عسرا أو يسرا^(٢).

يقول الإمام ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي رحمه الله: اعلم أن الدين أعظم المعاملات مناقشة وأكثرها جدلا، ولا بد منه للحاجة فلذلك أكد الله تعالى في الكتابة والاستشهاد، وشرع الرهن والكفالة، وبين إثم كتمان الشهادة وأوجب بالكفاية القيام بالكتابة والشهادة، وهو من العقود الضرورية.

وقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يسلفون في الثمار سنة وسنتين والثلاث فقال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم" أقول: ذلك لترتفع المناقشة بقدر الإمكان، وقاسوا عليها الأوصاف التي يبين بها الشيء من غير تضيق.

ومبني القرض على التبرع من أول الأمر، وفيه معنى الإعارة فلذلك جازت النسيئة، وحرم الفضل، ومبني الرهن على الاستيثاق وهو بالقبض فلذلك اشترط فيه.

وقد ورد: أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به، أقول: وذلك لأنه كان في الأصل ماله من غير مزاحمة ثم باعه ولم يرض في بيعه بخروجه من يده إلا بالثمن فكان البيع إنما هو بشرط إيفاء الثمن، فلما لم يؤد كان له نقضه مادام المبيع قائما بعينه فإذا فات المبيع لم يمكن أن يرد المبيع فيصير دينه كسائر الديون.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر، أو يضع عنه) أقول: هذا ندب إلى السماحة التي هي من أصول ما ينفع في المعاد والمعاش وقد ذكرناه.

وقال صلى الله عليه وسلم: (ليّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته)

أقول: هو أن يغلظ في القول ويحبس ويجبر على البيع إن لم يكن له مال غيره.

وقال صلى الله عليه وسلم: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما" فمنه وضع جزء من الدين كقصة ابن أبي حدرد وهذا الحديث أحد الأصول في باب المعاملات^(٣).

(١) سبل السلام ٥٥/٣.

(٢) الفروق للقراي في ١٣٤/٤.

(٣) حجة الله البالغة ١١٤/٢ طبعه هندية.

والقصة معروفة أن كعب بن مالك رضي الله عنه تقاضاه ديناً له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب: ضع عنه نصف الدين، قال: قد فعلت^(١).

إن أطول آية نزلت في القرآن الكريم هي آية المداينة ، وهي قول الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾^(٢).

لقد ذكر القرآن الكريم بهذا الإيضاح والتفصيل لأن الديون لها تأثير على مصير الشعوب والأمم ، حيث إن آثار الديون السلبية لا تقتصر على الجانب الاقتصادي للبلاد فقط بل تتعداه إلى الجوانب السياسية والاجتماعية وكافة مظاهر الحياة.

وقد علم النبي صلى الله عليه وسلم الدعاء: اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْهَمِّ وَالْحُزْنِ، وَالْعَجْزِ وَالْكَسَلِ، وَالْجُبْنِ وَالْبُخْلِ، وَضَلَعِ الدِّينِ وَغَلْبَةِ الرَّجَالِ^(٣).

وهناك ترابط واضح بين ضلع الدين وغلبة الرجال، وقد شدد صلى الله عليه وسلم في أمر الدين فقال: القتل في سبيل الله يكفر كل شيء إلا الدين^(٤).

وكان يستعيذ بالله قائلاً: اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْمَأْثَمِ وَالْمَغْرَمِ.

وكان يقول: إن الرجل إذا غرم، حدث فكذب، ووعد فاخلف^(٥).

وكان لا يستجيب صلى الله عليه وسلم للصلاة على جنازة رجل مدين ما لم يكفل أحد الأداء عنه^(٦).

المداينة سواء كانت للأغراض الإنتاجية أو الاستهلاكية من العقود المباحة شرعاً والشارع يحث على أداء الدين والالتزام بالوفاء.

كما يحث على توثيق الدين بالكتابة والإشهاد ، وإن الكفالة والحوالة وكذلك الرهن من الضمانات القوية التي دل عليها الشارع ووضع لها ضوابط وبين لها القواعد.

ونظراً إلى أن واقع الحياة الإنسانية لا تخلو من المداينات، وانقسام الناس إلى صنائع وحرف، وأعمال ومهن مختلفة، واحتياج بعضهم إلى بعض، ولوجود الفوارق في المعيشة، ووجود الأغنياء والفقراء فمنهم دائن ومنهم غارم، قد وضع الله سبحانه "الغارمين" مصرفاً مستقلاً من مصارف الزكاة.

(١) رواه البخاري برقم ٤٥٧.

(٢) البقرة: ٢٨٢

(٣) صحيح البخاري ١٥٥/٧.

(٤) صحيح مسلم ١٥٠٢/٣.

(٥) صحيح البخاري، السنن الكبرى للبيهقي ٣٥٦/٥.

(٦) صحيح البخاري الحديث رقم ٢٢٩٥.

وإن غلبة الشح في بعض الناس كانت تتطلب فرض بعض العقوبات على من لا يفي بالوعد ، ولا يقوم بسداد الديون أو يماطل ففتح الشارع باب حبس المماطلين والتشهير بإفلاس من يعجز عن أداء الديون والتعزير أحيانا ، وفرض الغرامة المالية في بعض الحالات.

وما زالت الديون المتراكمة على الدول الفقيرة أكبر أداة لممارسة الضغوط عليها ، وإن شركة الهند الشرقية هي التي مهدت الطريق لسيطرة الاستعمار البريطاني على الهند لما يزيد عن مائة عام ، وأن الديون المتراكمة هي التي سهلت سقوط الخلافة العثمانية في تركيا كما تظهر من الوثائق^(١).

الإعسار والإفلاس في القانون المدني والفقهاء الإسلامي:

أما رجال القانون فيقسمون الإعسار إلى نوعين:

إعسار فعلي وهو: عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالة والمؤجلة.

وإعسار قانوني وهو: عدم كفاية أموال المدين بديونه المستحقة الأداء^(٢).

أما الفرق بين المفلس والمعسر ، فالمفلس: هو من عليه ديون حائلة زائدة على ماله^(٣).

والقوانين التجارية الحديثة تعتبر التاجر مفلسا متى توقف عن الوفاء بدين عليه في الميعاد المحدد فلا اعتبار لكون التاجر المدين معسرا بالفعل حال كونه ديونه أكثر من موجوداته أم لا ، كأن يكون لديه موجودات تزيد على ديونه ولكن لا تتوفر لديه السيولة مثلا^(٤).

لم يفرق بعض الفقهاء بين الإعسار والإفلاس لأن المعسر من يتعسر عليه قضاء دينه والمفلس من أفلس من قضاء دينه فهما متحذان لأن معناهما يرجع إلى شيء واحد^(٥)

لكن جمهور الفقهاء يفرقون بينهما في الاصطلاح ، فالمفلس عندهم من كان يملك مالا لكنه لا يكفي لسداد كافة ديونه والمعسر من لا مال له فضلا عن حاجته الضرورية ، ولكن أحيانا يؤول حال المفلس إلى الإعسار.

إذا صرف ماله في سداد دينه ولهذا يتجاوز بعض الفقهاء فيطلق لفظ المفلس على المعسر يقول ابن رشد: الإفلاس يطلق على معنيين:

أحدهما: أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه.

والثاني: أن لا يكون له مال معلوم أصلا^(٦).

(١) مذكرات السلطان عبد الحميد ٣٣/٣.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للسنهوري ١٢١٣/٢ ، مقومات الإفلاس في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ٢٢/٢.

(٣) حاشية الدسوقي ٢٠٦٣/٣ ، الشرح الكبير لابن قدامة ٢٢٧/١٣.

(٤) الوسيط ١٢١٤/٢ ، مقومات الإفلاس ٢٨/٢٨.

(٥) السيل الجرار للشوكاني ٢٤٤/١.

(٦) بداية المجتهد ٢٥٥/٢.

والتفليس هو النداء على المفلس وتشهيره بصفة الإفلاس فيحجر عليه ويمنع من التصرف.

أما الإعسار فلا يحول دون الاكتساب فلا يمنع المعسر من التصرفات المالية حتى يحصل ما يسدد به دينه.

الذي يتم تفليسه تباع أمواله ويتم تصفية موجوداته وتوزيعها على الغرماء ورجوع الإنسان في عين ماله.

أما المعسر فلا يملك ما يباع، وأن دعوى إثبات الإعسار تكون بطلب المدين غالباً، أما دعوى التفليس فلا تكون إلا بطلب الغرماء عند جماهير العلماء خلافاً للشافعية^(١).

إن إثبات إعسار المدين لا أثر له في حلول الديون المؤجلة التي لم يحل موعد سدادها باتفاق الفقهاء^(٢).

أما في القانون المدني فقد اعتبر الإعسار فيه أيضاً وسيلة لإجبار المدين على السداد ويهدف إلى تصفية أموال المدين لتوزيعها على الدائنين لكن يختلف الأمر فيما يلي:

نظام الإعسار خاص بالمدينين غير التجار، ومحل القانون المدني، أما الإفلاس فيختص بالتجار ومحل القانون التجاري.

وقد جاء في الوسيط: إن بعض البلاد لا تفرق في قوانينها بين التاجر وغير التاجر في المدينين.

ففي ألمانيا وإنجلترا والسويد قانون واحد للمدين المعسر، تاجر كان أو غير تاجر، أما سويسرا فقد نظمت الإفلاس التجاري وتركت الإعسار المدني بينما توجد قوانين خاصة لكل من الإفلاس التجاري، والإعسار المدني، وعليه العمل في القانون العراقي والسوري والمصري الجديد^(٣).

وفي الإعسار المدني لا توجد تصفية جماعية يقوم بها ممثل الدائنين كما يكون في الإفلاس التجاري بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين موكلاً إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه الخاص.

ومن بين الفروق أيضاً أنه يجوز إشهار الإفلاس للمدين مهما بلغ من اليسار إذا توقف عن دفع دين مستحق الأداء، أما الإعسار فلا يشهر إلا إذا لم تف أموال المدين بسداد ديونه.

ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري بعد نقل أحكام التفليس وفرض الحجر على التصرفات للمديون الذي دينه يغطي جميع أمواله وممتلكاته في ضوء المذاهب الفقهية:

(١) حاشية المحلي على المنهاج ٢/٢٨٦.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٢٦٥، مغني المحتاج ٢/١٤٧.

(٣) الوسيط ٢/١٢٠١ - ١٢٠٦.

خلص مما قدمناه أن الفقه الإسلامي ينظم إعسار المدين تنظيمًا جماعيًا يحمي به حقوق الدائنين، ويحقق المساواة الفعلية فيما بينهم، ويستجيب فيه لدواعي الشفقة بالمدين، فيكفل له نفقته هو ومن يعوله.

وقد جاري الفقه الإسلامي في ذلك أحدث النظم الغربية (بل هو الرائد في هذا المجال). وقد رأينا مثالا لهذه النظم الأخيرة في نظام الإعسار في التقنين المدني المصري الجديد^(١).

ويقول: ويقوم نظام الإعسار في التقنين المصري على الأسس الآتية:

إذا زاد ديون المدين الحالة على ماله جاز لدائنه أن يطلبوا من المحكمة شهر إعساره، وللمحكمة أن تقضى بشهر إعسار المدين بحكم، وتسجل صحيفة دعوى الإعسار في قلم المحكمة، ويؤشر بالحكم على هامش هذا التسجيل، ويجوز للمدين نفسه أن يتقدم إلى المحكمة طالبا شهر إعساره فتجيبه المحكمة إلى طلبه، وهذا هو عين ما رأيناه في الفقه الإسلامي أن المدين يحجر عليه بحكم الحاكم.

إذا شهر إعسار المدين بحكم غلّت يد المدين عن التصرف في المال، وكل تصرف يصدر منه بعد تسجيل صحيفة دعوى يكون غير سار في حق الدائنين الخ، كما هو في الفقه الإسلامي إذا حجر على المدين بحكم الحاكم لم تسر تصرفاته القولية وإقراراته في المال المحجور عليه في حق غرمائه.

يحقق نظام الإعسار في التقنين المدني المصري المساواة ما بين الدائنين فيتحصون في أموال المدين الخ^(٢).

وقد صدر في المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في رجب ١٤٠٩/٢/٣ هـ الموافق ٢٦/٤/١٩٨٩م.

القرار التالي:

إن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه أن يدفع له مبلغا من المال، غرامة مالية جزائية محددة أو نسبة معينة، إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشرط هو المصرف أو غيره؛ لأن هذا هو بعينه ربا الجاهلية الذي نزل القرآن الكريم بتحريمه.

ثم صدر قرار رقم ٥٣(٦/٢) من مجمع الفقه الدولي بدورة مؤتمره السادس بجدة في الفترة ١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤ - ٢٠ مارس ١٩٩٠م جاء فيه:

(١) مصادر الحق ١٤٠/٢.

(٢) مصادر الحق باختصار ١٤٢/٢.

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

كذلك صدرت فتوى من ندوة البركة السادسة رقم (١١/٦) تنص بأنه: لا يجوز تطبيق غرامة التأخير على القرض الحسن.

أحكام الاستدانة:

"الاستدانة" لا مناص منها في تعامل الناس فقد جرت العادة بأخذ الدين، وأقر الشرع جواز المداينة وحددها بضوابط وأرشد إلى الكتابة والإشهاد وأخذ الرهن لحماية الديون من الضياع، يطمئن بها الدائن والمدين وذلك في قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ (١).

وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستدين من أجل قضاء حوائجه الأصلية ويختلف الحكم التكليفي باختلاف حالة المدين.

فإذا كان الإنسان في حالة الاضطرار فالاستدانة واجبة عليه، وإذا كانت نيته أكل أموال الناس بالباطل، وأخذ الدين ثم الجحود، أو المماطلة في أدائه فيحرم عليه أن يستدين، وإذا كان غير قادر على الأداء، وغير مضطر إلى الاستدانة، وليست في نيته المماطلة فيكره له أن يستدين، أما إذا كان في حالة العسر والاحتياج فيستحب له أن يستدين^(٢).

انتفاع الدائن من عملية الاستدانة إذا كان ذلك بشرط في العقد فهو حرام بلا خلاف بين الفقهاء، أما إذا اشترط الدائن الزيادة فهو ربا، وقد روي عن علي رضي الله عنه: "كل قرض جر نفعاً فهو ربا"، وهذا الأثر إن كان ضعيف السند لكنه صحيح معنى، وقد روي عن عبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وأبي بن كعب، رضي الله عنهم أنهم كانوا ينهون عن كل قرض جر منفعة للمقرض.

إن عقد الاستدانة عقد قرينة وتبرع، وفي اشتراط المنفعة فيه للدائن يخرج العقد من موضوعه، كما أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه.

وقد ذكر الفقهاء صوراً عديدة تطبيقية للقرض الذي يجزى نفعاً للدائن ومنها:

أن يطلب الدائن أن يرد له المدين أكثر مما أخذ، أو أجود مما أخذ وهذا هو الربا المحرم.

أما طلب الدائن أن يعطيه رهناً بالدين، أو كفيلاً ضماناً لدينه فهو جائز لأن هذا أمر مطلوب لا يناه في مقتضى العقد.

(١) البقرة: ١٨٢ .

(٢) حاشية الشرواني على التحفة ٣٧/٥، حاشية الدسوقي ٢٢٣/٣.

وقد روى الإمام مسلم في صحيحه حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه جاء فيه: أقبلنا من مكة إلى المدينة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتل جملي ويقول بعد بيان القصة:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: بعني جملك هذا، قال: فقلت: لا بل هو لك يا رسول الله، قال: لا، بل بعينه. قال: قلت: فإن لرجل على أوقية ذهب فهو لك بها، قال: قد أخذته، فتبلغ عليه إلى المدينة، ثم قال لبلال: أعطيه أوقية من ذهب وزيادة، قال: فأعطاني أوقية من ذهب وزادني قيراطاً^(١) وهذه زيادة في القدر.

أما الزيادة في الصفة فعن أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره (هو من الإبل ما بلغ سبع سنين) فرجع أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خيارا بغيرا رباعيا، فقال: أعطيه إياه، إن خير الناس أحسنهم قضاء^(٢) ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضا عن القرض، ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء دينه فلا مانع منها.

فيرى جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة، وهو منقول عن العديد من الصحابة والتابعين، أنه لا حرج في ذلك وهو جائز شرعا^(٣).

بينما يرى بعض المالكية وهي رواية عند الحنابلة كما هو المروي عن بعض الصحابة والتابعين أنه لا يجوز للمقرض قبول الهدية من المقرض، ولا الحصول على ما به الانتفاع كركوب دابته، أو شرب شيء من بيته إن لم يكن ذلك معروفا قبل القرض أو لم تكن هناك مناسبة مثل الزواج أو الولادة أو ما شابه ذلك^(٤).

ويقول الدسوقي: المعتمد (من مذهب مالك) جواز الشرب والتظلل، وكذلك الأكل إن كان لأجل الإكرام لا لأجل الدين.

وقد روي الأثرم أن رجلا كان له على سمّك عشرون درهما، فجعل يهدي إليه السمك ويقومه، حتى بلغ ثلاثة عشر درهما، فسأل ابن عباس رضي الله عنهما فقال له: أعطه سبعة دراهم.

وعن ابن سيرين إن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة دراهم، فأهدى إليه أبي بن كعب ثمرة أرضه، فردها عليه ولم يقبلها، فأتاه أبي فقال: لقد علم أهل المدينة أنني من أطيبهم ثمرة، وأنه لا حاجة لنا، فبم منعت هديتنا؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فقبل.

وهذا يدل على ردها عند الشبهة وقبولها عند الانتفاء.

(١) صحيح الإمام مسلم ١٢٢٢/٣.

(٢) صحيح مسلم ١٢٢٤/٣.

(٣) المغني ٢٢١/٤، رد المحتار ٢٩٥/٤، تحفة المحتاج ١٤٧/٥، أسهل المدارك ٢١٨/٢.

(٤) المحلي ٨٦/٨، كتاب الآثار محمد بن الحسن ١٣٢/٤، المغني ٣٢٢/٤، حاشية الدسوقي ٢٢٤/٣.

وعن زر بن حبيش رضي الله عنه قال: قلت لأبي بن كعب إنني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق فقال: إنك تأتي أرضاً، فاش فيه الربا، فإن أقرضت رجلاً قرضاً فأتاك بقرضه ومعه هدية، فاقبض قرضك، أو اردد عليه هديته^(١).

ويشترط لصحة الاستدانة ألا ينضم إليها عقد آخر سواء كان بالاشتراط في العقد أو التوافق خارج العقد، كأن يؤجر المستقرض داره للمقرض أو يستأجر المستقرض دار المقرض لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف^(٢).

أقسام الدين:

الدين عند جماهير الفقهاء ما ثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته.

وإن أسباب ثبوت الدين كثيرة منها:

الالتزام بالمال بإرادة منفردة.

هلاك المال في يد الحائز إذا كان يد ضمان.

تحقق ما جعله الشارع مناطاً لثبوت حق مالي كحولان الحول على النصاب في الزكاة وغيرها.

والدين ينقسم باعتبار وقت أدائه إلى:

الدين الحال وهو الدين المعجل، تجوز المطالبة بأدائه على الفور، إذا أراد الدائن ذلك.

الدين المؤجل وهو ما لا يجب أدائه في الفور، أو قبل حلول الأجل ولكن إذا أدى المدين فيصح أدائه، وتبرأ ذمته.

أما باعتبار إمكان تحصيله فينقسم إلى ثلاثة أقسام:

الدين المضمون، أو الدين القوي وهو دين مرجو الأداء.

الدين المعدوم وهو الدين الذي لا أمل في تحصيله وهو شبه مفقود.

الدين المشكوك في تحصيله وهو الدين الضعيف.

فالدين إذا كان على المدين المليء المقرية، والباذل له سواء كان نقداً أو عوضاً ثابتاً في الذمة، فهو الدين المضمون المرجو الأداء.

أما إذا كان الدين على معسر أو على جاحد للدين، أو على مماتل بالأداء فهو الدين الضعيف المشكوك في أدائه.

(١) المغني ٤/٣٢٠.

(٢) المغني ٤/٣٢٠، حاشية ابن عابدين ٣٥/٥.

أما إذا تعذر تحصيل الدين في المستقبل لكون المدين مفلسا أو هاربا مختفيا فهو الدين المعدوم^(١).

ثم إن ذمة المدين لا تبرأ إلا بالأداء أو الإبراء من صاحب الحق ويجب على المدين أداءه ولا يسقط الدين بالموت مع الإعسار.

وإذا كان المدين معسرا يجب إنظاره إلى ميسرة كما قال الله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٢)، ولا يحبس المدين المعسر، ولا يطرأ عليه حكم الرق كما كان في بعض المجتمعات الغربية قديما.

وإذا كان الدين ضعيفا، أو مشكوكا في أدائه، لكنه باق في الذمة فلا مانع من أن يتبرع بأدائه طرف ثالث تقربا إلى الله سبحانه والتصدق عليه باعتباره من الغارمين.

كذلك الإبراء من الدائن وإسقاط حقه عن كاهل المدين المعسر من باب البر والصلة وأمر مرغوب فيه ومندوب إليه من قبل الشارع.

يقول الخطيب الشربيني: الإبراء مطلوب فوسع فيه بخلاف الضمان^(٣).

وفي ذلك حديث جابر رضي الله عنه حين قام بأداء دين أبيه وكذلك خبر معاذ بن جبل وكعب بن مالك رضي الله عنهما حين أعسرا فحث النبي صلى الله عليه وسلم الدائنين على إسقاط كل الدين أو بعضه عنهم^(٤). وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد حجر على مال معاذ بن جبل رضي الله عنه، وباعه في دين كان عليه^(٥).

وقد صرح بعض الشافعية بأن الإبراء عن المعسر أفضل من القرض، وإن الإبراء يسقط الدين من الذمة، والساقط لا يعود كما تقول القاعدة الفقهية المعروفة.

يقول الإمام أبو بكر الجصاص الرازي: وقوله تعالى: { إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى } ينتظم سائر عقود المداينات التي تصح فيها الآجال، ولا دلالة فيه على جواز التأجيل في سائر الديون، لأن الآية ليس فيها بيان جواز التأجيل في سائر الديون، وإنما فيها الأمر بالإشهاد إذا كان دينا مؤجلا.

ألا ترى أنها لم تقتض جواز دخول الأجل على الدين بالدين حتى يكون جميعا مؤجلين.

(١) راجع المصطلحات الفقهية ١٤٨/.

(٢) البقرة: ٢٨٠.

(٣) مغني المحتاج ٢٠٣/٢.

(٤) راجع صحيح البخاري مع شرح العيني ١٦٠/١٣.

(٥) راجع نيل الأوطار ٢٤٤/٥، الموسوعة الفقهية ١٤٧/١، رد المحتار ١٤٦/٤ - ١٥١.

وهو بمنزلة قوله: من أسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، ولا دلالة فيه على جواز السلم في سائر المكيلات والموزونات بالأجال المعلومة فالمستدل به على جواز تأجيل القرض مغفل في استدلاله.

وأيضاً قوله تعالى: {إذا تداينتم بدين} قد اقتضى عقد المداينة وليس القرض بعقد المداينة، إذ لا يصير ديناً بالعقد دون القبض فوجب أن يكون القرض خارجاً منه^(١).

يختلف الحكم الشرعي في التعامل مع المدينين وذلك حسب ظروفهم المالية ومع مراعاة درجات الاضطراب في أوضاعهم وقدرتهم على الوفاء بالتزاماتهم، فالمدينون أنواع منهم:

المدين الملى: هو الذي عنده مال زائد عن الديون، فهذا يجب عليه الوفاء بما عليه من الديون عند حلول أجلها بطلب الدائن لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "مطل الغنى ظلم"^(٢) ويحق للدائن مطالبته وملازمته ورفع أمره إلى القضاء إذا استمرت مما طلبته. وإذا لم ينفذ أمر الحاكم جاز حبسه وتعزيره لقول النبي صلى الله عليه وسلم "لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"^(٣).

وفي حالة إصراره على عدم القضاء باع الحاكم ماله وقضى ما عليه من الديون^(٤).
المدين المعسر: وهو من ليس له مال يفي بشيء من الديون التي عليه فإذا ثبت إعساره يجب إنظاره لقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةً فَنَظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٥). ولا يجوز حبسه ولا الحجر عليه، وهذا لا يتصور في المؤسسات والشركات لأنها نادراً ما تكون خالية من أصول أو موجودات عينية.

المدين المفلس: وهو المدين الذي أحاط الدين بماله فاختلف الفقهاء في حكمه.

فيرى المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من أصحاب أبي حنيفة أن الغرماء إذا طالبوا بالحجر عليه فيجب على الحاكم إعلان تفليسه وإقامة الحجر على تصرفاته، وهذا القول هو المفتى به عند الحنفية.

ويشترط المالكية أن لا يكون أمام الغرماء طريق آخر للوصول إلى حقوقهم إلا به، أما إذا كان ممكناً أن يباع بعض ما يملكه لأداء ديونه فلا يحجر عليه.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا يحجر عليه لأنه كامل الأهلية، وفي الحجر عليه إهدار لأدميته وأهليته^(٦).

(١) أحكام القرآن ٤٨٣/١.

(٢) متفق عليه.

(٣) رواه أحمد وأبو داود.

(٤) فتح القدير ٢٧٢/٢، حاشية الدسوقي ٣٦٢/٣، مغني المحتاج ٩٠١/٣، شرح المنتهى ٨٥١/٢.

(٥) البقرة: ٢٨٠.

(٦) الهداية مع فتح القدير ٢٧٢/٩.

يصير الإنسان مدينا لغيره وتلزمه الحقوق المالية لأسباب عديدة وتصرفات يمارسها فيما يملكه، منها عملية البيع والشراء.

فإذا اشترى إنسان مثلاً سلعة وأعسر قبل أن يستلم السلعة فالبايع يكون بالخيار أن يفسخ العقد أو يمضيه، فإذا أمضاه فيكون شريكا مع الدائنين الآخرين أسوة للغرماء.

أما إذا اشترى السلعة وقبضها، ثم خرجت عن ملكه بالبيع أو الاستهلاك فأیضا يكون البائع شريكا للغرماء.

أما إذا كانت السلعة باقية في يده، فبعد إعسار المشتري يرى الشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية أن صاحب السلعة أحق بها، ويختار المحاصة مع الغرماء.

وذهب المالكية إلى أنه ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتقليس، فإن كانت أقل من الثمن، خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يشارك الغرماء، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها.

ويرى الحنفية أن البائع يكون شريكا وأسوة للغرماء على أية حالة كانت السلعة وهو مذهب الحسن، وإبراهيم النخعي، وابن شبرمة، وابن سيرين، والإمام زيد^(١).

ولكل فريق منهم أدلتهم ومناقشاتهم وخلافاتهم في التفاصيل الجزئية والخلاصة:

إن صاحب السلعة أحق بسلعته إذا وجدها عند المشتري وقد عجز عن دفع قيمتها وأعسر ولم يبق قادرا على دفع ثمنها.

كذلك الدائن إذا وجد دينه في قبضة المدين فهو أحق باسترداده.

وللمستأجر حق فسخ عقد الإجارة عند إعساره شريطة أن لا يلحق ذلك المؤجر ضررا، فإذا ألحق به ضرر فعلى المستأجر تحمل هذا الضرر.

للحاكم حق الحجر على المدين المعسر وبيع ماله لوفاء ديونه حفاظا على حقوق وأموال الناس.

الملبس والمأكل والمسكن من ضروريات الإنسان الأساسية فيجب الإبقاء ما يحتاج إليه.

إذا كان المدين موسرا ومماطلا فللحاكم حبسه وإجباره على أداء دينه.

وقد اختلف الفقهاء في أن الإجارة من العقود اللازمة كعقد البيع، وهذا هو رأي جماهير الفقهاء، وقيل بأنها من العقود الجائزة كعقد الشركة وإليه ذهب بعض الفقهاء.

(١) بداية المجتهد ٢/٢٨٣، فتح القدير ٧/٣٣٠، المغني ٤/٤٩٣، البناية ٨/٢٧٦، المجموع ١٣/٢٩٧، وسائل الشريعة ٩٠/٢، الحاوي ٧/٣٨٧، حاشية الدسوقي ٣/٢٨١.

والعقد اللازم هو العقد الذي لا يملك أحد المتعاقدين أن يفسخه بمفرده إلا في حالة ظهور العيب، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة.

والعقد الجائز هو العقد الذي يكون فيه بإمكان أحد المتعاقدين أن يفسخه بمفرده^(١).

وقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وهو مروى عن سفيان الثوري وأبي ثور وإسحاق إلى أن عقد الإجارة يفسخ بأعذار طارئة. ويرى الحنفية والظاهرية أن عقد الإجارة يفسخ بالأعذار الطارئة^(٢).

الماطلة في أداء الدين

عدم الوفاء بالوعود والعقود ليس من شأن المؤمن فقد أمر الله سبحانه المسلمين {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} ^(٣).

ولما كانت المدائنة عقدا من العقود فالتقيد بمواعيد الوفاء، وسداد الديون يكون واجبا على من يكون مليئا قادرا على الوفاء.

كذلك أمر الله سبحانه بأداء الأمانة {وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ} ^(٤).

وهي لا تختص بالودائع فقط بل يعم كافة الحقوق والواجبات المالية تجاه الغير.

ثم حث النبي صلى الله عليه وسلم قائلًا: (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه) ^(٥) ، وقائلًا: (ما من مسلم يدان دينا يعلم الله أنه يريد أداءه إلا أداه الله عنه في الدنيا والآخرة) ^(٦) .

ويقول: أعظم الذنوب عند الله أن يلقاه بها عبد بعد الكبائر التي نهى الله عنها أن يموت الرجل وعليه دين لا يدع له قضاء ، ويقول: والذي نفسي بيده لو قتل رجل في سبيل الله، ثم عاش، ثم قتل وعليه دين ما دخل الجنة حتى يقضي دينه.

ومن شدة حرصه صلى الله عليه وسلم أن لا يبقى أحد مدينا، كان إذا جئ بجنابة أحد يسأل "هل ترك لدينه فضلا" فإذا لم يترك سدادا لدينه كان يقول: صلوا على صاحبكم، وما كان لا يصلي عليه حتى يكفل أحد عنه بأنه سيقوم بأداء الدين عنه.

ويدل على خطورة الماطلة قول النبي صلى الله عليه وسلم: (مطل الغنى ظلم) ^(٧) ، والظلم عاقبته وخيمة {وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا} ^(٨) .

(١) بداية المجتهد ٢/٢٧٧، المجموع ١٥/٢٤٢، المغني ٦/٢٠، شرائع الإسلام ٢/١٧٩.

(٢) القوانين الفقهية ٢٨٣/، مغني المحتاج ٢/٣٥٥، الهداية ٣/٢٥٠، بدائع الصنائع ٤/١٩٧، المحلى ٨/١٨٧.

(٣) المائدة: ١

(٤) المؤمنون: ٨ .

(٥) رواه البخاري

(٦) رواه ابن ماجه

وروى أبو داود والنسائي من قوله صلى الله عليه وسلم: (لِيّ الْوَاجِدُ يَحِلُّ عَرْضُهُ، وَعَقُوبَتُهُ)

كما أن المماطلة في أداء الدين تدخل في أكل أموال الناس بالباطل، وقد نهى الله سبحانه وتعالى عن ذلك قائلاً: {وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ} (٢).

إن مشكلة المماطلة في تسديد الديون مشكلة عامة، وظاهرة عالية تعاني منها البنوك التقليدية كما تعاني منها المؤسسات المالية الإسلامية، وقد كانت الديون المتأخرة أيضاً من أسباب انهيار بعض البنوك التقليدية في الدول الغربية، مع أن البنوك التقليدية تفرض الفوائد الإضافية لتعويض الخسائر الناجمة عن التأخير في سداد الديون.

أما المؤسسات المالية الإسلامية فلا تملك هذه الوسيلة لأن الفوائد محرمة شرعاً، أما جر العملاء أو المدينين إلى المحاكم فهي غير مجدية في تقليل المخاطر للإجراءات الطويلة، فالمؤسسات المالية الإسلامية تكون أكثر عرضة لمخاطر الديون المتأخرة أو ظاهرة مماطلة المدينين.

ثم إن المؤسسات المالية الإسلامية تعتمد عموماً على صيغ التمويل التي يترتب عليها الديون كالمرابحة، والبيع بالتقسيط، والسلم، والتأجير، والاستصناع، فالديون تشكل نسبة عالية من أصولها بلغت في بعضها أكثر من ٩٠٪.

ولا يمكن أن تلزم تلك المؤسسات، المدين المماطل بتعويض الدائن مقابل ضرره عن تأخير الوفاء، لكونه ربا محرماً، مع أن ربح البنوك الإسلامية لا يتحقق فعلاً إلا إذا التزم العميل بالسداد في الأجل المحدد لأنه إذا ما طل فلا يتحقق الربح المنشود حتى لو قام بأداء أصل الدين لاحقاً.

إن الله سبحانه قد أحل البيع وحرّم الربا، وفي البيع أو التجارة مقابلة المال بالمال أو مبادلة المال بالمال بالتراضي.

وفي الربا زيادة لا يقابلها عوض، فإن الزيادة ليست محرمة ومعنى الآية {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} هو البيع المطلق الذي يقع فيه العوض على صحة القصد والعمل والبيع أنواع.

يقول الإمام المحقق ابن الهمام: فإن البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالعين، وقلبه وهو البيع المطلق، وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن، ومقايضة وهو بيع العين بالعين، وبخيار ومنجز، أو مؤجل الثمن، ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك (٣).

(٥) أخرجه البخاري ومسلم

(٦) طه: ١١١

(٧) البقرة: ١٨٨

(٨) فتح القدير ٤٥٥/٥.

ومن الربا أيضا أن يشتري الإنسان ما باعه بأقل من ثمنه قبل نقد الثمن، وذلك لحديث يونس بن إسحاق عن أبيه، عن امرأته العالية قالت: كنت عند عائشة رضي الله عنها فقالت لها امرأة: إني بعثت زيد بن أرقم جارية لي إلى عطائه بثمانمائة درهم، وأنه أراد أن يبيعها فاشتريتها منه بستمائة. فقالت: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب، فقالت: يا أم المؤمنين، أرايت إن لم آخذ إلا رأسمالي؟ فقالت: فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف، وأمره إلى الله^(١).

ومن أبواب الربا أيضا بيع الدين بالدين فقد روي موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم: أنه نهى الكالئ بالكالئ^(٢) وفي بعض الألفاظ: عن الدين بالدين وهما سواء.

كذلك وضع شيء من الدين بشرط التعجيل وقد أجاز البعض ذلك شريطة أن يكون من باب العفو والكرم ولا يكون شرطا.

إن قول الله سبحانه: {وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ} يقتضي ثبوت المطالبة لصاحب الدين على المدين وجواز أخذ رأس مال نفسه منه بغير رضاه لأنه تعالى جعل اقتضاءه ومطالبته من غير شرط رضا المطلوب.

وهذا يوجب أن من له على غيره دين فطالبه به فله أخذه منه شاء أم أبى.

فقد ورد في الحديث الصحيح أن هنداً لما قالت للنبي صلى الله عليه وسلم: "إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال: خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف"^(٣).

فأباح لها أخذ ما تستحقه على أبي سفيان من النفقة من غير رضي أبي سفيان، كما أن الآية تدل على أن الغريم متى امتنع من أداء الدين مع الإمكان كان ظلماً لأن قوله تعالى: {وَإِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ} قد جعل له المطالبة برأس المال وقد تضمن ذلك أمر الذي عليه الدين بقضائه، وترك الامتناع من أدائه فإنه متى امتنع منه، كان له ظلماً وإذا كان كذلك استحق العقوبة وهي الحبس.

ولأن نسق التلاوة {لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ} يعني - والله أعلم - لا تظلمون بأخذ الربا، ولا تظلمون بالنقصان في رأس المال، فدل ذلك على أنه متى امتنع من أداء جميع رأس المال إليه كان ظلماً له مستحقاً للعقوبة وهو الحبس.

وقد روي أبو داود بسنده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته^(٤) قال ابن المبارك: يحل عرضه: يغلظ له، وعقوبته: يحبس^(٥).

(٢) أحكام القرآن للرازي ٤٦٦/١، وقال ابن كثير: هذا أثر مشهور وهو دليل لمن حرم مسألة العينة ٣٢٧/١.
(١) صحيح الإمام البخاري.

وروي ابن عمر وجابر وأبو هريرة رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: مظل الغنى ظلم، وإذا أحيل أحدكم فليحتل: فجعل مظل الغنى ظلما والظالم لا محالة يستحق العقوبة، وهي الحبس لإتفاقهم انه لم يرد غيره.

كذلك روي أبو داود بسنده عن النضر بن شميل قال: أخبرنا هرماس بن حبيب رجل من أهل البادية عن أبيه عن جده قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم بغريم لي فقال لي: إلزمه" ثم قال: يا أبا بني تميم، ما تريد أن تفعل بأسييرك؟ وهذا يدل على أن له حبس الغريم لأن الأسير يحبس فلما سماه أسيرا دل على ان له حبسه.

وروي في حديث آخر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: لصاحب الحق اليد واللسان، رواه محمد بن الحسن وقال في اليد: اللزوم" وفي اللسان: الاقتضاء^(١).

الحجر على المفلس في رأي الفقهاء

يشترط للحجر على المفلس في رأي الفقهاء الذين أجازوا ذلك:

- (١) أن يطلب الغرماء الحجر عليه فلو طالبوا بديونهم، ولم يطلبوا الحجر عليه لم يحجر عليه^(٢).
 - (٢) أن يكون الدين الذي طلب صاحبه الحجر على المدين ديناً حالاً فلا حجر بالدين المؤجل لأنه لا يطالب به في الحال، ولو طُلب به لم يلزمه الأداء فوراً^(٣).
 - (٣) أن تكون الديون على المدين أكثر من ماله^(٤).
 - (٤) أن يكون الدين الذي يحجر به دين الإنسان، أما دين الله فلا يحجر به مثل الزكاة أو النذر وغيرهما^(٥).
 - (٥) أن يكون الدين لازماً فلا حجر بالثمن في مدة الخيار ويصح عند الحنفية الحجر على المدين الغائب على قول الصحابين شريطة علم المحجور عليه به.
- والذين قالوا بمشروعية الحجر على المفلس قالوا: يستحب إظهار الحجر عليه وإشهاره لتجنب معاملته كيلا تضيع أموال الناس.
- أما طريقه الإشهار فوسائل الإعلام والإشهار مثل الصحف والإذاعة أو الجريدة الرسمية يكفي استخدامها في إعلان الإفلاس لدفع الضرر عن الناس، والامتناع عن التعامل مع المحجور عليه.

(١) راجع أحكام القرآن ٤٤٤/١.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ١٦٤/٣.

(٣) نهاية المحتاج ٣٠٣/٤.

(٤) نهاية المحتاج ٣٣٨/٤.

(٥) نهاية المحتاج ٣٠١/٤.

الآثار التي تترتب على فرض الحجر على المفلس يمكن ذكرها فيما يلي:

- (١) تتعلق حقوق الغرماء بماله، ويمنع من التصرف فيه.
- (٢) انقطاع الطلب عنه بدين جديد بعد الحكم بالإفلاس.
- (٣) حلول الدين المؤجل في ذمة المدين.
- (٤) استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه.
- (٥) استحقاق بيع مال المفلس وتقسيمه بين الغرماء.

إذا أحاط الدين بمال المدين، وطلب الغرماء الحجر عليه وجب على الحاكم إعلان إفلاسه عند المالكية والشافعية والحنابلة وكذلك عند صاحبي أبي حنيفة أبي يوسف ومحمد رحمهم الله جميعاً، وهو القول المفتى به في المذهب الحنفي.

وقد اشترط المالكية لتفليس المدين أن لا يكون للغريم سبيل آخر للوصول إلى حقه. ويرى الإمام أبو حنيفة رحمه الله أنه لا يحجر عليه بسبب الدين لأن في الحجر إهدار لأدميته، نعم إذا طلب الغرماء حبسه فيحبس حتى يضطر إلى بيع ماله وقضاء دينه.

وفي نظر الصحابين أبي يوسف ومحمد يجوز الحجر على المدين شريطة أن يركب المدين دين مستغرق لماله فيكون مجموع ديونه الحالة والمؤجلة أكثر من ماله. وأن يطلب الغرماء الحجر على المدين فلا يجوز الحجر من غير طلب الغرماء.

يقول صاحب البحر الرائق: لا يحجر عليه بسبب ولو طلب غرماءه الحجر عليه وهذا عند الإمام لأن في الحجر إهدار أهليته وإلحاقه بالبهايم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز، وعندهما يجوز الحجر عليه بسبب الدين وعلى قولهما الفتوى^(١).

ويترتب على الحجر على المدين منعه من التصرف في ماله، وبيع المال وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة.

ولا يعمل الحجر فيما يحدث من المال، بخلاف الحجر بسبب السفه حيث يعم الموجود والحادث^(٢) من المال.

متع السفر: إذا كان المدين معسراً فهل يصح أن يمنع من السفر بطلب من الغرماء؟ يرى الفقهاء عموماً أن المدين المعسر لا يمنع من السفر لأنه في فترة الإنظار بناء على قوله تعالى: {فنزطه إلى ميسرة} فإذا كانت مطالبة الدين غير قائمة في تلك الفترة فلا مانع من سفره، وليس للغرماء أن يمنعوه من ذلك.

(١) البحر الرائق ٨/٨٣.

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/١٩٩.

إلا أن الحنابلة اشترطوا أنه يجب عليه أن يقدم كفيلاً بدينه إذا أراد أن يسافر، لأن المدين قد يوسر في البلد الذي سافر إليه، فلا يتمكن الغريم من طلبه فإذا كان هناك كفيل طالبه بإحضاره^(١).

وكما هو المعلوم أن القوانين السائدة في الدول تمنع المدين من السفر، ولعل الأنسب هو جعل تقدير القاضي هو الأساس في منع السفر من عدمه حسب مقدار الدين وظروف كل من الدائن والمدين.

إجبار القاضي للمعسر على الاكتساب:

وهل يجبر القاضي المدين المعسر على الاكتساب من أجل الوفاء بدينه؟

فقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في رواية إلى أنه لا يجبر على الاكتساب، ولا على مؤاجرة نفسه، فإذا اكتسب واجتمع عنده مال ينفق على نفقته ونفقة عياله فما فضل منه يقضي به الدين.

وذهب الإمام أحمد في رواية إلى أنه إذا كان يحسن صنعة فإنه يجب إجباره على الاكتساب وإلا لا^(٢).

أما الظاهرية، وعمر بن عبد العزيز، والعنبري، وسوار وإسحاق في قول فيرون جواز الإجبار على الاكتساب مطلقاً، واستدلوا على ذلك بما روي عن زيد بن أسلم يقول: رأيت شيخاً بالإسكندرية يقال له سرّوق وفيه: فأتوا بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي: أنت سرّوق، وباعني بأربعة أبعرة فقال الغرماء للذي اشترايني: ماذا تصنع به؟ قال: أعتقه، قالوا: فلسنا بأزهد منك في الأجر، فاعتقوني بينهم^(٣).

وكذلك أثير أسيفع أنه كان يشتري الرواحل فيغالي بها، ثم يسرع السير فيسبق الحاج، فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: أما بعد: يا أيها الناس فإن الأسيفع أسفح جهينة، رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، ألا إنه قد أدان معرضاً، فأصبح وقدرين به، فمن كان له دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين^(٤).

ولما كان محجوراً عليه في حاجة إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والمجنون.

(٣) كشاف القناع ٤٠٦/٣، الاختيار ٩٠/٢، المجموع ٢٥٣/٨، نهاية المحتاج ١٢٦/٢.

(١) المغني ٣٣٦/٤، المجموع ٢٧٢/١٣، تبيين الحقائق ١٩٩/٥، الإنصاف ٢٧٤/٥.

(٢) سنن الدار قطني ٩١/٣ - ٩٢.

(٣) سنن البيهقي ٤٩/٦، موطأ الإمام مالك ٧٧٠/٢.

وقال الإمام أبو حنيفة رحمه الله: لا يباع ماله جبراً لأنه لا ولاية عليه في ماله لأحد، إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدون إجبار لقوله تعالى: {لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} (١).

أما إذا كان دينه دراهم وفي المال دراهم دفعت للغريم جبراً، وكذلك إذا كان دينه دنائير دفعت للدائنين جبراً.

كذلك إذا كان عليه أحد النقدين وفي ماله النقد الآخر لأنهما كجنس واحد واستدل لذلك بأن الغريم إذا ظفر بمثل دين أخذ جبراً فالحاكم أولى وهذا من باب الاستحسان عند أبي حنيفة.

الإعسار والإفلاس في المؤسسات المالية

أما الإعسار في المؤسسات المالية الإسلامية فهو عبارة عن نقص السيولة النقدية يحول دون الوفاء بالتزاماتها وأداء ديونها الحالية والمتراكمة عليها وإن كانت لديها أصول وأملاك تمكنها من أداء ديونها مستقبلاً.

أما إفلاس المؤسسات والشركات فإنه عبارة عن اضطراب في أوضاعها المالية وعجزها عن تسديد ما عليها لأن قيمة الديون تزيد عن الأصول.

كما إن مفهوم الإفلاس في القانون التجاري أوسع من مفهومه في الفقه، وإن القوانين التجارية العربية هي مقتبسة أو مدونة على غرار القوانين الأوروبية والأمريكية.

ففي القانون التجاري المصري: يعد كل تاجر توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطرابات أوضاعه المالية مفلساً (٢).

وينص القانون التجاري الكويتي على أن: "كل تاجر اضطرت أعماله المالية فوقف عن دفع ديونه التجارية يجدر شهر إفلاسه" (٣).

إن الإفلاس في القانون التجاري لا يكون مرتبطاً دائماً بزيادة ديون الشركة عن أصولها الموجودة فقد يكون لديها من الأصول ما يزيد عن ديونها لكن عجزها بسبب نقص السيولة حيث لا تكون الأصول كافية لتسييلها حتى تؤدي ديونها المستحقة.

وهناك فرق بين إفلاس الفرد وإفلاس المؤسسة أو الشركة، فالفرد بعد إشهار إفلاسه يمنع من التصرف في أمواله والمحكمة هي التي تقوم بتصفية الأمور.

لكن إفلاس الشركات والمؤسسات المالية لا تمنعها دائماً من ممارسة نشاطها.

(٤) النساء: ٢٩

(١) قانون التجارة المصري المادة (١/٥٥٠)

(٢) قانون التجارة الكويتي المادة ٥٥٥.

بل إن القانون الإنجلو سكسوني يعطي الشركة المفلسة حماية أكثر من دائئتها ويكون للشركة الحق في اختيار التصفية أو إقفال النشاط.

وإذا كان عجز الشركة المالي مؤقتا بسبب ظروف استثنائية طارئة ويتوقع أن تستعيد عافيتها، ففي هذه الحالة تختار الشركة الاستمرار في مزاوله نشاطها، فإذا أذنت لها المحكمة فتبقي أموال الشركة ملكا لها، وهي تزاوّل أنشطتها التجارية تحت مراقبة المحكمة حتى تسدد جميع ديونها خلال الفترة الزمنية المحددة.

إشهار الإفلاس

إن الدائنين لهم حق المطالبة من المحكمة بإشهار إفلاس الشخص المدين أو الشركة المدينة في حالة الامتناع عن سداد الدين شريطة أن يثبتوا، أن امتناعه من غير مبرر قانوني أو للمدين تصرفات تضر الدائنين.

فإذا طلب الدائن شهر إفلاس مدينه بصحيفة تودع قلم المحكمة المختصة مصحوبة بما يفيد إيداع الرسوم المطلوبة الخاص بنشر الحكم الصادر بشهر الإفلاس، والمحكمة هي التي تحدد تاريخا لإشهار الإفلاس وتعين أمنيا للتقليسة وتختار قاضيا من قضاة المحكمة ليكون قاضيا للتقليسة ويأمر بوضع الأختام على محلات وممتلكات المدين.

ويرسل قلم كتاب المحكمة إلى النيابة العامة للحض من حكم شهر الإفلاس فور صدوره.

فإذا تم إشهار إفلاس عن شخص مدين أو شركة مدينة فيترتب عليه ما يلي:

يؤضع أموال المدين تحت المراقبة، فلا يجوز له التصرف إلا بإذن المحكمة.

يقرر له القاضي الإنفاق على عائلته.

تتسقط حقوقه السياسية فلا يبقى له حق الترشيح أو الترشح للمجالس السياسية.

يمنع من السفر ومغادرة البلاد.

هذا ما يتعلق بالمدين، أما أموال المدين المشهر إفلاسه:

لا يجوز له التصرف في أمواله بعد إشهار إفلاسه فلا يستطيع إدارة أمواله أو تسديد ديونه أو التبرع من ماله أو فك الرهن عن ممتلكاته.

أما الدائنون فيلزمهم:

تكوين هيئة (جماعة) الدائنين يمثلهم شخص.

وقف الدعاوي والإجراءات الفردية.

لا تحتسب فوائد على الأموال المترتبة على المفلس.

تصبح جميع الديون واجبة السداد وتلغي جميع لوائح السداد الآجلة.
تجز جميع ممتلكات المفلس بما فيه الممتلكات العقارية لحين التسوية والسداد.
أما وسائل الإشهار فقديمًا كان يأمر القاضي بالمناداة في الأسواق، أما الآن ففي أجهزة الإعلام من الإذاعة والتلفاز والصحافة غني عن الأساليب البدائية القديمة.
ثم إن الجريدة الرسمية هي الوسيلة المعهودة لمثل هذه الإعلانات.
أما إشهار الإفلاس عند الفقهاء فلا يؤدي إلى سقوط الحقوق السياسية كما يراه القانون المدني التجاري، بل يقتصر أثر إفلاسه على التصرفات المالية والتجارية فقط^(١) كما أنه يصح تصرف الشركة المفلسة في ذمتها بشراء أو بيع ونحو ذلك لأن الحجر يتعلق بمالها لا بذمتها، ولأنه لا ضرر فيه على الغرماء^(٢).
ويرى الحنفية والشافعية والحنابلة في الرواية المعتمدة إلى أن الديون المؤجلة لا تحل بالتفليس، لأن الأجل حق للمفلس فلا يسقط بإفلاسه كسائر حقوقه.
وعلى هذا القول لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالية إلا إذا كان المؤجل قبل قسمة المال فيشاركونهم^(٣).

صور بيع الدين بالدين

إن بيع الدين بالدين أو "الكالئ بالكالئ" محرم أصلاً لكن الفقهاء المعاصرون - أو المشتغلون بالقضايا الاقتصادية الإسلامية بالأحرى قد اضطروا من أجل إنقاذ المؤسسات المالية الإسلامية - التي تأثرت بالأزمة الاقتصادية العالمية وتراكمت عليها الديون، ونقصت لديها السيولة - من الانهيار إلى البحث عن صور لبيع الدين بالدين تكون جائزة، ولو على رأي مذهب فقهي واحد، بل ولو على قول شاذ في بعض المذاهب، ولم يتجنبوا تمرير وتبرير بعض أساليب التحايل المكشوف والمرفوض.

وقد ناقشت المجمع الفقهي المعروفة بعض جوانب المسألة فقد أصدر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي قراراً بهذا الخصوص.

حيث جاء في القرار الثالث بشأن فسخ الدين في الدين في دورته الثامنة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة ١٠ - ١٤ / ٣ / ١٤٢٧ هـ الموافق ٨ - ١٢ / ٤ / ٢٠٠٦ م ما يلي:

بعد الاطلاع على قرار المجمع بشأن موضوع بيع الدين في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في المدة ٢١ - ٢٦ / ١٠ / ١٤٢٢ هـ الموافق ٥ - ١٠ / ١ / ٢٠٠٢ م والذي جاء فيه ما نصه:

(١) ينظر المواد المتعلقة بالإفلاس في القانون التجاري المصري والقانون التجاري الكويتي وغيرهما.

(٢) رد المحتار ١٥٠/٦.

(٣) فتح القدير ٢٧١/٩.

ثانياً: من صور بيع الدين غير الجائزة:

بيع الدين للمدين بثمن مؤجل أكثر من مقدار الدين، لأنه صورة من صور الربا، وهو ممنوع شرعاً وهو ما يطلق عليه (جدولة الدين).

وبعد الاستماع إلى البحوث المقدمة والمناقشات المستفيضة، والنظر في الصور التي ذكرت في البحوث في موضوع فسخ الدين في الدين أو ما يسميه بعض أهل العلم (قلب الدين) قرر المجمع في دورته الثامنة عشرة:

يعد من فسخ الدين في الدين الممنوع شرعاً كل ما يفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل أو يكون ذريعة إليه ويدخل في الصور الآتية:

١ - فسخ الدين في الدين عن طريق معاملة بين الدائن والمدين تنشأ بموجبها مديونية جديدة على المدين من أجل سداد المديونية الأولى كلها أو بعضها من أمثلتها:

شراء المدين سلعة من الدائن بثمن مؤجل ثم بيعها بثمن حال من أجل سداد الدين الأول كله أو بعضه.

فلا يجوز ذلك ما دامت المديونية الجديدة من أجل وفاء المديونية بشرط أو عرف أو مواطأة أو إجراء منظم؛ وسواء في ذلك أكان المدين موسراً أم معسراً، وسواء أكان الدين الأول حالاً أم مؤجلاً يراد تعجيل سداده من المديونية الجديدة، وسواء اتفق الدائن والمدين على ذلك في عقد المديونية الأول أم كان اتفاقاً بعد ذلك، وسواء أكان ذلك بطلب من الدائن أم بطلب من المدين.

ويدخل في المنع ما لو كان إجراء تلك المعاملة بين المدين وطرف آخر غير الدائن إذا كان بترتيب من الدائن نفسه أو ضمان منه للمدين من أجل وفاء مديونته.

٢ - بيع المدين للدائن سلعة موصوفة في الذمة من غير جنس الدين إلى أجل مقابل الدين الذي عليه، فإن كانت السلعة من جنس الدين فالمنع من باب أولى.

٣ - بيع الدائن دينه الحال أو المؤجل بمنافع عين موصوفة في الذمة، أما إن كانت بمنافع عين معينة فيجوز.

٤ - بيع الدائن دين السلم عند حلول الأجل أو قبله للمدين بدين مؤجل سواء أكان نقداً أم عرضاً، فإن قبض البديل في المجلس جائز، ويدخل في المنع جعل دين السلم رأس مال سلم جديد.

٥ - أن يبيع الدائن في عقد السلم سلعة للمدين - المسلم إليه - مثل سلعته المسلم فيها مرابحة إلى أجل بثمن أكثر من ثمن السلعة المسلم فيها، مع شرط يعطيه السلعة التي باعها له سداد لدين السلم^(١).

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة / ٤٥٧ - ٤٥٩.

كذلك ناقش مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دوراتها السابقة بعض صور المسألة واتخذت قرارات بخصوصها وقد سبقت الإشارة إليها.

لكن الموضوع مازال في حاجة إلى دراسات دقيقة ومستوعبة، وإصدار قرارات واضحة وحاسمة، لأنه موضوع مهم وشائك، وإن المؤسسات المالية الإسلامية تواجه أخطارا حقيقية حيث إن انهيارها كمنظمة أخف وقعا من تراجعها عن المبادئ وأهدافها التي أنشئت من أجلها من تجنيب الناس من الربا وتقديم البديل للمؤسسات التقليدية الربوية.

إن صور بيع الدين بالدين عديدة ويوجد لدى المالكية ما يسمى بفسخ الدين في الدين، أو بفسخ الدين بالدين، أو قلب الدين، ولها صور عديدة يمكن تلخيصها فيما يلي:

متن أوضح صور فسخ الدين بالدين مباشرة، تأخير الدين سواء كان ناتجا عن قرض أو عن بيع على أن يزيد المدين في مقدار القرض مقابل الأجل مثل أن يكون لشخص على آخر مائة دينار، فلما حل الأجل قال المدين أنا لا أملك الآن ما يكفي لقضاء دينك، فأجلني لمدة شهر وسوف أرد عليك مائة وعشرة دنانير.

وهذه الصورة سائدة الآن في المعاملات الربوية وهي نفسها كانت أيام الجاهلية الأولى حيث كان يقال: "تقضي أو تربي" أو "أخرني وأزيدك".

وهذه الصورة ممنوعة شرعا لما فيه من ربا محرم، وزيادة في الأجل مقابل زيادة في المبلغ^(١).

أما إمهال الدائن وإعطاءه أجلا ثانيا من غير زيادة، أو إعفائه عن بعض ديونه فلا حرج في ذلك بل هو المطلوب والمندوب إليه شرعا.

وهناك صورة أخرى لفسخ الدين بالدين وهي: أن يقرض رجل شخصا آخر مائة دينار فيشتري المقترض من المقرض سلعة بتلك الدنانير فإذا كان القرض إلى أجل، واشترى المقترض أيضا السلعة إلى أجل، فهذا أيضا لا يجوز شرعا لأن مبلغ القرض قد عاد إلى المقرض بالشراء منه، وبقي في ذمة المقترض مائة دينار اشترى بها السلعة فصار فسخ دين بدين لأن ما خرج من اليد عاد إليها ثانيا.

وهنالك: فسخ الدين بالدين عن طريق سلعة يملكها الدائن مثل أن يقرض رجل شخصا آخر مائة دينار إلى شهر، فيشتري بها المقترض من المقرض سلعة إلى شهرين، فمبلغ القرض يعود إلى المقرض بالشراء منه، ويبقى في ذمة المقترض أصل القرض الذي اشترى به السلعة فصار فسخ دين في دين، ومنها أيضا: فسخ الدين بالدين عن طريق سلعة يملكها المدين وفي هذه الصورة قد تكون المفسوخ فيها هو السلعة نفسها وقد تكون منافع السلعة.

(١) الشرح الكبير ١٣٧/٣، مختصر خليل ٣٦٤/، الذخيرة للقراي ٣٠٣/٥.

وإذا أقرض رجل مائة دينار، ثم اشترى بها سلعة غير موجودة فهذا العقد لا يصح، سواء حل الأجل أو لم يحل، لأن هذا فسخ الدين في الدين يعني فسخ دين السلعة في دين الدنانير، مثال الحالة الثانية التي يكون المفسوخ فيها هو منافع العين أن يفسخ الدين في سكنى دار، كأين يكون لشخص على آخر ألف دينار فإذا حل الأجل قال المدين للدائن: أعطيك داري هذه تسكنها سنة قضاء لدينك، ويقبل الدائن ذلك، وقد نقل عن هذه الصورة قولان لمالك رحمه الله، قول بالجواز، وقول بالمنع.

ومنها فسخ الدين بالدين في عقد السلم، كأن يشتري رجل الذرة سلماً وقبل أن يحل الأجل أو بعد ما حل يعرض المسلم إليه - أي البائع - على المسلم - أي المشتري - قمحا بدل الذرة.

هذه الصورة أيضاً لا تجوز إذا كانت قبل حلول الأجل، وكذلك لا تجوز بعد حلول الأجل إذا كان البديل مؤجلاً.

ومن صورته أيضاً أن يبيع المسلم - أي المشتري - المسلم فيه غير الطعام إلى المسلم إليه - البائع - قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بنقد أو بعرض، وهذا أيضاً لا يجوز إذا كان النقد أو العرض مؤجلاً، أما إن كان معجلاً فيجوز بشرط القبض في المجلس.

ومن تطبيقات فسخ الدين بالدين في الوقت الحاضر جعل الدين رأس مال السلم وصورته أن يكون لشخص على آخر مبلغاً من المال (دنانير) فإذا حل الأجل اتفقا على أن يبيع المدين للدائن طناً من القمح سلماً.

ومن الصور التي ابتدعتها بعض البنوك والمؤسسات المالية أنه إذا حل الأجل في عقد السلم ولم يكن عند العميل سلعة السلم باع له البنك سلعة مثلها مرابحة إلى أجل بثمن أكثر من ثمن السلعة المسلم فيها، ويشترط عليه أن يعطيه السلعة التي باعها سداداً لدين السلم.

بدائل أخرى مقترحة

ومن البدائل المقترحة ما يسمى "بالفكترة" (الوسيط) وذلك بتحويل الديون التجارية من مالكها إلى "الفكتور" (الوسيط) أن يتحمل القيام بإجراءات استيفاء تضمن خلاص الدائن.

ويمكن أن يدفع "الفكتور" مقدماً للدائن كامل دينه الذي تحول إليه أو جزء منه، فحينما يتم العقد بين البائع و"الفكتور" يقوم الفكتور بمتابعة الدين الناشئ بين البائع والمشتري ويحل محل المشتري في ضبط المطالبات وتذكير المدين بما عليه من ديون وتاريخ حلول الأجل.

وهو بذلك أجير مستحق أجره حينما تم الاتفاق عليه ولا يضمن إلا بالتقصير أو بالتعدي.

وبإمكان للمؤسسات الإسلامية أن تنشئ شركات "فكترة" متخصصة في هذا الجانب من النشاط، ومن هذه الناحية لا غبار على هذا التعامل.

لكن الفكتور هو يكون ضامنا للدين بإقرار أن المشتري إذا فسدت ذمته بإفلاس أو مماثلة فإن البائع يتسلم عند حلول الأجل من الفكتور كامل الدين، فكأن البائع قد باع دينه للفكتور بثمن يقبضه عند حلول الأجل، وبيع الدين النقد بنقد من جنسه يتأخر قبضه إلى الأجل ممنوع بإجماع الفقهاء لما فيه من ربا النساء، كما أن بيع دين النقود بأقل منها ممنوع أيضا لما فيه من ربا الفضل.

ثم إن الفكتور قد يقدم للبائع نسبة من دينه، أو كل الدين إثر اتصاله بالفاتورة وذلك ليستعين بالسيولة المالية على تصريف أموره، والفكتور يتقاضى على ذلك فائضا يتبع سعر السوق النقدي في كراء المال ويصير ما يستحق طردا وعكسا مع الزمن الذي بين قبض البائع النقد من الفكتور وبين وقت حلول أجل الدين وهذا عقد مبني على الربا^(١).

التأمين على الديون

التأمين على الديون يتكون من العناصر التالية:

المؤمن هو شركة التأمين الإسلامي وهي مجموع المساهمين المتبرعين.

المؤمن له وهو طالب التأمين وهو صاحب الدين المشكوك في تحصيله، أو الدائن وهو المستفيد من عملية التأمين وهو أحد المتبرعين المساهمين في شركة التأمين التعاون الإسلامي.

المؤمن منه وهو الخطر أو الخسارة التي يتعلق بها الدين وهو خطر محتمل الوقوع وليس محققا فالدين المشكوك فيه على خطر السقوط والزوال وينتج عنه خسارة المال الذي في الذمة.

محل التأمين وهو المقدار من المال الذي يلتزم به المؤمن عند اليأس من تحصيل الدين، وذلك بدفعه للمؤمن له خلال الفترة التي يحددها العقد وهو مبلغ محدد ليكون تعويضا عن الدين.

مدة التأمين التي تكون محددة بأجل الدين، وقد تكون غير محددة بأجل الدين، وقد تكون غير محددة في عقد التأمين.

(١) يراجع بحث الشيخ محمد مختار السلامي المقدم إلى ندوة دله البركة.

قسط التأمين، ولما كان تحديد قسط محدد أو أقساط في التأمين لتدفع تجعل التأمين تجارياً ربوياً لكونه مبادلة نقد بنقد فلا يوجد في التأمين التعاوني أقساط لأنه تأمين تكافلي ويقوم على التبرع.

الحلول المطروحة وأحكامها:

تأخير الدين الذي حلّ أجله عن المدين مقابل زيادة في قدره أو صفته محرم شرعاً، سواء كان دين سلم أو ثمن مبيع أو بدل قرض أو عوض إتلاف لأنه يعتبر بإجماع أهل العلم من ربا الجاهلية وهو "أنظرني ازدك"، أو "تقضي أو تربى"؟

تأخير الدين الذي حلّ أجله عن المدين مقابل زيادة في قدره أو وصفه عن طريق حيلة ظاهرة تتمثل في إبرام عقد أو عقود غير مقصودة لذاتها أيضاً محرم شرعاً سواء كان المدين موسراً أو معسراً.

بيع الدائن دينه الذي حلّ أجله للمدين نفسه بثمن مؤجل من غير جنسه -مما يجوز أن يباع به نسيئة - جائز شرعاً.

اعتياض الدائن عن دينه الذي حلّ أجله بجعله رأسمال سلم لدى المدين نفسه في مقابل مسلم فيه، موصوف في ذمته إلى أجل معلوم جائز شرعاً.

اعتياض الدائن عن دينه الذي حلّ أجله بمنافع عين مملوكة للمدين -كدار أو بستان أو عمارة أو طائرة - إلى أجل محدد كسنة أو خمس سنين أو غير ذلك صحيح وجائز شرعاً.

حصول المدين على تمويل نقدي مقابل يد مؤخر عن طريق التورق، أو بيع السلم، أو الاستصناع، أو غير ذلك من العقود الشرعية من أجل وفاء دينه غير المتوفر لديه عند محلّ أجله جائز شرعاً وكلفه ذلك زيادة على المبلغ الذي حصل عليه لأداء دينه.

ولا حرج شرعاً في قيام المؤسسات المالية الإسلامية بإجراء ترتيبات للعملاء لتحقيق هذا الغرض بشرط أن لا تعود تلك الزيادة بوجه من الوجوه إلى المؤسسة المالية الإسلامية نفسها، وأن تمتع من استخدام الأساليب الملتوية للتحايل على الربا.

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس المنعقدة بجدة كان قد اتخذ القرارات التالية:

أولاً: - تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً، وثنمه بالأقساط لمدد معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد والتأجيل.

فإن وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد فهو غير جائز شرعاً.

ثانيا: - لا يجوز شرعا في بيع الأجل التخصيص في العقد على فوائد التخصيط مفصولة عن الثمن الحال بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة أم ربطها بالفائدة السائدة.

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

رابعا: - يحرم على المدين الملى أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء.

خامسا: - يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها مادام المدين قد رضي بهذا الشرط عن التعاقد.

سادسا: - لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط الموجلة.

هذه ستة قرارات اتخذت حول البيع بالتخصيط وصدرت توصية لحل بعض المسائل الأخرى المتصلة ببيع التخصيط للبت فيها مستقبلا بعد إعداد دراسات وأبحاث وافية حولها.

وهذه المسائل هي:

أولاً: - خصم الكمبيالات عن الأقساط الموجلة لدى البنوك.

ثانيا: - تعجيل الدين مقابل إسقاط بعضه وهي مسألة "ضع وتعجل".

ثالثا: - أثر الموت في حلول الأقساط الموجلة.

وبعد استكمال البحوث حول تلك المسائل أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي القرارات التالية:

قرار رقم ٧ / ٢ / ٦٤

بشأن بيع التخصيط

البيع بالتخصيط جائز شرعا، ولو زاد فيه الثمن المؤجل على المعجل.

الأوراق التجارية (الشيكات، السندات لأمر، سندات السحب) من أنواع التوثيق المشروع للدين بالكتابة.

إن حسم (خصم) الأوراق التجارية غير جائز شرعا لأنه يؤول إلى ربا النسيئة المحرم.

الحطيطة من الدين المؤجل، لأجل تعجيله، سواء أكانت بطلب الدائن أو المدين، (ضع وتعجل) جائزة شرعا، لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق،

ومادامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية، فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز، لأنها تأخذ عندئذ حكم حسم الأوراق التجارية.

يجوز اتفاق المتدائنين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسرا.

إذا اعتبر الدين حالاً لموت المدين أو إفلاسه أو مماطلته فيجوز في جميع هذه الحالات الحط منه للتعجيل بالتراضي.

ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار: ألا يكون للمدين مال زائد عن حوائجه الأصلية يفي بدينه نقداً أو عيناً^(١).

هذه القرارات وما ذكرت سابقاً من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي تبين بوضوح المسموح والممنوع من صور بيع الدين وتقطع سبيل التحايل على الربا من خلال العقود الوهمية أو المعاملات المعقدة والملتوية. والله يهدي إلى سواء الصراط.

وعلى المؤسسات المالية أخذ الحيطة والحذر، ودراسة جدوى المشاريع المقدمة لتمويلها قبل اعتمادها، كذلك توثيق الدين بالكفالة حتى لا تقع في ما لا تحمد عقباه، وهناك مقترحات مثل إنشاء صندوق تقاص الديون، أو إنشاء صندوق تأمين تعاوني، واقتراح بشراء البنوك الإسلامية الديون مقابل الودائع الجارية، واقتراح بإنشاء صندوق من قبل الدول المصدرة للنفط لسداد ديون المؤسسات المالية ومعظم هذه المقترحات صعبة التنفيذ. والله من وراء القصد.

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي / ٢٢١ - ٢٢٢.

مشروع قرار

- يراد بالإعسار أن لا يكون لدى المدين مال يفي بدينه الحال أو ببعضه أو لديه أموال يتعذر استيفاء الدين منها ، كما يراد بالإفلاس أن يكون الدين الحال الذي على المدين أكثر من ممتلكاته.
- إذا ثبت إعسار المدين وجب على الدائن إنظاره ويجوز للدائن اتخاذ إجراءات قضائية تحميه من لحوق الضرر به في فترة الإنظار.
- في حالة إفلاس المؤسسات المالية يجوز أن يتفق الدائن والمدين عند عدم توفر السيولة لدى المؤسسة المدينة على إجراء تسوية بين الدائن والمدين وذلك.
- إما بتملك الدائن بعض الأصول المالية بالقيمة التي يتم الاتفاق عليها بينهما أو تحويل الدين إلى أسهم يزداد بها رأس مال الشركة.
- كافة صور بيع الدين التي فيها تحايل واضح على الربا ممنوعة شرعا.
- تجديد المرابحات أو وكالات الاستثمارات بالطريقة التي تمارسه بعض المؤسسات المالية عن طريق البيع والشراء الشكليين في سوق السلع الدولية لا يخلو من أساليب التحايل على الربا ، لذا يجب الابتعاد عنه تماما. والله أعلم بالصواب

مراجع البحث

- (١) أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي المتوفى ٣٧٠هـ.
- (٢) أحكام القرآن لابن العربي المالكي.
- (٣) أحكام القرآن لظفر أحمد العثماني التهانوي.
- (٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي.
- (٥) جامع البيان للطبري المتوفى ٣١٠هـ.
- (٦) صحيح الإمام البخاري مع فتح الباري.
- (٧) صحيح الإمام مسلم.
- (٨) سنن أبي داود.
- (٩) سبل السلام شرح بلوغ المرام.
- (١٠) سنن الدار قطني.
- (١١) مسند الإمام أحمد بن حنبل.
- (١٢) نيل الأوطار للشوكاني.
- (١٣) موطأ الإمام مالك.
- (١٤) الاختيار لتعليق المختار للموصللي ٦٨٣.
- (١٥) البحر الرائق لابن نجيم.
- (١٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥٨٧.
- (١٧) البناية في شرح الهداية للعيني.
- (١٨) تبين الحقائق للزيلعي ٧٤٣.
- (١٩) رد المحتار إلى الدر المختار لابن عابدين الشامي.
- (٢٠) فتح القدير للشوكاني.
- (٢١) الفتاوى الهندية لمجموع من العلماء.
- (٢٢) المبسوط للإمام السرخسي.
- (٢٣) الهداية للمرغيناني ٥٩٣.

٢٤)	بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٥٠٩٥.
٢٥)	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.
٢٦)	جواهر الإكليل.
٢٧)	الشرح الكبير على الدردير.
٢٨)	القوانين الفقهية لابن جزي.
٢٩)	المقدمات الممهيات.
٣٠)	المصباح المنير.
٣١)	إعانة الطالبين.
٣٢)	الإنصاف.
٣٣)	معجم المصطلحات الاقتصادية.
٣٤)	المغني لابن قدامه.
٣٥)	تحفة المحتاج.
٣٦)	الفروق للقرايف.
٣٧)	حجة الله البالغة للدهلوي.
٣٨)	السنن الكبرى للبيهقي.
٣٩)	الوسيط في القانون المدني.
٤٠)	السييل الجرار للشوكاني.
٤١)	مقدمات الإفلاس والقانون المقارن.
٤٢)	حاشية المحلي على المنهاج.
٤٣)	مصادر الحق للسنهوري.
٤٤)	حاشية الشرواني على التحفة.
٤٥)	أسهل المدارك.
٤٦)	المحلي لابن حزم.
٤٧)	كتاب الآثار للشيباني.
٤٨)	شرح المنهاج.
٤٩)	الحاوي.

- (٥٠) وسائل الشيعة.
- (٥١) المجموع شرح المذهب.
- (٥٢) شرائع الإسلام.
- (٥٣) قانون التجارة المصري.
- (٥٤) قانون التجارة الكويتي.
- (٥٥) التلخيص الحبير.
- (٥٦) نهاية المحتاج.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٨٦ (٢٠/١)

بشأن

أحكام الإعسار والإفلاس في الشريعة الإسلامية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهراة (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: أحكام الإعسار والإفلاس في الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصرة، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يأتي:

أولاً: تعريف الإعسار والمدين المعسر:

(١) مع مراعاة ما ورد في الفقرة (سابعاً) من قرار المجمع ذي الرقم: ٦٤ (٧/٢) بشأن ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار، فإن الإعسار هو: وصف عارض يلحق بالشخص يكون معه عاجزاً عن القيام بنفقاته الواجبة وسداد ديونه. والمعسر هو من لحق به هذا الوصف.

(٢) ضابط الإفلاس: هو عدم كفاية أموال المدين لسداد ما عليه من ديون. والمفلس هو من اتصف بهذا الوصف.

ثانياً: أبرز الفروق بين الإعسار والإفلاس عند الفقهاء:

(١) الإعسار قد يكون مسبوقاً بحالة اليسار وقد لا يكون مسبوقاً بها، بخلاف الإفلاس فإنه لا يتحقق إلا إذا كان مسبوقاً بحالة اليسار.

(٢) يُحجر على المفلس بعد الحكم بإفلاسه، أما المعسر فإنه يُنظر إلى حين ميسرة، إذا أثبت إعساره بطرق معتبرة شرعاً، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنُظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

(٣) لا يحكم القاضي بحبس المعسر عندما يثبت إعساره، أما المفلس فإنه يُحبس تعزيراً في حالة الاحتيال أو التدليس أو الإهمال والتقصير.

(٤) الإعسار قد يكون يديّناً أو حق شرعي كالنفقة، بخلاف الإفلاس فلا يكون إلا يديّناً.

ثالثاً: أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي:

(١) منع المفلس من التصرف في أمواله بما يضر الدائنين، بأي نوع من أنواع التصرفات الضارة بهم. ويكون منع المفلس من التصرف وإنهاؤه بحكم القاضي.

(٢) جواز منع المفلس من السفر، إذا كان السفر يؤدي إلى ضرر ظاهر بحقوق الدائنين.

(٣) سقوط آجال الديون المؤجلة التي على المفلس.

(٤) قيام القاضي المختص ببيع أموال المفلس، بما هو أصلح وأنفع للدائن والمدين وقسمة ثمنها، وإذا ظهر للمفلس مال جديد جاز للدائنين مطالبته بالوفاء بما هو باق من ديونهم.

(٥) حق الدائن في استرداد عين ماله الذي يجده ضمن أموال المفلس، إذا كان باقياً على حاله، ولم يستوف ثمنه.

رابعاً: تخريم المدين الموسر المماطل:

يؤكد المجمع على ما ورد في قراره السابق ذي الرقم ٥١ (٦/٢) البندين: ثالثاً ورابعاً، بشأن البيع بالتقسيط من تخريم فرض غرامة أو اشتراط التعويض على المدين الموسر المماطل، مع جواز تحميله المصروفات القضائية.

خامساً:

يرى المجمع تأجيل النظر في القضايا التالية، في موضوع الإعسار والإفلاس لدورة قادمة:

(١) المسائل الفقهية المتعلقة بحماية المؤسسات المالية الإسلامية، ومنها مسألة التأمين على الديون، والالتزام بالتبرع.

- (٢) أحكام تصرفات المفلس والمعسر في فترة الريبة.
- (٣) أحكام إفلاس الشركات والمؤسسات المالية في ضوء الأنظمة المعاصرة.
- (٤) موضوع الإعسار (المدني) حيث يلحظ أن مصطلح الإعسار قد يرد في بعض القوانين الوضعية شاملاً لمصطلحي الإفلاس والإعسار في الفقه الإسلامي.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الاستثمار في صناعة التكافل أبعاده و أحكامه ومشاكله

إعداد

الأستاذ المشارك الدكتور محمد أكرم لال الدين
د. نورديانوتي إرواني عبد الله . د. شهيدة عبد الله . محمد محبوبى علي
مزرول شهير محمد ذكي . محمد علي جناح أحمد
الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية (إسرا)
كوالالمبور ، ماليزيا

(١) مقدمة

يشير مصطلح التكافل إلى التأمين الإسلامي أو التأمين التعاوني، القائم على مبدأ التعاونية والمسؤولية، والحماية والمساعدة بين المشاركين، ومن ثم فهو يساعد على بناء علاقة قوية بين المشاركين الذين يتفقون فيما بينهم على تحمل الخطر أو الخسارة في ضوء تعليمات الشريعة الإسلامية. مما يشيع روح الوحدة والدعم المتبادل.

فمصطلح التكافل مشتق معناه من "كفالة" الذي يعني المسؤولية والضمن^١، والتكافل لغة مشتق من الجذر "كفل" والذي يعني تضمن الشيء للشيء^٢ وضمه إليه والالتزام نحوه بشيء^٣، ومنه الكفالة التي هي ضم المكفول فيه إلى ذمة الكفيل. ومما يجسد هذا المعنى واقعا صور الضمان المشترك، والمسؤولية المشتركة، والتأمين الجماعي، والعمل المشترك، فكل هذه الصور تعكس طبيعة العلاقة والاتفاق التبادلي القائم على المساعدة المشتركة بين الأعضاء بناءً على مفهومي التعاون^٤ والتبرع.

تقوم مؤسسة التكافل بإدارة صندوق التكافل بناءً على طلب المشاركين، وتسعى من خلال إدارتها للصندوق إلى تسهيل الأنشطة التكافلية والمبادرات الاستثمارية. لذا ستركز هذه الورقة البحثية على الدور المهم الذي يمكن أن تمارسه شركة التكافل في الأنشطة الاستثمارية التي تتطلب مهارات معينة لإدارة أموال صندوق المشاركين.

ازدهرت صناعة التكافل بشكل كبير على مدى السنوات الماضية حيث تشير آخر الإحصاءات إلى تحقيق المساهمات المدفوعة نمواً بلغ نسبة ٣١٪ في عام ٢٠٠٩م^٥، مما يعكس الطلب المتزايد على المنتجات التكافلية باختلاف أنواعها بدءاً من التكافل العام قصير الأجل مثل تكافل المركبات إلى منتجات التكافل العائلي طويل الأجل لأغراض التقاعد، وتعليم الأطفال، والنفقات الطبية غير المتوقعة، والحماية المالية في حالة وفاة المشارك. لذا وجب على شركة التكافل أن تؤدي عملها على أفضل وجه خصوصاً فيما يتعلق بإدارة أموال صندوق التكافل وأصوله من خلال الاعتماد على المهارات والمثابرة اللازمة لضمان ملاءة صندوق التكافل وقدرته على تلبية الاحتياجات غير المتوقعة

^١ وردت مادة "كفل" في العديد من الآيات القرآنية الكريمة ومنها قوله تعالى: (فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا) سورة آل عمران: آية ٣٧.

^٢ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٥، ص ١٨٧.

^٣ القانوني، أنيس الفقهاء، ص ٨١.

^٤ تجدر الإشارة إلى أن مفهوم التكافل قائم على المفهوم القرآني للتعاون الوارد في قوله تعالى: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) سورة المائدة: آية ٢.

للمشاركين. ومن ثم فإن إدارة شركة التكافل للأنشطة الاستثمارية الخاصة بصندوق التكافل - بوصفها وكيلاً استثمارياً أو مديراً استثمارياً - تعد من أهم وظائفها قاطبة. ولذلك لا بد على شركة التكافل أن تضمن استثمار الأموال عبر وسائل متوافقة مع الشريعة الإسلامية، وبطريقة مربحة. فكلما تمت إدارة الأصول بطريقة أكثر حيطة، أدى ذلك إلى ازدياد قوة برنامج التكافل ونجاحه.

توصلت هذه الورقة البحثية إلى أن شركة التكافل خلال أدائها للأنشطة الاستثمارية المختلفة بحاجة إلى الاحتياط لضمان تطبيق المبادئ الشرعية المتعلقة بإدارة الأموال واستراتيجيات الاستثمار ووسائله. فالهدف الرئيس للدراسة هو مناقشة دور مؤسسات التكافل في استثمار صندوق التكافل، فضلاً عن تسليط الضوء على القضايا المتعلقة بهذا الأمر. ومما لاشك فيه أن هذا النشاط الاستثماري نابعٌ من طبيعة العلاقة بين شركة التكافل والمشاركين التي تحدد مدى مشاركة الأطراف المختلفة في الأنشطة الاستثمارية، وبناءً عليه: تتطرق هذه الورقة البحثية في جزئها الأول لأهمية الاستثمار في العمليات المالية بشكل عام، وذلك من خلال مفهومه، وأهدافه، ودوره ضمن آليات التنمية.

أما الجزء الثاني فهو نواة الورقة البحثية وجوهرها حيث يشتمل على مراجعة نقدية للمنظور الشرعي المتعلق بالعملية الاستثمارية التي تقوم بها شركة التكافل، ومن هذا المنطلق ستتم مناقشة مفهوم الاستثمار بصورة تحليلية في ضوء الأحكام الشرعية المستقاة من القرآن الكريم والسنة النبوية، فضلاً عن آراء الفقهاء بما فيهم العلماء المعاصرون الذين وضعوا بعض المعايير المحددة للأنشطة الاستثمارية. كما سيتم فحص نماذج التكافل المعمول بها والتي تبرز جلياً من خلال المبادئ المتفق عليها والعقود التي تحكم العلاقة بين شركة التكافل والمشاركين، خصوصاً فيما يتعلق بقضية استثمار صندوق التكافل.

يلي مناقشة الأبعاد النظرية المتعلقة بالاستثمار الجزء الثالث من الورقة البحثية المخصص لعرض بعض القضايا والتحديات الحالية المتعلقة بالاستثمار في صناعة التكافل من وجهة النظر الشرعية والتشغيلية والقانونية.

ختاماً، تسعى هذه الورقة البحثية في جزئها الأخير لعرض بعض التوصيات التي تحكم الأنشطة الاستثمارية لصناديق التكافل، والتي يُؤمل الاستفادة منها بوصفها مادة مرجعية داعمة للجهود المستمرة التي تبذلها شركات التكافل من أجل ضمان أنشطة استثمارية أكثر انضباطاً وشفافية.

(٢) أهمية الاستثمار في الأنشطة المالية

يعد الاستثمار نشاطاً اقتصادياً ذا فوائد عديدة، من بينها تسهيل زيادة قدرة البلد الإنتاجية، وإحداث تغييرات في مستوى توفير مناصب الشغل والدخل الشخصي للذين لهما تأثير على القدرة الشرائية والاستهلاك واستكمال الدورة الاقتصادية، كما يُعد عاملاً مُحدداً بالغ الأهمية في التحسين البعيد المدى للتنافسية الاقتصاد. كما يُشكل الاستثمار جزءاً من الإنفاق الكلي للاقتصاد، وعلى الرغم من صغر ذلك الحجم إذا ما قورن بالحصّة التي يُمثّلها الاستهلاك في الإنفاق الكلي، إلا أنه في أغلب الأحيان يتصف بالتذبذب الذي يؤدي بشكل أو بآخر إلى تقلبات شديدة في النشاط الاقتصادي^١. وبناءً عليه فإن التقلبات في الاستثمار عادة ما تكون ذات حساسية كبيرة للتغيرات التي تطرأ على سعر الفائدة، وذلك لارتباطهما الوثيق ببعضهما. فسعر الفائدة المرتفع ناتجٌ عن اضمحلال النشاط الاستثماري والعكس صحيح. لذا ما من شك في أن الاستثمار يلعب دوراً مهماً في اقتصاد البلد.

١.٢ مفهوم الاستثمار

يُقصد بالاستثمار استخدام الأموال والموارد الأخرى مع توقع الحصول على منفعة مستقبلية^٢ مرتبطة بالمخاطرة. فالمخاطرة بطبيعتها تعني إمكانية التعرض لخسارة على حساب النشاط الاستثماري القائم، بينما العائد يعني القيمة التصاعديّة المتحصلة من المبلغ المُستثمر. فتكون العلاقة بين المخاطرة والعائد إيجابية، ففي معظم الأحيان يدر الاستثمار ذو المخاطر المنخفضة عائداً منخفضاً نسبياً، بينما يَنج عن الاستثمار ذي المخاطر المرتفعة عائداً مرتفع. إضافة إلى ما سبق فالأنواع المختلفة للاستثمار ترتبط بها أنواعٌ مختلفة من المخاطر. وعلى سبيل المثال هناك احتمال كبير لتأثر المخاطر الاستثمارية المرتبطة بالسوق بحدث ما. أما مخاطر الاستثمار المُحددة فيُقصد بها إمكانية أن يكون الأداء الاستثماري أضعف من أداء السوق أو أداء المنافسين الآخرين. وبالنسبة لخطر السيولة فهو مرتبطٌ بإمكانية تصفية الاستثمار^٣.

٢.٢ الاستثمار آلية التنمية

يُعد الاستثمار إذا ما تم التعبير عنه من خلال أهميته الاقتصادية، آلية تنموية مهمة لضمان نماء اقتصاد البلد. وبناءً عليه فهناك العديد من الأدوات الاستثمارية المتنوعة المُستخدمة في السوق بوصفها آليات تنموية للنمو الاقتصادي الإيجابي، ومن بين هذه

¹ Dornbusch, R. & Fischer, S. (1990), Macroeconomics (5thed.). New York: McGraw-Hill Publishing Company.

² Bodie, et.al, (2007), Essential of Investment, (6th ed.), New York: McGraw-Hill

³ Australia, National Australia Bank Limited, Godfrey Pembroke Limited, Apogee Financial Planning Limited and Australian Financial Services Licenses (2009). Understanding Investment Concepts. Sydney: GWM Adviser Services Limited.

الأدوات الأسهم وسندات الشركات والعقارات، فضلاً عن التأمين. وستركز هذه الورقة البحثية على مناقشة إحدى هذه الخدمات المالية الأكثر استخداماً وهي التأمين.

ترجع البداية التاريخية لتطبيق مبدأ التأمين إلى العهد الإغريقي القديم، ويُعتقد أن المبدأ الذي جرى تطبيقه آنذاك أفاد الشعوب بشكل عام، والنمو الاقتصادي بشكل خاص. ومما يمكن الإشارة إليه أن النمو في قطاع التأمين، الذي يمكن قياسه من خلال معرفة نسبة مساهمة إجمالي أقساط التأمين في الناتج المحلي الإجمالي، شهد ارتباطاً قوياً بالناتج الاقتصادي للفترة ما بين عام ١٩٦٠م و ٢٠٠٠م. وبشكل عام فإن المنحنى السيني يفترض ببطء النمو حينما تكون مستويات التنمية متدنية، ويبدأ النمو بالتسارع باتساع سوق التأمين والاقتصاد، ومن ثم يتباطأ مرة أخرى حين يصل السوق مرحلة النضوج^١. ترجع العلاقة بين استخدام المنتجات التأمينية والنمو الاقتصادي إلى الفترة المبكرة لعهد الثورة الصناعية، التي تمتعت فيها الاقتصاديات الرائدة مثل اقتصاد بريطانيا العظمى بنمو اقتصادي متميز. فعلى سبيل المثال شهدت الفترة ما بين عام ١٧٩٠م و ١٨٦٢م ازدياداً متوازياً لإنتاج بريطانيا الصناعي وطلبها للتغطية التأمينية على أصولها المادية وقدرتها الإنتاجية.

وقد بينت الدراسات التي فحصت الترابط بين النشاط المالي والنمو الاقتصادي أن التغلغل المصرفي والتأميني في ٥٥ دولة للفترة الممتدة من عام ١٩٨٠م إلى ١٩٩٦م كان مؤشراً واضحاً على الزيادة الإنتاجية التي يتم قياسها من خلال الزيادة في معدل النمو للناتج المحلي الإجمالي الحقيقي للفرد الواحد^٢.

وبما أن الأصول الاستثمارية ليست خالية من المخاطر، فإن التأمين أداة استثمارية مرتبطة بالمخاطر. والخطر التأميني عادة ما يتم تعريفه على أنه الخطر الذي تتحمله شركة التأمين من خلال بيعها للحماية التأمينية، ويشتمل هذا الخطر على مخاطر السوق، والائتمان، والتشغيل ومخاطر أخرى متشابكة لا يمكن فرزها إلى عناصر منفردة^٣.

¹ United States, US Agency for International Development. (2003). Assessment on How Strengthening the Insurance Industry in Developing Countries Contributes to Economic Growth.

² Webb, I., Grace, M. F. & Harold D. S. (2002). The Effect of Banking and Insurance on the Growth of Capital and Output, Centre for Risk Management and Insurance Working Paper.

³ Krutov, A. (2010). Investing in Insurance Risk: Insurance-Linked Securities – A Practitioner's Perspective. North Yorkshire: Risk Books.

(٣) مفهوم الاستثمار في الإسلام وعملياته في صناعة التكافل

تعود ملكية الأصول والأموال في الإسلام إلى الله عز وجل، وهذا يعني أن الإنسان ليس له كامل الحرية في التصرف بها. وعلى الرغم من ذلك فقد شرع الله عز وجل قواعد وأنظمة وقيوداً وقيماً ومبادئ تحكم ممارسات الأفراد لحقوقهم لدى التعامل مع الأموال وكيفية إنفاقها^١، ويتضمن ذلك وسائل الاستثمار أيضاً.

١.٣ مفهوم الاستثمار في القرآن

القرآن الكريم كتاب أنزل لإرشاد المسلمين من خلال المبادئ والأحكام العامة التي تضبط عملية الاستثمار وتحميهم من الاستغلال والفساد^٢. وبناءً عليه يلزم الانصياع للقوانين الإلهية، لأنها قوانين تستلزم الثواب لمن انقاد لها وطبقها، والعقاب لمن تخلى عنها وخالفها^٣. كما توضح القوانين الإلهية القواعد والقيم الأخلاقية التي تحكم الجوانب المتعلقة بكل من الاستحواذ على الأصول وإنفاقها، بما في ذلك الحماية من أي أنشطة غير جائزة^٤.

قال الله تعالى: ﴿وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَى لَهُمْ وَلَيُبَدِّلَنَّهُم مِّن بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا يَعْبُدُونَنِي لَا يُشْرِكُونَ بِي شَيْئًا وَمَن كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^٥.

لقد بين القرآن الكريم في أكثر من مناسبة بما لا يدع مجالاً للشك المنظور الشرعي للاستثمار ووسائله وأولوياته.

(أ) الأمر بالمشي في الأرض يستتج منه الدعوة إلى القيام بالاستثمار والتشجيع عليه ، قال الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾^٦.

تبين الآية المذكورة أعلاه أن الله تعالى قد أمر الإنسان بالمشي في الأرض والاستفادة من كل ما هو موجود عليها، وفي هذا دلالة على التشجيع للقيام بالأنشطة الاستثمارية من

^١ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية، ص ١١.
^٢ Qadri, Anwar Ahmad, (1986), Islamic Jurisprudence in the Modern World, Taj Printer, New Delhi, p. 174.
^٣ انظر: قحف، منذر، (٢٠١١م)، أساسيات التمويل الإسلامي، الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية، كوالالمبور، ص ٦. Al-Mawdudi, (1969) Islamic Law and Constitution, Islamic Publication, Lahore, p. 249.
^٤ مشهور، أميرة عبد اللطيف، (١٩٩١م)، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، مكتبة مديولي، القاهرة، ص ٧٧.
^٥ النمري، خلف بن سليمان، (١٩٨٣م)، شركة الاستثمار الإسلامية، رسالة ماجستير، قسم الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة، ص ٨. قحف، منذر، أساسيات التمويل الإسلامي، ص ١٥.
^٦ سورة النور: آية ٥٥.
سورة الملك: آية ١٥.

أجل تحصيل أصول أكثر أو دخل أكبر^١. ومما يؤكد هذا المعنى إمكانية تفسير لفظ "المشي" على أن المقصود منه الحث على العمل أو الكسب^٢. وتعليقاً على هذه القضية يقول ابن كثير "عندما تسافر إلى أي مكان أردت، ستجد أنواعاً مختلفة من المكاسب والتجارات"^٣. لذا باستطاعة المسلم أن يستوعب بشكل طبيعي هذا الأمر الإلهي الذي يشجعه على أخذ زمام المبادرة في البحث عن المال على وجه هذه البسيطة من أجل تحقيق مصالح البشر جميعاً.

(ب) الأمر بالانتشار في الأرض بعد صلاة الجمعة يمكن تفسيره على أنه تحفيز للقيام بالاستثمار. يقول الله تعالى في محكم كتابه العزيز: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^٤.

فمن الملاحظ أن لفظ "انتشروا" في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ يشير إلى أن المسلم بعد أن أدى واجبه الديني تجاه الله عز وجل، يتحتم عليه السعي في الأرض للتجارة وقضاء حوائجه^٥. وقد ذهب ابن السعدي إلى أبعد من ذلك حينما ذكر أن المنهجية الوحيدة للتجارة هي الاستثمار، أو بعبارة أكثر دقة فقد صرح في تفسيره بأن قوله تعالى (وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ) يشير إلى التجارة "الرابحة"^٦.

ومن هنا يمكن القول إن عمل المسلم وسعيه لقضاء حوائجه (بما في ذلك ممارسة الأنشطة الاستثمارية) هو جزء من واجبه الديني المنوط به، بعد انتهائه من أداء واجبه الديني تجاه الله تعالى المتمثل في تأدية صلاة الجمعة^٧.

(ج) الأمر بإعمار الأرض وزراعتها يمكن تفسيره بأنه دعوة إلى ممارسة الاستثمار. قال الله تعالى: ﴿وَإِلَى تَمُودَ أَخَاهُمْ صَالِحًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تَوْبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُجِيبٌ﴾^٨.

فالآية الكريمة المذكورة أعلاه تُذكر الإنسان بوصفه خليفة الله تعالى في الأرض بتأدية الأمانة الملقاة على عاتقه والتي تتمثل في إعمار الأرض. وقد استتبط كل من الثعالبي وابن كثير في تفسيرهما من قوله تعالى (وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا) الدعوة إلى الإدارة والتنمية الجيدة للأمور التجارية الدنيوية، حيث تُشكل هذه المهمة أحد الأسباب التي خُلق من

^١ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية، ص٦٤.

^٢ سانو، قطب مصطفى، (٢٠٠٠م)، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، ص٣٧.

^٣ ابن كثير، اسماعيل بن عمر، (١٩٨٦م)، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت، ج٤/ص٤٢٤.

^٤ سورة الجمعة: آية ١٠.

^٥ القرطبي، محمد بن أحمد، (١٣٧٢هـ)، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة، ج٢/ص٤١٣.

^٦ أبو السعود، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص٢٤٧.

^٧ سانو، قطب مصطفى، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، ص٤٠.

^٨ سورة هود: آية ٦١.

أجلها البشر^١. ويوافق على هذا الاستنباط الإمام الشوكاني حيث يقول في تفسيره للآية نفسها: أي أمركم بعمارتها من بناء المساكن وغرس الأشجار^٢. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على تشجيع الإنسان لاستخدام الاستراتيجيات الاستثمارية كافة بشيء من الحيطة.

ختاماً، يمكننا القول: إن ملكية جميع الأموال والثروات الموجودة في الأرض هي لله تعالى الذي وفرها بكرمه عز وجل للبشر. لذا فإن البشر مؤتمنون أمام الله فهم خلفاؤه في هذه الدنيا، يجب عليهم إدارة الموارد والثروات المتاحة وتميئتها وفقاً للضوابط والتعليمات التي شرعها الله عز وجل^٣.

٢،٣ مفهوم الاستثمار في السنة النبوية

مما لا شك فيه أن السنة النبوية حثت على الاستثمار وتحدثت عنه بوصفه أنشطة فردية أو جماعية تهدف إلى الاستفادة من الثروات والموارد التي خلقها الله عز وجل في هذه الأرض. ولا بد من أن تكون هذه المبادرات الاستثمارية ضمن الضوابط والمعايير المشروعة، مما يعني عدم معارضتها لمبادئ الشريعة الإسلامية وأسسها وأهدافها^٤.

هناك العديد من الأحاديث النبوية الشريفة التي تبين بجلاء تصور النبي محمد عليه الصلاة والسلام تجاه الاستثمار بوصفه أداة تنموية للحضارة الإنسانية، وفيما يلي بعض الأحاديث النبوية الشريفة التي تعرضت لموضوع الاستثمار.

(أ) تركيز النبي عليه الصلاة والسلام على بذل الجهد الفردي من أجل تحصيل الكسب . فعن المقدم بن معد يكرب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده وأن النبي داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده"^٥.

يدل الحديث المذكور آنفاً على تشجيع النبي صلوات الله وسلامه عليه لأصحابه بأن يبذلوا جهودهم من أجل تحصيل كسب أو ربح أفضل^٦. كما يمكن تفسير الحديث على أنه تحفيز نبوي للأمة كي تبذل قصارى جهدها من أجل البحث عن الموارد وإدارة الاستثمارات بصورة ناجحة دون الاستسلام بسهولة لأعداء الله تعالى^٧.

^١ الثعالبي، عبد الرحمن بن محمد، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ج٢/ ص٢١٠. ابن كثير، إسماعيل بن عمر، (١٩٨٦م)، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت، ج٢/ ص٤٦٦.

^٢ الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، مؤسسة مصطفى البابي الحلبي للنشر، القاهرة، ج٢/ ص٥٠٧.

^٣ مشهور، أميرة عبد اللطيف، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، ص٥٨.

^٤ المرجع السابق نفسه، ص٤٦.

^٥ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ١٥، حديث رقم ٢٠٧٢.

^٦ الغزالي، محمد بن محمد، (١٩٩٤م)، إحياء علوم الدين، دار الفكر، بيروت، ج٢/ ص٧١.

^٧ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الإسكندرية، ص٧٥.

(ب) امتداح النبي صلى الله عليه وسلم لصاحب اليد العليا . عن حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " اليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول وخير الصدقة عن ظهر غنى ومن يستعفف يعفه الله ومن يستغن يغنه الله " .^١

يُفهم من الحديث السابق الذكر أن النبي عليه الصلاة والسلام يُكِنُّ الاحترام والتقدير لمن يُسهمون بعملهم وجهدهم ويُعطون مما لديهم، حيث أشار إليهم بأنهم أصحاب (اليد العليا)، ويفضلهم على غيرهم من الذين يسألون الناس حيث أشار إليهم بأنهم أصحاب (اليد السفلى). ومما لاشك فيه أن الغنى إنما ينتج غالباً عن الاستثمار والسعي، والفقر ينتج غالباً عن البطالة والكسل، ومن هنا فإن في هذا الحديث دعوة للفرد أن يسعى في تنمية ماله ليحقق الغنى، كي يتمكن من الإنفاق فيفيد نفسه ومجتمعه.^٢

(ج) تشجيع النبي عليه الصلاة والسلام على إدارة أصول اليتامى وممتلكاتهم . عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة " .^٣

يبين الحديث السابق الذكر أن أصول اليتامى لأبد من إدارتها بأمانة كاملة. لذا فإن مدير هذه الأصول مكلفٌ باستثمارها، وإلا أنقصتها الزكاة وتضاءلت الفائدة المستقاة منها للأيام.^٤ ولكي يتم القيام باستثمار مريح، فإن مدير هذه الأصول يجب أن يُنميها بمهارة فائقة كي تنمو بشكل وافر، وفي هذا تحقيق لمصالح اليتامى.^٥

مما لا شك فيه أن الحديث يوضح بشكل قاطع تقدير النبي عليه الصلاة والسلام لمن يسعون في ممارسة الأنشطة الاستثمارية لتحقيق الفوائد والمنافع للمجتمع. ومن ثم فإن هذا الجهد الاستثماري يُعد من الأعمال الفاضلة التي يُثاب عليها المرء في الآخرة.

٣,٣ مفهوم الاستثمار عند الفقهاء

الاستثمار مصدر فعل "استثمر" الدال على الطلب.^٦ وجاء في المعجم الوسيط أنه استخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر ك شراء الأسهم والسندات.^٧ وأما مصطلح الاستثمار فلم يرد كثيراً في استخدامات الفقهاء، واستخدموا في معناه مصطلح الكسب والاكتساب والاستماء والتنمية والاسترباح في التعبير عن معنى الاستثمار.^٨

^١ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب ١٨، حديث رقم ١٤٢٧.

^٢ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الإسكندرية، ص ٧٦.

^٣ الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، حديث رقم ٤١٥٢.

^٤ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الإسكندرية، ص ٨٠.

^٥ ابن الصلاح، فتاوى ابن الصلاح، ج ١ / ص ٢٩٧.

^٦ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الإسكندرية، ص ٢٥

^٧ المعجم الوسيط، باب الثاء، ج ١ ص ١٠٠

^٨ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الإسكندرية، ص ٣٢

يُعد الهدف الأساسي للاستثمار حفظ المال الذي هو أحد الضرورات الخمس التي لا تستقيم حياة المجتمع من دونها^١. وفي حقيقة الأمر فإن القرآن والسنة قد أشارا كما مر آنفاً إلى ضرورة المحافظة على حق الفرد الأساسي في الكسب والتملك أياً كان مستواه في المجتمع، حيث إن الالتزام بهذا الحق من شأنه أن يؤسس لمجتمع متزن ومتعافٍ من أي أمراض اقتصادية.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الإمام محمد بن الحسن الشيباني قد أشار في أحد كتبه إلى أن السعي لتحقيق حياة هانئة وكسب كافٍ يُعد الوظيفة الطبيعية لبني البشر، بل إنها من أولى المسؤوليات التي تحملها الرُّسل رضوان الله عليهم، فعلى سبيل المثال بذل رسول الله آدم عليه السلام جهده في سبيل توفير أسباب العيش لعائلته. كما زاول العديد من الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم مهناً مختلفة، فنوح وزكريا عليهما السلام امتهنا النجارة، وإدريس عليه السلام عمل في الخياطة، وأما إبراهيم عليه السلام فقد اشتغل تاجراً في السوق، وداود عليه السلام مارس مهنة الحدادة، ونبينا محمد صلى الله عليه وسلم رعى الغنم في سنوات طفولته الأولى^٢. كما امتهن سيدنا موسى هذه الحرفة أيضاً كما جاء في قوله تعالى: "وأهش بها على غنمي".

إن الفهم الصحيح لمغزى ممارسة الأنبياء رضوان الله عليهم لهذه الأعمال النبيلة السابقة الذكر سيقودنا بلا شك إلى اعتبار أي جهد مبذول في سبيل تحصيل الكسب الحلال من خلال استغلال أي فرص متاحة كالاستثمار أو المتاجرة أو تقديم خدمات معينة، عاملاً أساسياً في تحقيق حياة أفضل، فضلاً عن كون ذلك الجهد المبذول داخلياً ضمن باب العبادات التي يتقرب بها الفرد إلى الله تعالى. ومن هنا ذهب محمد بن الحسن إلى القول بأن طلب الكسب فريضة على كل مسلم^٣. لذا كانت الجهود المبذولة من أجل استهلاكٍ أمثلٍ للموارد المتاحة، والسعي إلى تحقيق الربح داخلياً في إطار تحقيق الاكتفاء الذاتي، وزيادة الثروات والممتلكات، والقضاء على الفقر والبطالة^٤. ومن هنا شجع الإسلام أتباعه على ممارسة الاستثمار الذي يهدف إلى إحداث تنمية اقتصادية واجتماعية وذلك لضمان توزيع عادلٍ للثروة على الناس^٥.

يُعد النشاط الاستثماري وسيلة لجني الأرباح، ومن وجهة النظر الفقهية، فإن الفرد لا يحق له الحصول على أي ربح ناتج عن نشاط استثماري إلا إذا توافرت شروط ثلاثة: تحمل

^١ الشاعر، سمير (٢٠١١م)، في تأسيس وإدارة شركات التأمين والتكافلي، الدار العربية للعلوم.

^٢ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية، ص ٨٦.

^٣ انظر: الشيباني، محمد بن الحسن، كتاب الكسب، ص ٣٣ - ٣٤. العسقلاني، ابن حجر، (١٩٩٢م)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الجيل، بيروت، ج ١١ / ص ٣٦٦. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، (١٩٨٨م)، أدب الدنيا والدين، دار الريان للتراث، ص ٢٥٩.

^٤ السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية، ص ٥٢.

^٥ المرجع السابق نفسه، ص ٩٥.

المخاطر المرتبطة بذلك النشاط، وبذل مجهود في تأدية النشاط، وضمن الشيء محل النشاط. فأى ربح يتم اكتسابه دون توافر هذه الشروط الثلاثة يُعد رباحاً محرماً وفقاً لما ذهب إليه ابن عربي^١. لذا يمكن القول إن النشاط الاستثماري في الإسلام قائم على فكرة الخطر والعائد، ومن هنا ذهب العلماء إلى اعتماد كُلي من القاعدة الفقهية التي تنص على أن الخراج بالضمان والقاعدة الفقهية التي تنص على أن الغرم بالغنم، وذلك في معرض الإشارة إلى أن المخاطر لا تنفك البتة عن العائد، فكلما كانت المخاطرة مرتفعة كلما كان الربح المفترض مرتفعاً. فعلى سبيل المثال يحق للمشتري الذي لديه خيار الشرط - بإرجاع الأصل المشتري - استخدام الأصل الذي تم شراؤه قبل إعادته إلى البائع. ومثل هذا الأمر مبررٌ لأن المشتري ضامن للأصل خلال فترة بقاءه لديه، فهو يتحمل كامل المسؤولية في حالة تعرضه للتلف أو الفقدان^٢. وبالمقابل بما أن خيار الشرط يقلل من مخاطر المشتري، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن وجود هذا الخيار ذا تأثير على السعر، وهذا يعني أن من حق البائع زيادة سعر السلعة عن سعرها الطبيعي، في حالة رغبة المشتري الاحتفاظ بحق خيار الشرط^٣.

بناءً على ما سبق فإن الاستثمار في الإسلام قائمٌ على فكرة الخطر والعائد، وقد حرصت الشريعة الإسلامية على توفير التكييف الفقهي اللازم للقيام بمختلف الأنشطة الاستثمارية، ومن هنا يمكن ذكر نوعين رئيسيين من أنواع العقود الاستثمارية؛ النوع الأول منهما يُعرف بالعقود القائمة على المشاركة، والثاني بالعقود القائمة على مبدأ التبادل، حيث يدخل ضمن النوع الأول عقود المشاركة^٤ والمضاربة^٥ والمزارعة^٦ والمساقاة^٧. أما النوع الثاني فيتضمن عقود المرابحة^٨ والسلم^٩ والاستصناع^{١٠} والإجارة^{١١}.

^١ Ibn 'Arabi, quoted by Saiful Azhar Rosly, (2005) Critical Issue on Islamic Banking and Financial Market, Dinamas, Kuala Lumpur.

^٢ شبير، محمد عثمان، (٢٠٠٧م)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفايس، عمان، ص٣١٢.

^٣ الشريبي، شمس الدين محمد، مغني المحتاج، ج٦/ ص٤٤١.

^٤ المشاركة هي اتفاق اثنين أو أكثر على خلط مالهيهما أو عمليهما أو التزاميهما في الذمة بقصد الاسترباح. المعيار الشرعي رقم (١٢)، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

^٥ المضاربة هي عقد شراكة بمال يقدمه الطرف الأول وعمل يبذله الطرف الثاني، وفي حالة تحقق أرباح من جراء هذه الشراكة يتم تقاسمها بناءً على النسبة المتفق عليها مسبقاً، وأما في حالة الخسارة فإن رب المال وحده هو الذي يتحملها.

^٦ المزارعة هي عقد بين طرفين يوافق فيها الطرف الأول على زراعة الطرف الثاني لجزء من أرضه في مقابل حصوله على حصة من المحصول.

^٧ المساقاة هي عقد شراكة يوافق فيها الطرف الأول على السماح للمساقي أن يسقي زرعه مقابل حصوله على جزء من المحصول.

^٨ المرابحة هي عقد بيع يتم فيه الإفصاح عن سعر السلعة الأصلي والزيادة الداخلة عليه للمشتري.

^٩ السلم هو عقد بيع يلتزم فيه البائع ببيع سلعة معينة للمشتري، ويتعهد بتسليمها له في موعد مستقبلي محدد مقابل حصوله على ثمنها حالاً.

^{١٠} عقد الاستصناع هو اتفاق تعاقد مع صانع لصناعة أشياء ذات أوصاف محددة لقاء ثمن محدد، ويلتزم الصانع بتصنيعها بمواد من عنده وبجهده الشخصي.

^{١١} السلامي، نصر محمد، (٢٠٠٨م)، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية، ص٤٠٧.

٤.٣ مفهوم الاستثمار وآليته في صناعة التكافل

هناك بُعدان مرتبطان بقضية الاستثمار في صناعة التكافل، البُعد الأول يتعلق بالاشتراكات التي يدفعها المشاركون للمشاركة في برنامج التكافل، والتي تُعد بحد ذاتها استراتيجية مالية واستثمارية جيدة بالنسبة للأفراد المشاركين. أما البعد الثاني فيتعلق باستراتيجيه شركة التكافل لاستثمار أموال المشاركين المتراكمة في صندوق التكافل وتميمتها كجزء من المسؤولية المنوطة بها. لذا فإن استثمار أموال مساهمي شركة التكافل، سيكون خارج إطار هذه الورقة البحثية. وبناءً عليه سيركز النقاش التالي على الآلية والترتيبات التعاقدية، فضلاً عن القضايا المتعلقة بالمبادرات الاستثمارية التي تقوم بها شركة التكافل.

وفقاً للممارسات المعمول بها حالياً في صناعة التكافل يتوجب على الأفراد الذين يسعون إلى استثمار أموالهم ضمن برنامج التكافل دفع مساهمة مالية متفق عليها إلى صندوق التكافل. يلي ذلك قيام شركة التكافل التي تمارس أعمالها باعتبارها مديراً للصندوق أو وكيلاً عن المشاركين، بتقسيم مساهماتهم المدفوعة إلى صندوقين منفصلين؛ الصندوق الأول يُعرف بحساب المشاركين أو (حساب الادخار) الذي يُسمى حالياً بصندوق استثمار المشاركين، وذلك لاحتوائه على الجزء الذي سيتم استثماره من مساهمات المشاركين، وأما الصندوق الثاني فهو حساب المشارك الخاص أو (حساب التبرع) الذي يُسمى حالياً بصندوق مخاطر المشاركين، وذلك لاستخدام محتوياته في تغطية مخاطر المشاركين وخسائرهم.

يُعد تقسيم مساهمة المشارك إلى جزء يختص بتغطية المخاطر وجزء يختص بالادخار أو الاستثمار أمراً ضرورياً، وذلك للتمييز بين الأغراض والمخاطر المتنوعة المرتبطة بالمساهمة المدفوعة من قبل المشارك¹. ولا بد من استثمار الأموال الموجودة في كلا الصندوقين في محافظ استثمارية متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

بالنسبة لصندوق التكافل العام، فإن استراتيجيه الاستثمار الرئيسية تتمثل في الاستثمار في الأصول السائلة، وذلك من أجل المحافظة على سيولة الصندوق، ويرجع السبب في هذا إلى كون التزامات صندوق التكافل العام ذات طبيعة قصيرة الأجل، وذلك لأن فترة الحماية في معظم العقود تمتد لفترة سنة واحدة أو أقل، ويضاف إلى ذلك كثرة التعويضات المطلوبة في مثل هكذا برامج تكافلية. وبالمقارنة مع تعويضات التكافل العائلي التي عادة ما تكون محددة بمبلغ معين، فإن مبالغ تعويضات التكافل العام تختلف من حالة إلى حالة، وتعتمد بصورة كبيرة على عوامل عدة من بينها النفقات الطبية، وتكاليف إصلاح المركبات أو تكاليف البناء².

1 Retrieved from Bank Negara Malaysia website. The URL is : http://www.bnm.gov.my/guidelines/06_others/Concept%20Paper%20%20Guidelines%20on%20Takaful%20Operational%20Framework.pdf

2 Bank Negara Malaysia Publication, Concept and Operation of General Takaful Business in Malaysia, p. 26.

وحسب نوع العقد المعمول به، فإن شركة التكافل قد تحصل على أجر أو حصة من أرباح الاستثمار، أما في حالة الخسارة، فسيتم تعويض المشارك حسب المعادلة المتفق عليها مسبقاً^١.

إن استخدام التكافل بوصفه استراتيجية استثمارية لهو من أفضل طرق التخطيط المالي والادخار، حيث يوفر ميزة تنافسية للمستثمر، فضلاً عن منحه راحة البال من أي كارثة أو مصيبة مستقبلية. ومما يعزز هذا التوجه، الواقع الحالي لسوق التكافل الذي يتجه نحو المنتجات التكافلية المرتبطة بالاستثمار التي تجمع بين الفرص الاستثمارية وتوفير الحماية الأساسية للمشارك^٢.

فمن خلال تأدية شركة التكافل لواجبها المنوط بها باعتبارها مديراً استثمارياً أو وكيلاً، يتوجب عليها ضمان توافق أي أنشطة استثمارية مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك من أجل توفير راحة البال للمستثمرين. وبعبارة أخرى فإن الأنشطة الاستثمارية التي يزاولها صندوق التكافل لا بد أن تكون موجّهة وفق الأحكام الشرعية والتعليمات التي تصدرها هيئة الرقابة الشرعية. وفضلاً عن ذلك يتوجب على اللجنة الشرعية أن تفحص بصورة دورية الأنشطة الاستثمارية، وذلك لضمان سيرها وفقاً للتعليمات والإرشادات الصادرة من هيئة الرقابة الشرعية، والهدف من ذلك كله ضمان الانقياد الدائم والمستمر للمبادئ الشرعية التي تحكم الاستثمار.

(أ) وحسب الواقع العملي المطبق في صناعة التكافل، فإن شركة التكافل خلال إدارتها للمحفظة الاستثمارية التابعة لصندوق التكافل مُطالب بالانصياع للعديد من التعليمات، وذلك من أجل تحسين مستوى الثبات والشفافية والانقياد لمبادئ الشريعة الإسلامية، وفيما يلي سرد لأهم هذه التعليمات:

(ب) يجب على شركة التكافل الالتزام بالمبادئ الأخلاقية الإسلامية فيما يتعلق بتفويضها الاستثماري وسياساته واستراتيجياته وأنشطته.

(ج) يجب استثمار أموال التكافل بما في ذلك الأموال المرتبطة بالجانب الاستثماري (إن وجدت) في أدوات متوافقة مع الشريعة الإسلامية يتم إصدارها من قبل الحكومة أو الجهات المنظمة أو المؤسسات المالية الأخرى، ومُصرحٌ بها وفقاً للقوانين التي تحكم الاستثمارات المتوافقة مع الشريعة الإسلامية^٣.

^١ International Shari'ah Research Academy (ISRA). 2011. Islamic Financial System: Principles and Operations, p. 513

^٢ يتم الحصول على مزاي برنامج التكافل في حالة الوفاة أو الإعاقة الكلية الدائمة أو الإصابة بأحد الأمراض الخطيرة.
^٣ بالنسبة لدولة ماليزيا فإن الالتزام باستثمار في الأدوات المتوافقة مع الشريعة الإسلامية يتم توفيرها من قبل حكومة ماليزيا الفدرالية، والمصرف المركزي الماليزي، والمؤسسات المالية المرخص لها وفق قانون المصرفية الإسلامية لعام ١٩٨٣م، وقانون المؤسسات المصرفية والمالية لعام ١٩٨٩م، وقانون أسواق رأس المال والخدمات لعام ٢٠٠٧م، وقانون المؤسسات المالية التتموية لعام ٢٠٠٢م. وبالإمكان الرجوع إلى الملحق الأول لقانون التكافل الماليزي لعام ١٩٨٤م للاطلاع على الأصول الماليزية المرخص باستخدامها ودائع وفي صناديق التكافل.

(د) يجب الإفصاح للمشاركين عن استراتيجيه الاستثمار المستخدمة في تنمية الصندوق الاستثماري الخاص بالمشاركين، فضلاً عن أدائه التاريخي.

(هـ) إذا قام مدير الصندوق عن طريق الخطأ باستثمارات في أوراق مالية غير متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، فلا بد من التخلص من هذه الأوراق المالية بغض النظر عما إذا كانت هذه الأوراق المالية تدر ربحاً أم لا.

(و) إذا تغيرت حالة الأوراق المالية من كونها متوافقة مع الشريعة الإسلامية إلى كونها غير متوافقة مع الشريعة الإسلامية، فلشركة التكافل أن تتخذ أحد التدابير الآتية:

(١) إذا تجاوزت قيمة الأوراق المالية تكلفة الاستثمار الأصلية عند وقت الإعلان عن عدم توافقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، فلا بد من تصفيتها فوراً، ويمكن لشركة التكافل الاحتفاظ بأي ربح ناتج عن التخلص من هذه الأوراق المالية عند وقت الإعلان عن عدم توافقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية. ولكن لا بد من تحويل أي أرباح إضافية، ناتجة عن التخلص من هذه الأوراق المالية بعد يوم الإعلان من خلال بيعها بسعر سوق أكثر ارتفاعاً من سعر الإغلاق في يوم الإعلان، إلى الجمعيات الخيرية المصرح بها من قبل مفوضية الأوراق المالية.

(٢) إذا كانت قيمة الأوراق المالية أقل من تكلفة الاستثمار الأصلية، فيُسمح لشركة التكافل بالإبقاء على هذه الأوراق المالية غير المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، كما يُسمح لشركة التكافل بالاحتفاظ بالأرباح خلال فترة تملكها للأوراق المالية، إلى أن يحين الوقت الذي تساوي فيه الأرباح المحصلة من هذه الأوراق المالية والقيمة السوقية لها تكلفة الاستثمار الأصلية (رأس المال)، أو تنتضي فترة ستة أشهر، حينها يتوجب على شركة التكافل التخلص من هذه الأوراق المالية غير المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية^١.

١.٤.٣ المبادئ والعقود الأساسية للاستثمار في صناعة التكافل

المبدأ الأساسي في صناعة التكافل قائم على مفهومي التبرع والتعاون بين جميع المشاركين. أما بالنسبة لشركة التكافل فيأتي دورها من خلال إدارة برنامج التكافل وأنشطته الاستثمارية بالنيابة عن المشاركين، وبناءً على طلبهم. وبإمكان الأطراف أن يستخدموا عقد المضاربة أو الوكالة أو الجعالة أو الوقف أو تركيبة من هذه العقود تبعاً لاحتياجاتهم.

¹ <http://www.sc.com.my/main.asp?pageid=379&linkid=835&yearno=2003&mod=paper>. Retrieved 05 March, 2012

² Refer to Islamic Financial System: Principle and Operation, ISRA, p.515, Mohd Daud Bakar in Archer (2009), p.42; Bank Negara Malaysia. 2005. Article on Conceptual Aspects of General Takaful in Malaysia. <http://www.bnm.gov.my/files/publication/tkf/en/2005/booklet.en.pdf>

١.١.٤.٣ عقد المضاربة

لفظ المضاربة مشتق من اللفظ العربي ضارب، الذي يشير في معناه الاصطلاحي إلى أحد أشكال الشراكة القائمة على الاشتراك في الربح، حيث يقوم الطرف الأول بتوفير رأس المال، بينما يكتفي الطرف الثاني بتوفير الجهد^١. وبعبارة أخرى فإن المضاربة تعني إعطاء شخص رأس ماله إلى شخص آخر للتجار به، وذلك لغرض الاشتراك في الربح الناتج عن التجارة وفق النسبة المتفق عليها مسبقاً. ومما تجدر الإشارة إليه أن علماء الحنفية والحنابلة استخدموا مصطلح المضاربة، بينما اختار علماء المالكية والشافعية استخدام مصطلح القراض.

إن العلاقة التعاقدية في نموذج المضاربة أن يكون المشارك في برنامج التكافل هو رب المال وتكون شركة التكافل هي المضارب. لذا كان من المحتم على شركة التكافل كالمضارب أن يستثمر صندوق التكافل بطريقة متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية ووفقاً للشروط المتفق عليها في عقد التكافل. ومن ثم فإن أي أرباح مُحققة تتم قسمتها بين الطرفين وفقاً للنسبة المتفق عليها مسبقاً. أما في حالة الخسارة فإن رب المال هو من يتحملها، وهذا يعني أن المضارب لا يضمن المال الذي في يده إلا بالتعدي أو التفريط^٢

٢.١.٤.٣ عقد الوكالة

الوكالة لفظ عربي يعني الحفظ^٣، والمراد بها تفويض شخص لآخر القيام بعمل ما مقابل أجر معلوم. فالوكالة عقد توكيل، وهذا يعني أن ملكية المشاركين لصندوق التكافل تبقى مستمرة، وبناءً عليه فإن الموكل هو المشارك، بينما تصبح شركة التكافل هي الوكيل. يقوم الموكل بتعيين أو تفويض الوكيل لإدارة صندوق التكافل وذلك للقيام بمهمتين رئيستين؛ أولهما القيام بالأنشطة والعمليات المتعلقة بالتكافل مثل (الاكتتاب، ودفع التعويضات، الخ...)، وثانيهما القيام بأنشطة استثمارية. تستحق شركة التكافل بوصفها وكيلاً رسوم الوكالة (أجرة الوكيل) لإدارتها الأنشطة المتعلقة بالتكافل، فضلاً عن رسوم الأداء (عمولة الوكيل) لإدارتها استراتيجيات الاستثمار بوصفها وكيلاً بالاستثمار.

٣.١.٤.٣ عقد الجعالة

الجعالة كلمة عربية تعني لغة العوض، وأما اصطلاحاً فهي اسم لما يجعل للإنسان على فعل شيء^٤. وبعبارة أخرى فإن الجعالة تعني الالتزام بدفع مكافأة معينة مقابل أداء

^١ وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، (٢٠٠٢م)، الموسوعة الفقهية، الكويت، ج٣٨/ص٣٦.
^٢ الزحيلي، وهبة، (٢٠٠٤)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط ٤، ج ٥/ص ٣٩٤٥.
^٣ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (٢٠٠٢م)، الموسوعة الفقهية، الكويت، ج٤٥/ص٥.
^٤ المصدر السابق نفسه، ج١٥/ص١٥.

مهمة محددة، ولا بد من الإشارة إلى أن المكافأة التي تُسمى أيضاً بالعرض تصبح لازمة عندما يقوم الطرف المعين بتأدية المهمة المنوطة به على أفضل وجه.

بناءً على هذا العقد، يقوم جميع المشاركين بتعيين شركة التكافل لإدارة صندوق التكافل وفق طريقة محددة، مقابل حصول الشركة على مكافأة معينة إذا قامت بالاستثمار على الوجه الصحيح، وبالتالي يُحدد المبلغ المدفوع بناءً على الخدمة الفعلية والمخرجات والأداء الذي قامت به شركة التكافل بوصفها الطرف الموفر للخدمة.

٤.١.٤.٣ عقد الوديعة

الوديعة عقد بديل عن مبدأ التبرع، والوديعة في اللغة مأخوذة من الودع وهو الترك، وأما اصطلاحاً فهي المال الموضوع عند الغير ليحفظه^١.

التطبيق العملي لهذا العقد في صناعة التكافل يقتضي إيداع أموال المشاركين في صندوق الوديعة الذي تتم إدارته من قبل شركة التكافل، فتُعد مساهمات المشاركين ودائع بدلاً من اعتبارها تبرعات. ووفقاً لهذا العقد تصبح شركة التكافل المدير المؤتمن على استثمار الصندوق، وفي حالة تحقق أي ربح من الاستثمار، فلا يحق للمشاركين الحصول على أي نسبة منه^٢. إلا أن شركة التكافل لديها الخيار في إعطاء جزء من الأرباح المتحققة في شكل هبة يتم توزيعها على المشاركين.

٥.١.٤.٣ عقد الوقف

الوقف لغة الحبس^٣، واصطلاحاً يُراد به وقف المنفعة الناتجة عن المال الموقوف على المستفيدين من الوقف. ويترتب على هذا أن الوقف عقد أحادي يُراد به التخلي عن حق الملكية المتعلق بمال معين، وتخصيص الاستفادة من منفعته على مجموعة محددة من المستفيدين. لذا فمن الممكن تطبيق عقد الوقف عندما يرغب طرف ما بوقف ثروته على أطراف أخرى، كي يستفيدوا من المنافع الناتجة عن تلك الثروة، كما يمكن الاستفادة من عقد الوقف في إنشاء صندوق التكافل، بينما تتم إدارة الجوانب الإدارية والتشغيلية المتعلقة بصندوق التكافل بناءً على عقد الوكالة أو المضاربة.

بدايةً يجب على شركة التكافل أن تُسهم بمبلغ أوّلي كي يتم استخدامه في تأسيس صندوق الوقف، ومن ثم يقوم المشاركون بدفع مساهماتهم إلى صندوق الوقف، وهم بذلك يتخلون بالكامل عن ملكيتهم لهذه الإسهامات، يلي ذلك اعتبار كافة الأموال الموجودة في الصندوق الواردة من شركة التكافل والمشاركين وقفاً، وبذلك تخرج ملكية هذه الأموال من الأطراف التي قامت بوقفها، وتقتصر الاستفادة من منافع هذه الأموال الموقوفة

^١ المصدر السابق نفسه، ج٤٣/ص٥.

^٢ Sheila Nu NuHtay and Hanna RabittahZaharin. 2011. Article on Critical Analysis on the Choice of Takaful (Islamic Insurance) Operating Models in Malaysia. IIUM: Damansar., pg. 6.

^٣ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (٢٠٠٢م)، الموسوعة الفقهية، الكويت، ج٤٤/ص١٠٨.

على المستفيدين فقط^١، الذين لا يُعدون مالكين حقيقيين لها، وذلك لأنها أصبحت أموالاً مملوكةً لله تعالى^٢. أما شركة التكافل فتقوم بإدارة صندوق الوقف باعتبارها ناظراً وامتولياً للأموال الموقوفة.

ينعكس تطبيق العقود السابقة الذكر التي تضبط العلاقة بين المشاركين وشركات التكافل في العديد من النماذج المختلفة المطبقة في مختلف أنحاء العالم.

¹ Tobias Frenz, Younes Soulhi, (2010), Takaful and Re-Takaful: Advances Principles and Practices. Kuala Lumpur: IBFIM, p. 145.

² Ibid., p.

٤ القضايا والتحديات المتعلقة بالاستثمار في صناعة التكافل

١.٤ القضايا الشرعية المتعلقة بالاستثمار في صناعة التكافل

(أ) نموذج المضاربة في صناعة التكافل

يُقصد بالنموذج التشغيلي الطريقة التي تتبعها جهة العمل في إنشاء قدراتها لتنفيذ استراتيجيات العمل الخاصة بها. ومن الوارد جداً أن تطبق شركة ما عدة نماذج تشغيلية لتلبية احتياجات العمل المختلفة لديها^١. وعلى مر العديد من السنوات قام العديد من العلماء والخبراء في المالية الإسلامية بصياغة كثير من المفاهيم والعقود من أجل استخدامها في النماذج التشغيلية لصناعة التكافل، وقد ترتب على هذا بروز نماذج تشغيلية تُستخدم حالياً في صناعة التكافل وتستقي هيكلها الأساسي من دمج عدة عقود بعضها ببعض. ومما تجدر الإشارة إليه أن معظم الكتابات والنقاشات المتعلقة بصناعة التكافل عامةً ونماذجها التشغيلية خاصةً تدور بشكل كبير حول نموذج المضاربة واستخداماته في صناعة التكافل. فالكثير من الكتابات تذهب إلى أن مفهوم المضاربة مناسبٌ جداً كي يكون أساساً للعمليات المصرفية الإسلامية، وخصوصاً في جانب استثمار الودائع، إلا أنه في الوقت نفسه لا يُعد مفهوماً ملائماً للتطبيق في مجال التأمين^٢.

فالقضايا المتعلقة باستخدام عقد المضاربة بوصفه نموذجاً تشغيلياً في صناعة التكافل تأخذ أشكالاً متعددة، ومن بينها ما يلي:

(١) وفقاً لنظرية العقود في التشريع الإسلامي، فإن الوضعية القانونية للعقد قائمة بشكل كبير على الغرض منه، وكما هو معروف فإن الغرض من عقد المضاربة زيادة ثروة رب المال وتحقيق أرباحٍ وفيرة، ولكي يتمكن رب المال من تحقيق أكبر زيادة ممكنة لثروته، فإنه يدفع بها إلى تاجر ليتاجر بها نيابة عنه، شريطة أن يتقاسم الربح المتحقق من هذه التجارة وفقاً للنسبة المتفق عليها مسبقاً^٣. وفي المقابل فإن الغرض من التكافل ليس زيادة ثروة رب المال والحصول على أرباح، وذلك لأن المساهمة المدفوعة إلى صندوق التكافل قد تم دفعها بناءً على مبادئ التعاون والأخوة والتبرع. فالتبرع عقد يُنشئه طرفٌ ذو أهلية كاملة لنقل ملكية مالٍ موجودٍ يمكن تسليمه إلى طرفٍ آخر بدون عوض^٤. فالغرض من عقد التبرع نيل رضا الله عز وجل ومساعدة الشخص المتبرع له. وباختصار هناك تناقض واضح بين الغرض من المضاربة والغرض من التكافل، ولكن إذا ما تم استخدام عقد المضاربة في استثمار محتويات

¹ Accenture, "Transforming Your Operating Model for High Performance in the Digital World", p. 7. <http://www.accenture.com/us-en/Pages/insight-ceo-transforming-your-operating-model-high-performance-digital-world-summary.aspx>.

² Muhammad Ayyub, Understanding Islamic Finance, John Wiley and Sons, 2009,

³ Al-Zuhayli, Financial Transactions in Islamic Jurisprudence, Vol. 1, p. 487

⁴ Al-Zuhayli, Financial Transactions in Islamic Jurisprudence, Vol. 1, p. 539

الصندوق الاستثماري الذي تم إنشاؤه ضمن النموذج التشغيلي للتكافل، فإن هذا يُعد عملاً مقبولاً، حيث إن الغرض من إنشاء هذا الصندوق تعظيم الربح.

(٢) إن العلاقة التعاقدية بين المشاركين في التكافل قائمة على التعاون والتبرع، ولذا فإن كل مشارك يساهم طواعية بماله في برنامج التكافل من أجل تخفيف آثار الخسائر التي قد تصيب المشاركين الآخرين. ولكن العلاقة التعاقدية بين المشاركين في المضاربة هي علاقة مشاركة برأس المال. وبالتالي فإن نموذج المضاربة يتعامل مع المساهمة المدفوعة من قبل المشارك على أنها منشئة لرأس مال المضاربة، الذي يستخدم في الوقت نفسه لدفع التعويضات، كما تُخصم منه مبالغ إعادة التكافل، والاحتياطات والنفقات الأخرى ذات الصلة، وكل ذلك مخالفٌ لأحكام المضاربة المعمول بها. فالإشكالية الشرعية تبدو جلية في برنامج التكافل بسبب احتواء العقد المستخدم لغرض التعويض المتبادل واقتسام المخاطر بين المشاركين على أمور غامضة وغير أكيدة.

(٣) عندما تكون العلاقة بين المشاركين في نموذج المضاربة علاقة شراكة بين أرباب المال، فإن العلاقة بين المشاركين وشركة التكافل يجب أن تكون علاقة مماثلة للعلاقة بين أرباب المال والتاجر المضارب. ووفقاً لنموذج المضاربة فإن كلاً من شركة التكافل والمشاركين سيقومون باقتسام الدخل المباشر للاستثمار فقط، وأما الفائض فهو من حق المشاركين. ولكن وفقاً لنموذج المضاربة المعدل فإن دخل الاستثمار سيتم إرجاعه إلى صندوق التكافل، كما يجيز هذا النموذج المعدل اشتراك شركة التكافل في تقاسم الفائض الناتج من صندوق التكافل مع المشاركين. وتجدر الإشارة إلى أن السماح لشركة التكافل بتقاسم الفائض مع المشاركين وفق نموذج المضاربة المعدل يستلزم المزيد من المشاورات والنقاش، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الفائض الناتج من عمليات الاكتتاب التكافلي لا يمكن أن يُعد ربحاً، بل هو عبارة عن الباقي من مساهمات المشاركين بعد خصم المطالبات والنفقات المباشرة من صندوق مخاطر المشاركين، فلا يمكن تسميته ربحاً؛ لأن المقصود بالربح إنشاء قيمة مضافة مُتحصلة فوق رأس المال، لذا فقد تم صدور العديد من الفتاوى التي تؤكد أحقية حملة الوثائق في الحصول على الفائض بمفردهم^١. وفي المقابل فقد أجاز بعض العلماء القيام بهذه الممارسة من منطلق وجوب مكافأة شركة التكافل على إدارتها الجيدة لصندوق مخاطر المشاركين، وذلك من خلال حصول الشركة على رسوم الأداء التي يتم دفعها من صندوق مخاطر المشاركين^٢.

¹ Alamasi, A, Surveying developments in Takaful Industry, Review of Islamic Economics, Vol. 13, No. 2, 2010, p. 201.

² No. 52 Shariah Resolution in Islamic Finance, 2nd Edition, 2010, Central Bank of Malaysia.

(٤) كل ما سبق ذكره من قضايا أثرت حول نموذج المضاربة، وتطبيقه بوصفه أداة لتقاسم المخاطر، جعلت شركات التكافل تتجه إلى تبني نموذج الوكالة.

(ب) رسوم الاستثمار في نموذج المضاربة:

حسب نظرية العقود في الشريعة الإسلامية، فإن الشخص يستحق الحصول على رسوم محددة عندما يُطلب منه القيام بمهمة ما بوصفه وكيلًا أو أجيرًا وفقاً لعقد الوكالة أو الإجارة، حيث تعد الرسوم المدفوعة في كلا العقدین تعويضاً يقابل أداء الشخص للمهمة التي أنيطت به. ولهذا تستحق شركة التكافل الحصول على تعويض مادي في شكل أجرة محددة وفقاً لنموذج الوكالة، وذلك لقيامها بمتطلبات المشاركين من إدارة أموالهم واستثمارها. وبالمقابل فإن التعويض المادي الذي يمكن أن تحصل عليه شركة التكافل وفقاً لنموذج المضاربة يتمثل في استحقاقها لنسبة معينة من أرباح الاستثمار متفق عليها مسبقاً، ولذلك لا تجوز المطالبة برسوم إدارية من قبل شركة التكافل المطبقة لنموذج المضاربة. وفي هذا السياق يقول الإمام الشافعي: "لا نفقة للمضارب على نفسه من مال المضاربة لا حضراً ولا سفراً إلا أن يأذن له رب المال، لأن للمضارب نصيباً من الربح، فلا يستحق شيئاً آخر، ويكون المأخوذ زيادة منفعة في المضاربة، ولأن النفقة قد تكون قدر الربح، فيؤدي أخذه إلى انفراده به، وقد تكون أكثر فيؤدي إلى أن يأخذ جزءاً من رأس المال، وهذا يناه في مقتضى العقد، فلو شرطت النفقة للمضارب في العقد فسد".^١

بينما ذهب أكثر علماء المالكية والحنفية والزيدية إلى أنه من حق المضارب أن يصرف من أموال المضاربة لتغطية النفقات المتصلة بعمله التجاري أو الاستثماري. وفي هذا يقول صاحب بداية المجتهد: "قال جمهور الفقهاء منهم أبو حنيفة ومالك والزيدية: للمضارب النفقة في السفر لا في الحضر من مال المضاربة من الربح إن وجد وإلا فمن رأس المال بما يحتاج إليه من طعام وكسوة".^٢

وقد أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معياراً أشارت فيه إلى "أن الأصل عدم جواز الجمع بين الربح في المضاربة والأجرة، على أنه إذا اتفق الطرفان على قيام أحدهما بعمل ليس من أعمال المضاربة بأجر محدد وكان الاتفاق بعقد منفصل عن عقد المضاربة بحيث تبقى إذا عزله عن ذلك العمل فلا مانع من ذلك شرعاً".^٣

وقد قرر المجلس الاستشاري الشرعي للمصرف المركزي الماليزي، في اجتماعه السادس عشر في نوفمبر من عام ٢٠٠٠م بأنه ليس من حق البنك فرض أي رسوم إدارية على المودعين (أرباب المال) بالنسبة للودائع المستثمرة وفقاً لنموذج المضاربة، وبالتالي إذا كان

^١ المهذب، ج ١ / ص ٢٨٧. مغني المحتاج، ج ٢ / ص ٣١٧.

^٢ بداية المجتهد، ج ٢ / ص ٢٣٨.

^٣ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (٢٠١٠م)، المعيار الشرعي رقم (٨)، ص ١٨٥.

البنك بحاجة إلى مبالغ إضافية لتغطية التكاليف الإدارية، فلا بد من أخذ هذه المسألة في عين الاعتبار عند الاتفاق على نسبة توزيع الأرباح بين الطرفين¹.

فيمكننا أن نخلص إلى أنه لا يجوز لشركة التكافل بوصفها مضارباً وفق نموذج المضاربة أو نموذج المضاربة والوكالة الهجين، فرض رسوم إدارية مسبقة مقابل استثمار أموال التكافل، وذلك لأنها ستحصل على عوضها من خلال تقاسم ربح الاستثمار مع المشاركين.

(ج) استثمار صندوق مخاطر المشاركين

على الرغم من أن مفهوم الاستثمار قد يُقلل للوهلة الأولى من القيمة المعنوية لمفهوم التعاون وتقاسم المخاطر في صناعة التكافل، إلا أن اشتراط الفصل بين أموال المساهمين وأموال حملة الوثائق يمنع التكافل التجاري من الإخلال بالمفهوم الأساسي للتكافل². فضلاً عن ذلك فإن شركة التكافل مطالبة بتقسيم موجودات صندوق التكافل التي يتم تحصيلها من مساهمات المشاركين، على صندوقين منفصلين هما صندوق المخاطر وصندوق الاستثمار. لذا يتوجب على شركة التكافل أن تنشئ صندوق مخاطر المشاركين وصندوق استثمار المشاركين، وذلك كي تتمكن الشركة من تطبيق المبادئ المتعلقة بالحوكمة والفاعلية في إدارتها للمخاطر المرتبطة بصندوق التكافل³. وتجدر الإشارة إلى أن فصل صندوق مخاطر المشاركين عن صندوق استثمار المشاركين لن يقف عائقاً أمام شركة التكافل من استثمار موجودات صندوق مخاطر المشاركين. ومن الناحية العملية فإن شركات التكافل تقوم باستثمار صندوق مخاطر المشاركين الذي يتم إنشاؤه خصيصاً لدفع التعويضات، ومساهمات إعادة التكافل، والاحتياطات، والنفقات الأخرى.

عادة ما يرتبط لفظ التبرع بعقود التبرعات التي تدخل فيها الهدية، والهبة، والصدقة، والوصية، والوقف، وغيرها من العقود المماثلة، ويلعب عقد التبرع دوراً مهماً في صناعة التكافل لكونه يمثل الحل الأمثل لتجاوز مشكلة الغرر التي تُعاني منها عقود التأمين التقليدي. أما بالنسبة لأموال التكافل فيمكن وصفها على أنها أموال تم تحصيلها من مساهمات المشاركين في برامج التكافل العام والعائلي، ولكي تتم زيادة رأس المال المتحصل من المشاركين، فإن موجودات صندوق التكافل (بعد خصم الأجر والنفقات) ستتم إدارتها واستثمارها في أدوات متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وتعتمد على تطبيق استراتيجيات استثمارية متحفظة، ومن هذه الأدوات الصكوك، وشهادات الاستثمار الحكومية، والودائع الإسلامية الثابتة، وأدوات سوق المال الإسلامية.

¹ SAC BNM, (2010), Resolusi Syariah Dalam Kewangan Islam, Kuala Lumpur: BNM second edition, p. 30.

² يتوافق هذا التوجه القاضي بالفصل بين أموال المساهمين وأموال حملة الوثائق مع الأحكام التشريعية لقانون التكافل الماليزي لعام ١٩٨٤م.

³ No. 50 of Shariah Resolution in Islamic Finance, 2nd Edition, 2010, Central Bank of Malaysia.

القضايا التي أثّرت جراء النقاش القديم الذي دار بين الفقهاء القدامى حول شرعية استثمار أموال الزكاة والوقف، تشبه إلى حد كبير القضايا المثارة حالياً حول استثمار صندوق التبرع في صناعة التكافل. فالتراث المكتوب حول استثمار الوقف على سبيل المثال يكشف لنا أن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم حول مدى مشروعية وقف النقود، فذهب الفقهاء القائلون بجواز وقف النقود من المالكية^١ والإمام البخاري^٢ وزفر والأنصاري من الحنفية^٣ وابن تيمية من الحنابلة^٤ إلى جواز استثمار الوقف، وفضلاً عن ذلك فقد ذهب الفقهاء إلى أن استثمار الوقف يمكن أن يأخذ صوراً عديدة مثل الإقراض والمضاربة والتجارة. وأما المضاربة فيمكن أن تتم وفق صيغ مختلفة بما فيها حساب الادخار، والحساب الجاري، والأسهم المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية. وفي المقابل فإن بعض الفقهاء الذين لم يجيزوا استثمار الوقف عللوا موقفهم هذا بأن استثمار الوقف سيعرضه للأذى والخسارة.

يتعين على شركة التكافل أن لا تستثمر صندوق مخاطر المشاركين، وذلك كي تُجنب الصندوق أي أذى أو خسارة قد تلحق به. وبالتالي فإن مسؤولية أي خسارة يتعرض لها صندوق مخاطر المشاركين تقع على عاتق شركة التكافل التي لا بد من أن تتحمل هذه الخسارة، وفضلاً عن ذلك فإن أي خسارة يتعرض لها صندوق مخاطر المشاركين ستؤثر على شركة التكافل، إذ سيطلب منها تسديد قرض حسن إلى صندوق مخاطر المشاركين للتعويض عن الخسارة التي لحقت به.

(د) الجمع بين العقود في صناعة التكافل

لم يتفق العلماء على تعريف محدد للعقود المركبة، إذ عرفها حماد بقوله: "اتفاق طرفين على إبرام معاهدة (اتفاقية) تشتمل على عقدين أو أكثر، بحيث تعد سائر موجبات تلك العقود المجتمعة أو المتقابلة، وجميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها جملة واحدة، لا تقبل التفريق والتجزئة بمثابة آثار العقد الواحد"^٥. وعرفها العمراني بقوله: "مجموع العقود المالية المتعددة التي يشتمل عليها العقد - على سبيل الجمع أو التقابل - بحيث تعتبر جميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها بمثابة آثار العقد الواحد"^٦.

يرتبط الحكم الشرعي للعقود المركبة بأساسيات التشريع المالي في الإسلام، إذ يرى أغلب الفقهاء أن إنشاء أي معاملة مالية مرتبطة بالإباحة الأصلية ما دام لم يرد نص يمنع

^١ الدردير، الشرح الصغير، ج٤/ص١٠٢.

^٢ البخاري، صحيح البخاري. كتاب الوصايا، باب وقف الدواب والكراع والعروض والصامت، ج٣/ص١٠٢٠.

^٣ ابن همام، فتح القدير، ج٦/ص٢٠٣. ابن عابدين، رد المحتار، ج٦/ص٥٥٦.

^٤ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج٣١/ص٢٣٤.

^٥ حماد، نزيه، (٢٠٠١م)، القواعد الفقهية المعاصرة في المال والاقتصاد، دمشق، دار القلم، ص ٥١١.

^٦ العمراني، عبد الله، (٢٠٠٦م)، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، ص ٤٦.

العمل بمقتضاها أو يوجب العمل على خلافها^١. ومما ذكره ابن تيمية رحمه الله في هذا المجال أن الأصل حرية الطرفين في إبرام أي عقد يرى طرفاه ضرورته، ما لم يرد نص صريح بتحريمه^٢. إن قول الحق سبحانه وتعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)^٣ يرشدنا إلى ضرورة الوفاء بالعقود أيًا كانت، ما دام لم تُحرّم بدليل شرعي آخر. ومن ثم يُستحب أصل الإباحة في الحكم على مشروعية العقود المركبة. لذلك قالت الشافعية بجواز تركيب العقود في المعاملات المالية، ومثال ذلك الجمع بين الإجارة والبيع، حيث ذهب فقهاء الشافعية إلى جواز مثل هذا الجمع لمشروعية كل من عقدي الإجارة والبيع في الأصل^٤. إلا أنه لا يجوز الجمع بين عقدين أو أكثر في الحالات التالية^٥:

- أولاً: إذا عارض التركيب نصاً شرعياً.
- ثانياً: إذا أدى التركيب إلى الجمع بين عقدين متناقضين مختلفين، كالبيع والسلف.
- ثالثاً: إذا كان وسيلة للتوصل إلى حرام كالربا مثلاً.
- رابعاً: إذا جمع بين عقدين بُني أحدهما على التبرع والآخر على المعاوضة.

وعلى الرغم من كل تلك الأصول الأنفة الذكر، فهناك العديد من الأحاديث التي تدل على تحريم العقود المركبة، ومنها ما يلي:

الحديث الأول: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة"^٦. هناك العديد من التفسيرات الفقهية التي حاولت شرح المراد بهذا بهذا الحديث، إلا أن جمهور الفقهاء ذهبوا أن الحديث دليل على تحريم المعاملة التي تحتوي على سعرين أو أكثر في صفقة واحدة، أحدهما للدفع المعجل والآخر للدفع المؤجل. ومثال ذلك أن يقول البائع للمشتري: أبيعك هذه العين بمائة معجلة أو بمائتين مؤجلة، وافترق بعد ذلك الطرفان دون تحديد أحد السعرين^٧. فالعقد في هذه الحالة غير جائز للجهالة في السعر السعر وتعليق البيع على شرط مستقبلي^٨.

^١ المرجع السابق نفسه، ص ٦٩.

^٢ ابن تيمية، (١٣٩٨هـ)، مجموع الفتاوى، الرياض، ص ١٣٢.

^٣ سورة المائدة، آية: ١.

^٤ Arbouna, M.B, (2007), The Combination of Contracts in Shariah: A Possible Mechanism for Product Development in Islamic Banking and Finance, Thunderbird International Business Review, Vol. 49 (3) 341-369, May-June 2007, p. 348.

^٥ العمراني، عبد الله، (٢٠٠٦م)، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، ص ١٨٦ - ١٨٩.

^٦ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، حديث رقم ١٢٣١.

^٧ العمراني، عبد الله، (٢٠٠٦م)، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، ص ٨٠.

^٨ المرجع السابق نفسه، ص ٨١.

الحديث الثاني: عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا تبع ما ليس عندك"^١. دل الحديث على تحريم الجمع بين السلف والبيع في عقد واحد. ومراد ذلك أنه لا يجوز ربط عقد البيع بعقد السلف ولا العكس، إذ قد يخضم البائع من سعر السلعة للمقترض سعياً منه إلى الحصول على القرض، وهذا يؤدي إلى الإقراض الذي يجز نفعاً وهو ربا محرم^٢. وذهب المالكية إلى أن الجمع بين البيع والسلف هو جمع بين متناقضين في الماهية والنتائج، حيث إن السلف من عقود التبرعات التي يجوز وقوع الغرر فيها، وأما عقد البيع فهو من عقود المعاوضات التي لا يجوز وقوع الغرر فيها، ولذلك كان الجمع بين عقود المعاوضات والتبرعات في عقد واحد أمراً غير جائز شرعاً^٣.

الحديث الثالث: عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : "صفقتان في صفقة ربا"^٤. معنى هذا الحديث مماثل للحديث السابق الناهي عن بيعتين في بيعة^٥، حيث تحرم المعاملة التي تشتمل على سعرين أحدهما للدفع الحاضر والآخر للدفع الآجل في آن واحد، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

١,٤,١,٤ الجمع بين العقود في نماذج التكافل

يتم الجمع بين العقود في صناعة التكافل على النحو التالي:

- أولاً: الجمع بين التبرع والمضاربة في نموذج المضاربة.
- ثانياً: الجمع بين التبرع والوكالة في نموذج الوكالة.
- ثالثاً: الجمع بين الوقف والوكالة في نموذج الوقف.
- رابعاً: الجمع بين التبرع والمضاربة والوكالة في النموذج الهجين.
- خامساً: الجمع بين التبرع والوكالة والجعالة في نموذج الوكالة.

يتبين مما ذكر أن عقد التكافل يشتمل على العقود المركبة حيث يبين تطبيق عقدي التبرع أو الوقف في صناعة التكافل العلاقة بين المشاركين، كما يتم توظيف عقود الوكالة أو المضاربة أو الجعالة لتبرير علاقة المشاركين بشركة التكافل، فلو قامت شركة التكافل بتطبيق عقد المضاربة، فإن الشركة تصبح مسؤولة عن إدارة صندوق

^١ سنن أبي داود، كتاب البيوع، حديث رقم ٢٥٠٤.

^٢ Arbouna, M.B. (2007), The Combination of Contracts in Shariah: A Possible Mechanism for Product Development in Islamic Banking and Finance, Thunderbird International Business Review, Vol. 49 (3) 341-369, May-June 2007, p. 346.

^٣ العمراني، عبد الله، (٢٠٠٦م)، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ص ١٨٣.

^٤ ابن حبان، صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة - بيروت، ج ٣ / ص ٣٣١.

^٥ العمراني، عبد الله، (٢٠٠٦م)، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ص ١٨١.

التكافل، ويحولها ذلك حصولها على نسبة من الأرباح المتفق عليها مسبقاً. أما تطبيق عقد الوكالة فيجعل من شركة التكافل أميناً للصندوق مقابل حصولها على رسوم محددة مسبقاً. وبالنسبة لعقد الجعالة فإن تطبيقه يُمكن شركة التكافل من حصولها على رسوم أداء مقابل ماتقوم به من إدارة لصندوق التكافل. كما يمكن تطبيق عقدي الوكالة والمضاربة في آن واحد وبصورة منفصلة. فعقد الوكالة يجري استخدامه لإدارة صندوق مخاطر المشاركين، وعقد المضاربة لإدارة صندوق استثمار المشاركين.

يتضح لنا بالنظر إلى النماذج المستخدمة في صناعة التكافل أن الجمع بين عقود التبرعات والمعاوضات يهدف إلى تحقيق أغراض مختلفة لأطراف مختلفة. فعقد التبرع يُبرز طبيعة العلاقة التعاونية بين المشاركين بعضهم ببعض، وأما عقود المعاوضات فتبرز طبيعة العلاقة بين المشاركين وشركات التكافل. وبناءً عليه يبرم المشاركون عقد التبرع فيما بينهم، كما يقومون بإبرام عقد آخر منفصل مع شركة التكافل. يضاف إلى ما سبق أن صندوق مخاطر المشاركين منفصل تماماً عن صندوق استثمار المشاركين.

ومن هنا نستطيع أن نستنتج أن الجمع بين العقود في صناعة التكافل لا يمكن عدّه من قبيل "بيعتين في بيعة" أو "صفقتين في صفقة" لعدم احتوائه على سعرين في صفقة واحد، كما لا يمكن اعتباره من قبيل الجمع بين بيع وسلف، حيث إن عقد التبرع منفصل وغير مرتبط بالعقد الآخر. وعليه، فإنه يمكن الخلوص إلى أن الجمع بين العقود في صناعة التكافل جائز شرعاً.

وعلى الرغم من جواز الجمع بين العقود في صناعة التكافل، فإنه لا بد من الفصل بين صندوق مخاطر المشاركين وصندوق استثمار المشاركين، كما يجب استثمار موجودات كلا الصندوقين بصورة منفصلة. وذلك من باب الاحتياط لأحكام الشرع. ومن هذا المنطلق يتوجب على شركة التكافل أن يكون لديها عقد تبرع وعقد استثمار منفصلين¹.

٥.١.٤ الاستعانة بأطراف خارجية للقيام بدور الاستثمار

تعد قضية استعانة شركة التكافل بأطراف خارجية للقيام بالأنشطة الاستثمارية من القضايا الشرعية المثارة في صناعة التكافل، فالعديد من شركات التكافل تُفضل تعيين مدراء خارجيين لتوظيف أموال صندوق استثمار المشاركين بطريقة متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية بدلاً من أن تقوم هي بهذه المهمة. ويتم تعويض هؤلاء المدراء عن طريق تسديد رسوم الوكالة المحددة مسبقاً.

لقد تم تعريف هذه الممارسة على أنها: "التعاقد مع شركة أو شخص خارجي للقيام بعمل ما"². مثل أن تقوم شركة تأمين بتعيين مديرٍ لاستثمار أقساط المؤمن لهم.

¹ Noor, A. M & Zakaria, M. S (2010), Takaful: Analisis Terhadap Konsep dan Aqad, Jurnal Muamalat, JAKIM, 3ed edition, 2010, p. 17

² http://www.sourcingmag.com/content/what_is_outsourcing.asp. (Retrieved February 10, 2012).

قد تأخذ الاستعانة بمديرين خارجيين للقيام بالعمليات الاستثمارية شكلين أساسيين: أولهما، عندما تقوم شركة التكافل بدور المضارب وفق نموذج المضاربة أو نموذج الوكالة والمضاربة الهجين، ففي هذه الحالة يجوز لشركة التكافل أن تعين طرفاً ثالثاً لاستثمار أموال التكافل في الأعمال التجارية والاستثمارية المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية. ولقد أجاز العلماء على العموم للمضارب تعيين طرف آخر بوصفه وكيلاً أو أجييراً للقيام بهذا الدور. ومن ثم يجوز للمضارب أن يوكل بالشراء والبيع، لأن التوكيل من عادة التجار، ولأنه طريق الوصول إلى الربح^١. وله أن يستأجر أجييراً ليعمل في المال، لأن الاستئجار من عادة التجار وضرورات التجارة^٢. إلا أنه يجب التنبه إلى ضرورة دفع الرسوم المستحقة للطرف الثالث من صندوق مساهمي شركة التكافل وليس من صندوق المشاركين، وذلك لأن شركة التكافل مسؤولة عن القيام بالأنشطة الاستثمارية وفق نموذج المضاربة، وفضلاً عن ذلك فإنها ستحصل على حصتها المالية من خلال تقاسم ربح الاستثمار مع المشاركين، فلا يجوز لها استقطاع رسوم الوكالة الواجبة الدفع إلى الطرف الخارجي من صندوق المشاركين، وفي هذا يقول الزحيلي: يجب على العامل القيام بأعمال المضاربة بحسب المعتاد من أمثاله، وبحسب عادة التجار فيما يتعاملون به، فإذا استأجر على عمل يلزمه القيام به، وجبت الأجرة عليه في ماله خاصة لا في مال القراض. وله أن يستأجر على عمل من مال المضاربة إذا كان من الأعمال التي لا يلزمه القيام بها بحسب العرف التجاري^٣. وعليه فإنه لا يجوز في نموذج المضاربة أو نموذج الوكالة والمضاربة الهجين أن تدفع الرسوم للمضاربين الخارجيين من أموال المشاركين.

وثانيهما: عندما تقوم شركة التكافل بدور الوكيل وفق نموذج الوكالة من أجل استثمار أموال المشاركين، ففي هذه الحالة تقوم شركة التكافل بتعيين وكلاء خارجيين لاستثمار الأموال. وهذا ما يُعرف في الفقه الإسلامي بتوكيل الوكيل، وقد تحدث الزحيلي عن هذه المسألة بقوله: " القاعدة العامة هي أن الوكيل لا يجوز له أن يوكل غيره فيما وكل به، بدون إذن موكله أو أن يقول له: اعمل برأيك، لأن الموكل رضي برأيه وأمانته وحده، والناس متفاوتون في الآراء والأمانة. ولكن مع هذا ينبغي أن نقسم الوكالة عند الحنفية إلى قسمين لمعرفة مدى انطباق هذه القاعدة وهما الوكالة العامة والوكالة الخاصة. فإذا كانت الوكالة عامة: بأن قال الموكل وقت التوكيل بالقبض: اصنع ماشئت، أو ما صنعت من شيء فهو جائز علي، أو نحوه، فإنه يجوز للوكيل أن يوكل غيره بالقبض، عملاً بمقتضى العموم. وإن كانت الوكالة خاصة: بأن

^١ وهبة الزحيلي، (٢٠٠٤) الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق: دار الفكر، ج ٥ / ص ٣٩٤٧.

^٢ المرجع السابق نفسه.

^٣ المرجع السابق نفسه، ج ٥ / ص ٣٩٤٩ - ٣٩٥٠.

لم يقل الموكل لفظاً يشعر بعموم الإذن بالتصرف، فإنه لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره بالقبض، لأن الوكيل يتصرف بتفويض الموكل، فيملك قدر ما فوض إليه".¹

وقال الشافعية والحنابلة: "ليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به بلا إذن الموكل متى كان قادراً على ما وكل فيه، أما إذا لم يكن قادراً على القيام بكل ما وكل فيه فله أن يوكل غيره".²

مما تقدم يتبين لنا أن شركة التكافل وفق نموذج الوكالة لا يجوز لها توكيل طرف خارجي ثالث لاستثمار أموال التكافل، إلا بعد صدور موافقة مسبقة من المشاركين، من خلال حصول شركة التكافل على وكالة عامة. ويرجع السبب في اشتراط هذا الشرط إلى كون الوكالة عقداً من عقود المعاوضات الذي يجب التعاقد فيه على أساس التراضي والتوافق لدفع شبهتي الغرر والجهالة. ولهذا لا ينبغي لشركات التكافل الاستعانة بطرف ثالث خارجي دون قيد أو شرط، بل تجب عليهم مراجعة المشاركين واستشارتهم في ذلك وأخذ موافقتهم. كما يجب عليهم الإفصاح عن مبلغ الرسوم التي ستُدفع إلى الوكلاء الخارجيين، فضلاً عن مبلغ الرسوم التي ستُدفع لهم، وذلك يُعود إلى كون شركة التكافل بوصفها وكيلاً، مؤتمنةً على أموال المشاركين، ومسؤولة عن أي خسارة أو ضرر ناجم عن تقصيرها أو جهلها.³

٢,٤ القضايا التشغيلية المتعلقة بالاستثمار في صناعة التكافل

(أ) إشراك المشاركين في إدارة أموال التكافل

إن الهيكل الفريد لشركة التكافل يؤدي إلى إثارة عدة قضايا أساسية من بينها مدى مشاركة المشاركين في اتخاذ القرارات ذات العلاقة بصندوق التكافل، فالمشاركون بوصفهم مساهمين في صندوق التكافل يُعدون المالكين الحقيقيين للصندوق، فمن المفترض إشراكهم في القضايا المتعلقة بالصندوق ومن بينها استراتيجيات الاستثمار المتبعة، وكيفية التعامل مع أرباح الاستثمار وخسائره، فضلاً عن التزامات الأطراف المختلفة وفقاً للعلاقة التعاقدية المتفق عليها.

يتم إعلام المشاركين في البرامج التكافلية المرتبطة بالاستثمار عن أنواع وطبيعة الصناديق التي ستوضع فيها مساهماتهم لغرض استثمارها، كما يجب الحديث معهم حول مؤشر معدل العائد المبني على الأداء التاريخي للصندوق خلال الفترة المتفق عليها، قبل إبرام عقد التكافل.⁴

¹ المرجع السابق نفسه، ج ٥ / ص ٤٠٨٧.

² مغني المحتاج، ج ٢ / ص ٢٢٦.

³ Noor, A.M. (2009), A Shariah Compliance Review on Investment Linked Takaful in Malaysia, Islamic Economic Studies, Vol. 17, No. 1, June, 2009, p. 11.

⁴ تقع على عاتق موظف شركة التكافل مهمة إفهام المشارك الآلية المتبعة في توزيع مساهمته، من خلال إعلامه بالنسبة التي سيتم وضعها في صندوق الاستثمار، والتي ستستثمر في صناديق نمو معينة، والنسبة التي سيتم وضعها

والقضية المثارة تدور حول ما إذا كان هذا الإفصاح كافياً لإعطاء المشاركين حقوقهم بوصفهم المالكين الحقيقيين للصندوق.

في حقيقة الأمر فإن شركة التكافل هي الطرف الذي يقوم بالإدارة الكاملة للصندوق، ويُقرر وسائل الاستثمار واستراتيجياته، ويرجع السبب الرئيس في مثل هذا الترتيب إلى أن المتوقع من شركة التكافل امتلاكها للمهارات الضرورية في إدارة الأنشطة التأمينية والاستثمارية بالنيابة عن المشاركين الذين قد لا يمتلكون مثل هذه المهارات. وبالإمكان تأدية المهام الاستثمارية من قبل شركة التكافل بوصفها وكيلًا أو مضارباً أو أجيرًا.

وفضلاً عن قلة خبرة المشاركين في القضايا الاستثمارية، فإن المشاركين لا يرغبون في العادة المشاركة في إدارة الاستثمار، ويفضلون الاعتماد على شركة التكافل للقيام بذلك. وكون شركة التكافل مؤتمنة على القيام بهذه الأنشطة الاستثمارية، يحتم عليها أن تلتزم الحيطة والشفافية في تأدية واجباتها المحددة، وبإمكان الجهة المحلية المنظمة أن تلعب دوراً مهماً في صياغة عمليات الحوكمة والمراجعة الإشرافية، لضمان حماية مصالح الأطراف ذات العلاقة.

(ب) محدودية وسائل الاستثمار

بصفة عامة هناك محدودية في وسائل الاستثمار المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية ذات الأجل الطويل، والجودة العالية، والعائد المرتفع. لذا فإن أموال التكافل عادة ما تُستثمر في محافظ استثمارية مختارة. وعلى الرغم من توافق هذه المحافظ الاستثمارية مع مبادئ الشريعة الإسلامية إلا أن الاستثمار فيها قد يؤدي إلى الحصول على عوائد منخفضة، والحد من ابتكار المنتجات، فضلاً عن زيادة كل من مخاطر التركيز والسيولة¹.

وفقاً للطيفات ، فإن أموال التكافل عادة ما يتم استثمارها في استثمارات نقدية، وحسابات استثمارية، فضلاً عن استثمارها في الصكوك، والأسهم، والاستثمار العقاري، والاستثمار في الشركات التابعة، وصناديق الاستثمار المشتركة، ووحدات الثقة، وغيرها من الأدوات الاستثمارية. يُضاف إلى ذلك أن شركة التكافل بإمكانها الاستثمار في الأراضي، والمشاريع الزراعية، وتجارة السلع والمعادن، وتأجير (المباني التجارية، والآلات)، والمشاركة في الأعمال التجارية المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية².

في صندوق المخاطر. وبعد أن يفهم المشاركون حقوقه والمزايا التي سيحصل عليها من برنامج التكافل بإمكانه إبرام عقد التكافل، وذلك لتحقيق عنصر الرضا والفهم لديه.

¹ Frenz and Souhli, (2010), Tobias Frenz, Younes Souhli, (2010), Takaful and Re-Takaful: Advances Principles and Practices. Kuala Lumpur: IBFIM. p. 257.

² Fisher, Omar (2008), Takaful Markets & Products: A Training & Reference Manual (FWU Group) pp. 3-9.

وتجدر الإشارة إلى أن الملحق الأول لقانون التكافل الماليزي لعام ١٩٨٤م يسمح باستثمار أموال التكافل في الأصول الآتية:

(أ) الشهادات الاستثمارية الصادرة وفقاً لقانون الاستثمار الحكومي لعام ١٩٨٣م أو أي أوراق مالية تعود ملكيتها المباشرة إلى الصندوق الموحد التابع للحكومة أو يتم ضمانها من قبله.

(ب) الأسهم أو الأوراق المالية الخاصة بشركات ماليزية مُدرجة في أي سوق للبورصة مُصرح به وفقاً لقانون صناعة الأوراق المالية لعام ١٩٨٣م.

(ج) الأسهم أو الأوراق المالية الخاصة بجمعيات مُسجلة وفقاً لقانون الجمعيات التعاونية.

(د) العقارات أو الأراضي المملوكة في ماليزيا.

(هـ) أي مبلغ بالعملة الماليزية، وأي مبلغ مستحق الدفع بالعملة الماليزية مُودع في حساب جار أو أي حساب إيداع في ماليزيا لدى بنك مرخص وفقاً لقانون المؤسسات المصرفية والمالية لعام ١٩٨٩م أو قانون المصرفية الإسلامية لعام ١٩٨٣م.

(و) أي قروض أو استثمارات أخرى في ماليزيا أو على ارتباطٍ بها.

وعلى الرغم من كل ما سبق ذكره، فإن الوسائل الاستثمارية المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية والملائمة لصناعة التكافل تبقى نادرة ومحدودة، فشركات التكافل تجد نفسها مُقيدة بالنسبة للفرص الاستثمارية المتعلقة بالتحوط والمشتقات والخيارات، إذ إن ممارسة مثل هذه الأنشطة الاستثمارية قد يؤدي إلى انكشاف أموال التكافل على مخاطر ذات طابع شرعي.

(ج) الاستثمارات العابرة للحدود

قد تكون هناك محافظ استثمارية متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية يتم عرضها في دول أجنبية وبعملة مختلفة، منها على سبيل المثال الصكوك الصادرة بالدولار الأمريكي، ففي هذه الحالة إذا قامت شركة التكافل بالمشاركة في مثل هذه الاستثمارات العابرة للحدود، فإن أموال التكافل قد تتكشف على مخاطر سعر الصرف.

(د) سيولة الأصول

ومن المصاعب الكبيرة التي تواجه الاستثمارات طويلة الأجل، على الرغم من كونها أكثر ربحية من الاستثمارات قصيرة الأجل، تتمثل في القدرة على امتلاك صندوق التكافل لأصول سائلة كافية، وذلك لأن السيولة في صندوق التكافل أمر مهم للغاية، كي تستطيع شركة التكافل إدارة الأنشطة التكافلية بطريقة أكثر فاعلية تُمكنها من القيام بعمليات الاكتتاب وتسوية المطالبات.

(٥) إدارة الأصول والالتزامات

من المصاعب الأخرى التي قد تواجه شركة التكافل، قدرتها على مطابقة الأصول والالتزامات، فعلى سبيل المثال يكمن التحدي عند استثمار أموال التكافل في الأصول طويلة الأجل ذات الدخل الثابت في القدرة على إيجاد بديل عملي كي تتمكن شركة التكافل من إدارة ميزانية عمومية متزنة.

٣.٤ القضايا القانونية المتعلقة بالاستثمار في صناعة التكافل

(أ) الهيكلية القانونية

يُعد الهيكل القانوني الذي تعمل شركات التكافل من خلاله أحد القضايا التي هي بحاجة إلى مداولات جادة. فمعظم شركات التكافل يتم تأسيسها على أنها شركات تخضع لقانون الشركات المعمول به في بلد المنشأ^١. ومن وجهة نظر الجهة المنظمة فإن الشركة بوصفها مؤسسة ذات كيان مستقل، يمكن تنظيمها والإشراف عليها بطريقة مباشرة تُخضع الأطراف المعنية، وعلى رأسها إدارة الشركة ومجلس إدارتها ومساهميها للمحاسبة عن أي فعل يصدر عنها قد يؤدي إلى إحداث ضرر بمصالح الأطراف الأخرى وعلى رأسهم المشاركين بوصفهم عملاء لشركة التكافل.

وبعد أن تستوفي شركة التكافل كافة الشروط المتعلقة بتأسيسها، والتي من ضمنها امتلاك الخبرة التشغيلية اللازمة لإدارة صندوق التكافل، تصبح الشركة مؤتمنة على إدارة الأموال التي تبرع بها جميع المشاركين. لذا فإن مثل هذا الترتيب يعكس وجود كيانيين مترابطين يتصفان بتركيبتين مختلفتين، فالكيان الأول شركة التكافل بوصفها مشغلاً أو مديراً للصندوق، وأما الثاني فهو الكيان التعاوني الذي تم إنشاؤه بواسطة مساهمات المشاركين.

وبناءً على ما ذكره حسين، فإن النهج العملي المتبع حالياً من قبل شركات التكافل سيؤدي من دون قصد إلى نشوء "شركة ضمن شركة" وهو المصطلح الذي يشير إلى الكيان التعاوني الذي تتم إدارته ضمن كيان مؤسسي. وهذا الوصف ينطبق بدقة على صناديق التكافل التي تشتمل على مساهمات المشاركين المملوكة من قبلهم، إلا أنها في الوقت نفسه تُشغل وتُدار حسب ما ترتأيه شركة التكافل التي تقوم بهذه المهمة نيابة عن المشاركين، وفقاً للعلاقة التعاقدية المتفق عليها^٢.

إن هذا الهيكل الفريد قد يؤدي إلى إثارة بعض القضايا المتعلقة بالالتزامات الأطراف المختلفة، فعلى سبيل المثال في حالة تعرض صندوق التكافل لخسارة مالية، يتوجب على

^١ جميع شركات التكافل في ماليزيا مؤسسة وفقاً لقانون الشركات لعام ١٩٦٥م، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن بند ٤ (١) من قانون التكافل لعام ١٩٨٤م يشترط أن يكون تأسيس شركة التكافل وفقاً لقانون الشركات لعام ١٩٦٥م أو قانون الجمعيات التعاونية لعام ١٩٩٣م.

^٢ Hussain, Madzlan Mohammad in Archer, Simon (2009), Takaful Islamic Insurance, Concept and Regulatory Issues, Singapore: John Wiley & Sons, p.70

المساهمين في شركة التكافل تزويد صندوق التكافل بقرض حسن^١. ومما لا شك فيه أن تزويد صندوق التكافل بقرض حسن يدل على وجود تداعيات قانونية قوية مرتبطة بأداء كل من صندوق التكافل وصندوق مساهمي شركة التكافل. فصندوق التكافل الذي يعاني من عجز في محتوياته يُعد مؤشراً على سوء إدارة شركة التكافل للصندوق، الأمر الذي يؤدي إلى نشوء تداعيات قانونية معينة. إن هذه القضية الهيكلية تستدعي فحصاً دقيقاً من قبل الجهات المنظمة وشركات التكافل على حد سواء، وذلك كي تتم صياغة هيكل حوكمة ملائمة لمعالجة أي تداعيات قانونية قد تطفو على السطح. ومن هنا يمكن القول بأن الإطار القانوني الحالي لصناعة التكافل في معظم بلدان العالم ليس كافياً لضبط القضية السالفة الذكر على الرغم من أهميتها.

(ب) الحوكمة

من الطبيعي أن تختلف بنية مخاطر أصول صناديق التكافل عن نظيراتها التقليدية، ويرجع هذا بشكل كبير إلى وجود قيود استثمارية معينة تمنع القائمين على صناديق التكافل من القيام بمعاملات خطيرة ذات علاقة بالتحوط والمشتقات والخيارات. لذا يتوجب على شركات التكافل بحكم مسؤوليتها عن إدارة صناديق التكافل، تبني معايير وضوابط حوكمة وإشراف شرعية، كي تتمكن من المراقبة المستمرة للعمليات بأكملها، بما في ذلك مراجعة سياسات الاستثمار، والتعليمات المتعلقة بالتعاقد مع جهات خارجية، وغير ذلك من الوثائق الضرورية، فضلاً عن تحديث حالة محافظ الاستثمار، وضمان تحقق الإفصاح والشفافية الكافية عن المنتج، وتحسين كفاءة قنوات التوزيع. كما يمكن للجهة المنظمة أن تلعب دوراً مهماً في هذا المجال من خلال ضمان القيام بمراجعة مستمرة من حين لآخر.

^١ تشير الفقرة ١٤.٢ و ١٤.٩ من إطار العمل التشغيلي لصناعة التكافل الصادر عن المصرف المركزي الماليزي إلى ضرورة تدارك شركة التكافل للعجز والخسارة التي قد تُصيب صندوق التكافل المتكون من صندوق مخاطر المشاركين وصندوق استثمار المشاركين.

الخاتمة والتوصيات

تناولت هذه الورقة البحثية موضوع الاستثمار بوصفه آلية تنموية في صناعة التكافل حيث تطرقت بدايةً إلى مفهوم الاستثمار في الأنشطة المالية بشكل عام، فضلاً عن أهدافه ودوره بوصفه آلية ناجعة للتنمية. أما الجزء الثاني من الورقة فقد ركز على تناول المفهوم القرآني والنبوي والفقهي للاستثمار، كما تم إلقاء الضوء على نماذج التكافل المعمول بها والتي تبرز جلياً من خلال العقود التي تحكم العلاقة بين شركة التكافل والمشاركين، خصوصاً فيما يتعلق بقضية استثمار صندوق التكافل. وقد خُصصَ الجزء الثالث والأخير لعرض القضايا والتحديات الشرعية والتشغيلية والقانونية التي تواجه الأنشطة الاستثمارية في صناعة التكافل. وفيما يلي أهم التوصيات التي توصل إليها البحث.

(١) يتوجب على شركات التكافل بذل العناية الكافية لضمان استثمار أموال المشاركين بطريقة تتسم بالتعقل، وذلك بالتوافق مع المتطلبات الشرعية وتوقعات المشاركين.

(٢) يتحتم على شركات التكافل أن يكون لديها استراتيجيات استثمارية ملائمة تتم صياغتها بطريقة معقولة لتجنب تعرض صندوق التكافل لآثار سلبية.

(٣) يُفترض لشركات التكافل أن يكون لديها بنية تحتية فعالة ويمكن الاعتماد عليها خصوصاً فيما يتعلق بصندوق استثمار المشاركين، وذلك لضمان التحديد الدقيق للريح الناتج عن الأنشطة الاستثمارية تجنباً لوقوع أي أخطاء في تقسيم الأرباح بين المشاركين وشركات التكافل.

(٤) يجب على شركات التكافل تعيين شخص ذي مؤهلات ومهارات فنية ملائمة للقيام بالأنشطة الاستثمارية.

(٥) يتوجب على المشاركين تحمل أية خسارة تلحق بصندوق استثمار المشاركين، ومن ثم فإن استخدام أداة القرض الحسن في نموذج المضاربة من أجل ضخ أموال في صندوق استثمار المشاركين يُعد مناقضاً لطبيعة المضاربة. أما إذا كانت الخسارة ناتجة عن تقصير شركة التكافل، فلا بد حينها من تغطية الخسارة بالاعتماد على صندوق المساهمين.

(٦) يتوجب على شركة التكافل أن تفصح بوضوح عن المبادئ الشرعية التي يقوم عليها المنتج الاستثماري، كما يجب الإفصاح عن جميع النفقات التي يتحملها صندوق التكافل، فضلاً عن الإفصاح عن كافة المعلومات المتعلقة بطريقة توزيع أرباح الاستثمار وفائض الاكتتاب من خلال تحديد نسبة تقاسم الأرباح.

(٧) إن تحمل المشاركون لكافة مخاطر الاستثمار، يحتم على شركة التكافل إعلامهم بكافة المعلومات ذات العلاقة بالاستثمار مثل تحركات السوق وتدايحاتها على صندوق استثمار المشاركين، والمخاطر المحدقة بالاستثمار، وأنواع الأصول المُستثمرة^١.

(٨) يجب على شركات التكافل أن تنشئ صندوقاً لمخاطر المشاركين، وصندوقاً لاستثماراتهم في برنامج التكافل العائلي، كما يجب استثمار موجودات الصندوقين بصورة منفصلة، وذلك لتمييز أغراض كلٍ من الصندوقين، وملكيتهما ومخاطرهما.

(٩) يجب أن يتم التوقيع على العقود المستخدمة في برنامج التكافل بصورة منفصلة. فعلى سبيل المثال يتم التوقيع على (أ) عقد التبرع وعقد المضاربة لدى استخدام نموذج المضاربة (ب) وعقد التبرع وعقد الوكالة لدى استخدام نموذج الوكالة (ت) وعقد التبرع وعقد الوكالة وعقد المضاربة لدى استخدام النموذج الهجين.

(١٠) يجب على شركات التكافل أن تُعلم المشاركين بأنها ستقوم بتعيين طرف ثالث مديراً للصندوق كي يقوم بإدارة صندوق استثمار المشاركين، وفي حالة تطبيق شركة التكافل لنموذج المضاربة، فعلى الشركة استخدام محتويات صندوق المساهمين في تسديد رسوم التعاقد الخارجي مع الطرف الثالث. أما في حالة تطبيق شركة التكافل لنموذج الوكالة، فإن رسوم التعاقد مع الطرف الخارجي يجب أن تُوضح للمشاركين، وذلك من خلال تحديد مبلغ الرسوم الذي تحصل عليه شركة التكافل، ومبلغ الرسوم الذي يحصل عليه الطرف الخارجي.

(١١) يجب توضيح الرسوم التي تُفرض على المشاركين، ولا بد أن تكون الرسوم المفروضة متوافقة مع طبيعة العقد المستخدم. ففي نموذج المضاربة لا يحق لشركات التكافل المطالبة بالحصول على رسوم إدارية مقابل استثمار أموال المشاركين، وذلك لأن شركات التكافل ستحصل على حصتها المالية من خلال تقاسم ربح الاستثمار مع المشاركين، ويستثنى من ذلك الرسوم المفروضة مقابل خدمات أخرى تم تنفيذها ضمن عقد مستقل، حيث تجوز المطالبة بمثل هذه الرسوم. أما بالنسبة لنموذج الوكالة فيجب خصم رسوم الوكالة مُقدماً من المساهمة التي يدفعها المشارك بناءً على الشروط التعاقدية التي تم الاتفاق عليها خلال توقيع العقد، وذلك تجنباً لوقوع أي غرر أو جهالة. ومن الممكن أن تكون الرسوم في شكل نسبة معينة من المساهمة المدفوعة من قبل المشارك أو في شكل مبلغ محدد يتم خصمه من

^١ بالإمكان الرجوع إلى تفاصيل التوصيات السبع الأولى في المبادئ التوجيهية حول إطار العمل التشغيلي لصناعة التكافل الصادر عن المصرف المركزي الماليزي.

أموال الصندوق، ولا يجوز تحديد رسوم الوكالة بناءً على نسبة الفائض أو نسبة الربح. ويُفترض أن تُغطي رسوم الوكالة العمولات والنفقات الإدارية، ومن الضروري أن يكون الأساس الذي تم بناءً عليه تحديد رسوم الوكالة في برنامج التكافل العائلي مُبرراً وموثقاً في الشهادة الاكتوارية.

(١٢) يُقترح على شركات التكافل أن يكون لديها آلية لإشراك المشاركين في إدارة صندوق التكافل، وبالإمكان إيجاد هذه الآلية من خلال عدة طرق ووسائل من بينها سنّ قانون خاص بصناعة التكافل يُنظم مثل هذه العملية، وتعيين ممثلين للمشاركين، ورفع تقارير حول كافة المعلومات المتعلقة بالاستثمار إلى المشاركين.

(١٣) إن طبيعة النماذج التشغيلية للتكافل لا تدعم المشاركة الفعالة للمشاركين في عمليات التكافل، ولذا لا بد من مراجعة نماذج التكافل الحالية واقتراح نماذج أخرى، منها على سبيل المثال نموذج المشاركة التعاونية.

(١٤) يُقترح على شركة التكافل الحديثة الإنشاء تجنب تطبيق نموذج المضاربة، وذلك لاحتوائه على العديد من القضايا الشرعية الشائكة.

(١٥) إلزام شركات التكافل باستثمار نسبة مئوية من صندوق استثمار المشاركين في المشاريع التنموية الوطنية.

والله الهادي إلى سواء السبيل

قائمة المصادر والمراجع

المراجع العربية

- القرآن الكريم
- ابن الصلاح، فتاوى ابن الصلاح. مكتبة العلوم والحكم بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٠٧
- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية ١٤١٦هـ/١٩٩٥م
- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار. دار الفكر- بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م
- ابن حبان، صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٤ - ١٩٩٣
- ابن كثير، اسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت. 2003
- ابن الهمام، فتح القدير. دار الفكر
- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة
- أبو السعود، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- الترمذي، سنن الترمذي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م
- الثعالبي، عبد الرحمن بن محمد، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت.
- حماد، نزيه، القواعد الفقهية المعاصرة في المال والاقتصاد، دمشق، دار القلم. ٢٠٠١م
- الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك، مؤسسة الوراق
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر ٢٠٠٤
- سانو، قطب مصطفى، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان. ٢٠٠٠م
- السلامي، نصر محمد، الضوابط الشرعية للاستثمار، دار الإيمان، الاسكندرية ٢٠٠٨م.

- الشاعر، سمير ، في تأسيس وإدارة شركات التأمين التعاوني والتكافلي، دار العربية للعلوم ٢٠١١م.
- شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان ٢٠٠٧م.
- الشربيني، شمس الدين محمد، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م
- الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، مؤسسة مصطفى البابي الحلبي للنشر، القاهرة.
- العسقلاني، ابن حجر، ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الجيل، بيروت (١٩٩٢م).
- العمراني، عبد الله، ، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع (٢٠٠٦م).
- الغزالي، محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، دار الفكر، بيروت. ، (١٩٩٤م)
- قحف، منذر، ، أساسيات التمويل الإسلامي، الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية، كوالالمبور (٢٠١١م).
- القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة، (١٣٧٢هـ).
- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، ، أدب الدنيا والدين، دار الريان للتراث (١٩٨٨م).
- مشهور، أميرة عبد اللطيف، ، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، مكتبة مدبولي، القاهرة (١٩٩١م).
- النمري، خلف بن سليمان، شركة الاستثمار الإسلامية، رسالة ماجستير، قسم الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة، ، (١٩٨٣م)
- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ، المعيار الشرعي (٢٠١٠م)
- وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ، الموسوعة الفقهية، الكويت (٢٠٠٢م).

المراجع الإنجليزية

- Alamsi, A, Surveying developments in Takaful Industry, Review of Islamic Economics.
- Arbouna, M.B. (2007), The Combination of Contracts in Shariah: A Possible Mechanism for Product Development in Islamic Banking and Finance, Thunderbird International Business Review.
- Australia, National Australia Bank Limited, Godfrey Pembroke Limited, Apogee Financial Planning Limited and Australian Financial Services

- Licenses (2009). Understanding Investment Concepts. Sydney: GWM Adviser Services Limited.
- Bank Negara Malaysia Publication, *Concept and Operation of General Takaful Business in Malaysia*.
 - *Development in Islamic Banking and Finance*, Thunderbird International Business Review.
 - Dornbusch, R. & Fischer, S. (1990). *Macroeconomics* (5th ed.). New York: McGraw-Hill Publishing Company.
 - Dr. Engku Rabiah Adawiah Engku Ali & Hassan Scott P. Odioerno, (2008), *Essential Guide to Takaful (Islamic Insurance)*. Kuala Lumpur: CERT.
 - Fisher, Omar (2008), *Takaful Markets & Products: A Training & Reference Manual* (FWU Group)
 - Tobias Frenz and Younes Soualhi. 2010. *Takaful and Retakaful: Advanced Principles and Practices*. Kuala Lumpur: IBFIM.
 - Ibn 'Arabi, quoted by Saiful Azhar Rosly, (2005) *Critical Issue on Islamic Banking and Financial Market*, Kuala Lumpur: Dinamas
 - International Shari'ah Research Academy (ISRA). 2011. *Islamic Financial System: Principles and Operations*.
 - Krutov, A. (2010). *Investing in Insurance Risk: Insurance-Linked Securities – A Practitioner's Perspective*. North Yorkshire: Risk Books.
 - Maginn, J.L., Tuttle, D.L., Pinto, J. E., & McLeavy, D. W. (2007). *Managing Investment Portfolios: A Dynamic Process*. New Jersey: John Wiley & Sons Inc.
 - Malik W., (1993), *Mineral Investments under Shariah Law*, International Energy and Resources Law and Policy Series, Graham & Trotman Ltd., London.
 - Mawdudi, (1969) *Islamic Law and Constitution*, Islamic Publication, Lahore.
 - Muhammad Ayyub, 2009, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley and Sons,.
 - Noor, A.M. (2009), *A Shariah Compliance Review on Investment Linked Takaful in Malaysia*, Islamic Economic Studies, Vol. 17, No. 1, June, 2009.
 - Noor, A. M & Zakaria, M. S (2010), *Takaful: Analisis Terhadap Konsep dan Aqad*, Jurnal Muamalat, 3 edition, 2010
 - Qadri, Anwar Ahmad, (1986), *Islamic Jurisprudence in the Modern World*, Taj Printer, New Delhi.
 - SAC BNM, (2010), *Resolusi Syariah Dalam Kewangan Islam*, Kuala Lumpur: BNM second edition.

- Sheila Nu NuHtay and Hanna RabittahZaharin. 2011. Article on Critical Analysis on the Choice of Takaful (Islamic Insurance) Operating Models in Malaysia. IIUM: Damansara.
- Tobias Frenz, Younes Soualhi, (2010), *Takaful and Re-Takaful: Advances Principles and Practices*. Kuala Lumpur: IBFIM.
- United States, US Agency for International Development. (2003). Assessment on How Strengthening the Insurance Industry in Developing Countries Contributes to Economic Growth.
- Webb, I., Grace, M. F. & Harold D. S. (2002). The Effect of Banking and Insurance on the Growth of Capital and Output, Centre for Risk Management and Insurance Working Paper.

المراجع في شبكة الإنترنت

- Accenture, “Transforming Your Operating Model for High Performance in the Digital World”, p.7. <http://www.accenture.com/us-en/Pages/insight-ceo-transforming-your-operating-model-high-performance-digital-world-summary.aspx>.
- [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/World_Takaful_report_April_2011/\\$FILE/WTR2011EYFINAL.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/World_Takaful_report_April_2011/$FILE/WTR2011EYFINAL.pdf)
- http://www.sourcingmag.com/content/what_is_outsourcing.asp. Retrieved February 10, 2012
- Article on Conceptual Aspects of General Takaful in Malaysia.
- Retrieved from Bank Negara Malaysia website. The URL is: http://www.bnm.gov.my/guidelines/06_others/Concept%20Paper%20%20Guidelines%20on%20Takaful%20Operational%20Framework.pdf



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية

إعداد

أ.د. محمد سعدو الجرف
جامعة أم القرى - مكة المكرمة

ملخص الدراسة

هدفت الدراسة إلى تقويم تشريعات التأمين التعاوني، وعقود التأمين المطبقة من قبل بعض شركات التأمين الإسلامي، فقهيًا. ولقد تم في البداية تحديد البنائين النظري والعملي للتأمين كما توضحها الأنظمة واللوائح، وعقود التأمين المطبقة. ولقد تبين تماثل البنائين النظري والعملي في تشريعات التأمين التعاوني، وعقود التأمين التعاوني المطبقة مع نظيرتها التقليدية، من حيث الأسس التي يقوم عليها التأمين، والمتمثلة في المعاوضة، والإلزام والالتزام المتبادل بين أطراف عقد التأمين، والاحتمال. مما يعني الحاجة إلى إعادة صياغة تلك التشريعات ووثائق التأمين.

فهرس الدراسة

١	ملخص الدراسة
٢	المقدمة
٧	القسم الأول.....
٧	تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني ووثائقه
٧	الفصل الأول
٧	تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني العربية والإسلامية
٩	المبحث الأول: البناء النظري للتأمين التعاوني
١٧	المبحث الثاني: البناء العملي للتأمين التعاوني
٢٠	الفصل الثاني
٢٠	تقويم وثائق شركات التأمين الإسلامية المعاصرة
٢٣	المبحث الأول
٢٣	الهدف من قيام شركات التأمين الإسلامية بعمليات التأمين
٢٧	المبحث الثاني
٢٧	صفات العلاقة القائمة بين مؤمن له بالذات وباقي حملة الوثائق
٣٦	المبحث الثالث
	التكليف الشرعي للشركة في قيامها بجمع الاشتراكات واستثمارها ودفع
٣٦	التعويضات
٤٠	المبحث الرابع
٤٠	الفائض وتوزيعه
٤٢	المبحث الخامس
٤٢	التصرف في حال الخسارة
٤٤	القسم الثاني
٥٠	الخاتمة
٥٢	قائمة المراجع



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه، أجمعين. أما بعد:

فلقد كانت شركات التأمين في المملكة العربية السعودية والسودان قبل صدور نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، ولائحته التنفيذية في السعودية، وقانون التأمين والتكافل السوداني، بالخيار بين تطبيق التأمين التجاري، أو تطبيق التأمين التعاوني. وكان الفرد قبل صدور تلك الأنظمة بالخيار بين شراء وثيقة تأمين تجارية، أو شراء وثيقة تأمين تعاونية، أو عدم شراء وثيقة تأمين مطلقاً. ثم جاءت تلك الأنظمة واللوائح فألزمت شركات التأمين بتطبيق التأمين التعاوني فقط، وألزمته بتطبيق وثيقة تأمين موحدة، ونظام أساس واحد، ومعايير محاسبية واحدة. وألزمت الأفراد بشراء بعض وثائق التأمين التعاونية فقط، دون شراء وثيقة تأمين شركة بعينها. وإن كان هذا الاختيار لا يمثل أي ميزة في الحقيقة، نظراً لتمثل وثائق التأمين الصادرة عن كل شركة. ولا تزال شركات التأمين في باقي الدول العربية بالخيار بين تطبيق صيغة التأمين التعاوني وفق أي نموذج تراه مناسباً، أو صيغة التأمين التجاري. كما لا يزال الأفراد بالخيار بين شراء وثيقة تأمين تعاونية، أو وثيقة تأمين تجارية. ومن ثم تهدف الدراسة إلى تقويم أنظمة وقوانين التأمين التي تخضع لها شركات التأمين التعاوني، وعقود عدد من شركات التأمين التعاوني، والتي تعد تطبيقاً عملياً لتلك الأنظمة والقوانين واللوائح. كما تهدف إلى تقديم مشروع قرار حول هذا الموضوع إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي. وتتعلق الدراسة من المسلمات الآتية:

- (١) جواز مبدأ التأمين التعاوني أو التكافل في الجملة، لقيامه على التبرع.
- (٢) اتصاف مبدأ معين بصفة معينة، لا يعني أن كل تشريع أو قانون يختص بالتأمين التعاوني، أو التكافل، وأن كل تطبيق عملي لهذا المبدأ يكتسب صفة الجواز. فإنه لما كانت هيئات التأمين العاملة في الدول العربية تتخذ من التأمين التعاوني أو التكافلي أساساً لعملها، فقد يظن أن عقودها تعد من قبيل التبرعات. ومن هنا فإن دراسة هذه العقود كما هي قائمة فعلاً هي الطريق الأمثل للحكم عليها بأنها من قبيل المعاوضة، أو التبرع، والحكم على الغرر الموجود فيها بأنه من قبيل الغرر الفاحش، أو الغرر اليسير.

نطاق الدراسة:

يشمل التقييم نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي، ولائحته التنفيذية، وقانون التأمين والتكافل السوداني، وتعليمات التكافل في الأردن، والمرسوم التشريعي الخاص بالتأمين التعاوني في سوريا، وقانون التأمين الخاص بالتأمين التعاوني في الإمارات العربية المتحدة، والقانون الجزائري، وقانون التكافل المالي. كما يشمل وثائق تأمين عدد من الشركات الإسلامية هي: الشركة الوطنية للتأمين التعاوني في السعودية^١، والشركة الإسلامية القطرية للتأمين، وشركة البركة للتأمين التكافلي، وشركة العقيلة للتأمين التكافلي، وشركة نور للتكافل، وبرامج التكافل الصادرة عن بنك الجزيرة السعودي. حيث سيكون التقييم فقهياً فقط، اعتماداً على نصوص تلك التشريعات والقوانين واللوائح، وعلى عقود تلك الشركات وأنظمتها الأساس، وتقاريرها المحاسبية السنوية، ومما تصدره من نشرات.

الدراسات السابقة:

(١) دراسة محمد الجرف بعنوان^٢: تقييم أنظمة ووثائق التأمين التعاوني في المملكة العربية السعودية. وقد هدفت الدراسة إلى تقييم نظامي مراقبة شركات التأمين التعاوني، ومجلس الضمان الصحي التعاوني، ولائحتيهما التنفيذية، وعقود التأمين المطبقة من قبل شركات التأمين، فقهياً. ولقد تبين تماثل البناءين النظري والعملي للتأمين في الفكر الوضعي، والفكر الإسلامي، وفي الأنظمة واللوائح، من حيث الأسس التي يقوم عليها التأمين، والمتمثلة في المعاوضة، والإلزام والالتزام المتبادل بين أطراف عقد التأمين، والاحتمال. مما يعني الحاجة إلى إعادة صياغة تلك الأنظمة واللوائح ووثائق التأمين.

(٢) دراسة محمد الجرف بعنوان: تشريعات التأمين التعاوني وعقوده ووثائقه: دراسة تقييمية^٣. وقد تم من خلال الدراسة تقييم فقهني لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي، ولائحته التنفيذية، وقانون التأمين والتكافل السوداني، ووثائق تأمين الشركات الإسلامية المتاحة، والتي تشمل: الشركة الوطنية للتأمين التعاوني في السعودية، والشركة الإسلامية القطرية للتأمين، وشركة البركة للتأمين التكافلي، وشركة العقيلة للتأمين التكافلي، وشركة نور للتكافل، وبرامج التكافل الصادرة عن بنك الجزيرة السعودي. حيث انطلقت الدراسة من حيادية

(١) تعد مثلاً لباقي شركات التأمين التعاوني السعودية.

(٢) مقدمة إلى ملتقى التأمين التعاوني الأول. الرياض. تنظيم الهيئة العالمية للاقتصاد الإسلامي والتمويل بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي والتنمية. ٢٣ - ١٤٣٠/١/٢٥ - ١٩ - ٢٠٠٩/١/٢١.

(٣) مقدم إلى ندوة التأمين التعاوني: أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منها. عمان: ١١ - ٢٠١٠/٤/١٣. تنظيم مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بالتعاون مع الجامعة الأردنية.

الموقف تجاه التأمين التعاوني كمبدأ. ولقد أظهرت الدراسة تماثل البنائين النظري والعملية في تشريعات التأمين التعاوني، وعقود التأمين التعاوني المطبقة مع نظيرتها التقليدية، من حيث الأسس التي يقوم عليها التأمين، والمتمثلة في المعاوضة، والالتزام والالتزام المتبادل بين أطراف عقد التأمين، والاحتمال. مما يعني الحاجة إلى إعادة صياغة تلك التشريعات ووثائق التأمين.

(٣) دراسة محمد الجرف بعنوان: تقويم عقود هيئات التأمين الإسلامية المعاصرة فقهيًا. وقد تم من خلال الدراسة تقويم عقود عدد من هيئات التأمين الإسلامية هي: الشركة الوطنية للتأمين التعاوني، والشركة الإسلامية العربية للتأمين (إياك- سلامة حالياً)، وشركة التأمين الإسلامية العالمية. وقد أظهرت الدراسة أن وثائق تلك الشركات تقوم على المعاوضة بين أي حامل وثيقة وبين سائر حملة الوثائق ممثلين بشركة التأمين، وعلى الالتزام والالتزام المتبادل بين أطراف عقد التأمين، وعلى الاحتمال. وأن الشركة وكيل بأجر في عقد إجارة فاسد بالنظر إلى قيامها بإدارة وتنظيم عمليات التأمين، وأنها شريك مضارب في عقد مضاربة فاسدة بالنظر إلى قيامها باستثمار أموال التأمين.

(٤) دراسة أيمن عبد المعطي بعنوان: شركات التأمين التبادلي العاملة في المملكة العربية السعودية: تحليل وتقويم من وجهة نظر الاقتصاد الإسلامي. وقد تناولت الدراسة تقويم عقود عدد من الشركات من الناحيتين الفقهية والاقتصادية وهي: الشركة الوطنية للتأمين التعاوني، الشركة الإسلامية العربية للتأمين، شركة التكافل للتأمين الإسلامي (تكافل)، شركة الراجحي للتأمين التعاوني (أمان)، وشركة التأمين الإسلامية العالمية. وقد تبين أن عقود هذه الشركات عقود معاوضات مالية فيها غرر فاحش. وقد أوصت الدراسة بإعادة النظر في الأنظمة الأساس ووثائق الهيئات محل الدراسة.

وتختلف هذه الدراسة عن سابقتها وبخاصة دراسة الباحث المقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي حول تشريعات التأمين التعاوني وعقوده ووثائقه في الفرضية التي انطلقت منها الدراسات. فقد اتخذت الدراسة السابقة موقفاً حيادياً حول حكم التأمين التعاوني، وانطلقت هذه الدراسة من فرضية جواز التأمين التعاوني لقيامه على التبرع، وأن جواز التأمين التعاوني أو التكافلي في الجملة لا يعني جواز جميع التطبيقات، وأن وجود هيئات رقابة شرعية في شركات التأمين الإسلامية لا يعني بالضرورة جواز عقودها، كما أن عدم وجودها لا يعني عدم جواز عقود تلك الشركات التي لا توجد لديها هيئات رقابة شرعية. كما تشمل هذه الدراسة بالتقويم الأنظمة والوثائق التي اشتملت عليها الدراسة

(١) المجلة العلمية لتجارة الأزهر. العدد ٢٢. يناير ١٩٩٧م.

(٢) رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أم القرى. ١٤١٩هـ.

السابقة، بالإضافة إلى دراسة بعض نصوص كل من: قانون التكافل المالي، وقانون التأمينات الجزائري، وتعليمات التكافل في الأردن، وقانون التأمين التعاوني في الإمارات العربية المتحدة. ولم تتعرض هذه الدراسة للبناء النظري والعملي للتأمين وضعياً، كما لم تتعرض للبناء النظري للتأمين التعاوني في الفكر الاقتصادي الإسلامي المعاصر، كما فعلت سابقتها.

مخطط الدراسة:

تتكون الدراسة من قسمين على النحو الآتي:

القسم الأول: تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني ووثائقه. ويتكون من فصلين هما:

الفصل الأول: تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني العربية والإسلامية.

الفصل الثاني: تقويم وثائق شركات التأمين الإسلامية المعاصرة.

القسم الثاني: قضايا مختلفة في التأمين التجاري. ويشمل: بيان أحكام التأمين على

الحياة، والتأمين الشامل على السيارات، والحق التعويضي، والجهة المستفيدة في التأمين على الحياة. مع توضيح حكم التأمين التجاري على الحياة الذي تقوم فيه بعض المؤسسات أو الشركات بدفع قسطه لموظفيها من بند مخصص له، دون أن يكون للموظف حق الاعتراض عليه، ودون أن يتحمل شيئاً من تكلفة التأمين. وكذلك بيان أحكام التأمين ضد الحوادث، والتأمين على الدين، والودائع، والصادرات.

فروض الدراسة:

- (١) أنظمة ولوائح التأمين جائزة شرعاً في الجملة، لأنها تعكس الأسس النظرية التي يقوم عليها التأمين التعاوني الجائز شرعاً.
- (٢) أنظمة ولوائح التأمين غير جائزة شرعاً في الجملة، لأنها تخالف الأسس النظرية التي يقوم عليها التأمين التعاوني الجائز شرعاً.
- (٣) وثائق التأمين التعاوني أو التكافل تطبيق حريفي للأنظمة واللوائح في الجملة، ومن ثم فهي تستمد جوازها أو عدم جوازها، من جواز أو عدم جواز تلك الأنظمة واللوائح.
- (٤) وثائق التأمين التعاوني جائزة شرعاً في الجملة، لخلوها من المخالفات التي تقدر في صحة العقد.
- (٥) وثائق التأمين التعاوني غير جائزة شرعاً في الجملة لوجود مخالفات تقدر في صحة العقد، ومن ثم فهي بحاجة إلى إعادة صياغة.

القسم الأول

تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني ووثائقه

الفصل الأول

تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني العربية والإسلامية

ألزم كل من نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي ولائحته التنفيذية، وقانون التأمين والتكافل السوداني لعام ٢٠٠٣، شركات التأمين بتطبيق التأمين عملياً من خلال نموذج التأمين التعاوني^١. حيث تتمتع هاتان الدولتان بنظام خاص بالتأمين التعاوني. وأخضع عدد من الدول العربية جميع شركات التأمين العاملة لنظام واحد أياً كانت الصيغة التي تطبقها. حيث يخضع مثلاً جميع شركات التأمين العاملة في البحرين لقانون شركات وهيئات التأمين وتعديلاتها رقم ١٧، لعام ١٩٨٧^٢، وتخضع شركات التأمين العاملة في السوق العماني لقانون تأمين المركبات رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٤، وقانون شركات التأمين رقم ١٢ لسنة ١٩٧٩. وقد نص بعض الأنظمة على حرية شركات التأمين بين العمل بصيغة التأمين التعاوني أو التكافل، أو العمل بصيغة التأمين التجاري مثل المرسوم التشريعي السوري رقم ٤٣ لعام ٢٠٠٥^٣، وقانون التأمين الجزائري^٤.

^١ انظر: المادة الأولى من نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي. وانظر: تعريف عقد التأمين التعاوني الذي أورده قانون التأمين والتكافل السوداني لعام ٢٠٠٣. وانظر: موقع هيئة الرقابة على التأمين في السودان عند عرض إنجازات الهيئة.

^٢ نصت المادة الأولى من القانون على ما يأتي: يقصد بشركات وهيئات التأمين التي تسري عليها أحكام هذا القانون ما يلي: شركات التأمين وإعادة التأمين البحرينية العاملة في البحرين. وصندوق التأمين على المركبات المنشأ بالمرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٨٢. وفروع شركات التأمين الأجنبية الموجودة بالبحرين والتي يكون مقر تسجيلها الرئيسي بالخارج. وأية هيئات أخرى موجودة في البحرين سواء اتخذت شكل جماعات تأمين أو جمعيات تعاونية أو تبادلية أو غيرها. والمكاتب التمثيلية لشركات وهيئات التأمين الأجنبية التي يكون مركزها الرئيسي بالخارج والمنصوص عليها في المادة (٣) فقرة (٣) من هذا القانون. وجاء في المادة الثانية ما يأتي: تتولى مؤسسة نقد البحرين مسئولية الترخيص والإشراف والرقابة على شركات وهيئات التأمين المشار إليها في المادة السابقة والعاملة في ميدان التأمين وفقاً لأحكام هذا القانون.

^٣ نص التشريع السوري ٤٣ لعام ٢٠٠٥ في المادة الثامنة منه على ما يأتي: إذا حددت الشركة هدفها بممارسة التأمين على أساس النظام التكافلي (الإسلامي) فيجب أن تذكر ذلك صراحة في طلب التأسيس، مع تحديد تفصيلي للرقابة الشرعية التي ستعمل من خلالها وطريقة ممارستها. صدر بعد ذلك قرار وزير المالية السوري رقم ١٠/٢٩١/م.إ، بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢٨، بتشكيل لجنة استشارية للرقابة الشرعية في هيئة الإشراف على التأمين غايتها المساعدة في تنظيم عمل شركات التأمين وإعادة التأمين التكافلي (الإسلامي)، ويشمل ذلك كل ما يصدر عن الهيئة من تعليمات وقرارات تهيئ الأرضية المناسبة لعمل هذه الشركات وضمن المشاركة الفعالة لها في سوق التأمين.

^٤ نصت المادة ٢٠٣ من نفس القانون على أنه يقصد بشركات التأمين الخاضعة لهذا الأمر مؤسسات وتعاضديات التأمين. كما نصت على ذلك المادة ٢٣ من القانون رقم ٠٤ - ٠٦، في ٢١ محرم ١٤٢٧، الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠٦. ونصت المادة ٢١٥ من القانون رقم ٠٧، لعام ١٩٩٥ على خضوع شركات التأمين وإعادة التأمين للقانون الجزائري، وتأخذ أحد الشكلين الآتين: شركة ذات أسهم، وشركة ذات شكل تعاضدي. وقد نصت المادة ٣٤ من القانون

ويسمح عدد آخر من الدول العربية، وبعض الدول الإسلامية لشركات التأمين العاملة فيها بالحرية بين العمل بصيغة التأمين التعاوني، أو صيغة التأمين التجاري. حيث تتمتع هذه الدول بوجود نظام خاص للتأمين التعاوني، تخضع له شركات التأمين التعاوني الموجودة في تلك الدول، إلى جانب خضوعها لنظام التأمين الأساس الذي ينطبق على كافة شركات التأمين أياً كان التأمين الذي تمارسه، مثل الإمارات العربية المتحدة، والأردن، وماليزيا^١. ويتمثل الهدف من هذا الفصل في تقويم هذه الأنظمة والتشريعات. بمعنى هل تقييم هذه الأنظمة والتشريعات التأمين التعاوني على مبدأ التبرع كما هو مفترض، أم أنها تقيمه على مبدأ المعاوضة. ويتم هذا التقويم من خلال المباحث والمطالب الآتية:

المبحث الأول: البناء النظري للتأمين التعاوني.

المطلب الأول: تعريف التأمين التعاوني.

المطلب الثاني: الهدف من التأمين التعاوني.

المبحث الثاني: البناء العملي للتأمين التعاوني.

المطلب الأول: الفائض والخسارة.

المطلب الثاني: استثمار أموال التأمين.

رقم ٠٤ - ٠٦، في ٢١ محرم ١٤٢٧، الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠٦، المتمم للقانون السابق على أنه ليس للشركة ذات الشكل التعاضدي المذكورة أعلاه هدف تجاري. ويجب أن تضمن لمنحطيتها مقابل اشتراك التسوية الكاملة لالتزاماتهم في حالة وقوع أخطار.
(^١) وذلك فيما لا يوجد في أنظمة التكافل.

المبحث الأول

البناء النظري للتأمين التعاوني

يبرز البناء النظري للتأمين التعاوني من خلال تعريفه، ومن خلال الهدف الذي جاءت أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني ولوائحها التنفيذية لتحقيقه، على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف التأمين التعاوني

أولاً: النظام السعودي:

عرفت المادة الأولى (فقرة ٧) من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي التأمين بأنه: (تحويل أعباء المخاطر من المؤمن لهم إلى المؤمن، وتعويض من يتعرض منهم للضرر أو الخسارة من قبل المؤمن)^١.

ثانياً: القانون السوداني:

عرفت المادة الرابعة من قانون التأمين والتكافل السوداني لعام ٢٠٠٣ عقد التأمين التعاوني بأنه: (عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المؤمن لهم، بأن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال أو أي عوض في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل مبلغ محدد يؤديه المؤمن له للمؤمن، على وجه التبرع، لمقابلة التزامات المؤمن)^٢.

ثالثاً: الإمارات العربية المتحدة:

عرفت المادة الأولى من قرار رئيس هيئة التأمين رقم ٤، لعام ٢٠١٠، التأمين التكافلي التأمين بأنه: (تنظيم تعاقدى جماعي يهدف إلى تحقيق التعاون بين مجموعة من المشتركين، في مواجهة أخطار معينة، حيث يقوم كل منهم بدفع اشتراك معين، يؤدي إلى

^١ عرفت (فقرة ١٧) من المادة نفسها وثيقة التأمين بأنها: (عقد يتعهد بمقتضاه المؤمن بأن يعرض المؤمن له عند حدوث الضرر أو الخسارة المغطى بالوثيقة، وذلك مقابل الاشتراك الذي يدفعه المؤمن له). وعرفت الفقرة ١٨ من نفس المادة الاشتراك بأنه: (المبلغ الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن، مقابل موافقة المؤمن على تعويض المؤمن له عن الضرر، أو الخسارة التي يكون السبب المباشر في وقوعها خطر مؤمن منه). وعرفت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام الضمان الصحي التعاوني السعودي القسط أو الاشتراك، بأنه: (المبلغ الواجب الأداء للشركة من قبل حامل الوثيقة مقابل التغطية التأمينية التي توفرها الوثيقة خلال مدة التأمين).

^٢ قانون التأمين والتكافل السوداني لعام ٢٠٠٣، الصادر في ١٣/٧/٢٠٠٣. المادة ٤، في تعريف عقد التكافل. وقد عرفت المادة الثالثة من نفس القانون عقد التأمين بأنه: عقد التأمين عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المؤمن لهم بأن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد، مبلغاً من المال أو أي عوض في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد يؤديه المؤمن له للمؤمن على وجه التبرع لمقابلة التزامات المؤمن.

تكوين حساب يسمى حساب المشتركين، يتم من خلاله دفع التعويض المستحق، لمن يتحقق الخطر بالنسبة إليه، وتقوم شركة التأمين التكافلي بإدارة هذا الحساب واستثمار الأموال المتجمعة فيه مقابل مكافأة معينة^١. ونصت المادة التاسعة من نفس القانون بوجوب أن تحتوي وثيقة التأمين على إيضاح بأن ما يدفعه المشترك إنما يدفعه على سبيل الالتزام بالتبرع.

رابعاً: القانون السوري:

عرفت المادة الأولى من المرسوم التشريعي السوري رقم ٤٣، التأمين بأنه: (تحويل أعباء المخاطر من المؤمن له إلى المؤمن مقابل قسط تأمين. والتزام المؤمن بتعويض الضرر والخسارة للمؤمن له. وتعني كلمة التأمين جميع المرادفات لها كما تعني إعادة التأمين فيما لا يتعارض مع طبيعتها)^٢.

خامساً: القانون الأردني:

عرفت المادة ٢ب، من تعليمات تنظيم التأمين التكافلي لسنة ٢٠١١، الصادرة بموجب القانون رقم ٣٣، بشأن تنظيم أعمال التأمين وتعديلاته لسنة ١٩٩٩، التأمين التكافلي بأنه: (تنظيم تعاقدية يهدف إلى تحقيق التعاون بين مجموعة من الأشخاص يسمون المشتركين، يتعرضون لخطر واحد، أو أخطار معينة، وذلك من خلال تلافي آثار الأخطار التي يتعرض لها أحدهم، بتعويضه عن الضرر الناتج عن وقوع هذه الأخطار. وذلك بالتزام كل منهم بدفع مبلغ معين على سبيل التبرع، يسمى الاشتراك. وتقوم شركات التأمين التكافلي بإدارة عمليات التأمين التكافلي، واستثمار أموال صندوق حملة الوثائق، مقابل أجر معلوم، باعتبارها وكيلاً، أو حصة معلومة باعتبارها مضارباً، أو كلاهما معاً، وذلك بما يتفق مع أحكام هذه التعليمات، وأحكام الشريعة الإسلامية، ومبادئها).

سادساً: القانون الماليزي:

^١: عرفت نفس المادة المشترك بأنه: (الشخص الذي يرتبط بوثيقة عضوية الاشتراك، ويعقد تأمين تكافلي، ويلتزم بدفع الاشتراك والذي يحق له أولورثته أو من يتنازل إليه في الحالات التي يجوز فيها التنازل. الحصول على التعويض أو المنافع التي يقدمها حساب المشتركين في الشركة). كما عرفت الاشتراك بأنه: (المقابل الذي يتعهد المشترك بدفعه على أساس الالتزام بالتبرع لقاء اشتراكه في حساب التأمين التكافلي لدى الشركة، لتعويض الأضرار، أو لدفع المنافع لمن يستحق). وعرفت وثيقة عضوية الاشتراك بأنها: (الوثيقة التي تتضمن الأسس والمبادئ الرئيسية للتأمين التكافلي التي تعتمد عليها الشركة، في علاقة المشتركين بها، والتي يجب أن يوافق عليها المشترك عند اشتراكه). وعرفت وثيقة التأمين التكافلي بأنها: (الوثيقة المبرمة بين الشركة والمشارك والمتضمنة شروط العقد، وحقوق والتزامات الطرفين أو المستفيدين من التأمين التكافلي، وأي ملحق لهذه الوثيقة).

^٢: عرفت المادة نفسها وثيقة التأمين بأنها: (عقد التأمين "البوليصة" المبرم بين المؤمن والمؤمن له المتضمن الشروط والالتزامات والحقوق المترتبة على طرفي التعاقد). وقد نصت المادة ٢أ، من نفس المرسوم على ما يأتي: (تطبق أحكام هذا المرسوم التشريعي على جميع أنشطة التأمين وإعادة التأمين التي تمارس داخل الجمهورية العربية السورية). ليشمل بذلك التأمين التعاوني.

جاء في المادة الأولى من قانون التكافل رقم ٣١٢، لسنة ١٩٨٤، ما يأتي:

- Takaful” means a scheme based on brotherhood, solidarity and mutual assistance which provides for mutual financial aid and assistance to the participants in case of need whereby the participants mutually agree to contribute for that purpose;
- Takaful benefits” includes any benefit, pecuniary or not which is secured by a takaful certificate, and “pay” and other expressions, where used in relation to takaful benefits, shall be construed accordingly;
- “Takaful business” means business of takaful whose aims and operations do not involve any element which is not approved by the Syariah;
- Takaful certificate” includes any contract of takaful for family solidarity business or general business whether or not embodied in or evidenced by an instrument in the form of a certificate, and references to issuing a certificate shall be construed accordingly. References to a certificate of a takaful operator include any certificate in respect of which the operator is under any liability, whether the certificates were issued by the operator or the liability was transferred to the operator from another;

سابعاً: القانون الجزائري:

عرفت المادة الثانية من قانون التأمين رقم ٠٧، لعام ١٩٩٥، والمعدل بالقانون رقم ٠٤ - ٠٦، في ٢١ محرم ١٤٢٧، الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠٦، التأمين بما عرفته به المادة ٦١٩ من القانون المدني، وهو أنه: (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له، أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغاً من المال، أو إيراداً، أو أي أداء مالي آخر، في حالة تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل أقساط، أو أي دفعات مالية أخرى)^١.

يتفق أغلب التعريفات السابقة مع بعضها البعض، كما يتفق مع تعريف القانون المدني المصري، وبعض القوانين العربية في مفهوم التأمين^٢. وتدل تعريفات التأمين السابقة على

(^١) انظر المواد ٦٠، ٦٤، ٦٥، في تعريف عقود التأمين على الأشخاص. وهي تعريفات تقترب من التعريف المذكور أعلاه. وقد نصت المادة ٢٠٣ من نفس القانون على أنه يقصد بشركات التأمين الخاضعة لهذا الأمر مؤسسات وتعاضديات التأمين. كما نصت على ذلك المادة ٢٣ من القانون رقم ٠٤ - ٠٦، في ٢١ محرم ١٤٢٧، الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠٦. ونصت المادة ٢١٥ من القانون رقم ٠٧، لعام ١٩٩٥ على خضوع شركات التأمين وإعادة التأمين للقانون الجزائري، وتأخذ أحد الشكلين الآتيين: شركة ذات أسهم، شركة ذات شكل تعاضدي. وقد نصت المادة ٣٤ من القانون رقم ٠٤ - ٠٦، في ٢١ محرم ١٤٢٧، الموافق ٢٠ فبراير ٢٠٠٦، المتمم لقانون السابق على أنه ليس للشركة ذات الشكل التعاضدي المذكورة أعلاه هدفاً تجارياً. ويجب أن تضمن لمنخرطيها مقابل اشتراك النسوية الكاملة لالتزاماتهم في حالة وقوع أخطار.

(^٢) عرفت المادة ٧٤٧ من القانون المدني المصري، التأمين بأنه: عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن) وقد

تمائل مفهوم التأمين التعاوني، أو التكافل فيها جميعاً. وأنه يقوم على ركنين أساسيين هما:

• **المعاوضة:** وقد نصت على ذلك صراحة التعريفات السابقة، حيث جعلت التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر، أثراً مترتباً على التزام المؤمن له بدفع قسط التأمين. وقد يبدو للوهلة الأولى استثناء كل من: النظام السعودي، والقانون السوداني، والنظام الأردني، والقانون الإماراتي من ذلك. فقد ألزم نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي شركات التأمين العاملة في السوق السعودي بالعمل وفقاً لصيغة التأمين التعاوني، الذي أدخله عدد من العلماء المعاصرين في باب التبرعات، دون الحاجة إلى النص على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع. ونص كل من قانون التأمين السوداني، وتعليمات التكافل في الأردن لعام ٢٠١١، في الفقرة الثالثة من المادة السابعة، والمادة الأولى من قرار مجلس إدارة هيئة التأمين لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٤، لعام ٢٠١٠ في شأن نظام التأمين التكافلي، على وجوب النص على دفع القسط على سبيل التبرع، ليدخل التأمين التعاوني أو التكافل بذلك في باب التبرعات. ولكن هذا الأمر لا يخرج التأمين في هذه القوانين فعلياً من باب المعاوضات كما يرى الباحث. فقد جعل قانون التأمين السوداني، والإماراتي، كلاً من قسط التأمين، ومبلغ التأمين سبباً في وجود الآخر، وأثراً مترتباً عليه في نفس الوقت. والنص على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع يدخله في باب هبة الثواب. وكذلك فعل قانون التأمينات الجزائري، ونظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي، ولأئحته التنفيذية، حيث جاء النص صريحاً في أكثر من موضع على أن كلاً من قسط التأمين، ومبلغ التأمين، سبب في وجود الآخر، وأثر مترتب

واقفه في ذلك عدد من القوانين والأنظمة وذلك على النحو الآتي: عرفت المادة ٩٨٣ من القانون المدني العراقي التأمين بأنه: (عقد به يلتزم المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن. ويقصد بالمؤمن له الشخص الذي يؤدي الالتزامات المقابلة للالتزامات المؤمن. ويقصد بالمستفيد الشخص الذي يؤدي إليه المؤمن قيمة التأمين، وإذا كان المؤمن له هو صاحب الحق في قيمة التأمين كان هو المستفيد). وعرفت المادة ٩٥٠ من قانون الموجبات والعقوبات اللبناني التأمين أو الضمان بأنه: (عقد بمقتضاه يلتزم شخص يقال له الضامن بعض الموجبات عند نزول بعض الطوارئ، بشخص المضمون أو بأمواله مقابل دفع بدل يسمى القسط أو الضريبة). وعرفت المادة ٧٧٣ من القانون المدني الكويتي التأمين بأنه: (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير مقابل نقدي يؤديه المؤمن له للمؤمن. ويجوز أن يكون مقابل التأمين أقساطاً أو دفعة واحدة). وعرفت المادة ٩٢٠ من القانون المدني الأردني التأمين بأنه: (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل مبلغ محدد، أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن). وعرفت المادة الثالثة من الباب الأول من قانون شركات ووكلاء التأمين لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٩ لسنة ١٩٨٤ التأمين بأنه: (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن).

على وجوده في نفس الوقت، وبذلك يثبت دخول التأمين في هذه القوانين في باب المعاوضات. ويتمثل طرفا المعاوضة في: أي حامل وثيقة طرفاً أولاً، وشركة التأمين بالإجابة عن باقي حملة الوثائق، أو عن حساب أو صندوق التكافل الذي تديره الشركة طرفاً ثانياً.

• الاحتمال.

المطلب الثاني

الهدف من التأمين التعاوني

هناك طرفان لعقد التأمين التعاوني، أو التكافل هما: المؤمن له أو حامل الوثيقة، وشركة التأمين التعاوني. وقد قسمت تلك الأنظمة واللوائح التأمين التعاوني إلى قسمين كبيرين من حيث الخطر المؤمن منه، هما: التأمين من الأضرار، والتأمين على الأشخاص. على خلاف فيما بينها على بعض التفصيلات، وبعض التسميات. وقد حددت تلك الأنظمة واللوائح أهدافاً لطريفي العقد، من تلك التأمينات، والتي جاءت تلك الأنظمة واللوائح لتحقيقها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الهدف من التأمين من الأضرار بالنسبة للمؤمن له^١:

حددت الأنظمة واللوائح الهدف من التأمين من الأضرار في إرجاع المؤمن له إلى نفس الحالة الاقتصادية التي كان عليها قبل وقوع الخطر. أو المحافظة على المستوى الاقتصادي للفرد في مستوى معين مقابل تحمله تكلفة معينة. حيث يترجم ذلك عملياً بحصول المستفيد على مبلغ تأمين عند تحقق الخطر الموضح بالعقد، مقابل حصول المؤمن على أقساط يدفعها المؤمن له^٢. وهو نفس الهدف الذي يهدف التأمين التجاري من الأضرار إلى تحقيقه بالنسبة للمؤمن له. وقد نص على ذلك صراحة بعض الأنظمة، بينما يفاد ذلك ضمناً من تعريفات البعض الآخر للتأمين، وذلك على النحو الآتي:

(١) حددت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة والخمسون من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي الهدف من التأمين في: (إعادة المؤمن له إلى وضعه المالي الذي يسبق الخسارة مباشرة). كما حددته الفقرة السابعة من المادة الأولى عند تعريفها للتأمين^٣.

(٢) نصت المادة العاشرة من نظام التأمين الإلزامي الأردني من المسؤولية المدنية الناتجة عن استعمال المركبات رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠١، على ما يأتي: (تلتزم شركة التأمين

^١: يشمل التأمين على الأشياء، والتأمين من المسؤولية المدنية.

^٢: يتم تحقيق ذلك عملياً من خلال إطار قانوني يسمى عقد التأمين.

^٣: انظر: ص ١٢، من الدراسة.

بتعويض الغير عن أي مبالغ يكون المؤمن له مسؤولاً عن دفعها كتعويض عن الضرر^(١).

(٣) عرفت الفقرة الأولى من المادة الأولى من المرسوم التشريعي السوري رقم ٤٣ لعام ٢٠٠٥، التأمين بأنه: (تحويل أعباء المخاطر من المؤمن له إلى المؤمن مقابل قسط تأمين، والتزام المؤمن بتعويض الضرر والخسارة للمؤمن له). فالضرر والخسارة وهما السبب في استحقاق مبلغ التأمين يلحقان غالباً ممتلكات المؤمن له^(٢) أو ذمته المالية^(٣).

(٤) جاء في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٦، لعام ٢٠٠٧، ما يأتي: (على المؤمن أداء التعويض المنصوص عليه في عقد التأمين للمؤمن له أو للمستفيد - حسب الأحوال - بمجرد وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المؤمن منه، وعندها يحل المؤمن حلاً قانونياً محل المؤمن له، أو المستفيد، في حقوق أي منهما، أو التزاماته).

(٥) حددت المادة الثانية عشرة من قانون التأمين الجزائري التزامات المؤمن بتعويض الخسائر والأضرار الناتجة عن خطأ غير متعمد من المؤمن له، وكذلك التي يحدثها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولاً مدنياً عنهم^(٤).

ثانياً: الهدف من التأمين على الأشخاص بالنسبة للمؤمن له:

نص بعض أنظمة التأمين العربية مثل القانون الجزائري على الهدف من التأمين على الأشخاص، والمتمثل في الادخار وتكوين رؤوس الأموال في تاريخ معين. ولم ينص البعض الآخر مثل النظام السعودي على هذا الهدف صراحة، ولكن تمكن معرفته من مواضع أخرى من تلك الأنظمة والقوانين، وذلك على النحو الآتي:

(١) عرفت المادة الستون من القانون الجزائري التأمين على الأشخاص بأنه: (اتفاقية احتياط بين المؤمن له والمؤمن، يلتزم المؤمن بموجبها بأن يدفع للمكاتب، أو للمستفيد المعين، مبلغاً محدداً، رأسملاً كان، أو ريعاً، في حالة تحقق الحادث، أو حلول الأجل المنصوص عليه في العقد. ويلتزم المكاتب بدفع الأقساط حسب جدول استحقاق متفق عليه). وقد نصت المادة ٦٧ من نفس القانون على الهدف من تأمينات الأشخاص بقولها: (تهدف التأمينات من الحوادث الجسمانية إلى ضمان تعويض يدفع

(١) جاء في المادة الثالثة من تعليمات تنظيم التأمين التكافلي لسنة ٢٠١١: تطبق على شركة التأمين التكافلي أحكام القانون، والأنظمة، والتعليمات، والقرارات الصادرة بمقتضاه، في أي من الأمور والحالات، غير المنصوص عليها في هذه التعليمات، وذلك بقدر انطباقها عليها.

(٢) يتحقق ذلك في التأمين على الأشياء حيث قد يكون موضوع التأمين منزلاً يؤمن عليه ضد خطر الحريق مثلاً.

(٣) يتحقق ذلك في التأمين من المسؤولية المدنية.

(٤) انظر المادة ١٤٥ من نفس القانون والتي حددت الهدف من التأمين من المسؤولية بأنه: التعويض من الأضرار المادية والجسمانية التي تلحقها السفينة بالغير, وانظر المادة ١٤٦ التي حددت هدف التأمين من مسؤولية الناقل البحري بأنه التعويض عن الأضرار والخسائر اللاحقة بالبضائع والأشخاص نتيجة الاستغلال التجاري للسفينة.

في شكل رأسمال، أو ريع للمؤمن له، أو للمستفيد في حالة وقوع حادث طارئ محدد في العقد).

(٢) نصت المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي على أنواع التأمين التي يشملها النظام، ومنها تأمين الحماية الذي يشمل عمليات التأمين التي تتعلق بآثار الوفاة، والعجز الدائم الكلي، أو الجزئي، أو المؤقت للفرد، والمجموعات. وتأمين الحماية مع الادخار، الذي يشمل عمليات التأمين التي يدفع بموجبها المؤمن مبلغاً أو مبالغ، بما فيها حصيلة الادخار، في تاريخ مستقبلي مقابل ما يدفعه المؤمن له من اشتراكات.

(٣) قسمت المادة ٣ من القانون الاتحادي رقم ٢، لعام ٢٠٠٩، الصادر عن رئيس هيئة التأمين، التأمين إلى ثلاثة أقسام هي: تأمين الأشخاص وعمليات تكوين الأموال، وتأمين الممتلكات، وتأمين المسؤوليات^١. وذكرت المادة الرابعة من نفس القانون على أن تأمين الأشخاص وعمليات تكوين الأموال تشمل الفروع الآتية: التأمين على الحياة بجميع أنواعه، ويشمل فيما يشمل جميع عمليات التأمين التي يكون الغرض منها دفع مبالغ معينة، بسبب الوفاة، أو العجز، أو بلوغ سن معينة، أو التأمين على الحياة المرتبط بأدوات استثمارية. كما يشمل عمليات تكوين الأموال وهي تلك التي يكون الغرض منها تكوين رأس مال يدفع في تاريخ محدد مقابل قسط أو أقساط دورية، دون أن يرتبط ذلك باحتمالات الحياة، أو الوفاة.

ثالثاً: الهدف من التأمين بالنسبة لشركة التأمين:

كفلت الأنظمة واللوائح أهدافاً لشركات التأمين الإسلامية، لتكون بمثابة حافز لها لتقوم بأعمال التأمين، وتحقق أهداف المؤمن له. فقد ضمنت لها تحقيق عائد مجز مقابل قيامها بالتأمين. ويمكن التعرف على تلك العوائد من خلال ما يأتي:

(١) حددت المادة الثانية من نموذج عقد تأسيس شركات التأمين التعاوني الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي غرض الشركة بأنه: (القيام وفقاً لأحكام نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، ولائحته التنفيذية، والأنظمة والقواعد السارية في المملكة العربية السعودية، بمزاولة أعمال التأمين التعاوني، وكل ما يتعلق بهذه الأعمال وللشركة أن تقوم بجميع الأعمال التي يلزم القيام بها لتحقيق أغراضها، سواء في مجال التأمين، أو استثمار أموالها.....).

^(١) يشمل التأمين بموجب المادة ٣ من القانون الاتحادي رقم ٨٤/٩، الادخار وتكوين الأموال. ويشمل عمليات التأمين التي تقوم على اصدار وثائق، أو مستندات، أو شهادات، أو غير ذلك، تلتزم بموجبها الشركة بأداء مبلغ معين، أو جملة مبالغ في تاريخ مقبل، مقابل قسط، أو أقساط دورية.

(٢) نصت المادة (٣٣) من اللائحة التنفيذية لمجلس الضمان الصحي التعاوني السعودي على ما يأتي: (تدرج الأقساط، والرسوم الإضافية التي يجري تحصيلها، وعوائد الاستثمار، ضمن موارد شركات التأمين).

(٣) نصت المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي على قيام شركات التأمين بعمل بعض القوائم المالية، على النحو الآتي:

(أ) تتكون القوائم المالية من قائمة المركز المالي لعمليات التأمين والمساهمين، وقائمة (فائض عجز) عمليات التأمين، وقائمة دخل المساهمين، وقائمة حقوق المساهمين، قائمة التدفقات النقدية لعمليات التأمين، وقائمة التدفقات النقدية للمساهمين.

(ب) على الشركة عند إعداد قائمة عمليات التأمين مراعاة الآتي:

- تحديد الفائض الإجمالي، في نهاية العام المالي، الذي يمثل الفرق بين الأقساط والتعويضات، مخصوماً منه المصاريف التسويقية والإدارية والتشغيلية، والمخصصات الفنية اللازمة.
- تحديد الفائض الصافي الذي يتم التوصل إليه بأن يضاف إلى الفائض الإجمالي، أو يخصم منه، ما يخص المؤمن لهم من عائد الاستثمار، بعد احتساب ما لهم من عوائد، وخصم ما عليهم من مصاريف محققة.
- توزيع الفائض الصافي، ويتم إما بتوزيع نسبة ١٠٪ كحد أدنى للمؤمن لهم مباشرة، أو بتخفيض أقساطهم للسنة التالية، وتحويل ما نسبته ٩٠٪ كحد أقصى إلى قائمة دخل المساهمين.

(٤) نصت المادة السادسة من تعليمات التكافل الأردنية لعام ٢٠١١، على تقاضي شركة التكافل أجراً مقابل إدارة وتنظيم عمليات التأمين، يتمثل في مبلغ معين، أو نسبة معينة من الاشتراكات المدفوعة. وأجراً آخر مقابل استثمار أموال التأمين، يتمثل في نسبة شائعة معلومة من الفائض التأميني، قبل طرح حصة أصحاب حقوق الملكية.

المبحث الثاني

البناء العملي للتأمين التعاوني

حددت الأنظمة واللوائح طرفين لعقد التأمين التعاوني نص عليهما نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي هما: (المؤمن: وهي شركة التأمين التي تقبل التأمين مباشرة من المؤمن لهم. والمؤمن له: وهو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي أبرم مع المؤمن وثيقة التأمين). ونصت عليهما المادة الثانية من قانون أعمال التأمين الأردني رقم ٣٣ لعام ١٩٩٩، في تعريف وثيقة التأمين بأنها: (المبرمة بين المؤمن والمؤمن له، المتضمنة شروط العقد بين الطرفين، وتعهداتها، والتزاماتها، وحقوقها، أو حقوق المستفيد من التأمين، وأي ملحق بهذه الوثيقة). كما نص عليهما غيرهما من الأنظمة واللوائح. كما حددت علاقتهما ينشئهما عقد التأمين التعاوني هما:

- (١) علاقة مؤمن له بالذات بباقي المؤمن لهم، ممثلين بشركة التأمين، بالنظر إلى دفع الاشتراك، واستحقاق مبلغ التأمين: هي علاقة مؤمن بمؤمن له^١.
- (٢) علاقة الشركة بمجموع المؤمن لهم، فيما يتعلق بإدارة وتنظيم عمليات التأمين، واستثمار الاشتراكات. وهي ذات العلاقة الموجودة بين الشركة وكل مؤمن له على حدة^٢.

ولم تحدد الأنظمة والتشريعات النماذج التي يتعين على شركات التأمين التعاوني العمل بموجبها، لتحقيق الهدف من التأمين التعاوني عملياً لكلا طرفيه. وسيتم الحديث على العوائد التي تتقاضها شركات التأمين مقابلاً لعملها من خلال المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

الفائض والخسارة

حدد بعض الأنظمة مثل النظام السعودي كيفية احتساب الفائض التأميني القابل للتوزيع، كما نص على توزيعه بين حملة الوثائق، وبين شركات التأمين. ووافق في ذلك قانون التكافل المالي. ولكنهما لم يحددا سياسة بعينها يتعين على شركات التأمين اتباعها في توزيع الفائض بين حملة الوثائق. وقد نص في المقابل بعض القوانين مثل قرار رئيس هيئة التأمين في الإمارات العربية المتحدة رقم ٤، لعام ٢٠١٠ على عدم حصول

(١) نصت على ذلك المادة الأولى من اللائحة لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي عند تعريف وثيقة التأمين، وعند تعريف التأمين. كما نصت على ذلك المادة الثالثة من قانون التأمين والتكافل السوداني لعام ٢٠٠٣ عند تعريف عقد التأمين التعاوني.

(٢) تم توضيح ذلك عند الحديث عن الهدف من التأمين بالنسبة لشركات التأمين في الأنظمة والتشريعات.

المساهمين على أي حصة من الفائض. ولم يحدد النظام السعودي في المقابل كيفية مواجهة العجز في حساب حملة الوثائق عند حدوثه. في حين نص بعض الأنظمة والقوانين على كيفية معالجة عجز حساب المشتركين. فقد نصت على سبيل المثال المادة السابعة من تشريعات التكافل الأردنية أنه يجب على شركات التأمين التكافلي أن تنص في وثائقها على الالتزام بتقديم قرض حسن في حالة عدم كفاية الاشتراكات لمواجهة التزامات الشركة. كما نص على ذلك كل من المادة ٢٨ من قرار رئيس هيئة التأمين في الإمارات العربية المتحدة لعام ٢٠١٠، وقانون التكافل الماليزي. وقد نصت تلك القوانين على استرداد تلك القروض من الفوائض المستقبلية المحتملة.

المطلب الثاني

استثمار اشتراكات التأمين

حدد بعض الأنظمة والتشريعات أوعية استثمار أموال التأمين، والنسب المستثمرة في كل وعاء، كما أوضحت بعض الأمور المتعلقة بالاستثمار، كما يأتي:

(١) نصت المادة ٦١ من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي على ما يأتي: على الشركة عند وضع سياستها الاستثمارية مراعاة أن تكون مدة الاستحقاق للأصول المستثمرة موازية لالتزامات الشركة حسب الوثائق المصدرة. وعلى الشركة أن تقدم للمؤسسة برنامج الاستثمار شاملاً توزيع الأصول، وإذا لم توافق المؤسسة على البرنامج تلتزم الشركة بالأوعية والنسب الواردة بالجدول، على ألا يتجاوز الاستثمار خارج المملكة ٢٠٪ من إجمالي الاستثمارات مع الالتزام بما ورد في الفقرة ٢ من المادة التاسعة والخمسين. وعلى الشركة الأخذ في الاعتبار مخاطر تركيز الاستثمار بحيث لا تتجاوز نسبة التركيز ٥٠٪ من كل وعاء استثماري في الجدول.

النسبة % المسموح بها لتأمين الحماية والادخار	النسبة % المسموح بها للتأمين العام	الأوعية الاستثمارية
١٠٪ على الأقل	٢٠٪ على الأقل	ودائع لدى البنوك المحلية
١٠٪ على الأقل	٢٠٪ على الأقل	سندات حكومية
١٥٪ بحد أقصى	١٠٪ بحد أقصى	صناديق استثمار بالريال
١٠٪ بحد أقصى	١٠٪ بحد أقصى	صناديق استثمار بالعملة الأجنبية
٥٪ بحد أقصى	٥٪ بحد أقصى	سندات حكومية أجنبية
٥٪ بحد أقصى	٥٪ بحد أقصى	سندات مصدرة من شركات محلية
٥٪ بحد أقصى	٥٪ بحد أقصى	سندات مصدرة من شركات أجنبية
١٥٪ بحد أقصى	١٥٪ بحد أقصى	أسهم
٥٪ بحد أقصى	صفر	عقارات في المملكة

قروض برهن عقار	صفر	٥٪ بحد أقصى
قروض لحملة الوثائق بضمانات الوثائق	صفر	٥٪ بحد أقصى
استثمارات أخرى	١٥٪ بحد أقصى	١٥٪ بحد أقصى

تمثل ١، ٢، ٥، ٦، ٧، أنشطة استثمارية ربوية، لأنها تدر عائداً يمثل فائدة معينة. وتشكل هذه البنود في مجملها ٥٥٪ كحد أقصى من إجمالي الاستثمارات في التأمين العام، ويشكل البنود الأول والثاني ٢٠٪ على الأقل من استثمارات أموال التأمين على الأشخاص المسمى تأمين الحماية والادخار. وتشكل البنود الخامس والسادس والسابع ١٥٪ من إجمالي استثمار نفس النوع من التأمين كحد أقصى. وقد ورد في التقرير السنوي لعام ٢٠٠٧ الصادر عن التعاونية للتأمين في الملاحظات حول القوائم المالية ما يأتي: (دخل الاستثمار: يتم إثبات دخل الاستثمار على أساس العائد الفعلي بعد الأخذ بعين الاعتبار أصل المبلغ القائم ومعدل العمولة. يتحقق دخل الاستثمارات الخاصة بعمليات التأمين، بشكل أساسي، من السندات/أذونات الخزينة الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي، والصناديق الاستثمارية المحلية والخارجية والاستثمارات في الأسهم). أي أن جزءاً مهماً من استثمار أموال التأمين قد تم فعلاً في أصول تدر عائداً ربوياً وهي السندات وأذونات الخزينة الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي. ولم يرد توضيح لماهية الصناديق الخارجية هل هي صناديق استثمار في الأسهم أم في السندات، أم فيهما معاً، كما لم يرد توضيح عن الأسهم المستثمر فيها، هل هي أسهم شركات تمارس نشاطاً مباحاً، أم أنها أسهم شركات تمارس أنشطة محرمة. ولا يحتاج هنا بأن الاستثمار تابع وليس مقصوداً لذاته ليغتنر فيه ما لا يغتنر في الأصل^١، حيث قد يقال ذلك في الشركات القائمة فعلاً، والتي هي في مرحلة التحول من الاستثمار الغالب في أنشطة محرمة إلى عدم الاستثمار في أنشطة محرمة، وليس عند إصدار نظام جديد. أو عند تأسيس شركات جديدة. كما يلاحظ أن نسب الاستثمارات غير المشروعة الواردة في الجدول بالنسبة للتأمين العام أكثر من النصف. أي أنها أكثر من الثلث الذي جعله البعض معياراً للكثرة^٢. حيث قد يقال ذلك أيضاً في الشركات القائمة التي هي في مرحلة التحول من الاستثمار الغالب في أنشطة محرمة إلى عدم الاستثمار في أنشطة محرمة، وليس عند إصدار نظام جديد، أو عند تأسيس شركات جديدة.

(٢) نصت المادة الرابعة من قرار رئيس هيئة الإشراف على التأمين السورية رقم ١٠٠/٩٧/م.١، بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١، على ما يأتي: يجوز للشركة أن تستثمر ٧٥٪ من رأسمالها المدفوع كحد أقصى في المجالات التالية، وبشرط ألا تزيد نسبة الاستثمار في أي نوع من هذه الأنواع عن ١٥٪ من رأس مال الشركة: سندات الحكومة،

(١) لا يوافق الباحث على هذه المقولة.

(٢) لا يوافق الباحث على جعل الثلث معياراً للكثرة حيث يستوي قليل الحرام وكثيره.

شركات مالية وشركات استثمار، صناديق استثمار تديرها شركات متخصصة، شركات الاستثمار العقاري، شركات الخدمة المعلوماتية، شركات قابضة مالية. ونصت المادة التاسعة من نفس القرار على أنه على الشركة أن تبقي نسبة لا تقل عن ٢٥٪ من مجموع الاحتياطات الفنية في حسابات تحت الطلب، أو ودائع قصيرة الأجل لدى المصارف. ونصت المادة العاشرة على السماح باستثمار ٧٥٪ من الموال المقابلة للاحتياطات الفنية ... في الأوجه التالية فقط، وبالنسبة المحددة لكل منها: ٢٠٪ كحد أدنى لشراء أوراق مالية حكومية، أو سندات خزينة، أو شهادات مضمونة من قبل الخزينة. ١٥٪ كحد أقصى في سندات تصدر عن جهة واحدة، على ٥٪ أو ١٠٪ من رأس مال الجهة المصدرة للسندات، أو ١٠٪ من رأس مال الشركة أيهما أقل. ويرى الباحث وجود نفس الملاحظات السابقة الواردة على أوجه الاستثمار الواردة في النظام السعودي.

الفصل الثاني

تقويم وثائق شركات التأمين الإسلامية المعاصرة

بلغ عدد شركات التأمين الإسلامية في العالم بنهاية ٢٠١٠ حوالي ١٩٥ شركة، وبلغ عدد الشركات العاملة في دول الخليج في نفس الفترة وفقاً لبعض التقارير ٧٧ شركة، ٤٠

شركة في الشرق الأقصى، ٣٢ شركة في أفريقيا^١. وبلغ عددها في الدول العربية وفق تقرير آخر ٥٧ شركة^٢. وبلغ عدد شركات التأمين المرخص لها بالعمل في السوق السعودي بنهاية ٢٠١١، أكثر من ٣٠ شركة، تعمل وفق نموذج التأمين التعاوني. ويلاحظ تماثل وثائق التأمين التعاوني الصادرة عن تلك الشركات، لأنها ملزمة جميعاً بموجب النظام بتطبيق نموذج واحد صادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي. كما تتماثل أنظمتها الأساس، وعقود تأسيسها، لأنها ملزمة أيضاً بموجب النظام بنظام أساس وعقد تأسيس موحدين صادرين عن مؤسسة النقد العربي السعودي. ومن ثم، تعد وثائق وعقود تأسيس، وأنظمة هذه الشركات الأساس تطبيقاً عملياً لمواد الأنظمة واللوائح التنفيذية الصادرة بهذا الخصوص. كما بلغ عدد شركات التأمين العاملة في السوق الأردني بنهاية ٢٠٠٨ ثمانية وعشرين شركة، تمارس اثنتان منها التأمين وفق صيغة التأمين التعاوني^٣. ويعمل باقي الشركات وفق صيغة التأمين التجاري. ويعمل جميع هذه الشركات وفق وثيقة إلزامية موحدة بالنسبة للتأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام السيارات^٤. كما بلغ عدد الشركات العاملة في سوق التأمين السوري في ٢٠٠٩ ثلاث عشرة شركة منها شركة حكومية واحدة^٥، وعشر شركات تأمين تقليدي خاصة، وشركتان للتأمين التكافلي الإسلامي. ويعد عقد التأمين التعاوني أو التكافلي الذي تقدمه تلك الشركات عقداً مركباً يتكون من عقدين متلازمين هما عقد التأمين، وعقد الاستثمار لأقساط أو اشتراكات التأمين. ويمكن تقسيم نماذج التأمين التعاوني، أو التكافل المطبقة إلى نموذجين:

النموذج الأول: يجعل هذا النموذج الاستثمار المقصد الأساس من العقد، والتأمين أو التكافل مقصداً تابعاً له، كما في برامج التكافل التعاوني المقدمة من بنك الجزيرة السعودي. وهي تقوم على مبدأ الوكالة بأجر، بين المشترك، أو المؤمن له، وبين بنك الجزيرة. حيث يكون البنك وكيلاً بأجر عن المشترك في إدارة كل من حساب الاستثمار الفردي، وحساب التكافل التعاوني. فقد جاء في مقدمات برامج التكافل الصادرة عن البنك: (ولما كان "المشترك" قد قام بموجب هذا العقد استناداً إلى مبادئ الوكالة حسب تعريفها الشرعي المطبق في المملكة العربية السعودية بتعيين "مدير التكافل" وكيلاً للقيام نيابة عن "المشترك" بإدارة "حساب الاستثمار الفردي" ويشار إليه بعبارة "حساب الاستثمار" وكذلك "حساب التكافل التعاوني" (ويشار إليه فيما بعد بعبارة "حساب التكافل").

^١ العدد السادس من دليل شركات التأمين الإسلامية. <http://www.takaful-re.ae/ar/tmodel.php>

^٢ <http://www.alaswaq.net/articles/2009/08/14/27041.html>

^٣ شركة البركة للتكافل، وشركة التأمين الإسلامية الأردنية.

^٤ انظر: القانون رقم ٣، لسنة ٢٠٠٢، الصادر عن هيئة التأمين الأردنية.

^٥ هي المؤسسة العامة السورية للتأمين.

النموذج الثاني: يجعل هذا النموذج التأمين المقصد الأساس من العقد، والاستثمار مقصداً تابعاً له، تستعين به الشركات على أداء عملها^١. ويدخل تحت النموذج عدة نماذج فرعية بالنظر إلى علاقة شركة التأمين بمجموع المؤمن لهم. فقد جاء على سبيل المثال في المادة السادسة من تشريعات التكافل الأردنية أنه يمكن لشركات التأمين التكافلي أن تمارس أعمال التأمين التكافلي، وأعمال الاستثمار المرتبطة بالاشتراكات، على أساس الوكالة مقابل مبلغ معين، أو نسبة معينة من الاشتراكات المدفوعة. أو على أساس المضاربة، مقابل نسبة معلومة شائعة من الفائض، قبل طرح حصة أصحاب حقوق الملكية. أو على أساس الوكالة والمضاربة معاً، مقابل أجر معين أو نسبة معينة من الاشتراكات مقابل الوكالة، ونسبة مئوية شائعة من عوائد الاستثمار مقابل المضاربة. ونصت المادة الثامنة من قرار رئيس هيئة التأمين رقم ٤، لعام ٢٠١٠ في الإمارات العربية المتحدة، على أن إدارة الأخطار وأعمال الاستثمار المرتبطة بالاشتراكات، من قبل الشركة تكون على أساس الوكالة، أو الوكالة والمضاربة معاً، وعلى خضوع العلاقة بين الشركة والمشارك لتلك الأحكام وفقاً لوثيقة الاشتراك التكافلي. ويتم فيما يأتي توضيح ذلك:

(١) نموذج الوكالة بأجر معلوم: يقوم هذا النموذج على مبدأ الوكالة في إدارة عمليات التأمين، واستثمار الاشتراكات. وذلك كما في شركة ساب تكافل^٢، وشركة العقيلة للتأمين التكافلي^٣.

(٢) نموذج الوكالة بأجر معلوم والمضاربة معاً: تكون الشركة بمقتضى العقد وكيلاً بأجر معلوم، في إدارة عمليات التأمين، والمتمثلة في تلقي الاشتراكات، ودفع مبالغ التأمين المستحقة للمستفيدين، وذلك مقابل نسبة معينة من الاشتراك. وتكون مضارباً فيما يتعلق باستثمار الاشتراكات المحصلة مقابل نسبة مئوية معلومة من الربح للشركة. وذلك كما في شركة البركة للتكافل بالأردن^٤، وشركة التأمين

(١) نصت المادة الثانية من نموذج عقد تأسيس شركات التأمين التعاوني الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي على ذلك بقولها: (غرض الشركة هو القيام بمزاولة أعمال التأمين التعاوني.... وللشركة أن تقوم بجميع الأعمال التي يلزم القيام بها لتحقيق أغراضها، سواء في مجال التأمين، أو استثمار أموالها).

(٢) يتكون أجر شركة ساب تكافل من رسوم تغطية تكلفة الاكتتاب والإدارة وإدارة الصندوق، التي يبلغ قدرها ٤٩٪ من الاشتراك كحد أقصى. تضاف إليها ٣٥٪ من فائض التكافل المعلن في نهاية أي سنة مالية كرسوم حافز. ويحق للبنك تغيير أي من هذه الرسوم وإعطاء المشترك إشعاراً مسبقاً. انظر على سبيل المثال: برنامج تكافل للحوادث الشخصية، الشروط والأحكام. ص٧.

(٣) يتكون أجر شركة العقيلة للتأمين التكافلي من نسبة من فائض العملية التأمينية، والاستثمارية، بعد خصم كافة المصروفات، والنفقات الفنية والعمامة، وحصة المشتركين المحددة في جدول الوثيقة. ولم يرد في وثائق الشركة تحديد لمقدار هذه النسبة. انظر: وثائق شركة العقيلة للتأمين التكافلي.

(٤) حدد أجر الوكالة بنسبة ٣٠٪ من الاشتراك في تأمين (المسؤولية المدنية + جسم المركبة تكميلي فقط، وفي التأمين من أخطار نقل البضائع)، وحدد بنسبة ٢٥٪ من الاشتراك في التأمين من أخطار الحريق، وحددت حصة الربح المستحقة بنسبة مقدارها ٥٠٪ من الأرباح المحققة في التأمين من أخطار الحريق وتأمين (المسؤولية المدنية + جسم المركبة تكميلي فقط)، وبنسبة مقدارها ٧٥٪ في تأمين أخطار نقل البضائع.

الإسلامية الأردنية^١، وشركة نور للتكافل الإماراتية^٢، والشركة الإسلامية القطرية للتأمين^٣.

(٣) نموذج الوكالة بأجر غير معلوم، والمضاربة معاً: تكون الشركة بمقتضى العقد وكيلاً بأجر في إدارة عمليات التأمين المتمثلة في تلقي الاشتراكات، ودفع مبالغ التأمين المستحقة للمستفيدين، مقابل المصروفات الإدارية الفعلية للشركة، دون وجود حد أقصى لهذه المصروفات. ومضارباً فيما يتعلق باستثمار الاشتراكات المحصلة مقابل نسبة مئوية معلومة الفائض الصافي المحقق مقدارها ٩٠٪ بحد أقصى. وهذا مطبق لدى الشركة الوطنية للتأمين التعاوني، وغيرها من الشركات، الخاضعة لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودي^٤.

ويتمثل الهدف من هذا الفصل في تقويم عقود أو وثائق شركات التأمين الإسلامية، بمعنى: هل تقييم هذه الشركات عقودها على مبدأ التبرع، أم على مبدأ المعاوضة. ويتم هذا التقييم من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: الهدف من قيام شركات التأمين الإسلامية بعمليات التأمين.

المبحث الثاني: صفات العلاقة القائمة بين مؤمن له بالذات وباقي حملة الوثائق.

المبحث الثالث: التكييف الشرعي للشركة في قيامها بجمع الاشتراكات واستثمارها ودفع التعويضات.

المبحث الرابع: الفائض وتوزيعه.

المبحث الخامس: التصرف في حال الخسارة.

المبحث الأول

الهدف من قيام شركات التأمين الإسلامية بعمليات التأمين

يمكن التعرف على هذا الهدف والذي كفلته لها الأنظمة واللوائح من النصوص الآتية:

(١) حدد أجر الوكالة بنسبة من الاشتراك لم يطلع عليها الباحث.
(٢) حددت حصة الشركة مقابل المضاربة بنسبة ١٠٪ من الأرباح المحققة. وحدد أجر الوكالة بنسبة من الاشتراك لم يطلع عليها الباحث.
(٣) حدد أجر الوكالة بنسبة ١٨٪ من الأقساط المحصلة بعد خصم حصة معيدي التأمين المحليين في العام ٢٠٠٧، وبنسبة ٢٥٪ في العام ٢٠٠٨، وحددت حصة المضارب في نفس الشركة بنسبة ٣٥٪ في العام ٢٠٠٦، وبنسبة ٥٥٪ في العام ٢٠٠٧، وبنسبة ٦٥٪ في العام ٢٠٠٨ من أرباح استثمار الاشتراكات. انظر: التقرير السنوي للشركة للعام ٢٠٠٧، ٢٠٠٨، الإيضاحان رقم ٢١/أ، ٢١/ب.
(٤) انظر المادة ٤٣ من النظام الأساس لشركات التأمين الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي.

(١) عرّفت شركة التأمين الإسلامية الأردنية نفسها بأنها: (شركة مالية تقوم بإدارة أموالها وفق أحكام الشريعة الإسلامية..... وتدير العمليات التأمينية بمقتضى عقد التأمين التعاوني وأن من غاياتها المساهمة في إدارة وإنشاء شركات تأمين، وإعادة تأمين إسلامية). كما نصت على تكون أرباح وعوائد المساهمين من أرباح استثمار رأس المال، بعد خصم المصروفات التي تخص هذا الاستثمار، وحصتهم من أرباح استثمار أموال حملة الوثائق باعتبارهم مضارباً، ونسبة معلومة من إجمالي الأقساط، مقابل إدارتهم للعمليات التأمينية على أساس الوكالة بأجر معلوم.

(٢) جاء في الشروط العامة لوثيقة تأمين الحريق الصادرة عن شركة العقيلة للتأمين التكافلي: (طبقاً لنظامها الأساسي ووكالة منه بإدارة حساب المشتركين، بما في ذلك العملية الاستثمارية..... تستحق الشركة بموجب هذه الوثيقة نسبة من فائض العملية التأمينية والاستثمارية، بعد خصم كافة المصاريف، والنفقات الفنية والعامة، وحصّة المشتركين المحددة في جدول الوثيقة).

(٣) جاء في النظام الأساس لشركة البركة للتأمين التكافلي في المبادئ التي تلتزم بها الشركة: (إدارة العمليات التأمينية لصندوق التكافل من قبل الشركة كجهة مستقلة على أساس الوكالة بأجر معلوم يحدد ابتداءً قبيل بداية كل سنة مالية ويثبت في العقود ويدفع من اشتراكات حملة الوثائق، واستثمار الوثائق على أساس عقد المضاربة بحيث تكون الشركة مضارباً وحملة الوثائق رب المال، وتوزيع الأرباح بين الفريقين بحصص شائعة محددة ابتداءً، قبيل كل سنة مالية ومثبتة في العقود).

لقد تمثل الهدف من قيام شركات التأمين بعمليات التأمين وغيرها من العمليات الضرورية لقيامها بالتأمين، في تحقيق أقصى عائد ممكن، والذي يمكن أن يتحقق لها من خلال ما يأتي:

(١) تحديد طريقة دفع التعويضات للمستفيدين بما يحقق للشركة أقل مدفوعات ممكنة: فقد نصت على سبيل المثال وثيقة تأمين الشامل الصادرة عن التعاونية للتأمين تحت عنوان: قواعد تسوية الخسارة: (للشركة الخيار في أن تقوم بإصلاح المركبة، أو إعادتها إلى حالتها السابقة، أو أن تستبدلها كلها، أو أي جزء من أجزائها، أو ملحقاتها، أو قطع غيارها. أو أن تدفع نقداً قيمة الخسارة أو الضرر الناتج عن حادث عرضي مغطى بموجب أحكام وشروط هذه الوثيقة..... وتحتفظ الشركة بحقها في اعتبار المركبة خسارة كلية إذا ما ارتأت أن إصلاحها غير مجد اقتصادياً. وعندما يكون التعويض عن الخسارة الكلية للمركبة قابلاً للدفع فإن كامل الاشتراك السنوي عن تلك المركبة يكون حقاً للشركة. علاوة على ذلك يلتزم المؤمن له بنقل ملكية المركبة إلى الشركة، أو من تعينه..... بالنسبة للخسارة الكلية في حالة تسوية المطالبة على أساس الخسارة الكلية للمركبة المؤمن

عليها، فإن مسؤولية الشركة لن تتجاوز الأقل من المبلغين التاليين: القيمة المقدرة للمركبة من قبل المؤمن له كما وردت في جدول الوثيقة، محسوماً منها 1% عن كل شهر أو جزء منه، انقضى منذ ابتداء التأمين بموجب الوثيقة أو في آخر تجديد لها. أو القيمة السوقية المعقولة للمركبة وقت وقوع الخسارة أو الضرر). ويوجد نظير هذا النص في وثيقة تأمين المسؤولية المدنية الصادرة عن شركة البركة للتكافل (الفصل الأول جسم المركبة: تكميلي)، وفي الفقرة الثانية من القسم الأول من شروط وثيقة تكافل السيارات الصادرة عن شركة نور للتكافل.

(٢) إنهاء عقد التأمين: جعلت شركات التأمين بعض عقود التأمين لازماً في حق طرفيه حيث جاء في وثيقة تأمين الشامل الصادرة عن التعاونية للتأمين تحت بند الإلغاء: (لا يحق للشركة ولا للمؤمن له أن يفسخ هذه الوثيقة أثناء مدة سريانها مادام ترخيص المركبة قائماً. وفي حالة فسخ الوثيقة قبل انتهاء مدة سريانها بسبب إلغاء ترخيص المركبة. تحتفظ الشركة باشتراك التأمين القصير الأجل كما هو مبين أدناه، وذلك عن المدة التي كانت فيها الوثيقة سارية المفعول. وفي هذه الحالة تكون الشركة ملزمة عند الطلب بدفع الجزء النسبي من الاشتراك للمدة المتبقية من التأمين بعد تاريخ الإلغاء طبقاً للجدول التالي..... وبالرغم من ذلك فإن المؤمن له والشركة ملتزمان بكافة أحكام الوثيقة فيما يتعلق بالمطالبات القائمة). وجاء في وثيقة تأمين المسؤولية المدنية الصادرة عن شركة البركة للتأمين التكافلي: (لا يجوز لشركة التأمين أو للمؤمن له إلغاء عقد التأمين الإلزامي للمركبة إذا كان ترخيصها قائماً ما لم يحل تأمين إلزامي آخر محله، وفي حالة إلغائه يحق للمؤمن له أن يسترد من الشركة مبلغاً من قسط التأمين، يتناسب مع مدة عقد التأمين، ما لم يكن متسبباً في حادث خلال مدة عقد التأمين). وجعلت في المقابل بعض عقود التأمين جائزاً في حق طرفيه. فقد جاء في وثيقة تأمين المركبات التجارية الصادرة عن شركة العقيلة للتأمين التكافلي: (يجوز للشركة إلغاء هذه الوثيقة وفي تلك الحالة يحق للمشارك استرداد مبلغ نسبي من الاشتراك الذي يتعلق بالفترة غير المنقضية من مدة التأمين. كما ويجوز إلغاء هذه الوثيقة من طرف المشترك وبشرط ألا يكون المشترك قد تقدم إلى الشركة بأي مطالبة عن المدة المنقضية من السنة التأمينية، وفي تلك الحالة تحتفظ الشركة باشتراك نسبي عن الفترة المنقضية من مدة التأمين، وتبقى الشركة والمشارك ملتزمان بكل أحكام الوثيقة فيما يتعلق بالمطالبات القائمة). ويتكرر هذا النص في كافة الوثائق الصادرة عن الشركة. كما يتكرر في بعض وثائق التأمين الصادرة عن شركة البركة للتأمين التكافلي، مثل: وثيقة التأمين التكميلي لتأمين المسؤولية المدنية على المركبات، ووثيقة التأمين من الحريق. ويتكرر أيضاً في وثيقة تأمين السيارات الصادرة عن شركة نور للتكافل. وهذا هو المتبع في الشركات التجارية أيضاً، حيث يبرر احتفاظ الشركة

بجزء من القسط عن المدة المنقضية من العقد بأنها كانت متحملة لعبء الخطر أثناء مدة سريان الوثيقة، بمعنى أنها كانت مستعدة للتعويض إذا وقع الخطر، ولكنه لم يقع. ومن ثم يمثل الجزء من القسط المحتفظ به من قبل الشركة مصدراً من مصادر إيرادات الشركة.

(٣) التحمل أو الاقتطاع: هو مبلغ يتحمله المؤمن له من قيمة كل ضرر أو خسارة. حيث تبدأ مسؤولية الشركة بعد استنفاد مبلغ التحمل.

(٤) تطبيق المبادئ القانونية لعقد التأمين.

المبحث الثاني

صفات العلاقة القائمة بين مؤمن له بالذات وباقي حملة الوثائق

تتخذ هيئات التأمين نموذج التأمين التعاوني، أو التكافلي أساساً لعملها. وهذا يعني أن الهيئة وكيلة عن مجموعة حملة الوثائق في إدارة، وتنظيم، عمليات التأمين، والمتمثلة في جمع الاشتراكات، ودفع مبالغ التأمين المستحقة. أي أنها تتحلل صفة المؤمن بالإنابة عنهم، وتبقي لكل منهم صفة المؤمن له فقط. ويتم الحديث هنا عن صفات عن صفات العلاقة الموجودة بين حامل وثيقة معين، وبين باقي حملة الوثائق، ممثلين بشركة التأمين. بمعنى هل يقوم حامل الوثيقة بدفع القسط المقرر لباقي حملة الوثائق ممثلين بالشركة، أو لصندوق التكافل الذي تديره الشركة على سبيل المعاوضة، ليستحق بالتالي مبلغ التأمين على سبيل المعاوضة. أم أنه يقوم بدفع القسط تبرعاً ليعان منه من يحتاج إلى العون من مجموع حملة الوثائق، أو من المشتركين في الصندوق، فيستحق بالتالي مبلغ التأمين تبرعاً، لتوفر صفة الاستحقاق فيه. وهذا تمكن معرفته من خلال الشروط المختلفة التي يتم التعاقد على أساسها والموضحة من خلال ما يسمى وثيقة التأمين. لقد نص أغلب هذه الوثائق على دفع القسط على سبيل التبرع، ليعان منه من يحتاج إلى العون من حملة الوثائق، ليكون العقد تبرعاً، فيكون جائزاً شرعاً، وليكون استحقاق المستفيد لمبلغ التأمين لتوفر شروط الاستحقاق فيه. فقد جاء على سبيل المثال في موقع شركة التأمين الإسلامية الأردنية في الحديث عن خصائص التأمين الإسلامي: (عقد تأمين جماعي يتم تنفيذه وكالة عن المستأمنين: فجميع المستأمنين يجمعهم عقد التأمين التعاوني، بحيث يكون لكل منهم صفة المؤمن لغيره والمؤمن له، فهو مؤمن له لأنه باشتراكه في التأمين أخذ صفة المستفيد، فاكتمل بذلك حق الحصول على التعويض عن الخسارة التي قد تلحق به إذا ألمَّ به الخطر المؤمن منه، وهو أيضاً مؤمن لغيره من خلال أقساط التأمين التي يدفعها كمشارك في التأمين. فالمال الذي يُدفع كتعويض لغيره عند وقوع الخطر، له فيه صفة الشريك. فهو يساهم بجزء من ماله في تلك التعويضات على سبيل التبرع). كما جاء في موقع نفس الشركة أيضاً: (إن العلاقة القانونية التي تنشأ بين المستأمنين نتيجة عقد التأمين الجماعي تتسم بالطابع التبرعي. فكل مستأمن متبرع لغيره بما يستحق عليه من التعويضات التي تُدفع للمتضررين من المستأمنين، وفي الوقت نفسه هو متبرع له بما يأخذ من تعويض عند تضرره). ولكن هل الأمر كذلك فعلاً، أم أن في باقي شروط الوثيقة قرائن، ونصوصاً على إرادة المعاوضة، فلا يفيد وجود نص من بين تلك الشروط على كون القسط تبرعاً. ويمكن من استعراض نصوص هذه الوثائق توضيح صفات هذه الوثائق، على النحو الآتي:

الصفة الأولى: عقد معاوضة مالية:

يرى الإمام مالك رحمه الله تعالى أن عقود المعاوضات هي "التصرفات والممارسات الموجبة لتنمية الأموال، وما يقصد به تحصيلها". وهذا مفاد أيضاً من عرض عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، فهي تصرفات تتم فيها مبادلة المال بالمال، يقصد منها كل طرف عند التعاقد تحصيل ما عند الطرف الآخر على سبيل التملك، وإن لم يتم التنفيذ في حق أحد الطرفين كلياً، أو جزئياً، كما في عقود الغرر. ويمكن أن تعرف عقود المعاوضات بأنها (تلك العقود التي يأخذ فيها كلا المتعاقدين مقابلاً لما أعطى، حيث يهدف كل منهما إلى الحصول على ما عند صاحبه على سبيل التملك). وطرفا المعاوضة هما أي حامل وثيقة، وشركة التأمين بالإنابة عن باقي حملة الوثائق. أما العوضان المتقابلان فهما الاشتراك أو قسط التأمين، ومبلغ التأمين. وتنفاد هذه الصفة مما يأتي:

- (١) وجود نصوص صريحة على إرادة المعاوضة تتمثل فيما يأتي:
 - جاء في مقدمة وثيقة تأمين المسؤولية تجاه الغير (المركبات) الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي ما يأتي: (بما أن..... (المؤمن له) قد تقدم إلى (شركة للتأمين) المشار إليها في هذا العقد باسم الشركة بطلب وإقرار خطي للتأمين على المركبة، وسدد الاشتراك المطلوب فإن الشركة تلتزم في حالة وقوع حادث بتعويض الغير المتضرر في حدود مسؤوليتها المنصوص عليها في هذا العقد عن جميع المبالغ التي يلتزم المؤمن له أو السائق المجاز نظاماً بدفعها بصفة تعويض للغير عن الأخطار المغطاة التالية....)^٢.
 - جاء في مقدمات وثائق التأمين الصادرة عن شركة العقيلة للتأمين التكافلي بسوريا: (تم الاتفاق بين شركة العقيلة للتأمين التكافلي (المدير لحساب المشتركين)، والمشارك (العضو في حساب المشتركين) المذكور اسمه في جدول الوثيقة على أنه لقاء قيام المشارك بالاشتراك (أو التعهد بالاشتراك) لحساب المشتركين باشتراك التأمين المذكور بالجدول، وبشرط مراعاة الشروط والاستثناءات والأحكام المنصوص عليها في هذه الوثيقة، أو أي ملحق يضاف

(١) أحمد بن إدريس القرافي. أنوار البروق في أنواء الفروق. بيروت. عالم الكتب. بدون تاريخ. ج ١، ص ١٥١.

(٢) أصدر معالي محافظ مؤسسة النقد العربي السعودي قراراً برقم ٤٢٧/١، بتاريخ ١٤٢٧/٥/١٨، يقضي باعتماد الوثيقة الموحدة لتأمين المسؤولية تجاه الغير (المركبات) الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي، على مستوى المملكة. وأنه على جميع شركات التأمين الالتزام بها، كحد أدنى عند إصدار وثائق المسؤولية تجاه الغير فيما يخص المركبات اعتباراً من ١٤٢٧/٧/١، الموافق ٢٦/٧/٢٠٠٦. وذلك استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة الثانية من نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٣٢، بتاريخ ١٤٢٤/٦/٢، واستناداً إلى المادة الحادية والخمسين من اللائحة التنفيذية للنظام الصادرة بموجب القرار الوزاري رقم ٥٩٦/١، بتاريخ ١٤٢٥/٣/١) تلتزم الشركة بإصدار وثائق التأمين النموذجية وفق المعايير الموحدة المعتمدة من المؤسسة كحد أدنى لجميع فروع التأمين التي تزاولها).

عليها، وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فإن هيئة المشتركين سوف تعوض المشترك (...).

- جاء في مقدمات وثائق التأمين الصادرة عن شركة البركة للتأمين التكافلي بالأردن: (لقد تم الاتفاق بموجب هذه الوثيقة بين شركة البركة للتكافل، بصفتها مديراً بالوكالة لنظام التأمين التكافلي، وبين المشترك المشار إليه في جدول الوثيقة، ومقابل قيامه بتسديد، أو تعهد بدفع قسط التأمين المبين في الوثيقة، متبرعاً به كلياً، أو جزئياً، على أساس تكافلي بين المشتركين، فإن الشركة توافق على تعويض المشترك من الموجودات المتاحة للمشاركين عن الضرر، و/أو الهلاك الذي يلحق بالأموال المؤمنة مع مراعاة كافة الشروط والتعهدات).
- عرفت شركة التأمين الإسلامية المحدودة بالسودان وثيقة تأمين السيارات بأنها: (عقد ملزم يلزم المؤمن (شركة التأمين الإسلامية) بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له مبلغاً من المال أو يعوض عيناً أخرى في حالة وقوع الحادث أو تحقيق الخطر المبين في عقد التأمين وذلك نظير قسط من المال يحدد على أساس قيمة السيارة).¹
- جاء في مقدمات وثائق التأمين الصادرة عن شركة التأمين الإسلامية القطرية: (بما أن المؤمن له (المشترك)، قد التزم بالمشاركة في حساب التأمين والتبرع له، وتقدم إلى الشركة الإسلامية القطرية للتأمين بطلب ... فإن الشركة تتعهد وكالة عن حساب التأمين.... على أن تعوض المؤمن له بعد تسديد اشتراك التأمين أو الموافقة على السداد خلال مدة التأمين المحددة في جدول هذا العقد....).
- جاء في حيثيات عقد التكافل التعاوني للتقاعد الصادر عن بنك الجزيرة: (لما كان "المشترك" قد قام بموجب هذا العقد استناداً إلى مبادئ الوكالة ... بتعيين "مدير التكافل" وكيلاً للقيام نيابة عن "المشترك" بإدارة حساب الاحتياطي الفردي الاستثماري، ويشار إليه بعبارة حساب الاحتياطي، وكذلك حساب التكافل التعاوني (ويشار إليه فيما بعد بعبارة حساب التكافل) لذا، فقد تعاقد الطرفان وهما بكامل الحالة المعتبرة شرعاً على أن يقوم "مدير التكافل" عند وقوع الحالة المشمولة بالتغطية بدفع المنافع المنصوص عليها في هذا العقد.... وفي كل الأحوال، فإن الدفع يتسلم مدير التكافل جميع الاشتراكات من المشترك، حسب ما ينص عليه العقد).

يفاد من النصوص السابقة أن عقود شركات التأمين الإسلامية هي من قبيل هبة الثواب. فقد جعلت استحقاق مبلغ التأمين متوقفاً على دفع الاشتراك بالصفة المحددة في الوثيقة، وهي صفة التبرع. فعقود شركات التأمين الإسلامي هبة بثواب مجهول، فتكون باطلة شرعاً. ذلك أن الهبة أو التبرع وهو القسط في عقد التأمين، وثوابه وهو مبلغ التأمين

¹) <http://www.islamicinsur.com/>

المستحق عند وقوع الخطر هما من جنس واحد، وهو النقود. كما أن القسط أو الهبة فورية، ومبلغ التأمين مجهول من حيث إمكان الحصول عليه، ومن حيث مقداره، ومن حيث أجل الحصول عليه. ويمكن توضيح ذلك على النحو الآتي:

■ المذهب الشافعي

جاء في مغني المحتاج، وفي نهاية المحتاج (ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه كوهبتك هذا على أن تثبيني كذا فقبل فالأظهر صحة العقد نظراً للمعنى، إذ هو معاوضة بمال معلوم، فصح، كما لو قال بعتك. والثاني بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع، ومن ثم يكون بيعاً على الصحيح، فيجري فيه عقب العقد أحكامه... أو بشرط ثواب مجهول، فالمذهب بطلانه، لتعذر صحته بيعاً لجهالة العوض. وهبة لذكر الثواب بناءً على الأصح أنها لا تقتضيه. وقيل تصح هبة بناءً على أنها تقتضيه^١. وفي روضة الطالبين: (وأما القسم الثالث فالمقيدة بالثواب وهو إما معلوم، وإما مجهول. فالحالة الأولى المعلوم فيصح العقد على الأظهر ويبطل على قول فإن صححنا فهو بيع على الصحيح وقيل هبة. فإن قلنا هبة لم يثبت الخيار والشفعة ولم يلزم قبل القبض. وإن قلنا بيع ثبتت هذه الأحكام وهل تثبت عقب العقد أم عقب القبض قولان أظهرهما الأول. ولو وهبه حلياً بشرط الثواب أو مطلقاً وقلنا الهبة تقتضي الثواب فنص في حرمة أنه إن أثابه قبل التفرق بجنسه اعتبرت المماثلة وإن أثابه بعد التفرق بعرض صح وبالنقد لا يصح لأنه صرف وهذا تفريع على أنه بيع. وفي التتمة أنه لا بأس بشيء من ذلك لأننا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض، وكذا سائر الشروط، وهذا تفريع على أنه هبة. وحكى الإمام الأول عن الأصحاب، وأبدى الثاني احتمالاً^٢. وهذه العبارة تفيد عدم جواز أن يكون الثواب من جنس الهبة إذا كانت الهبة نقداً كما هو حاصل في عقد التأمين وفي هذا ما يفيد عدم جواز عقد التأمين التعاوني. وقد ذكر الشيرازي في المهذب أنه (إن شرط فيه ثواباً مجهولاً بطل قولاً واحداً لأنه شرط العوض ولأنه شرط عوضاً مجهولاً^٣). وهذا غير متحقق في عقد التأمين التعاوني الإسلامي.

■ المذهب الحنبلي:

جاء في كشاف القناع: (وإن شرط الواهب فيها أي الهبة عوضاً معلوماً صارت الهبة بيعاً لأنه تمليك بعوض معلوم، وإن شرط في الهبة ثواباً مجهولاً لم تصح الهبة، لأنه عوض مجهول في معاوضة، فلم تصح كالبيع. وحكمها أي الهبة بثواب مجهول حكم البيع الفاسد^٤).

(١) شمس الدين بن شهاب الدين الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. القاهرة. مصطفى البابي الحلبي. ط الأخيرة. ١٩٦٧. ج٧، ص ٤٢٣، ٤٢٤. محمد الخطيب الشربيني. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. بيروت. دار الفكر. بدون تاريخ. ج٢، ص ٤٠٤، ٤٠٥.

(٢) يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ط٢. بيروت. المكتب الإسلامي ١٤٠٥هـ. ج٥، ص ٣٨٧.

(٣) إبراهيم بن علي الشيرازي. المهذب. ط٢، ١٩٥٩، بدون دار نشر. ج١، ص ٤٥٥.

(٤) منصور بن يونس البهوتي. كشاف القناع عن متن الإقناع. بيروت. دار الفكر. ١٩٨٢. ج٤، ص ٣٠٠.

■ المذهب المالكي:

جاء في حاشية الدسوقي: (فيثاب عن العرض طعام، ودنانير، ودرهم، أو عرض من غير جنسه، لا من جنسه لئلا يؤدي إلى سلم الشيء في نفسه. ولا يثاب عن الذهب فضة ولا ذهب، ولا عن الفضة كذلك لتأديته لصرف، أو بدل مؤخر. ولا عن اللحم حيوان من جنسه، وعكسه. ويثاب عن الطعام عرض، أو نقد، لا طعام، لئلا يؤدي إلى بيع الطعام بطعام لأجل مع الفضل. ولو شكا فهبة الثواب كالبيع في غالب الأحوال، وتخالفه في الأقل. لأنها تجوز مع جهل عوضها، وجهل أجله).^١ وهذا لا ينطبق على عقد التأمين الإسلامي لأن جواز هبة الثواب مع جهالة العوض إنما هو بشرط أن يكون الثواب من غير جنس الهبة كما ورد في النص. وفيها أيضاً: (ولا يثاب عن الذهب فضة) محل هذا بعد التفرق، وجاز قبله، كما في المواق. ويفيده تعليل الشارح. وقوله: (فهبة الثواب..) أي بالنظر لعوضها وقوله كالبيع أي فيما يحل ويحرم. وقوله: (في الأقل) أي في أقل الأحوال. وقوله: (لا يلزم عاقدها الإيجاب والقبول) إن أراد أنه يكفي فيها القبض والمعاطاة يقال إن ذلك يكفي أيضاً في البيع، فلا فرق بينهما، وإن أراد غير ذلك فانظر ماذا أراد ولعل الشارح أراد عدم اشتراط الفورية بينهما في الهبة بخلاف البيع فلا بد فيه من الفورية)^٢. وفي الشرح الكبير للدردير: (وجاز للواهب شرط الثواب أي العوض على هبته عين الثواب أم لا نحو وهبتك هذا بمائة أو على أن تثبيني ولزم الثواب بتعيينه إن قبل الموهوب له فيلزمه دفع ما عين، وأما عقد الهبة المشروط فيها الثواب فللواهب بالقبض كما يأتي عين الثواب أم لا)^٣. وفيه أيضاً: (والحاصل أن الثواب إذا عينه أحدهما ورضي به الآخر كان العقد لازماً لكل منهما سواء قبضها الموهوب له أم لا وإن كان الثواب غير معين فلا يلزم العقد الواهب إلا بقبضها ولا يلزم الموهوب له إلا بفواتها بزيادة أو نقص)^٤.

■ المذهب الحنفي:

جاء في تكملة حاشية ابن عابدين: (أما الهبة بشرط العوض فهي هبة ابتداءً ببيع انتهاءً)^٥. وفيه أيضاً: (والقياس أن تكون الهبة بشرط العوض بيعاً ابتداءً وانتهاءً كما في فتاوى قاضيخان)^٦. وجاء في بدائع الصنائع: (وأما الشرائط فأنواع..... فهو أن لا يكون معلقاً بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد ونحو ذلك، ولا مضافاً إلى وقت، بأن يقول: وهبتك. ولا مضافاً إلى وقت، بأن يقول: وهبت هذا الشيء منك غداً، أو رأس شهر كذا، لأن الهبة

^١ محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير. القاهرة. دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ. ج٤، ص ١١٤.

^٢ المصدر نفسه. ج٤، ص ١١٦.

^٣ أحمد الدردير. الشرح الكبير لمختصر خليل. القاهرة. دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ. ج٤، ص ١١٤.

^٤ المصدر نفسه. ج٤، ص ١١٦.

^٥ محمد أمين بن عابدين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. بيروت. دار الفكر. ١٩٧٩. تصوير ط٢ ١٩٦٦. ج٨، ص ٤٢٠.

^٦ المصدر نفسه. ج٨، ص ٥٠٦.

تمليك العين للحال. وأنه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع^١. وفيه: (الهبه بشرط العوض تقع تبرعاً ابتداءً ثم تصير بيعاً في الانتهاء)^٢. وفيه أيضاً: (وأما العوض المشروط في العقد فإن قال وهبتك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد قال أصحابنا الثلاثة: إن عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع وربما عبروا أنه هبة ابتداءً بيع انتهاءً... ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض، ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبض، وكذا إن قبض أحدهما ولم يقبض الآخر. ولو تقابضا يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية. ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة إن كان غير منقول فقد وجد في هذا البيع لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملاً بشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملاً بشبه البيع وعملاً بالدليلين بقدر الإمكان)^٣.

(٢) وجود قرائن على إرادة المعاوضة، منها على سبيل المثال:

- جاء في وثائق التأمين الصادرة عن شركة العقيلة للتأمين التكافلي: (يجوز للشركة إلغاء هذه الوثيقة.... وفي تلك الحالة يحق للمشارك استرداد مبلغ نسبي من الاشتراك الذي يتعلق بالفترة غير المنقضية من مدة التأمين. كما ويجوز إلغاء هذه الوثيقة من طرف المشترك، وبشرط ألا يكون المشترك قد تقدم إلى الشركة بأي مطالبة عن المدة المنقضية من السنة التأمينية. وفي تلك الحالة تحتفظ الشركة باشتراك نسبي عن الفترة المنقضية من التأمين. وتبقى الشركة والمشارك ملتزمان بكل أحكام الوثيقة فيما يتعلق بالمطالبات القائمة). ويوجد نحو هذا النص في وثائق باقي شركات التأمين. فاسترداد جزء من الاشتراك مرهون بعدم حصول حامل الوثيقة على تعويض خلال مدة سريان العقد قبل تاريخ الإلغاء، لأن الحصول على التعويض يعني حصول المعاوضة، حيث حصل على مقابل لما دفعه من اشتراك. ويوجد نحو هذا النص في وثائق التأمين الصادرة عن باقي الشركات.
- جاء في وثيق التأمين من الحريق الصادرة عن شركة البركة للتأمين التكافلي: (يخضع مبلغ تأمين هذه الوثيقة بعد كل حادث، بما يعادل قيمة الأضرار التي أقرتها الشركة، ودفعت تعويضاً عنها. ومع ذلك، يجوز للمشارك أن يطلب إعادة مبلغ التأمين إلى قيمته الأصلية، مقابل دفع قسط نسبي عن الفترة الباقية لحين انتهاء مدة التأمين). وهذا يعني المعاوضة، لأن القسط الإضافي إنما هو مقابل للزيادة في مبلغ التأمين. وهذا البند موجود في سائر وثائق التأمين الصادرة عن سائر الشركات.

^١ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت. دار الفكر. ط٢. ١٩٨٢. ج٦/ ص ١١٨.

^٢ المصدر نفسه. ج٦، ص ١١٩.

^٣ المصدر نفسه. ج٦، ص ١٣٢.

ومن ثم، تعد هذه النصوص قرائن على إرادة المعاوضة، رغم وجود نص على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع، لأن القرائن هنا أقوى من النص فيصير النص مهملًا. يقول ابن القيم: (القصد في العقد معتبرة دون الألفاظ المجردة التي لم تقصد بها معانيها، وحقائقها، أو قصد غيرها ... والمتكلم بصيغ العقود إما أن يكون قاصداً للتكلم بها، أو لا يكون قاصداً. فإن لم يقصد التكلم بها كالمكره والنائم لم يترتب عليها شيء. وإن كان في بعض ذلك تفصيل ونزاع ... وإن قاصداً للتكلم بها فيما أن يكون عالماً بغاياتها، متصوراً لها، أو لا يدري معانيها البتة ... فإن لم يكن عالماً بمعناها، ولا متصوراً لها، لم يترتب عليه أحكامها أيضاً ... وإن كان متصوراً لمعانيها عالماً بمدلولها فيما أن يكون قاصداً لها، أو لا. فإن كان قاصداً لها ترتبت أحكامها في حقه، ولزمته. وإن لم يكن قاصداً لها، فيما أن يقصد خلافها، أو لا يقصد معناها، ولا غير معناها. فإن لم يقصد التكلم بها فهو الهازل. وإن قصد غير معناها فيما أن يقصد ما يجوز له قصده أو لا.... وأما في الحكم فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزم أيضاً، لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه. وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلاً وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه. وإن قصد بها ما لا يجوز قصده... فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه....)¹.

الصفة الثانية: عقد ملزم للجانبين:

عقود شركات التأمين التعاوني عقود ملزمة للجانبين. ويتمثل الالتزامان المتقابلان في التزام المشترك، أو حامل الوثيقة، بدفع الاشتراك، أو القسط المطلوب. والتزام الشركة في المقابل بالإجابة عن باقي حملة الوثائق بتعويضه، أو تعويض المستفيد، عند وقوع الخطر. وهذان الالتزامان يقابل كل منهما الآخر. فكل منهما سبب في وجود الآخر، وأثر مترتب عليه في نفس الوقت. وهذا مفاد من العبارات الواردة في الفقرة السابقة، والدالة على دخول العقد تحت باب المعاوضات.

الصفة الثالثة: عقد إذعان:

شركة التأمين هي الجانب القوي، ولا يملك المؤمن له أن ينزل عند شروط الشركة، وهي شروط مطبوعة سلفاً من قبلها، ومعمروضة على الناس كافة. وليس أمام جمهور المؤمن لهم إلا توقيع وثيقة مطبوعة، دون أية مناقشة لشروطها. فلا تترك لهم الحرية إلا في اختيار التأمين، من عدمه، فمن شاء أن يؤمن فليوقع على ما فرضته الشركة من الشروط.

¹ محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين. بيروت. دار الجيل. بدون تاريخ. ج ٣. ص ١١٩ - ١٢٢.

الصفة الرابعة: عقد احتمالي أو عقد غرر:

يعرف العقد الاحتمالي، أو عقد الغرر، في الفقه الإسلامي تعريفات عديدة منها: "ما شك في حصول أحد عوضيه، أو مقصود منه غالباً"^(١)، "هو الذي لا يعرف المتعاقد فيه ما الذي ملك، بإزاء ما بذل"^(٢)، "ما لا يوثق بحصول العوض فيه"^(٣). "الغرر ما لا يدري هل يتم أم لا"^(٤)، "التردد بين أمرين أحدهما على الغرض، والثاني على خلافه"^(٥)، "ما له ظاهر محبوب، وباطن مكروه"^(٦).

يفاد من التعريفات السابقة، ومن استعراض عقود الغرر في الفقه الإسلامي مثل بيعوع الملامسة، والمناذرة، وغيرها، أن عقود الغرر، أو العقود الاحتمالية، في الفقه الإسلامي عقود معاوضات يكثر فيها الغرر، ويغلب عليها، حتى صارت توصف به. لأن الشيء إذا كان متردداً بين معنيين لا يوصف بأحدها دون الآخر، إلا أن يكون أخص به، وأغلب عليه"^(٧). وإن لم يتم تنفيذ المعاوضة كلياً، أو جزئياً، في حق أحد طرفي العقد، فعقود الغرر في الفقه الإسلامي تصنف تحت باب المعاوضة على الرغم من عدم تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين فيها جزئياً أو كلياً، لأن العبرة في إدخال العقد تحت باب المعاوضة، أو التبرع، إنما هي بقصد المتعاقد عند توقيع العقد. والغرر في عقود التأمين هذه غرر فاحش، للأدلة الآتية:

- دخول عقود التأمين تحت تعريفات الغرر^(٨) لأن المؤمن له عند التعاقد يشك في حصوله على مبلغ التأمين، لتوقف ذلك على واقعة احتمالية مستقبلية الوقوع، قد تقع، وقد لا تقع. ومن ثم قد يحصل المستفيد على مبلغ التأمين كلياً، أو جزئياً، وقد لا يحصل عليه.
- تحقق ضوابط الغرر الفاحش في عقد التأمين: ذكر فقهاء المالكية أن الغرر الذي يبطل عقود المعاوضات يقع في سبعة أشياء، منها: الغرر في الوجود كالأبق قبل الإباق، والحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء، وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ رمي الحصة. والغرر من جهة الأجل كبيع الدار، والثلث أن ينفق المشتري على البائع طيلة حياته. وهذه الضوابط تنطبق على عقد التأمين كما يأتي:

(١) محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب. مواهب الجليل شرح مختصر خليل. طرابلس الغرب. مكتبة النجاح. بدون تاريخ. ج٤، ص٣٦٢.

(٢) عبد الكريم بن محمد الرفاعي، فتح العزيز شرح الوجيز، القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، بدون تاريخ، ج٨، ص١٢٧.

(٣) حاشية القليوبي على شرح المنهاج، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، بدون تاريخ، ج٢، ص١٦٢.

(٤) شرح الحطاب على متن خليل، ٣٦٨/٤؛ انظر: القرائي، مرجع سابق، ج٣، ص٢٦٥.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج٣، ص٥٥.

(٦) القرائي، مرجع سابق، ج٣، ص٢٦٦.

(٧) محمد بن أحمد بن رشد، المقدمات المهمات، ط١، القاهرة: مطبعة السعادة، بدون تاريخ، ص٥٤٧.

(٨) انظر: حسين حامد حسان. مرجع سابق. ص٤٥، ٤٦.

- ✓ الغرر في الوجود: مبلغ التأمين دين في ذمة المؤمن غير محقق الوجود، إذ يتوقف وجوده على وجود الخطر المؤمن منه.
- ✓ الغرر في الحصول: حيث يتوقف حصول المتعاقد على مبلغ التأمين، وهو ما بذل فيه من الأقساط، على حادث احتمالي، قد يكون، وقد لا يكون. وعلى افتراض تأكده كما في الوفاة يكون الغرر في أجل الحصول على مبلغ التأمين.
- ✓ الغرر في مقدار العوض: قد تحصل شركة التأمين قسطاً واحداً ثم تقع الكارثة، فتدفع مبلغ التأمين كله، أو بعضه. وقد تحصل عدداً كبيراً من الأقساط قبل وقوع الحادث المؤمن منه، وبين الحالين فارق كبير يصل إلى آلاف الريالات. وأما بالنسبة إلى المؤمن فإنه يدفع قسطاً ثابتاً في مقابل تعهد الشركة بدفع مبلغ معين يحدد القسط على أساسه، غير أن الشركة قد تدفع هذا المبلغ بتمامه، وقد تدفع جزءاً منه حسب ما أصاب المال المؤمن عليه من ضرر.
- ✓ الغرر في الأجل: أجل الحصول على مبلغ التأمين وهو التزام في ذمة المؤمن قد يكون مضافاً إلى أجل غير معين، كما في بعض صور التأمين على الحياة، حيث يلتزم بدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن له، وهو أجل مجهول.

المبحث الثالث

التكليف الشرعي للشركة في قيامها بجمع الاشتراكات واستثمارها ودفع التعويضات

تتكون عقود شركات التأمين التعاوني من عقدين متلازمين هما:

(١) **عقد وكالة بأجر:** وذلك فيما يتعلق بإدارة، وتنظيم، عمليات التأمين، من جمع الاشتراكات، ودفع التعويضات، واستثمار الاشتراكات. كما في عقود تكافل بنك الجزيرة، وعقود شركة العقيلة للتأمين التكافلي والتي جاء في مقدمات وثائقها (طبقاً لنظامها الأساسي، وكشركة تعمل بمبدأ التأمين التكافلي يعتبر قبول هذه وثيقة التأمين هذه والصادرة عن شركة العقيلة للتأمين التكافلي). أو جمع الاشتراكات، ودفع التعويضات دون الاستثمار كما هو حاصل في عدد من الشركات. فمن المعلوم في التأمين التعاوني، أن حملة الوثائق مؤمنون، ومؤمن لهم في نفس الوقت، وأن الهيئة تقوم بجمع الاشتراكات، ودفع التعويضات للمستحقين نيابة عنهم، أي أنها تتحلل صفة المؤمن، وتبقى لكل منهم صفة المؤمن له فقط، فيكون ما ينشأ بين الشركة، وحامل الوثيقة بالنظر إلى هذا الأمر عقد وكالة. والوكالة هي استنابة جائز التصرف مثله فما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الأدميين^١، وما تقوم به الشركة مما تدخله النيابة من حقوق الأدميين، مؤقت بمدة زمنية معلومة هي سنة غالباً، ومعلق على شرط مستقبلي فيما يتعلق بدفع التعويضات، ذلك أن التعويضات معلق دفعها بوقوع الخطر، حيث لا تدفع إلا بعد وقوعها وهذا جائز شرعاً، فإن الوكالة تصح معلقة ومؤقتة^٢. وقد نص على صفة الوكالة صراحة جميع العقود وذلك بالنسبة لجمع الاشتراكات، ودفع التعويضات للمستحقين منهم بموجب شروط الوثيقة، وفيما تستلزمه هذه العملية من حساب اشتراكات، وإعادة تأمين، خلال مدة معلومة، هي سنة غالباً. ولما كانت الشركة تتقاضى عائداً مقابل القيام بهذا العمل، يحدد في نهاية العام بناءً على المصروفات الفعلية للشركة في بعض الشركات، وبنسبة معلومة محددة سلفاً من الاشتراكات في البعض الآخر، فإن العقد يكون عقد وكالة بأجر، والوكالة جائزة شرعاً، بأجر، وبدون أجر^(٣)، ولكن لما كان الأجر غير محدد سلفاً في حق من حدد الأجر بالمصروفات الفعلية للشركة، أو بحصة معينة من الفائض، ولا يعلمان إلا في نهاية العام، فإنه يكون مجهولاً، ولا تصح الوكالة بأجر إلا إذا كان الأجر معلوماً، لأنها

(١) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت، دار الفكر، ١٩٨٢م، ج ٣، ص ٤٨.

(٢) انظر: المصدر نفسه، في نفس الموضع.

(٣) انظر: المصدر نفسه، ج ٣، ص ٤٨٩.

تكون حينئذ نوعاً من المعاوضات^(١). ولأن الجهالة في مقدار أحد العوضين من ضوابط الغرر الفاحش، الذي يبطل عقود المعاوضات. وحيث إنه من الممكن معرفة تلك المصروفات الفعلية من واقع مصروفات الشركة المماثلة، ومن واقع مصروفات هذه الشركة للسنوات الماضية، فإنه ينبغي تحديد ذلك الأجر سلفاً، أو تحديد سقفين أدنى، وأعلى، لتلك المصروفات في النظام الأساس، على أن يمكن حامل الوثيقة من الإطلاع عليه، أو يوضع في شكل ملحق للوثائق. فتحديد ذلك العائد سلفاً من شأنه نفي الغرر عن العقد، فلا يكون عرضة للبطلان. ومن شأنه أيضاً عدم تمكين الشركة من المبالغة في المصروفات بشكل كبير. فعدم تحديد ذلك العائد سلفاً يمكن الشركة من الذهاب بجميع الاشتراكات، وعوائدها، تحت بند مصروفات فعلية، بل ربما جعل حملة الوثائق يعانون من الخسارة^(٢).

(٢) **عقد مضاربة:** نصت عقود التأمين الصادرة عن عدد من شركات التأمين الإسلامية على وجود علاقة مضاربة بين الشركة، وبين حملة الوثائق، فيما يتعلق باستثمار الاشتراكات المتجمعة لديها. فإن الشركة مضارب مشترك، حيث يكون كل حامل وثيقة بمثابة رب مال. كما أنها مضاربة مطلقة من حيث التصرف. إلا إنها مقيدة، أو مؤقتة، من حيث الزمان، لأن مدة العقد سنة واحدة. فالمال مقدم من حملة الوثائق، والعمل حاصل من قبل الشركة، مقابل نسبة مئوية معينة من الربح، تؤخذ من أرباح المؤمن لهم. ولكن هل العقد كذلك فعلاً. وللإجابة على هذا السؤال يتم استعراض أركان عقد المضاربة وشروط صحتها في الفقه الإسلامي للتعرف على مدى انطباقها على هذا العقد.

(٣) **انطباق أركان المضاربة على العقد:** للمضاربة في الفقه الإسلامي أركان ثلاثة هي: العاقدان، الصيغة، المحل.

(٤) **العاقدان:** تمثل الشركة العاقد الأول، ويمثل حامل الوثيقة العاقد الثاني، وبذلك يتحقق الركن الأول من أركان المضاربة.

✓ **الصيغة:** يتخذ العقد الصيغة الكتابية، وهذا جائز شرعاً، حيث تتعقد المضاربة بكل ما يدل على معناها عرقاً من قول، أو فعل أو كتابة، لأن المقصود هو المعنى، فجاز بكل ما يدل عليه^٣. وهناك نصوص صريحة تدل على أن المقصد الأساس من العقد هو حصول المؤمن له على مبلغ التأمين عند وقوع خطر معين موضح بالعقد، أما المضاربة، أو استثمار المال، فليس مقصوداً لذاته، بل هو أمر تابع، مكمل، للمقصد الأساس للعقد.

(١) انظر: المصدر نفسه، في نفس الموضع.

(٢) كما حصل فعلاً في بعض السنوات، انظر: تقرير المحاسب القانوني الوارد في تقرير التعاونية للتأمين لعام ١٩٨٧م، ص ١٧.

(٣) انظر: صالح المرزوقي، شركة المساهمة في النظام السعودي، مكة المكرمة: جامعة أم القرى، ١٤٠٦هـ، ص ٧٦ - ٨١.

✓ **المحل:** هو ما تتعقد عليه المضاربة من رأس المال، والعمل^١، وهذا متحقق هنا، فرأس المال هو اشتراكات التأمين المتجمعة من المؤمن لهم. والعمل حاصل من الشركة في هذا المال لصالح حملة الوثائق. إذن فالمضاربة ثابتة فيما يتبقى من الاشتراكات بعد تخصيص الجزء المتعارف عليه لسداد التعويضات المحتملة مستقبلاً.

أ. انطباق شروط صحة المضاربة على العقد:

اشترط الفقهاء لصحة عقد المضاربة شروطاً لعل من أبرزها:

✓ أن يكون رأس المال نقداً^٢. وهذا متحقق هنا، فإن الاشتراكات وهي رأس مال المضاربة تتخذ الصفة النقدية دائماً.

✓ أن يكون رأس المال معيناً، معلوم المقدار^٣، عند إجراء العقد وهذا غير متحقق هنا للأسباب الآتية:

أ. يتكون رأس المال المستثمر الخاص بالمؤمن لهم من شقين هما:

✓ **الجزء المتبقي من الاشتراكات المكتسبة بعد تخصيص جزء منها لمواجهة المدفوعات اليومية، وهذا الجزء هو الذي يشكل القسم الأول من رأس مال المؤمن لهم، وهو المعول عليه، لأنه موجود دائماً، وهو معلوم للشركة فقط^٤.**

✓ **الجزء المخصص للاستثمار في بعض عقود التكافل، حيث نص القانون الإماراتي رقم ٤، لعام ٢٠١٠، على تقسيم اشتراكات بعض فروع التكافل العائلي إلى قسمين، قسم يخصص للاستثمار، وقسم آخر يخصص لدفع الاستحقاقات. وهذان القسمان معلومان سلفاً للشركة.**

✓ **المتبقي من الجزء المخصص من الاشتراكات لمواجهة المدفوعات اليومية. فقد يتوفر جزء من ذلك المال المخصص للتعويض فيوجه بدوره إلى الاستثمار، ليكون عند وجوده القسم الثاني من رأس المال المستثمر، الخاص بحملة الوثائق، وهو أيضاً مجهول المقدار لكلا الطرفين ولا يعلم إلا بعد انتهاء الفترة الزمنية التي خصص هذا القسم لمواجهة المدفوعات اليومية خلالها. كما أن هناك فرق بين ما يسمى الاشتراكات المكتتبه وهي التي تم تحصيلها فعلاً من المؤمن لهم، وما يسمى بالاشتراكات المكتسبة، وهي ما تحتفظ به الشركة لنفسها، بعد عمليات إعادة التأمين، وبعد خصم ما تم تحصيله في الفترة الحالية، ويتعلق بأخطار في السنة القادمة، فقد جرى عرف شركات التأمين والشركات محل**

(١) انظر: المصدر نفسه، ص ٨٢ - ٨٤.

(٢) انظر: البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٩٨، ٥٠٧.

(٣) انظر: البهوتي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٩٨، ٥٠٧.

(٤) ما تحتفظ به الشركة لنفسها بعد إعادة التأمين.

الدراسة من بينها على إعادة تأمين جزء من الوثائق الصادرة عنها، والاحتفاظ بجزء منها. ويتحدد هذا الجزء بناءً على المقدرة المالية للشركة، وعلى بعض النواحي الفنية الأخرى، وهي نسبة غير ثابتة، بل تختلف من سنة لأخرى، تبعاً لظروف معينة وفي هذا نوع من الجهالة، فيما يتعلق بحجم رأس المال المستثمر، فاشتراكات الوثائق المعاد تأمينها تمثل اقتطاعاً من رأس المال المستثمر، وهذا غير معلوم عند التعاقد بالنسبة لحملة الوثائق على الأقل، ولا يعلم إلا في نهاية العام.

✓ أن يشترط العاقدان لكل واحد منهما جزءاً من الربح، مشاعاً، معلوماً، أي نسبة مئوية، محددة سلفاً، عند التعاقد مثل ١٠٪ للمضارب، أو ٢٠٪ وهكذا^(١). وهذا متحقق هنا.



(١) انظر: البهوتي، مصدر سابق، ج٤، ص٤٩٨.

المبحث الرابع الفائض وتوزيعه

يسوي بعض الشركات في استحقاق الفائض بين من استحق تعويضاً خلال مدة سريان العقد ، وبين من لم يحصل على فائض. وهناك من يعطي حصة من الفائض لمن لم يحصل على تعويض خلال مدة سريان العقد ، دون من حصل على تعويض. ولعل هذا يتفق كما يرى الباحث مع مبدأ التعويض الذي يحكم عقود هذه الشركة وغيرها من الشركات. وفي الجمع بين التعويض والفائض مخالفة لهذه القاعدة كما ترى هذه الشركات. كما أن الجمع بين التعويض والفائض قد يشجع المؤمن له على الإهمال. وهناك من يعطي من لم يحصل على تعويض حصة من الفائض أكبر ممن حصل على تعويض. وهناك من يعطي من حصل على تعويض حصة من الفائض إذا كان التعويض المستحق أقل من الأقساط المدفوعة ، وإما إن كان التعويض المستحق مساوياً لما دفع من أقساط أو أكبر منها فلا يحصل على أي حصة من الفائض. ويرى الباحث وجود بعض الملاحظات حول هذه السياسات التوزيعية:

- (١) يثبت حق المؤمن له في الحصول على جزء من الفائض إذا تبرع بجزء من القسط، لاختلاف مصادر الاستحقاق. حيث ينص عادة في هذه الحالة على أن القسط يتبرع منه لمن يتضرر من حملة الوثائق. وبالتالي فإن المؤمن له يسترد جزءاً من مال مملوك له أصلاً تبرع ببعضه، فكان له حق استرداد الباقي. أما مبلغ التأمين فيحصل عليه تبرعاً من باقي حملة الوثائق لتوفر شروط الاستحقاق فيه. فكان له الجمع بين المبلغين لاختلاف مصادر الاستحقاق. وهذا غير متحقق هنا لأن القسط لم يدفع تبرعاً أصلاً كما يرى الباحث.
- (٢) ينتفي حق المؤمن له في الحصول على جزء من الفائض إذا تبرع بالقسط كله، حيث إنه يخرج من ملكه. وفي هذه الحالة يوضع جميع الفائض كاحتياط للأعوام القادمة. وهذا غير متحقق هنا أيضاً لأن القسط لم يدفع تبرعاً أصلاً كما يرى الباحث.
- (٣) ينتفي حق المؤمن له في الحصول على جزء من الفائض إذا تم دفع القسط على سبيل المعاوضة، سواء أحصل على تعويض مهما بلغ حجمه، أم لم يحصل، كما يرى شراح القانون.
- (٤) لا يعني حصول المؤمن له على الفائض في حال حصوله على تعويض أنه في وضع أفضل مما كان عليه قبل وقوع الخطر. ويتم توضيح ذلك على النحو الآتي:
■ الثروة قبل وقوع الخطر - القسط = الثروة - القسط (بافتراض وجود تأمين وعدم وقوع الخطر، وعدم وجود فائض).....(١).

■ الثروة قبل وقوع الخطر - القسط = المتبقي مع الثروة بعد وقوع الخطر + التعويض - القسط (بافتراض وجود تأمين وحصول المؤمن له على تعويض وعدم حصوله على الفائض).....(٢).

■ الثروة قبل وقوع الخطر - القسط = الثروة - القسط + الفائض (بافتراض وجود تأمين وعدم الحصول على تعويض والحصول على جزء من الفائض).....(٣).

■ الثروة قبل وقوع الخطر - القسط = المتبقي من الثروة بعد وقوع الخطر - القسط + التعويض + الفائض (بافتراض وجود تأمين والحصول على تعويض والحصول على جزء من الفائض).....(٤).

يمثل الحصول على الفائض تخفيضاً في قيمة القسط المدفوع، سواء أحصل المؤمن له على تعويض، أم لم يحصل. ومن ثم فإن الجمع بين التعويض وبين الفائض لا يجعل المؤمن له في وضع أفضل مما كان عليه قبل وقوع الخطر. حيث إن (المتبقي من الثروة بعد وقوع الخطر + التعويض = الثروة قبل وقوع الخطر).

(١) لا يعد توزيع الفائض دليلاً على قصد التبرع لأن الفائض إنما يستحقه حامل الوثيقة لأنه مؤمن. وهو مقابل لتحمله أي خسارة محتملة، فالفائض يقابل الريح في التأمين التجاري، فهما متماثلان في طريقة حساب كل منهما.

(٢) يؤدي التفريق بين حملة الوثائق في الحصول على الفائض إلى جعل بعضهم أفضل من البعض الآخر من حيث الوضع الاقتصادي. حيث يكون من لم يتعرض لخطر معين وحصل على فائض، أفضل ممن تعرض لخطر معين، ولم يحصل على فائض. أما التسوية بين الطرفين من حيث الحصول على الفائض فإنه يجعلهما في نفس الوضع الاقتصادي، ولكنه يخفض حجم الجزء من الفائض والذي يحصل عليه من لم يتعرض لخطر معين.



المبحث الخامس

التصرف في حال الخسارة

نصت المادة ٦٦ من شروط وأحكام عقد شركة الأهلي تكافل عند بيان مهام الوكيل، على الالتزام بتقديم قرض حسن في حالة عدم كفاية الاشتراكات. كما نصت على ذلك المادة السابعة من شروط وأحكام عقد تكافل الأنجال الصادر عن البنك السعودي الفرنسي. والعمل جار على نحو هذا في كثير من شركات التأمين الإسلامية. ويرى الباحث وجود عدد من الملاحظات المتعلقة بالتعامل مع العجز على النحو الآتي:

■ الالتزام بإقراض صندوق التأمين عند الحاجة، هو من باب الجمع بين بيع وسلف. لأن العلاقة القائمة بين الشركة والمشاركين علاقة وكالة بأجر، وهي نوع من المعاوضات. لأن الوكيل يبيع عمله للمشارك وهو الموكل مقابل أجر معين. ولولا وجود هذه الوكالة لما التزمت الشركة بإقراض الصندوق عند عجزه. فكأن الشركة اشترطت على نفسها شرطاً لصالح المشتركين، كمقابل لقيامها بالوكالة، يتمثل في إقراض الصندوق عند العجز. وهناك شرط آخر مفاد ضمناً هو شرط إقراض المشارك للوكيل أو الشركة. فقد ورد في شروط وأحكام عقد تكافل الأنجال الصادر عن البنك السعودي الفرنسي مثلاً في الفقرة ٣,٢. من شروط وأحكام العقد: (تقتطع مساهمات هذا العقد مباشرة من حساب المشترك، لأمر البنك). ويتحقق ذلك فعلاً بالإيداع في البنك السعودي الفرنسي المالك للشركة، وأحد الوكيلين. كما يشترط أن يكون حساب المشتركين لدى البنك السعودي الفرنسي، وهو أحد الوكيلين. ولما كانت الوديعة المصرفية قرصاً في حقيقتها، كان شرط إقراض المشارك للبنك المالك للشركة شرطاً ضمناً للتعاقد. جاء في شرح منتهى الإيرادات عند الحديث عن الشروط في البيع: (وفاسده أي الشرط الفاسد ثلاثة أنواع: مبطل كشرط بيع آخر، أو سلف، أو قرض، أو إجارة، أو شركة، أو صرف الثمن أو غيره. وهو بيعتان في بيعة المنهي عنه)^١. وفي المغني: (ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه، أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم، والبيع باطل)^٢. وفي نهاية المحتاج: (باب في البيوع المنهي عنها وما يتبعها: ثم النهي قسمان: أحدهما ما يقتضي الفساد والحرمة... وعن بيعتين في بيعة... وعن بيع وشرط، كبيع بشرط بيع كما مر، أو بيع دار بألف، بشرط قرض مائة، لأنه جعل العقد ورفق العقد الثاني ثمناً، واشترطه فاسد، فبطل مقابله من الثمن وهو مجهول،

(١) منصور بن يونس البهوتي. شرح منتهى الإيرادات (دقائق أولي النهي لشرح المنتهى). ط١. بيروت. مؤسسة الرسالة. ٢٠٠٠، ١٤٢١. ج٣، ص ١٧٤، ١٧٥.

(٢) عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني. الرياض. مكتبة الرياض الحديثة. ١٩٨١، ١٤٠١. ج٣، ص ٢٦٠.

فصار الكل مجهولاً^١. وفي الشرح الكبير للدردير: (وكبيع وشرط يناقض المقصود من البيع، أو يخل بالثمن كبيع وشرط سلف من أحدهما، لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن، أو المثلن، وهو مجهول، أو لما فيه من سلف جر نفعاً وهو ظاهر، وأما جمعهما من غير شرط فجائز على المعتمد. وصح البيع إن حذف شرط السلف ونحوه من كل شرط يناقض القصد)^٢. وفي بدائع الصنائع عند الحديث عن شروط صحة البيع: (ومنها شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع، أو للمشتري، وليس بملائم للعقد، ولا مما جرى به التعامل بين الناس، نحو إذا باع داراً على أن يقرضه المشتري قرضاً، أو يبيع منه كذا ونحو ذلك فالبيع في هذا كله فاسد، لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا والبيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا وإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا)^٣. فعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك). رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح^٤. قال البغوي: المراد بالسلف هنا القرض^٥. وشرط السلف وإن كان غير منصوص عليه صراحة كشرط في العقد إلا إنه مفهوم ضمناً، ومتعارف عليه، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. فلماذا لا يجعل كل الفائض عند وجوده احتياطاً للصندوق. كما يمكن الرجوع على المشترين عند العجز مقابلاً لحصولهم على الفائض عند وجوده إن قلنا بتوزيعه، لأن الغنم بالغرم. أو لماذا لا يكون التوزيع من الموجود فقط، أسوة بما جاء في الحديث عن الإفلاس خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك^٦. كما يرى الباحث أن هذا يقابل ما يحصل في التأمين التجاري، حيث يسد العجز من رأس مال الشركة، مقابل حصولها على الربح. فتعهد المساهمين بسداد العجز إنما هو مقابل لحصولهم على حصة على الفائض في عدد من الشركات.



^١ شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ط الأخيرة. القاهرة. مصطفى البابي الحلبي. ١٩٦٧، ١٣٨٧. ج٣، ص ٤٤٥، ٤٥٠.

^٢ أحمد الدردير. الشرح الكبير لمختصر خليل. القاهرة. دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ نشر. ج٣، ص ٦٧، ٦٦.

^٣ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط٢. بيروت. دار الكتاب العربي. ١٤٠٢، ١٩٨٢. ج٥، ص ١٦٩.

^٤ أبو عيسى محمد بن سورة الترمذي. صحيح الترمذي. بيروت. دار الكتاب العربي. ج٥، ص ٢٤٣. والحديث صححه أيضاً ابن خزيمة والحاكم، وأخرجه ابن حبان والحاكم أيضاً بلفظ (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع). وهو عند هؤلاء كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. انظر: محمد بن علي الشوكاني. نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار. الطبعة الأخيرة. القاهرة. مصطفى البابي الحلبي. بدون تاريخ نشر. ج٥، ص ٢٠٢.

^٥ انظر: الشوكاني. نيل الأوطار. ج٥، ص ٢٠٢.

^٦ تمت مناقشة مسألة الالتزام بالقرض من قبل المساهمين في ورقة مفصلة لفضيلة أ.د. علي القرعة داغي، مقدمة إلى الملتقى الثالث للتأمين التعاوني بالرياض. ٢٠١١/١٢/٨.٧.

القسم الثاني

بيان أحكام التأمين على الحياة والسيارات والحق التعويضي، والجهة المستفيدة في التأمين على الحياة، مع توضيح حكم التأمين التجاري على الحياة الذي تقوم فيه بعض المؤسسات أو الشركات بدفع قسطه لموظفيها من بند مخصص له، دون أن يكون للموظف حق الاعتراض عليه، ودون أن يكلف شيئاً، وكذلك بيان أحكام التأمين ضد الحوادث، والتأمين الشامل على السيارات، والتأمين على الدين والودائع والصادرات.

ينقسم التأمين الخاص باعتبار الهيئات الممارسة للتأمين، أو باعتبار الصفة أو الطبيعة القانونية للمؤمن، إلى تأمين تجاري يمارس أو يطبق عن طريق هيئات تجارية، وتأمين تعاوني يمارس أو يطبق عن طريق هيئات تعاونية. وينقسم كل منهما بدوره من حيث الخطر المؤمن منه إلى تأمين بري، وتأمين بحري. وينقسم التأمين البري بدوره إلى تأمين على الأشياء، وتأمين من المسؤولية المدنية وتأمين على الأشخاص. ويتم التعريف بهذه الأنواع على النحو الآتي:

التأمين على الأشياء:

يغطي هذا النوع من التأمين ممتلكات المؤمن له أثناء وجودها على اليابسة. ويهدف إلى إرجاع المؤمن له إلى نفس الحالة الاقتصادية التي كان عليها قبل وقوع الخطر. أي المحافظة على المستوى الاقتصادي للفرد، أو المحافظة على ثروة الفرد عند مستوى معين. ويتحقق ذلك بدفع مبلغ التأمين المستحق للمستفيد عند تحقق الخطر منه، بالمقدار الذي يعيده اقتصادياً إلى المستوى الذي كان عليه قبل وقوع الخطر. ومن أمثله التأمين ضد السرقة، والحريق، وعلى الصادرات، وغيرها من الحوادث التي تصيب ممتلكات المؤمن له، فتؤدي إلى خسارة المؤمن لجزء من قيمة تلك الممتلكات، أو جزء من ثروته. ومن ثم يكون المؤمن له هو المستفيد من التعويض غالباً.

التأمين من المسؤولية المدنية:

يغطي هذا التأمين الفرد ضد المسؤولية المدنية التي تلحقه نتيجة قيامه بتصرف معين، يرتب حقاً مالياً في ذمته لصالح طرف ثالث. ويهدف أيضاً إلى إرجاع الفرد إلى نفس المستوى الاقتصادي الذي كان عليه قبل وقوع الخطر. وهو يغطي الذمة المالية للمؤمن له، فيغطيه ضد الأخطار التي ترتب التزامات مالية في ذمته لصالح طرف ثالث، كما في حوادث السيارات، وأخطاء الأطباء، والصيادلة، والمقاولين، وغيرهم من أصحاب المهن. ويتحقق ذلك بدفع المبلغ المستحق في ذمة المؤمن له لصالح الطرف الثالث. أي أن المستفيد من التعويض هو طرف ثالث.



التأمين على الأشخاص:

يغطي هذا النوع من التأمين الفرد ضد الأخطار التي تصيبه في نفسه، أثناء وجوده على اليابسة، أو في الممرات المائية. ويهدف في كثير من صورته إلى الادخار وتكوين رؤوس الأموال، وليس التعويض كما في القسمين السابقين. حيث يعد بعض صورته (التأمين على الحياة لحالتي الوفاة، والبقاء، والمختلط) ادخاراً اختيارياً، ووعاءاً استثمارياً. وينقسم بدوره إلى عدة أقسام على النحو الآتي:

(١) التأمين من الإصابات: ويغطي الإنسان ضد الإصابات الخارجية المفاجئة التي تصيبه، وتؤدي إلى وفاته. كما في سقوط عامل أثناء عمله، أو سقوط ثقل على عامل أثناء عمله.

(٢) التأمين من المرض، أو التأمين الصحي: ويغطي الإنسان ضد الأمراض التي تصيبه في نفسه. حيث يضمن له تكاليف العلاج المختلفة. وينقسم بدوره إلى صور عديدة ليس المجال هنا لذكرها.

(٣) التأمين على الحياة: وينقسم بدوره إلى عدة أقسام:

(٣،١) التأمين على الحياة لحالة الوفاة: ويدفع المؤمن بمقتضاه مبلغاً من المال للمستفيد الذي يعينه المؤمن له، إذا توفى المؤمن له قبل تاريخ معين، أو قبل بلوغ سن معين. وله عدة صور وتفصيلات لا مجال لذكرها هنا.

(٣،٢) التأمين على الحياة لحالة البقاء: ويدفع المؤمن بمقتضاه مبلغاً من المال للمستفيد الذي يعينه المؤمن له، إذا بقي المؤمن له حياً إلى تاريخ معين، أو إلى سن معين. وله عدة صور وتفصيلات لا مجال لذكرها هنا.

(٣،٣) التأمين المختلط: ويجمع بين الصورتين السابقتين، على صور وتفصيلات لا مجال لذكرها.

ومن ثم، قد يكون التأمين على الحياة، أو التأمين الصحي، أو غيرهما تأميناً تجارياً، وقد يكون تأميناً تعاونياً، حيث يتوقف ذلك على نوع الهيئة المصدرة للعقد. فيكون العقد تجارياً إذا صدر عن هيئة تجارية، ويكون تعاونياً إذا صدر عن هيئة تعاونية.

ولقد كان ينظر في السابق منذ مطلع القرن الماضي وحتى أوائل الستينيات منه إلى حكم عقد التأمين بالنظر إلى الخطر المؤمن منه. فيختلف حكمه باختلاف الخطر الذي يغطيه العقد. ثم أصبح ينظر إلى الحكم منذ أوائل الستينيات من القرن الماضي، وحتى الآن بالنظر إلى الهيئة المصدرة للعقد. حيث يختلف حكم العقد باختلاف الهيئة المصدرة للعقد. فيختلف حكم العقد إذا كان تجارياً، عن حكمه إذا كان تعاونياً.

وتثور هنا مسألتان هما:

(١) حكم عقود التأمين التي يجريها الفرد بالأصالة عن نفسه، ليكون هو المستفيد منها. ويختلف الحكم هنا باختلاف نوع العقد بالنظر إلى الهيئة المصدرة للعقد. فيكون حراماً إذا كان تجارياً، وجائزاً إذا كان تعاونياً وفقاً للعديد من الآراء.

(٢) حكم عقود التأمين التي يجريها الفرد لصالح الغير، كما في التأمين على الحياة الذي يقوم فيه بعض المؤسسات أو الشركات بدفع قسطه لموظفيها من بند مخصص له، دون أن يكون للموظف حق الاعتراض عليه، ودون أن يكلف شيئاً. وتتفرع هذه المسألة إلى مسألتين هما:

(١،١) حكم عقود التأمين بالنسبة للمتعاقد، من الشركات والمؤسسات. ويتفق حكم هذه المسألة مع حكم المسألة الأولى.

(١،٢) حكم أخذ مبلغ التأمين التجاري بالنسبة للمستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه. حيث يأخذه تبرعاً من المتعاقد.

هناك ثلاثة آراء للعلماء في هذه المسألة، مبنية على القول بتحريم عقد التأمين التجاري هي:

الرأي الأول:

تحريم أخذ مبلغ التأمين من قبل المستفيد لتحريم العقد أصلاً، لأن حكم المستفيد حكم الشركة التي أبرمت عقد التأمين مع شركة التأمين التجارية. فهو مال عائد من خلال عقد فاسد، وما كان كذلك فلا يملك، ولأن في قبوله إقراراً لأهل المنكر على منكرهم^١.

الرأي الثاني:

تحريم عقد التأمين التجاري، مع جواز أخذ المستفيد الذي اشترط مبلغ التأمين لصالحه لمبلغ التأمين، فحرمة الاشتراك في التأمين التجاري لا تعني حرمة أخذ الحق من شركة التأمين إن التزمت بدفع الحق عمن وقع منه الحادث. فمن جُني عليه في نفس أو مال، ولزمه قبَل الغير ديةً أو تعويض، فإن له أن يستوفي ذلك كاملاً، سواء أدفعه الغير بنفسه أم عن طريق شركة التأمين؛ لأن مستحق الدية أو التعويض صاحب حق، وهو غير مسئول عن حلِّ معاملة الطرف الآخر مع شركة تأمينية. فهو لا عقد له مع شركة التأمين، وإنما لديه حق عند من يتعامل بالتأمين. فلا حرج على صاحب الحق أن يأخذ حقه

^١ انظر: موقع إسلام ويب، فتوى رقم ٣١٦٢٥، بتاريخ ١٤٢٤/٣/٤، الموافق ٢٠٠٣/٥/٦، وانظر الفتوى رقم: ٨٣٠٨، والفتوى رقم ٤٧٢.

وتعويضه كاملاً من شركة التأمين، ولا علاقة لصاحب الحق بتحريم المعاملة بين من ارتكب الحادث وشركة التأمين. وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

(١) أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل الهدية من اليهود، وأكل طعامهم، واشترى منهم، مع أن اليهود معروفون بالربا وأكل السحت، لكن الرسول عليه الصلاة والسلام يأكل بطريق مباح، فإذا ملك بطريق مباح فلا بأس.

(٢) أن بريرة مولاة عائشة رضي الله عنهما، تُصَدِّقُ بلحم عليها، فدخل النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يوماً إلى بيته ووجد البرمة - القدر - على النار، فدعا بطعام ولم يؤت بلحم، فقال: ألم أر البرمة على النار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، ولكنه لحم تُصدق به على بريرة (والرسول عليه الصلاة والسلام لا يأكل الصدقة)، فقال هو عليها صدقة ولنا هدية). فأكله الرسول عليه الصلاة والسلام مع أنه يحرم عليه هو أن يأكل الصدقة؛ لأنه لم يقبضه على أنه صدقة بل قبضه على أنه هدية.

(٣) إذا التزمت الشركة لموظفيها بالعلاج الصحي مثلاً، فهذا يعتبر تحفيزاً وترغيباً في العمل لديها، ولا حرج على الموظف في الانتفاع بهذا العلاج؛ لأنه أعطي له بسبب مباح، سواء أقدمته الشركة بنفسها أم عن طريق التأمين، والإثم يقع على الشركة لا على الموظف. وإذا كان التأمين إجبارياً، فالإثم على من وضعه وألزم به، لا على الشركة^١.

وهو الرأي الذي يرجحه الباحث.

الرأي الثالث:

يجوز للمتعاقد أخذ جزء من مبلغ التأمين التجاري يعادل ما دفع من أقساط ويتصدق بالباقي، لأن عقد التأمين التجاري ميسر وغرر لا تجيزه الشريعة. والواجب في هذا النوع من العقود إذا تم هو الفسخ، ويرجع لكل طرف ما دفعه. ومن لم يدفع أقساطاً وإنما أمنت عليه شركته تطوعاً من نفسها، فحكمه حكم الشركة، فلا يجوز له أخذ مبلغ

(١) ينسب هذا الرأي للشيخ ابن جبرين من "اللقاء الشهري" (١٦/٤٥). كما سئل فضيلته من قبل موقع الإسلام سؤال وجواب: عن أخذ التعويض من شركة التأمين فأجاب: "يجوز ذلك، لأن هذه الشركات التزمت أنها تتحمل ما يحدث من هذا الإنسان الذي آمن عندها، ولا يتورع عن ذلك مادام أنهم ملتزمون بدفع التعويض، ولا يبقى على من ارتكب الحادث - في حال حصول وفاة - إلا كفارة القتل الخطأ، إذا كان الحادث بسبب خطأ منه. انظر فتاواه في السؤال رقم: (70318). انظر موقع: الإسلام سؤال وجواب، في جواب السؤال رقم (8889)، وجواب السؤال رقم (103233). كما يروى نحو هذه المسألة عن الشيخ ابن عثيمين رحمه الله. فقد سئل: أبي غفر الله له يعمل في بنك ربوي، فما حكم أخذنا من ماله وأكلنا وشربنا من ماله؟ غير أن لنا دخلاً آخر وهو من طريق أختي الكبيرة فهي تعمل، فهل نترك نفقة أبي ونأخذ نفقتنا من أختي الكبيرة مع أننا عائلة كبيرة، أم أنه ليس على أختي النفقة علينا فنأخذ النفقة من أبي؟ فأجاب: "أقول: خذوا النفقة من أبيكم، لكم الهناء وعليه العناء؛ لأنكم تأخذون المال من أبيكم بحق؛ إذ هو عنده مال وليس عندكم مال، فأنتم تأخذونه بحق، وإن كان عناؤه وغرمه وإشمه على أبيكم فلا يهمكم، فلهؤلاء الإخوة نقول: كلوا من مال أبيكم هنيئاً مريئاً، وهو على أبيكم إثم ووبال، إلا أن يهديه الله عز وجل ويتوب، فمن تاب تاب الله عليه". انتهى. وانظر: نفس الموقع: سؤال رقم: (70318).

التأمين، لأنه مقبوض بعقد فاسد، وما كان كذلك فلا يملك. وأما حكم المبلغ الفاض، فإذا كان هو الأقساط التي تم دفعها من قبل الشركة ثم رجعت إليها عند عملية النقل والفسخ، فيجوز للموظف أخذه كهبة من الشركة¹.



¹ : هو رأي الشيخ محمد صالح المنجد، وبعض العلماء المعاصرين. انظر: موقع الإسلام سؤال وجواب. وانظر في نفس الموقع جواب الأسئلة: (١٠٣٢٣٣)، (١٠٣٩١٩)، (٨٨٨٩). وانظر موقع الإسلام ويب. فتوى رقم ٨٣٠٨، في ١٤٢٢/٣/٦، الموافق ٢٠٠١/٥/٢٩. والفتوى رقم ٤٧٠٧٠، بتاريخ ١٤٢٥/٢/٢١، الموافق ٢٠٠٤/٤/١٢.

الخاتمة

لقد هدفت الدراسة إلى تقويم أنظمة وتشريعات التأمين التعاوني في بعض الدول العربية، والإسلامية، وعقود التأمين المطبقة من قبل بعض شركات التأمين الإسلامية فقهيًا. وقد أسفرت الدراسة عن النتائج الآتية:

- (١) تتماثل أنظمة التأمين التعاوني في بعض الدول العربية والإسلامية مع أنظمة التأمين غير التعاوني في البعض الآخر من الدول العربية والإسلامية، من حيث مفهوم التأمين، والهدف منه، ومن حيث قيامها على المعاوضة، والاحتمال، والإلزام للجانبين. وبهذا تصدق الفرضية الثانية للدراسة.
- (٢) تعكس وثائق هيئات التأمين الإسلامية محل الدراسة مفهوم التأمين في الفكر الوضعي، من حيث قيامه على المعاوضة، فبنود الوثائق في كثير منها نصوص صريحة وقرائن على إرادة المعاوضة. وربما كان ذلك لخضوعها لأنظمة تقوم على المعاوضة. حيث يفرض بعض الأنظمة وثيقة تأمين موحدة مثل النظام السعودي، ومن ثم لا تتحمل الشركات مسؤولية عدم الجواز، بل يتحملها النظام. وبهذا تصدق الفرضية الثالثة للدراسة.
- (٣) عقود هيئات التأمين المعاصرة بالنظر إلى علاقة حامل وثيقة بعينه، بباقي حملة الوثائق ممثلين بالهيئة، عقد معاوضة مالية، فيها غرر فاحش، فتكون باطلة شرعاً على الأظهر.
- (٤) لا يعكس توزيع الفائض ما يجب أن يتم في الفكر التعاوني حتى في الفكر الوضعي.
- (٥) وجود أوعية استثمارية مخالفة للشريعة الإسلامية بشكل يقدر في جواز التعامل مع هذه الشركات.
- (٦) المبالغة في تحديد العوائد التي تتقاضاها شركات التأمين الإسلامية، مقابل الإدارة ومقابل الاستثمار. والتي تصل في النظام السعودي إلى ٩٠٪ من الفائض الصافي، وتصل في شركة ساب تكافل إلى ٤٩٪ من الاشتراك بالإضافة إلى ٣٥٪ من الفائض كحافز تشجيعي. وتصل إلى ٣٠٪ من الاشتراك في تأمين (المسؤولية المدنية + جسم المركبة تكميلي فقط، وفي التأمين من أخطار نقل البضائع) مقابل الوكالة في شركة البركة للتأمين التكافلي، وإلى ٢٥٪ من الاشتراك في التأمين من أخطار الحريق لدى نفس الشركة، كما حددت حصة الربح المستحقة في نفس الشركة بنسبة مقدارها ٥٠٪ من الأرباح المحققة في التأمين من أخطار الحريق وتأمين (المسؤولية المدنية + جسم المركبة تكميلي فقط)، وبنسبة مقدارها ٧٥٪ في تأمين أخطار نقل البضائع. كما تراوحت ما بين ١٨ - ٢٥٪ من الاشتراكات كأجر

للكوالة في شركة التأمين الإسلامية القطرية، وما بين ٣٥ - ٦٥٪ من أرباح استثمار الاشتراكات مقابل المضاربة في نفس الشركة. وربما يعكس ارتفاع العائد الذي تتقاضاه الشركات مقابل الكوالة انخفاض الكفاءة التشغيلية لهذه الشركات لارتفاع نفقاتها التشغيلية أو المبالغة فيها.

(٧) عقود تأمين الشركات الإسلامية نسخ طبق الأصل تقريباً من بعضها البعض، مع وجود اختلاف بسيط يتمثل في تحديد العلاقة التي توجد بينها وبين حملة الوثائق فيما يختص بإدارة عمليات التأمين، واستثمار الاشتراكات، حيث يجعلها البعض وكوالة في الجانبين معاً، ويجعلها البعض الآخر وكوالة ومضاربة معاً. كما يعطي البعض الحق للمستفيد في الحصول على مبلغ التأمين في حدود المتاح من الأموال فقط، في حين يثبت البعض الآخر هذا الحق في جميع الحالات.

(٨) ينص بعض الأنظمة، ووثائق بعض الشركات الإسلامية على أن القسط مدفوع على سبيل التبرع. ولكن هذا لا يعطيها صفة الجواز، نظراً لأن باقي مواد النظام، وباقي بنود الوثيقة لا تتماشى مع التبرع، وبخاصة في توزيع الفائض والتصرف عند العجز، وجواز ولزوم العقد، وتوسيع الأخطار المغطاة، وإرجاع مبلغ التأمين إلى حاله بعد تناقصه. والعلاقة بين حامل الوثيقة وشركة التأمين فيما يتعلق بإدارة وتنظيم عمليات التأمين واستثمار الاشتراكات، واشتراط البنك على العميل فتح حساب عنده إذا كانت الشركة مملوكة لأحد البنوك.

ويمكن القول في النهاية:

أنظمة التأمين التعاوني التنفيذية، ووثائق التأمين الإسلامية المطبقة أقرب إلى التأمين التجاري منها إلى التأمين التعاوني. مما يجعلها غير جائزة شرعاً على الأظهر. ومن ثم هناك حاجة لإعادة صياغة تلك الأنظمة واللوائح أولاً، ثم إعادة صياغة وثائق التأمين.

قائمة المراجع

أولاً: الأنظمة واللوائح ووثائق التأمين:

- (١) التقرير السنوي ٢٠٠٧ الصادر عن التعاونية للتأمين.
- (٢) عقد تأسيس شركة () شركة ذات مسؤولية محدودة الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي.
- (٣) النظام الأساسي: شركة () شركة مساهمة سعودية. الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي.
- (٤) نظام الضمان الصحي التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٠ وتاريخ ١٤٢٠/٥/١هـ ولائحته التنفيذية.
- (٥) نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٢ وتاريخ ١٤٢٤/٦/٢هـ ولائحته التنفيذية.
- (٦) وثيقة التأمين الشامل على المركبات الخصوصية الصادرة عن التعاونية للتأمين.
- (٧) وثيقة تأمين المسؤولية المدنية تجاه الغير للمركبات الخصوصية الصادرة عن التعاونية للتأمين.
- (٨) وثيقة تأمين المسؤولية تجاه الغير للمركبات الخصوصية الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي.
- (٩) وثيقة الضمان الصحي التعاوني الصادرة عن مجلس الضمان الصحي التعاوني.
- (١٠) قرار رئيس مجلس إدارة هيئة التأمين بالإمارات العربية المتحدة، رقم ٢، لسنة ٢٠٠٩، بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم ٦، لسنة ٢٠٠٧، في شأن إنشاء هيئة التأمين وتنظيم أعماله.
- (١١) قانون التأمين والتكافل السوداني لسنة ٢٠٠٣.
- (١٢) تعليمات تنظيم التأمين التكافلي بالأردن، رقم ١، لسنة ٢٠١١، الصادرة عن هيئة التأمين الأردنية.
- (١٣) نظام التأمين التكافلي لسنة ٢٠١٠، بدولة الإمارات العربية المتحدة.
- (١٤) القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠٠٧م، بدولة الإمارات العربية المتحدة، في شأن إنشاء هيئة التأمين وتنظيم أعماله.
- (١٥) قانون التكافل المالي لعام ١٩٨٤.

- (١٦) قانون التأمينات الجزائري رقم ٧، الصادر في ٢٣/٨/١٤٢٥، الموافق ٢٥/١/١٩٩٥.
- (١٧) قانون التأمينات الجزائري رقم ٠٦.٠٤، الصادر في ٢١/١/١٤٢٧، الموافق ٢٠/٢/٢٠٠٦.
- (١٨) مجلس الخدمات المالية الإسلامية. الإرشادات المتعلقة بالتصنيفات الصادرة عن مؤسسات تصنيف ائتماني خارجية للتكافل وإعادة التكافل. مارس ٢٠١١.
- (١٩) مجلس الخدمات المالية الإسلامية. المبادئ الإرشادية لضوابط التأمين التكافلي. ديسمبر ٢٠٠٩.
- (٢٠) المرسوم التشريعي السوري رقم ٤٣، لعام ٢٠٠٥.
- (٢١) قانون شركات وهيئات التأمين وتعديلاتها رقم (١٧) لسنة ١٩٨٧ بالبحرين.
- (٢٢) قانون تأمين المركبات العماني رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٤.
- (٢٣) تقرير التكافل العالمي لعام ٢٠١١. الصادر عن مؤسسة Ernst&Young, April, 2011
- (٢٤) وثائق تأمين شركات: العقيلة للتأمين بسوريا، نور للتكافل بالإمارات، شركة التأمين الإسلامية الأردنية، شركة البركة للتأمين بالأردن، شركة التأمين الإسلامية بالسودان، الشركة الإسلامية القطرية للتأمين التكافلي.
- (٢٥) برامج تكافل بنك الجزيرة، والبنك السعودي البريطاني، والأهلي التجاري والسعودي الفرنسي.
- (٢٦) التقارير السنوية للشركة الإسلامية القطرية للتأمين.

ثانياً: الكتب والبحوث:

- (١) أحمد الدردير. الشرح الكبير لمختصر خليل. القاهرة. دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ.
- (٢) أحمد بن سلامة القليوبي. حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي على المنهاج، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، بدون تاريخ.
- (٣) حسين حامد حسان. أسس التكافل التعاوني في ضوء الشريعة الإسلامية. منتدى التكافل السعودي الأول. تنظيم البنك الإسلامي للتنمية وبنك الجزيرة. جدة. ٢١-٢٢/٩/٢٠٠٤.
- (٤) حسين حامد حسان. التأمين التكافلي على الحياة. دمشق. ندوة البركة الثامنة عشرة. ٧- ٨/٧/١٤٢١. ٤- ٥/١٠/٢٠٠٠.

- (٥) حسين حامد. التأمين على حوادث السيارات في الشريعة الإسلامية. حلقة عمل حول التأمين الإسلامي. جدة. تنظيم البنك الإسلامي للتنمية. ٢٨ - ٣٠ / ١٠ / ١٤٢٢ ، ١٢ - ٢٠٠٢ / ١ / ١٤ .
- (٦) حسين حامد حسان. حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين. ط١. القاهرة. دار الاعتصام. ١٩٧٦. ص: ٣١.
- (٧) شمس الدين بن شهاب الدين الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. القاهرة. مصطفى البابي الحلبي. ط الأخيرة. ١٩٦٧.
- (٨) صالح المرزوقي، شركة المساهمة في النظام السعودي، مكة المكرمة: جامعة أم القرى، ١٤٠٦هـ
- (٩) عبد الحميد البعلي. التبرع والهبة الشرعية بشرط العوض (هبة الثواب): أسس رئيسية للتأمين التعاوني والتكافلي. منتدى التكافل السعودي الأول. تنظيم البنك الإسلامي للتنمية وبنك الجزيرة. جدة. ٢١ - ٢٢ / ٩ / ٢٠٠٤ .
- (١٠) عبد الرزاق السنهوري. الوسيط شرح القانون المدني الجديد. ط٢. القاهرة. دار النهضة العربية. ١٩٩٠.
- (١١) عبد الستار أبو غدة. التأمين الإسلامي عن الخدمات الطبية. جدة. البنك الإسلامي للتنمية. حلقة عمل حول عقود التأمين الإسلامي. ٢٨ - ٣٠ / ١٠ / ١٤٢٢ . ١٢ - ٢٠٠٢ / ١ / ١٤ .
- (١٢) عبد الستار أبو غدة. التبرع والهبة كبداية للتعويض في التكافل: المنطلق الشرعي للتبرع والهبة مع التعويضات. منتدى التكافل السعودي الأول. تنظيم البنك الإسلامي للتنمية وبنك الجزيرة. جدة. ٢١ - ٢٢ / ٩ / ٢٠٠٤ .
- (١٣) عبد الكريم بن محمد الرافي، فتح العزيز شرح الوجيز، القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، بدون تاريخ.
- (١٤) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت. دار الفكر. ط٢. ١٩٨٢.
- (١٥) علي القرة داغي. الجانب التطبيقي للتأمين الإسلامي (التكافل). ١٤٢٤هـ ، بحث غير منشور.
- (١٦) محمد أبو زهرة. حكم التأمين في الشريعة الإسلامية. دمشق. مجلد أعمال أسبوع الفقه الثاني بدمشق. ١٩٦١.

- (١٧) محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين. بيروت. دار الجيل. بدون تاريخ.
- (١٨) محمد بن أحمد بن رشد، المقدمات الممهديات، ط١، القاهرة: مطبعة السعادة، بدون تاريخ.
- (١٩) محمد الجرف. تقويم عقود هيئات التأمين الإسلامية المعاصرة فقهيًا. (المجلة العلمية لتجارة الأزهر. العدد ٢٢. يناير ١٩٩٧م).
- (٢٠) محمد الجرف. نحو نموذج تأمين إسلامي. ص: ٤. جدة. الملتقى الدولي الأول للتكافل الإسلامي. ٧- ١٤٢٥/٨/٨هـ - ٢١ - ٢٢/٩/٢٠٠٤. تنظيم البنك الإسلامي للتنمية وبنك الجزيرة.
- (٢١) محمد الخطيب الشربيني. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. بيروت. دار الفكر. بدون تاريخ.
- (٢٢) محمد أمين بن عابدين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. بيروت. دار الفكر. ١٩٧٩. تصوير ط٢ ١٩٦٦.
- (٢٣) محمد عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب. مواهب الجليل شرح مختصر خليل. ط٢. بيروت. دار الفكر. ١٣٩٨هـ.
- (٢٤) محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير. القاهرة. دار إحياء الكتب العربية. بدون تاريخ.
- (٢٥) محمد مصطفى الزحيلي. الالتزامات التعاقدية في عقود شركات التأمين الإسلامية. جدة. البنك الإسلامي للتنمية. حلقة عمل حول عقود التأمين الإسلامي. ٢٨- ٣٠/١٠/١٤٢٢. ١٢- ١٤/١/٢٠٠٢.
- (٢٦) منصور بن يونس البهوتي. شرح منتهى الإرادات. ط٢. بيروت. عالم الكتب. ١٩٩٦.
- (٢٧) منصور بن يونس البهوتي. كشاف القناع عن متن الإقناع. بيروت. دار الفكر. ١٩٨٢.
- (٢٨) يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. ط٢. بيروت. المكتب الإسلامي. ١٤٠٥هـ.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية

إعداد

الدكتور السيد حامد حسن محمد
المدير العام للشركة التعاونية للتأمين
الخرطوم- السودان

التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية تعريف التأمين

مقدمة:

يُعتبر التأمين من الأنشطة الاقتصادية التي تتأثر وتؤثر بما يجري في بقية الأنشطة والقطاعات لهذا يتم تنظيمها بموجب قوانين ولوائح تصدرها الدولة وتعين لها الأجهزة الرقابية المناسبة لضمان سلامة أدائها، ولهذا ينظر على أنها وسيلة يمكن استغلالها في التخطيط وفي تنفيذ السياسات والبرامج .

أسباب اختيار الموضوع:

عنوان هذا البحث جرى تحديده بواسطة الجهة المنظمة للمؤتمر وهي منظمة المؤتمر الإسلامي متمثلة في مجمع الفقه الإسلامي الدولي حول موضوع " التأمين التعاوني: أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منها ". والعنوان الذي حُدد من قبل الجهة المنظمة هو: الدور التتموي لشركات التأمين التعاوني: (آفاقه، معوقاته، مشكلاته) ولكنني أضفت للعنوان مصطلح " إسلامي " ليكون العنوان " الدور التتموي لشركات التأمين التعاوني الإسلامي: (آفاقه، معوقاته، مشكلاته) " وذلك لأن التأمين التعاوني نوع من التأمين معروف وظهر في الدول غير الإسلامية لاسيما الغربية وما زال موجوداً حتى الآن، إن موضوع التأمين الذي نحن بصدده عُرف بالتأمين الإسلامي المبني على التعاون سواء أكان ذلك في الدول الإسلامية، أو غير الإسلامية بل وما يزال يعرف باسم التأمين الإسلامي حتى اليوم.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الآتي:

- (١) هل للتأمين التعاوني الإسلامي تأثير إيجابي في التنمية؟.
- (٢) هل تتفق أعمال التنمية و خدمات التأمين التعاوني مع مقاصد الشريعة الإسلامية؟.
- (٣) هل توجد عقبات تواجه في الاستفادة من خدمات التأمين التعاوني الإسلامي في مجال التنمية بصفة خاصة والمجالات الأخرى بصفة عامة؟.
- (٤) ما هو موقف أعمال التنمية وخدمات التأمين من فروض الكفاية؟.

فروض البحث:

إن فروض البحث التي نسعى للإجابة عليها من خلال متن هذا البحث هي كالاتي:

- (١) التأمين التعاوني الإسلامي له دور إيجابي في إنفاذ أعمال التنمية واستدامتها.

- (٢) تتسجم أعمال التّمية وخدمات التّأمين التّعاوني الإسلامي مع مقاصد الشريعة الإسلامية.
- (٣) وجود عقبات تواجه توسُّع خدمات التّأمين التّعاوني الإسلامي في قطاعات التّمية بصفة خاصة ولبقية الأعمال بصفة عامة.
- (٤) تتفق أعمال التّمية وخدمات التّأمين مع فروض الكفاية.

منهج الدراسة:

المنهج المتبع في هذه الدّراسة هو المنهج الوصفي والاستنباطي والاستقرائي.

هيكل الدّراسة:

تحتوي هذه الدّراسة على مقدمة وثلاثة فصول ثم خاتمة تتضمن الاستنتاجات والتوصيات:

- (١) المقدمة.
- (٢) الفصل الأول، بعنوان: التّأمين التعاوني الإسلامي (تعريفه، مبادئه، نشأته) ويحتوي على ثلاث مباحث أولهما التعريف بالتّأمين التعاوني الإسلامي، وثانيهما مبادئ التّأمين التعاوني الإسلامي، وثالثهما نشأة التّأمين التعاوني الإسلامي.
- (٣) الفصل الثاني، بعنوان: الاستثمار في شركات التّأمين التّعاوني الإسلامي ويحتوي على ثلاثة مباحث،. المبحث الأول تناولت فيه تطبيقات صيغة المضاربة في أعمال التّأمين التعاوني الإسلامي. والمبحث الثاني خصصته لتطبيقات صيغة الوكالة في أعمال التّأمين التعاوني الإسلامي. أما المبحث الثالث فأفردته للأجرة في صيغة الوكالة وتباين الآراء الشرعية فيها.
- (٤) الفصل الثالث، بعنوان: دور التّأمين التعاوني الإسلامي في أعمال التّمية والمشاكل التي تواجهه ويحتوي على أربعة مباحث تناولت في المبحث الأول فروض الكفاية وعلاقتها بأعمال التّمية والتّأمين. ثم جعلت المبحث الثاني دور التّأمين في أعمال التّمية وفصلت فيه التّمية الزراعية ودور التّأمين التّعاوني الإسلامي في إنفاذها، وعرّفت التّمية الصناعية ودور التّأمين التّعاوني للإسلامي في تحقيقها، ثم وضحت التّمية الاجتماعية وأشرت لأنشطة التّأمين التعاوني في استدامتها، ففصلت دور التّأمين التّعاوني الإسلامي في توفير مصادر التمويل لأعمال التّمية.
- (٥) الخاتمة وبها زيلت البحث وضمنتها استعراضاً لفروضه ومدى تحققها، ثم بينت الاستنتاجات التي بدت لي، فالتوصيات التي توصلت إليها من خلال مادة البحث.
- (٦) قائمة المراجع التي استعنت بها في هذا البحث.

الفصل الأول

التعريف بالتأمين التعاوني الإسلامي^(١) تعريفه ونشأته

على الرغم من أن التأمين التعاوني الإسلامي قد مضى على انطلاقته ما يربو عن الثلاثين عاماً؛ إلا أنه لا يوجد تعريف متفق عليه أو تعريفات متشابهة كتلك التي تناولت التأمين التجاري وفقاً لما ورد في القوانين العربية التي إن اختلف في النص إلا أنها شبيهة متفقة في المعنى وهذا ما لم يحدث في التأمين التعاوني الإسلامي، حيث لا تجد تعريفاً مجمع عليه أو مختلف فيه، ولعل ذلك بسبب ندرة الكتابة في هذا الموضوع لاسيما الكتابة التي تتعلق بالتأمين بالإضافة إلى عدم اهتمام المشرع في الدول الإسلامية والعربية بهذه الخدمات أمّا لعدم تنظيمها من قبل الدولة أو لعدم اهتمام الدولة بتنظيم خدمات التأمين بصفة عامة. بالرغم مما ذكرته قد تكون هنالك مجهودات ولكني لم أقف عليها بعد.

المبحث الأول

تعريف التأمين التعاوني الإسلامي

في السطور التالية نسعى للوصول إلى تعريف للتأمين التعاوني الإسلامي من خلال ما جاء في اللغة وقانون التأمين والتكافل السوداني للعام ٢٠٠٣م ثم نساهم من جانبنا بوضع تعريف للتأمين التعاوني الإسلامي .

الأمّن لغة^(٢): هو ضد الخوف وورد لفظه ومشتقاته في القرآن الكريم في مواضع كثيرة نذكر منها ﴿ ثُمَّ أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ بَعْدِ الْغَمِّ أَمْنَةً نُعَاسًا يَغْشَى طَآئِفَةً مِنْكُمْ ﴾^(٣) وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ جَعَلْنَا الْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا ﴾^(٤) وفي قوله تعالى : ﴿ وَهَذَا أُنْبَأُ الْأَمِينِ ﴾^(٥). كما ورد في السُّنَّة في حديث رُوِيَ عَنْهُ ﷺ عن ابن عمر رواه ابن ماجه : (المؤمن من آمنه الناس على أموالهم وأنفسهم ، والمهاجر من هجر الخطايا والذنوب)^(٦) .

أمّا على مستوى التجربة السُّودانية للتأمين الإسلامي فقد تمّ تنظيمه بواسطة الدولة تنظيمًا قانونيًا حيث عرّف المشرع السُّوداني التأمين والتكافل وفقاً لما جاء في

^(١) د. السيد حامد حسن، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق " كتاب لم ينشر بعد" ، واصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة في التأمين الإسلامي، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب د.السيد حامد حسن، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ص:٢٢٤.

^(٢) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب دار صادر بيروت، بدون، ونشير إليه في العزو اللاحق باللسان.

^(٣) آل عمران : الآية (١٥٤).

^(٤) البقرة : الآية (١٢٥).

^(٥) التين : الآية (٣).

^(٦) الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ١٩٨١ حديث ونشير إليه في العزو اللاحق بالسيوطي ، الجامع الصغير، حديث رقم ٩١٤٤/٢ .٦٦٠.

القانون السُّوداني وهو قانون التَّأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣م. حيث تضمن القانون تعريفين الأول:-

الأول: تعريف التَّأمين هو (عقد التَّأمين عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المؤمن لهم بان يؤدي إلى المؤمن له ، أو إلى المستفيد ، مبلغاً من المال أو أي عوض في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد يؤديه المؤمن له للمؤمن على وجه التبرع لمقابلة التزامات المؤمن)^(١).

ومن ميزات هذا التعريف انه وضع الجانب القانوني والتزامات الطرفين، كما استعمل كلمة (المستفيد) وهي أعم، وأشمل لأنَّ المستفيد قد يكون وارثاً في حالة إن كان مبلغ التعويض مستحقاً عن وفاة المؤمن له، أو أن يكون المستفيد هو المؤمن له في حالة استحقاقه تعويضاً عن التلف الحاصل لموضوع تأمينه، أو أن يكون المستفيد مستحقاً لتعويض المسؤولية المدنية التي ينبغي أن يدفعها المؤمن له وتتوب عنه الشركة في دفعها للمستفيد عنها. واتسم هذا التعريف بأنه يبيِّن الأساس الذي يدفع بموجبه قسط التَّأمين وهو التبرع الذي هو أساس التَّأمين الإسلامي.

ويؤخذ على هذا التعريف انه لم يُشير للأسس الفنية التي تدار وفقاً لها مخاطر التَّأمين بالإضافة إلى إغفاله لجانب إن تكون المصلحة الملجئة للتَّأمين هي مصلحة مشروعة.

الثاني: التكافل أي تأمين الأشخاص (عقد التكافل عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المشتركين بان يؤدي إلى المستفيد مبلغاً من المال أو إيرادا دورياً في حالة تحقق السبب الموجب لدفع مزية التكافل وذلك مقابل قسط محدد يؤديه المشترك إلى المؤمن على وجه التبرع لمقابلة التزامات المؤمن)^(٢).

وبتقييمنا لهذا التعريف من حيث الايجابيات والسلبيات؛ نجد أنَّ نفس الايجابيات والسلبيات التي سلف ذكرها في التعريف الأول الخاص بتأمين الممتلكات وتأمين المسؤولية المدنية تنطبق عليه.

لما تقدم من ملاحظات فان الباحث يرى إن يكون تعريف عقد التَّأمين التَّعاوني الإسلامي بشقيه تأمين الممتلكات وتكافل الأشخاص على النحو التالي:

"عقد التَّأمين/التَّكافل التَّعاوني الإسلامي عقد تبرع وفق أحكام الشريعة الإسلامية، مبنى على المقاصة، لتقديم خدمة تأمينية/تكافلية، لمصلحة مشروعة، بين طرفين: المؤمن له بصفته مشتركاً وقبل دفع قسط الاشتراك، والمؤمن بصفته عاملاً ووكيلاً عن المشتركين وقبل تسلم قسط الاشتراك وتعهد بمقتضى ذلك أن يدفع للمستفيد مبلغاً من المال علي سبيل: التعويض المثلي، أو الإيراد الدوري، أو الدفع الرأسمالي، إذا

(١) قانون التَّأمين والتكافل السوداني للعام ٢٠٠٣، الفصل الثاني، المادة ٣، ص: ٢.

(٢) المرجع السابق، المادة ٤ ص: ٢.

تحقق الخطر المغطى. والمؤمن لهم وهم المشتركون يغنمون الفائض إن وجد، ويغرمون الخسارة الزائدة إن تحققت، و يشاركون في الإدارة".

ومن هذا التعريف نلاحظ ما يلي :

- (١) بين التعريف أن أأ عقد التأمين الإسلامي هو عقد تبرع.
- (٢) الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في تنفيذ الأنشطة المتعلقة بالتأمين.
- (٣) الأخذ بمفهوم المقاصة بين المخاطر المراد تأمينها وفي هذا اهتمام بالأسس الفنية المعروفة والمطبقة في صناعة التأمين فيما يتعلق بالخطر من حيث الاختيار والتصنيف والقياس وتقدير تكلفته.
- (٤) المطلوب هو تقديم خدمة تأمينية، أو تغطية تكافلية، ولكن يشترط أن تكون هذه الخدمة لمصلحة مشروعة وفق القانون السائد في الدولة وهو أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يخرج وفقا لهذا التعريف تأمين موضوعات التأمين، أو التغطية التكافلية التي لا تتفق والمقتضى الشرعي كتأمين الخمر، والخنزير، والمعاملات الربوية، وإبرام تغطية لمصلحة شخص في حالة وفاة شخص آخر لا تربطها علاقة تبرر إبرام هذه التغطية التكافلية وغيرها من التغطيات التأمينية والتكافلية التي لا يوجد مسوغ شرعي لإبرامها.
- (٥) أكد هذا التعريف على عملية القبول والإيجاب بين المتعاقدين.
- (٦) بموجب قسط الاشتراك المقبوض بواسطة شركة التأمين يتم التعهد بدفع مبالغ للمستفيد على سبيل التعويض المالي المثلّي، أو القيمي وهذا ينسحب على تأمين الممتلكات الذي يتم فيه التعويض إما بالشراء، أو الاستبدال لموضوع التأمين التالف، أو الذي لحقت به الخسارة، أو تأمين المسؤولية المدنية بسداد مقدار مبلغ المسؤولية الذي يحدده القانون، وكذلك التأمين الصحي في بعض صورته إذ يتم فيه استرداد ما دفعه المشترك من تكاليف للعلاج تلقاها المشترك؛ إما خارج الشبكة الطبية سواء كانت محلية أو عالمية، أو في حالة طوارئ. أما التعويض أو الدفع الدوري للمشارك يتمثل في دفعات ذات طابع دوري مثال ذلك: مزايا المعاش التي تدفع مبالغها دورياً وتغطيات البطالة وتغطيات العجز الكلي المؤقت التي يدفع عنها مبالغ دورية حتى يحصل العاطل على العمل أو يبلغ التعويض الفترة القصوى، وكذلك مزايا الاستشفاء التي تدفع يومياً في حالة لزوم المشترك سرير الاستشفاء. أما الدفع الرأسمالي هو عبارة عن المبالغ التي تدفع في حالة الوفاة، أو العجز الكلي الدائم، أو العجز الجزئي الدائم، أو في حالة الأمراض الخطرة أو في حالة المعاش إن كان يدفع على نظام الدفعة الواحدة وهذا يشمل تغطيات التكافل.

(٧) بين التعريف مبادئ التّأمين التّعاوني الإسلامي الأخرى، وهي المشاركة في الفائض التّأميني / التّكافلي والمشاركة في الخسارة الزائدة وكذلك المشاركة في الإدارة وبذا تكون صورة التّأمين التّعاوني الإسلامي قد اكتملت من حيث الأسس الشرعية والتعاقدية والفنية.

(٨) هذا التعريف جمع كل أنواع التّأمين التي تمارس في التّأمين التّعاوني الإسلامي من تأمين ممتلكات ومسؤولية مدنية وتكافل، ولذا يبدو طويلاً بعض الشيء وهذه سلبيته.

المبحث الثاني مبادئ التّأمين التّعاوني الإسلامي

من غير شك يكون لعقد التّأمين التعاوني الإسلامي أحكاماً وضوابطاً تشكل الأسس والمبادئ، التي يعمل وفقاً لها وهذا ما سنتعرض له في المبحث التالي.

المطلب الأول مبدأ التبرع^(١)

إن مبدأ التبرع أهم المبادئ التي ينطلق منها عقد التّأمين الإسلامي، والحكمة من هذا المبدأ؛ هو لتجاوز شبهة الغرر التي توجد في نظام التّأمين التجاري، والتّأمين التعاوني الإسلامي، غير أن عقد التبرع يكون جائزاً شرعاً إذا شابه الغرر وفقاً لرأي المذهب المالكي الذي يتميز عن بقية المذاهب الفقهية بأن وضع قاعدة عامة فيما يتعلق بالغرر في عقود التبرعات فحواها " إن جميع عقود التبرعات لا يؤثر الغرر في صحتها ". وقد فصل مالك^٢ بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة ... وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة ، وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام ، طرفان وواسطة ، فالطرفان أحدهما معاوضة صرفة، فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة ... وثانيهما ما هو إحسان صرف لا يقصد منه تنمية المال كالصدقة والهبة ... فان هذه التصرفات إن فاتت علي من أحسن إليه بها لا ضرر عليه، لأنه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقترضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه، فاقترضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان والتوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم أو المجهول، فان ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلي تقليله، فإذا وهب له بغيره الشارد جاز إن يجده فيحصل له ما ينتفع به، ولا ضرر عليه إن

(١) د. السيد حامد حسن، التّأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق ص: ٢٠٧.

(٢) البروفيسير الصديق محمد الأمين الضيرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دار الجيل بيروت والدار السودانية للكتب الخرطوم، الطبعة الثانية، ١٩٩٠ ص: ٥١٢ ، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب د. الضيرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي.

لم يجده، لأنه لم يبذل شيئاً، وألحق مالك الخلع بهذا الطرف، لأن العصمة وإطلاقها ليست من باب ما يقصد للمعاوضة، بل شأن الطلاق أو يكون بغير شيء فهو كالهبة ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حني نقول : ما يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع، بل إنما وردت في البيع ونحوه".

"وأما الوسطة بين الطرفين فهو النكاح ...".

"كما وافق ابن تيمية المالكية في رأيهم بالنسبة لتأثير الغرر في العقود فقرر أن الغرر يؤثر في عقود المعاوضات ولا يؤثر في عقود التبرعات".

إذن التبرع مبدأ من المبادئ المهمة التي يقوم عليها التأمين التعاوني الإسلامي. وبهذا التبرع يتم إخراج عقد التأمين من دائرة عقود المعاوضة المالية التي يبطلها الغرر كما تقدم، ويدخلها في دائرة عقود التبرعات التي لا يبطلها الغرر، وفقاً لرأي المذهب المالكي الذي أوردناه في مطلع هذا المطلب. إذن الغرر يوجد في عقود التأمين التجاري والتأمين التعاوني الإسلامي ولكنه يبطل عقد التأمين التجاري لأنه عقد معاوضة ولا يبطل عقد التأمين التعاوني الإسلامي لأنه عقد تبرع بنص الحديث النبوي الذي يرويه أبو هريرة قال " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة وعن بيع الغرر . " والشاهد هنا في هذا النص النبوي أن هذا الحديث النبوي يعني عقود البيوع، والتبرعات ليست من عقود البيوع وبالتالي لا يشملها الحديث النبوي المذكور.

وفقاً لمبدأ التبرع هذا يعتبر عقد التأمين التعاوني الإسلامي؛ عقداً تعاونياً لأن التبرع ما هو إلا تعاون بين المشتركين. ويدعم هذا التعاون قول المولى عز وجل ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾^٢ ، وأيضا قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا وَإِنْ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ ﴾^(١) . والولاية من معانيها النصرة^(٤) ، والوالي هو الصديق النصير ، لقوله تعالى : ﴿ نَعْمَ الْمَوْلَى وَنَعْمَ النَّصِيرُ ﴾^(٥) .

(١) الخلع معناه لغة : النزع والإزالة وعرفاً بضم الخاء : إزالة الزوجية واصطلاحاً هو الفراق بين الزوجين بعبوض من جانب المرأة للرجل بهدف افتداء نفسها والخلاص من الزوج لقوله تعالى " فلا جناح عليهما فيما افتدتت به " راجع أ.د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٤ ص: ٧٠٧ / ٩ وما بعدها. ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب.أ.د. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته.

(٢) المائدة: الآية (٢).

(٣) الأنفال: الآية (٧٢ ، ٧٣).

(٤) اللسان: ٤٠٦/١٥.

(٥) الأنفال: الآية (٤٠).

وقيل الولاية هي السلطان^(١)، وقيل المولى هو الذي يقوم بالكفالة كولي اليتيم^(٢) الذي يقوم بأمره وفى هذا المعنى منها أيضا الموالى: وهم ورثه الرجل وعصبته^(٣) قوله تعالى ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا﴾^(٤) ومنه ولاء الموالاة؛ وهو عقد يربط شخصين يقول احدهما وهو مجهول النسب: أنت وليي ترثني إذا مت وتعقل عنى إذا جنيت^(٥).

معنى الولاية هنا يشير إلى التعاون والحض عليه لما فيه من خير للبشرية. وكذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(٦) وقال هنا بعض المفسرين^(٧): هم جسد واحد متحابون في الله متآخون متناصرون متناصرون في الله ويجير أدناهم على أعلاهم ويطيع بعضهم بعضاً ويتراحمون فيما بينهم كما قال رسول الله ﷺ: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى"^(٨). إذن هذا التفسير والمتضمن لهذا الحديث الصحيح نخرج منه بحض الإسلام على التعاون فيما بين المؤمنين وإقالة عثرات بعضهم بعضاً دفعاً للضرر وقضاء للحوائج.

كذلك يقول الله تعالى ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾^(٩) هذه الآية في عمومها تدعو إلى عمل الخير والمعروف والتعاون وما كان في معناه فهو خير ومعروف والنأي عن التامين التجاري بعد ثبوت عدم جوازه فيه نهى عن المنكر.

أما ضابط صيغة التبرع الذي يُبنى عليها اشتراك المؤمن له في نظام التامين التعاوني الإسلامي هو أن يعتبر المشترك متبرعاً بكل أو بجزء من قسط التي يدفعه لصندوق أو صناديق التامين، وذلك على حسب احتياج الصندوق، أو تلك الصناديق؛ لأن القسط يحدد سلفاً قبل وقوع الحادث ولا يوجد ما يؤكد أن تكلفة الحماية أو التغطية هي مقدار القسط المدفوع، لأن أمر حدوث الحادث أمر احتمالي. والمعروف أن ما يدفعه المشتركون من أقساط لقاء اشتراكهم في نظام التامين الإسلامي، يوزع على ثلاثة أقسام؛ فيخصص

^(١) اللسان: ص ٤٠٧/١٥.

^(٢) اللسان: ص ٤٠٧/١٥.

^(٣) اللسان: ص ٤٠٨/١٥.

^(٤) سورة مريم: الآية (٥).

^(٥) أ.د. محمد رواس قلعة جي ود.حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، إدارة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، كراتشي، بدون، ص: ٥٠٩^٧ ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب قطع ج، معجم لغة الفقهاء.

^(٦) سورة التوبة: الآية (٧١).

^(٧) د. احمد على الإمام، القرآن الكريم بحاشية مفاتيح فهم القرآن، مصحف افريقيا، الخرطوم، بدون تفسير الآية، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب د. أحمد على الإمام، مفاتيح فهم القرآن.

^(٨) السيوطي، الجامع الصغير، حديث رقم ٨١٥٥ ص: ٢٥٣/٢.

^(٩) سورة آل عمران: الآية (١٠٤).

جزء منها للاستثمار، وجزء ثان يدفع لأعمال إعادة التأمين، بينما يتحمل الجزء الثالث المصروفات التأمينية المتمثلة فيما تحتفظ به الشركة ولا تعيد التأمين عليه، ومصروفات الإدارية والعمومية أو عمولة الوكالة حيث يتحمل المساهمون المصروفات العمومية والإدارية، و المسوحات بغرض إبرام التغطية التأمينية وإجراء تسوية المطالبة أو الكشف الطبي، و المصروفات الإدارية، والاحتياطيات الفنية ... الخ. ومن محصلة هذه الأجزاء الثلاثة مضافاً لها الاحتياطيات وعوائد الاستثمار، وأنصبة معيدي التأمين، تدفع المزايا و التعويضات المستحقة وعند انتهاء السنة المالية، وبعد خصم كل بنود الالتزامات والمصروفات يكون ما تبقى في هذا الوعاء هو الفائض التأميني. فهو يتكون من باقي الأقساط المدفوعة لدى الشركة مضافاً لها عوائد استثمارها، فيوزع المبلغ على المشتركين كل علي حسب نسبة ما دفعه فعلاً من أقساط لصندوق التأمين.

بالإضافة إلي ما تقدم، فإنه لا بد أن نعتبر المشترك في نظام التأمين الإسلامي متبرعاً بكل أو بجزء من قسط التأمين الذي دفعه للصندوق. وأما إذا اعتبرناه متبرعاً بكل القسط ثم دفعنا له الفائض نكون قد اختلفنا مع أصل فقهي يتعلق بأحكام عقود التبرعات والمتمثل في حديث الرسول الله صلى الله عليه وسلم " العائد في هبته كالعائد في قيئه" (١) وأيضا حديثه ﷺ " ليس منا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه" (٢) ، وإن قلنا إنه متبرع بجزء فقط للزم علي شركة التأمين الإسلامية أن ترد له الجزء الآخر حتى إذا أدى ذلك للخسارة. وأما في حالة عدم توزيع الفائض، فإن صورة التأمين التعاوني الإسلامي تصبح قريبة من صورة التأمين التجاري الذي لا يوزع فائضاً، وإنما يدفع التعويض فقط. وفي هذه الحالة بالذات؛ أي حالة عدم توزيع الفائض، فإن المبالغ الفائضة أين تذهب؟ وللإجابة على هذا التساؤل نقول: قطعاً ستكون في تحت تصرف الإدارة التنفيذية، ومجلس إدارة الشركة مما يغري بإهدار المال. وشيئاً فشيئاً يحول لصالحهم بأي صورة من الصور ليدخل في دائرة أكل المال بالباطل، وبالتالي تصبح ممارسة التأمين الإسلامي من الناحية المالية لا فرق بينها وبين ممارسة التأمين التجاري. إذن ولهذا لا بد من الجمع بين العبارتين "أي متبرع به كله أو بجزء منه".

هذا التبرع هو دلالة علي التعاون فيما بين المشتركين؛ وفي ذلك تزكية لروح التواد والتراحم فيما بينهم، وذلك في حالة نزول أي مصيبة أو جائحة بأي منهم، فهم يتكافلون مع من نزلت به المصيبة، أو لحقت به الجائحة، فيعملون علي تخفيفها أو إزالة أثرها تماماً كما في الدية وما شابه ذلك.

(١) الإمام أبي عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩م، كتاب الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته حديث رقم ٢٦٢١، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب صحيح البخاري.
(٢) صحيح البخاري : كتاب الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته حديث رقم ٢٦٢٢ والحديثان (٢٠، ١٩) رواهما ابن عباس رضي الله عنهما.

المطلب الثاني

مبدأ عدم مخالفة أداء الشركة لأحكام الشريعة الإسلامية

إن عقد التأمين الإسلامي من أهم مبادئه هو التبرع، وبالتالي هو عقد تبرع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية؛ لذلك ينبغي على شركة التأمين الإسلامية أن تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية وذلك في حال تنفيذها لأي عمل من الأعمال التي أسست من أجلها. وضماناً لتنفيذ هذا المبدأ فإن الشركة عليها أن تلتزم بالضوابط التالية:

(١) تعيين جهاز رقابة شرعي يتألف من مجموعة من علماء الشريعة يسمى بهيئة الرقابة الشرعية، التي تعمل على مراقبة أعمال الشركة واتساقها مع أحكام الشريعة الإسلامية. لهذه الهيئة الحق في الإطلاع على كل الأعمال التأمينية، لاسيما الحسابات الختامية وإجازتها. ودراسة عقود التأمين وإجازتها. الإطلاع على شروط اتفاقيات إعادة التأمين وإجازتها. وكذلك تعمل هذه الهيئة على دراسة أي أمور تستشكل على الشركة من الناحية الفقهية ومن ثم تصدر الهيئة قرارها حيال المسألة المعروضة.

(٢) تتولى شركة التأمين الإسلامية باستثمار أموالها في مواعين وعبر قنوات لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وأن يجري ذلك تحت إشراف هيئة الرقابة الشرعية.

(٣) تلتزم الشركة بتقديم خدمات التأمين للراغبين على أن تتأى بنفسها عن إبرام أي تغطية لتجارة أو عمل يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .. على سبيل المثال: لا تؤمن تجارة المخدرات، أو الخمر، والخنازير، وكذا المعاملات المالية المشتملة على ربا وصور أكل المال بالباطل.

(٤) تتعامل الشركة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية مع شركات التأمين المباشر وكذلك شركات إعادة التأمين ووسطاء التأمين الذين لا يمارسون نشاطهم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولعل هذه الضوابط تميز بين طبيعة عقد التأمين الإسلامي وعقد التأمين التعاوني الممارس في الغرب حيث أن هذه المبادئ لا توجد في عقد التأمين التعاوني الذي يمارس في الدول غير المسلمة أو المسلمة غير الملتزمة بهدى الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث

مبدأ توزيع الفائض التأميني

وهو يتمثل في المبلغ المتبقي من أقساط التأمين بعد دفع التعويضات و كافة الالتزامات الأخرى بما في ذلك عمولة الوكالة إذا كانت تتضمن المصروفات العمومية والإدارية، أو عمولة الوكالة زائداً المصروفات العمومية والإدارية. ثم يضاف إلى متبقي الأقساط عائد

الاستثمار الشرعي، لتصبح الجملة تمثل الفائض التأميني الذي يوزع على المشتركين بنسب اشتراك كل منهم. وقد يرى البعض أن هذا هو الفارق الوحيد بين شركات التأمين الإسلامية والشركات التجارية استخفافاً بهذا الأمر ﴿ وَحَسْبُوهُ هَيِّنًا وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ ﴾^(١) ، لان الصورة المضادة له في شركات التأمين التجارية هي ذهاب هذا الفائض إلى جيوب حملة الأسهم وهو في بعض مكوناته ربا والبعض الآخر أكل مال بالباطل ناسين قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾^(٢) وقوله تعالى أيضا " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ " ^(٣) ، ومتناسين كذلك التحذيرات النبوية المتمثلة في الحديث الشريف الذي يرويه الطبراني عن عبد الله بن سلام " الدرهم يصيبه الرجل من الربا أعظم عند الله من ثلاث وثلاثين زنية يزينها الرجل في الإسلام " ، وكذلك الحديث الذي يرويه ابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : " الربا سبعون جزءاً أيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه"^(٤) ويبدو الأمر واضحاً كوضوح الشمس في بياض النهار إذا قرأت قوله عز وجل ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ﴾^(٥) فانظر هنا إلى ترتيب جريمة الزنا وأن أثم الربا يتقدمها.

إذن فإن كان هذا هو الفارق الوحيد - كما يزعمون - فهو فارق ينطوي على أمر خطير، ولعل ما تقدم ذكره، وما سيرد لاحقاً، فيه من العناصر ما يميز ويفصل نظام التأمين الإسلامي عن نظام التأمين التجاري.. فكل هذا الكم مجتمعا يعطينا العديد من الفروق بين التأمين الإسلامي والتأمين التجاري وفيه رد على مقولة القائلين بأن الفرق الوحيد بينهما هو رد الفائض التأميني.

وضابط توزيع الفائض التأميني هو: أن يتم توزيعه على المشتركين المؤمن لهم باعتباره حقا لهم ولا يجوز للمساهمين أن يأخذوا منه شيئاً إلا بعد ثبوت المسوغ الشرعي والصيغة الشرعية التي بموجبها يأخذون أي قدر من الفائض التأميني.

المطلب الرابع

مبدأ المشاركة في الخسارة الزائدة

إن التأمين التعاوني الإسلامي هو تعاون على البر والتقوى، وبالتالي فهو تعاون في السراء والضراء، فإذا كانت جملة الأقساط المدفوعة والاحتياطيات ورأس المال مضافا لها موارد إعادة التأمين لا تكفي مجتمعة من الوفاء بحجم الخسارة أو الخسائر التي حدثت في الفترة التأمينية. إلا أن هذا الوضع حقيقة هو نظري أكثر منه عملي إذ نجد أن فكرة

^(١) سورة النور آية (١٥) .

^(٢) سورة النور آية (١٥) .

^(٣) سورة النساء آية (٢٩) .

^(٤) السيوطي ، الجامع الصغير ، حديث رقم ٤٥٠٧ ، ٢٢/٢ .

^(٥) سورة الفرقان آية (٦٨) .

إعادة التأمين خير سند وعضد في تحمل الخسارة أو الخسائر ولهذا يمكننا القول بأن حدوث خسارة يساهم فيها المؤمن لهم ليس بالأمر السهل.

وضابط المشاركة في الخسارة الزائدة في حالة حدوثها هو أن يوزع القدر الزائد من الخسائر على المؤمن لهم، على حسب نسبة ما دفعه من أقساط، مما يعنى أن مساهمة كل منهم محدودة بالقدر الذي ساهم به في العملية التأمينية.

المطلب الخامس

مبدأ المشاركة في الإدارة

سبق أن وضحنا أن التأمين التعاوني الإسلامي من مبادئه التبرع حيث يعتبر المؤمن لهم متبرعين لبعضهم بعضاً، ويغنون الفائض التأميني في حالة تحققه ويغرمون الخسارة الزائدة في حالة حصولها، لذلك هذه الصورة تستدعي أن يشارك المؤمن لهم في إدارة شركة التأمين وبالأحرى في إدارة صندوق التأمين وهو يخصهم. وتتم مشاركة المؤمن لهم في إدارة صندوق التأمين عبر هيئة المشتركين، وتتطلع هيئة المشتركين بالآتي:

- (١) الإطلاع على الحسابات الختامية وإجازتها.
 - (٢) الإطلاع على الفائض التأميني وأسس توزيعه، أو الخسارة - إن وجدت - وأسس توزيعها.
 - (٣) الإطلاع على تقرير الأداء الذي يعده رئيس مجلس الإدارة ومناقشته دارة الشركة عن أدائها في العام الماضي.
 - (٤) تنتخب هيئة المشتركين على الأقل عضواً واحداً يمثل المشتركين في مجلس الإدارة الذي يطلع بإدارة الشركة والعمل على تنفيذ أهدافها المرسومة ووضع السياسات واللوائح والميزانيات وإجازة الحسابات الختامية والإطلاع بمهام الاستثمار وغيرها من الأعباء التي يناط بها مجلس الإدارة عادة في شركات التأمين الإسلامية.
 - (٥) تنتخب هيئة المشتركين من عضو واحد على الأقل في الجمعية العمومية لشركة التأمين الإسلامية. ومعلوم أن الجمعية العمومية تنتخب رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، والمدير العام وهيئة الرقابة الشرعية، والمراجع القانوني ولها الحق في تغيير النظام الأساسي كما لها الحق في التصرف في الاحتياطات لأنها أعلى سلطة في الشركة.
- إذن من خلال المشاركة في هيئة المشتركين ومجلس الإدارة والجمعية العمومية، يستطيع المشتركون أن يطمئنوا على سير أعمال الشركة، بل ليزدادوا اطمئناناً من خلال مناقشتهم لأداء الشركة عن العام المعني وبصورة لصيقة في موقع يمكنهم من اتخاذ القرارات اللازمة. كما انه في ذات الوقت تستطيع الشركة أن تستفيد منهم في تنشيط

عمليات التسويق بصورة غير مباشرة، ولهذا يري الباحث أن يراعي في اختيار هذه العناصر المؤهلات والقدرات وإمكانية الاستفادة منهم في تنشيط العملية التسويقية.

بما أن عضوية هيئة المشتركين هي حق لكل المشتركين ولكن ضابط حضور اجتماع هيئة المشتركين هو إن كان ممكناً حضورهم جميعاً إذا ممكناً في مكان يجمعهم جميعاً ويمكن إدارة الاجتماع. ولكن إذا كان عدد المؤمن لهم كبيراً نحو عشرات الآلاف، كما نلاحظ ذلك اليوم، ففي هذه الحالة تتم دعوة ممثلين لهم بتحديد الحد الأدنى لأقساط التأمين المدفوعة من المشتركين، ومن ثم يمكن الوصول عبر الحد الأدنى لعدد المشتركين الذين يمكن أن يسعهم المكان المتاح لعقد الاجتماع، كما يمكن إدارة الاجتماع. أما الحد الأدنى هذا يحدد سنوياً بواسطة مجلس الإدارة، وبموجب ذلك، كل من دفع الحد الأدنى تتم دعوته للمشاركة في اجتماع هيئة المشتركين.

المطلب السادس

مبدأ فصل أموال حملة الأسهم عن أموال حملة وثائق التأمين

تلتزم شركة التأمين الإسلامي بفصل أموال حملة الأسهم عن حملة عقود التكافل و وثائق التأمين وتستثمر المالىين بصورة منفصلة وتضيف لكل وعاء عائد استثماراته. بل إذا تحمل حملة وثائق التأمين مصروفات استثمار رأس المال، تضاف لهم نسبة معينة من عوائد استثمار رأس المال لقاء تحملهم لمصروفات الاستثمار والعكس بالعكس، وكل ذلك على سبيل المضاربة وهذا أمر في غاية الأهمية و فيه تحري لتصويب لأعمال شركات التأمين الإسلامية وفقاً للمنهج الإسلامي.

والضابط لهذا الاستثمار هو أن تكون الأوعية الاستثمارية والصيغ المستخدمة لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأن تتم الموافقة عليها من هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين التعاوني الإسلامية.

المبحث الثالث

نشأة التأمين التعاوني الإسلامي^(١)

يعتبر التأمين التجاري وفقاً لما هو ممارس من العقود المستحدثة التي أمكن تصنيفها تحت طائفة العقود غير المسماة نظراً لعدم وجود نظير له في الفقه الإسلامي. وبناءً على تعريف الباحثين من علماء الفقه الإسلامي وعلماء القانون والاقتصاد فقد عُرّف عقد التأمين التجاري بأنه عقد احتمالي؛ والعقد الاحتمالي " هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين، أو أحدهما وقت العقد معرفة مدى ما يعطى، أو يأخذ من العقد، فلا يتحدد مدى تضحيته إلا في المستقبل تبعاً لأمر غير محقق الحصول، أو غير معروف وقت

(١) د. السيد حامد حسن، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ص: ٢٠٥.

حصوله"^(١). وبعد مضاهاة العقد الاحتمالي هذا بالعقود في الفقه الإسلامي تبين أن عقد التأمين التجاري هو عقد معاوضة مالية، أما تعريفه القانوني بأنه عقد احتمالي يقابله في الفقه عقد الغرر، والغرر إذا لحق بعقد المعاوضة المالية يبطله.

وكما نعلم فقد بحث العلماء في العقد البديل لعقد التأمين التجاري لتحقيق الفائدة فتوصلوا إلى إخراج عقد التأمين من كونه عقد معاوضة وإدخاله في عقود التبرعات التي لا يبطلها الغرر لعدم شمولها بحديث المصطفى ﷺ الذي بموجبه أصبح الغرر بصريح النص يبطل العقد لأنه من البيوع المنهي عنها روى الإمام البخاري عن أبي هريرة ﷺ أنه قال " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر". إذن الغرر المنهي عنه هو الغرر الذي يوجد في عقد البيع أو عقد المعاوضة المالية وعقد التبرع لا يشمل هذا الحديث النبوي وبالتالي، أصبح عقد التأمين التعاوني من عقود التبرعات وعقود التبرعات من العقود المسماة.

المطلب الأول

مرحلة النشأة النظرية

تمثلت بدايات النشأة النظرية للتأمين التعاوني الإسلامي بما تفضل به العلماء من تحديد عدم جواز التأمين التجاري وجواز التأمين التعاوني الإسلامي وأذكر هنا مثالين لما ورد من آراء أصحاب الفضيلة العلماء بحسب تاريخهما:

أما الرأي الأول فهو لفضيلة البروفيسير الصديق محمد الأمين الضرير حيث قال: "ورغم كل هذا فإني لا أرى إباحة عقد التأمين بوضعه الحالي لأنه لا يصح أن نلجأ إلى استخدام الضرورة أو الحاجة إلا إذا لم نجد سبيلاً غيرها، وفي موضوعنا هذا من الممكن أن نحفظ بعقد التأمين في جوهره ونستفيد بكل مزاياه مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامي، ومن غير أن نحتمي وراء الضرورة والحاجة ومألوف الناس"^(٢).

" وذلك يكون في نظري بإخراج التأمين من عقود المعاوضات، وإدخاله في عقود التبرعات، والطريق إلى هذا أن نبعد الوسيط الذي يسعى إلى الربح بأن نجعل التأمين كله تأميناً تعاونياً يديره المشتركون أنفسهم إن أمكن أو تُشرف عليه الحكومات فتعين له موظفين يتولون إدارة الشركات باجر كسائر موظفيها، ويُنص صراحة في عقد التأمين أن الأقساط التي يدفعها المشترك تكون تبرعا منه للشركة تدفع لمن احتاج إليها من المساهمين حسب النظام المتفق عليه، من غير أن تتحمل الحكومة أية مسؤولية مالية نحو المشتركين. وبهذه الطريقة يصبح التأمين تعاوناً حقيقياً على البر يستفيد منه المشترك في دنياه وينال به الثواب في الآخرة".

(١) د.عبد المنعم البدرأوي، التأمين في القانون المصري والمقارن، القاهرة، ١٩٥٧، بدون ص: ١١٣.

(٢) مرجع سابق ص ٤٣٣ وما بعدها وذكر فضيلته هذا الرأي في ابريل ١٩٦١م.

أما الرأى الثانى (١) فهو القرار رقم ٥١ الذى أصدرته هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بتاريخ هـ 4/4/1397 والذى تبناه مجمع الفقه الإسلامى التابع لرابطة العالم الإسلامى بمكة المكرمة والذى كان فى دورته الأولى بتاريخ ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ بشأن جواز التأمين التعاونى بدلاً عن التأمين التجارى لما يلى:

- (١) إن التأمين التعاونى من عقود التبرع التى يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك فى تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث وجماعة التأمين التعاونى لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً وإنما توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.
- (٢) خلو التأمين التعاونى من الربا بنوعيه فهو ليس بعقد ربوى كما لا تستغل أقساطه فى استثمارات ربوية.
- (٣) لا يضر جهل المساهمين فى التأمين التعاونى بتحديد ما يعود عليهم من النفع لأنهم متبرعون فلا مخاطر ولا غرر ولا مقامرة بخلاف التأمين التجارى.
- (٤) قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما تجمع من الأقساط.
- (٥) لتحقيق الغرض الذى من أجله أنشأ هذا التعاون سواء كان القيام بذلك تبرعاً أو مقابل أجر معين.

كذلك ذكر القرار أن يكون التأمين التعاونى على شكل شركة تعاونية مختلطة للأمور التالية:

"الالتزام بالفكر الاقتصادى الإسلامى الذى يترك للأفراد مسؤولية القيام بمختلف المشروعات الاقتصادية ولا يأتى دور الدولة إلا كعنصر مكمل لما عجز عنه الأفراد عن القيام به، وكدور موجه ورقيب لضمان نجاح هذه المشروعات وسلامة عملياتها".

الالتزام بالفكر التعاونى التأمينى الذى بمقتضاه يستقل المتعاونون بالمشروع كله من حيث تشغيله ومن حيث الجهاز التنفيذى ومسؤولية إدارة المشروع.

تدريب الأهالى على مباشرة التأمين التعاونى وإيجاد المبادرات الفردية والاستفادة من البواعث الشخصية، فلا شك أن مشاركة الأهالى فى الإدارة تجعلهم أكثر حرصاً ويقظة على تجنب وقوع المخاطر التى يدفعون مجتمعين تكلفة تعويضها مما يحقق بالتالى مصلحة لهم فى إنجاح التأمين التعاونى إذ أن تجنب المخاطر يعود عليهم بأقساط أقل فى المستقبل، كما أن وقوعها قد يحملهم أقساطاً أكبر فى المستقبل.

(١) د. محمد بن احمد بن صالح الصالح، التأمين بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤، بدون، ص ٢٧٧ وما بعدها.

إن صورة الشركة المختلطة لا يجعل التامين كما لو كان هبة أو منحة من الدولة للمستفيدين منه بل بمشاركة منها (من الدولة) معهم فقط لحمايتهم ومساندتهم باعتبارهم هم أصحاب المصلحة الفعلية وهذا موقف أكثر ايجابية ليشعر معه المتعاونون بدور الدولة ولا يعفيهم في نفس الوقت من المسؤولية.

ويرى المجلس أن يراعى في وضع المواد التفصيلية للعمل بالتامين التعاوني الأسس التالية:

أن يكون لمنظمة التامين التعاوني مركز له فروع في كافة مدن المملكة... وأقسام بحسب الأخطار.. وفئات ومهن المتعاونين...

أن يكون للمنظمة مجلس أعلى يقرر خطط العمل ويقترح ما يلزمها من لوائح وقرارات تكون نافذة إذا اتفقت مع أحكام الشريعة الإسلامية.

أن تكون منظمة التامين التعاوني على درجة كبيرة من المرونة والبعد عن الأساليب المعقدة.

يمثل الحكومة في هذا المجلس من تختاره من الأعضاء ويمثل المساهمون من يختارونهم ليكونوا أعضاء في المجلس..

إذا تجاوزت المخاطر موارد الصندوق بالقدر الذي يستلزم زيادة الأقساط حينئذ تقوم الدولة والمشاركون بتحمل هذه الزيادة.

المطلب الثاني

مرحلة النشأة الفعلية

بعد أن تم تخليص عقد التامين من الشبهات التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، أصبح لدينا عقد تأمين تعاوني بل إسلامي، وذلك لأن عقد التامين التعاوني قبل أن يجيزه العلماء كان معروفاً ولا يزال كذلك في بعض بلدان العالم ولكن في تطبيقه ما كانوا يابهن بالحلال والحرام، ولهذا نرى تسمية العقد الذي نحن بصدده بعقد التامين التعاوني الإسلامي تمييزاً له عن عقد التامين التعاوني الذي عرف في بعض البلدان؛ وذلك لالتزامه بمبادئ الشريعة الإسلامية.

وبعد إعلان الرأي الشرعي بجواز خدمات التامين التعاوني الإسلامي شُغِفَ العالم الإسلامي بها شغفاً لا يخفى على ذي بصيرة لاسيما ممن أخذتهم حمية الدين، فأقيمت مؤسسات لتطبيق هذه النظرية؛ تمثلت في إنشاء مؤسسات اقتصادية إسلامية، وكان من بينها تأسيس أول شركة إسلامية للتأمين على المستوى العالمي، والتي عُرفت بشركة التأمين الإسلامية وقد أنشئت عام ١٩٧٩م، وتعد أول شركة تأمين إسلامية في العالم ومقرها الخرطوم - السودان، ثم تبعتها الشركة الإسلامية العربية للتأمين (إياك) في عام

١٩٨٠ م ، ومقرها القانوني إمارة دبي بدولة الإمارات العربيّة المتّحدة بينما كان مقرها الفعلي جدة- المملكة العربيّة السعوذية، ثم شركة التكافل الإسلاميّة (البحرين) ومقرها الرياض - المملكة العربيّة السعوذية وتتبع لمجموعة دار المال الإسلامي، وكان ذلك في عام ١٩٨٢م، فشركة التكافل الإسلاميّة الماليزيّة ومقرها كوالالامبور- ماليزيا في عام ١٩٨٤ م، وفي نفس العام تمّ إنشاء شركتين، وهما: بيت التأمين السعوذي التّونسي ومقره تونس، وشركة البركة للتّأمين (السودان) ومقرها الخرطوم، وكلا الشّركتين تتبعان لمجموعة دلة البركة، ثم تلي ذلك إنشاء بقية الشركات في العالم.

إذن بحمد الله تعالى وتوفيقه صار بين أيدينا عقد إسلامي خال من المخالفات الشرعية، وبالتالي يمكن لأفراد مجتمعنا المسلم أن يتمتعوا بخدماته القائمة على أحكام الشريعة الإسلامية الداعية إلى الخير، وجبر الكسر، ورفع الضرر والتعاون على البر والتقوى.

الفصل الثاني

الاستثمار في شركات التأمين التعاوني الإسلامي

إن صناعة التأمين التعاوني الإسلامي لا يمكن أخراجها وفقاً لما سائد اليوم إلا في صورة شركة؛ وبالتالي هذه الصورة تتطلب وجود رأس مال لتأسيس الشركة التي ستضم فئتين من الشركاء، وهما: المؤسسون، والمؤمن لهم، لذلك لا بد من تأطير العلاقة بين الفئتين وفق صيغ يتوافر فيها القبول الشرعي حتى تتسجم مع أسس التأمين التعاوني الإسلامي.

وفي السطور التالية نتعرض لهذا الأمر.

المبحث الأول

تطبيقات صيغ شركة المضاربة في أعمال التأمين التعاوني الإسلامي

معلوم أن المؤمن لهم وفقاً لأسس التأمين الإسلامي يعتبرون متبرعين بكل أقساط اشتراكهم أو ببعضها، وبهذا تكون العلاقة بين المؤمن لهم فيما بينهم هي علاقة تبرع متبادل. إذ أن الجميع متبرعون لصندوق التأمين حسب احتياج الصندوق. أمّا علاقة المؤمن لهم بالمؤسسين، فإن المؤسسين: يعتبرون المدير لصندوق التأمين بما يحقق المصلحة للمؤمن لهم، وهذه العلاقة يمكن أن تكون وفقاً لعقد المضاربة الإسلامية. وذلك في إدارة الأموال. والأولى أن مال التأمين يتكون من صورتين، هما:

الأولى: إدارة أقساط (مخاطر) محفظة التأمين، وهي الاكتتاب والتعويضات وإعادة التأمين، وكل الأعمال الفنية والمالية التي تلزم عملية إدارة محفظة التأمين.

الثانية: إدارة استثمار القدر المتاح من أقساط محفظة التأمين.

المطلب الأول

إدارة مخاطر محفظة التأمين

وهي الصورة الأولى والخاصة بإدارة مخاطر المحفظة، والمطلوب هنا هو إدارتها عبر تطبيق صيغة المضاربة وليس استثمارها؛ ونعني هنا بإدارتها: الترويج والتسويق لخدمات التأمين، وتحصيل أقساط التأمين من المؤمن لهم، دفع المطالبات المستحقة للمؤمن لهم، وسداد أقساط معيدي التأمين، والحصول على مساهمة معيدي التأمين في المطالبات المستحقة للمؤمن لهم، ودفع أجور العاملين وجميع المصروفات الإدارية والعمومية والالتزامات الأخرى للجهات المعنية، وتولي الأعمال المحاسبية والإدارية الخاصة بمخاطر صندوق التأمين.

غير أن المال الموجود في صندوق التأمين الذي تمت إدارته تحت مسمى: إدارة مخاطر محفظة أقساط التأمين؛ هو رأس مال المضاربة (أي أقساط التأمين)، وما يؤخذ من نسبة في هذه الحالة يكون من رأس المال نفسه وليس من ربحه لعدم وجوده وقتئذٍ. وهذا يجعل المضاربة تتعارض مع أحكام الخاصة بالمضاربة الواردة في الفقه الإسلامي وبالتالي تصبح المضاربة غير صحيحة للآتي:

(١) الذي يستحقه المضارب هو نسبة من الربح، وليس من رأس المال. وقد تقدم أيضاً في التعريف أنها سميت مضاربة لأن كلا الطرفين يُضرب له بسهم من الربح وليس من رأس المال، لأن رأس المال بالرغم من أنه في يد المضارب، إلا أنه يظل ملكاً لصاحبه.

(٢) عملية إدارة محفظة أقساط التأمين وفقاً لما ذكرناه في مقدمة هذا الفرع يتضح منها أنها ليست إدارة استثمار هذه الأقساط؛ وإنما هي إدارة العملية الفنية لأعمال التأمين وبالتالي إذا أخذ المضارب حصته عن هذه الإدارة فستكون من رأس المال، وإذا أخذ المضارب جزءاً من رأس المال ففي ذلك تعارض مع القاعدة الفقهية التي تقول "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي"^(١). وهنا لا يوجد سبب شرعي لأن النسبة التي يأخذها المضارب هي جزء عمله في طلب الربح؛ أي التجارة، كما أن يقوم به المضارب هنا هو إدارة الأعمال الفنية وليس الاتجار طلباً للربح. كذلك إن النسبة نفسها تؤخذ من الربح إذا تحقق وإن لم يتحقق فلا يأخذ شيئاً، وبالتالي لا يوجد سبب شرعي يُسوّغ للمضارب أن يأخذ شيئاً من رأس مال المضاربة لأنه إذا أخذ المضارب جزءاً من رأس المال باعتبار أنه حصته في المضاربة، فهذا يتعارض مع القاعدة الفقهية التي تقول "المعلق بالشروط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"^(٢). والمعلق بالشروط في المضاربة هو حصول الربح؛ أي أن الحصة التي يأخذها المضارب من الربح مشروطة بتحقيق الربح، هذا فضلاً عن أنها تؤخذ من وعاء الربح نفسه فقط لا من رأس المال.

(٣) يد المضارب يد أمانة لا يغرم إلا في حالة التّعدي والتقصير والإهمال ومخالفته أحكام المضاربة. وبتطبيق هذه الشروط على ما يأخذه المضارب (وهم حملة الأسهم) من نسبة في إدارة مخاطر محفظة التأمين نجده يخالف أحكام المضاربة لأن ما يأخذه المساهمون في هذه الحالة هو جزء من رأس مال المضاربة وليس من ربحها وبالتالي يعتبر المضارب متعدياً.

(١) الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط/ الثانية ١٩٨٩م: ٤٦٥، ٤٦٥ ونشير إلى هذا المرجع في العزو اللاحق بالزرقا الأب تميزاً له عن أبنته الدكتور/ مصطفى أحمد الزرقا رحمهما الله.

(٢) الزرقا الأب ٤٦٥، ٤٦٥.

(٤) الخسارة يتحملها صاحب المال طالما كانت لا تتسبب للمضارب لأن المال مملوك له ولا يصح أن يتحمل المضارب الخسارة الناجمة عن تفاعل قوى السوق. أيضا هنا إذا طالب رب المال المضارب بتحمل الخسارة ففي ذلك تعارض مع أحكام المضاربة حيث أن يد المضارب يد أمانة ويكون ما يؤخذ منه في هذه الحال من تعويضا لرب المال عن الخسارة يكون أخذ مال بدون وجه حق، وكما تقدم معنا فإن ذلك يتعارض مع القاعدة الفقهية التي تقول: "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي" لأنه ليس من حق رب المال أن يأخذ عن خسارة ماله من المضارب ما لم تنتج عن تقصيره، أو إهماله ، أو تعديه، أو مخالفته لأحكام المضاربة.

إذن ما سلف ذكره يؤكد عدم صحة تطبيق نظام المضاربة في إدارة مخاطر محفظة التأمين؛ لأن أخذ نسبة المضارب من قسط التأمين يجعل المضارب متعدياً أيضاً وهذا يخالف المقتضي الشرعي.

المطلب الثاني

إدارة استثمار أقساط التأمين

أما الصورة الثانية، وهي إدارة استثمار أقساط محفظة التأمين وفقاً لصيغة المضاربة وأخذ نسبة من الأرباح المحققة من استثمار هذه الأقساط وفق ما تم الاتفاق عليه فهذه الصورة هي الصورة السليمة والصحيحة لتطبيق نموذج المضاربة في أعمال التأمين الإسلامي.

وعليه تكون شركة المضاربة بين المؤسسين والمؤمن لهم ، ليس في إدارة العملية التأمينية ذاتها، وإنما في إدارة استثمار القدر المتاح من أقساط وأموال التأمين وفقاً لمفهوم المضاربة المعروفة في فقه المعاملات ، بمعنى أن المساهمين (أصحاب رأس المال) يقومون باستثمار القدر المتاح من أقساط وأموال التأمين على سبيل المضاربة و يأخذون نسبة من أرباح المضاربة حسب الاتفاق مثلاً (١٠٪ و ٩٠٪) أو (٢٠٪ و ٨٠٪) أو (٣٠٪ و ٧٠٪) أو (٤٠٪ و ٦٠٪) أو (٥٠٪ ، ٥٠٪) ومقابل ذلك يتحمل المؤسسون مصروفات الاستثمار باستثناء المصروفات المباشرة، و اللأزمة لعمليات المضاربة نفسها كالعقالة، والنقل، والتخزين، وأقساط التأمين وغيرها من المصروفات المباشرة وبالطبع إذا حدثت خسارة ناجمة عن تقصير أو إهمال أو تعدد على أموال المضاربة فإن الخسارة يتحملها المؤسسون، وهم المضارب. أما إذا كانت الخسارة ناتجة عن أسباب تعزى لتفاعل قوى السوق من عرض أو طلب أو بسبب جائحة فإن الخسارة يتحملها المشتركون (المؤمن لهم) وهم أصحاب رأس المال.

المطلب الثالث

تقييم تطبيقات صيغة شركة المضاربة في أعمال التأمين الإسلامي:

بعد الكلام عند تطبيق صيغة المضاربة في خدمات التأمين الإسلامي ، تبقى لنا تقييم هذا التطبيق من حيث الإيجابيات والسلبيات حتى تتبلور لنا عبر هذا التحليل نظرة تقييمية شاملة لتطبيق صيغة المضاربة على خدمات التأمين الإسلامي، وهذه هي الغاية التي نصبو إليها من خلال طرحنا المتقدم لتطبيق صيغة المضاربة في أعمال شركة التأمين الإسلامي.

الفرع الأول

إيجابيات صيغة المضاربة

لأشك أن أي عقد، أو صيغة يمكن استخدامها في أي نشاط، لا بد أن تكون لها إيجابيات وسلبيات. ومن خلال ما لحظناه من تطبيقات صيغة المضاربة، نرى أن هناك إيجابيات لتطبيق صيغة شركة المضاربة في أعمال شركة التأمين الإسلامي فيما يتعلق بإدارة استثمار أقساط التأمين، وأهمها ما يلي:

(١) عقد شركة المضاربة الإسلامية يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالمعاملات، وبالتالي يمكن تطبيقه في إدارة استثمار أقساط محفظة التأمين الخاصة بشركة التأمين التعاونية الإسلامية دون أي تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهو المطلوب.

(٢) إذا نتجت عن عمليات المضاربة أرباح فإنه يتم اقتسامها بين الطرفين حسب النسبة المشاعة المحددة سلفاً وهي بذلك تحقق للمساهمين (أصحاب رأس المال) عائداً، وبالتالي يمكن اعتبار ذلك حافزاً للمساهمين (أي حافزاً لرأس المال).

(٣) المضاربة عقد جائز أي غير لازم بمعنى أن أيّاً من طرفي العقد له حق الفسخ (الانسحاب) سواء بدأ المضارب بالتصرف أم لم يبدأ وهذا يضيف شيئاً من المرونة على عقد التأمين الإسلامي.

(٤) تحتمل الغرر والجهالة في مسألة تحقيق الربح أو الخسارة وهي تشبه عقد التأمين الذي يشوبه الغرر والجهالة.

(٥) لا يؤدي تطبيق أسلوب المضاربة إلى زيادة تكلفة التأمين.

الفرع الثاني

سلبيات صيغة المضاربة

وهنا نكمل الصورة التي بنهاتها نصل إلى فهم سليم لتطبيق صيغة المضاربة على خدمات التأمين بالإشارة إلى سلبيات تطبيق هذه الصيغة. أما السلبيات التي نراها في حالة تطبيق صيغة شركة المضاربة في إدارة مخاطر أقساط التأمين الإسلامي أهمها ما يلي:

- (١) تطبيق صيغة المضاربة في إدارة مخاطر أقساط التأمين (أي مخاطر صندوق التأمين) فيه مخالفة لأحكام المضاربة، وبالتالي يصبح تطبيق صيغة المضاربة مخالفاً للمقتضى الشرعي.
- (٢) سيفقد حملة الأسهم الأرباح في حالة تحقق خسارة في أعمال المضاربة وبذلك يضيع عليهم مجهودهم، وبالتالي يندم الحافز من وراء استثمارهم في شركات التأمين الإسلامي وفي ذلك أثر سالب يحد من انتشار صناعة التأمين الإسلامي.
- (٣) إذا كان الربح المحقق قليلاً فإن نصيب المساهمين من الأرباح سيكون قليلاً جداً.
- (٤) قد لا يتوافر المال اللازم للاستثمار بالقدر الذي ينجم عنه عائداً استثمارياً، ولا سيما إذا علمنا أن بعض شركات التأمين تتصف بضعف أقساطها المكتتبة.
- (٥) إن جزءاً من هذه الأقساط سيعتبر - لاحقاً - ديوناً معدومة يتم إطفائها من الأقساط المستقبلية، وهذا يؤدي إلى انخفاض القدر المتاح من الأقساط المستقبلية أيضاً، مما يؤدي إلى انخفاض جملة العائد الاستثماري والتي تكون حصة المضارب من ضمنها.
- (٦) عملية تحصيل الأقساط في كثير من الأحيان تتم جدولتها بشكل شهري أو ربع سنوي أو نصف سنوي، ويترتب على هذا أيضاً ضعف الموارد المتاحة للاستثمار، أضف إلى ذلك قد لا توجد فوائض في أقساط التأمين خلال شهر معين أو مدة معينة من العام، وبالتالي يتعذر الاستثمار، وتبعاً لذلك تنعدم الأرباح.
- (٧) إذا أخذنا في الاعتبار أن جملة الأقساط المكتتبة في السنة لا يتم اكتتابها جميعاً في يوم واحد أو شهر واحد أو فترة واحدة، وإنما على مدار السنة فهذا يقلل القدر المتاح للاستثمار من أقساط التأمين.
- (٨) مشكلة الانسحاب وإلغاء عقد التأمين يشكل عقبة في الاستفادة من الأقساط المدفوعة بواسطة المنسحبين إذ أنه يرد إليهم جزء منها وإذا كثرت هذه الانسحابات والإلغاءات فإنها ستضعف القدر المتاح للاستثمار من أقساط التأمين.
- (٩) تسلم حصة المؤسسين من الأرباح المحققة لا يتم إلا بعد تضيض المضاربة، وهذا يؤدي إلى تأخر تسلم حصة المؤسسين إلى حين الانتهاء من التضيض^(١).

(١) أصلها نض، (الناض من المتاع هو ما تحول ورقاً أي دراهم وعيناً . والنض هو الإظهار . والمراد هنا في المضاربة أن يظهر ربحاً ويكون موجوداً ويقال أيضاً خذ ما نض لك من غريمك وخذ ما نض لك من دينك . وكان الفاروق يأخذ الركة من المال الناض - وفي حديث عكرمة أن الشريكين إذا أرادا أن يتفرقا يقتسمان ما نض من أموالهما ولا يقتسمان الدين ، راجع اللسان ٢٣٧/٧.

وبعد هذا السرد المتقدم لتطبيقات صيغة المضاربة الإسلامية في صناعة التأمين الإسلامي؛ فإن الباحث يرى أنه:

المبحث الثاني

تطبيق صيغة الوكالة على أعمال التأمين التعاوني الإسلامي

سبق أن تحدثنا عن تطبيق صيغة المضاربة في أعمال التأمين الإسلامي ، ونتعرض لتطبيق صيغة الوكالة بالشرح والتقييم لهذا التطبيق ، كما نعلم أن مال التأمين في شركات التأمين الإسلامية يتكون من:-

رأس المال الذي يدفعه المؤسسون .

أقساط التأمين التي يدفعها المؤمن لهم ، وهي من حيث الأعمال تنقسم إلى قسمين:

إدارة مخاطر محفظة التأمين. وهي تشمل: مجمل النشاط التأميني.

إدارة استثمار أقساط التأمين.

وفى السطور التالية نستعرض لتطبيقات صيغة الوكالة على النحو التالي:

المطلب الأول

إدارة مخاطر محفظة التأمين

صيغة الوكالة من الصيغ السائد تطبيقها في مختلف المجالات لحاجة الناس إليها ولكونها أكثر مرونة من صيغة الإجارة. والمعروف أن صيغة الوكالة يجوز تطبيقها بأجر، أو بدون أجر، أي تبرعا. بينما السائد تطبيقها في مجال التأمين التعاوني الإسلامي هي وكالة بأجر.

يتم تطبيق صيغة الوكالة في إدارة مخاطر محفظة أقساط التأمين عن طريق قيام المؤسسين بإدارة مخاطر المحفظة مقابل أجره يأخذونها من هذه الأقساط، ويمكن أن تكون هذه الأجرة مبلغاً محدداً ؛ كعشرة ومنه ألف و مليون جنيه ، أو نحو العشر ونصف العشر غيرها. وفي ظن الباحث أن تطبيق الصورة الثانية، وهي أن تكون الأجرة جزءاً مشاعاً من الأقساط، هو الأسلم من حيث العلم به والتقدير. و يتفق مع الرأي الذي يرى جواز أن تكون الأجرة جزءاً مشاعاً، ولا بأس في ذلك وفق رأي الإمام مالك الذي نقله الإمام سحنون في المدونة⁽¹⁾ ، ومفاده أن مالكا عندما سئل عن حصاد الزرع بالنصف قال: هذا جائز. كذلك رأي الإمام أحمد بن حنبل الذي يفتي فيه بجواز صرم التمر وحصاد الزرع بالسدس من الإنتاج بحسبان أن الأجرة وإن كانت بجزء مشاع فهي معلومة قدرأ لأن المؤمن يرى ويعلم بمقدار قسط التأمين . وهذا أيضاً يتفق مع رأي المالكية من أن يكون

(1) الإمام سحنون بن سعيد التتوخي ، المدونة الكبرى ، دار الفكر ، بدون سنة نشر ومكان نشر ، ٤٢٠/٣ ، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب الإمام سحنون، المدونة الكبرى.

القدر المحدد للأجرة في عدم الاختلاف في الصفة والخروج^(١). ورأي الإمام ابن حزم يتفق مع رأي الإمام مالك والإمام أحمد حيث أجاز إعطاء الغزل للنسيج بجزء مسمى منه، وكراء السفينة أو الدابة بجزء مسمى مما يحمل عليها وإعطاء الطعام للطحين بجزء منه^(٢).

المطلب الثاني

إدارة استثمار أقساط التأمين

أمّا تطبيق صيغة الوكالة بأجر على إدارة استثمار أقساط التأمين، فالمعروف أنه سيكون مظنون حصولها، إذ تحتمل التحقق و عدم التحقق. وبالتالي تصبح نتيجة تطبيق صيغة الوكالة على إدارة استثمار أقساط التأمين مع أخذ أجرة المساهمين من عوائد الاستثمار؛ ليست في مصلحتهم بسبب الجهالة التي قد ينتج عنها عدم وجود الأجرة أصلاً. بحسبان أن ما سيحصلون عليه غير مؤكد، وإن حدث فغير معروف هل سيكون قليلاً التأمين فيها فضلاً عن احتمال حدوث خسارة وبالتالي تضيع عليهم الأجرة. وهذا يجعل تطبيق صيغة الوكالة في عمليات استثمار أقساط محفظة التأمين فيها جهالة في الأجرة، والجهالة في الأجرة تمنع تطبيق عقد الوكالة بأجر؛ فضلاً عن أنه إذا تحققت الخسارة لن تتحقق مصلحة للمؤسسين.

بالرغم من السرد السابق يمكن تطبيق صيغة الإجارة أو صيغة الوكالة على إدارة عمليات استثمار أقساط التأمين مقابل أجرة تؤخذ من الأقساط وليس من عائد الاستثمار وفي هذه الحالة يمكن أن تضاف للأجرة الأولى الخاصة بإدارة مخاطر صندوق التأمين، أو أن تؤخذ من متبقي الأقساط التي سيتم استثمارها.

المطلب الثالث

تقييم تطبيق صيغة الوكالة في أعمال التأمين التعاوني الإسلامي

من الضروري تقييم تطبيق صيغة الوكالة على خدمات التأمين الإسلامي، وذلك فيما يتعلق بإدارة مخاطر صندوق التأمين أي أعمال التأمين الفنية، وإدارة عمليات استثمار أقساط التأمين حتى تتمكن من التقييم الشامل لتطبيقها على خدمات التأمين الإسلامي في مختلف تجاربه القائمة.

(١) ابن قدامة، المغنى والشرح الكبير، مكتبة مكة المكرمة، بدون سنة طبع وبدون رقم طبعة ص ٨٢/٦، ونشير لهذا المرجع في العزو اللاحق ب ابن قدامة، المغني.

(٢) أبي محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، دار الأفاق الجديدة، بيروت، بدون، ص: ١٩٨/٨ و١٩٩

الفرع الأول إيجابيات صيغة الوكالة

الذي تبين لنا أن تطبيق صيغة الوكالة على صناعة التأمين الإسلامي ينتج عنها العديد من الايجابيات أهمها ما يلي :-

(١) عقد الوكالة من عقود المعاملات بتطبيقهما نكون قد طبقنا عقداً يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، و تكون المعاملة سليمة من الناحية الشرعية.

(٢) الأجرة ، أو العمولة الناتجة من تطبيق صيغة الوكالة لصالح المؤسسين ، تكون بمثابة الحافز الاستثماري الذي يغري رأس المال بالدخول إلى ميدان صناعة التأمين الإسلامي.

(٣) بسبب أن العمولة تؤخذ من أقساط التأمين ، فإذا رغب المؤسسون في زيادة العمولة لصالحهم يلزمهم زيادة انتشار خدمات شركة التأمين الإسلامي بسبب أن مصلحتهم تتمثل في السعي إلى زيادة الأجرة العائدة لهم ، وهذا يتطلب العمل على نشر التأمين الإسلامي. أما إذا تم هذا الانتشار فستنتج عنه مصالح عدة تنعكس إيجاباً على الوضع الاقتصادي الفردي ، وبالتالي الوضع الاقتصادي الكلي وذلك لأن :-

(أ) زيادة الأجرة تعني زيادة الحافز الاستثماري لمؤسسي الشركة وهم حملة الأسهم.

(ب) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تؤدي إلى انخفاض أقساط التأمين لتوفر الأعداد الكبيرة للمؤمن لهم في العملية التأمينية ، وبالتالي انخفاض تكلفة التأمين.

(ج) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تؤدي إلى زيادة حصة المؤمن لهم من الفائض التأميني ، وبالمقابل إذا حدثت خسارة فإن حصتهم في الخسارة ستكون أقل مما لو كان العدد قليل.

(د) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تؤدي إلى زيادة الاحتياطيات وإمكانية تقوية المركز المالي لشركة التأمين التعاوني الإسلامي ، وبالتالي التقليل من الاعتماد على إعادة التأمين مع شركات إعادة التأمين التي لا تعمل وفق المنهج الإسلامي.

(هـ) زيادة انتشار التأمين الإسلامي وبسبب توفر الأعداد الكبيرة يمكن شركة التأمين الإسلامي من تحديد معدلات الخطر مستقبلاً بشكل أفضل من السابق ، عند تطبيق فلسفة التسعير وفقاً للخبرة Experience Rating .

(و) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تمكن من زيادة المبالغ المتاحة للاستثمار من أقساط التأمين مما ينعكس إيجاباً على محفظة التأمين بزيادة عائد استثمار

أقساط التأمين بتطبيق صيغة المضاربة في عمليات استثمار أقساط التأمين سترتفع حصة المساهمين - بصفتهم المضارب - بسبب ارتفاع القدر المتاح من أقساط التأمين للاستثمار الذي ينتج عنه ارتفاع الأرباح.

(ز) زيادة انتشار التأمين الإسلامي ستؤدي إلى زيادة الفائض حتماً، وبالتالي إلى زيادة حصيلة الزكاة من الفائض القابل للتوزيع.

(ح) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تستفيد منها الخزينة العامة أيضاً عن طريق:-

١. الرسم الضريبي (الدمغة مثلاً) الذي يفرض على كل وثيقة تأمين.
٢. رسوم الإشراف و الرقابة على التأمين التي تدفع لوزارة المالية والاقتصاد الوطني ممثلة في هيئة الرقابة على التأمين، إن وجدت.
٣. زيادة الاستثمار ومعدلات أرباحه تغذي الخزينة العامة عن طريق أخذ ضريبة الأرباح من عوائد الاستثمار إن كان ذلك معمولاً به في الدولة التي تعمل في حدودها شركة التأمين الإسلامية.
٤. زيادة أقساط التأمين وزيادة الأجرة على إدارة مخاطرها؛ تؤدي إلى زيادة مساهمة التأمين في الناتج القومي للدولة.
٥. كذلك زيادة التأمين تؤدي إلى زيادة القدر الذي تمت حمايته من ثروة المجتمع.
٦. زيادة خدمات التأمين وارتفاع إيراداته تؤدي إلى المزيد من العمالة وبالتالي العمل على الحد من مشكلة البطالة في الدولة وعلى المستوى العالمي عن طريق جلب العمال من الخارج.

(٤) زيادة انتشار التأمين الإسلامي تؤدي إلى انتعاش وانتشار الخدمات الأخرى المتعلقة به، وبالتالي زيادة دخولها ،ومثل ذلك وسطاء التأمين، وهيئات تسوية الخسائر Loss Adjusters وورش صيانة السيارات، والمهندسون، والأطباء، وفضيو صيانة السيارات والأجهزة والآلات والمعدات.

(٥) زيادة النشاط التأميني عموماً تؤثر إيجاباً على البيئة الاستثمارية بسبب توفير التغطيات التي تتحمل المخاطر التي تحف القطاع المستثمر فيه أو نوع الاستثمار.

(٦) انتعاش التأمين الإسلامي يؤدي إلى انتعاش صادرات الدولة لاسيما عند تطبيق تغطيات تأمين حصيلة الصادرات.

(٧) الحد من معدلات البطالة وذلك بتوفير فرص للعمالة، بالإضافة إلى الحد من العوز والفاقة والمعاناة المالية المتفشية بين أفراد المجتمع وبين أفراد أهل التجارات

والصناعات والخدمات المختلفة وبالتالي يقل الضغط على ميزانية التنمية الاجتماعية ومؤسسات الدعم والعمل الخيري كالزكاة وما شابه ذلك.

(٨) زيادة أقساط التأمين تنعكس إيجاباً على السياسة النقدية فيما يتعلق بالحد من التضخم عن طريق سحب جزء من الكتلة المعروضة في المجتمع ويتمثل هذا السحب في دفع أقساط التأمين والتي ستكون نقداً . هذا بالإضافة إلى توجيه السيولة المتوفرة لدى شركات التأمين في الاستثمار الموجه من قبل السلطة ؛ مثال ذلك : شراء سندات الخزنة، أو بالاستثمار في محافظ لتمويل مشروعات إنتاجية معينة، أو إيداعها لدى البنوك لاستثمارها في الأوعية الاستثمارية المختلفة، أو عن طريق شراء أسهم الشركات والمؤسسات المعروضة للبيع بسوق الأوراق المالية، أو المساهمة في تأسيس شركات أو مصانع أو هيئات للأعمال الاقتصادية. وكل هذه الصور الاستثمارية التي تقوم بها شركات التأمين تؤدي في النهاية إلى إعادة توظيف الكمية التي تم سحبها من الكتلة النقدية في قطاعات إنتاجية والتي بدورها تزيد من الكمية المعروضة من السلع والخدمات وهذه الأخيرة كلما زاد المعروض منها انخفضت أسعارها، وعملية سحب جزء من الكتلة النقدية وتوظيفها بما يزيد الإنتاجية، فهذا تؤدي إلى تعجيل انخفاض نسبة التضخم.

(٩) انتشار التأمين يؤدي إلى زيادة الوعي التأميني وبالتالي زيادة مفاهيم الأمن الصناعي وزيادة مفاهيم التعامل مع الخطر وتطورها وتحسين الأساليب المستخدمة في ذلك.

الفرع الثاني

سلبات صيغة الوكالة

أما فيما يتعلق بالسلبات فأنى أرى أن تطبيق صيغة الوكالة على صناعة التأمين ينتج عنه سلبات أهمها ما يلي:

- (١) حالة انشغال المؤسسين بزيادة الانتشار بهدف زيادة الأجرة أو العمولة ، فقد يدفع ذلك إلى الاهتمام بزيادة حصيلتهم مع إغفالهم لمصالح المؤمن لهم من استثمار وضبط رقابة عمليات التأمين في حالة محدودية عدد المؤمن لهم .
- (٢) قطعاً سيؤدي فرض الأجرة أو العمولة على وثائق التأمين ، بأي صورة كانت، إلى زيادة تكلفة التأمين .

المبحث الثالث

الأجرة في صيغة الوكالة وتباين الآراء الشرعية

نتناول هنا موضوع الأجرة في صيغة الوكالة وذلك لأن الأجرة من أهم البواعث التي قادت المؤسسين لإنشاء شركة التأمين الإسلامية.

تقدم معنا الحديث حول تطبيق صيغة الوكالة في نظام التأمين الإسلامي فيما يتعلق بإدارة مخاطر محفظة أقساط التأمين أو بعبارة أخرى إدارة أعمال التأمين الفنية. ومعلوم أنّ هذه الإدارة يقوم بها حملة الأسهم "المؤسسون" مقابل العمولة في حالة تطبيق صيغة الوكالة نظير قيامهم بإدارة مخاطر محفظة التأمين.

إلا أنّه اختلف علماء الشريعة الإسلامية المعاصرون بين معارض ومؤيد لتطبيق صيغة الوكالة في نظام التأمين الإسلامي، ولتوضيح هذا الاختلاف نستعرض الرأيين على النحو التالي:

المطلب الأول

الرأي الذي يشترط أن تكون الأجرة وفقاً للتكلفة الفعلية

يشترط هذا الرأي أن تكون أجرة الوكيل وهم المساهمون في صيغة الوكالة مساوية للتكلفة الفعلية التي يتحملها المؤسسون في إداراتهم لمخاطر محفظة التأمين التعاوني الإسلامي.

هذا الرأي تبناه عالمان جليلان هما: الشيخ/ الصديق محمد الأمين الضرير والشيخ/ وهبة الزحيلي، أمد الله في عمريهما، وهذان العالمان لهما وزنهما في فقه المعاملات اليوم على مستوى العالم الإسلامي.

فالشيخ الضرير؛ هو العالم الذي أصدر أول فتوى فقهية شرعية بين فيها عدم صحة التأمين التجاري لمخالفته للمقتضى الشرعي بسبب علة الغرر، وكان ذلك في العام 1961م خلال فعاليات أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية الذي عقد بدمشق ونظّمته جامعة دمشق. وقد ضمن ذلك في كتاب الذي يعد من النفاثس "الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي".

وقد اتفقت المجامع الفقهية وآراء الفقهاء الفردية من بعد ذلك على عدم جواز التأمين التجاري بسبب علة الغرر إلا نضر كريم من علماء الأمة الأفاضل وعلى رأسهم الشيخ/ أحمد مصطفى الزرقا - رحمه الله - وقد اتفق معه في رأيه حالياً الشيخ / عبدالله المنيع أمد الله في أيامه.

أمّا العالم الثاني فهو الشيخ/ وهبة الزحيلي، وهو الفقيه الذي اهتم بأمر الفقه بصفة عامة، ومن آثاره مؤلفه "الفقه الإسلامي وأدلته"، والذي يعتبر اليوم الموسوعة الفقهية النفيسة التي لا غنى عنها لكل طالب علم، يريد أن يبحث حول أمر، أو قضية فقهية في مختلف المذاهب الفقهية في الفقه الإسلامي، كما ألف فضيلته كتاباً عالية القيمة في فقه المعاملات، والبيوع، والتأمين.

وقد بيّن الشيخ الضرير رأيه المعارض لتطبيق صيغتي الإجارة والوكالة في نظام التّأمين في بحثه بعنوان " الاعتبارات الشرّعية لنظام التّأمين " وقد قدّمه ندوة التّأمين التّكافلي التي انعقدت بالخرطوم في فبراير ٢٠٠٤ م ، والتي نظمها اتحاد التّأمين الأفرو آسيوي ، والاتحاد العام للتّأمين العربي ، واتحاد شركات التّأمين وإعادة التّأمين السّودانية ، وشركة شيكان للتّأمين وإعادة التّأمين. وقد أيد الشيخ وهبة ما ذهب إليه الشيخ الضرير من خلال تعقيبه على بحث الشيخ الضرير في ذات الندوة.

أمّا رأي الشيخ الضرير فهو كالآتي:

" إن صيغة الحصّة^(١) المقطوعة من الاشتراكات لتدفع لأصحاب رأس المال على نمط اعتماد الإجارة كعمالة للممارسة، هذه الصّيغة إذا كان المقصود منها إعطاء أصحاب رأس المال المساهمين، مبلغاً محدداً من الاشتراكات نظير إدارتهم فعلاً للشركة فهذه إجارة مشروعة وهي ما عليه العمل عندنا في السّودان^(٢) ، وأمّا إذا كان المقصود^(٣) منها إعطاء أصحاب رأس المال مبلغاً محدداً من الاشتراكات نظير رعوس أموالهم، فإنّ هذه تكون إجارة غير صحيحة في نظري؛ لأنّها يكون فيها شبهة التّجارة في التّأمين، والتّأمين ليس محلاً للتّجارة، وفيها شبهة الرّبا، لأنّها إجارة للمال، والأجرة على المال هي الرّبا^(٤) . وقد أيد رأي فضيلة الشّيخ البروفسير الضّرير هذا فضيلة الشّيخ الأستاذ الدكتور وهبة الرّحيلي حيث عقب عليه قائلاً: " كما استبعد نمط الإجارة كعمالة للممارسة إذا كان المقصود منها إعطاء أصحاب رأس المال مبلغاً محدداً من الاشتراكات مقابل رعوس أموالهم، حيث تصير الإجارة فاسدة غير صحيحة، لأنّ التّأمين ليس محلاً للتّجارة، وفي هذا التّصرف شبهة الرّبا، لأنّها إجارة للمال، والأجرة على المال هي الرّبا وهذا الاتجاه سديد وينسجم مع مقاصد الشّريعة"^(٥) .

كذلك بيّن الشيخ الضرير رأيه هذا خلال الندوة الثّالثة عشرة نقضاً الزّكاة المعاصرة التي نظمتها الهيئة الشرّعية العالمية للزّكاة ومقرها دولة الكويت بالتعاون مع ديوان الزّكاة السّوداني، والتي انعقدت أيضاً في الخرطوم خلال الفترة ٨ - ١١ صفر ١٤٢٥ هـ الموافق ٢٩/مارس إلى ١/ أبريل / ٢٠٠٤م في ردّه على الدكتور عبد الستار أبو غدة حول الأجرة، أو العمولة التي يدفع منها المساهمون جميع المصروفات الإدارية والعمومية والتسويقية، وهذا يعتبر مجهوداً، وما تبقى من هذه الأجرة، أو العمولة يعود على المؤسّسين. غير أنّ الشيخ الضّرير رأى أنّ ما يتبقى من هذه العمولة في حالة تقسيمه على المساهمين ؛

(١) يقصد الأجرة.

(٢) والأجرة المطبقة في التّجربة السّودانية هي عبارة عن مكافآت أعضاء مجلس الإدارة وهي الأجرة الفعلية التي أشار إليها بقوله "نظير إدارتهم فعلاً للشركة"

(٣) أي الأجرة سواء أكانت للإجارة أو الوكالة.

(٤) مرجع سابق ص: ١٠٢

(٥) انظر تعقيب فضيلته على بحث فضيلة الشّيخ الضّرير، ص: ٦.

فإنَّ هذا التَّقْسيم يتم بقسمة المقدار المتبقي من العمولة على مبلغ رأس المال مضروباً في حصة المساهمة في رأس المال، وبالتالي يصبح رأس المال مؤجراً، ولم يتحمل المخاطرة، ولم يقدّم بمجهود في العملية التَّأمينية يستحق عليه هذه الأجرة، أو تلك العمولة. لأنَّ جميع المصروفات التي يتصور أن يتحملها المؤسسون نتيجة إدارتهم للعملية التَّأمينية، قطعاً ستكون داخلة في نسبة العمولة، أو الأجرة بينما لا يدفع رأس المال أي قدر من هذه المصروفات، وبالرغم من هذه الحقيقة فإنَّ رأس المال يعود عليه نصيب من الأجرة، أو العمولة في حالة توزيع القدر المتبقي منها على المساهمين وكأنَّ الوضع هو " غنم بلا مقابل".

والمخرج الذي يراه فضيلة الشيخ الضرير ويؤيده فيه الشيخ وهبة للمؤسسين مقابلة تطبيق صيغة الوكالة أن تكون الأجرة، أو العمولة مساوية تماماً للتكاليف والمجهودات التي يتحملها المؤسسون عن إدارتهم للعملية التَّأمينية، أو يأخذون مكافأة مالية نظير مجهودهم في إدارة العملية التَّأمينية بشرط ألا توزع عليهم بنسب حصة كل منهم في رأس المال تبادلياً لعلَّ الربا، مع شرط آخر، وهو أن تدفع هذه المكافأة - والتي عنده يمكن تسميتها بالأجرة - للمؤسسين الذين يشاركون فعلاً في إدارة العملية التَّأمينية، وبالتالي لا تدفع لمساهم لم يشارك في إدارة العملية التَّأمينية أيضاً تبادلياً لعلَّ الربا. ومن هنا يتضح أنَّ الأجرة عن إدارة العملية التَّأمينية تدفع للمؤسسين مقابل عملهم وليست مقابل مساهمتهم في رأس مال الشركة، وبالتالي تصبح الأجرة على العمل وليس على المال، ونتيجة لذلك تسلم عملية إدارة التَّأمين من علة الربا.

ما تقدّم هو ملخّص لرأيي الشيخين الجليلين في تطبيق صيغة الوكالة على خدمات التَّأمين الإسلامي، وهما يعارضان بموجبه تطبيق صيغة الوكالة على نظام التَّأمين الإسلامي وفقاً لما هو عليه العمل حالياً في شركات التَّأمين فيما يتعلق بإدارة مخاطر محفظة التَّأمين؛ لعلَّ الجهالة المتمثلة في تحديد الأجرة بالنسبة المئوية من أقساط التَّأمين، والعلّة في الربا لأنَّ توزيع متبقي العمولة على المؤسسين يتم بقسمة المبلغ المتبقي من المال إلى نسبة حصة كل منهم في رأس المال وهي العلة الأساسية التي يركزان عليها .

كذلك يري الشيخ الضرير ويؤيده في ذلك الشيخ وهبة الزحيلي، أنَّ الكيفية التي يتم بها تحديد الأجرة أو عمولة الوكالة بنسبة مئوية من أقساط التَّأمين تشوبها الجهالة المبطلّة للعقد، وبالتالي يصبح تطبيق الإجارة أو الوكالة بهذه الكيفية غير صحيح.

المطلب الثَّاني

الرأي الذي لا يشترط أن تكون الأجرة وفقاً للتكلفة الفعلية

أما رأي الفريق الثَّاني الذي يري بجواز تطبيق صيغة الوكالة بأجرة لا يشترط فيها أن تكون مساوية للتكلفة الفعلية؛ بل أن تكون الأجرة أكثر من التكلفة الفعلية مع توزيع متبقي الأجرة على المساهمين. ويمثل هذا الرأي فضيلة الدكتور/ عبد الستار أبو

غدة ولفيف من علماء الأمة الأمجاد، بل أحسب أن الأكثرية توافق على تطبيقات الوكالة باجرة على أن يقتسم المؤسسون متبقي الأجرة. وعلى الرغم من أنى لم أسمع، أو أقرأ لأي منهم سوى فضيلة الدكتور/ عبد الستار أبو غدة، إلا أن واقع التطبيقات يقول ذلك. هذا واضح لأن جميع شركات التأمين الإسلامي في العالم إما لها هيئة للرقابة الشرعية أو لها مستشار، أو مراقب شرعي/ ولما لم تكثر الآراء المناهضة لتطبيق الوكالة بأكثر من الأجرة الفعلية فهذا يدل على قبول أكثرية العلماء.

الفصل الثالث

أبعاد التّأمين التعاوني الإسلامي

(دور التّأمين التعاوني الإسلامي في أعمال التّنمية)

إن التنمية من الموضوعات المهمة جدا في حياة الأمم والشعوب لما فيها من تحقيق للمصالح وتحسين للبيئة المعيشية والاجتماعية وإحداث للنهضة الاقتصادية ومنعة الدولة. وتهتم التنمية بالجوانب المادية التي تؤدي إلى زيادة الإنتاج ونمو الدخل القومي ومتوسط دخل الفرد وتحسين الخدمات بجانب الاهتمام بالجانب الاجتماعي، أي الإنسان.

من المعلوم أن هنالك أسئلة اقتصادية تتعلق بجانب الإنتاج وهي^(١) : ماذا ننتج؟، وأين ننتج؟، وكيف ننتج؟، ولماذا ننتج؟، السلع والخدمات المعنية.

تُعرّف التنمية بأنها " العملية التي يرتفع بموجبها الدخل القومي الحقيقي خلال فترة ممتدة من الزمن"^(٢) بهدف إحداث التغييرات اللازمة سواء كانت في جانب العرض، أو الطلب، أو في كليهما. أما إذا كان التغيير المطلوب إحداثه يتعلق بجانب العرض فإن ذلك يشمل أوجه عدة أهمها:

- (١) اكتشاف موارد جديدة.
- (٢) التوسع في تجميع رأس المال.
- (٣) تزايد السكان.
- (٤) إدخال أساليب إنتاجية جديدة.
- (٥) تحسين المهارات والقدرات الإدارية و التنظيمية.
- (٦) إحداث تعديلات مؤسسية وتنظيمية.

أما إن كان التغيير المراد إحداثه يشمل جانب الطلب فإن هذا له أيضاً أوجه عدة نذكر منها مثلاً لا حصراً ما يلي:

- (١) حجم السكان والتركيب العمري.
- (٢) مستوى الدخل وطرق توزيعه.
- (٣) الأذواق.
- (٤) التغييرات المؤسسية الأخرى اللازمة.

كذلك تهدف التنمية الاقتصادية إلى محاربة التخلف الاقتصادي باستتباط أساليب إنتاجية جديدة واستخدام الموارد المتاحة سواء أكانت طبيعية، أم بشرية لأجل تحقيق

(١) ميشيل تودارو، التنمية الاقتصادية، ترجمة ومراجعة أ.د. محمود حسن حسنى ود. محمد حامد محمود، دار المريخ، الرياض، بدون ص: ٥٠ وما بعدها.

(٢) د. فليح حسن خلف، التنمية والتخطيط الاقتصادي، دار الكتاب العالمي عمان الأردن ودار الكتب الحديث، إربد الأردن، الطبعة ١، نظرية التحليل الكلاسيكي، أولى، ٢٠٠٦، ص: ١٧٧

مرامي التنمية. أما معنى التخلف الاقتصادي فقد اختلف فيه العلماء^(١) حيث يقول بعضهم التخلف هو حالات الندرة التي تعاني منها الدولة، أو المجتمع مثل ندرة رأس المال، وبعضهم يرى أن التخلف هو حالة سيطرة الإنتاج الأولى وانحسار مساهمة القطاع الصناعي، ويرى آخرون أن التخلف هو تخلف في وسائل الإنتاج بمعنى أنه تخلف تكنولوجي.

كان اهتمام العالم بأمر التنمية الاقتصادية قبل الحرب العالمية الثانية ضعيفاً ولكنه شغف بها بعد الحرب بشكل لافت الأمر الذي أدى إلى انتظام الدراسات والأبحاث ذات الصلة كما^(٢) نظريات تناولت التنمية نذكر أهمها:

- (١) نظرية التحليل الكلاسيكي.
- (٢) نظرية آدم إسميث.
- (٣) نظرية ديفيد ريكاردو.
- (٤) نظرية روبرت مالتس.
- (٥) نظرية الكلاسيكية في النمو الاقتصادي.
- (٦) المدرسة الكلاسيكية الجديدة.
- (٧) نظرية جوزيف شوبيتز.
- (٨) نظرية روستو.
- (٩) نظرية هارود دومار.
- (١٠) نظرية هانس.
- (١١) نظرية آرثر لويس.
- (١٢) نظرية الدفع القوية.

المبحث الأول

فروض الكفاية وعلاقتها بأعمال التنمية وأعمال التأمين

قسم علماء أصول الفقه^(٣) الحكم الشرعي إلى قسمين هما: الحكم التكليفي، والحكم الوضعي. والحكم التكليفي: هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾^(٤)، أو كفه عن فعل كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٥)، أو تخييره بين الفعل والكف كما في قوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٦). أما الحكم الوضعي: "فهو ما اقتضى وضع شيء سبباً لشيء

(١) المرجع السابق: ص ١٦.

(٢) المرجع السابق: ص ١٠٣.

(٣) أ.د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص ٥٠/١ وما بعدها.

(٤) سورة البقرة: الآية (٤٣).

(٥) سورة الأنعام: الآية (١٥١).

(٦) سورة البقرة: الآية (٢٢٩).

كما في قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾^(١) ، أو شرطاً له كقوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾^(٢) ، أو مانعاً منه كقوله ﷺ " ليس لقاتل ميراث "^(٣) وفي رواية " ليس للقاتل من الميراث شيء "^(٤).

وما سنتناوله هنا هو الحكم التكليفي بصورة مختصرة، فنقول: قسم العلماء^(٥) الحكم التكليفي إلى خمسة أنواع وهي: الإيجاب، الندب، التحريم، الكراهة والإباحة. وعرفوا هذه الأقسام الخمسة على النحو الآتي:

- (١) ما كان اقتضاؤه له على وجه التحتم والإلزام فهو واجب، وأثره الوجوب، والمطلوب فعله هو الواجب.
 - (٢) ما كان اقتضاؤه له ليس على وجه التحتم والإلزام فهو الندب، وأثره الندب، والمطلوب فعله هو المندوب.
 - (٣) وما اقتضى نهياً عن فعل و كان اقتضاؤه له على وجه التحتم والإلزام فهو التحريم، وأثره الحرمة، والمطلوب الكف عن فعله هو المحرم.
 - (٤) وما اقتضى نهياً عن فعل وكان اقتضاؤه له ليس على وجه التحتم والإلزام فهو الكراهة، وأثره الكراهة، والمطلوب فعله هو المكروه.
 - (٥) ما اقتضى تخير المكلف بين فعل شيء وتركه فهو الإباحة، وأثره الإباحة، والفعل الذي خُير بين فعله وتركه هو المباح.
- وما يهمننا من التقسيم للحكم التكليفي هو الواجب، والواجب: " هو ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم، بحيث يذم تاركه ومع الذم العقاب، ويمدح فاعله ومع المدح الثواب "^(٦).

كذلك قسم علماء^(٧) أصول الفقه الواجب إلى أربعة أقسام هي:

- (١) القسم الأول: الواجب من حيث وقت أدائه فيكون واجباً مطلقاً وواجباً مقيداً. والمطلق هو ما لم يحدد بوقت معين من العمر كالكفارات، أما المقيد فهو ما حدد بوقت معين كالصوم والصلاة.

^(١) سورة البقرة: الآية (١٨٥).

^(٢) سورة آل عمران: الآية (٩٧).

^(٣) السيوطي، الجامع الصغير، حديث رقم ٧٦٦٣ ص ٤٦٣/٢ ذكر السيوطي أنه أخرجه ابن ماجه وقال حديث حسن.

^(٤) المرجع السابق، حديث رقم ٧٦٥١ قال رواه البيهقي في السنن عن ابن عمرو وقال حديث حسن.

^(٥) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار القلم، بيروت، الطبعة العشرون ١٩٨٦، ص ١٠٥.

^(٦) د.عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بدون، ص: ٢٧.

^(٧) الشيخ محمد الخضري، أصول الفقه، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية ٢٠٠٢ م ص: ٣٨ وما بعدها.

(٢) القسم الثاني: الواجب من حيث تقديره فيكون واجباً محددًا وواجباً غير محدد. والمحدد هو ما عين له الشارع مقداراً كالصلوات المفروضة والزكاة والدية، أما غير المحدد فهو ما لم يحدد له الشارع مقداراً محددًا كالإنفاق في سبيل الله وإطعام المساكين.

(٣) القسم الثالث: الواجب من حيث تعيين المطلوب وعدم تعيينه فيكون واجباً معيناً (مميزاً) وواجباً غير معين (مخير). والمعين هو ما حدده الشارع عيناً كالصلاة والصوم ورد المغصوب، أما غير المعين فالشخص مخير في أن يختار خياراً من الخيارات المتاحة. مثلاً في كفارة اليمين فالشخص مخير بين أربعة خيارات كما في قوله تعالى: ﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾^(١).

(٤) القسم الرابع: الواجب من حيث المطالب بأدائه فيكون واجباً عينياً وواجباً كفائياً. العيني هو ما طلب الشارع حصوله من كل فرد من الأفراد المكلفين به كالصلاة والصوم والزكاة، و أما الكفائي هو ما قصد حصوله من غير نظر إلى فاعله مثال ذلك صلاة الجنازة، الصنائع المختلفة، بناء المستشفيات والقضاء والإفتاء وبدء السلام ورده و الجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. عرّف بعض العلماء الواجب الكفائي^(٢) بأنه ما كان محتماً مقصوداً حصوله من غير نظر إلى فاعله فيتناول ما هو ديني كصلاة الجنازة وديني كالصنائع المحتاج إليها.

فالواجب الكفائي مطلوب من الجميع ويؤديه بعضهم ممن كانوا مؤهلين وقادرين على أداء هذا الواجب. مثلاً إنقاذ الغريق يقوم به من يحسن السباحة، والإفتاء يقوم به من ملك ناصية الفقه، وإقامة الصنائع يقوم بها من هو مؤهل لها، وممارسة الطب يقوم بها من تأهل لها... الخ. ويكون الواجب الكفائي كفائياً ثم ينقلب إلي عيني إذا تعين لفرد إنقاذ الغريق إذا كان هو الوحيد الذي يجيد السباحة وكذلك إذا كان هو الطبيب الوحيد في البلدة فيتعين عليه مداواة المرضى وهكذا^(٣).

استدل العلماء على تكليف البعض بالواجب الكفائي بقول الله تعالى: ﴿ فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ

(١) سورة المائدة: الآية (٨٩) .

(٢) العلامة المحقق ابن أمير الحاج الحلبي، التقرير والتحبير، على التحرير في أصول الفقه للإمام محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السبؤاسي ثم السكندري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩ ص: ١٧٥/٢.

(٣) مرجع سابق ص ٧١.

يَحْدُرُونَ^(١) ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَنَتَكُن مِّنْكُمْ أُمَّةً يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾^(٢) .

إذن من القول المتقدم يمكننا القول أن أمر العمارة والتَّسمية من الأمور التي تتدرج تحت فرض الكفاية بسبب " أن للأمة مصالحا كثيرة لا بد من وجودها لتنظيم أحوالها ، وتسعد في حياتها ، ومن هذه المصالح ما لا يقدر عليه إلا باستعداد خاص وتعلم ودراية"^(٣) .

وكذلك تحقق التَّسمية مصالح كثيرة للأمة وهذه المصالح يحققها للأمة من ملك ناصية العلم والدارية والمعرفة والتأهيل والقدرة على إدارتها ، وهذه المصالح إذا كانت واجبا كفايياً تكون واجبا عينياً لمن ملك القدرة على تنفيذها .

ويكون إنشاء هيئات التَّأمين التَّعاوني الإسلامي لتوفير الحماية من الأضرار والتلف والفقْد للمصالح المعنية؛ ويعتبر أيضاً منسجماً مع مفهوم الواجب الكفاي إذ أن فيه دعوة للأمر بالمعروف باعتباره أنه جائز من الناحية الشرعية وكذلك يعتبر أداة يُنهي بها عن المنكر، والمنكر هنا هو التَّأمين التَّجاري.

وبذلك يصبح اللجوء إلى خدمات التَّأمين التَّعاوني الإسلامي للحماية من الخسارة للمصالح التتموية وذلك يؤدي إلى إزالة المشقة التي قد يواجهها المتعاطون والمستفيدون من المصالح التتموية وذلك ، بحسبان أن التَّأمين التَّعاوني يعمل على إعادة المتضرر إلى الوضع الذي كان عليه قبل الضرر وفي ذلك اتفاق مع القاعدة الفقهية (النعمة بقدر النعمة)^(٤) وبالتالي يقوم بدور حفظ المصلحة من جهة العدم.

وهنا يتفق اتصال التَّأمين التَّعاوني الإسلامي والتَّسمية مع القاعدة الفقهية القائلة: (من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته)^(٥) وكذلك القاعدة الفقهية (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)^(٦) وأعمال التَّسمية واجبات كفايية و عملية سيرها وإنفاذها في ظل المخاطر المتوقعة تُحتم اتخاذ التدابير اللازمة لحمايتها مما يتهدها من أضرار كما تقول القاعدة الفقهية (الضرر يزال)^(٧) .

^(١) سورة التوبة : الآية (١٢٢) .

^(٢) سورة آل عمران: الآية (١٠٤) .

^(٣) مرجع سابق ص: ٤٦ .

^(٤) الزرقا الأب، ص: ٤٤١ .

^(٥) المرجع السابق، ص: ٢٦١ .

^(٦) المرجع السابق، ص: ٤٨٦ .

^(٧) المرجع السابق، ص: ١٧٩ .

المبحث الثاني دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية

في السطور التالية نبين دور التأمين التعاوني الإسلامي في عمليات التنمية بشقيها الاقتصادي والاجتماعي لنبيّن مدى تأثير التأمين الإسلامي في التنمية.

المطلب الأول

التنمية الزراعية والتنمية الحيوانية

إن قطاعي الزراعة و الثروة الحيوانية هما أول وسائل الإنتاج التي حبا الله تعالى بها الإنسان من لدن أبو البشر آدم عليه السلام وأبنائه قابيل وهابيل حيث مارسا مهنة الزراعة ومهنة الرعي ثم نشأت الأعمال التجارية ممثلة في تلك الأنشطة التي عملت على الاتجار بمنتجات هذين القطاعين.

وتطور الأمر لينتج عن تنمية هذين القطاعين أداء شعائر دينية نذكر منها: إخراج الزكاة لمستحقيها، وصدقة الفطر في حالة إخراجها في شكل صاع من غالب قوت أهل البلد كما عند جمهور الفقهاء^(١)، أو في شكل نقود بمقدار قيمة طعام الفرد كما هو عند الأحناف^(٢). ويضاف إلى هذا أيضا حالات الهدي كفارة اليمين بإطعام عشرة مساكين.

نذكر هنا بعضاً مما جاء عن الاهتمام بقطاع الزراعة والقطاع الحيواني في أحاديث المصطفى ﷺ ورسالات الرسل فيما يتعلق بقطاع الزراعة وقطاع الثروة الحيوانية ممثلاً في نصوص نجمها وفق المحاور الآتية:

المحور الأول: التوحيد:

كانت الناقة من معجزات احد الرسل وهو صالح عليه السلام، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَأَلَى ثَمُودَ أَخَاهُمْ صَالِحًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ قَدْ جَاءتْكُمْ بَيِّنَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ هَذِهِ نَاقَةُ اللَّهِ لَكُمْ آيَةٌ فَذُرُّوهَا تَأْكُلْ فِي أَرْضِ اللَّهِ وَلَا تَمَسُّوهَا بِسُوءٍ فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٣). ومعلوم لنا ما من رسول أو نبي أرسله الله تعالى إلى قومه إلا كانت رسالته هي التوحيد بأن الله تعالى واحد لا شريك له.

المحور الثاني: التدريب والتأهيل:

تدريب الأنبياء عليهم السلام في قطاع الحيوان برعي الغنم لتهيئتهم لإدارة البشر وسياستهم جاء بالسنة الشريفة حديث عن أبي هريرة ؓ، عن النبي ﷺ قال: " ما بعث الله

(١) أ.د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص: ٢٠٤٥/٣.

(٢) المرجع السابق: ص: ٢٠٤٤/٣.

(٣) الأعراف: الآية (٧٣).

نبياً إلا ورعى الغنم" فقال الصحابة وأنت؟ فقال: " نعم! كنت أرهاها على قراريط لأهل مكة"^(١).

المحور الثالث: صرف العذاب:

(١) منتجات الزراعة وعذاب القبر وفي ذلك يروي الإمام البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: مر النبي ﷺ بقبرين فقال: (إنهما ليُعَذَّبَانِ وما يُعَذَّبَانِ في كبير، وأما أحدهما فكان لا يستتر من البول، وأما الآخر فكان يمشي بالنميمة) ثم أخذ جريدة^(٢) رطبة فشقها نصفين ففرز في كل قبر واحدة، قالوا: يا رسول الله! لم فعلت هذا؟ قال: (لعله يخفف عنهما ما لم ييبسا)^(٣). وجريدة النخل هي من منتجات القطاع الزراعي.

(٢) يعتبر قطاع الثروة الحيوانية واحد من الأسباب التي يصرف بها الله سبحانه وتعالى العذاب عن الناس كما جاء بالحديث القدسي " لولا عباد لله ركع، وصبية رضع، وبهائم رتع، لصبَّ عليكم العذاب صباحاً، ثم رُصَّ رصاً"^(٤) أطفال رضع وشيوخ ركع وبهائم رتع لصببت عليكم العذاب صباحاً" والبهائم هي من قطاع الحيوان.

المحور الرابع: الكفارات

الكفارات والهدى وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾^(٥). وكذلك في قوله تعالى: ﴿ وَأْتَمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُؤُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾^(٦). وما ورد هنا مما يطعم أو يذبح فهما منسوب لقطاع الزراعة و الحيوان.

(١) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب رعي الغنم، حديث رقم ٢٢٦٢ ص: ٤٢٩.
(٢) الجريدة: قيل أنها سعفة طويلة رطبة، وقيل الجريدة للنخلة كالقضيب للشجرة، وقيل هي السعفة التي تقشر من خوصها كما يقشر القضيب من ورقه. وكل ذلك يعني أنها جزء رطب من النخلة اللسان ص: ١١٨ / ٣.
(٣) صحيح البخاري، باب رقم ٥٤ من الكبائر أن يستتر من بوله، حديث رقم ٢١٨ ص: ٥٥.
(٤) السيوطي، الجامع الصغير، حديث رقم ٧٥٢٣، ٤٤٣/٢. قال السيوطي رواه الطبراني في الكبير والبيهقي في السنن كلاهما عن مسامع الديلمي، وقال حديث حسن. أيضاً هذا الحديث ورد بصيغ مختلفة.
(٥) سورة المائدة: الآية (٨٩).
(٦) سورة البقرة: الآية (١٩٦).

المحور الخامس : جلب الخير والبركة وإزالة المشقة

- (١) ارتباط صلاة الاستسقاء بالإنسان والزراعة و الحيوان، وصلاة الاستسقاء سنة معروفة^(١) .
- (٢) الأجر في حالة الزراعة التي يأكل منها الإنسان والحيوان والطير حيث رُوِيَ عنه ﷺ أنه قال: (ما من مسلم يغرس غرساً، أو يزرع زرعاً فيأكل منه طيرٌ، أو إنسانٌ، أو بهيمة إلا كان له به صدقة)^(٢) .
- (٣) إن أول الدواب التي استخدمها الإنسان كانت من منتجات قطاع الثروة الحيوانية من جمال، وخيل، وبغال، وحمير لقول الله تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾^(٣) ، كذلك أمر الله تعالى نبيه نوح عليه السلام بصناعة الفلك لينجو من خطر الطوفان هو ومن آمن معه. والفلك يصنع من الخشب، والخشب من الغابات التي تنتمي إلى القطاع الزراعي. أما الحديد فيستخرج من باطن الأرض. وكذلك الفلك تستخدم مطية للسفر.
- (٤) حديثه ﷺ بشأن الفسيلة الذي رواه الإمام البخاري عن أنس بن مالك عن النبي ﷺ قال: إن قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة^(٤) ، فإن استطاع ألا تقوم حتى يغرسها، فليغرسها"^(٥) .
- (٥) كذلك روي عنه ﷺ أنه قال: (إن الله تعالى أنزل بركات ثلاثاً الشاة والنخلة والنار)^(٦) والبركات الثلاث التي ورد ذكرها في هذه الحديث هي من قطاع الزراعة ومن قطاع الحيوان.

المحور السادس: الحماية

- (١) قصة سيدنا يوسف وحفظ القمح التي وردت في القرآن الكريم ، إذ يقول الله تعالى : ﴿ وَقَالَ الْمَلِكُ إِنِّي أَرَى سَبْعَ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعٌ عِجَافٌ ^(٧) وَسَبْعَ سُنبُلَاتٍ خُضْرٍ خُضْرٍ وَأُخَرَ يَابِسَاتٍ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي رُؤْيَايَ إِن كُنْتُمْ لِلرُّؤْيَا تَعْبُرُونَ ﴿٥٤﴾ قَالُوا

^(١) الإمام القرطبي، جامع الأحكام الفقهية، جمعه من تفسيره الشهير فريد عبد العزيز الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ٢٠٠٥، المسألة رقم ٤٠١ ص ٢٨٠/١ وذكر أيضاً حديثاً للرسول ﷺ عن عبد الله بن زيد

المازني قال: (خرج رسول الله ﷺ إلى المصلى فاستسقى وحول رداءه ثم صلى ركعتين) قال رواه مسلم.

^(٢) صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب فضل الزرع والغرس إذا أكل منه، حديث رقم ٢٣٢٠ ص: ٤٤٤.

^(٣) سورة النحل: الآية (٨).

^(٤) الفسيلة هي الشجرة الصغيرة من النخل ، اللسان، ص: ٥١٩/١١.

^(٥) الإمام البخاري، الأدب المفرد، تحقيق فريد عبد العزيز الجندي، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٥، الباب رقم ٢٢٢ اصطناع المال: ١٩٩ حديث رقم ٤٧٩ ص: ١١٩.

^(٦) الشريف إبراهيم بن محمد بن كمال الدين الشهير بابن حمزة الحسيني الدمشقي الحنفي، البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف، المكتبة العلمية، بيروت ، الطبعة الأولى، ١٩٨٢ حديث رقم ٤٥٨ ، قال المؤلف أخرج الطبراني في الكبير عن أم هانئ رضي الله عنها.

^(٧) عجاف : مهازل وضعاف ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن راجع تفسير الآية.

أَضْعَاثُ^(١) أَحْلَامٍ وَمَا نَحْنُ بِتَأْوِيلِ الْأَحْلَامِ بِعَالَمِينَ ﴿٢﴾ وَقَالَ الَّذِي نَجَا مِنْهُمَا وَادَّكَرَ^(٣) بَعْدَ أُمَّةٍ^(٤) أَنَا أَنْبِئُكُمْ بِتَأْوِيلِهِ^(٥) فَأَرْسَلُونَا ﴿٦﴾ يُوسُفُ أَيُّهَا الصِّدِّيقُ أَفْتِنَا فِي سَبْعِ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعٌ عِجَافٌ وَسَبْعِ سُنبُلَاتٍ خُضْرٍ وَأُخَرَ يَابِسَاتٍ لَعَلِّي أَرْجِعُ إِلَى النَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿٧﴾ قَالَ تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأْبًا ﴿٨﴾ فَمَا حَصَدْتُمْ فَذَرُوهُ^(٩) فِي سُنْبُلِهِ إِلَّا قَلِيلًا قَلِيلًا مِمَّا تَأْكُلُونَ ﴿١٠﴾ ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ سَبْعٌ شِدَادٌ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ لَهُنَّ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَحْصِتُونَ ﴿١١﴾ ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ عَامٌ فِيهِ يُغَاثُ^(١٢) النَّاسُ وَفِيهِ يَعْصِرُونَ ﴿١٣﴾^{(١٠)(٩)}

. فقصة سيدنا يوسف عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة وأتم التسليم تفيد الاحتراز الاحتراز والتحوط لمخاطر المستقبل بحفظ شيء من المال أو الطعام . فالقصة تحكى^(١١) عن رؤيا ملك مصر في ذلك الزمان وان سيدنا يوسف عليه السلام فسرها بأنه ستمر عليهم سبع سنين مخصبة ، والإشارة هنا إلى الإنتاج الزراعي الذي يُطعمون منه . فنصحهم أن يقدموا بجد ونشاط على الزراعة في السنوات السبع المذكورة وما رزقهم الله من خير يأكلون منه بقدر ما يحتاجون والمتبقي يحفظونه ويدخرونه للمستقبل ، وأشار إليهم بان يتركوه في سنبله وألا يخرجوه منها ويحفظونه حبا في سنبله لان في ذلك وقاية للمحصول ، أو الحب من خطر السوسة^(١٢) . وذكر بعض المفسرين^(١٣) إن هذه الآية أصل في القول بالمصالح الشرعية التي هي حفظ الأديان ، والنفوس ، والعقول ، والإنسان ، والأموال فكل ما تضمن تحصيل شيء من هذه الأمور فهو مصلحة ، وكل ما يفوت شيئا منها مفسدة ، ودفعه مصلحة ، ولا خلاف في أن المقصود من الشرائع إرشاد الناس إلى مصالحهم الدنيوية ، أما بعد انقضاء هذه الأعوام السبعة الخصيبة ؛ فستأتيهم سبع سنين مجدبة ، يقل أو ينعدم فيها الإنتاج الزراعي. فاقترح عليهم سيدنا يوسف أن يتلافوا خطر السنين السبع المجدبة بالادخار لها من السبع المخصبة اتقاءً لخطر الجوع عندما يحدث مستقبلاً . هذه العملية الادخارية نلحظ فيها مفهوم التامين الذاتي ، وفي طريقة حفظ الحب نصحهم سيدنا

^(١) أضغاث أحلام : أخلاط أحلام لا تأويل لها ، راجع د. أحمد على الإمام ، مفاتيح فهم القرآن ، راجع تفسير الآية.

^(٢) ادكر : تذكر ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٣) امة : مدة ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٤) تأويله: أي تفسيره راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٥) دأبا: دائبين ومداميين كعادتهم في الزراعة بجد وملازمة للعمل ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٦) فذروه: اتركوه ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٧) تحصنون : تحبثون أي تحفظون ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٨) يغاث : من الغيث أي يهطرون ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(٩) يعصرون: عصر بعض المنتجات الزراعية لاستخراج الزيت منها كالزيتون أو لاستخراج شراب منها كالعنب ، راجع د. الحمصي ، تفسير وبيان مفردات القرآن تفسير الآية.

^(١٠) سورة يوسف: الآيات (٤٣ - ٤٩).

^(١١) د. الحمصي تفسير وبيان مفردات القرآن سورة يوسف تفسير الآية.

^(١٢) هي حشرة تتلف الحب .

^(١٣) القرطبي ، ص: ٢٠٣/٥.

يوسف بأن يُترك في السنابل ولا يُخرج منها لان في ذلك حفظاً له من خطر السوسة^(١). وهنا احتاط بحفظ الحبوب من خطر المجاعة؛ كذلك احتاط لسلامة الحبوب نفسها من الخطر؛ بأن تحفظ، أو تبقى داخل سنابلها حفظاً وحماية لها من خطر التلف المتمثل في السوسة إذا أُخرجت من سنابلها.

(٢) من منتجات القطاع الزراعي هدى الله تعالى الإنسان إلى حماية نفسه من خطر الحر حيث قال الله تعالى: ﴿ وَجَعَلْ لَكُمْ سَرَابِيلَ تَقِيكُمْ الْحَرَّ وَسَرَابِيلَ تَقِيكُمْ بَأْسَكُمْ ﴾^(٢) والسريال هو ما يلبسه الإنسان فإن كان وقاية من الحر فهو يصنع من منتجات القطاع الزراعي، وإن كان لأغراض الحرب فهو الدرع ويصنع من الحديد.

(٣) كبش فداء إسماعيل عليه السلام وعيد الأضحى عند المسلمين حيث يقول الله تعالى: ﴿ وَفَدَيْنَاهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ ﴾^(٣). وكبش الفداء هذا من قطاع الثروة الحيوانية.

(٤) كذلك روي عنه ﷺ أنه قال: (اتقوا النار ولو بشق تمرة)^(٤).

أما التنمية الزراعية، والتنمية الحيوانية يقصد بهما الاستعداد بشق الترع والقنوات، واستصلاح الأراضي لفلاحتها وزيادة رؤوس الماشية وتوزيعها وزراعة أعلافها وما إلى ذلك، والعمل على توزيع منتجات القطاع الزراعي والحيواني وما يتبع هذه المنتجات من نتائج ومراهم مفيدة.

والغرض من تنمية قطاع الزراعة وقطاع الثروة الحيوانية اللذان يعدان من أهم القطاعات الإنتاجية هو: توفير الحاجات الأساسية من المشرب و الغذاء والكساء والمسكن والعمل والمال بالإضافة إلى الأغراض الاستراتيجية، والاقتصادية، والاجتماعية، والأمنية، والسياسية.

أما المشرب فيتمثل في المياه العذبة الجارية والتي يتم استخراجها من باطن الأرض، أو المالحه التي يتم تنقيتها وتحليتها.

الغذاء والكساء يتحققان باستخدام منتجات القطاع الزراعي والحيواني ويتمثل في أنواع الأطعمة والمأكولات من منتجات محصولية وبستانية وخضرية ولحوم وألبان، ومنتجات الألبان وكذلك منتجات الدواجن يتم استهلاكها حسب حاجة الناس. أما

^(١) روى الإمام القرطبي أن الله أرسل سيدنا جبريل ليوحى لسيدنا يوسف أن الله سيفرج عنه محنته وذلك برؤى الملك التي ستكون كذا وكذا وان تفسيرها كذا وكذا. أي علمه الله تفسير الرؤيا.

^(٢) سورة النحل: الآية (٨١).

^(٣) سورة الصافات: الآية (١٠٧).

^(٤) السيوطي، الجامع الصغير حديث رقم ١٤٣ ص ٢٨ / ١ ، قال السيوطي رواه البخاري ومسلم والنسائي عن عدي بن حاتم، وأحمد في مسنده عن عائشة، والطبراني في الأوسط والضياء عن أنس، والبزار عن النعمان بن بشير وعن أبي هريرة، وللطبراني في الكبير عن ابن عباس وعن أبي أمامة وقال حديث صحيح.

المسكن فتم تهيئته وإعداده باستخدام المنتجات النباتية والغابية، وفي بعض الأحيان يضاف إلى هذه المنتجات منتجات القطاع الصناعي المختلفة كالحديد والأسمت.

والعمل يتمثل فيما يقوم به الفرد، أو الأسرة، أو المؤسسات من نشاط فلا ينتج عنه المطعومات أو المشروبات و الملابس فحسب؛ بل إن قطاعي الزراعة والحيوان يهيئان للناس فرصا للعمل وبالتالي يساهمان في التقليل من حجم البطالة و الآثار الاجتماعية السالبة الناجمة عن حالات البطالة و العوز والفاقة.

يوفر القطاع الزراعي والقطاع الحيواني الأموال للأفراد من الدخل الناجمة عن بيع منتجات هذين القطاعين والتي تزيد عن استهلاكهم وتستفيد الدولة من فوائض هذين القطاعين بالتصدير إلى الخارج وهذا يؤثر تأثيرا إيجابيا على ميزان المدفوعات بتحقيق الحصول على العملات الأجنبية. أضف إلى ذلك حصول الدولة على الرسوم والضرائب التي قد تفرض على هذا النشاط مما يغذي ميزانية الدولة بجانب المساهمة في زيادة الناتج القومي وبالتالي تصبح الفائدة عامة لكل المجتمع.

أما الأهداف الاستراتيجية فيمكن تصورها بأعمال حفظ مخزون استراتيجي من المحاصيل تجنبا للفجوات الغذائية التي يمكن أن تنتج عن نقص في المعروض من المحاصيل وهذا أيضا يساهم في الاستقرار السياسي. وتسعى الدول إلى توفير حاجتها من الغذاء محليا تفاديا للوقوع في براثن الدول الكبرى التي تعمل على التدخل في السياسة الداخلية والدولية للدولة وتجعلها تابعة لها بما تحقق لها من الغذاء وبالتالي تكون الهيمنة لهذه الدول الكبرى الهيمنة على الدول التي تلجأ لها في الحصول على الغذاء حتى تصير هذه كأنها ولاية، أو محافظة تتبع للدولة الكبرى وهذا ما يتماشى مع حكمة اليوم " من لا يملك قوته لا يملك قراره". وقد رأينا هذه الصورة في عالمنا اليوم فمازالت كثير من الدول تعاني من سيطرة الدول الكبرى.

إن المقصود بالتنمية هو زيادة الدخل والإنتاج وتحقيق الرفاهية للإنسان وتحسين بيئته الاجتماعية بوجه عام عبر الدخل في العمليات الاستثمارية بهدف إحداث التنمية في القطاعين الزراعي والحيواني. وهذا الاستثمار بطبيعة الحال تحفه المخاطر باعتبار أن العائد مجهول. ومعلوم لنا أن الإنسان مجبوراً على تجنب الخطر سواء في نفسه، أو ممتلكاته. و يقول تعالى "الذي قدر فهدى" فقد قدر الله تعالى للإنسان الخير بأن أعطاه الثروة، وهده أيضاً سبحانه وتعالى الإنسان إلى حفظ ثروته هذه من الخطر حسب ما هو متاح له من وسائل وأساليب حماية، حيث استخدم الإنسان أساليب بسيطة مما هو متاح

من بيئته وطبيعته بهدف حفظ الإنتاج الزائد من المحاصيل بـدفن هذا الإنتاج فيما يعرف في السودان بـ"المطمورة"، أو بحفظه داخل "السويبة"^(١).

ثم تطورت هذه الوسائل والأساليب لما يعرف اليوم بصوامع الغلال. وكل هذه السبل تهدف إلى حماية هذا الإنتاج - أي الثروة - من التلف والضياع والسرقة وغيرها من المخاطر التي تتهددها.

وكذلك بالنسبة للثروة الحيوانية فقد اهتدى الإنسان لحمايتها من المخاطر باستخدام الأساليب المناسبة ألا وهي إقامة الزرائب من أغصان الأشجار والأخشاب ثم تطور الأمر بإقامة المزارع الحديثة وتشبيد الحظائر بالنمط العلمي الحديث وإتباع الإرشادات البيطرية اللازمة.

المطلب الثاني

دور التأمين التعاوني الإسلامي

في التنمية الزراعية والحيوانية

أشرنا في الفرع السابق إلى الأساليب التي استخدمها الإنسان بغرض حماية منتجات قطاعي الزراعة والحيوان؛ ولكن مع تطور الإنسان تبين له أن هذه الأساليب وحدها ليست بالكافية فاستحدث أنماطاً أفضل لدرء الخطر وتتطور وتتشكل بحسب المهددات التي تواجه الإنسان مما دعاه لتبني أفضلها مخافة الفقدان، والسعي للمحافظة عليها من جانب عدم وكان من الأساليب التي استحدثها الإنسان؛ نظام التأمين بصفة عامة، ونظام التأمين التعاوني الإسلامي بصفة خاصة الذي يتميز بالقبول من الناحية الشرعية.

يقدم التأمين التعاوني الإسلامي العديد من التغطيات التأمينية التي من شأنها أن تساعد وتعزز بل وتعمق من أعمال التنمية الزراعية والحيوانية ونذكر هنا من هذه التغطيات مثلاً لا حصراً ما يلي:

(١) يوفر التأمين التعاوني الإسلامي تغطيات تتمثل في حماية المعدات والأجهزة وكل معينات الإنتاج في استجلابها من الخارج، أو من الداخل وذلك بتغطية خطر النقل بالإضافة إلى تغطية مخاطر التركيب والتشييد.

(٢) تغطيات التأمين الزراعي التي تعمل على تغطية الاستثمار الزراعي من المخاطر التي يتعرض لها وذلك بتعويض المستثمر أو المزارع بالمبلغ الذي استثمره في الزراعة في حالة التلف الذي تعرضت له الزراعة سواء كان بسبب آفة طبيعية أصابت الزرع كالطير والجراد وللحشرات، أو جفاف بسبب عدم نزول المطر إن كانت الزراعة تروى رياً مطرياً، أو بسبب الغرق، أو العواصف، والبرد، أو الصقيع، أو أمراض النبات.

(١) السويبة: تستعمل عندنا في السودان لحفظ الفائض من المحاصيل لوقت الحاجة وهي تصنع من الحطب وفروع الشجر والقصب وتكون على هيئة كوخ.

- (٣) تغطيات تأمين الثروة الحيوانية في حالة مرضها، أو نفوقها، أو سرقتها.
- (٤) أيضا يستمر الدور الإيجابي للتأمين التعاوني بالنسبة لقطاعي الزراعة والثروة الحيوانية بتوفير تغطيات الحصول على التمويل من المؤسسات التمويلية وذلك بتوفير التغطيات المناسبة للحصول على التمويل المعنى.
- (٥) أيضا يستمر الدور الإيجابي للتأمين التعاوني بالنسبة لقطاعي الزراعة والثروة الحيوانية بتوفير تغطيات تأمين الصادرات وهذا يعمق من النشاط التنموي حيث تمتد التغطية التأمينية لمراحل تسويق هذه المنتجات بما يوفر للمصدر تغطية يتم بموجبها تعويضه إذا لم يتمكن المستورد - وهو الذي تم التصدير الإنتاج بالنسبة له - من سداد قيمة الصادرات الزراعية والحيوانية سواء كان ذلك لأسباب أم مالية بما في ذلك إفلاس المستورد، أو أسباب سياسية مثال ذلك: منع سلطات الدولة التي تم التصدير إليها من الوفاء بقيمة الصادرات أو تأجيلها سواء أكان المستورد جهة حكومية، أو خاصة، وقد يكون السبب فرض قيود على تحويل القيمة بعمل العقد أو فرض سعر صرف تمييزي، أو بسبب الاضطرابات الأهلية و الأعمال العسكرية التي تتعرض لها الأصول المادية للمدين.
- (٦) توفير تغطيات النقل المختلفة لكل مراحل الاستثمار سواء كان بنقل مستلزمات الإنتاج من الآلات وأجهزة، أو بنقل الإنتاج نفسه من مكان إنتاجه إلى التخزين أو التصدير.
- (٧) توفير التغطيات التأمينية الخاصة بحماية الإنتاج في حالة التخزين.
- (٨) توفير تغطيات لصوامع الغلال والحظائر من المخاطر التي تتهددها كالحريق والسرقة والانفجار وغيرها من المخاطر.
- (٩) توفير التغطيات التأمينية للعاملين في حقل التنمية الزراعية والحيوانية سواء كانوا مزارعين أو تنفيذيين عبر تغطيات التأمين الصحي، والتكافل الجماعي التي تشمل مخاطر الوفاة والإصابة والعجز والتكافل المعاشي للعاملين وأسرهم.

المطلب الثالث

التنمية الصناعية

مثلما عرف الإنسان قديما الزراعة وتربية الحيوان، عرف الصناعات المختلفة. وفي ذلك يقول ابن خلدون: "إن أول من زاول الصناعة ومن ثم أصبحت تنسب إليه هو نبي الله إدريس عليه السلام كما زاول أنبياء آخرون أنماطا أخرى من الصناعة؛ فقد كان نوحاً عليه السلام نجاراً، وكان داوود عليه السلام حدادا"^(١).

(١) العلامة عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الشهير بابن خلدون، مقدمة ابن خلدون تحقيق هشام جمعه هلال ، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، ط ١ ، بيروت لبنان، ٢٠٠٧ ص: ٤١٩.

وتكتسب الصناعة أهمية كبيرة ، لعدة أسباب نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

- (١) أنها تعمل على تهيئة التنمية الزراعية وتنمية الثروة الحيوانية وذلك بتصنيع الآلات والأجهزة والمعدات اللازمة لاستخدامها في التنمية الزراعية وتنمية الثروة الحيوانية.
- (٢) تؤثر الصناعة في ازدهار التنمية الزراعية والحيوانية، كما تحقيق التنمية في بقية القطاعات الأخرى نذكر منها قطاع: التعدين، البناء والتشييد، البنية التحتية، العسكري، الأمني، الطب، التعليم، السكن، النقل، الخدمات الذي يشمل العديد من المؤسسات الخدمية أهمها المصارف والتأمين ومؤسسات الاستشارة والدراسات والتدريب والأمن الصناعي وغير ذلك من بقية القطاعات الإنتاجية. ويكون هذا التأثير إما عبر تجهيز المعدات والآلات اللازمة لأحداث التنمية في القطاعات السابقة، أو بتوفير الأموال من أرصدة التنمية الصناعية، أو بتوفير المعدات والآلات، أو ببسط خدمات هذه القطاعات في خدمة التنمية الصناعية. وكل هذا يؤدي إلى تعميق التنمية بصفة عامة.
- (٣) كبر العائد المادي من التنمية الصناعية على مستوى المستثمرين وعلى مستوى الدولة.
- (٤) نسبة لكبر العائد المادي الناتج من التنمية الصناعية؛ فإنها تعتبر أهم القطاعات التي تؤثر أثراً في زيادة الدخل والناتج القومي وتكون سبباً في قوة الدولة.
- (٥) إنتاج السلع المعمرة وغير المعمرة.
- (٦) الدول التي تتصف بأنها دولاً صناعية تكتسب الأهمية والريادة بين الدول وتصبح دولة عظيمة ودولة قوية ومؤثرة في السياسة الدولية بشكل مباشر كما تمتاز بالتفوق العلمي والتقني والقدرات الاقتصادية الفائقة وكل هذا يجعل الدول الأقل منها تلجأ إليها طواعية أو جبراً.
- (٧) تيسير وتطوير وابتكار الأنماط الاجتماعية المختلفة لأفراد المجتمع.
- (٨) تتيح فرصاً وظيفية كبيرة لمختلف فئات المجتمع وبالتالي تصبح الأكثر ايجابية في محاربة البطالة.
- (٩) تزكية روح التعلم والتخصص في المجالات التي تحقق النهضة الصناعية بالإضافة إلي تزكية روح البحث العلمي.
- (١٠) خدمة الأهداف الإستراتيجية للدولة وهي أهداف متعددة الأوجه.
- (١١) التمكين من تحقيق مجتمع الكفاية والعدل والرفاهية.

المطلب الرابع دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية الصناعية

أما التأمين التعاوني الإسلامي فإنه يؤدي دورا هاما في تحقيق التنمية الصناعية بما يشمل المستثمرين والعاملين في قطاعات التنمية الصناعية المختلفة وكذلك الدولة و الجمهور الذي سيستفيد من خدمات التنمية الصناعية. و يتمثل هذا الدور في العديد من التغطيات التأمينية التي تشجع وتعزز إحداث التنمية الصناعية. وفيما يلي نشير إلى بعض هذه التغطيات التي تؤثر إيجاباً في عملية التنمية الصناعية:

(١) التغطيات التأمينية التي تمكن من الحصول على التمويل من مؤسساته المختلفة بغرض استخدامه في عملية التنمية الصناعية.

(٢) التغطيات التأمينية التي تتعلق بالحصول على جميع مستلزمات التصنيع من آلات ومعدات ومواد خام، سواءً تم هذا الحصول بالاستيراد من الخارج أو بالشراء من الداخل فإنه تتم حمايتها من التلف والفقدان بموجب تغطيات تأمينات النقل المختلفة. أما إذا تعرضت هذه الآلات والمعدات ومستلزمات الإنتاج لتلف، أو فقدان، أو هلاك، ولم يتم تغطيتها بأي من التغطيات التأمينية التي تطرحها هيئات التأمين التعاوني؛ فإن الأموال التي أنفقت في شراء هذه الآلات والمعدات ومستلزمات الإنتاج ستضيع، وتضيع معها الآلات والمعدات ومستلزمات الإنتاج نفسها وبالتالي تصبح الخسارة فادحة. ولكن في حالة وجود تغطيات النقل فإن التعويض عن هذه الأضرار والتلفيات يحد من حجم الخسارة إذ يتم توفير قيمة الآلات والمعدات ومن ثم توفير الآلات والمعدات أيضا عبر شرائها مرة أخرى أو إعادة إصلاحها وصيانتها وبذلك يمكن تحقيق عملية التنمية الصناعية واستدامتها.

(٣) تأمينات أخطار المقاولين وأخطار التركيب في حالة تنفيذ عمليات التشييد وتركيب المعدات وتجهيز خطوط الإنتاج التي تغطي التلفيات التي تلحق بالأجهزة والمعدات والمستلزمات الصناعية في مرحلة التشييد والتركيب حيث بموجب هذه التغطيات تُدفع التعويضات في حالة تعرض هذه المعدات والآلات للتلفيات خلال مرحلة التشييد والتركيب مما يضمن أنفاذ عملية التنمية الصناعية، بمعنى أنه في حالة عدم وجود مثل هذه التغطيات التي تصاحب أعمال التشييد والتركيب ستتعرض عملية التنمية في حالة تلف الآلات والمعدات.

(٤) تغطيات تأمين توقف الآلات وهي ما تعرف بتغطيات التأمين الهندسي والتي تبدأ بعد الانتهاء من فترة التشييد والتركيب وتجهيز خطوط الإنتاج ثم تبدأ العملية الإنتاجية مع احتمال إصابة الآلات أو المعدات المستخدمة في العملية الإنتاجية بضرر يؤدي إلى توقفها، وبالتالي تتوقف العملية الإنتاجية في كافة خطوطها وذلك لأن الخطوط

تكمل بعضها البعض. ولكن في ظل وجود تغطية توقف الآلات ستم صيانة الآلة المتعطلة، أو استبدالها دون أن يدفع المستثمر تكلفتها، وبذلك يستمر الإنتاج ولا يتوقف مما يجنب المستثمر وقطاعات وأفراد المجتمع المعاناة التي يسببها فقدان السلعة المصنعة، مثال ذلك: المستهلكين، والعاملين في حقل إنتاج السلعة أو السلع المعنية، والمستفيدين الآخرين من العملية الإنتاجية للسلعة، أو السلع المعنية؛ كخدمات: الكهرباء والمياه، والهاتف، وموزعي السلع المنتجة، وموردي مستلزمات الإنتاج الصناعي، والدولة ممثلة في وحدات تحصيل الرسوم والعوائد والضرائب التي تُفرض على الإنتاج الصناعي وتداوله في المجتمع بصفة عامة.

(5) توفير تغطيات الحريق والسرقة والتلفيات بسبب المياه والزلازل والبراكين والصواعق والفيضانات والأخطار الحربية وشبه الحربية وكل ذلك يمكن من التعويض عن قيمة الأضرار التي قد تلحق بالمصنع وبالتالي لا تتأثر العملية الإنتاجية ولا يفقد المستثمر ماله مما يعنى أنه في حالة عدم وجود هذه التغطية يصبح الأمر عسيراً.

(6) تغطيات تأمين الصادرات في حالة قيام المُصنِّع بتصدير منتجاته إلى الخارج يتم التعويض عن حالات عدم سداد الجهة التي تم التصدير لها سواء كان بسبب الإفلاس أو بسبب المخاطر السياسية التي تفرضها دولة المستورد من تقييد التحويل أو منعه لدولة المُصدِّر أو فرض الحصار الاقتصادي من قبل دولة المستورد. وفي كل هذه الحالات يتم التعويض بقيمة الإنتاج الذي تم تصديره والمؤمن لدى شركة التَّأمين التَّعاوني الإسلامي. أيضا هنا في حالة عدم وجود تغطية الصادر فإن الخسارة تكون كبيرة ولا تنحصر في المصدر؛ وإنما تشمل أيضا ميزان المدفوعات الذي يخسر فرصة الحصول على العملة الأجنبية من عملية الصادر.

(7) تغطيات التعويض عن الأموال المستثمرة في حالة قيام سلطات الدولة بإجراءات التَّأميم والمصادرة.

(8) توفير تغطيات للمخزون من الإنتاج والمواد الخام في حالة تعرضها للتلفيات والخسارة بسبب الحريق والأخطار الطبيعية الأخرى وكذلك خطر السرقة.

(9) تغطيات العاملين في حقل التنمية الصناعية لاسيما الخبرات الأجنبية، ومن أمثلة هذه التغطيات: العلاج، ومخاطر الوفاة، والإصابة، والعجز الصحي بأنواعه، و الأمراض التي تنجم عن المهنة نفسها كأمراض: الصدر التي تنجم من العمل في مصانع الغزل والنسيج وما شابه ذلك. وأمراض المهنة هذه يكون الشخص المستثمر مسؤولاً عنها في غالب الأحوال بموجب قانون العمل السائد في الدولة محل الإنتاج ولهذا يمكن للمستثمر أن يحوّل هذا الخطر لشركات التَّأمين بالاشتراك في تغطية إصابة العاملين التي تعوض العامل المصاب بمرض سببه المهنة التي يمارسها في مكان الانتاج.

(١٠) غالباً ما تقوم شركات التأمين التعاوني الإسلامي بتوجيه النصح والإرشاد للمصنع باستخدام الأساليب والوسائل المناسبة من معدات وآليات الأمن والسلامة بهدف الحد من حجم الخسارة في حالة وقوعها.

المطلب الخامس

التنمية الاجتماعية

يعتبر الإنسان هو المحور الأساسي والمستفيد الأول من جميع أعمال التنمية في مختلف قطاعاتها، ولاغرو في ذلك فهو الذي عناه الله تعالى بالاستخلاف في الأرض وعمارته حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾^(١). وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَأَثَرُوا^(٢) الْأَرْضَ وَعَمَرُوهَا أَكْثَرَ مِمَّا عَمَرُوهَا^(٣)﴾^(٤).

إذن الإنسان هو المعنى بإحداث التنمية ويتضح لنا هذا إذا تمعنا الأهداف والمقاصد من وراء تبنى عمليات التنمية الزراعية وتنمية الثروة الحيوانية والتنمية الصناعية سواء أكان هذا عبر سعى الإنسان لتعظيم منفعته من الاستثمار، أو العمل في كافة الميادين، أو سواء كان ذلك عبر الدولة في حالة قيامها بالعملية التنموية بنفسها، أو أن تساعد الدولة في إحداث التنمية. لذا نجد في كل الأحوال أن الهدف منها هو الإنسان حتى ولو كانت أهداف الدولة أهدافاً إستراتيجية أيضاً الهدف هو حماية المواطن والوطن.

ما تقدم نغني به استهداف عمليات التنمية لراحة الإنسان وتحقيق رغباته ومباهجه. لذلك تتبنى الدول التنمية الاجتماعية بغرض تحقيق مقاصد اجتماعية بحتة للإنسان مثال ذلك: توفير آليات لمحاربة الفقر والآثار السالبة لانخفاض الدخل ومساعدة الإنسان بما يحتاجه من أمور، أو خدمات لا يستطيع توفيرها أما لعدم امتلاكه لتكلفتها، أو لعظم تكلفتها كالعلاج، والتعليم، والزواج.....الخ.

وعمارة الأرض التي وردت في صدر هذا الجزء من البحث ليست محصورة في تنمية القطاع الزراعي وقطاع التشييد أي قطاع التنمية العقارية؛ بل تشمل جميع القطاعات التي تحتاجها الأمة بهدف المحافظة على مصالحها وتحقيق أهدافها المتعددة الصور والمتباينة الاستخدام والحاجة.

(١) د. الحمصي: أي جعلكم عمَّارها وسكانها أي تنتفعون بخيراتها، أو فوض إليكم عمارتها.

(٢) سورة هود: الآية (٦١).

(٣) د. الحمصي: أثاروا الأرض أي حراثوها للزراعة، وعمروها بالزرع والغرس والبناء.

(٤) سورة الروم: الآية (٩).

المطلب السادس دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية الاجتماعية

أما دور التأمين التعاوني الإسلامي في تحقيق التنمية الاجتماعية فهو دور واضح وإيجابي الأثر، إذ أنه في بعض صور هذا الدور تحقيق للمقاصد الضرورية للإنسان وفي البعض الآخر تحقيق للمقاصد الحاجية والتحسينية للإنسان حيث يقوم التأمين التعاوني الإسلامي بهذا الدور من خلال التغطيات الحالية، أو تلك التي يمكن أن تبتكر في المستقبل بسبب بروز الحاجة الداعية لهذا الابتكار والهدف من كل ذلك هو تحقيق المنفعة الاجتماعية للإنسان وبعبارة أخرى الإسهام في تحقيق التنمية الاجتماعية للإنسان "وهنا نذكر بعضاً من التغطيات التأمينية الهامة التي تؤثر في إحداث التنمية الاجتماعية على النحو التالي:

(١) تغطيات التكاليف الطبي التي توفر العلاج للإنسان والذي يكون في غالبها مقصداً حاجياً ولكن في بعض الأحيان يصبح تلقي العلاج مقصداً ضرورياً في حالة إصابة الإنسان بمرض عضال، أو فتاك مما يتعين تلقي العلاج كأمراض الفشل الكلوي، إذ لا مناص من تلقي علاج الغسيل، وكذلك أمراض السرطان وأمراض القلب، إذ يتعين تلقي العلاج من مثل هذه الأمراض مخافة أن يتعرض الإنسان للهلاك، أو أن يشارف على الهلاك، وأكثر من ذلك قد لا يكون العلاج متوفراً في بلد إقامة الشخص المريض مما يستدعي سفره للخارج لتلقي العلاج اللازم. وفي كل هذه الأحوال توافر تغطيات التكاليف العلاج للشخص المعني لقاء أقساط التكاليف المدفوعة من جانب الشخص فيتمتع بتوفير المبلغ اللازم لعلاج. وهذا يعني أنه في حالة عدم توافر تكاليف العلاج هذه سيعاني الإنسان من المشقة والضييق بل قد يكون في بعضها مواجهاً للهلاك، أو مشارفاً للهلاك مما يدفع بالإنسان اللجوء لجهات المساعدة من الدولة، أو من المؤسسات الخيرية وفي كل الأحوال من العسير أن يجمع كل نفقات العلاج بالنسبة له، أو لمن يعول بينما يكون ذلك ميسوراً بموجب تغطيات التكاليف الطبي وبدون عناء أو سؤال أو إراقة ماء وجه.

(٢) توفير تغطيات تكافلية، أو تأمينية تساعد الإنسان على تجاوز محنة العوز والفاقة وبالتالي حمايته من إراقة ماء وجهه عبر التغطيات الكفيلة بذلك والتي نذكر منها الأمثلة التالية:

(أ) تغطية حماية الدخل عند توقف الشخص عن العمل بسبب المرض، أو الإصابة، أو العجز الدائم أو المؤقت حيث يدفع للشخص تعويض إما بصورة دورية حتى الشفاء أو بلوغ نهاية العقد، أو أن يدفع المبلغ المعني دفعة واحدة ويكون الشخص حراً في كيفية استغلال المبلغ المدفوع. وكيف ما كانت صورة دفع هذا المبلغ؛ فإن ذلك

يؤدي إلى عدم تعرض الشخص ومن يعول لسلبيات العوز والفاقة الناجمة عن عدم قدرته على العمل.

(ب) تغطيات إعادة التأهيل لمن أصيب إصابة تمنعه عن مزاولة عمله أو مهنته الحالية، أو أن يزاولها بكفاءة أقل فيؤثر ذلك على دخله العائد من مهنته العادية. وتتم تغطيات إعادة التأهيل بموجب تغطيات التكافل تغطيات إعادة التأهيل بالتدريب والتأهيل أما لنفس مهنته، أو لمهنة بديلة وبالتالي يعود الشخص منتجاً كما كان قبل الإصابة وفي ذلك رفع للمعانة المعنوية والمادية عن الشخص المصاب ومن يعول.

(ج) تغطيات حماية الدخل وهي تقدم في حالات تعرض مصدر دخل المشترك - لا المشترك في نفسه - للتوقف، أو الإزالة، أو الفقدان، أو الهلاك الأمر الذي يترتب عليه عدم مقدرة الشخص على التكسب وأن بدا هو سليماً في نفسه نسبة لفقده لمصدر دخله. وهنا تقدم خدمات التكافل تعويضاً مناسباً حسب ما تم الاتفاق عليه حيث يدفع مقدار التعويض المتفق عليه للشخص فاقد مصدر الدخل ولمدة معينة وحتى يعيد صيانة أو إصلاح مصدر دخله، أو أن يتحصل على مصدر دخل جديد.

(د) تغطيات الوفاة بالنسبة لرب الأسرة في حالة وفاته حيث يدفع للأسرة مبلغاً بصفتهم الورثة أو الموصى لهم الأمر الذي يحول بينهم وبين التشرّد وإراقة ماء الوجه لهذه الأسرة لاسيما إن كان من بينها من لا يقوى على العمل بسبب كبر السن، أو بسبب الصغر، أو بسبب النوع إذ الإناث ليس في مقدورهنّ في بعض الأحيان، العمل بغرض التكسب وبالتالي يجدنّ في هذه التغطية إقالة لعثرتهنّ.

(هـ) تغطية المعاش في حالة إحالة الشخص للتقاعد حيث ينقطع دخله وعندها تقوم شركة التأمين التعاوني الإسلامي بدفع المبلغ المتفق عليه إما بشكل دوري، أو أن يدفع المبلغ دفعة واحدة يستغله الإنسان فيما يحقق له الإعانة والاستعاضة عن دخله المفقود بسبب التقاعد. معلوم لنا أن الإنسان حين يتقاعد عن العمل يتعرض لموقفين لا يحسد عليهما، الأول: يعاني من الناحية النفسية بسبب البطالة الجبرية الناتجة عن التقاعد لاسيما إن كان في مقدوره العمل والعطاء، والثاني: يعاني من الناحية المادية، ويكون الشخص أكثر معاناة إن كان في كفالته آخرين. إلا أن وجود تغطيات المعاش هذه تمكن الشخص من التأقلم مع الوضع المعاشي بصورة طيبة علماً بأن التقاعد هذا لا مفر منه وذلك بسبب قوانين العمل التي تمنع التوظيف بعد بلوغ الشخص سنّاً معينة نحو ستين عاماً، أو خمس وستين عاماً. وهذه المرحلة من عمر الإنسان هي التي عنها دعاءه ﷺ في حديثه الذي قال فيه: (اللهم اجعل أوسع رزقك علىّ عند كبر سني وانقطاع عمري)^١. والجدير بالذكر

١ السيوطي، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، حديث رقم ١٤٩١ ص: ٢٢٣/١.

إن بعض نماذج المعاش تنتقل للزوجة في حالة وفاة المعاشي، ومن الزوجة إلى الأبناء الذكور حتى البلوغ، والبنات حتى الزواج.

(و) تغطيات توفير مصروفات التعليم للأبناء حتى لا تتقطع بسبب عدم مقدرة العائل على توفيرها بسبب عدم المقدرة المالية أو بسبب العجز الكلي الدائم الذي يمنعه عن العمل، أو بسبب الوفاة.

(ز) تغطية توفير نفقات المعيشة لأفراد الأسرة وذلك في حالة وفاة العائل، أو عجزه عجزاً كلياً دائماً عن مزاولة عمله بصورة دائمة وعندها يتم دفع مبالغ للأسرة توفيراً لنفقات المعيشة التي كان يوفرها عائلهم وبالتالي يستطيعون التأقلم مع وضعهم الجديد دون أن يتعرضوا للضغوط النفسية والحياتية.

(ح) هناك تغطيات تكافلية حديثة تزامن ابتكارها مع يعرف اليوم بظاهرة التمويل الأصغر والصغير حيث ظهرت معها تغطية تكافلية، أو تأمينية تسمى بالتكافل الأصغر والتكافل الصغير. والمعروف أن الهدف من ظاهرة التمويل الأصغر والصغير هو توفير موارد دخل لمحدودي الدخل والأسر الفقيرة بأسس يسيرة ومرنة. أيضاً الهدف من تغطيات التكافل الأصغر والصغير هو حماية الدخل من جهة، وتوفير تغطيات تكافلية يكون الشخص في حاجة لها مثال حماية مصدر الدخل وتغطية التكافل الطبي للعلاج. ونلاحظ أن ظاهرتي التمويل الأصغر والصغير والتكافل الأصغر والصغير أخذتا في أيامنا هذه في الانتشار لاسيما في المجتمعات الفقيرة أو المنخفضة الدخل.

(د) توفير تغطيات لفئات معينة من فئات المجتمع غالباً تكون من الفئات غير المنظمة، أي تلك الفئات التي لا تعمل في المؤسسات وهيئات العمل التي ينظمها القانون بالدولة. والهدف من هذه التغطيات هو سد حاجات هذه الفئات عبر هذه التغطيات المتخصصة أو التي تستهدف فئة معينة من الناس أمثال ذلك: ربات البيوت، الحرفيين ومن كان على شاكلتهم، وكلهم يعتبرون من الفئات غير المنظمة التي لا يتسنى لها الاستفادة من خدمات التكافل والتأمين على حد سواء كما هو متاح لفئات القطاع المنظم.

(هـ) تغطيات التمويل الاجتماعي التي يحتاجها المجتمع اليوم في شكل قروض للحصول على العلاج إن لم يكن متمتعاً بتغطية التكافل الطبي، أو إذا كانت تغطية التكافل الطبي لا تشمل علاج حالته الصحية، أو إذا كان القرض الهدف منه توفير نفقات التعليم، أو الدراسات العليا. وهنا تقوم تغطيات التكافل بسداد القرض لمصلحة المقرض في حالة عدم سداد المقرض لوفاته، أو عجزه الكلي الدائم، أو إفساره.

(٦) تغطيات التورق^(١) في حالة مشروعيتها، وبيع التورق إذا اشتمل على سلعة معمرة ومرتفعة الثمن فإن المشتري يقوم بسداد ما عليه من متبقي مبلغ الشراء الذي في ذمته لصالح البائع على فترة طويلة نسبياً عامين أو ثلاث أو أربع .. الخ وخلال فترة السداد قد لا يستطيع الشاري من الوفاء بما عليه من مبلغ في ذمته بسبب إعساره المالي، أو بسبب عجزه البدني عجزاً كلياً ودائماً يمنع عن العمل بغرض التكسب، أو الوفاة. فهنا إذا قام الشاري بمحض إرادته، أو بناءً على طلب من البائع بإبرام تغطية تكافلية تضمن للبائع سداد المبلغ الذي يعجز الشاري عن سداده بتحقيق أي من الأسباب سالفة الذكر، فإننا نجد في ذلك تسهياً لإتمام الصفقة ابتداءً، وضماناً لسداد المبلغ المتبقي من ثمن البيع انتهاءً. ومحصلة ذلك هو تسهيل بيع التورق بغرض الحاجة وواضح من مزاوله بيع التورق هو الهدف منها غالباً ما يكون هدفاً اجتماعياً.

والجدير بالذكر أن مسألة التورق هذه بحثها مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة التي انعقدت بدولة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) أصدر القرار رقم ١٧٩/٥(١٩/٥)(٢) والذي جاء به:

بعد إطلاعنا على البحوث الواردة إلى المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة بهذا الخصوص،

قرر ما يلي:

أولاً: أنواع التورق وحكمها

(١) التورق في اصطلاح الفقهاء: هو شراء شخص (المستورق) سلعة بثمن مؤجل من أجل أن يبيعه نقداً بثمن أقل غالباً إلى غير من اشترت منه بقصد الحصول على النقد. وهذا التورق جائز شرعاً، شرط أن يكون مستوفياً لشروط البيع المقررة شرعاً.

(٢) التورق المنظم في الاصطلاح المعاصر: هو شراء المستورق سلعة من الأسواق المحلية أو الدولية أو ما شابهها بثمن مؤجل يتولى البائع (الممول) ترتيب بيعها، إما بنفسه أو بتوكيل غيره أو بتواطؤ المستورق مع البائع على ذلك، وذلك بثمن حال أقل غالباً.

(٣) التورق العكسي: هو صورة التورق المنظم نفسها مع كون المستورق هو المؤسسة والممول هو العميل.

ثانياً: لا يجوز التورقان (المنظم والعكسي) وذلك لأن فيهما تواطؤاً بين الممول والمستورق، صراحة أو ضمناً أو عرفاً تحايلاً لتحصيل النقد الحاضر بأكثر منه في الذمة وهو ربا.

^١ "بيع التورق هو شراء سلعة لأجل، ثم بيعها نقداً لغير البائع بأقل مما اشتراها به، ليحصل على النقد" نقلاً عن كتاب المعاملات المالية المعاصرة، للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر دمشق ودار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثالثة ٢٠٠٦، ص: ٢٣١.

^٢ حولية البركة، العدد الحادي عشر ١٤٣٠/٥/٢٠٠٩م، منشورات مجموعة دلة البركة، جدة، ص: ٢٦٥.

ويوصي بما يلي:

- (١) التأكيد على المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية باستخدام صيغ الاستثمار والتمويل المشروعة في جميع أعمالها، وتجنب الصيغ المحرمة والمشبوهة التزاماً بالضوابط الشرعية بما يحقق مقاصد الشريعة الغراء، ويجلي فضيلة الاقتصاد الإسلامي للعالم الذي يعاني من التقلبات والكوارث الاقتصادية المرة تلو الأخرى.
- (٢) تشجيع القرض الحسن لتجنيب المحتاجين للجؤ للتورق. وإنشاء المؤسسات المالية الإسلامية صناديق القرض الحسن.

والله أعلم

المبحث الثالث

دور التأمين التعاوني الإسلامي في توفير مصادر تمويل التنمية

من معلوم أن المال هو عصب كل شيء وهو العامل الأساسي لكل محور من محاور التنمية بشقيها الاقتصادي والاجتماعي ولهذا نجد أن الجهات المنوط بها العمل التتموي بعد فراغها من التخطيط المطلوب لبرامج التنمية؛ تسعى للحصول على المال اللازم لإنفاذ الخطط التتموية والانخراط في الاستثمار تحقيقاً للغايات المرجوة.

أما دور التأمين التعاوني الإسلامي في توفير المال الذي يمكن أن يساهم في تمويل المشروعات التتموية في رأينا يتمثل في أربعة صور نوجزها فيما يلي:

الصورة الأولى الاستثمار: ويتمثل هذا الدور في قيام هيئات التأمين التعاوني بالوظائف التالية:

(١) قيام هيئات التأمين التعاوني الإسلامي بالمساهمة في تمويل المشروعات التتموية وذلك بالاستثمار مباشرة فيها سواء كان ذلك بشكل منفرد، أو ضمن جماعة في شكل مساهمة عامة، أو خاصة. هذا بجانب الدخول في محفظات استثمارية تنظمها المصارف أو الجهات الأخرى التي تنظم العملية الاستثمارية بالإضافة إلى توجيهات الدولة حيث تلزم هيئة الرقابة على التأمين شركات التأمين التعاوني الإسلامي بالاستثمار في قطاعات معينة وبنسب معينة أيضاً نحو الاستثمار في القطاع العقاري بنحو ٥٠٪ من أموال التأمين وهذا يساهم في إحداث التنمية العقارية، و ٢٥٪ في سندات الخزنة وهذا يوفر موارد للدولة يمكن أن توظفها في مختلف المشروعات التتموية، و ٢٥٪ في التجارة العامة وهنا إذا تم توجيهها إلى أي قطاع؛ فإن هذا سيؤدي إلى زيادة التنمية في ذلك القطاع.

(٢) كذلك تقوم شركات التأمين التعاوني الإسلامي بالمساهمة في تمويل المشروعات الإنمائية بشكل غير مباشر ويتم ذلك عبر إيداعها لأموالها في المصارف، ولطبيعة

عمل المصارف؛ فإنها تعمل على توفير التمويل للجهات التي تطلبه حسب الموارد المتاحة لديها والتي قد يكون من ضمنها أموال التأمين التعاوني الإسلامي.

(٣) أيضاً بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن هيئات التأمين التعاوني الإسلامي تقوم بتصميم البرامج التكافلية التي تهدف إلى تجميع المدخرات من أفراد المجتمع وتميئتها بالاستثمار لصالح المشتركين في هذه البرامج التكافلية. وهذه البرامج تعمل على تجميع مدخرات المشتركين؛ أي بمعنى آخر توفير سيولة للعمليات الاستثمارية التي تقوم بها هيئات التأمين التعاوني الإسلامي سواء كان ذلك بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة بهدف تنمية مدخرات المشتركين التي دفعوها في شكل أقساط اشتراكات في البرامج التكافلية بمختلف مسمياتها، كبرامج الادخار والاستثمار و برامج المعاش. وعادة ما تستثمر هذه الأموال في أوجه قليلة المخاطر بناءً على توجيه هيئة الرقابة على التأمين التي تتبع للدولة لذلك نجد أن أنسب أنواع الاستثمارات لهذه الاشتراكات هو الاستثمار العقاري الذي يتميز بقلّة المخاطر نسبياً مقارنة مع بقية أنواع الاستثمار، أو الاستثمار في السندات والصكوك التي تصدرها الدولة بضمان بعض مؤسساتها المالية. وهذا يؤدي إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأصحاب هذه الأموال من المشتركين في برامج التكافل من جهة، كما يؤدي تحقيق المصالح لأطراف أخرى وبذا تحقق المصلحة العامة أيضاً سواء كان بالمساهمة في التنمية العقارية، أو في صكوك وسندات الدولة، أو في غيرها من ميادين الاستثمار المناسبة.

الصورة الثانية: تسهيل تبادل وسائل الائتمان؛ وتؤدي هيئات التأمين التعاوني الإسلامي هذا الدور عبر البرامج التكافلية والتأمينية التي ما شأنها أن تساعد على تبادل وسائل الائتمان بين الممولين وطالبي التمويل وذلك عبر العديد من البرامج نذكر منها ما يلي:

(١) تغطية التكافل لحماية المرهون والتي تهدف إلى تسهيل منح التمويل الموثق برهن عقار ثابت، أو منقول يمتلكه طالب التمويل كضمان لسداد مبلغ التمويل الذي هو دين في ذمة طالب التمويل. ويتم رهن العين لصالح الممول، ويكون دور التكافل هنا هو عمل التغطية لحماية العين المرهونة من تسيلها بواسطة المرهون له وذلك في حالة عدم وفاء الراهن أي الشخص الممول صاحب العين المرهونة؛ بسداد ما عليه من دين بسبب الإعسار، أو العجز البدني الكلي الدائم المانع من العمل منعا كلياً ودائماً، أو بسبب وفاته. وفي حالة تحقق أي من الشروط الموجبة لسداد الدين الذي في ذمة الراهن؛ تقوم هيئة التأمين التعاوني بالسداد نيابة عن الراهن للمرهون له وبذا تكون قد وفّت للمرهون له بسداد متبقي الدين الذي على الراهن بدفعه فوراً و جملة واحدة وليس مقسطاً كما كان يدفعه الراهن للمرهون له وفي هذا ميزة لمصلحة الممول باستعمال سداد متبقي الدين بصورة أفضل مما كان يدفعه الدائن فيما لو استمر في

السداد، هذا من جانب. كذلك تعود العين المرهونة لصاحبها وفي ذلك ضمان للعين من عدم التسبيل وهذه تعبر ميزة طيبة للراهن ولأسرته وذلك من جانب آخر.

(٢) تغطيات العين المرهونة نفسها، أو موضوع التمويل نفسه ضد مخاطر الحريق والسرقة وتلفيات المياه والزلازل والبراكين والأخطار المرورية إن كانت العين المرهونة، أو موضوع التمويل: مركبة والمخاطر الحربية وشبه الحربية وغيرها من المخاطر المناسبة إذا تحقق أي خطر منها يتم السداد لصالح الممول، وبالتالي فإن هذه التغطيات تضمن للممول الحصول على الدين الذي في ذمة الممول.

(٣) الصورة الثالثة: حماية المُستثمر والمال المُستثمر: وتكون حماية المستثمر يتم عبر طرح هيئات التأمين التعاوني لتغطيات تحمي المستثمر نفسه من مسؤوليات والتزامات قانونية لصالح الغير وتحمي المال المستثمر من قبل المستثمر. إذن تؤدي العديد من نماذج التأمين إلى تشجيع الاستثمار، بل تحض على الولوج في مختلف ميادين؛ وذلك بموجب الحماية والاطمئنان التي تحققهما نماذج التأمين المختلفة بموجب التغطيات التالية:

(٤) تأمين مسؤولية المستثمر تجاه عماله عبر العديد من نماذج التأمين؛ مثلا التأمين ضد إصابات العاملين أثناء ساعات العمل أو بسبب العمل، أو أمراض المهنة، التكافل الطبي، التكافل (البديل للتأمين على الحياة)، وتأمين المعاش.

(٥) تأمين أخطار المقاولين الذي يقدم تغطيات تأمينية لآليات المقاول ومعداته بجانب المسؤولية القانونية عن أي خطأ منه لصالح صاحب المقاول، أو الغير.

(٦) تأمين أخطار التركيب. التي تتعلق بحماية آلات العمل من التلفيات بالإضافة إلى الحماية من المسؤوليات القانونية المترتبة على مخاطر التركيب للآليات والمكائن الخاصة بالمصنع، أو المنشأة وفي حماية لمسؤولية المقاول تجاه صاحب العمل وكذلك حماية لحقوق صاحب العمل من الضياع.

(٧) تأمين أخطاء المهنة وهي تغطي الخطأ الذي ارتكبه المهني وتسبب في ضرر لشخص آخر ويكون ملزما هذا المهني بتعويض الشخص المضرور؛ مثال ذلك أخطاء الأطباء، المراجعين، المهندسين وغيرهم.

(٨) مختلف أنواع تأمين الممتلكات؛ مثل تأمينات: الآلات، السيارات، المواد الخام، المباني و أخطار النقل.

(٩) تأمين عمليات الاستثمار المحلية، والصادر إلى الخارج ضد المخاطر السياسية؛ كالتأمين والمصادرة والقرصنة والمخاطر شبه الحربية هذا بالإضافة إلى المخاطر التجارية المختلفة؛ كعدم قدرة الشاري على سداد ثمن البضاعة، أو أي خسارة تلحق بالبضاعة.

الصورة الرابعة: تغذية مالية الدولة: وتتمثل في قيام هيئات التأمين التعاوني الإسلامي بتوفير موارد مالية للميزانية العامة للدولة لأن الدولة تمارس سياسات اقتصادية

ونقدية ترمي من ورائها إلى تمويل خزنتها بالشكل الذي يمكن من قيامها بوظائف الدولة التي من بينها قد يكون القيام بتمويل المشروعات التنموية. وهذه الموارد التي يمكن أن تُدرها خدمات التّأمين التّعاوني الإسلامي نذكر منها ما يلي:

- (١) رسم الدفعة الذي يفرض علي كل قسط تأمين يدفع لهيئات التّأمين التّعاوني الإسلامي التي تقوم بدورها بتوريده لإدارة أو ديوان الضرائب.
- (٢) رسوم الإشراف والرقابة على التّأمين التي تدفعها هيئات التّأمين التّعاوني الإسلامي لهيئة الرقابة على التّأمين وهي هيئة حكومية و وظيفة هذه الهيئة في قطاع التّأمين نفس وظيفة البنك المركزي للبنوك التجارية.
- (٣) العوائد والرسوم الأخرى التي تنتج عن مزاوله هيئة التّأمين التّعاوني الإسلامي لنشاطها التّأميني والاستثماري.
- (٤) الضرائب التي تدفعها شركات التّأمين التّعاوني الإسلامي عن أرباحها.
- (٥) مساهمة هيئات التّأمين التّعاوني الإسلامي في شراء سندات أو صكوك الخزانة التي تعمل علي توفير أموال للخزينة العامة بجانب أنها تؤدي إلي تنفيذ السياسة النقدية.
- (٦) الضرائب والرسوم التي تؤخذ من العاملين في حقل التّأمين التّعاوني الإسلامي والمتعاملين مع هذا النشاط من بقية أفراد المجتمع.
- (٧) كذلك وتكاليف الخدمات الطبية والوسطاء والمستشارين بالإضافة إلى تعويضات الحوادث التي تلحق بموضوع التّأمين التي يلزم إصلاحه وإعادته إلى الوضع الذي كان عليه، فهذا يستدعي القيام بشراء ما يلزم من السوق كقطع غيار السيارات والآلات، المكائن، وإتاع والمهندسين القانونيين وكل ذلك ينتج عنه رسماً ضريبياً يتمثل في القيمة المضافة، أو ضريبة الدخل الشخصي، أو ضريبة أرباح الأعمال تجبها الدولة من أصحابها.
- (٨) تسهم هيئات التّأمين التّعاوني الإسلامي في حركة ميزان المدفوعات في الدولة وذلك عن طريق إعادة التّأمين للخارج ويتمثل ذلك في قيام هيئات التّأمين التّعاوني الإسلامي الوطنية بتأمين نفسها في هيئات تأمين عالمية تدفع لها أقساط إعادة التّأمين في صورة عملات أجنبية. بالإضافة إلي ذلك فان هيئات إعادة التّأمين الوطنية تتسلم من شركات إعادة التّأمين في الدول الأخرى أقساط إعادة التّأمين والتي تتم تسويتها بالعملة الأجنبية أيضاً. فالصورة الأولى تمثل خروج عملة أجنبية من الدولة إلي العالم الخارجي تؤثر في ميزان المدفوعات وتظهر في الجانب المدين، بينما أقساط إعادة التّأمين الواردة من العالم الخارجي لشركات إعادة التّأمين الوطنية بالإضافة إلى مساهمة معيدي التأمين العالميين في المطالبات التي تدفعها شركة التّأمين التّعاوني الإسلامي المباشر يتم رصد هذه الأموال في ميزان المدفوعات في الجانب الدائن وهذا

يؤكد تأثير نشاط التأمين التعاوني الإسلامي بشكل عام علي ميزان المدفوعات للدولة.

المبحث الرابع

المشاكل المتعلقة بدور

التأمين التعاوني الإسلامي في أعمال التنمية

ما من شك أن هنالك عقبات أو مشاكل تواجه مسيرة التأمين التعاوني الإسلامي، كذلك من المؤكد أن تختلف هذه المشاكل من بيئة إلى أخرى وما أذكره فيما يلي من مشاكل لا أقول بأنها عامة ولكن تراءت لي حسب البيئة التي أتواجد فيها وهي على سبيل المثال:

(١) النظر إلى تكلفة التغطية التأمينية المتمثلة في قسط التأمين على أنها عبء مالي يري البعض تجنبه للتقليل من الأعباء المالية فيعمدون على الامتناع من إبرام التغطيات التأمينية كلية، أو إبرامها لأجزاء معينة من موضوع واحد، أو التأمين ضد خطر محدد بدلاً من التأمين ضد جميع المخاطر، أو التأمين بقيمة أقل من القيمة الحقيقية، وكل ذلك يعتبر نوع من التصرفات السالبة التي تتعكس سلباً على قيم موضوعات التأمين وكذلك إحلال ما هلك أو تلف منها ومن ثم تضييع الثروة على المستوى الفردي وعلى المستوى القومي، بجانب الإقلال من مساهمة قطاع التأمين في الناتج المحلي.

(٢) عدم الأخذ في الاعتبار بخدمات التأمين في عمليات التنمية العقارية المتمثلة في تمليك المنازل والأراضي والشقق والمنازل بإقساط مقابل رهنا فقط، أو بضمان شخصي.

(٣) عدم إلزام السلطات للأخذ بخدمات التأمين في التنمية بصفة خاصة وفي المجالات الإنتاجية والتجارية بصفة عامة وذلك باعتبار أن الناتج القومي للدولة يتكون من إنتاج جميع القطاعات بالدولة.

(٤) الدور السلبي لهيئات التأمين إذ أنها تعتنى وتركز خلف أنواع التأمين السهلة، أو التي تفرضها السلطة كالتأمين للسيارات ضد المسؤولية وكذلك التأمين الطبي وكلاهما من أنواع التأمين ذات الحوادث ذات الحوادث عالية التكرار مما ينتج عن ذلك ارتفاع التعويضات المدفوعة للمشاركين حتى تصل إلى مبالغ أحيانا تعجز الشركة عن الوفاء بالتزامها نحو سداد مبالغها المستحقة للمشاركين لدرجة يمكن أن يؤدي ذلك إلى إفلاس الشركة.

(٥) عدم كفاية التشريعات التي تنظم صناعة التأمين التعاوني الإسلامي.

(٦) قلة عدد شركات إعادة التأمين التي تعمل وفق المنهج الإسلامي.

(٧) جمود شركات التأمين التعاوني الإسلامي في بعض الدول ولا تتفاعل بشكل إيجابي وممرن مع حاجة المجتمع لخدمات التأمين.

الخاتمة

في نهاية هذا السفر المتواضع والذي اسأل الله تعالى أن يكون فيه خير لمن يطلع عليه سواء كان ذلك بالمعرفة، أو بتولد فكرة تنطلق مما جاء فيه من أفكار، أو موضوعات.

أولاً: فروض البحث

عوداً إلى فروض البحث التي سبق ذكرها في خطة هذا البحث تبين لنا في خاتمة هذا البحث ما يلي:

(١) أن التأمين التعاوني الإسلامي له دور ايجابي في إنفاذ أعمال التنمية واستدامتها بل ويعززها، كما يؤدي إلى حفظ ما أنفق فيها من أموال ويدراً عنها المخاطر التي تؤدي إلى فقدانها.

(٢) تبين لنا أيضاً أن أعمال التنمية وخدمات التأمين التعاوني الإسلامي تتناغمان مع مقاصد الشريعة الإسلامية من حفظ المصالح التنموية من جانبي الوجود والعدم.

(٣) أما المشاكل تواجه خدمات التأمين التعاوني الإسلامي لقطاعات التنمية بصفة خاصة ولبقية الأعمال بصفة عامة فهي موجودة ولكن معظمها بسبب الجهل والوعي التأميني والمالي الراشد.

(٤) بالنسبة لاتساق أعمال التنمية وخدمات التأمين مع فروض الكفاية فقد تبين لنا من الدراسة أنهما في اتساق تام مع مفاهيم الفروض الكفائية.

ثانياً: الاستنتاجات

باستحضار ما تقدم من المادة التي ذكرناها في متن هذا البحث، أرى أن أهم الاستنتاجات التي توصلت اليها الدراسة هي:

(١) هنالك إجماع تام من فقهاء الأمة الإسلامية بجواز التأمين الإسلامي المبني على التبرع بهدف درء الخطر عن الناس وثروتهم. كذلك السواد الأعظم من فقهاء الأمة الإسلامية يري بعدم جواز التأمين التجاري ويدعم هذا الموقف حديثي المصطفى ﷺ^(١):
"إن أمتي لن تجتمع على ضلالة، فإذا رأيتم خلافا فعليكم بالسواد الأعظم" وأيضاً حديثه ﷺ: "تركت فيكم شيئين لن تضلوا بعدهما؛ كتاب الله وسنتي ولن يتفرقا حتى يرثي الحوض".

(٢) هناك ضعف في المعرفة التأمينية من الناحية الشرعية لدى الكثير من العاملين في حقل التأمين التعاوني الإسلامي.

(٣) هناك ضعف شديد في فهم التأمين التعاوني الإسلامي من قبل الجمهور المستهدف.

(١) السيوطي، الجامع الصغير: ٣٣٩/١ حديث رقم ٢٢٢١ وقال رواه ابن ماجه عن انس كذلك الحديث الثاني أيضاً ذكره السيوطي بالرقم ٣٢٨٢ ص: ٥٠٥/١ وقال رواه الحاكم في مستدركه عن أبي هريرة.

(٤) عدم الإمام السليم لدي مختلف فئات المجتمع بأهمية التأمين بسبب عدم وجود الوعي التأميني بين طبقات المجتمع المختلفة.

(٥) على الرغم من انه مضى أكثر من ثلاثين عاماً على صناعة التأمين التعاوني الإسلامي والتي تعتبر الشقيق والتوأم لصناعة المصارف الإسلامية إلا أنها لم تتل القدر المناسب من الاهتمام والدراسة عكس ما نالته صناعة الصيرفة الإسلامية إذ نالت قسطاً وافراً من الدراسات والتطور والاهتمام على كافة الأصعدة، بينما نجد أن صناعة التأمين الإسلامية لم تحظ بما حظي به توأمها وذلك يعود لأسباب كثيرة أرى أن أهمها ما يلي:

(أ) إن البنوك الإسلامية سبقت التأمين الإسلامي من حيث النشأة وأصبحت هي المولود البكر للاقتصاد الإسلامي وانفردت بالتالي باهتمام الباحثين والمهنيين.

(ب) نسبة لان البنوك حسب تطبيقاتها تتعامل مع الأشياء الأكثر محبة للنفس من التأمين الذي يتعامل مع الكوارث والتلفيات وما إلى ذلك، فقد جذبت الانتباه إليها سواء كان من قبل الدارسين، أو المهنيين، أو الجمهور المستهدف.

(ج) البنوك تتعامل مع الأشياء التي يحتاجها الإنسان يومياً لتكملة نشاطه، أو الأشياء الحياتية التي يحتاجها الإنسان لذا فهي في الذاكرة أكثر من خدمات التأمين.

(د) لقد وجدت الصناعة المصرفية نماذج وعقود نمطية متعارف عليها في فقه المعاملات وهي ما تسمى بالعقود المسماة وبالتالي عند ترويجها وتطبيقها لم يجد المتعاملون معها غرابة في ذلك ومن أمثلة هذه العقود المضاربه، المرابحة، السلم، الإجارة، الخ. مما جعلها أكثر بعداً عند الكلام عن الحلال والحرام؛ عكس التأمين الذي لم تكن عقوده معروفة في الفقه الإسلامي لهذا لم تدرج تحت طائفة العقود المسماة مما جعل إمكانية قبولها من جمهورها غير سهلة.

(هـ) تأسيساً على ما سبق فإن مسألة القبول الشرعي أوضح في مجال البنوك وليس فيه خلاف يذكر عكس التأمين الإسلامي الذي كان محل اختلاف بين العلماء على حتى قطع جمهور الفقهاء بعدم جواز التأمين التجاري وجواز التأمين الإسلامي.

(و) الدراسات اهتمت بجانب المصارف أكثر من تلك التي اهتمت بجانب التأمين مما أدى إلى وجود أدبيات ثرة في جانب المصارف الإسلامية أكثر من تلك التي وجدت في جانب التأمين الإسلامي.

(ز) كثرة المنتديات والمؤتمرات والندوات وورش العمل والمطبوعات التي تهتم بالمصارف الإسلامية مع قلتها وندرته في جانب التأمين الإسلامي.

(ح) وجود المؤسسات التعليمية والتدريبية التي اهتمت بنشاط الأعمال المصرفية بينما تكاد تكون منعدمة في جانب أعمال التأمين التعاوني الإسلامي.

(ط) وجود شبكة دولية تربط الصناعة المصرفية مع معظم أنحاء العالم مع قلتها في صناعة التأمين.

(ي) قيام الاتحادات والهيئات المهنية التي تعمل على تطوير الصناعة المصرفية على المستوى المحلى والإقليمي والدولي والتحامها مع المؤسسات الدولية المشابهة مما أدى إسراع خطى تطوير الصناعة المصرفية بينما صناعة التأمين لم تحظ بمثل الذي حظيت به الصناعة المصرفية.

ثالثاً: التوصيات

(١) أن تقوم جهات الاختصاص في الدول العربية خاصة، وفي الدول الإسلامية عامة بتيسير السبل الكفيلة بإيصال خدمات التأمين الإسلامي، وان تساهم، وتساعد في تطوير لبنة من لبنات الاقتصاد الإسلامي، بل من أهم لبنات الدولة الإسلامية، والتي عليها أسست أول دولة إسلامية. إذ نذكر في هذا المقام أن رسول الله ﷺ آخى بين المهاجرين والأنصار، مؤاخاة لا مثيل لها في تاريخ البشرية، وصلت إلي حد الإرث، إلي أن أبطله الله تعالى بنص قرآني وجعل حق الإرث مقصوراً على ذوي الأرحام بقوله تعالى " وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله " وكذلك وصلت المؤاخاة ليس إلى اقتسام المال ومتاع الحياة فقط، بل إلي حد نزول الأنصاري عن احدي نسائه للمهاجري ويخيره فيهن، فتعتد له، ثم ينكحها من بعد.

(٢) سن القوانين المناسبة لتنظيم صناعة التأمين التعاوني الإسلامي.

(٣) أدعو شركات التأمين الإسلامية القائمة، والتي نظمت خدمات التأمين الإسلامي الحالية، أن تتفهم طبيعيتها مجتمعية واحتياجاته، وان تعمل على تلبيةها، وتهتدي في جميع أعمالها بأحكام الشرعية الإسلامية، وألا تقدم على شيء إلا بعد عرضه علي جهازها الشرعي.

(٤) أن تأخذ شركات التأمين القائمة الأمر بقوة، و تعمل على تطوير نفسها، وتنشئ فيما بينها معهدا، أو هيئة موحدة للدراسات والأبحاث و تستجلب لها أولوا المواهب العلمية، و تعد للأمر عدته.

(٥) أن تستمر مؤسسات البحث العلمي في جهودها العلمية التأصيلية لتطوير الفكرة التي مورست لثلاث عقود من الزمان، تمهيدا وتعجيلا لبلوغ فجر الدولة الإسلامية بإذن الله تعالى.

^١ صورة الأحزاب آية (٦).

- (٦) الاهتمام بالإحصاءات وتطويرها، وإخضاعها للدراسة، والاستفادة من نتائجها في تطوير، ومعالجة سلبيات الأداء.
- (٧) إنشاء مؤسسات إعادة التأمين التي تعمل وفق المنهج الإسلامي.
- (٨) تأسيس الهيئات ذات الصلة بصناعة التأمين الإسلامي لتعمل وفق المنهج الإسلامي كهيئات سمسة التأمين ومكاتب التأمين.
- (٩) النهوض بصناعة التأمين الإسلامي واستغلال روح التوأمة بينها وبين المصارف بإدخال نماذج التأمين الحديثة والتي يطلق عليها اليوم صيرفة التأمين Bancassurance وأمنة المصارف Assurebanking وهذه النماذج فحواها استغلال الإمكانيات التسويقية المتاحة من المصارف لصالح شركات التأمين و بالمقابل استغلال الإمكانيات التسويقية المتاحة من شركات التأمين لصالح المصارف لتصبح العلاقة علاقة خدمات مالية تكاملية. ففي نموذج صيرفة التأمين فان المصارف تقوم بتسويق منتجات شركات التأمين لعملائها وكذلك في أممنة المصارف تقوم شركات التأمين بتسويق منتجات لعملائها، ويكون أي منهما وكيل بالعمولة للآخر.
- (١٠) تفعيل خدمات التأمين لتكون آلية لمكافحة الفقر بتبني وتشجيع طرح الخدمات التأمينية للقطاعات الفقيرة.
- (١١) توظيف دور التأمين في السياسة النقدية وكذلك سياسة التنمية الاقتصادية والاجتماعية.
- (١٢) أن تعمل الدولة على إلزام المستثمرين الأجانب على إبرام التغطيات التأمينية المطلوبة من شركات التأمين المحلية لاسيما تأمين الممتلكات؛ وذلك لان هذه الممتلكات يتكون منها الناتج القومي للدولة ولذا لا بد أن تحرص الدولة على تنفيذ هذا الأمر.
- (١٣) إعفاء خدمات التكافل من كافة الرسوم والضرائب وذلك لأنها خدمات اختيارية يستحسن العمل على تشجيع الأفراد عليها لأنها تعينهم على عمليات الادخار والذي بدوره يعمل على تكوين رؤوس الأموال التي سيستفيد منها المجتمع والدولة على حد سواء.
- (١٤) أن تبادر شركات التأمين بخلق الطلب التأميني بتبنيها للعرض التأميني الذي يخلق الطلب المكافئ له وذلك بتبصير فئات المجتمع بما تحتاجه من خدمات تأمينية ليست على علم بها.
- (١٥) ضرورة ابتكار طرق وأساليب تسويقية تناسب المجتمع الذي يتألف من فئات وقطاعات متنوعة ومتفاوتة ومتباينة الحاجات والفهم.
- (١٦) حتى تكون الأساليب التسويقية فعالة لا بد أن يشعر الشخص المستهدف أن هذا الخطاب له دون سائر الناس، ويمكن استغلال ما هو متاح وفي صورته البسيطة

وذلك كمخاطبة المستهدفين مثلا عبر؛ كروت الصعود للطائرة، فواتير المياه، فواتير الكهرباء، فواتير الهاتف، الفواتير والوصفات والمستندات الطبية، الإيصالات والمستندات المتعلقة بالتعليم، الإيصالات والمستندات المتعلقة بالعقارات الثابتة والمنقولة، أعمال درامية، رسائل الهاتف المحمول.

(١٧) أن تكون تكلفة التأمين تكلفة واقعية ومعقولة غير مغالى فيها حتى تتمكن كل فئات المجتمع من الاستفادة منها.

(١٨) أن تُلزم الدولة عبر أجهزتها المختصة كل أصحاب الأعمال التي تتطلب تراخيص أو إجراءات من إذن أو سماح أو تصديق لمزاولة أي عمل بإرفاق التغطيات التأمينية المناسبة لأن هذه الأعمال يمثل مجموعها ثروة المجتمع أي الناتج القومي للمجتمع و ينبغي المحافظة على ثروة المجتمع وان كان أصل هذه الأعمال مملوكا للأفراد.

(١٩) تشجيع البحث العلمي في مجال التأمين.

(٢٠) تبنى ورعاية المبرزين والموهوبين في قطاع التأمين التعليمي والمهني.

(٢١) تشجيع التخصصات الأكاديمية والمهنية في مجالات التأمين المختلفة.

(٢٢) ابتكار أنماط تأمينية لفئات الشباب والطلاب والمرأة.

(٢٣) أن تعمل جهات التمويل على ملازمة التغطيات التأمينية المناسبة لكل عمليات التمويل. وفى هذا المجال أوصى بضرورة ربط خدمات التمويل العقاري بالتغطيات التأمينية.

(٢٤) أن تطلع اتحادات شركات التأمين وإعادة التأمين بنشر الوعي التأميني وسط المجتمع بجانب رفع الكفاءة المهنية وسط العاملين في حقل التأمين.

(٢٥) أن تهتم الدولة بنشر الوعي التأميني لما فيه من منفعة للمواطن وللدولة على حد سواء لان المواطن الذي يؤمن على ممتلكاته ومسؤولياته ودخله يعفى الدولة من إعاناته وكذلك مؤسسات المجتمع المدني ذات الصلة.

(٢٦) أن تراجع هيئات الرقابة الشرعية اتفاقيات إعادة التأمين للتأمينات العامة والتكافل أيضا.

(٢٧) أن يضاف إقرار بالموافقة على التبوع في جميع وثائق التأمين المطروحة.

(٢٨) العمل على تعظيم الثقة في خدمات التأمين وذلك بان تلتزم شركات التأمين بعقد الاجتماع السنوي لهيئة المشتركين مع الالتزام الجاد بتوزيع الفائض التأميني على مستحقيه.

(٢٩) أن تهتم الدولة بالتأمين وان تعمل على تشجيع الاستفادة من خدمات التأمين بان يصير التأمين مصاحبا لكل الخدمات التي لها صلة بالدولة على سبيل المثال:

١. عمل نظام الإجراء السريع Fast Track إذا كانت المعاملة المعنية تم التأمين عليها أو لها صلة بالتأمين.
٢. إعطاء الأولوية في الحصول على التمويل أو الخدمة التي يتنافس عليها الناس لمن أبرم تغطية تأمينية على التمويل، أو الخدمة المعنية.
٣. أن تتمح السلطات الضريبية خصما من قيمة الفئة الضريبية المستحقة على المكلف وذلك بحط مقدار أقساط التأمين التي دفعها المكلف على الإنتاج، أو الأعمال، أو الشيء يعتبر مكونا للوعاء الضريبي.
٤. سرعة وسلاسة معاملة حاملي بطاقات التأمين الصحي في كافة مراكز ومستويات الخدمات الطبية.
٥. تخفيض العوائد المستحقة على المنازل والأبنية المختلفة بنسبة ٥٠٪ في حالة تأمينها ضد مخاطر الحريق والأخطار التابعة.
٦. تخفيض رسوم الترخيص بنسبة ٣٠٪ أو ٤٠٪ أو ٥٠٪ أو بقيمة قسط التأمين ضد الحريق والأخطار التابعة؛ إن كان العقار الثابت والمنقول كمنحى مبنى يرخص لمدرسة أم مقرا لمؤسسة... الخ أو أن تكون المركبة المراد ترخيصها قد تم تأمينها تأميناً شاملاً، ويزاد المبلغ المخفض إذا أضيف للتأمين الشامل تأمين الأشخاص.
٧. أن يُعفى الشخص الذي يحمل عقد تكافل طويل الأجل من ضريبة الدخل الشخصي بنسبة مثلاً ٢٥٪ إذا كان عقد التكافل للحماية فقط، و ٥٠٪ إذا كان عقد التكافل المعنى للحماية والادخار.
٨. أن يتم تخفيض الرسوم الدراسية للطلاب الذين أصدرت لهم تغطيات مصروفات التعليم من قبل أولياء أمورهم.

وأخر دعوانا إن الحمد لله رب العالمين

الدكتور السيد حامد حسن محمد

المدير العام

الشركة التعاونية للتأمين (السودان)

e-mail:

sayedhamid55@gmail.com

sayedhamid55@yahoo.com

Tel: +249912368047

Fax: +249183782438

سبتمبر ٢٠١٢م

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم والحديث النبوي.

- (١) القرآن الكريم
- (٢) د. احمد على الإمام، القرآن الكريم بحاشية مفاتيح فهم القرآن الكريم، مصحف إفريقيا، الخرطوم، بدون،
- (٣) أبى عبد الله محمد بن احمد الانصارى القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (الشهير بتفسير القرطبي)، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت ومكتبة الغزالي، دمشق، بدون.
- (٤) د. محمد حسن المحصي، تفسير وبيان مفردات القرآن الكريم، دار الرشيد، دمشق ودار الإيمان، بيروت ودار الرشيد، بيروت، بدون.
- (٥) الشريف إبراهيم بن محمد بن كمال الدين (الشهير بان حمزة الحسيني الحنفي الدمشقي)، أسباب ورود الحديث الشريف، المكتبة العلمية، بيروت، بدون.
- (٦) الإمام أبى الفضل احمد بن على بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار ابن حيان، القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.
- (٧) الإمام أبى عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.
- (٨) الإمام أبى عبد الله بن إسماعيل البخاري، الأدب المفرد، تحقيق فريد عبد العزيز الجندي، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- (٩) الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطي، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨١م.
- (١٠) مجد الدين ابن السعادات المبارك محمد (الشهير بان الأثير الجزري) جامع الأصول في أحاديث الرسول، مكتبة الحلواني ومطبعة الملاح ومكتبة دار البيان، ١٩٧٢م، بدون.
- (١١) محمد ناصر الدين الألباني، تخريج أحاديث مشكلة الفقر وكيف عالجه الإسلام، المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م.

ثانياً : الفقه وقواعد الفقه

- (١) العلامة المحقق ابن أمير الحاج الحلبي، التقرير والتحبير، على التحرير في أصول الفقه للإمام محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيّواسي ثم السكندري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.

- (٢) أحمد بن تيمية، الفتاوى، بدون.
- (٣) أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون.
- (٤) أبي محمد بن محمد بن عبد الله بن قدامة، المغني، الجزء الرابع، مكتبة الندوة الجديدة، بيروت، ومكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الثالثة ١٩٨٩م.
- (٥) الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (الزرقا الأب) شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية ١٩٨٩م.
- (٦) أحمد بن عبد الله القاري، كتاب مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق د. عبد الوهاب أبو سليمان ود. محمد إبراهيم أحمد على، تهامة، الطبعة الأولى ١٩٨١م.
- (٧) الشيخ محمد الخُضري، أصول الفقه، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية ٢٠٠٢م.
- (٨) الإمام سحنون بن سعيد التتوخي، المدونة الكبرى، دار الفكر، بدون.
- (٩) د. الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، ودار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية ١٩٩٠م.
- (١٠) الإمام القرطبي، جامع الأحكام الفقهية، جمعه من تفسيره الشهير فريد عبد العزيز الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ٢٠٠٥م.
- (١١) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بدون.
- (١٢) عبد الوهاب خُلاف، علم أصول الفقه، دار القلم، بيروت، الطبعة العشرون ١٩٨٦م.
- (١٣) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، بدون.
- (١٤) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، الطبعة التاسعة، ١٩٦٨ / ٦٧م.
- (١٥) د. مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار العلوم الإنسانية، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م.
- (١٦) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة الثالثة، دمشق، ١٩٨٩م.

ثالثاً: التاريخ

(١) العلامة عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الشهير بابن خلدون، مقدمة ابن خلدون تحقيق هيثم جمعه هلال، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، ٢٠٠٧م.

رابعاً: المعاملات والأموال والاقتصاد

- (١) الشيخ على الخفيف، فقه المعاملات الشرعية، بنك البركة الإسلامي للاستثمار، البحرين، بدون.
- (٢) فليح حسن خلف، التنمية والتخطيط الاقتصادي، دار الكتاب العالمي عمان الأردن ودار الكتب الحديث، إربد الأردن، الطبعة الأولى التحليل الكلاسيكي. الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
- (٣) محمد على الصابوني، فقه المعاملات، المكتبة العصرية، بيروت ٢٠٠٧م.
- (٤) ميشيل تودارو، التنمية الاقتصادية، ترجمة ومراجعة أ.د. محمود حسن حسنى ود. محمد حامد محمود، دار المريخ، الرياض، بدون.
- (٥) أ.د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، دمشق ودار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦م.

خامساً: التأمين والقانون

- (١) د.السيد حامد حسن محمد، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، بحث غير منشور.
- (٢) عبد القادر عوده، التشريع الجنائي، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون.
- (٣) د.عبد المنعم البدرأوي، التأمين في القانون المصري والمقارن، القاهرة، ١٩٥٧م، بدون.
- (٤) د. محمد بن احمد بن صالح الصالح، التامين بين الحظر والإباحة، الطبعة الاولى ٢٠٠٤م، بدون.

سادساً: اللغة

- (١) د. احمد الشرباصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجيل، ١٩٨١م ، بدون.
- (٢) الإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب ، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، بدون.
- (٣) محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة ودار الريان للتراث، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٧م.

(٤) د. محمد رواس قلعة جى ود. حامد صادق قينبي، معجم لغة الفقهاء، إدارة القران الكريم والعلوم الإسلامية، كرا تشي، بدون.

سابعاً : مطبوعات وأبحاث

(١) كتب أبحاث أسبوع الفقه الاسلامى (مهرجان ابن تيمية) المنعقد بجامعة دمشق، دمشق المنشور بواسطة المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية ، القاهرة ١٩٦١م.

(٢) هيئة الرقابة على التأمين، قانون التأمين والتكافل ٢٠٠٣، الخرطوم.

(٣) مطبوعات مجموعة دلة البركة المملكة العربية السعودية - جدة

(٤) البروفسير الصديق محمد الأمين الضرير، الاعتبارات الشرعية للممارسة التأمين، قدمه لندوة التأمين التكافلي التي انعقدت بالخرطوم في الفترة من ١٤ - ١٦ فبراير ٢٠٠٤م.

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
٣ - ١	المقدمة
٤-	الفصل الأول: التأمين التعاوني الإسلامي (تعريفه، مبادئه، نشأته).
٤	المبحث الأول: تعريف التأمين الإسلامي.
٦	المبحث الثاني: مبادئ التأمين التعاوني الإسلامي.
٦	المطلب الأول: مبدأ التبرع.
٩	المطلب الثاني: مبدأ عدم مخالفة أداء الشركة لأحكام الشريعة الإسلامية.
١٠	المطلب الثالث: مبدأ توزيع الفائض التأميني.
١٠	المطلب الرابع: مبدأ المشاركة في الخسارة الزائدة.
١١	المطلب الخامس: مبدأ المشاركة في الإدارة.
١١	المطلب السادس: فصل أموال حملة الأسهم عن أموال حملة وثائق التأمين.
١٢	المبحث الثالث: نشأة التأمين التعاوني الإسلامي.
١٢	المطلب الأول: النشأة النظرية.
١٣	المطلب الثاني: النشأة الفعلية.
١٤	الفصل الثاني: الاستثمار في شركات التأمين التعاوني الإسلامي.
١٥	المبحث الأول: تطبيقات صيغة شركة المضاربة في أعمال التأمين التعاوني الإسلامي.
١٥	المطلب الأول: إدارة مخاطر محفظة التأمين التعاوني الإسلامي.
١٦	المطلب الثاني: إدارة استثمار أقساط التأمين التعاوني الإسلامي.
١٦	المطلب الثالث: تقييم تطبيقات صيغة شركة المضاربة في أعمال التأمين التعاوني الإسلامي.
١٧	المطلب الأول: الإيجابيات
١٧	المطلب الثاني: السلبيات
١٨	المبحث الثاني: تطبيق صيغة الوكالة على أعمال التأمين التعاوني الإسلامي.
١٩	المطلب الأول: إدارة مخاطر محفظة التأمين التعاوني الإسلامي.
١٩	المطلب الثاني: إدارة استثمار أقساط التأمين التعاوني الإسلامي.
٢٠	المطلب الثالث: تقييم تطبيقات صيغة الوكالة في أعمال التأمين التعاوني الإسلامي.

٢٠	الفرع الأول: الإيجابيات.
٢٢	الفرع الثاني: السلبيات.
٢٢	المبحث الثالث: الأجرة في صيغة الوكالة وتباين الآراء الشرعية حولها.
٢٣	المطلب الأول: الرأي الذي يشترط أن تكون الأجرة وفقا للتكلفة
٢٥	الفعلية.
٢٥	المطلب الثاني: الرأي الذي لا يشترط أن تكون الأجرة وفقا للتكلفة
٢٦	الفعلية.
	الفصل الثالث: دور التأمين التعاوني الإسلامي في أعمال التنمية.
٢٩	المبحث الأول: فروض الكفاية وعلاقتها بأعمال التنمية وأعمال التأمين.
٢٩	المبحث الثاني: دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية.
٣٤	المطلب الأول: التنمية الزراعية والحيوانية.
٣٥	المطلب الثاني: دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية الزراعية
٣٦	والحيوانية.
	المطلب الأول: التنمية الصناعية.
٣٨	المطلب الثاني: دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية الصناعية.
٣٨	المطلب الأول: التنمية الاجتماعية.
٤٢	المطلب الثاني: دور التأمين التعاوني الإسلامي في التنمية الاجتماعية.
	المبحث الثالث: دور التأمين في توفير مصادر تمويل التنمية.
٤٦	المبحث الرابع: المشاكل المتعلقة بدور التأمين التعاوني الإسلامي في
٤٧	التنمية
٥٢	الخاتمة
٥٥	المراجع
	الفهرس



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التأمين التعاوني الإسلامي

مفهومه وضوابطه الاقتصادية في إطار الشريعة

إعداد

الأستاذ الدكتور عبد الرحمن يسري أحمد
أستاذ الاقتصاد والاقتصاد الإسلامي
ورئيس قسم الاقتصاد (الأسبق) بكلية التجارة، جامعة الإسكندرية،
والمدير العام (الأسبق) للمعهد العالمي للاقتصاد الإسلامي
بالجامعة الإسلامية العالمية في إسلام آباد،
أستاذ زائر لكلية الدراسات الإسلامية،
مؤسسة قطر للتربية والتعليم وتنمية المجتمع، بالدوحة حالياً

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

تعرض موضوع التأمين في المجتمعات الإسلامية منذ القرن الماضي للبحث والمناقشة من قبل العديد من الفقهاء ورجال المال والاقتصاد. وبينما ذهب فريق إلى قبول التأمين التقليدي أو التجاري المعروف في المجتمعات الأخرى أتجه معظم الرأي في المؤتمرات الاقتصادية الإسلامية والمجامع الفقهية التي عقدت حوله إلى أنه مخالف للشريعة الإسلامية. ويلاحظ أن بعض من ينتمي إلى القلة من أهل العلم التي لم تعترض على التأمين التقليدي بل أيدته استند على حجج ضعيفة أو ظن أنه لا يوجد لهذا التأمين التقليدي بديل إسلامي ممكن فأخذ يدافع عنه¹ ، ربما من منطلق الحرص على تأكيد منافع التأمين في حد ذاته للمجتمعات الإسلامية الحديثة.

وفي الثلاث حقبة الأخيرة لم يكتسب الاتجاه الفقهي المعترض على التأمين التقليدي فقط تأييداً متعاضماً لدى المسلمين ، بل تطور أيضاً في شكل قواعد شرعية وضعت

(¹) في الفقه الإسلامي وأكثر من ١٤ قرناً لم يجر بحث التأمين كنوع من الأعمال الذي يمكن أن يتم من خلال شركات . ونجد فقط لابن عابدين ، الفقيه الحنفي البارز (١١٩٨ - ١٢٥٢) اجتهاداً في ذلك المجال حيث قال بعدم جواز التأمين البحري الذي كان يمارس في ذلك الوقت في أوروبا . وفي أواخر القرن ١٩ التاسع عشر رأى محمد عبده (فقيه وعالم مصري كان له شهرته بين علماء المسلمين والفقهاء في عصره) في رده على سؤال طرحه عليه مدير شركة تأمين تبادلي للحياة بالولايات المتحدة ، أن الشريعة تجيز التأمين على الحياة وذلك قياساً على عقد المضاربة . إلا أن هذا الرأي بجواز التأمين على الحياة في الشريعة الإسلامية يكتنفه الكثير من الغموض ، لأن عقد التأمين على الحياة على النحو الذي كانت تمارسه الشركة التي طرحت هذا السؤال لم يكن مماثلاً لعقد المضاربة ! صحيح أن من الممكن ممارسة التأمين التبادلي على أساس من قواعد المضاربة الشرعية ، إلا أن هناك علامة استفهام كبيرة بشأن المعلومات التي كانت لدى محمد عبده بشأن كيفية ممارسة التأمين التبادلي في الولايات المتحدة. وفي عام ١٩٥١ في المؤتمر الذي عقد في دمشق أكد مصطفى الزرقا ، الذي نال شهرة بين الباحثين والفقهاء في بحثه لقضايا معاصرة هامة ، أن جميع أنواع التأمين جائز من جهة الشريعة . وأسس رأيه هذا على أن عقد التأمين هو عقد للتعاون ، وهو امر أثبت عليه الشريعة الإسلامية بالتأكيد ، وأن عقد التأمين ما هو إلا النسخة الحديثة من النظم التعويضية التقليدية التي سمحت بها الشريعة (مثل الدية والعاقلة) . وفي الحقيقة نجد أن جميع الأدلة التي استند إليها مصطفى الزرقا لإثبات جواز التأمين من الجهة الشرعية لا يمكن التسليم بصحتها أو أخذها على محمل الجد للدفاع عن التأمين التقليدي ، بل للدفاع فقط عن مفهوم للتأمين في حد ذاته ، وذلك في إطار إسلامي كما تبين فيما بعد من كتابات أخرى . من ناحية أخرى ، ظلت دار الإفتاء في مصر في الفترة من ١٩١٠ وإلى أعوام قليلة مضت تفتي بعدم جواز التأمين على الحياة . إلا أنه مؤخراً ، نشر الدكتور على جمعة (مفتي مصر) فتوى تتضمن رأياً يوجب التأمين عموماً والتأمين التبادلي والاجتماعي خصوصاً دون تعمق في أدلته الشرعية. وفي إطار إجازة التأمين عموماً يتطرق إلى التأمين التقليدي التجاري فيرى أنه ضرورة وأن كل ما يلزم هو وضع بعض التعديلات على العقود كي تصبح شرعية ؛ أنظر نص الفتوى في آخر البحث (مذكورة بعد المراجع) وهي في رأينا تجمع بين حق وباطل في إناء واحد وأنها أثارت الغموض والالتباس في أوساط عامة الجمهور أكثر مما جلبت من الارتياح ولا يمكن الاعتداد بها في الأوساط العلمية والفقهية التي بحثت قضية التأمين وضوابطه في الإسلام. وفي ماليزيا ، في عام ١٩٧٢ حكمت اللجنة الوطنية الفتوى بأن التأمين غير مسموح به لأنه يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية . وفي السودان منذ ١٩٧٠ ظلت الفتوى الرسمية تؤكد على عدم جواز التأمين التقليدي . ورأت هيئة الفتوى الشرعية لبنك فيصل الإسلامي في السودان بعدم جواز أي عقود تأمين تقليدية ، وأوصت بأن ينشئ البنك شركة للتأمين الإسلامي لأجل تغطية المخاطر في عملياته . وفي عام ١٩٨٥ أكد المجمع الفقهي الإسلامي ، التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة ، من خلال فتوى جديدة أن جميع أنواع التأمين التقليدية غير جائزة ، وأن ممارسات التأمين التعاوني والتأمين التبادلي فقط هي المقبولة وبشرط أن تجري على أساس شرعية .

للتأمين الإسلامي. أما في العالم الواقعي فقد أخذت عدة شركات للتأمين الإسلامي مكانها في أماكن مختلفة من البلدان الإسلامية وغير الإسلامية. وتشير الأدلة الواقعية إلى أن نشاط هذه الشركات في نمو مستمر .

وأنه لمن الضروري لكل مسلم يفكر في التأمين لنفسه ، أو لعائلته ، أو لأعماله أن يتعرف على ماهو صحيح وماهو خطأ من وجهة النظر الشرعية. وكذلك من الضروري لكل مسلم يدير أو يعمل في شركات تأمين إسلامية ، أو يرغب في انشاء شركات تأمين إسلامي جديدة ، مسلماً كان أو غير مسلم ، التعرف بدقة على ماهو مسموح به وماهو غير مسموح به من وجهة النظر الشرعية في هذه المهنة.^١

مفهوم التأمين في الإسلام :

إن معظم الحيرة التي رأيناها ، وما زلنا نصادفها بين الحين والآخر لدى قلة من الفقهاء الذين لم يبدوا أي اعتراض على التأمين التقليدي ترجع إلى خلط بين ممارسات أو أعمال التأمين من جهة ومفهوم التأمين من جهة أخرى .

إن أعمال التأمين مثلها مثل أية أعمال أو صناعة أخرى لا بد وأن تتأثر بالثقافة السائدة وتتشكل بالنظام الاقتصادي والاجتماعي السائد . لذلك دعنا نبدأ بالحديث عن المفهوم في شكل مطلق.

إن مفهوم التأمين يتعلق بالرغبة في توقي الأخطار المترتبة على مصائب أو حوادث محتملة تعترض النمط المعتاد للحياة ، وتؤدي إلى نقص في الأنفس أو الثروات أو أسباب المعاش ، بالتخفيف أو التخلص من آثار هذه الأخطار. فالتأمين لا يستهدف ولا يستطيع منع المصائب أو الحوادث المحتملة التي تعترض النمط المألوف للحياة و فقط إنما التخفيف أو التخلص من آثارها غير المرغوبة قدر الإمكان^٢ .

(١) بل نؤكد على أن التعرف على قواعد التأمين في الإسلام ، وما هو مسموح به أو غير مسموح من الجهة الشرعية يلزم لكل من يؤسس أو يدير شركة تأمين إسلامية من غير المسلمين. هذا أمر يعتمد مطلقاً على تقدير مصالح العمل ، بمعنى أن دخول أي سوق للأعمال يستلزم التعرف على طلب الناس فيه لإشباعه على النحو المطلوب لهم . وللتأكيد على هذا المعنى لاحظ أن البنوك الغربية التي تمتلك الآن فروعاً مصرفية إسلامية كبيرة في منطقة الخليج العربي وفي مناطق أخرى من العالم عملت قدر جهدها على تقليد النموذج الشائع للبنوك الإسلامية ولم تفعل ذلك ، ولم تنشط في هذا المجال لأجل تأييد الشريعة الإسلامية بل لتحقيق المكاسب. فالسلوك الرشيد بناء على منطق المصلحة في عالم الأعمال هو الذي دفع هذه البنوك الغربية للاستجابة لطلب المسلمين الذين يرغبون في توظيف مواردهم المالية وفقاً لقواعد الشريعة .

(٢) قال تعالى في سورة البقرة ﴿ وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ بِشَيْءٍ مِّنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ ﴾ (١٥٥) ويقول الطبري في شرح الآية "بشيء من الخوف" ، يعني من الخوف من العدو ، وبالجوع - وهو القحط - يقول: لنختبرنكم بشيء من خوف ينالكم من عدوكم وبسنة تُصيبكم ينالكم فيها مجاعة وشدة ، وتتعدى المطالب عليكم ، فتتقص لذلك أموالكم ، وحرابٌ تكون بينكم وبين أعدائكم من الكفار ، فينقص لها عددكم ، وموتُ ذراريكم وأولادكم ، وجُدوبٌ تحدثُ ، فتتقص لها ثماركم. كل ذلك امتحان مني لكم ، واختبار مني لكم ، فيتبين صادقوكم في إيمانهم من كاذبيكم فيه ، ويُعرف أهل البصائر في دينهم منكم ، من أهل النفاق فيه والشك والارتياب". فالمصائب والأحداث التي تعارض النمط المألوف للحياة حتمية بشكل أو بآخر ودرجة أو بأخرى (بشيء من ..) فلا يستطيع أحد منعها ، لكن الحق سبحانه وتعالى لم يحرم التحوط منها أو التعالي والخروج من آثارها إذا حدثت أو المواساة فيها.

وفي ظل ظروف اجتماعية عادية نجد أن هذه الرغبة عامة يشترك فيها جميع الناس ، سواء في نفس العائلة ، القبيلة ، الجماعة ، أو المجتمع . وحينما تترجم هذه الرغبة في فعل فإن عملاً جماعياً لابد أن ينشأ عنها. وفي الواقع لا يستطيع الواحد من الناس منفرداً أن يؤمن نفسه أو يستبعد بصفته المستقلة الخطر المترتب على مصائب أو أحداث محتملة تتسبب في خسائر في النفس أو في المال ، الخ . ولهذا يصبح التعاون بين الناس حتمياً إذا رغبوا في تأمين مصالحهم ضد الأخطار المحتملة التي قد تحملها أحداث مستقبلية منافية للمألوف أو تعد غير ملائمة أو كارثية.

والواقع أن حتمية التعاون في مجال التأمين تأتي على غرار ما قاله عبد الرحمن ابن خلدون عن حتمية التعاون بين الافراد في مجالات الصناعة أو الزراعة منذ عدة قرون مضت ، والتي يؤكد أنها وراء مكاسب تقسيم العمل¹. فكما شرح هذا العالم الجليل ، فإن الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته ، وكل واحد في جماعة سيكون رغباً ومستعداً للتعاون مع الآخرين فيحصل له بذلك من عمله على ما لا يمكن له الحصول عليه إذا انفرد بنفسه. فإذا تكلمنا عن التأمين ، نجد أن حتمية التعاون تأكيداً من حيث أن فرداً واحداً لا يستطيع منفصلاً عن الآخرين أن يقوم بترتيب مايلزم من اجراءات لكي يحافظ على مصالحه أو يحميها من خسائر أو مصائب المستقبل المحتملة ، فكل ما يمكن للفرد أن يعده على سبيل الاحتياط في مواجهة أخطار محتملة قليل جداً بينما أنه من خلال التعاون مع جماعة من الناس يستطيع أن يحصل هذا أكثر من هذا بأضعاف.

والحقيقة أن الرغبة في حماية أو تأمين المصالح الخاصة ضد خسائر الحوادث المحتملة مستقبلاً ، حينما تترجم في عمل جماعي يشترك فيه الفرد مع الآخرين تصبح معبرة عن سلوك اجتماعي راقى ، أو قل سلوك بشري رشيد .

وخلاصة القول أن السلوك الرشيد للفرد والعمل الجماعي القائم على التعاون يمثلان معاً حجر الزاوية لمفهوم التأمين وبمجرد أن يأخذ التأمين مجرى الفعل ، فإنه يعنى المشاركة الايجابية لمجموعة قليلة أو كثيرة من الأفراد في مخاطر الأعباء المالية أو الخسارة المحتملة التي يمكن أن تلحق بأي فرد من المجموعة. ولهذا يمكن القول إن مفهوم التأمين يعنى التعاون بين مجموعة من الأفراد كي يتبادلوا كفالة بعضهم البعض وفق ما ينشأ من ظروف احتمالية. أنه يعنى استعداد إيجابي من المجموعة لتحمل مسؤولية مساعدة أي واحد منهم في حال وقوع حوادث مجهولة الوقت أو الكيف لا يمكن للواحد من المجموعة مواجهتها منفرداً.

(¹) "المقدمة" للعالم الإسلامي الجليل عبد الرحمن بن خلدون متاحة في طبعات كثيرة ، منها طبعة دار الشعب بالقاهرة (بدون تاريخ) كما أن من الممكن الاطلاع على فكرة ابن خلدون عن التعاون في العمل وثمار هذا التعاون في مؤلفات أخرى ، على سبيل المثال : عبد الرحمن يسري أحمد : " تاريخ الفكر الاقتصادي" طبعة ٢٠٠٢ ، أو ٢٠٠٧ ، الدار الجامعية ، الإبراهيمية ، الإسكندرية ، مصر

وفيما يلي سنعمل على تأييد مفهوم التأمين (كما بيناه) بأدلة من المصادر الإسلامية، وسوف نجد له تأييداً كاملاً^١.

أولاً : الأدلة الإسلامية المؤيدة لمفهوم التأمين التعاوني

(١) كما شرحنا أعلاه ، فإن الرغبة الفردية في التأمين تتبع من سلوك رشيد . وفي القرآن الكريم تجد " الرشد " ومعناه مذكور في أكثر من موقع في سورة البقرة ﴿ **لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ** ﴾^٢ ويعبر الرشد هنا عن اختيار الطريق الصحيح: طريق الإسلام (الإيمان بدلاً من الكفر) ، ﴿ **فَإِنْ أَنْسَلْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾^٣ يعبر الرشد في هذه الآية عن "القدرة على اتخاذ قرار عاقل أو حكم سليم".^٤ وفي الحقيقة فإن الرشد كمبدأ إسلامي يمكن تعريفه على أنه : " قدرة على إصدار حكم سليم استرشاداً بأدراك ماهية الطريق الصحيح ". لذلك فإن الشخص الرشيد إنسان متزن العقل^٥ .

ووفقاً لهذا المبدأ فإن المسلم (أو المسلمة) ينبغي أن يكون رشيداً (تكون رشيدة) عند اتخاذ القرارات ، اعتماداً على العقل والإدراك والخبرة في الحياة متبيناً للسبب و المتربات ، وذلك في إطار متطلبات الشريعة والعقيدة الإسلامية . أن الرشد يجب أن يهدي المسلم إلى أفضل القرارات نحو تحقيق رفاهته المادية والروحية والاعتناء بحماية نفسه وعائلته من المخاطر أو الخسائر المحتملة الوقوع حاضراً أو مستقبلاً وذلك بشكل متوازن في إطار شريعة و أخلاق الإسلام.

وفي سنة النبي الخاتم محمد ﷺ نجد أدلة واضحة وقوية تحفز المسلم على التحوط تجاه المستقبل بوسائل مالية. ففي حديث صحيح زار النبي ﷺ أحد الصحابة خلال مرض كان يقاسى منه ويخشى فيه الموت ، وكان له ابنة وحيدة وعنده ثروة فقال قلت : " يَا رَسُولَ اللَّهِ بَلِّغْنِي مَا تَرَى مِنَ الْوَجَعِ وَأَنَا ذُو مَالٍ وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي وَاحِدَةٌ أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثِي مَالِي ؟ ، قَالَ : لَا ، قَالَ قُلْتُ : أَفَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ ؟ قَالَ : لَا الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ"^٦ ، والمعنى الذي نخرج به من هذا الحديث واضح تماماً ، ففيه نصيحة لكل مسلم عائل لأسرة أن يحتاط لحماية رفاه أسرته مستقبلاً بعد وفاته حتى وإن كان غنياً جداً. هذا الدليل يؤيد بقوة السلوك الرشيد المرتبط بمفهوم التأمين .

(١) نتناول فيما بعد شروط ممارسة التأمين الإسلامي في شكله التعاوني .

(٢) البقرة : ٢٨٦ .

(٣) النساء : ٦ .

(٤) وفقاً لهذه الآية القرآنية فإن اليتامى - أو بصفة عامة الأشخاص غير القادرين على اتخاذ قرار أو حكم سليم ليسوا راشدين فلا يتمكنون من استخدام أموالهم بحكمة أو بكفاءة.

(٥) سورة هود الآيات ٧٨ و ٨٧ .

(٦) صحيح مسلم - (ج ٨ / ص ٣٩٥) الحديث عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ أَبِيهِ .

(٢) تعتمد فكرة التأمين أساساً على وعاء الأفراد بضرورة وأهمية التعاون بينهم . فبينما لا يستطيع فرد أن يقف وحده ضد خسارة محتملة قد تقع عليه عرضاً ، فإن نفس الخسارة لن تكون مزعجة أو مرهقة مالياً إذا قسمت بين عدد من الأفراد . فبالبداهة يعلم الإنسان ويقدر قيمة مساعدة الناس (أقاربه ، أصدقاؤه ، جيرانه ، أو شركاؤه في العمل) له أو لأسرته وذلك إذا ما تعرض لحادثة خطيرة مثل حريق ، أو سرقة ، أو مرض خطير ، أو موت مفاجئ ، أو خسارة مالية غير عادية ، وأن هذه المساعدة ستكون قيمة جداً وفاعلة وربما لا غنى عنها في مثل هذه الظروف غير العادية.

إن أخلاقيات التعاون بين الناس في إطار شعور الإخاء ووعيهم بمصالحهم المشتركة ونوعية حياتهم أمر ظاهر تماماً في القرآن ﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ** ﴾ ١ ، والتعاون على البر والتقوى يشمل تعاوناً في جميع أبواب الفضائل التي أمر بها الإسلام واتفق كل ما نهى عنه. والإسلام دين لا يهدي الناس فقط إلى عبادة الله عز وجل من خلال الفرائض والسنن بل أيضاً من خلال ما ينبغي القيام به من أعمال لمعايشهم ابتغاء فضل الله في حياتهم اليومية. لذلك فإن التعاون على البر والتقوى يعني أيضاً تعاوناً في كل أمر يحتاجه الناس لتحقيق الطمأنينة في حياتهم الاجتماعية والاقتصادية . ومن كلام الله عز وجل : ﴿ **مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ** ﴾ ٢ ، والتعاون والتكافل بين الناس من العمل الصالح كما أن الأمان من سمات الحياة الطيبة .

(٣) قد يقوم التكافل على أساس ثنائي أو جماعي. والشكل الأخير من التكافل هو الذي نهتم به في مجال التأمين ، أي عندما تتعاون مجموعة من الناس بغرض رعاية أي واحد منهم تعرض لحادثة ، مؤلمة أو خسر ثروة ، أو غير ذلك . فالتكافل يعني تضامناً أو تكاتفاً جماعياً لأجل مد يد المساعدة إلى إنسان محتاج إلى مساعدة أو أصبح مضطراً لظروف استثنائية بحاجة إلى المساعدة . ومبدأ التكافل له أساس متين في الإسلام يظهر من خلال فريضة الزكاة التي تؤكد فلسفتها التضامن بين الأغنياء والفقراء ، أو قل بين من لديهم القدرة المالية الفائضة ومن هم في حالة عجز أو في حاجة ماسة للمساعدة المالية لظروف دائمة أو استثنائية. ومثال الظروف الاستثنائية استحقال الزكاة للغارمين ، لمن يقعون في مديونية باهظة بسبب خسارة مفاجئة في المال أو حادث أو محنة مفاجئة حتى وإن كانوا من قبل من الأغنياء . ففريضة الزكاة التي هي أصلاً لتطهير القلب والمال تثبت مبادئ التكافل والتعاون بين المسلمين . هذا هو التكافل الحقيقي، إنه ليس مجرد تصرف رشيد بل إنه يعبر عن رعاية الأخوة لبعضهم ، حينما تعنى مجموعة من الناس بمساعدة واحد منهم

(١) المائة : ٢ .

(٢) النحل : ٧٩ .

تعرض لظروف استثنائية أثرت في حياته ، أو في حياة أسرته ، أو في ثروته .. الخ ، أو حينما يعني المجتمع بذلك تجاه مجموعة أو فئة من الناس تعرضت لظروف استثنائية.

هذا المعنى للتكاتف الاجتماعي والذي هو لب التكافل ، يذهب إلى ما وراء التعاون. وَعَنْ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : " مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهَرِ وَالْحُمَّى " ١ ، و عَنْ أَبِي مُوسَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : " إِنَّ الْمُؤْمِنَ لِلْمُؤْمِنِ كَالْبُنْيَانِ يَشُدُّ بَعْضُهُ بَعْضًا وَشَبَّكَ أَصَابِعُهُ " ٢ .

وإنه لأكثر من أربعة عشر قرناً مارس المسلمون أكثر من صيغة للتكافل : أول ما يذكر من ممارسات التكافل : الدية ، وقد أمر الله بها في القرآن وأكد عليها النبي ﷺ في السنة وفصلت في الفقه الإسلامي . و الدية تقدر أصلاً في شكل ابل ، ويدفعها الشخص الذي ارتكب جريمة القتل الخطأ أو تسبب لشخص آخر في جروح خطيرة أو فقدان بعض أعضاء الجسم . وفي القتل الخطأ ، حينما تتسلم أسرة القتيل الدية ، وهي شكل من أشكال التعويض ، تنتهي المشكلة التي ترتبت على القتل الخطأ بسلام . وكذلك فإن الشخص الذي تعرض لضرر جسماني (فقد عيناً ، أو سناً ، أو أذنًا أو أي عضو آخر) يستحق الدية من الشخص الذي تسبب في الضرر سواء عمداً أو بطريق الخطأ ٣ .

وهناك حالة العاقلة حينما يتم جمع دية مستحقة من عائلة أو قبيلة ، حينما يكون الشخص المدان بالقتل الخطأ غير معروف ولكن الأدلة تشير إلى أنه أحد أفراد هذه العائلة أو القبيلة . ويتقاسم أعضاء العائلة الممتدة أو القبيلة مقدار الدية ويدفعونها إلى أقرب قريب (أقرباء) للشخص المقتول ، وهذه تسمى قسامة. هذه الممارسات لأجل التكافل أو للتعويض الاجتماعي قامت على أسس إسلامية ومازالت تمارس إلى الآن بين المسلمين في المجتمعات البدوية وفي القرى حيث مازالت العائلة الممتدة تمثل جزءاً من نسيج النظام الاجتماعي .

(١) صحيح مسلم واخرج البخاري مثله .

(٢) صحيح مسلم واخرج البخاري مثله .

(٣) لفظ الدية إذا أطلق يقصد منه الدية الكاملة وهي مائة من الإبل سواء كانت الدية مغلظة أو مخففة ، أما ما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، فيقال أرش اليد وأرش الرجل ، على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش . والأرش على نوعين: أرش مقدر ، وأرش غير مقدر ، فالأول: هو ما حدد الشارع مقداره كأرش الأصبع واليد ، والثاني: هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره ، ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة أو حكومة العدل . التشريع الجنائي في الإسلام - (ج ٢ / ص ٢٣٣) . ودفع الدية المغلظة في القتل الخطأ لن يصعب على الشخص الغني . إلا أنه في حالة عدم القدرة على الدفع قد يقوم عدد من الناس اختياريًا بالمساهمة مع الشخص المدان في دفع الدية المطلوبة. وعلى ذلك ، ومن أجل مساعدة هذا الشخص قد تجمع الدية من عائلته الممتدة ، من قبيلته ، أصدقائه ، جيرانه ، وأحياناً من المصلين في المسجد خاصة في يوم صلاة الجمعة . وروى مسلم حديثاً عن قبيصة بن مخارق بين فيه النبي ﷺ من تحل لهم المسألة ويطيب لهم ما يأخذونه ، وهم ثلاثة : (أ) رجل تحمل حمالة ، أي دفع دية القتيل حتى لا يقتل القاتل ، فيعطى من الزكاة مقدار الدية فقط ويمسك عن المسألة . (ب) رجل أصابته جائحة اجتاحت ماله ، فيعطى حتى يصيب قواماً أو سداداً من عيش . (ج) رجل أصابته فاقة أي فقر وشهد ثلاثة من العقلاء على فقره ، فيعطى حتى يصيب قواماً أو سداداً من عيش . وهذه جميعاً من مظاهر التعويض لمن أصابه ضرر أو مصيبة وتبين كيف سبق التشريع الإسلامي العالم بأسره وكيف أخلاق المسلمين منذ قرون في تعاونهم بالمال بدون وجود شركات تبتغي الكسب من وراء التأمين .

وخلاصة القول : إن مفهوم التأمين بقاعدته الأخلاقية المتمثلة في : الرشد ، التعاون ، والتكافل له ما يؤيده بقوة من أدلة من القرآن والسنة وكذلك من التاريخ الإسلامي الطويل.

ثانياً : ممارسات التأمين التقليدي أو التجاري المخالفة للشريعة

إن الطريق لإقامة نظام تأمين إسلامي يستلزم خطوتين أساسيتين؛ الأولى التعرف على أخطاء ممارسات نظام التأمين التقليدي لتفاديها والثانية وضع الضوابط الشرعية للتأمين الإسلامي بصيغته التعاونية.

(أ) الجانب الاستغلالي في أرباح التأمين التجاري¹

ليس للإسلام اعتراض أبداً على تحقيق أرباح في حد ذاتها² ، لكن الإسلام له اعتراض قاطع على إتباع طرق غير أخلاقية من أجل تحقيق الأرباح. وقضية الأخلاق هنا محكومة بالشريعة. ومن ثم هناك اعتراض على تحقيق أرباح من أية أنشطة أو أعمال تجارية محرمة ، أو برفع الأسعار من منطلق الاحتكار ، أو بالغش ، أو باستغلال الظروف أو المناسبات غير الملائمة .

إن أخلاقيات الإسلام تحفز رجال الأعمال دائماً على أن يكونوا متسامحين في معاملاتهم وتحث المقرضين على أن يكونوا رحماء وصبورين مع المقترضين في استرداد قروضهم الخالية من الفوائد. وبشكل عام فإن الأرباح في أخلاقيات الإسلام لا بد أن تكون نظيفة وغير استغلالية وأن تكون مرتبطة دائماً ببذل جهود إنتاجية حقيقية.

على هذه الأسس الأخلاقية يعترض الإسلام على الطبيعة الاستغلالية للأرباح التي تتحقق عن طريق بيع خدمة التأمين³.

من المعروف أن أية شركة سوف تحقق أرباحها من جهة ببيع بوالص التأمين للمستأمنين insureds مقابل أقساط التأمين premiums التي يدفعونها ومن جهة أخرى باستثمار مواردها المالية. ولنتذكر قبل أن نستطرد أن ملاك الشركة ، وهم حملة الأسهم ، لهم صفة مستقلة عن المؤمنین الذين يشترون بوالص التأمين.

(¹) نتناول التأمين التجاري على وجه التحديد ، دع جانباً نشاط التأمين التبادلي أو التعاوني الذي عرفه العالم أيضاً ويفترض أن يقوم نشاطه على غير قاعدة الربحية التجارية ، ولكنه له ضوابط غير تلك التي سوف نبينها بالنسبة للتأمين التعاوني الإسلامي.

(²) كما فعل أفلاطون وبعض قدماء فلاسفة الإغريق أو كما في الفكر الماركسي .

(³) ولا يجب أن نفهم من هذا أبداً أن الاعتراض هو على بيع الخدمات . فالإسلام لا يستبعد نشاط الخدمات من المجالات الانتاجية ولا يقصر مفهوم الانتاج فقط على المنتجات السلعية كما فعل آدم سميث وتابعيه من الكلاسيكيين ، أو كما فعل ماركس ومدرسته . فهناك مدى واسع للنشاط الانتاجي يقع في المجال الخدمي وقد سمح به الإسلام منذ قرون الهجرة الأولى ؛ مثال التعليم ، إجازة المنازل ، أو نقل الناس أو السلع ، أو حراسة المساكن أو الأعمال.

إن الشركة تقوم ، كما هو معروف ، بتقدير مناسب للحوادث أو الخسائر المالية - إلى آخره- المحتملة الحدوث لكل مجموعة مستأمنة وذلك كنسبة مئوية من العدد الكلي لها . ويعتمد ذلك على المعلومات الملائمة المتاحة عن كل نوع من التأمين ، وتتحدد قيمة قسط التأمين كما يحسب الاكتواريون اعتماداً على قانون المتوسطات law of averages .

وفي هذا الإطار فإن مهمة الشركة هي إدارة المخاطر لكل العمليات التأمينية وذلك بهدف أساس وهو تحقيق أقصى ربح ممكن لها Maximize its Profit . وهناك عدة قواعد عامة لهذا :

أولاً : أن التأمين يغطي الخطر المعروف والقابل للقياس تحديداً بما لا يترك فرصة للمستأمن أن يحقق ربحاً من التعويض ، ولا أحد ينكر أن تكون شركات التأمين التقليدية دائماً عرضة لحالات من العملاء الذين يحاولون تحقيق مكاسب من عقود التأمين. هذا هو الخطر الأخلاقي Moral Hazard الذي تواجهه الشركات بسبب عدم تماثل المعلومات، بمعنى أن الزبائن لا يعطون معلومات دقيقة أو كاملة عن أنفسهم أو عن حالاتهم عند شراء وثائق التأمين، فيخفون عن الشركة معلومات قد تتسبب في خسائر لها من عملية من العمليات. وتستلزم كفاءة العمل تقليل مثل هذا الخطر إلى حدّه الأدنى¹.

ثانياً : شركات التأمين التجاري في ممارستها العملية حريصة على استبعاد عمليات التأمين التي تعتبر مخاطر التأمين فيها أعلى نسبياً من المعدل الطبيعي وذلك من خلال اتخاذ الاحتياطات المفرطة في هذه العمليات ، وفرض أسعار باهظة أو مرتفعة جداً بالنسبة للخدمة التأمينية. هذا من أجل تحقيق أقصى ربح ممكن بالرغم من أن هذه العمليات قد تكون في غاية الأهمية بالنسبة لمصالح الناس.

ويلاحظ أنه في جميع الحالات التي تواجه فيها مجموعة كبيرة من الناس خسائر في نفس الوقت ، على سبيل المثال في حالات الزلازل والحروب ، يصبح تأمين الخطر تماماً وراء مصالح شركات التأمين ، على الرغم من أنه بناء على أسس أخلاقية ، نجد الناس في مثل هذه الظروف يصبحون في مواجهة محنة كبيرة ويكونون في أمس الحاجة للمساعدة المالية ولا غنى لهم عنها . وفي أعمال التأمين التجاري يعرف الخطر في مثل هذه الحالات بأنه جوهرى Fundamental وأنه إذا تم تعويضه indemnified وفقاً للقواعد التقليدية فإن من شأنه أن يؤدي إلى إفلاس الشركة . لكن لماذا لم تعمل شركات التأمين على ابتكار قواعد مرنة للتعويض في هذه الحالات لأجل مساعدة الناس في ظروف الضائقة ؟ لماذا لا تضحي بقدر من الأرباح المكتسبة في الرخاء (أو في الأوقات العادية) وهي عادة ضخمة لكي تساهم في التخفيف من شدة الخسائر في أوقات استثنائية ؟

¹ ولكن ، على سبيل التأكيد فإن من شأن مشكلة المعلومات غير المتماثلة أن تتضاءل في الأهمية أو يتم القضاء عليها عندما يصبح أصحاب الشركة هم أنفسهم المستأمنين وهو الوضع في التأمين الإسلامي التعاوني .

الإجابة واضحة : لكى يتراكم أكبر قدر من الأرباح للشركات . ولأجل المقارنة فإننا ندافع في الإسلام عن التأمين ليس فقط على أساس عقلانى (من منطلق الرشد) ولكن أيضاً لجمال مفهومه الذي يحتضن التعاون وروح التكافل بين الناس في هذه الظروف .

إن شركات التأمين التجاري معروفة بتحقيقها أرباحاً غير عادية نظراً لطبيعة أعمالها وسياساتها ، ففى إطار المفهوم التقليدى للخطر التأمينى **insurable risk** لا تمثل مبالغ التعويض المدفوعة إلى المستأمنين عادة سوى نسبة مئوية من الأقساط المحصلة من إجمالى عددهم. وبطبيعة الحال ، فإن هناك استثناءات من هذه القاعدة في الممارسات العملية حينما تتخذ الإدارة قرارات بعيدة عن قواعد الكفاءة أو تلتزم بسياسات استثمارية محفوفة بالمخاطر تسفر عن خسائر. وقد تحدث خسائر أيضاً حينما تفتقد الحوكمة الجيدة وينجح المديرون في تحقيق مكاسب شخصية لأنفسهم على حساب الشركة . ولكن بسبب نشاطها المرتفع الربحية على مدى الأجل الطويل فإن شركات التأمين في جميع الدول الغربية تصنف عادة بين أكبر المؤسسات التى تدخر وتستثمر بمعدلات مرتفعة. وهكذا فإن : الأرباح العالية التى تحققها شركات التأمين التجاري (في إطار المفهوم التجاري للخطر التأميني) لا يمكن الدفاع عنها أخلاقياً على أسس إسلامية .

ولأجل التأكيد على هذا المعنى دعونا نتساءل: أي نوع من الخدمات هذا الذي تبيعه شركة التأمين التجاري ؟ إنه "الأمن" أو "الحماية" ضد الحوادث المحتملة في المستقبل أو المصائب. ثم أي نوع من الجهد أو العمل الإنتاجي يلزم لإنتاج خدمة التأمين ؟ إن شركات التأمين (بغض النظر عن الخبرات الإدارية اللازمة لمباشرة النشاط وهو ما تحتاجه أي شركة) تحتاج أساساً إلى جهد خبرات بشرية متخصصة في الحسابات الاكتوارية يتم استخدامها في تقدير احتمالات وقوع الحوادث والمصائب ، ومن ثم في تقدير أثمان بوالص التأمين وقيم التعويضات الممكن دفعها في الحالات المختلفة حتى يمكن لها تحقيق أقصى قدر من الأرباح ممن يطلبون خدمة التأمين ! هل تتناسب هذه الجهود الإنتاجية مع الأرباح الهائلة التي تتحقق لشركات التأمين ؟¹ ، ولكن أليست الأرباح التي تتحقق بهذه الخبرات الاكتوارية أشبه بتلك التي تتحقق في جميع الأعمال المشتغلة بالتكهنات وحسابات الاحتمالات في أنشطة القمار أو حسابات مخاطر المضاربات السعرية وبيع العقود الآجلة في الأسواق المالية؟ ووفقاً لممارسات الأعمال في اقتصادات السوق الليبرالية الحديثة ، فإن تحقيق أرباح بهذه الأساليب جائز ، لكن الأمر يختلف قطعاً بحسب الشريعة والأخلاق الإسلامية.

(¹) بالتأكيد أنها أقل بكثير من حيث كم رأس المال أو العمل ، اللازم لإنتاج أنواع من الخدمات الهامة للمجتمع أيضاً مثل النقل أو الكهرباء أو حتى خدمات الحراسة الخاصة أو الشخصية. هذا بينما أن الشركات المنتجة لهذه الخدمات تحقق أرباحاً بمعدلات تقل كثيراً عن تلك التي تحققها شركات التأمين .

إن أعمال التأمين التجاري بينما لا تتساوى مع أنشطة ألعاب القمار، حيث الأخيرة تجري بغرض التسلية أو اللهو، ولكنها تعتمد مثلها على نفس القواعد لتحقيق أرباح غير عادية. ولا شك أن الشريعة الإسلامية تحرم المقامرة، وهي بالتأكيد ضد أي نوع من الأعمال التي تعتمد على الممارسات التي تماثل القمار أو حتى تنطوي على شكوك بأنها تتماثل مع القمار. إن الشريعة الإسلامية في الواقع تحظر أي ممارسات تفتح باباً خلفياً إلى كل ما هو محظور فيها.

إن أرباح شركات التأمين التجاري لا تتركز على بذل جهود مثمرة حقيقية ولكنها ببساطة تقوم على استغلال "المعرفة" بشأن احتمالات الخسارة فيما بين الأشخاص المؤمن عليهم داخل كل مجموعة وذلك في إطار تصور محدد جداً عن المخاطر التأمينية. وبالتالي نجد أن التأمين التجاري يستغل الدافع الرشيد لدى الأفراد لرعاية حياتهم المستقبلية وحماية مصالحهم الاقتصادية لأجل تحقيق أقصى ربح ممكن.

والخلاصة أن العامل الرئيس الضروري لإنتاج خدمة التأمين بنجاح، والذي هو التعاون الاجتماعي، يتم استغلاله لأجل تحقيق ربح تجاري غير عادي. وهكذا نجد القيم الأخلاقية التي غالباً ما تذكر في معرض الدفاع عن التأمين على أسس من التعاون قد فقدت بسبب أن مجموعة من الناس وهم حملة الأسهم الذين يمتلكون شركة التأمين يستفيدون على حساب كل الآخرين الذين يحتاجون خدمة التأمين. هذا النوع من الاستغلال بينما يزداد شدة في سوق احتكارية للتأمين سيكون منخفضاً نسبياً في سوق تنافسية للتأمين. ومع ذلك، لا يمكن أبداً القضاء على هذا الاستغلال ما لم تصبح شركة التأمين والمؤمن عليهم كياناً واحداً، وهو أمر ممكن في إطار التأمين التعاوني المؤسس على التكافل. وهذا الشكل من التأمين يحتاج بالضرورة إلى ترتيبات مختلفة بالنسبة للشركة، من حيث: العقد الذي تبرمه والإدارة وآليات العمليات وأخلاقيات العمل.

إن أي مجتمع أو جماعة من الناس متحضرة، سوف تدرك أن التأمين أو هذا النوع من الحاجة الذي هو وثيق الصلة بالأمن بالنسبة لأحداث مستقبلية محتملة يمكن أن يكون ينظم من خلال التعاون، وبأن هذا التعاون ضروري لرفاه الجميع من دون أي استغلال طرف لطرف آخر. وبعبارة أخرى فإن التعاون الاجتماعي الذي لا غنى عنه لأية أعمال تأمينية لا ينبغي أن يستغل من خلال قوى السوق.

وينبغي أن نؤكد على أن جميع الممارسات التجارية المبنية على الاستغلال، أو الممارسات الخاطئة، والأرباح المحققة من ورائها تعتبر حراماً في الإسلام. وأنه ينبغي على جميع المسلمين، وذلك بمعرفة قواعد الشريعة، أن يكونوا قادرين على تمييز الربح الحلال من الربح الحرام. وأن الربح الحلال أو ما تسمح به الشريعة يعد هدفاً طبيعياً في حين أن الربح الحرام هو ربح قائم على أساس ممارسات محظورة أو استغلال طرف للطرف

الأخر في المعاملة. وفي الواقع فإن قواعد الشريعة الإسلامية لا تترك حتى ولو مساحة صغيرة لينفذ منها الاستغلال في المعاملات.

(ب) ممارسة الغرر

يسمح الإسلام بالتجارة في السلع والخدمات ، والتجارة تمارس بطبيعة الحال لتحقيق أرباح حلال ، كما أوضحنا للتو . ومن أجل أن يكون الربح حلالاً في البيع الحاضر، ينبغي أن تكون السلعة أو الخدمة موجودة لدى البائع ، وأن يكون المستهلك على علم بالكمية والنوعية ، وسعر السلعة. أما إذا لم يكن البيع حاضراً ، أي أن السلعة أو الخدمة سوف تسلم في تاريخ لاحق ، فإن طرفي التبادل (البائع والمشتري) يجب أن يكونا واضحين تماماً بالنسبة للصفقة بينهما بأن تكون الكمية والنوعية والسعر محددة المعالم ، وكذلك تاريخ التسليم (تماماً كما هو مذكور في حديث للرسول عليه السلام ، في حالة بيع السلم ، أي بيع تسليم المستقبل **future delivery sale**). فإذا لم تستوف الشروط الشرعية المذكورة للبيع يدخل الغرر في الصفقة ونكون بإزاء عقد بيع باطل. و الغرر يعني على وجه التحديد ، عدم اليقين بشأن الصفقة أو هو خطر غير قابل للقياس. وهو ما يعني معاملة غير عادلة .

ماذا تفعل شركات التأمين التجاري ؟ إنها تباع خدمات يتم تسليمها للمشتري أو لا يتم ، وتاريخ التسليم ليس محددًا ، وبينما أن التعويض الذي قد تدفعه الشركة إلى المؤمن عليه غير محدد فإن السعر الذي يدفعه الشخص من أجل خدمة التأمين محدد تماماً . كل هذا لا يؤكد فقط الغرر ولكنه ينطوي أيضاً على عناصر القمار **gambling** وعلى غبن واضح كما سبق الشرح .

(ج) ممارسة الربا

إن الربا الذي هو محظور تماماً في الشريعة يدخل بشكل رئيس في أنشطة شركات التأمين التجاري من جهتين ؛

أولاً : حينما يدفع مشتري بوليصة التأمين مبلغاً من النقود (دفعة واحدة أو بالتقسيط) ثم يحصل على مقدار من النقود أكبر منه أو أقل في التعويض من جراء حادثة تستوجب ذلك بموجب العقد. وفيما بعد سنجد أن مبدأ الإيثار، أو الإحسان، في النمط التعاوني للتكافل الإسلامي هو العلاج الوحيد النظيف أو الحل لهذا الربا الذي يرتبط بالتعويض .

ثانياً: تفضل شركات التأمين استخدام معظم مواردها المالية في أنشطة تدر عليها فوائد ، من حيث إنها عوائد مضمونة ، مثل ودائع المصارف التجارية ، والسندات أو غير ذلك من الأوراق المالية ذات الفائدة . وجميع الإيرادات التي يتم الحصول عليها بهذه الطريقة حرام ، والتعويضات **indemnifications** التي يأخذها العملاء المؤمنين من مثل هذه الإيرادات بالتالي حرام .

ثالثاً : الضوابط الشرعية للتأمين التعاوني

لقد بينا فيما سبق أن التأمين في حد ذاته ليس فقط مقبول إسلامياً وإنما هو ضروري يحث عليه السلوك الرشيد وأخلاق التعاون بين الناس^١ ، ورأينا كيف أن شركات التأمين التجاري تستغل الرغبة الطبيعية لدى الأفراد في وقاية أنفسهم من آثار أخطار حوادث أو مصائب محتملة الحدوث في تحقيق أقصى أرباح ممكنة لها، وكيف أنها تمارس الربا والغرر بلا مبالاة.

لذلك فإن التأمين الإسلامي في إطاره التعاوني يجب أولاً وقبل أي شيء أن يخلو تماماً من هذه الممارسات المخالفة للشريعة الإسلامية، ومعنى ذلك تحديداً:

- (١) أن ينتفى الاستغلال التجاري للأشخاص (أشخاص طبيعيين أو معنويون كالشركات والأعمال) الذين يريدون التأمين من قبل شركة التأمين الإسلامي التعاوني . وهذا يعنى أن ما قد يتحقق من أرباح صافية للشركة (بعد خصم المصروفات ومستحقات الإدارة) نتيجة القيام بنشاط التأمين سيعود على الأشخاص المستأمنين أنفسهم.
- (٢) أن شركة التأمين الإسلامي التعاوني لن تمارس الربا بأي شكل من الأشكال :

أولاً : من جهة أن الشخص المستأمن قد ينال مبلغاً من المال ، في حال حدوث ما يوجب له التعويض، أكبر مما دفع في سبيل الاشتراك في التأمين ، يصير التفاهم بين جميع المستأمنين على أن الزيادة المتحققة لأي شخص عند حصوله على التعويض هو على سبيل التبرع بطيب نفس منهم ،

ثانياً : من جهة استثمار الشركة لرصيدها من الأموال، يجب أن يجري أي نشاط استثماري لهذا الرصيد بطرق تتجنب أي شكل من أشكال الربا. وأنواع الاستثمارات المالية الربوية في عالمنا المعاصر عديدة ومن أشهرها الودائع بفوائد مصرفية في البنوك التجارية، الحسابات الاستثمارية في أي بنوك تمارس التورق المصرفي المنظم أو المرابحة للأمر بالشراء بطرق تتضمن الربا مما نهت عنها قرارات مجمع الفقه الإسلامي صراحة حتى وإن ادعت هذه البنوك أنها إسلامية ، أو بشراء سندات بفوائد صريحة أو ضمنية^٢ ، وكذلك الأسهم الممتازة .

- (٣) أن تمتع شركة التأمين الإسلامي التعاوني عن ممارسة أية عقود غرر أو فيها شبهة الغرر. ومن جهة أساسية سوف يتحقق هذا تلقائياً بتكوين الشركة على أساس مبدأ التعاون بمعنى أن المستأمن في ظل هذا المبدأ لا يشتري فقط خدمة التأمين مقابل شيء

(١) دع حاناً الأفراد الذين يريدون ممارسة نوع من المسر من خلال مفهوم التأمين ، باستعدادهم لدفع ثمن مقابل لو حدث كذا في وقت كذا أو قبل كذا كنت مستحقاً لمبلغ كذا من المال وإن لم يحدث ليس لي عندك شيء. كل هذا لا يمت بصلة إلى السلوك الرشيد .

(٢) بعض أنواع السندات لا يحمل فائدة (Zero-Coupon Bonds) ولكن الثمن المدفوع عن استحقات قيمة السند يكون أكبر من ثمن الشراء. هذا ما نعنيه بالفائدة الضمنية.

قد يأخذه أو لا يأخذه وإنما هو مستثمر مع آخرين لجميع الأرصدة التي تكونت بغرض التأمين مستفيد من نتائج هذا الاستثمار أياً كانت النتائج على أساس الريح أو الخسارة. من جهة أخرى يجب أن تمتنع الشركة الإسلامية عن ممارسة أنواع من العقود التي تشبه الميسر : مثلاً لو حصلت حادثة للسيارة الخاصة خلال السنة الأولى من شرائها أو لو أصيب عضو معين من أعضاء الجسم بضرر معين قبل بلوغ ثلاثين عاماً (كما يفعل أشخاص يتكسبون من الاحتراف في الألعاب الرياضية) أو توفي أو حدث طلاق بين زوجين خلال قضاء الإجازة الصيفية في الخارج!^١

إن ما سبق يلخص أهم ما يجب أن تتعد عنه شركات التأمين التعاوني الإسلامية ، لكن هناك ضوابط أخرى شرعية ترتبط بالهيكل التنظيمي للنشاط والممارسات الواقعية والآليات المتبعة ، وسوف نقوم بعرضها ومناقشتها.

الضوابط اللازمة لممارسات التأمين التعاوني في إطار المفهوم الإسلامي

أشرنا من قبل انه لأكثر من أربعة عشر قرناً مارس المسلمون أكثر من صيغة للتكافل الاجتماعي. وفي أمريكا وأوروبا بدأت ممارسات التأمين التعاوني تشق طريقها في الواقع العملي منذ القرن الثامن عشر^٢ وذلك من خلال شركات بسيطة وجمعيات تعاونية . وفي العصر الحديث اتخذت ممارسات التأمين التعاوني أو التبادلي شكل شركات مساهمة محدودة المسؤولية. وسوف يكون هذا الشكل مناط اهتمامنا إلا أنه لا ينبغي تعقيد الأمور بالنسبة للمجتمعات الإسلامية المعاصرة بافتراض أن هذا هو الشكل الوحيد أو الأمثل لممارسة التكافل أو التأمين التعاوني . ذلك لأن العديد من المجتمعات الإسلامية المعاصرة مازال يحتوي في بعض أنحاءه على تجمعات بشرية قبلية وقرية بسيطة تعتمد على الرعي أو على النشاط الزراعي البسيط . من ثم يجب اختيار النمط المناسب لممارسة التأمين التعاوني في كل ظرف من الظروف تيسيراً للخلق وإعانة لهم . فمثلاً في القرى الصغيرة وبين أبناء القبائل هناك فرصة لإقامة تعاونيات إسلامية بسيطة التركيب والإدارة ، مع تعليم الأفراد المؤسسون لها والمشاركين فيها المبادئ الأساسية للتأمين التعاوني ، وتلك التي تحفظ نشاطهم بعيداً عن الربا (بتجنب إيداع أموالهم في بنوك ربوية والعمل على استثمارها إن أمكن في بنوك تلتزم بالشريعة الإسلامية مع إمكانية سحبها عند الضرورة) .^٣

(١) هناك أمثلة عديدة تفوق الخيال في غرابتها من أمثلة عقود غرر تأمينية تمارسها الشركات التجارية وتفرض فيها أثماناً باهظة بعد أن تجري تحريباتها الدقيقة ، قابلة بذلك لعبة الحظ.

(٢) عرف التأمين التعاوني تحت هذا المسمى أو تحت مسمى التأمين التبادلي Mutual Insurance في أمريكا في القرن الثامن عشر وفي أوروبا في القرن التاسع عشر. وارتبط تاريخياً بمبدأ التعاون ويهدف تأمين الأعمال القائمة على التعاون في جميع الأنشطة خاصة من أخطار الحريق.

(٣) ولقد عثرت في فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء (الأزهر) - (ج ١٢ / ص ٢) - فتوى رقم (٨١٩١) على تساؤل من جمعية خيرية في قبيلة تمارس نظام العاقلة بشكل مرتب ازاء حوادث الطرق المتكررة. وفي السؤال الموجه للجنة الفتوى " نظراً لكثرة الحوادث الشبه يومية أو شهرية بسبب حوادث الطرق والتي قد تؤدي إلى الوفاة أو الشجاج أو الإصابات الأخرى وأن الشرع يلزم العاقلة بدفع وتحمل الديات التي تقع على قبيلة مثل ديات الخطأ وشبه العمد والشجاج . وعليه فقد انفتحت قبيلة المتايهة من العضيان من عتبية على إنشاء جمعية خيرية (صندوق)

وقبل أن نتطرق إلى النقطة التالية^١ يرى كاتب هذا المقال أن من يتمعن في الصيغة الإسلامية لشركة المفاوضة يجدها الأكثر صلاحية لإقامة شركة بسيطة للتأمين التعاوني الإسلامي ، وذلك مع إدخال بعض تعديلات لا تغير من جوهرها أو من جوهر القواعد الشرعية للمشاركة^٢. كل ما يلزم في البداية أن تتفق مجموعة من الأفراد على أنهم يريدون تكوين شركة استثمارية لتنمية أموالهم ولحماية أنفسهم من خسائر "خطر معين" تتساوي احتمالات حدوثه لأي واحد منهم (مثلاً سرقة أو حريق بالمسكن الخاص أو حدوث حريق بمحل العمل إذا كانوا جميعاً من أصحاب الأعمال). الخطوة التالية هي تقدير رأس مال الشركة وذلك بالاستعانة بأهل الخبرة في الحسابات التأمينية المالية (الخبراء الاكتواريون) ويتم جمع هذا المبلغ فوراً أو على أقساط بمساهمة متساوية من كل عضو. ثالثاً ؛ يصير الاتفاق بينهم على استثمار رأس مال الشركة في حساب استثماري لدي بنك يعمل وفق قواعد الشريعة الإسلامية (أو بطرق أخرى مشابهة بشرط توافر الخبرة الاستثمارية وكيفية إدارة المخاطر). وهذا يعنى العمل على تنمية أموال الشركة على مدى الأجل الطويل مع إمكانية السحب منها عند وقوع الحادث الموجب للضرر. رابعاً ؛ يتقاسم الشركاء الأرباح الناشئة عن الاستثمار بالتساوي ، كما يتقاسمون الخسائر إذا

يدفع كل فرد من العاقلة فيه مبلغاً معيناً متفقاً عليه سنوياً وتوقعاً لما يحدث مستقبلاً من كوارث الديات المنوه عنها أعلاه ؛ لغرض التعاون بين أفراد هذه القبيلة كعاقلة واحدة ، وبدلاً من أن يطوف صاحب الدم على جميع أفراد القبيلة ويقطع المسافات الطويلة شرقاً وغرباً وجنوباً وشمالاً ، وما يتعرض له من تعب ومشاكل ومشاحنات لعدة أشهر ؛ لذا وضعت هذه الجمعية " وهذا مما يدل على وعي حقيقي تجاه مسألة التأمين . ثم يستطرد أصحاب السؤال " واستفسارنا عن : ١ - هل هذا العمل الذي قامت به القبيلة واتفقت عليه يعتبر عملاً خيراً وجائزاً ؟ ، ٢ - هل إذا حال الحول على هذه الأموال تجب فيها الزكاة ؟ ، ٣ - هل يجوز لأهل الأموال الحائل عليها الحول دفع زكاة أموالهم لهذه الجمعية ؟ ، ٤ - إذا امتنع شخص أو عدة أشخاص ورفضوا الدفع أو الاشتراك في هذه الجمعية - وشروط هذه الجمعية المتفق عليها من العاقلة ؛ أولها : أن الشخص الذي يمتنع عن الدفع أو الاشتراك لا يلزم العاقلة بأي شيء ، ثم حدث عليه بعد ذلك دية لخطأ فذهب إلى العاقلة يطلب تسديد الدية حسب الشرع ولكن العاقلة رفضت بحجة أن المذكور امتنع سابقاً عن الدفع والاشتراك مع العاقلة بطوعه واختياره وهي لم تطرده ولكن يعتبر خالف الاتفاقية وإجماع العاقلة ، فهل هذا الشخص يلزم العاقلة وهو مخالف لاتفاقها سابقاً والاشتراك معها في هذه الجمعية بعد اطلاعه وإبلاغه بشروطها مسبقاً هل يجوز له السؤال من خارج العاقلة لتسديد الدم الذي عليه ؟ علماً بأن العاقلة مقتدرة ولم تخرجه منها ولكنه خرج كما قلت سابقاً بطوعه واختياره وخالف اتفاقهم بسبب رفضه الدفع معهم ، فأرجو من سماحتكم إجابتي . أما إجابة اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء فجاء فيها : **أولاً** : اتفاق رجال القبيلة على ما ذكر يعتبر عملاً خيراً لما فيه من التعاون على أداء الواجب. **ثانياً** : إذا حال الحول على الأموال المجموعة لهذا الغرض المبين في الاستفتاء فلا تجب فيه الزكاة إذا كان ما جمع لا يعود ملكاً إلى من جمع منهم عند فشل المشروع مثلاً ، بل ينفق في المقصد الذي جمع من أجله أو في وجوه الخير الأخرى. **ثالثاً** : لا يجوز لأهل الأموال التي حال عليها الحول ووجبت فيها الزكاة أن يدفعوا زكاة أموالهم لهذه الجمعية ، بل يدفعونها في المصارف التي ذكرها الله في آية : **(إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ)** ، **رابعاً** : من امتنع من الاشتراك في ذلك فالإلزامه العاقلة بدفع دية من قتله خطأ يرجع إلى المحكمة. وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم .

(^١) وفيها نتناول أعمال التأمين الإسلامي في إطار الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة .

(^٢) من الأهمية بمكان في جميع المجتمعات الإسلامية النامية التي يتميز أفرادها بدخولهم المحدودة وبتعليمهم البسيط الذي لا يصل بهم إلى فهم معاملات الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة وما يحيط بالأسهم في تداولات الأسواق المالية أن نبحث عن الشكل البسيط لشركة التأمين التعاوني الإسلامي . وهي أيضاً في غاية الأهمية للمشروعات القزمية والصغيرة التي تحتاج إلى التأمين ولا تستطيع الوفاء بشروطه في الشكل التقليدي أو الشكل الإسلامي الذي يمارس عن طريق الشركات المساهمة الكبرى .

حدثت . وبالنسبة للتعويضات التي يحصل عليها البعض عند إصابته بما يوجبها فإنها تعتبر واجبة على الآخرين بموجب حق الكفالة في شركة المفاوضة وكذلك في جميع الشركات الإسلامية ذات المسؤولية غير المحدودة^١. وأحد المشكلات التي يمكن أن تواجه هذه الشركة تتمثل في إمكانية زيادة حجم التعويضات في حالات استثنائية عن إمكانيات رأس المال. بسبب ضخامة الخسارة أو تكرار الحدث بالمصادفة لأكثر من شريك في نفس الفترة. ولذلك يجب أن يتفق الشركاء من البداية على الحد الأقصى للتعويض لكل من يصيبه حادث ، وأنه إذا رغب الشركاء الآخرين (أحدهم أو أكثر) على بذل مساعدة أكبر فإن هذا يكون من باب الإحسان والتبرع ، وأنه في حالة ضرورة التعويض لأكثر من واحد من الشركاء فإنه يتم اتخاذ قرار من الشركاء جميعاً بشأن خفض مقدار التعويض للواحد أو زيادة التبرعات من الآخرين أو فتح مجال للقرض الحسن في إطار مبدأ الإحسان ورعاية روح التكافل. هذا من أجل تفادي حالة الإفلاس أو عجز الشركة عن الاستمرار. خامساً ؛ قبول انضمام شركاء جدد دون أية قيود ولكن على أساس نفس قاعدة التساوي في مساهمة رأس المال لكل شريك^٢. ومثل هذا المشروع التأميني الإسلامي البسيط القائم على أساس شركة المفاوضة يمكن أن يفيد قطاع كبير من عامة الناس ومن أصحاب الأعمال الصغيرة والمتوسطة في المجتمعات الإسلامية النامية.

شركات التأمين التعاوني ومشكلة كفاية رأس المال ٩

من أهم المشاكل الفنية التي تثار في الممارسات الواقعية للتأمين التعاوني أو كما يسمى أيضاً التبادلي على المستوى العالمي عدم كفاية رأس المال الذي يتم جمعه من مساهمات الراغبين في التأمين. والحقيقة أن عنصر رأس المال جوهرى في ممارسات التأمين بكافة أشكاله التقليدي أو التعاوني ، لكن شركات التأمين التجاري التي تمارس نشاطها بشكل شائع من خلال الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة لا تواجه مشكلة ذات شأن في هذا الصدد حيث تستطيع الاستدانة (بالفوائد) أو طرح أسهم للجمهور لزيادة رأسمالها. أما بالنسبة إلى شركة التأمين التعاوني أو التبادلي فإنها في الأصل شركة لا تقوم على بيع أسهم للجمهور وإنما هي مملوكة بالكامل للأشخاص الذين يرغبون في تأمين أنفسهم ، وإذا فرأسمالها يتألف من حصص هؤلاء الذين يبذلون لمن يتعرض منهم للخطر التعويض المناسب ويتقاسمون الأرباح الصافية فيما بينهم^٣. وفي هذا الشكل البسيط للتأمين التعاوني أو التبادلي قد يحدث عجز في الوفاء بالتعويضات اللازمة في بعض الحالات مما قد يؤدي إلى أزمة حادة بالنسبة للشركة أو ربما توقفها عن نشاطها وإفلاسها. والواقع أنه يجب أن يتوفر لشركة التأمين دائماً حد أدنى من رأس المال السائل

^١ وذلك على خلاف الشركات المساهمة الحديثة ذات المسؤولية المحدودة .

^٢ ويلاحظ أنه في حالة نمو رأس مال الشركة يتحتم على العضو الجديد أن يدفع أكثر لكي يتساوى ، ويمكن قبول مبدأ التقسيط في هذه الحالة ، أو معالجة الأمر محاسيباً لكي لا يحدث اختلال في الحقوق أو الالتزامات بين الشركاء المتساويين .

^٣ وقد يتم تقاسم الأرباح بشكل غير مباشر وذلك بإنقاص مدفوعات التأمين المستحقة عليهم مستقبلاً .

يكفى لدفع التعويضات للمستأمنين حسبما قدرت هذه احتمالياً بالحسابات الاكتوارية ، بالإضافة إلى رصيد احتياطي لمواجهة ما قد يفوق الاخطار المتوقعة .

وفي بداية تكوين شركة للتأمين التعاوني أو التبادلي وكلما صغر عدد من يريدون خدمة التأمين يكون أمر تدبير الحد الأدنى من رأس المال أكثر صعوبة ، والعكس صحيح . ولقد ساقنا مشكلة العجز الفعلي أو المحتمل في تدبير الأرصدة اللازمة من رأس المال بعض شركات التأمين التعاوني أو التبادلي في العالم إلى بيع أسهم للجمهور مما أوجد ملكية مشتركة مع أصحاب الأسهم . وكذلك اتجهت بعض شركات التأمين التعاوني إلى بيع بوالص تأمين للجمهور على أساس تجاري رغبة من المؤسسين ليس فقط في تخفيف عبء رأس المال عليهم وإنما أيضاً لتحقيق أرباح تجارية للشركة من آخرين يرغبون في التأمين . ولقد أدت مثل هذه التطورات إلى انحراف شركات التأمين التعاوني عن مسارها الصحيح حيث اختلط هذا بالتأمين التجاري وأصبحت مزايا المشروع التعاوني مقتصرة على المؤسسين . ولقد تطور الأمر في حالات إلى تحول عدد من شركات التأمين التعاوني أو التبادلي إلى شركات تأمين تجاري . في ظل هذا الإطار يجب الحذر في ممارسات التأمين التعاوني الإسلامي ، من تسلسل الاستغلال التجاري إليه .

ولا شك أن أحد المخارج الرئيسية من مشكلة عدم كفاية الموارد المالية يتمثل في ممارسة نشاط التأمين التعاوني الإسلامي عن طريق الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة . لكن هذا الوضع يستدعي الالتزام بعدد من الضوابط الاقتصادية والشرعية حتى لا يحدث انحراف عن أهداف هذه الشركات وهو ما نتناوله فيما يلي .

الضوابط الاقتصادية والشرعية اللازمة لشركة إسلامية مساهمة للتأمين التعاوني

يلاحظ أن أحد الأنماط الشائعة لممارسة التأمين التكافلي الإسلامي أصبح يتم من خلال شركة مساهمة تؤسس بغرض مباشرة نشاط التأمين واستثمار الفوائض المتاحة من أموال المستأمنين فيها جنباً إلى جنب مع أموال أصحاب الأسهم المؤسسين لها . وفي مثل هذه الحالات ولكي يبقى التأمين التكافلي الإسلامي نقياً بعيداً عن الاستغلال التجاري لابد من التمسك بعدد من الضوابط الاقتصادية التي تضمن حسن الأداء والحفاظ على الأهداف وذلك في إطار ما تسمح به الشريعة الإسلامية :

(١) أن لا يقتصر دور المساهمين (سواء من المؤسسين أو من يشترون الأسهم التي يتم طرحها في السوق المالية) على ملكية أسهم في الشركة بل يكونوا ممن يدخلون فعلاً تحت مظلة التأمين التعاوني بمجرد ممارسة الشركة لنشاطها فتتوحد بذلك مصالحهم التأمينية مع بقية المستأمنين .

(٢) أن يتم اختيار مجلس إدارة الشركة بما يتفق قواعد المؤسسات التعاونية في كل العالم ، أي على أساس صوت واحد للشخص مهما كانت ملكيته من الأسهم وفي

ذلك أحد الضمانات الأساسية للبعد عن تحكم فئة من كبار المساهمين على نشاط الشركة. كذلك يقع على كل من يشارك في الشركة مسؤولية أيّة قرارات استثمارية أو غيرها تتخذ من قبل الجمعية العمومية . فلا يستطيع أحد أن يتصل من المسؤولية الشرعية لبعض قرارات الجمعية العمومية أو مجلس الإدارة بحجة سيطرة البعض على هذه القرارات.^١ والمعلوم أن اللوائح القانونية والتنظيمية للشركات المساهمة تسمح بصوت لكل سهم وليس لكل مساهم ، وهذا مما يجب تغييره بالنسبة لشركات التأمين الإسلامي التي تقوم على أساس تعاوني أو تكافلي.

(٣) يلزم الأشخاص الجدد الذين يرغبون في الانضمام إلى الشركة للتمتع بخدمة التأمين التعاوني شراء أسهم على نفس الأسس السابقة لأسهم التأسيس وهذا مما يضمن تساويهم مع المستأمنين الآخرين في الحقوق والواجبات فلا يستغلون ولا يُستغلون بسبب انضمامهم المتأخر.

(٤) من الآفات التي أفسدت ، وما زالت تفسد ، مناخ الاستثمار الحقيقي للشركات المساهمة (العاملة في كافة المجالات) اتخاذ الأسهم وسيلة لتحقيق أرباح رأسمالية عن طريق تداولها بيعاً وشراءً في الأسواق المالية.^٢ ولا يستطيع أحد أن ينكر حق صاحب السهم في تداوله بيعاً أو شراءً ، لكن على الشركات الإسلامية المساهمة ، أن تضع قيوداً على تداول أسهمها في السوق تفادياً لأيّة أخطار يمكن أن تترتب على هذه العمليات . بالإضافة إلى هذا فإن الشركات المساهمة العاملة في مجال التأمين التعاوني يجب أن تؤمن نفسها من ضياع أهدافها بسبب بيع الأسهم على أساس تجاري محض . ومن ثم نري أنه لا يجوز للمساهم في شركة التأمين بيع ما يملك من أسهم إلا لمن يرغب أن يتمتع بنفس حقوقه ويلتزم بجميع مسؤولياته في الشركة . هذا يعني من

(١) عادة ما يسيطر كبار المساهمين على قرارات الجمعيات العمومية للشركات المساهمة التي تعرض فيها الميزانيات والتصديق عليها والموافقة على استمرار مجلس الإدارة أو تغييره. ويحتج صغار المساهمين بقلة أصواتهم وأهميتهم في اتخاذ القرارات الهامة ويرون ذلك مبرراً لعدم حضور جلسات هذه الجمعيات. هذه السلوكيات السلبية لا تتفق مع روح الشريعة الإسلامية .

(٢) اقر الفقهاء المعاصرون صيغة الشركة المساهمة ذات المسؤولية المحدودة فقط في السبعينيات والثمانينيات من القرن العشرين ، وما زالت هناك مشكلات شرعية تواجه هذا الشكل من الشركات الذي لم يكن معروفاً في الفقه الإسلامي من قبل ، من أهمها المشكلات الشرعية المترتبة على انفصال الإدارة عن الملكية (مشكلة الوكالة) وكذلك الشخصية الاعتبارية خاصة في حالة الإفلاس مع وجود ديون تجاه الغير لا يمكن سدادها ، ومنها عمليات تداول الأسهم في الأسواق دون رابط . وينبغي أن يعمل التشريع الحديث في البلدان الإسلامية على تنظيم عمليات تداول الأسهم التي تصدرها الشركات لأجل تحقيق المناخ المناسب للاستثمارات الحقيقية. والواقع أن أمر المضاربات المالية البحتة في الأوراق المالية التي لا تبالي باستقرار القطاع الإنتاجي الحقيقي يجب أن يحسم عن طريق التشريع واللوائح المنظمة لأعمال الأسواق المالية ، ويجب أخذ العبرة من أزمة ٢٠٠٨ التي مازالت تعيث بالافتقار العالمي في عامها الرابع. وفي مجال التأمين مثلاً ليس من المتصور مثلاً أن نشئ شركات لتأمين الناس والأعمال من خسائر المخاطر الاحتمالية ثم نسمح لممارسات (أشبه ما تكون أحياناً بالمقامرات) أن تتسبب في خسائر جسيمة ليس فقط للمستأمنين بل وللمجتمع بأسره.

الناحية الشرعية عدم وضع قيد على انسحاب الشريك من الشركة ولكن على ألا يتسبب ذلك في خسارة للشركاء أو ضياع لأهداف الشركة.¹

(5) العمل على تنمية رأسمال الشركة تدريجياً عن طريق أرباح العمليات الاستثمارية للفوائض المتاحة. لكن هذه التنمية لا ينبغي أن تتم إطلاقاً بالدخول في عمليات عالية المخاطرة بل أن الوظيفة الأساسية التي تقوم بها الشركة ألا وهي التأمين تستدعي دائماً اختيار الاستثمارات الأقل خطراً ، وقد يكون من بين هذه الاستثمارات شراء العقارات السكنية التي يتم تأجيرها بعقود سنوية قابلة للتجديد أو إدارة محافظ مالية أو صناديق الاستثمار تعمل على تنويع أوراقها المالية بعد اختيارها من إصدارات شركات ملتزمة بالشرعية الإسلامية في منتجاتها وفي طرق تمويلها وكذلك في ممارساتها السوقية (من أهمها البعد عن الاحتكار). لذلك فإن ثمة تأكيد على ضرورة انتقاء إدارة عمليات الاستثمار من بين أكثر العناصر خبرة سواء من داخل الشركة أو من خارجها وأكثرها معرفة بالشرعية الإسلامية أو استعاضتها بالتشاور مع خبراء الشرعية في مجالات الأعمال.

(6) يمكن لشركة التأمين التعاوني تنظيم القيام بعمليات استثمارية بهدف دعم نشاطها التأميني وذلك بتنظيم عمليات مضاربة في أنشطة معروفة بربحياتها في الأسواق وتدعو الجمهور للمشاركة في رأسمال هذه المضاربات وذلك عن طريق إصدار شهادات مضاربة (وفقاً للشروط الشرعية بحيث يشارك أصحاب الشهادات في الربح أو الخسارة). وتعمل الشركة مضارباً في هذه العمليات على أساس الربح والخسارة مستعينة بما يلزم من خبراء الاستثمار. وفي هذه الحالة يجب التأكيد على ضرورة الفصل التام في الإدارة والحسابات بين نشاط هذه العمليات الاستثمارية وبين الاستثمارات التي أشرنا إليها في النقطة السابقة (استثمارات فوائض النشاط التأميني). وكلما أمكن النجاح في العمليات الاستثمارية القائمة على المضاربات كلما أمكن لنشاط التأمين التعاوني أن يستفيد من أرباحها دون أن يكون لها تأثير سلبي على هذا النشاط في حالة الخسارة.

(7) تواجه شركات التأمين التعاوني في كل العالم (كما ذكرنا من قبل) مشكلة نقص السيولة النقدية في بعض الحالات. وما تناولنا في النقطتين السابقتين من آليات لزيادة الإمكانيات المالية للشركة الإسلامية ، بوسائل لا تتناقض مع أهداف التأمين التعاوني وتلتزم بالشرعية في الوقت نفسه ، تؤتي ثمارها في الأجل الطويل . إذاً فإن معالجة مشكلة نقص طارئ في السيولة إذا طرأت بشكل استثنائي في الأجل القصير

¹ ونقترح في حالة تعجل المساهم في الانسحاب لسبب ضروري و ملح أن تقوم الشركة بشراء السهم (أو الأسهم) منه على سبيل إعادة بيع الورقة المالية بعد ذلك في الوقت المناسب لمن يلتزم بأهدافها ولوائحها. إلا ان هذا الإجراء سوف يكون ممكن التنفيذ فقط في حالات استثنائية وليست عامة.

تستدعي آليات استثنائية. وبالنسبة للشركات الإسلامية يجب العمل على مواجهة هذه المشكلة في إطار الشريعة ، حيث لا يمكن الاقتراض بالفوائد أو إصدار أسهم تملك فقط دون أن يكون حامليها من المشاركين في نشاط التأمين لأن ذلك يفتح باب الاستغلال التجاري.

لكن مواجهة مشكلة نقص السيولة التي يمكن أن تحدث خلال أي فترة قصيرة (سنة أو أقل) يجب أن تُعرّف ونُحدد أسبابها قبل أن نقترح لها علاجاً مناسباً . في هذا الإطار علينا التفرقة بين نوعين من أزمات السيولة المحتملة : نوع قد يترتب على ظروف استثنائية داخلية (أي خاصة بمجموعة المستأمنين داخل الشركة ، مثلاً زيادة حالات الحريق عما كان متوقفاً في التقديرات الاحتمالية) ، والنوع الآخر يصاحب ظروف استثنائية خارجية عامة كحالات الزلازل والحروب . ولقد ذكرنا فيما سبق أن شركات التأمين التجاري تمتع عن العمل بقواعد التعويض عندما تواجه كبيرة من الناس خسائر في نفس الوقت حيث يعرف الخطر بأنه جوهري ، وأنه إذا تم تعويضه وفقاً للقواعد التقليدية فإن من شأنه أن يؤدي إلى إفلاس الشركة.

بالنسبة للنوع الأول (ظروف داخلية) يمكن مواجهة الزيادة الاستثنائية في حجم التعويضات للمستأمنين بإصدار صكوك مسندة بأصول وتدر دخلاً ، مثل العقارات السكنية المملوكة للشركة وتدر دخلاً من عمليات إجارة ، كما يمكن أن تدبر قدر من السيولة بإجراء عمليات بيع سلم في حدود مناسبة من خلال البنوك الإسلامية.¹

أما بالنسبة للنوع الثاني (ظروف خارجية قهرية) فإنه لا ينبغي إطلاقاً بناء على القواعد الأخلاقية الإسلامية أن نتصرف كما تفعل شركات التأمين التجاري ، ذلك لأن المستأمنين في مثل هذه الظروف يصبحون في مواجهة محنة كبيرة ويكونون في أمس الحاجة للمساعدة المالية ولا غنى لهم عنها. على شركات التأمين الإسلامي أن تبتكر قواعد مرنة للتعويض لأجل مساعدة المستأمنين في هذه الظروف الصعبة التي تجتاح عدد كبير منهم. أولاً؛ الأخذ بمبدأ حق الجميع في التعويض في مثل هذه الظروف وذلك بتقاسم ما يمكن للشركة أن تخصصه من أموال سائلة² ، وذلك من مخصصات التعويضات الاعتيادية ومن الاحتياطات أو مما يمكن تحصيله من بيع بعض الأصول الثابتة . ويجب مع ذلك أن لا تؤدي التعويضات المبذولة من الشركة إلى إفلاسها أو توقف نشاطها. ثانياً ؛ الخروج بصفة استثنائية عن القواعد المحددة للتعويضات في الظروف العادية والأخذ بمبدأ المرونة في تحديد مبلغ التعويض بما يتناسب مع إمكانيات الشخص (طبيعي أو معنوي) ومع

¹ عمليات بيع السلم أو السلف تؤدي إلى الحصول مباشرة على سيولة نقدية مقابل التعهد بتسليم سلعة أو منفعة في تاريخ لاحق. ويلزم لإدارة الاستثمارات بالشركة أن تستعين بأهل الخبرة في تلك العمليات.

² عَنْ أَبِي بُرْدَةَ عَنْ أَبِي مُوسَى قَالَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : " إِنَّ الْأَشْعَرِيِّينَ إِذَا أَرْمَلُوا فِي الْعَزْوِ أَوْ قَلَّ طَعَامُ عِيَالِهِمْ بِالْمَدِينَةِ جَمَعُوا مَا كَانَ عِنْدَهُمْ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ فِي إِثْنَاءِ وَاحِدٍ بِالسُّوْيَةِ فَهُمْ مِنِّي وَأَنَا مِنْهُمْ " . صحيح البخاري : ج ٨ / ص ٣٨٧ .

حجم الضرر الفعلى الذى تعرض له . ويعنى ذلك السماح باختلاف التعويضات نقصاً أو زيادة فى الحالات المختلفة باختلاف الأضرار الفعلية وذلك فى إطار أقصى ما أمكن تدبيره من أموال مع دعوة الأقل تضرراً من الجائحة بالتنازل للأكثر تضرراً ودعوة الأكثر قدرة مالياً من بين المستأمنين ليس فقط للتنازل عن نصيبه فى التعويض بل وللتبرع من ماله الخاص لمساعدة الآخرين . هذه أخلاق التعاون كما يحضنا عليها الإسلام^١.

ولابد من القول إن مثل هذه الظروف التى تنطبق عليها حالة جائحة تصيب الكثير سوف تؤدى حتماً بعد انتهائها إلى ضعف المركز التنافسى للشركة الإسلامية فى مواجهة شركات التأمين التجارى التى تمتع عن مساعدة المستأمنين فى نفس هذه الظروف . وكل ما نستطيع قوله فى هذا هو أننا لا يجب أن نكون فى منافسة مع هذه الشركات فلنا شريعتنا وأخلاقنا ولا نستطيع أن نتخلى عنها مهما كانت النتائج من الناحية الاقتصادية ، والله عز وجل مع من يبذل الخير و يسعى فى الخير ويعين المكروب ويواسى الناس فى المصائب ، وليس مع من يستغل الناس ثم لا يعنيه أمرهم إذا وقعوا فى ضائقة و يعمل دائماً على زيادة ماله بأكل الربا. فلينتبه القائمون على شركات التأمين التعاونى الإسلامى إلى أن الأهم هو إرساء مبادئ المواساة والتعاون فى درء خسائر الأحداث الجسام للمستأمنين وليس الربحية المادية.

(٨) أصبحت "الحوكمة" Governance ضرورة من الضرورات الملازمة للشركات المساهمة فى كافة انحاء العالم وذلك من أجل مراقبة الإدارة والتأكد من كفاءتها والتزامها فى نشاطها بالأهداف العامة للشركة وتحقيق مصالح المساهمين والموظفين والمجتمع. وترجع ضرورة الحوكمة إلى ما يعرف بمشكلة "الوكالة" Principal/Agent (علاقة المالك بالوكيل) وهى من أخطر المشكلات التى صاحبت نشأة الشركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة والتى انفصلت فيها الإدارة عن الملكية^٢. ولاشك أنه مما يقلل من مشكلة الوكالة فيما يخص شركات التأمين

(١) عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال : قلت يا رسول الله إنا قوم نساء أموالنا . قال : يتساءل الرجل فى الجائحة أو الفتى ليصلح به بين قومه فإذا بلغ أو كرب استعف . مسند أحمد : ج ٤١ / ص ٢ ؛ وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : " من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ومن ستر على مؤمن ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة ومن ستر مسلماً ستره الله فى الدنيا والآخرة والله فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه " صحيح مسلم - (ج ١٣ / ص ٢١٢)

(٢) حيث يكون للإدارة مطلق الحرية فى التصرف فى كافة أمور الشركة نيابة عن المساهمين وهم الملاك. فإما أن تكون تصرفاتها وفقاً لما يريدون ، أى محققة لأهداف الشركة ولمصالحهم ، وإما أن تكون عكس ذلك. وتعد الشركة المساهمة جمعية عمومية للمساهمين كل عام ، وعادة ما يسيطر على هذه الجمعية كبار المساهمين ولا يحضرها كثير من المساهمين الصغار فتتمر الميزانيات ويعاد انتخاب مجلس الإدارة الخ . ولقد حدث عديد من الحوادث فى شركات عالمية أن عملت الإدارة على تحقيق مصالحها هي دون تحقيق مصالح المساهمين مما ترتب عليه انخفاض الأرباح أو إفلاس الشركات تماماً. (مثلا حالة شركة ENRON الأمريكية العملاقة) . وتبرز مشكلة الخطر الأخلاقى Moral Hazard من حيث الإدارة العليا للشركة تملك فى أى وقت من المعلومات عن نشاط الشركة ومركزها المالى ما لا يملكه أصحاب المصلحة الأصلية المساهمين ثم الموظفين ثم الجمهور. بالتالى فقد لزم وضع نظم محكمة للمراقبة.

التعاونى الإسلامى أن يتم اختيار الإدارة العليا (أعضاء مجلس الإدارة وكبار المديرين) من بين المساهمين والذين يجمعون بين صفتى الملكية للشركة والانطواء تحت مظلتها التأمينية. لكن هذا قد لا يتحقق في الواقع العملى حيث قد لا تتوفر الكفاءات الإدارية في المؤسسين للشركة أو في بقية المساهمين . ومن ثم يتحتم وجود عقد وكالة بين من يتم اختيارهم لإدارة الشركة وأصحابها.

وتختص الحوكمة في حالة الشركات المساهمة القائمة بأعمال التأمين التعاونى الإسلامى بثلاث قضايا أساسية :

١. مراقبة نشاط الشركة لضمان سلامة تطبيق الإدارة لقواعد وآليات التأمين التعاونى .
 ٢. وضع قواعد لضمان الالتزام بقواعد الشريعة الإسلامية في كافة التطبيقات من جهة جمع الأموال أو دفع التعويضات أو استثمار الأموال .
 ٣. وضع نظم للإفصاح بشفافية عن كيفية الأداء وعرض النتائج الختامية للتأمين التعاونى في إطار القواعد الشرعية والأخلاقيات الإسلامية.
- والحوكمة بذلك تعنى أن يتمكن المساهمون من مراقبة نشاط التأمين التعاونى الإسلامى لصالحهم وضمان جودة نظام الإدارة وكفاءة عمليات الاستثمار لأموالهم وضمان تحقيق الأهداف العامة للتعاون والتكافل وذلك في إطار القواعد الشرعية.

وتستلزم الحوكمة في الممارسة العملية :

أولاً: وضع نظم للتدقيق في سلامة الحسابات المالية التأمينية ولصرف التعويضات ولقواعد وآليات العمليات الاستثمارية التي تقوم بها الشركة كنشاط موازى مساعد لنشاط التأمين .

ثانياً : تكليف الإدارة العليا بإعداد تقارير مفصلة عن الأداء الفعلي للنشاط لعرضها على المساهمين. وعلى المساهمين بصفتهم أصحاب الشركة وبصفتهم مستأمنين أن يقوموا بتعيين مستشار فني لحضور عرض هذه التقارير ومناقشتها في الجمعية العمومية للتأكد من سلامتها وشفافيتها في بيان المراكز الحسابية والعمليات الاستثمارية.

ثالثاً : التأكيد على المبادئ الإسلامية لنشاط التأمين التعاونى والضمانات الشرعية للحفاظ على هذا النشاط. ولا يكفي تعيين هيئة للرقابة الشرعية من داخل الشركة بل يلزم للمساهمين الذين هم جميعاً يستظلون بالمظلة التأمينية تعيين مراقب شرعي خارجي للتدقيق والتأكيد على التزام الشركة بالأطر الشرعية ، مع تكليف كل من هيئة الرقابة الشرعية والمراقب الشرعي الخارجى بوضع

تقرير سنوي مفصل للعرض على الجمعية العمومية للمساهمين للتأكيد على الالتزام بالقواعد الشرعية والمبادئ التعاونية الإسلامية¹.

وهذه الأمور في غاية الأهمية حيث إن سمعة شركات التأمين الإسلامي مرتبطة أساساً بمحافظتها على أداء نشاطها بدقة وبكفاءة "في إطار الشريعة الإسلامية" ، فإن صار هناك شك في هذا أصبحت لا تختلف البتة عن أي شركة أخرى تمارس أعمال التأمين.

وبالإضافة إلى ما سبق فإن المساهمين ، في أي شركة أو مؤسسة تقوم بنشاط اقتصادي إسلامي (خاصة التعاوني) ، يجب أن يطمئنوا إلى أن ممارسات شركتهم تلتزم بقاعدة المصلحة العامة للمجتمع . وهذا يعني التزام الإدارة أو الرقابة الشرعية من خلال التقارير السنوية التي تقدم للمساهمين الإشارة إلى توجهات العمليات الاستثمارية التي تقوم بها الشركة ومدى نفعها للمجتمع الإسلامي من جهة التنمية البشرية والاقتصادية.

انتهي بحمد الله ، سبحانه وتعالى علم الإنسان ما لم يعلم

الأستاذ الدكتور عبد الرحمن يسري أحمد

أستاذ الاقتصاد والاقتصاد الإسلامي

(¹) انظر أيضاً : معايير هيئة الخدمات المالية الإسلامية (ifsb), Islamic Financial Services Board "Standards on Solvency Requirements for *Takaful* (Islamic Insurance) Undertakings" December 2010, ISBN 978-967-5678- 04-4

المراجع الرئيسية

- (١) الأزهر الشريف ، "فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء" فتوى رقم (٨١٩١)
- (٢) عبد الباري مشعل ، "تقويم تطبيقات التأمين التعاوني وتشريعاته" ومدخلان لإعادة دراسة التأمين" ، مؤتمر التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ، الجامعة الأردنية ، ربيع الثاني ١٤٣١ / أبريل ٢٠١٠.
- (٣) عبد الرحمن يسري أحمد ، الفصلين الثاني والثالث في "مبادئ التكافل (التأمين الإسلامي) من إصدارات معهد البحرين للدراسات المصرفية والمالية BIBF بالاشتراك مع Chartered Insurance Institute, London (CII) بعنوان "التأمين في إطار إسلامي : المفهوم والأسس الأخلاقية" وعنوان "التأمين في الإسلام ومتطلبات الشريعة" والكتاب أصلاً باللغة الإنجليزية :
- (٤) "Principles of Takaful" , Abdel-Rahman Yousri Ahmad (Editor) , BIBF and CII,2009
- (٥) عبد السلام إسماعيل أونانغ ، المبادئ الأساسية للتأمين التكافلي وتأصيلها الشرعي ، مؤتمر التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ، الجامعة الأردنية ، ربيع الثاني ١٤٣١ / أبريل ٢٠١٠.
- (٦) عثمان با بكر أحمد "قطاع التأمين في السودان : تقويم تجربة التحول من التأمين التقليدي إلى التأمين الإسلامي" بحث رقم ٤٦ ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، البنك الإسلامي للتنمية ، جدة ، ١٤١٨
- (٧) عماد الزيات ، " الرقابة الشرعية على مؤسسات التأمين التعاوني الإسلامية وطرق تفعيلها" مؤتمر التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ، الجامعة الأردنية ، ربيع الثاني ١٤٣١ / أبريل ٢٠١٠.
- (٨) علي محيي الدين القره داغي ، " مفهوم التأمين التعاوني ، ماهيته ، وضوابطه ومعوقاته ، دراسة فقهية اقتصادية " مؤتمر التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ، الجامعة الأردنية ، ربيع الثاني ١٤٣١ / أبريل ٢٠١٠.
- (٩) Islamic Financial Services Board (ifsb), "Standards on Solvency Requirements for Takaful (Islamic Insurance) Undertakings" December 2010, ISBN 978-967-5678- 04-4

ملحق

تكملة الملاحظة الهامشية رقم (٢) ص (١) في هذا المقال

فتاوى معاصرة - (ج ١ / ص ١٧٠) فضيلة الاستاذ الدكتور على جمعة.مفتي
جمهورية مصر العربية

الموضوع

التأمين على الحياة

اطلعنا على الطلب الوارد إلينا عن طريق الإنترنت - المقيد برقم ٢٣٩٦ لسنة ٢٠٠٣ المتضمن :- السؤال : أطلب من سيادتكم توضيح شرعية وثيقة التأمين على الأسرة ، فأنا لا أملك عملاً ثابتاً ، وليس لي تأمين من الحكومة أو غيره ، وسمعت أن هناك إحدى الشركات الحكومية تقوم بعمل وثيقة تأمين على الأسرة بحيث أدفع شهرياً ١٠٠ جنيه لمدة عشر سنوات بعدها أستردها عشرين ألف جنيه ، وفي حالة الوفاة يسترد الورثة المبلغ الذي دفعته بالإضافة للأرباح حتى تاريخ الوفاة ، فهل في هذا شبهة ، أنا أود أن أترك أولادي وهم في يسر و ليس عسرا ؟ .

الجواب : فضيلة الأستاذ الدكتور على جمعة

سبق لدار الإفتاء المصرية أن أفقت على سؤال مشابه بالإجابة المرفقة ، وهو ما يمكن أن يكون جواباً للسائل أيضاً : لما كان التأمين بأنواعه المختلفة من المعاملات المستحدثة التي لم يرد بشأنها نص شرعي بالحل أو بالحرمة - شأنه في ذلك شأن معاملات البنوك- فقد خضع التعامل به لاجتهادات العلماء وأبحاثهم المستنبطة من بعض النصوص في عمومها ؛كقوله تعالى : ﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ** ﴾ (المائدة:٢) ، وكقوله ﷺ : " مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى " رواه البخاري، إلى غير ذلك من النصوص الكثيرة الواردة في هذا الباب. والتأمين على ثلاثة أنواع :-

الأول : التأمين التبادلي : وتقوم به مجموعة من الأفراد أو الجمعيات لتعويض الأضرار التي تلحق بعضهم .

الثاني : التأمين الاجتماعي : وهو تأمين من يعتمدون في حياتهم على كسب عملهم من الأخطار التي يتعرضون لها ، ويقوم على أساس فكرة التكافل الاجتماعي ، وتقوم به الدولة .

الثالث : التأمين التجاري : وتقوم به شركات مساهمة تنشأ لهذا الغرض .

والنوع الأول والثاني يكاد الإجماع أن يكون منعقدا على أنهما موافقين لمبادئ الشريعة الإسلامية ؛ لكونهما تبرعا في الأصل ، وتعاوننا على البر والتقوى ، وتحقيقا لمبدأ التكافل الاجتماعي والتعاون بين المسلمين دون قصد للربح ، ولا تفسدهما الجهالة ولا الغرر ، ولا تعتبر زيادة مبلغ التأمين فيهما عن الاشتراكات المدفوعة ربا ؛ لأن هذه الأقساط ليست في مقابل الأجل ، وإنما هي تبرع لتعويض أضرار الخطر .

أما النوع الثالث : وهو التأمين التجاري - ومنه التأمين على الأشخاص - فقد اشتد الخلاف حوله واحتد :

فبينما يرى فريق من العلماء أن هذا النوع من التعامل حرام لما يكتنفه من الغرر المنهي عنه ، ولما يتضمنه من القمار والمراهنة والربا .

يرى فريق آخر أن التأمين التجاري جائز وليس فيه ما يخالف الشريعة الإسلامية ؛ لأنه قائم أساساً على التكافل الاجتماعي والتعاون على البر وأنه تبرع في الأصل وليس معاوضة . واستدل هؤلاء الآخرون على ما ذهبوا إليه بعموم النصوص في الكتاب والسنة وبأدلة المعقول .

أما الكتاب فقولته تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (المائدة: 1) ، فقالوا : إن لفظ العقود عام يشمل كل العقود ومنها التأمين وغيره ، ولو كان هذا العقد محظورا لبينه الرسول ﷺ . وحيث لم يبينه الرسول ﷺ فإن العموم يكون مرادا ويدخل عقد التأمين تحت هذا العموم .

وأما السنة فقد روي عن عمر بن يثربي قال : شهدت خطبة النبي ﷺ بمنى وكان فيما خطب : لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه ، فقد جعل رسول الله ﷺ طريق حل المال أن تسمح به نفس باذله من خلال التراضي ، والتأمين يتراضى فيه الطرفان على أخذ مال بطريق مخصوص ، فيكون حلالاً .

ومن المعقول قياس التأمين على المضاربة التي هي باب مباح من أبواب التعامل في الشريعة الإسلامية وذلك على أساس أن المؤمن له يقدم رأس المال في صورة أقساط التأمين ، ويعمل المؤمن فيه لاستغلاله ، والربح فيه للمؤمن له هو مبلغ التأمين ، وبالنسبة للمؤمن الأقساط وما يعود عليه استغلالها من مكاسب . كما استدلوا أيضاً بالعرف فقد جرى العرف على التعامل بهذا النوع من العقود ، والعرف مصدر من مصادر التشريع كما هو معلوم . وكذا المصلحة المرسلة . كما أن بين التأمين التجاري والتأمين التبادلي والاجتماعي المجمع على حلها وموافقتهما لمبادئ الشريعة وجوه شبه كثيرة ، مما يسحب حكمهما عليه ، فيكون حلالاً .

وعقد التأمين على الحياة - أحد أنواع التأمين التجاري - ليس من عقود الغرر المحرمة لأنه عقد تبرع وليس عقد معاوضة فيفسده الغرر ؛ لأن الغرر فيه لا يفضي إلى نزاع بين أطرافه ، لكثرة تعامل الناس به وشيوعه فيهم وانتشاره في كل مجالات نشاطهم الاقتصادي ، فما ألفة الناس ورضوا به دون ترتب نزاع حوله يكون غير منهي عنه .

والغرر يتصور حينما يكون العقد فردياً بين الشخص والشركة ، أما وقد أصبح التأمين في جميع المجالات الاقتصادية وأصبحت الشركات هي التي تقوم بالتأمين الجماعي لمن يعملون لديها ، وصار كل إنسان يعرف مقدماً مقدار ما سيدفعه وما سيحصل عليه - فهذا لا يتصور وجود الغرر الفاحش المنهي عنه . كما لا يوجد في عقد التأمين التجاري شبهة القمار ؛ لأن المقامرة تقوم على الحظ في حين أن التأمين يقوم على أسس منضبطة وعلى حسابات مدروسة ومحسوبة .

وبدراسة وثائق التأمين التجاري بجميع أنواعه الصادرة عن شركة الشرق للتأمين وغيرها من الشركات الأخرى تبين أن أكثر بنودها ما هي إلا قواعد تنظيمية مقررّة من قبل شركات التأمين إذا ارتضاها العميل أصبح ملتزماً بما فيها ، وأن أكثر هذه البنود في مجموعها لا تخالف الشريعة الإسلامية ، غير أن هناك بعض البنود يجب إلغاؤها أو تعديلها لتتماشى مع أحكام الشريعة وتتفق مع ما قرّرته قيادات التأمين في محضر اجتماعهم برئاسة مفتي الجمهورية بدار الإفتاء المصرية المؤرخ ٢٥ / ٣ / ١٩٩٧ وذلك في البنود التالية :

البند المتضمن :-

(١) (رد قيمة الأقساط بالكامل إذا كان المؤمن عليه على قيد الحياة عند انتهاء مدة التأمين) يجب تعديل هذا البند إلى :

(رد قيمة الأقساط بالكامل إذا كان المؤمن عليه على قيد الحياة عند انتهاء مدة التأمين مع استثماراتها بعد خصم نسبة معينة نظير الأعمال الإدارية التي تقوم بها الشركة) .

(٢) المادة العاشرة المتضمنة : (أنه إذا حدث بالرغم من إرسال الخطاب المسجل لم يسدد العميل في المهلة المحددة وكانت أقساط السنوات الثلاث الأولى لم تسدد بالكامل يعتبر العقد لاغياً وبغير حاجة إلى إنذار وتبقى الأقساط المدفوعة حقاً مكتسباً للشركة) .

يجب تعديل هذه المادة إلى : (.... وترد الأقساط المدفوعة إلى العميل بعد خصم نسبة لا تزيد على ١٠ ٪ في المائة مقابل الأعمال التي قامت بها الشركة) . حتى لا تستولي الشركة على أموال الناس بالباطل .

(٣) المادة الثالثة عشر الفقرة الأولى المتضمنة : (يسقط الحق في المطالبة بأي حق من

الحقوق الناشئة عن عقد التأمين إذا لم يطالب به أصحابه ، أو لم يقدموا للشركة المستندات الدالة على الوفاة) .

هذه الفقرة يجب إلغاؤها ؛ حيث إن الحق متى ثبت للعميل لا يسقط بأي حال من الأحوال حتى ولو لم يطالب به أصحابه . وبعد مرور عشر سنوات يسلم المال إلى بيت مال المسلمين .

الفقرة الثانية من نفس المادة المتضمنة : (..... كما يسقط بالتقادم حق المستفيدين في رفع الدعاوي ضد الشركة للمطالبة بالحقوق الناشئة عن هذا العقد بمضي ثلاث سنوات من وقت حدوث الوفاة) .

يجب تعديل هذه الفقرة إلى : (... يسقط الحق بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة) وهي مدة التقادم في رفع الدعوى في الحقوق المدنية عند الفقهاء في الشريعة الإسلامية .

وفي واقعة السؤال : -

فإن التأمين بكل أنواعه أصبح ضرورة اجتماعية تحتمها ظروف الحياة ولا يمكن الاستغناء عنه ؛ لوجود الكم الهائل من عمال المصانع والشركات الاقتصادية العامة والخاصة ، وأصبحت الشركات تحافظ على رأس المال حتى يؤدي وظيفته المنوطة به في المحافظة على الاقتصاد الذي هو عصب الحياة ، وتحافظ على العمال بغرض تأمين حياتهم حالاً ومستقبلاً ، وليس المقصود من التأمين هو الربح أو الكسب غير المشروع ، وإنما هو التكافل والتضامن والتعاون في رفع ما يصيب الأفراد من أضرار الحوادث والكوارث ، وليس التأمين ضريبة تحصل بالقوة ، إنما هو تكاتف وتعاون على البر والإيثار المأمور بهما في الإسلام .

وقد أخذت دول العالم بنظام التأمين بغية الرقي بأممهم والتقدم بشعوبهم ، ولم يغلق الإسلام هذا الباب في وجوه أتباعه ؛ لأنه دين التقدم والحضارة والنظام . وإنما وجد من علماء المسلمين قديماً وحديثاً في كل بلاد العالم الإسلامي من أجازوه وأباحوه ، ولهم أدلتهم التي ذكرنا طرفاً منها .

ودار الإفتاء المصرية - ترى أنه لا مانع شرعاً - من الأخذ بنظام التأمين بكل أنواعه ، ونأمل توسيع دائرته كلما كان ذلك ممكناً ليعم الأفراد الذين لم يشملهم التأمين . ويكون الاشتراك شهرياً أو سنوياً بمبلغ معقول ، ويكون إجبارياً ليتعود الجميع على الادخار والعطاء ، على أن تعود إليهم الأموال التي اشتركوا بها ومعها استثماراتها النافعة لهم ولأوطانهم . فالأمة الراقية والمجتمعات العظيمة هي التي تربي في أبنائها حب الادخار والعمل لما ينفعهم في دينهم ومستقبل حياتهم .

والله سبحانه وتعالى أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية

إعداد

أحمد محمد صباغ

مدير عام شركة التأمين الإسلامية

عمان - الأردن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمدُ لله ربُّ العالمين، وأفضلُ الصلاةِ وأتمُّ التسليمِ على سيدنا وحبیبنا محمد الطاهر الأمين.

أما بعد: فإنه لمن دواعي السرور والغبطة أن أشارك بكلمتي هذه في الدورة العشرين لمؤتمر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي الذي نتمنى جميعاً أن نخرج منه بفائدة تعم عالمنا العربي والإسلامي، ولتكون منارة تثير درب الذين يسعون لخوض تجربتنا وتثير درب القادمين من بعدنا.

وأبدأ قولي بأن كل ما وصلنا إليه من تقدم وتطور في مستوى صناعة التأمين التعاوني الإسلامي كان الفضل فيه للشريعة الإسلامية التي أكرمنا الله بها نحمده ونشكره حيث هدانا لهذا الدين وجعلنا من أتباع نبيه الكريم الذي تركنا على المحجة البيضاء والصراط المستقيم فما من شأن من شؤون الحياة الدنيا والمعاد في الدار الآخرة إلا بيّنه لنا.

كما أكرمنا سبحانه وتعالى بثلة من الفقهاء الأجلاء الذين أعانونا على التفقه في ديننا وإيجاد الحلول الشرعية لكل ما يطراً من مشاكل معاصرة، ولن يغيب عن ذهننا ما بذلوه من جهد ووقت لإيجاد البديل الشرعي للتأمين التجاري بوضعهم أسس ولبنات التأمين التعاوني الإسلامي القائم على أساس التبرع وذلك منذ عام ١٩٦١، والقائم على مبدأ التكافل والتعاون على البرِّ والتقوى امتثالاً لقوله تعالى: ﴿ **وتعاونوا على البرِّ والتقوى ولا تعاونوا على الإثمِّ والعدوان** ﴾^(١) صدق الله العظيم.

وقول رسول الله ﷺ: « مثل المؤمنین فی توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو، تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى ».

وقوله ﷺ: « المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضاً »، وقوله ﷺ: « واللّه في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه »، وقوله أيضاً: « من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة » صدق رسول الله .

فبحمد الله وتوفيقه تكلفت جهود فقهاءنا الأفاضل ورجال الاقتصاد الإسلامي بالنجاح بعد أن أخذت شركات التأمين التعاوني الإسلامية مكانتها المرموقة على المستوى العربي والإسلامي فقد تجذرت وترسخت مشروعية التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع (الملزم) وفقاً لرأي الإمام مالك رحمه الله .

فقد استُكملت حلقة الاقتصاد الإسلامي التي بدأت بانبثاق البنوك الإسلامية بعد انتشار شركات التأمين التعاوني الإسلامي والتي أصبح عدد شركاتها على المستوى العربي ما يزيد عن خمسة وسبعين شركة وعلى مستوى العالم الإسلامي ما يزيد عن مائتين وعشرين شركة .

كما وفق الله تعالى شركات التأمين التعاوني الإسلامي وخلال مدة لا تزيد عن ثلاثة عقود من استكمال حلقة التأمين بإنشاء شركات إعادة التأمين الإسلامية التي انتشرت على المستوى العربي والإسلامي، وتم تأسيس اتحادات خاصة بشركات التأمين الإسلامية إلى جنب اتحادات التأمين التقليدي .

ولقد شهد العالم في ظل الأزمات الاقتصادية التي ألمت بالعالم أجمع في الآونة الأخيرة خسائر كبيرة لم تسلم منها دولة مع تفاوت فيما بينها في الخسائر حيث كان مقياس التفاوت هو مدى انتشار العمل الاقتصادي الإسلامي في تلك الدول التي لم تتأثر كثيراً بهذه الأزمة الاقتصادية، الأمر الذي جعل رجال الدين والاقتصاد في العالم الغربي أن يصرحوا علانية بأن الحل لأسباب ومسببات هذه الأزمات الاقتصادية ومنع تكرارها يكمن في تطبيق النظريات والآليات التي يقوم عليها الاقتصاد الإسلامي .

هذا، وأرجو أن أقدم لكم من خلال بحثي تحت عنوان (التأمين التعاوني : الأحكام والضوابط الشرعية) ما يفيد ويثري هذه الندوة .

ويتضمن هذا البحث المواضيع التالية : -

التكييف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي

• المفهوم الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي :

إن التأمين نظام اجتماعي قوامه التكافل والتعاون بين أفراد الجماعة الواحدة وإن تنظيم أسس ومبادئ عمل نظام التأمين ضمن عقد يوضح حقوق والتزامات أطراف العلاقة كان يجب أن لا يُخرج نظام التأمين عن معناه الحقيقي .

لقد ظهرت صور مختلفة للتكافل والتعاون في المجتمعات العربية المسلمة حيث وجد فيها ما يُعزز ويُؤكد ما تدعو إليه الشريعة الإسلامية من التعاون على كل ما فيه خير وبرٍّ ومن هذه الصور نظام العواقل .

يُعرف التأمين الإسلامي كما ورد في المعيار الشرعي رقم (٢٦) : هو اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة، (الصندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها، وذلك طبقاً للوائح والوثائق، وتديره شركة مساهمة بأجر معلوم تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات صندوق التأمين التعاوني .

ومن خلال التعريف نجد أن صفة المستأمن والمؤمن تجتمعان في كل مشترك في التأمين التعاوني فهم المستأمنون عندما يقومون بدفع الاشتراكات وهم المؤمن عندما يقومون بدفع التعويض للمتضررين منهم عند تحقق الخطر المؤمن ضده لأي مشترك منهم وذلك من مجموع الاشتراكات التي قدموها لصندوق التأمين التعاوني الخاص بهم .

إن دور شركات التأمين الإسلامية التي تطبق التأمين التعاوني هو إدارة العمليات التأمينية اكتتاباً وتنفيذاً فتقوم الشركة بصفتها مديراً بالوكالة بالتعاقد مع المستأمنين حيث تستوفي منهم أقساط التأمين وتدفع للمتضررين منهم ما يستحقونه من تعويضات وفق معايير وأسس فنية خاصة بذلك بالإضافة إلى جميع الأعمال التي تتطلبها العمليات التأمينية وتلتزم في عقودها بتعويض الأضرار والمخاطر التي تُصيبهم فهي تُباشر ذلك باسم المستأمنين أنفسهم ولِحسابهم .

أما بخصوص أقساط التأمين التي تستوفى من المستأمنين فإنها تكون من حيث المقدار بما يكفي عادة لتغطية التكاليف التشغيلية ، ودفع التعويضات ورصد ما يلزم من الاحتياطيات بأنواعها المتعددة .

وإذا لم تف الأقساط المستوفاة من المستأمنين فيتم تغطية العجز من أموال المساهمين على أساس القرض الحسن، من الرصيد الاحتياطي من أرباح فائض أقساط التأمين إذا كان لدى الشركة هذا الرصيد حيث يُستوفى النقص منه .

• مشروعية التأمين التعاوني الإسلامي:

يُستدل على مشروعية التأمين التعاوني الإسلامي بالأدلة الشرعية التالية :-

(١) إن الأدلة الشرعية تتضافر على جواز التأمين التعاوني ، كقوله تبارك وتعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١) ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿وافعلوا الخير لعلكم تفلحون﴾^(٢) .

وقوله عليه الصلاة والسلام : « مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضوٌ تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى » ، وقوله « مَنْ نَفَسَ عَنْ مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ الدُّنْيَا نَفَسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَمَنْ يَسِرْ عَلَى مَعْسَرٍ يَسِرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ » .

وقوله ﷺ في الأشعريين « إن الأشعريين إذا أرملوا (أي نقص زادهم) في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية فهم مني وأنا منهم » .

وجه الاستدلال : أن هذه النصوص وأمثالها تدعو المسلم إلى التعاون مع إخوانه وصنع المعروف معهم ، ومشاركتهم في تخفيف آلامهم والأضرار عنهم . وكل ذلك متحقق في التأمين التعاوني ففيه عون للمستأمن الذي حلت به كارثة أو مصيبة في نفسه أو ماله أو في نفس غيره أو ماله بسببه يقدمها له إخوانه المشتركون معه في التأمين كتبرع منهم .

(٢) نظام العوائل الثابت بالسنة النبوية وخلاصته : أنه إذا جنى أحد جناية قتل بغير عمد بحيث يكون موجبها الأصلي الدية وليس القصاص فإن دية النفس توزع عادة على أفراد عاقلته (عشيرته) فتقسط عليهم في ثلاث سنين .

وجه الاستدلال أن أفراد العشيرة يتعاونون فيما بينهم وبإلزام الشرع الشريف على ترميم آثار الضرر الناتج عن جناية القتل الخطأ وبأقساط متساوية . فالفكرة التي يقوم عليها نظام العوائل هي توزيع الالتزام المالي في كارثة القتل الخطأ عن طريق التبرع الملزم . وهي عين فكرة التأمين التعاوني التي تقوم على أساس التعاون على ترميم آثار الكوارث والأخطار عن طرق التبرع الملزم .

(٣) إن مقاصد الشريعة تهدف إلى تحقيق مصالح العباد ولا شك أن في التأمين التعاوني مصلحة ومنفعة ظاهرة لجميع المشتركين فيه وذلك من خلال التغطية المالية لأثار الكوارث والحوادث التي تصيبهم كما تقدم .

(١) المائة : ٢ .

(٢) الحج : ٧٧ .

• عقود التأمين التعاوني الإسلامي:

يشتمل التأمين التعاوني على جملة من العقود تتداخل فيما بينها بصورة تكاملية لتحقيق العملية التأمينية ويتمثل بالاتفاق التعاوني الذي يجمع المستأمنين ، وتشأ به علاقة عقودية بينهم تقوم على أساس التعاون وتبادل الالتزام بالتبرع ومنها :

أولاً : عقد الوكالة :

ويتمثل ذلك في صورتين : الأولى : تلك العلاقة القانونية التي تنشأ بين شركة التأمين من جهة كطرف وكيل وبين جمهور المستأمنين من جهة أخرى كطرف أصيل وبموجب هذه الوكالة تقوم الشركة بإدارة العمليات التأمينية نيابة عن المستأمنين ، فتتولى قبول اشتراك المستأمنين الجدد الذين ينضمون إلى جمهور المستأمنين ، وتستوفي أقساط التأمين من المستأمنين ، وهي مسؤولة أيضاً عن دفع التعويضات للمتضررين نيابة عن بقية المستأمنين ، وتستحق الشركة مقابل إدارتها للعمليات التأمينية أجراً معلوماً يتم الاتفاق عليه وتحديده مسبقاً قبيل بداية كل سنة مالية .

والصورة الثانية : هي الوكالة بين المستأمنين من جهة ومن يمثلهم في مراقبة عمل شركة التأمين أثناء ممارستها للعمليات التأمينية من جهة أخرى ، سواء كان من يمثل المستأمنين منهم أو من غيرهم ففي بعض البلاد التي لا تجيز قوانين الشركات فيها للمستأمنين أن يكونوا أعضاء في مجلس إدارة شركة التأمين يكون البديل عن ذلك قيام جهة أخرى بتلك المسؤولية على أساس الوكالة .

ففي شركة التأمين الإسلامية في الأردن مثلاً يقوم بهذا الدور هيئة الرقابة الشرعية بصفتها نائباً عمّن لا نائب له .

ثانياً : عقد المضاربة :

وصورته أن تقوم شركة التأمين باستثمار المتوفر من أقساط التأمين بوصفها الطرف المضارب ، والمستأمنون هم الطرف صاحب العمل بحيث يتم اقتسام الأرباح بينهما بالنسبة التي يتفق عليها شريطة أن يكون الاستثمار بالطرق المشروعة .

وبعد اقتسام أرباح المضاربة يضاف نصيب الشركة إلى حساب المساهمين ، ويضاف نصيب المستأمنين إلى جملة أقساط التأمين التي يملكونها .

ثالثاً : عقد الكفالة :

وتظهر صورة هذا العقد إذا كان إجمالي حصة المستأمنين من أقساط التأمين لا يكفي لدفع حصتهم من التعويضات للمتضررين فتقوم الشركة بدور الكفيل عن المستأمنين فتتكفل كافة الالتزامات المالية المستحقة للمتضررين وذلك من أموال الشركة قرضاً حسناً لتستردها من أموال المستأمنين بعد ذلك.

رابعاً : عقد الهبة :

أن العلاقة القانونية التي تنشأ بين المستأمين نتيجة عقد التأمين الجماعي تتسم بالطابع التبرعي ، فكل مستأمن متبرع لغيره بما يستحق عليه من التعويضات التي تدفع للمتضررين من المستأمين ، وفي الوقت نفسه هو متبرع له بما يأخذ من تعويض عند تضرره.

• آلية عمل التأمين التعاوني الإسلامي :

لقد وضعت شركات التأمين الإسلامية الأسس والمبادئ والتي تترجم الفكر والمبادئ التي تم تأسيسها بموجبها. فهذه الشركات لم تنجرف وراء الرغبة الجارفة لتحقيق الربح على حساب حقوق حملة الوثائق أو توجهاتهم ورغباتهم في توفير التغطية التأمينية لدى جهة تعمل من خلال فكر قائم على مبادئ وعقود تقرها الشريعة الإسلامية الغراء وتُنفذها الشركة بألية تضمن إدارة وتنفيذ العملية التأمينية وفق مبادئ العدل والإنصاف والمساواة بين جمهور حملة الوثائق وبينهم وبين المساهمين كما تضمن استثمار وتشغيل أموالهم في مجالات تقرها الشريعة مع ضمان عدم اختلاط أموال وحقوق حملة الوثائق مع أموال وحقوق المساهمين .

يظهر ذلك جلياً من خلال :-

أولاً : الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملاتها ، ويشمل ذلك :-

- (١) ممارسة العمليات التأمينية على أساس التأمين الإسلامي المقرّ شرعاً كبديل للتأمين التقليدي المحرم بحيث يشمل جميع أنواع التأمين .
- (٢) عدم تأمين الممتلكات المحرمة كحاويات الخمر ولحوم الخنزير، وكذلك الشركات والمؤسسات التي يكون محور عملها الاتجار بالمحرمات أو صناعتها، أو التعامل بها .
- (٣) أن تكون اتفاقيات إعادة التأمين وفق توجيهات هيئات الرقابة الشرعية.
- (٤) إيداع أموال التأمين في المصارف أو المؤسسات المالية الإسلامية .
- (٥) استثمار أموال التأمين بالطرق المشروعة ويشمل ذلك استثمار أموال المساهمين، والمتوفر من أقساط التأمين، والرصيد المستبقى من أموال معيد التأمين بمقتضى اتفاقيات إعادة التأمين بين الفريقين .
- (٦) عدم شمول وثائق التأمين على شروط باطلة شرعاً .
- (٧) الالتزام بالفتاوى الصادرة عن هيئات الرقابة الشرعية في جميع معاملاتها ونشاطاتها فيما يجد من أمور تُفرضها الممارسات العملية .
- (٨) الالتزام بالمعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية .

(٩) تقديم التحكيم الشرعي على الاحتكام إلى القضاء في حل المنازعات ورفع الخلافات وفق شرط التحكيم الشرعي الذي تشتمل عليه وثائق التأمين .

(١٠) إدارة العمليات التأمينية وأموال التأمين من قبل شركات التأمين الإسلامية على أساس الوكالة بأجر معلوم يُحدّد قبيل بداية كل سنة مالية .

ثانياً : تحقيق مبدأ التعاون بين المستأمنين:

يتم تحقيق مبدأ التعاون بين المستأمنين من خلال الاحتفاظ بجميع أقساط التأمين المستوفاة منهم في حساب خاص بهم بحيث يتم تعويض المتضررين من هذا الحساب .

ثالثاً : تحقيق مبدأ العدالة بين المساهمين والمستأمنين :

تقوم شركة التأمين الإسلامية بصفقتها مديراً للعمليات التأمينية بتطبيق الأسس والمبادئ المحاسبية والشرعية التي تمنع اختلاط الأموال، وأكل أموال الناس بالباطل دون وجه حق وتداخل الحقوق والواجبات المالية بأن حصرت ما يعتبر من أموال حملة الوثائق ووضعتها في حساب صندوق حملة الوثائق وفصلت ما يعتبر من أموال وحقوق حملة الأسهم في حساب مستقل خاص بحقوق وأموال حملة الأسهم . فكل من الحسابين موارده الخاصة، ويتحمل ما يخصه من مصاريف ونفقات وفق ما تقتضيه القوانين والأنظمة والتعليمات المالية الخاصة بتلك الشركات، إضافة إلى المعايير المحاسبية للمؤسسات المالية الإسلامية وفتاوى وتوجيهات هيئات الرقابة الشرعية وذلك على النحو التالي :-

(١) حساب المساهمين:

(١) يُقدم المساهمون رأس مال الشركة لإشهارها وإعطائها الوضع القانوني لتزاول أعمال التأمين .

(٢) تُدفع من حساب المساهمين جميع المصاريف العمومية، مثل الرواتب والإيجارات، والمصاريف الإدارية الأخرى، بالإضافة إلى المصاريف الرأسمالية والتي تخص الأصول الثابتة .

(٣) يُؤخذ الاحتياطي المالي القانوني من حساب المساهمين حسب النسب المنصوص عليها في قانون الشركات الذي أُسست الشركة على أساسه، حيث سيُرد إليهم في نهاية عمر الشركة .

(٤) يستحق المساهمون أرباح استثمار رأس المال كاملة بصفتهم أصحابه، ونصيبهم من أرباح استثمار المتوفر من أقساط التأمين، بالإضافة إلى الأجر المعلوم للوكالة التي تُدار على أساسها العمليات التأمينية .

(٥) يتم توزيع الأرباح المستحقة للمساهمين بنسبة ما يملك كل مساهم من إجمالي أسهم الشركة .

(ب) حساب صندوق حملة الوثائق:

- (١) يُقدّم المستأمنون أقساط التأمين لتمكين الشركة من تغطية الالتزامات المالية الخاصة بحسابهم ، حيث يتم رصدها في صندوق التأمين التعاوني .
 - (٢) تُدفع التعويضات للمتضررين من المستأمنين من صندوق التأمين الإسلامي طبقاً لشروط الوثائق .
 - (٣) تُسدد مصاريف إعادة التأمين، وكل ما يخص الوثائق من مصاريف وعمولات من صندوق التأمين التعاوني .
 - (٤) تُقتطع من أقساط التأمين الاحتياطيات الفنية ، حيث سيتم التبرع بها في وجوه الخير في نهاية عُمر الشركة، بعد أن تكون الشركة قد قامت بتسديد كافة الالتزامات والحقوق التي ترتبت عليها نتيجة ممارستها للعمليات التأمينية .
 - (٥) يُضاف إلى حساب حملة الوثائق حصتهم من أرباح استثمار المتوفر من الأقساط وفق أحكام عقد المضاربة.
 - (٦) يُضاف إلى حساب حملة الوثائق المبالغ المقتطعة من حساب معيد التأمين بصفة عمولات إعادة التأمين ، وعمولات أرباح إعادة التأمين .
 - (٧) يُوزع الفائض التأميني على المستأمنين لأنهم أصحاب الحق فيه وفق المعيار الذي تطبقه كل شركة تأمين من جملة معايير الفائض التأميني الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية .
- وفي شركة التأمين الإسلامية فقد تم اعتماد المعيار الذي يعتمد شمول جميع حملة الوثائق بالفائض التأميني دون تفريق بين مَنْ حصل على تعويضات ومَنْ لم يحصل ، وذلك تطبيقاً لحديث الأشعريين سالف الذكر .

❖ أسس توزيع الفائض التأميني في شركة التأمين الإسلامية في الأردن :

- (٢) تم في شركة التأمين الإسلامية اعتماد المعيار الأول في توزيع الفائض التأميني بين حملة الوثائق والذي يعتمد على شمول جميع حملة الوثائق دون تفريق بين مَنْ حصل على تعويضات ومَنْ لم يحصل .

(٣) يُحدّد مجلس الإدارة بعد اطلاع هيئة الرقابة الشرعية للشركة على حصة المساهمين من الأجرة المعلومة عن إدارة العمليات التأمينية وحصتها من عائد استثمار أقساط التأمين والتي تستثمر على أساس المضاربة باعتبارهم مضارباً .

(٤) يُعامل المؤمن له سواءً أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، عند احتساب الفائض التأميني على أساس أن له رقماً حسابياً واحداً طيلة فترة تعامله مع الشركة، بغض النظر عن اختلاف الدوائر الفنية التي يتعامل معها.

❖ مكونات الفائض التأميني :

يتكون الفائض التأميني من :

- (١) جميع أقساط التأمين المكتتبه بواسطة الشركة مباشرة أو عن طريق الإسناد الاختياري (نظام المحاصصة) ولجميع الدوائر الفنية في الشركة.
- (٢) حصة حملة الوثائق من أرباح استثمار أقساط التأمين .
- (٣) عوائد عمليات إعادة التأمين .

ويتم تنزيل الحسابات التالية :

- (١) حساب احتياطي عام .
 - (٢) حساب احتياطي ديون مشكوك فيها .
 - (٣) حساب مخصص لضريبة الدخل .
 - (٤) حساب احتياطيات أخرى مناسبة يقرّها مجلس الإدارة .
- والذي يتبقى يكون صافي الفائض التأميني القابل للتوزيع .

يتم توزيع الفائض التأميني وفق القاعدة التالية :-

قاعدة توزيع الفائض التأميني :

يُحسب نصيب كل مشترك (حامل وثيقة) من الفائض التأميني المخصص للتوزيع وفق المعادلة التالية :

نصيب المشترك من الفائض = أقساط التأمين لكل مشترك × الفائض التأميني القابل للتوزيع = إجمالي أقساط التأمين .

رابعاً : تحقيق مبدأ التكافل بين المساهمين والمستأمنين :

من خلال تبادل القرض الحسن دون أن تتحمل الجهة المقترضة لأية فوائد مالية .
ويحصل ذلك بالنسبة للمستأمنين إذا لم تف أقساط التأمين لتغطية كافة الالتزامات المالية الخاصة بهم، ولم يكن لدى الشركة رصيد احتياطي من فائض الأقساط .

وكذلك تحقيق مبدأ التكافل بين المستأمنين من جهة أخرى، فمبلغ التأمين الذي يدفع للورثة أو للمستفيد في تأمين التكافل الاجتماعي (تأمين مخاطر الحياة) يمثل صورة من صور التكافل بين المشتركين في هذا النوع من التأمين تماماً كمن يكفل اليتيم بعد وفاة أبيه .

خامساً : إشاعة العدل والمساواة بين حملة الوثائق أنفسهم وبين المساهمين :

(١) إشاعة العدل والمساواة بين حملة الوثائق أنفسهم ويتحقق ذلك من خلال معاملة حملة الوثائق سواسية في استحقاقهم جميعاً للفائض التأميني وفي أحقيتهم في الحصول على حقهم في جبر ضررهم من حساب صندوق حملة الوثائق وأن تكون الشركة قائمة للمحافظة على حقوقهم وأموالهم جميعاً دون تفرقة بينهم .

(٢) إشاعة العدل والمساواة بين حملة الوثائق وبين المساهمين ويتحقق ذلك من خلال عدم طغيان الاهتمام بمصالح وحقوق المساهمين عما هو بالنسبة لحقوق حملة الوثائق على اعتبار أن العاملين في الشركة هم موظفون من قبل المساهمين وإنما يكون العمل بما تتطلبه التزامات كل عقد من عقود التأمين الإسلامي من القيام بهذه الالتزامات من خلال بذل الجهد اللازم للقيام بالواجبات على أكمل وجه وبمنتهي الصدق والأمانة والشفافية .

سادساً : تحقيق مبدأ التضامن بين شركات التأمين الإسلامية داخلياً وخارجياً من خلال :

(١) اقتسام الخطر المؤمن وفق نظام المحاصصات المعمول به في شركات التأمين بحيث يتم توزيع الخطر على أكثر من شركة تأمين بسبب عدم توفر الطاقة الاستيعابية لدى شركة التأمين المباشر، أو بسبب إلزامية القانون، فهذه الحالة تمثل صورة من صور التضامن بين شركات التأمين الإسلامية في حالة تعددها في أسواق التأمين .

(٢) التبادل المعرفي الخاص بأعمال التأمين الإسلامي ، والتعاون على تذليل العراقيل التي تعترض مسيرة عمل الشركات، والعمل على إيجاد البديل الشرعي لإعادة التأمين وغير ذلك من الأمور التي تحقق مصالح شركات التأمين الإسلامية من خلال عقد المؤتمرات والندوات الخاصة بالتأمين الإسلامي والمشاركة فيها .

سابعاً : المحافظة على مبدأ أمانة المسؤولية وشفافية العلاقة مع شركات إعادة التأمين:

وذلك من أجل بناء أواصر الثقة في التعامل بينها وبين شركات التأمين الإسلامية من خلال الممارسات التالية :-

(١) التقيد بنود اتفاقيات إعادة التأمين المبرمة بين الفريقين بما يحقق المصالح المشتركة لهما .

(٢) الحرص على عدم تأمين الأخطار التي لا تتحقق فيها الشروط التي ينبغي تحققها لقبول تأمينها .

(٣) المحافظة على حقوق شركات إعادة التأمين وأموالها المستبقة وفق اتفاقيات الإعادة ، واستثمارها بالطرق المشروعة وفق أحكام الشريعة الإسلامية لعقد المضاربة . (١)

(١) محاضرة الباحث حول-الوضع المهني والاقتصادي لصناعة التأمين في العالم العربي- الجامعة الأردنية من ١١- ١٣ ابريل ٢٠١٠

الضوابط الشرعية للتأمين التعاوني الإسلامي

تمارس شركات التأمين الإسلامية التأمين التعاوني وفق الضوابط والأسس الشرعية التالية :

- (١) ممارسة العمليات التأمينية على أساس التأمين التعاوني كبديل مشروع عن التأمين التجاري ، الذي أجمع على حرمة جمهور العلماء ، بحيث تشمل الممارسة جميع أنواع التأمين المعروفة. ولا بد أن يكون التعاون بارزاً بروزاً واضحاً ، بحيث يكون قصداً أساسياً لا ثانوياً ، وأصيلاً لا تابعاً ، وهذا الضابط له أثره البارز في الحكم الشرعي على التأمين ، ليُخرجه من معنى المعاوضة إلى معنى المعاونة والتبرع والمناصرة ، وذلك لما تقرر من أنه يُعترف في عقود التبرعات ما لا يُعترف في عقود المعاوضات^(١).
- (٢) الالتزام بالأحكام الشرعية في جميع أعمال الشركة ، وذلك وفق توجيهات هيئة الرقابة الشرعية للشركة ، والتي تقوم بالتدقيق على سجلات الشركة وعقودها ، واتفاقيات إعادة التأمين ، وفي مجالات استثماراتها ، وتؤكد من أن جميع تلك الأعمال قد تمت إدارتها وفق الأصول الشرعية . كما تقوم هيئة الرقابة الشرعية بإجراء التعديلات والإضافات اللازمة لمعاملات الشركة بحيث تصبح متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية .
- (٣) كل عقد تأميني ، كان الريح فيه قصداً أصيلاً يكون محرماً ، وإن هذه حقيقة لا يتجاوزها من له معرفه بكنه التأمين وجوهره ، وهذا من أشد ما تجادل فيه المخالفون في المسألة ، بل إن علّة (الغرر) من أكثر الشبهات المثارة حول التأمين ، ومن أبرز ما علت به الأصوات ، وزاد حوله اللغط ، وتراشقت به سهام الفقهاء والباحثين ، وإن أي عقد تأمين يكون قصد الريح فيه غير ظاهر ، أو تابع (مثل أجور العاملين من أعضاء مجلس إدارة ومحاسبين وموظفين) ، أو منعدم (تطوع) ، فإنه وإن كان فيه شبهة معاوضة (إذ هو قائم على أساس: ألتزم بالتبرع لك، بشرط أن تلتزم بالتبرع لي) ، إلا أن معنى التبرع فيه أظهر، فيلحق به ، ويمكن أن يكون هذا من تطبيقات قياس الشبه في فن الأصول ، فيقاس على عقد التبرع لأنه أكثر شبهاً به من عقد المعاوضة ، وبالتالي تجري عليه سائر أحكام عقود التبرعات ، فيُعترف بالغرر الحاصل فيه^(١).
- (٤) عدم تأمين الممتلكات التي تُدار بطريق غير مشروع، أو يكون الغرض من إنشائها يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية كالبنوك التجارية.

(١) الدكتور عبد الرحمن السند : ٨ ضوابط شرعية للتأمين التعاوني (بتصرف) .

(٥) إدارة العمليات التأمينية وأموال التأمين من قبل شركة التأمين الإسلامية كجهة مستقلة ، على أساس الوكالة بأجر معلوم ، يحدد ابتداءً قبيل بداية كل سنة مالية وتُدفع من اشتراكات المستأمنين (حملة الوثائق) ولا يؤثر ما تحصل عليه الشركة من أجور ومصاريف إدارية ، وليس ذلك ربحاً مقصوداً ، ينهض إلى نقله لمعنى المتاجرة وإنما هو ربح تابع ، شريطة أن يكون عادلاً ، وتُوصف العلاقة هنا على أنها وكالة بأجر ، وكل ذلك مما يُفرّق التأمين التجاري الاستراتيجي (التقليدي) ، الذي يكون بين طرفين: المستأمن المغلوب ، والشركة الغالبة ، وبين التأمين التعاوني القائم على مبدأ التكافل والتعاون .^(١)

(٦) أن يكون طرفا العَقْد المؤمن والمؤمن له بمثابة ذمّة مالية واحد بحيث تكون هذه الذمة المالية واحدة مستقلة ، وملكية صندوق التأمين التعاوني مشاعة بينهم ، ويتحمل جميعهم الغرم ، كما يتقاسمون الغنم. وهذا التكييف مهم جداً ، وإلا إنطوت العملية على أكل المال بالباطل واختلاط الأموال .

(٧) إدارة أموال معيدي التأمين المحتفظ بها من قبل الشركة كاحتياطات فنية لمواجهة المخاطر ودعم الكفاءة المالية للشركة المسندة وذلك وفق الأسس الشرعية في إدارة واستثمار الأموال لدى المصارف الإسلامية .

(١) الدكتور عبد الرحمن السند : ٨ ضوابط شرعية للتأمين التعاوني (بتصرف).

الفرق بين التأمين التعاوني الإسلامي والتأمين التجاري

أولاً : من حيث أطراف العقد وملكية القسط :
في التأمين التجاري:

يكون عقد التأمين بين المستأمن بوصفه طالب التأمين وشركة التأمين بوصفها الطرف المؤمن أصالة عن نفسها. وتكون أقساط التأمين التي يلتزم بدفعها المستأمن ملكاً للشركة تتصرف بها كما تشاء .

أما في التأمين التعاوني :

فإن طريف العقد فيه هما : المستأمن وشركة التأمين بوصفها وكيلاً عن المستأمنين. فدور شركة التأمين فيه هو تنظيم وترتيب وإدارة التعاقد بين المستأمنين أنفسهم وإدارة العمليات التأمينية وأموال التأمين المتحققة في صندوق التأمين التعاوني بأسلوب شرعي على أساس الوكالة بأجر معلوم والأقساط التي تستوفى من المستأمنين تكون ملكيتها لهم وليس للشركة ، ويتم استثمار المتوفر منها لصالح المستأمنين أنفسهم ، والجزء المتبرع به من تلك الأقساط هو فقط المقتطع لغايات التعويض وتكوين الاحتياطيات الفنيّة والمتبقي يتم توزيعه فائضاً تأمينياً على جميع حملة الوثائق سواءً من وقع له حادث أو أكثر خلال فترة التأمين أم من لم يقع له حادث .

ثانياً : من حيث الهدف والغاية :
في التأمين التجاري :

الهدف الأساس لإنشاء شركة التأمين هو تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح للمساهمين من خلال تجميع أكبر قدر ممكن من أقساط التأمين وتحويلها إلى أرباح للمساهمين بالإضافة إلى الاستثمارات الأخرى ، وإن تحقيق الأمان يقصد تبعاً واستثناءً لا أصالة .

أما في التأمين التعاوني :

فإن المقصد الأساس منه هو تحقيق الأمان من خلال التعاون بين المستأمنين على ترميم آثار المخاطر التي تصيب أيّاً منهم على أساس التبرع .

فالباعث على التأمين هو التعاون مع المستأمنين على تخفيف الضرر أو رفعه عن أحدهم إذا ما نزلت به الكارثة المؤمن منها ، وما يأخذه المستأمن المتضرر من تعويض إنما يأخذه تبرعاً من بقية المستأمنين والغاية الربحية مقصودة تبعاً لا أصالة .

ثالثاً : من حيث المشروعية :

إن التأمين التجاري مُحَرَّم بجميع أنواعه عند أكثر الباحثين في التأمين .

أما التأمين التعاوني فذهب أكثر الباحثين في التأمين إلى القول بجوازه وحلّه، وقد ذكر الدكتور محمد شوقي الفنجري في كتاب: الإسلام والتأمين: " إن الفقهاء المعاصرين مجمعون على شرعية التأمين التعاوني ولكنهم يختلفون حول شرعية التأمين التجاري ".

رابعاً: من حيث طبيعة العقد :

إن عقد التأمين التجاري من عقود المعاوضات التي يؤثر في مشروعيتها الغرر والجهالة وفي ذات الوقت يحتوي عقد التأمين التجاري على الغرر والجهالة والربا .

بينما التأمين التعاوني يدخل في مسمى عقود التبرعات التي تكون جائزة حتى مع وجود الغرر والجهالة لأن عقود التبرعات قائمة على أعمال البر والخير والمنفعة لعموم المشتركين وطلب الأجر والثواب .

ويقول الدكتور محمد شوقي الفنجري في كتابه الإسلام والتأمين: " فالتأمين التعاوني هو معاملة أساسها التعاون والتبرع فهي خالية من المعاوضة بتاتاً وإذا انعدم في هذا النوع من التأمين معنى المعاوضة انتفى عنه مفسدة الجهالة والغرر والغبن وشبهة الربا " .

خامساً: من حيث آلية استثمار أموال التأمين :

إنّ أموال التأمين في التأمين التجاري تُستثمر على أساس الربا المحرّم .

أما في التأمين التعاوني فإن استثمار أموال التأمين لا يكون إلا بالطرق المشروعة ليس فيها شيء من الربا . أنظر جدول الفرق بين النوعين بالملحق رقم (٢) .

أحكام التأمين التعاوني الإسلامي بأنواعه المختلفة أولاً : التأمين على السيارات

إن تأمين المركبات نابعٌ من حرص الإنسان على حماية أمواله وممتلكاته ، فالمركبة قد تكون وسيلة لكسب الرزق والتنقل وتسهيل الحياة عليه ، وقد سعى الإنسان إلى حماية هذا المال عن طريق التأمين عليها حتى إذا أصابه خطرٌ أن لا يفجع بفقدانها وفقدانه لقيمتها المادية ، وحماية ذمته المالية التي قد تترب فيها حقٌ للغير نتيجة تسببه بضرر له أثناء استخدامه لمركبته .

ويشتمل هذا النوع من التأمين على الأنواع التالية :-

(١) التأمين من المسؤولية المدنية للسائق و/أو المالك تجاه الغير :

ويحكم هذا النوع من أنواع التأمين نظام يطلق عليه (نظام التأمين الإلزامي) وهذا النظام يمتاز بعدم الاستقرار الدائم فيما يتعلق بحدود مسؤوليات شركات التأمين، ونصوصه مفروضة من قبل الجهة الأمرة بإلزاميته ، ولا يوجد أي دور لشركات التأمين في تحديد شروط التعاقد أو تحديد أسس الاكتتاب في هذا النوع من التأمين ، إلا إنه بالنسبة لشركة التأمين الإسلامية فإن من يقوم بالتأمين لديها في هذا الفرع التأميني يتمتع أيضاً بالفائض التأميني وله الحق في الحصول عليه أسوة بباقي حملة الوثائق لديها .

(٢) التأمين التكميلي :

وهذا النوع من التأمين هو تأمين اختياري بالنسبة للمستأمنين وتستطيع كل شركة أن تضيف الشروط الخاصة بها شريطة أن تشتمل الوثيقة على الحد الأدنى من الشروط والتغطيات المنصوص عليها من الجهة الرقابية والمعمول بها في سوق التأمين المحلي الأردني، والتي تشتمل على الأضرار التي قد تصيب المركبة .

(٣) التأمين الشامل :

ويشمل هذا النوع من التأمين كلا التغطيات الواردة في التأمين الإلزامي والتأمين التكميلي على حدٍ سواء في وثيقة واحدة شاملة .

ويستدل على مشروعية التأمين على المركبات وجميع أنواع التأمين التي تدرج ضمن تأمين الممتلكات والمسؤوليات من خلال المعيار رقم (٢٦) الذي أجازها صراحة ما دام أنها تنفذ من خلال شركة تأمين تعاوني إسلامية تمارس عملية التأمين على أساس التبرع الملزم حسب رأي الإمام مالك رضي الله عنه .

وللدارسين الراغبين في الوقوف على شروط وتحديدات وثيقة تأمين السيارات الشامل فيمكنهم الرجوع إلى الملحق رقم "٣" .

ثانياً : التأمين على الحياة (التكافل الاجتماعي)

قبل بيان مفهوم تأمين الحياة والحكم الشرعي له لا بد من توضيح الأمور التالية:-
(١) التأمين على الحياة مصطلح لا يراد به تحدي قدر الله وإنما جبر النتائج المترتبة عن مصيبة الموت ، لأن الموت قضاء الله تبارك وتعالى وقدره على كل كائن حي فلا يدفعه تأمين ولا غيره كما قال تعالى : ﴿ كل نفس ذائقة الموت ﴾^(١) ، ﴿ قل إن الموت الذي تفرون منه فإنه ملاقيكم ﴾^(٢) .

ولكن المراد بتأمين الحياة هو ترميم آثار المخاطر التي تتعرض لها حياة الإنسان بزوالها (أي الموت) أو ضعفها (أي العجز الكلي والشيخوخة) ، لأن موت الإنسان أو عجزه عجزاً كلياً أو جزئياً يترتب عليه تبعات مالية تثقل كاهل أسرته حال حياته وورثته بعد مماته ، وكذلك فإن كبر سنه يضعفه عن العمل والكسب فكان لابد من البحث عن سبيل مشروع للتخفيف من آثار الموت أو العجز .

(٢) إدراكاً من شركات التأمين الإسلامية للفهم المتبادر من مسمى (تأمين الحياة) وماله من ظلال لا تحمد عقباهما على مسامع الكثيرين فقد اصطلح على تسمية هذا النوع من التأمين بـ (تأمين التكافل الاجتماعي) .

(٣) لا يوجد دليل شرعي خاص بكل نوع من أنواع التأمين التي يغطيها التأمين التعاوني الذي تعمل بمقتضاه شركات التأمين الإسلامية ، ويستدل على مشروعية جميع أنواع التأمين التي تقدمها شركات التأمين الإسلامية بالأدلة الشرعية التي يستدل بها على مشروعية التأمين التعاوني القائم على أساس التبوع الملزم . ونظراً لخصوصية هذا النوع من التأمين فقد حُصَّ ببعض الأدلة الشرعية وتم بحثه بشكل مفصل في بعض الندوات الفقهية كما سيأتي .

(٤) إن التأمين على الحياة في الشركات الإسلامية لا يجوز أن يكون لغايات الكسب والاسترباح لأن الغاية منه ترميم آثار مخاطر الحياة الفعلية وهي : (الموت ، العجز والشيخوخة) على أساس التعاون والتضامن بين المشتركين فقط ولا يغطي الحالات التي تتضمن مراهنة على بقاء المؤمن له حياً بعد مرور مدة زمنية معينة وهو ما يعرف بالتأمين لحالة البقاء في التأمين التجاري .

(١) مفهوم تأمين التكافل الاجتماعي :

يُعرف هذا النوع من التأمين بأنه: عقد بين شركة التأمين الإسلامية والمؤمن له يلتزم بموجبه المشترك بدفع القسط المتفق عليه بينهما مقابل التزام الشركة بدفع مبلغ التأمين من حساب المستأمنين في حالتي وفاة المؤمن عليه أو العجز وفقاً لما يلي :-

(١) آل عمران : ١٨٥

(٢) الجمعة : ٨

- (١) تعبئة طلب اشتراك يبين فيه جميع أحوال الشخص وصفاته المطلوبة للتأمين عليه والتفاصيل الخاصة بما للمشارك وما عليه .
- (٢) تحديد مقدار الاشتراك (اشتراك التأمين) .
- (٣) تحديد مقدار المزايا التي تدفع للمستفيد حسب الاتفاق .
- (٤) تحديد اسم المستفيد من مبلغ التأمين في حالة الوفاة أو العجز وذلك حسب ما يتم تحديده في وثيقة التأمين من أشخاص وجهات .

في حالة وفاة المؤمن عليه توزع المستحقات المتعلقة بالتكافل طبقاً لما يحدد في الوثائق من أشخاص أو جهات ، فمبلغ التأمين يدفع إلى عائلة المشترك بصورة مباشرة إذا توفى خلال المدة المحددة بالعقد معونة لها تعويضها بعض الشيء عن مصيبتها بفقد عائلها على أساس التبرع المتبادل بين المشتركين أو بصورة غير مباشرة وذلك عن طريق دفع مبلغ التأمين إلى الجهة المرتبهة للمركبة أو للعقار بحيث لا تقع عائلة المتوفى تحت طائلة بين المركبة أو العقار ومضاعفة مصيبتها بحيث تصبح مصيبتين فقدان المعيل وفقدان المأوى .

وبهذا تتحقق صورة من صور التعاون والتكافل المندوبين شرعاً تحقيقاً لقول الله تبارك وتعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١) ، وقول رسولنا الكريم ﷺ ﴿أنا وكافل اليتيم في الجنة وأشار بإصبعه بالسبابة والوسطى وفرج بينهما﴾^(٢) .

فالفكرة التي يقوم عليها (تأمين التكافل الاجتماعي) كبديل مشروع لتأمين الحياة في التأمين التجاري المحرم هي : تقديم معونة مالية تجبر من أصيبوا بمصيبة موت عائلهم على أساس التكافل بين المشتركين لترميم آثار مصيبة الموت التي ألمت بهم كما قال الله تبارك وتعالى : ﴿إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت﴾^(٣) .

فالموت مُصيبة تحل بالورثة وتحملهم الأعباء التي كان يتحملها عنهم عائلهم ومورثهم ، وتأمين التكافل الاجتماعي هو أحد السبل المشروعة لرفع ودفع الضرر عنهم .

(ب) مشروعية تأمين التكافل الاجتماعي:

إن تأمين التكافل الاجتماعي لا يتعارض مع قواعد التشريع الإسلامي الحنيف ومبادئه لأن تفكير المسلم في مستقبله ومستقبل ذريته (بعد التوكل على الله تبارك وتعالى) لا يخالف أية قاعدة من قواعد الشرع ولا يصطدم كفكرة ونظام بقضاء الله تعالى وقدره بل هو يتفق مع مقاصد الشريعة الغراء ومبادئ التعاون المثمر البناء بين أفراد

(١) المائدة : ٢ .

(٢) رواه البخاري .

(٣) المائدة : ١٠٦ .

المجتمع لتأمين العيش الكريم لذرية من وافته المنية ، استثناساً بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذريةً ضِعافاً خافوا عليهم ﴾^(١) .

وقول رسولنا الكريم ﷺ وإرشاده وتوجيهه : ﴿ إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس ﴾^(٢) .

وكذلك فعل الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي لم يقسم الأراضي المفتوحة في العراق والشام على المجاهدين وإنما أبقاها في أيدي أهلها وفرض عليهم الخراج ليكون مصدراً دائماً لدخل بيت المال وتعقيبه ﷺ على ذلك قائلاً : ﴿ فإذا قسّمت أرض العراق ... فما يسُدُّ به الثغور وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره ﴾ .

فتأمين التكافل الاجتماعي يمثل صورة من صور الأخذ بالأسباب الظاهرة المشروعة لتأمين مستقبل الأولاد بقدر الإمكان من غير أن يكون في ذلك تحدّد لإرادة الله تبارك وتعالى وقدرته مع تفويض الأمر كله إلى الله تبارك وتعالى كما في مسألة الرزق الذي وعدنا الله تبارك وتعالى بقوله : ﴿ وفي السماء رزقكم وما توعدون ﴾^(٣) .

فكما أن الرزق مقدر فالأجل مقدر كذلك ، وقد أمرنا الله تبارك وتعالى أن نأخذ بالأسباب الظاهرة لتحصيل وتأمين ما قدر لنا من رزق ، وتأمين التكافل الاجتماعي هو أخذٌ بالأسباب الظاهرة لكسب مشروعٍ للذرية بعد الموت ، وإبراء للذمة من الدين على أساس التعاون والتكافل والتضامن بين المستأمنين .

وقد نوقش موضوع التأمين على الحياة وقد أقرت مشروعيتها حسب المعيار الشرعي رقم (٢٦) الخاص بالتأمين الإسلامي .

(ج) دوافع ومبررات تأمين التكافل الاجتماعي:

- (١) رغبة المشترك في الاطمئنان بعد التوكل على الله تبارك وتعالى على مستقبل زوجته وأولاده بعد الموت من خلال حصولهم على مبلغ التأمين الذي يُدفع لهم على أساس التبرع من بقية المشتركين بحيث يمكنهم من تغطية نفقاتهم الضرورية وخاصة نفقات التعليم ويحقق لهم العيش الكريم .
- (٢) حرص المشترك على استقرار زوجته وأولاده في مسكنهم الذي كانوا يعيشون ويسكنون فيه حال حياته بحيث لا يباع جبراً عنهم لسداد بقية الأقساط التي لم تُدفع قبل موته .

(١) النساء : ٩ .

(٢) رواه البخاري .

(٣) الذاريات : ٢٢ .

(٣) رغبة وحرص المشترك على إبراء ذمته من الدين الثابت فيها للمؤسسة التي اشترى منها مسكنه أو عقاره حتى لا يبقى محبوساً في قبره بسبب ذلك الدين .

(٤) رغبة المشترك بمساعدة شخص آخر من غير أسرته بعد الموت بحيث يكون هو المستفيد في وثيقة التأمين ويدفع له مبلغ التأمين .^(١)

(١) كتاب التأمين الإسلامي الصادر عن شركة التأمين الإسلامية - عمان - الأردن .

ثالثاً : تأمين الحوادث الشخصية

لقد تم الاتفاق بموجب هذه الوثيقة بين شركة التأمين الإسلامية المساهمة العامة المحدودة بصفتها مديراً بالوكالة لنظام التأمين التعاوني (المعبر عنها فيما بعد بالشركة) والمتعاقد المذكور في جدولها على أنه إذا حدث للمؤمن عليه خلال مدة التأمين المحددة في جدول هذه الوثيقة أو المحددة في أي ملحق خاص متمم لها نتيجة حادث طارئ عنيف خارجي عرضي وغير متعمد ومستقل عن إرادة المؤمن عليه وأدى بمضرده دون غيره لوفاة المؤمن عليه أو لعجزه عجزاً جزئياً دائماً أو عجزاً كلياً دائماً كما هو معرف في هذه الوثيقة، فإن الشركة تلتزم بأن تدفع للمؤمن عليه أو المستفيد تعويضاً طبقاً لجدول التعويضات .

وإذا تفاقمت نتائج الحادث نتيجة لحالة المؤمن عليه الصحية أو لعجزه غير المرتبط بالحادث فإن التعويض سيحتسب على أساس النتائج الفعلية المباشرة التي يمكن لهذا الحادث أن يلحقها بشخص آخر في حالة صحية وجسمية سليمة وطبيعية.

- الشروط الخاصة:

- (١) طبقاً لشروط هذا العقد لا يُدفع تعويض تحت أكثر من بند واحد من بنود جدول التعويضات عن نتائج الحادث الواحد إلا في حالة النفقات الطبية المحددة في البند الخامس من نفس الجدول وإذا ترتب على الحادث الواحد أكثر من أذى جسمي واحد ولو في فترات متتالية فإن الشركة تلتزم بدفع المبلغ المقرر عن الأذى الأكبر فقط مطروحاً منه أية تعويضات قد تكون دفعت عن ذلك الحادث باستثناء النفقات الطبية الواردة سابقاً .
- (٢) لا يُدفع أي تعويض أسبوعي ما لم يكن قد تحدد المقدار الإجمالي لهذا التعويض ضمن الطلب وتمت الموافقة عليه .
- (٣) لا يزيد إجمالي المبلغ القابل للدفع كتعويض بموجب هذا العقد سواء عن حادث واحد أو عن عدة حوادث، عن أكبر مبلغ مؤمن عليه لأي بند من بنود جدول التعويضات . (١)
- (٤) وللدارسين الراغبين في الوقوف على التعريفات والاستثناءات لهذا النوع من التأمين فيمكنهم الرجوع إلى الملحق رقم "٤" .

(١) كتاب التأمين الإسلامي الصادر عن شركة التأمين الإسلامية عمان - الأردن .

رابعاً : التأمين على الصادرات

تواجه المؤسسات المصدرة عدداً من المخاطر، منها ما يتعلق مباشرة بالمشتري الأجنبي ومنها ما يتعلق بالأوضاع السائدة في البلد المستورد، ومن شأن هذه المخاطر أن تسبب خسائر مالية للمصدرين، ومن أجل حماية المصدرين من مثل هذه المخاطر فقد تم تأسيس شركات ومؤسسات أوكلت إليها عملية تأمين الصادرات ذات ملاءة مالية عالية تمكّن المصدرين من تغطية صفقاتهم تجاه الطرف الآخر (المشتري) وبالتالي مجابهة مخاطر التصدير وتغطية جزء كبير من المخاطر المحتملة، وذلك مقابل دفع مبلغ معين يسمى قسط ضمان.

- آلية تأمين الصادرات :

المبادئ الأساسية لتأمين الصادرات :-

(1) الوقاية :

يعتمد نشاط الشركة أو المؤسسة المانحة لتأمين الصادرات على جمع المعلومات من الملاءة المالية للمشتري الأجنبي أي تقييم المشتري ومدى قدرته على تسديد مبالغ المبيعات المصدرة وتحليل تلك المعلومات، وبالتالي إعلام المؤمن له بموقفها من ضمان المشتري وتقوم الشركة بالمتابعة المستمرة للمشتريين الذين تمت تغطيتهم وإعلام المؤمنين لأي طارئ في حينه، مما يمكن المؤمن من انتقاء عملائه والسيطرة على المخاطر أو تجنبها.

(2) استحقاق التعويض :

في حالة عدم وفاء المشتري بالتزاماته المالية إزاء المصدر فإن الشركة تُعوض المصدر المؤمن لديها عن الخسارة التي لحقت به، وذلك بعد انقضاء فترة الانتظار المحددة في عقد التأمين، أي أنها تقوم بتحمل عبء عدم إيفاء المشتري بالتزاماته، ثم تقوم الشركة بعد ذلك بمتابعة المشتري لاسترداد المبالغ التي بذمتها ودياً أو قضائياً مستعينة في ذلك بخبرتها في هذا المجال، وبذلك توفر على المصدر عناء وكلفة ملاحقة ديونه مما يقلص من قيمة خسائر المؤمن له والمؤمن على حد سواء.

(3) التغطية التأمينية :

تمنح الشركة المانحة لتأمين الصادرات تغطية تأمينية ضد نوعين من المخاطر هما:-

- المخاطر التجارية وتمثل كالاتي :

(1) الإعسار القانوني للمشتري أو الكفيل من القطاع الخاص، ويتمثل ذلك في عدم قدرة المشتري أو الكفيل على الوفاء بالتزاماته ويكون ذلك بموجب قوانين الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات التي تمر بأزمات اقتصادية.

(٢) الإعسار الفعلي للمشتري أو الكفيل من القطاع الخاص ، ويتحقق ذلك عن وضع واقعي يجعل الشركة تستنتج بأن التسديد ولو الجزئي من المبلغ المضمون غير منتظر .

(٣) عدم وفاء المشتري أو الكفيل من القطاع الخاص ، ويتم التأكد من ذلك عند مرور ستة أشهر من تاريخ استحقاق المبلغ المضمون دون القيام بتسديده .

- **المخاطر غير التجارية وتمثل كالاتي :**

(١) الحروب الأهلية أو الخارجية ، الاضطرابات ، الثورات أو أعمال العنف التي تقع في بلد المشتري .

(٢) التوقف عن الدفع بقرار من السلطات الإدارية في بلد المشتري .

(٣) عدم تحويل المبالغ المودعة بالعملة المحلية لأسباب تشريعية أو إدارية .

(٤) الكوارث الطبيعية التي تقع في بلد إقامة المشتري .^(١)

(١) مركز تنمية الصادرات الليبية - (بتصرف) .

المؤسسات التي تقدم خدمة ضمان ائتمان الصادرات

أولاً: المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات: (١)

تم إنشائها كمؤسسة فرعية للبنك الإسلامي للتنمية، وكمؤسسة دولية تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة في الأول من أغسطس ١٩٩٤م، وقد باشرت المؤسسة عملياتها في الأول من يوليو ١٩٩٥م.

- أهداف المؤسسة:

هدف المؤسسة هو توسيع إطار المعاملات التجارية وتشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي، وتحقيقاً لذلك تقوم المؤسسة بتقديم الخدمات التالية:-

- (١) التأمين وإعادة التأمين على المخاطر المتعلقة باستيفاء حصيلة بيع الصادرات سواء كانت مخاطر تجارية (متعلقة بالمشتري) أو غير تجارية (مخاطر سيادية متعلقة بدولة المشتري).
- (٢) تأمين وإعادة تأمين الاستثمار ضد المخاطر القطرية كخطر القيود على التحويل، نزاع الملكية، الحرب والاضطرابات المدنية وإخلال الدولة المضيفة بعقد الاستثمار.

- المبادئ الشرعية التي تطبقها المؤسسة على خدماتها:

- (١) تحقيق التعاون بين المؤمن لهم عن طريق اشتراكهم في الغنم والغرم.
- (٢) توزيع الفائض التأميني الذي قد يتحقق من العملية التأمينية بعد حسم جميع الالتزامات المترتبة على حساب حملة الوثائق.
- (٣) عدم تغطية عقود السلع المحرمة شرعاً وكذلك الفوائد المترتبة على ائتمانات الصادرات وقروض الاستثمار.
- (٤) استثمار عوائدها وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.

وللراغبين في الوقوف على الخدمات التأمينية التي تقدمها المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات فيمكنهم الرجوع إلى الملحق رقم "٥".

ثانياً: المؤسسة العربية لضمان الإستثمار: (١)

هي مؤسسة عربية إقليمية تأسست عام ١٩٧٤، مهمتها توفير الضمان للاستثمارات و الصادرات، من أهدافها الرئيسية تشجيع انتقال رؤوس الأموال والتجارة، ولها أنشطة مكملة متمثلة في أعداد البحوث المتعلقة بفرص الاستثمار.

(١) تعريف صادر عن المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات - خدمات التأمين على مخاطر ائتمان الصادرات بين الدول الإسلامية - جدة - المملكة العربية السعودية (بتصرف).
(١) مركز تنمية الصادرات الليبية - (بتصرف)

(أ) موارد المؤسسة العربية لضمان الإستثمار :

تتكون موارد هذه المؤسسة من :-

- رأس المال المكتتب : ١٩٠ مليون دولار أمريكي .
- الاحتياطي المتراكم : ١٤٢ مليون دولار أمريكي .
- النظام العربي لضمان ائتمان الصادرات .

(ب) مزايا ضمان إئتمان الصادرات :

- (١) الوقاية المسبقة من مخاطر عدم الدفع .
- (٢) زيادة قدرة المصدر على المنافسة .
- (٣) تسهيل الحصول على تمويل للصادرات .
- (٤) التعويض عن الخسارة .
- (٥) التعامل مع أسواق جديدة وزبائن جدد .

(ج) المخاطر التي يغطيها الضمان :

- المخاطر التجارية :-

- (١) عدم الوفاء بقيمة السلع أو الخدمات .
- (٢) إفلاس المستورد .
- (٣) الرفض أو الامتناع عن استلام السلع .

- المخاطر غير التجارية :-

- (١) الحروب الأهلية أو الخارجية ، الاضطرابات ، الثورات أو أعمال العنف التي تقع في بلد المشتري .
- (٢) التوقف عن الدفع بقرار من السلطات الإدارية في بلد المشتري .
- (٣) عدم تحويل المبالغ المودعة بالعملة المحلية لأسباب تشريعية أو إدارية .
- (٤) الكوارث الطبيعية التي تقع في بلد إقامة المشتري .

(د) شروط الصلاحية للضمان :

هناك مجموعة من الشروط التي يشترطها النظام العربي لضمان ائتمان الصادرات لمنح الضمان وهي :-

- (١) الجنسية العربية للمصدر .

(٢) أن لا يكون المستفيد من الضمان من مواطني الدولة المستوردة

(٣) أن تكون السلع والخدمات المقدم لها الضمان ذات منشأ عربي .

ثالثاً: صندوق ضمان تمويل الصادرات لمرحلة ما قبل الشحن :^(١)

أنشئ هذا الصندوق من أجل تنمية القدرات التصديرية للمؤسسات الصغرى والمتوسطة ، التي لا تتوفر لديها الضمانات العينية التي تمكنها من الحصول على تمويل صادراتها لمرحلة ما قبل الشحن ، ويحل ضمان الصندوق محل تلك الضمانات العينية ، وقد عهدت إدارة الصندوق للشركة التونسية لتأمين التجارة الخارجية ، إما ضبط طرق إدارة الصندوق ووسائل سيره فتتم بمقتضى القانون .

أ- أهداف الصندوق :

(١) تنمية القدرة التصديرية للمؤسسات الصغرى والمتوسطة .

(٢) تيسير انتقال السلع المصدرة من المناولة إلى التصدير المباشر للمنتج النهائي .

ب- دور الضمان :

تيسير الحصول على قروض التمويل لمرحلة ما قبل الشحن بتعويضه للضمانات العينية المشروطة عادة من قبل المؤسسات المالية .

وللراغبين في الحصول على المزيد عن تفاصيل الضمانات التي يغطيها الصندوق فيمكنهم الرجوع إلى الملحق رقم "٦" .

(١) مركز تنمية الصادرات الليبية - (بتصرف) .

خامساً : التأمين على الودائع

نظراً للدور الحيوي الذي تقوم به البنوك من حيث التأثير على كمية السلع والبضاعة بالنسبة للبنوك الإسلامية وعلى كمية النقود المتداولة بالنسبة للبنوك التقليدية، ومن ثم التأثير على النشاط الاقتصادي، يجب أن تتوافر آليات واضحة لحماية هذه البنوك من التعثر والإفلاس من جانب، ولحماية أموال متعاملها المودعين من جانب آخر .

إن ما أسفرت عنه الأزمة المالية العالمية من انهيار عدد من البنوك الكبرى ، الأمر الذي أصبح مُلزمًا على الدول حماية أموال المودعين لدى البنوك العاملة فيها ، حتى لا يقوموا بسحب أموالهم من البنوك وبالتالي إفلاس هذه البنوك وإخفاقها في أداء رسالتها، فأوجدت آلية ما يسمى نظام التأمين على الودائع .

تاريخ نشوء نظام التأمين على الودائع : -

هذا النظام ظهر في ولاية نيويورك الأميركية عام ١٨٢٩م قامت ولايات عدة بإنشاء أنظمة مماثلة، ومع نهاية القرن التاسع عشر إختفت جميع أنظمة التأمين على الودائع لأسباب عدة، منها عدم كفاية رأس المال ونقص السيولة وضعف المواسم الزراعية والأزمات المتلاحقة التي كان لها اثر واضح في فشل البنوك وكان ينقصها آنذاك وجود المقرض الأخير، حيث أن نظام الاحتياطي الفيدرالي لم يكن قد أسس بعد .

وتذكر الإحصاءات الاقتصادية أن الولايات المتحدة الأميركية كان لها السبق كأول دولة تقيم نظاماً للتأمين على الودائع، إلا أن تشيكوسلوفاكيا تعتبر أول دولة أنشأت نظاماً متطوراً لحماية الودائع والقروض على المستوى القومي (١٩٢٤) فقد أنشأت صندوقين في ذلك الوقت، الأول صندوق الضمان الخاص لمساعدة البنوك على استعادة خسائرها الناجمة عن الحرب العالمية الأولى، والثاني صندوق الضمان العام لتأمين الودائع مما يشجع على جذب الودائع والادخار .

وفي عام ١٩٣٣ صدق الكونجرس الأميركي على قانون البنوك الذي بموجبه تم إنشاء المؤسسة الفيدرالية للتأمين على الودائع عام ١٩٣٤ وهي أحد أجهزة ثلاثة يناط بها مسؤولية الإشراف على النظام المصرفي الأميركي، وفي عام ١٩٧٤ أنشأت ألمانيا صندوقاً خاصاً لحماية أموال المودعين بعد انهيار بنك هيرشتات حين عجز البنك المركزي الألماني عن احتواء آثار الفشل المالي للبنك، وفي بريطانيا أدى حدوث أزمات مصرفية حادة مع بداية السبعينيات إلى إنشاء صندوق لحماية الودائع تساهم فيه كل البنوك والمؤسسات المالية المرخص لها بجمع الودائع وكان ذلك في عام ١٩٧٩، وأنشأت إيطاليا بعد ذلك في الثمانينيات نظاماً لحماية الودائع تلتها فرنسا في عام ١٩٨٥ وذلك عقب انهيار البنك السعودي الفرنسي .

وإذا اتجهنا إلى العالم العربي فتعتبر لبنان الدولة الأولى التي اهتمت بإنشاء نظام لحماية المودعين بعد إنهيار بنك انترا الذي كان من أكبر المؤسسات المصرفية في ذلك الوقت، ثم اندلعت شرارة الإفلاس المصرفية، الأمر الذي أدى إلى وضع الحكومة يدها على عشرة بنوك وإلى زعزعة الثقة بالجهاز المصرفي من قبل المودعين اللبنانيين وغير اللبنانيين على حد سواء، وكان لا بد للدولة من اتخاذ التدابير اللازمة التي من شأنها أن تحول دون توسع رقعة الإفلاس ودون هروب الأموال اللبنانية والأجنبية خارج البلاد، فكان إنشاء المؤسسة الوطنية لضمان الودائع في عام ١٩٦٧ أول مبادرة في هذا المجال .

وفي الأردن تم إنشاء نظام لضمان الودائع، حيث خرجت فكرة إنشاء المؤسسة الأردنية لضمان الودائع إلى حيز الوجود بشكل جدي بعد الأزمة التي لحقت بسعر صرف الدينار الأردني في نهاية عام ١٩٨٨، ومع ظهور مشكلة بنك البتراء وما تبعها من تعثر بعض مؤسسات الجهاز المصرفي، حيث تم إعداد مشروع قانون المؤسسة الأردنية لضمان الودائع الذي تم اقراره من قبل البنك المركزي الأردني في ١٩٩١ .

وفي مصر أنشئ صندوق التأمين على الودائع طبقاً للقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ وقد جمع البنك المركزي القسط الأول من البنوك واستخدمه في سداد خسائر إفلاس بنك الاعتماد والتجارة ولم يفعل ذلك ثانية .

- هدف نظام التأمين على الودائع :

يقوم نظام التأمين على الودائع في الأساس على تحقيق هدفين، الأول حماية حقوق المودعين في حالة تعرض البنوك لمصاعب مالية، فهو يحقق نوعاً من الضمان لأموال المودعين، والثاني يحافظ على سلامة المراكز المالية للبنوك وتفاذي تعرضها للإعسار المالي أو الإفلاس .

فهذا النظام يكفل دعم الثقة والاستقرار في الجهاز المصرفي وهناك جدل في الأدب الاقتصادي حول حدود هذا الضمان، حيث يقوم بضمان ودائع المتعاملين عن طريق تعويضهم كلياً أو جزئياً من خلال مساهمات البنوك .

ويمول هذا النظام من خلال الآتي :-

(١) سداد البنوك لأقساط تأمين محددة وبصفة دورية وفي مواعيد محددة ونسبة وتناسب مع حجم الودائع لدى كل بنك ويتم فرض فوائد تأخير على البنك الذي لا يقوم بتسديد أقساطه في الموعد المحدد، ومثال ذلك الأنظمة المطبقة في كل من (لبنان والهند) .

(٢) إلزام البنوك بالمساهمة فقط عند حدوث تعثر أو إفلاس بنك بمبلغ محدد يوزع بينهم بنسبة وتناسب مع حجم الودائع لدى كل بنك، ومثال ذلك الأنظمة المطبقة في كل من (سويسرا وإيطاليا وفرنسا) .

- السمات الرئيسية لأنظمة التأمين على الودائع :

أولاً : العضوية :-

هناك بعض الأنظمة التي تقوم على الإلزامية، ومؤدّى ذلك إلزام جميع البنوك والمؤسسات المصرفية التي تقبل الانضمام إلى عضوية النظام، ومثال ذلك الأنظمة المطبقة في لبنان وتركيا والفلبين ومصر، وهناك بعض الأنظمة التي تكون العضوية فيها إختيارية مثل الأرجنتين والهند، ويعتبر النظام الإلزامي في نظر بعض المصرفيين أفضل من النظام الإختيارى بالنسبة للدول النامية، حيث إنه في حالة النظام الأخير قد تحجم البنوك ذات الحجم الكبير عن التأمين على وداائعها، استناداً إلى أن التأمين يمثل عبئاً عليها يتمثل في قيمة قسط التأمين أو المساهمة المطلوبة منها .

ومما هو جدير بالذكر إنه ليس هناك ازدواجية أو تداخل بين دور كل من نظام التأمين على الودائع و البنك المركزي، بل إن هناك اختلافاً كبيراً بين دور كل منهما في إقراض أو دعم البنوك، حيث إن أنظمة التأمين على الودائع تقوم بتعويض المودعين عن وداائعهم طبقاً لنظمها المختلفة عند إفلاس البنك، بينما لا يقوم البنك المركزي بهذا الدور في الأساس، إنما يقع على عاتقه مهمة المقرض الأخير للبنوك لمساعدتها على تجاوز أزمة السيولة .

ثانياً: طبيعة الودائع في البنوك :-

بعد أن بيّنا نظام التأمين على الودائع بصورة موجزة، نشير إلى أن طبيعة الودائع في البنوك الربوية تختلف اختلافاً جذرياً عن طبيعة الودائع في البنوك الإسلامية كما يلي :-

(أ) البنوك الربوية :-

علاقة المودع بالبنك علاقة دائن بمدين، والتي تكيّف وفقاً للرأي الراجح على أنها عقد من عقود القرض، ومن ثم فإن يد البنك على الودائع يد الضامن وليست يد الأمين، أي أن البنك يتصرف في مال الودائع تصرفه في ماله الخاص الذي يملكه، ويتحمل تبعه هذا التصرف، فبذلك يكون البنك ملتزماً بسداد الودائع وفوائدها أيضاً في الموعد المحدد، وليس المقام هنا لنبين حرمة هذا الأسلوب الربوي .

(ب) البنوك الإسلامية :-

علاقة المودع بالبنك الإسلامي تحكمه قواعد المضاربة الشرعية، فيدُ البنك على الودائع يدُ أمانة وليست يدُ ضمان، فالبنك الإسلامي لا يضمن رد أصل المبلغ إلى المودع عند الخسارة إلا إذا كان البنك قد تعدى أو قصر .

فتطبيق نظام التأمين التجاري على الودائع الذي يتضمن شبهات عديدة وذلك طبقاً لفتاوى مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة ومجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي ومجمع البحوث الإسلامي وغيرهم على الودائع يخرجها عن خصائصها الأصلية

باعتبارها مضاربة، فيدخل فيها مسألة تضمين البنك في حالة الخسارة بغير تقصير أو تعدي، وهو ما يجعل يد البنك يد ضمان وليست يد أمانة، فتكون مشاركة الودائع في الربح دون الخسارة تحولها إلى قرض ربوي، الأمر الذي لا يتفق مع طبيعة العمل المصرفي الإسلامي.

ثالثاً : الضوابط الفقهية للتأمين على الودائع للبنوك الإسلامية :-

يجب أن نفرق بين نوعين من الودائع :-

(١) الحسابات الجارية :

يمكن التأمين عليها باعتبارها مضمونة من قبل البنك طبقاً لقاعدة الخراج بالضمان (ويقصد بها أن من ضمن أصل شيء جاز له أن يحصل على ما تولد عنه من عائد، فبضمان أصل المبلغ يكون الخراج المتولد عنه جائز الانتفاع لمن ضمن لأنه يكون ملزماً باستكمال النقصان المحتمل إن حدث ، وجبر الخسارة إن وقعت) ، ويجب أن يكون التأمين تعاونياً أو تبادلياً ، فهناك اتفاق بين الفقهاء على جواز هذا النوع من التأمين، ويتم هذا من خلال إنشاء صندوق مشترك لضمان الحسابات الجارية تحت إشراف البنك المركزي، ولا يرتبط استثمار حصيلتها بالتعامل الربوي .

(٢) حسابات الاستثمار :

الأمر يتطلب توخي الدقة والحذر في وضع الأسس والمعايير التي يمكن أن يتم التأمين من خلالها، بحيث لا تتعارض مع الضوابط الخاصة بعقد المضاربة الشرعية، وخاصة المتعلقة بمسألة الضمان، وكذلك أن يكون التأمين تعاونياً وليس تجارياً، وأن يرتبط القسط أو الاشتراك بالمسؤولية الشرعية عن الضمان المحتمل عند حدوث الخسارة، ويتم استثمار الحصيلة بالأساليب الشرعية، ومن خلال هذه الضوابط يمكن اقتراح إنشاء صندوق للتأمين على الودائع تحت إشراف البنك المركزي.

رابعاً: الإشراف والرقابة وإدارة النظام :-

أما ما يتعلق بالإشراف والرقابة وإدارة نظام التأمين على الودائع فيمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع :-

(١) يعتمد على إدارة صندوق التأمين على الودائع من طرف الدولة ممثلة في السلطات النقدية .

(٢) إدارة صندوق التأمين على الودائع مشتركة بين السلطات النقدية والبنوك المشتركة في النظام .

(٣) إدارة النظام عن طريق إتحاد البنوك وليس السلطات النقدية ومثال على ذلك الأنظمة الموجودة في الدول المتقدمة مثل فرنسا وإيطاليا.

ومما لا شك فيه إن النظام الذي يناسب الدول النامية هو نظام التأمين على الودائع الذي يسير بالاشتراك بين السلطات النقدية والبنوك لأنه يضمن الانضباط ويعمل على ضمان إستقرار الجهاز المصرفي .

خامساً: التعويضات :-

تختلف مبالغ التعويضات من دولة لأخرى ، وكل نُظم تأمين الودائع في العالم تضع حدوداً لمدى تغطية التأمين وتحدد السقوف التي يمكن تعويضها وغالباً ما تكون مرتفعة في البلدان المتقدمة باستثناء النرويج إذ إنها الدولة الوحيدة في العالم التي يقدم نظامها للتأمين على الودائع تعويضاً كاملاً لكل المودعين . (١)

(١) مجلة الوعي الإسلامي - مجلة إسلامية شهرية تصدر عن وزارة الأوقاف الكويتية - للكاتب محمد عبد العزيز ٢٠١٠/٩/٣ (بتصرف).

سادساً : تأمين الدين

- تعريف الدين :

الدين لغة : يطلق على ماله أجل ، وأما الذي لا أجل له فيطلق عليه القرض وقد يطلق عليهما الالتزامات الآجلة التي ثبتت في ذمة الشخص بسبب عقد تتأخر آثاره كقرض أو استصناع ، أو بيع أجل ، أو بسبب تلف ، أو قرابة .

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الديون الثابتة في الذمة أموالاً على سبيل الحقيقة لأنها أموال وإن كانت آجلة قياساً على المال المصوب بطريق أولى ولذلك يثبت بها اليسار ، فلا يجوز دفع الزكاة إلى من يملك منها بقدر الغنى ، إلا إذا كان الدين غير ممكن رده ، وحينئذ يكون حكمه حكم المال المصوب .

- حكم التأمين على الدين :

إن حكم التأمين يختلف بحسب نوعيه التأمين التعاوني الإسلامي أو التأمين التجاري (التقليدي) ، فالتأمين التجاري قد صدر بتحريمه عدة قرارات جماعية ، حيث صدر في ١٣٩٧/٤/٤ هـ قرار من هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية بحرمته التأمين التجاري ، وحل التأمين التعاوني أو التكافلي (التأمين الإسلامي) ، ثم أكد هذا القرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في ١٠/٨/١٣٩٨ هـ ومجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم (٩) في ١٠ - ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦ هـ .

وأما التأمين التعاوني ، أو التكافل ، أو ما يسمى: التأمين الإسلامي ، فقد صدر بمشروعيته قرارات من المجمع والهيئات السابقة بالإضافة إلى مجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف في عام ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م .

وأما التأمين على الدين ، فإن كان من خلال التأمين التكافلي التعاوني (التأمين الإسلامي) فهو مباح شرعاً ما دام التأمين عليه يسير وفقاً للمبادئ والأسس والضوابط والشروط الخاصة بالتأمين الإسلامي التي ذكرها المعيار الشرعي رقم (٢٦) الخاص بالتأمين الإسلامي ، وذلك لأن جميع القرارات والفتاوى الصادرة عن المجمع الفقهية والهيئات والمؤتمرات والندوات ، لم تفرق بين التأمين على الدين أو غيره ما دام تأميناً إسلامياً .

والتأمين على الدين يدخل ضمن التأمين التعاوني التكافلي في حالتي العجز ، أو الوفاة كما نص على ذلك البند (٦) من المعيار الشرعي (٢٦) في فقرته (٢).

إن الديون لها خصوصية في الفقه الإسلامي ، منها عدم بيع الديون إلا بالأعيان أو بشروط وقيود صعبة ، وإن التأمين التكافلي (الإسلامي) الذي يقوم على أساس التبرع

والتعاون وأنه من عقود التبرعات وليس من عقود المعاوضات ، ولذلك فلا مانع من وقوع هذا العقد على الديون ، إذ المحظور هو البيع ونحوه من عقود المعاوضات ، ولذلك يجوز الحط من الديون ، والتنازل عن جميعها بدون مقابل ، بل هذا من أفضل الصدقات فقال تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾^(١) .

ومن جانب آخر فإن مقاصد التأمين من التعاون والتكافل وإغاثة الملهوف وتخفيف المعاناة تتفق تماماً مع تأمين الدين الذي تظهر آثاره الإيجابية عند وفاة المدين حيث تكون أسرته أحوج ما تكون إلى من يخفف عنهم العبء ويزيح عن كاهلهم أعباء الديون التي تركها مئيلهم وإلا أصبحت المصيبة مصيبتين: مصيبة للموت ومصيبة أعباء الديون ، ولا سيما إذا كان منزلهم رهناً معرضاً للبيع لصالح الدائن وبالتالي يكونون مهددين بفقدان منزلهم أيضاً ، ولذلك يكون التأمين التكافلي بمثابة منقذ لهم - بعد الله تعالى - وكذلك الحال في حالة عجز المدين عن العمل بسبب وقوع مرض ، أو حادثة أو فاجعة حلت به حيث يكون أحوج ما يكون إلى العناية والرعاية.

- التكييف الشرعي للتأمين على الديون :

الديون كما ثبت عند الجمهور أنها أموال حقيقية ويطبق عليها أحكام التأمين من حيث الحل والحرمة ومن حيث الضوابط.

وعليه فإن تمّ التأمين على الديون بطريق التأمين التجاري فإنه يترتب عليه ذلك التحريم للأسباب ذاتها التي حُرِّم على أساسها التأمين التجاري من الغرر المؤثر في المعاوضات (الغرر في الوجود ، والمقدار ، والحصول ، والأجل) وأكل أموال الناس بالباطل والربا ، والمخاطرة وما يشبه القمار وذلك من خلال قرارات المجامع الفقهية كلها بحرمة التأمين التجاري ، وكذلك من قبل هيئة كبار العلماء بالسعودية^(٢) .

وقد صدر فتوى عن هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامية في معرض سؤالها عن مدى الجواز لشركة التأمين الإسلامي أن تؤمن ديون البنوك الإسلامية ضد المخاطر المالية الناتجة عن التأخر في سداد الديون ومدى الجواز للشركة أن تسوّق لهذا النوع من التأمين للمؤسسات الأخرى .

وكان الجواب : إنه يجوز لشركة التأمين الإسلامي أن تؤمن ديون البنوك الإسلامية ضد المخاطر المالية الناتجة عن التأخر في السداد أو عدم السداد ، لأن ذلك ينطبق عليه مبدأ التأمين التعاوني الإسلامي القائم على تبادل التبرع بين المؤمن والمؤمن له.

(١) البقرة : ٢٨٠ .

(٢) بحث " تأمين الدين والضمان " بقلم أ.د. علي محي الدين القره داغي - بحوث ندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي(بتصرف).

كما أجازت للشركة أن تسوّق هذا النوع للمؤسسات التي تدخل في مديانات مشروعة ويشترط أن تكون الديون المؤمن عليها مستوفية لأسباب التوثيق والضمانات بأنواعها لتقليل المخاطر ما أمكن.^(١)

إن التأمين التعاوني الإسلامي على الديون يمكن أن يكيّف على أساس الكفالة لأن الجهة المؤمنة تضم ذمتها إلى ذمة المدين في دفع الكفالة، لكن هذا التكييف يمكن أن تلاحظ عليه عدة ملاحظات من أهمها:

إن الشركة المؤمنة لا تضم ذمتها إلى ذمة المدين، بل هي تتحمل الدين في حالة الموت، أو العجز الكلي فقط كما هو الحال في جميع شركات التأمين الإسلامي.

أما قبل ذلك فلا تكون الشركة المؤمنة مسؤولة وضامنة للمدين، وعند حدوث الموت أو العجز الكلي لا يعود المدين مسؤولاً عن الدين، لذا لم يتحقق ضم ذمته إلى ذمة أخرى في وقت واحد، وبالتالي فلم تتحقق الكفالة وقد ذهب بعضهم إلى أن الكفالة هي نقل الدين من المدين إلى الكفيل، وحتى على هذا القول فلا يستقيم الأمر، لأنه في حالة عدم تحقق الشرط، فإن الشركة المؤمنة ليست مسؤولة ولا ضامنة.

ومن جانب آخر، فإن من مقتضى عقد الكفالة أن المكفول له يكون من حقه مطالبة الكفيل والمكفول عنه معاً، أو منفردين، في حين أنه في حالة التأمين على الديون فإن المكفول له (المؤسسة المالية) ليس من حقه إلا مطالبة المدين إذا لم يتحقق الشرط أو مطالبة الشركة المؤمنة في حالة تحقق الشرط المشمول بوثيقة التأمين.

حيث يرى جمهور الفقهاء أن الكفالة المطلقة تعطى الحق للمكفول له مطالبة الكفيل والمكفول عنه مجتمعين أو منفردين.

بل إن الكفالة المعلقة تنطبق تماماً على حالة التأمين على الديون في حالة العجز أو الموت، وهي أن يقول: (إذا أفلس فلان، أو مات فأنا كفيل لك بهذا الدين) حيث أجازها الحنفية ما دامت معلقة على شرط ملائم مثل أن يقول: إذا غاب فلان (المدين) عن البلد فأنا كفيل بالدين، أو شرط جرى به العرف.

والخلاصة إن التأمين على الديون جائز ما دام يتم بطريقة التأمين التعاوني الإسلامي، وقد صدرت فتوى من ندوة البركة الثانية بإجازة ذلك.

- الفرق بين التأمين التعاوني الإسلامي والتأمين التقليدي على الديون :

إن الفروق بين التأمين التعاوني الإسلامي على الديون، و التأمين التجاري عليها كثيرة وهي نفس الفروق بين التأمين التجاري، و التأمين الإسلامي من حيث العقد

(١) كتاب الفتاوى الصادر عن شركة التأمين الإسلامي - عمان - الأردن .

والفائض، والعلاقة، والتكليف، والمبادئ الحاكمة، ووجود الحسابين المنفصلين في التأمين الإسلامي، وحساب واحد في التأمين التجاري، وغير ذلك^(١).

- التأمين على الديون المدومة أو المشكوك فيها :

لما كان في المشتراط حسب فتوى هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامية أن يتم التأمين على الديون المستوفية لأسباب التوثيق والضمانات بأنواعها لتقليل المخاطر ما أمكن^(٢).

فإن التأمين على الديون المدومة، أو المشكوك في تحصيلها لا يجوز لشركة التأمين الإسلامي أن تقوم بالتأمين عليها، لأن الديون بما أنها مدومة فعلاً، أو إنها في حكم المدومة، وبالتالي يكون التأمين عليها محرماً شرعاً لأن فيه تضييع لأموال حملة الوثائق (المشركين) لأن نيتها معلومة مسبقاً، وأنها نوع من المغامرة والمقامرة يجب على الشركة الإسلامية للتأمين أن تتأى عن مثل ذلك، فإذا كان الدين معدوماً فهذا يعني أن حساب التأمين يعوض دين المؤسسة دون التزام سابق للمؤسسة، وتعرض نفسها لخسارة محققة وكذلك الحال في الديون المشكوك فيها، إذ العبرة في الفقه الإسلامي بالظن الغالب، وأن مبناه دائماً عليه في الأحكام الاجتهادية، وإذا كانت الشركة تغامر بهذا التأمين في سبيل احتمال ضعيف باسترداد الدين، فإن هذا يعتبر نوعاً من المقامرة المحرمة، هذا والله أعلم^(٣).

وأما التأمين على ديون المؤسسة المالية ضد المخاطر المالية الناتجة عن التأخر في السداد، فهو جائز ما دام يتم ذلك حسب شروط وثائق التأمين التعاوني الإسلامي.

- التأمين على الدين الربوي :

إن ما اشترطته هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامية في التأمين على الديون هو أن تكون للمؤسسات المالية والبنوك الإسلامية التي تدخل في مديانات مشروعة.

- أسباب تأمين الدين وأغراضه وأهدافه :

إن التأمين على الدين يتعلق في الغالب بثلاث جهات، لذلك فإننا نذكر أهم الأغراض والأهداف لكل واحدة منها إضافة إلى أهم مبدأ وهو تطبيق وترسيخ لمبدأ التعاون المبني على أساس التبرع الملزم، وهي :-

(أ) المؤسسة المالية الدائنة التي لها ديون على عملائها خاصة عقودها الآجلة من مرابحات، واستئصال، ونحوهما، تكون أهم أهدافها في إجراء عملية التأمين لتقليل المخاطر،

(١) بحث "تأمين الدين والضمان" بقلم أ.د. علي محي الدين القره داغي - بحوث ندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي (بتصرف)

(٢) كتاب الفتاوى الصادر عن شركة التأمين الإسلامي - عمان - الأردن.

(٣) بحث "تأمين الدين والضمان" بقلم أ.د. علي محي الدين القره داغي - بحوث ندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي (بتصرف)

وتحقيق الأمان لاستثماراتها وديونها ، ولا سيما أن العميل إذا مات أو عجز ، فإن المؤسسة تتعرض لمخاطر عدم وجود الميل الكافي للسداد أو لمشاكل المحاكم وبيع المرهون ، ناهيك عن ملاحظة الجانب الإنساني فيما لو كان للعميل أولاد قصر ، لذلك فإن التأمين على دين العملاء يحقق للمؤسسات أهدافاً طيبة وأغراضاً جيدة ، وتدرأ عنها مفسد ومشاكل مما يؤدي إلى استقرار عملها .

وفي الواقع أن المؤسسات المالية الإسلامية أمام مخاطر كبيرة من عدة جوانب من أهمها :-

- مخاطر الاستثمار بصورة عامة :

خطر موت المدين أو عجزه عجزاً كلياً بحيث يمتنع فيه عن تسديد دينه فهنا تكون إما بيع العين المرهونة التي قد تكون المنزل الخاص بالمدين ، أو المصنع أو المركبة أو نحوه مما يكون مصدراً لعيشه ، أو أن تترك الموضوع فتخسر ديونها وهذا أمر مستبعد وإن حصل فهذا يعتبر أيضاً كارثة للمؤسسة المالية ، ولا سيما إنها ليست جمعية خيرية ، وإنما مؤسسات استثمارية ساهم بها الناس على أساس الربح وليس على أساس الخسارة ، وإن كانت الخسارة متوقعة ومحتملة مثلها مثل الربح .

وعلى الرغم من أن المؤسسات المالية الإسلامية تأخذ بمعظم الاحتياطات المطلوبة فقد تضخم حجم المديونية المتعثرة ، وأن نسبة كبيرة منها يعود سبب تعثرها إلى موت المدين ، أو عجزه ، لذلك فالحاجة ماسة للتأمين على هذه الديون على الأقل لحالات الموت والعجز ، وذلك بأن يتم تأمين المدين تأميناً تكافلياً وهو ما يطلق عليه تأمين التكافل الاجتماعي " الحياة " .

ومن جانب آخر فإن المال هو إحدى الضروريات الخمس المتمثلة بحفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال وإنها سميت بالضروريات لأن استمرار حياة الناس قائم على هذه الضروريات فإن فقدت أو أختلت اختل الأمن وأخل توازن العلاقات وتأثر كل شيء بين الناس .

وبالتالي فالحفاظ على المال وتنميته وحماية حقوق المستثمرين وتشجيعهم من خلال حفظ أموالهم عن الضياع والتأخير ، بل تنميتها واجب على المرء تفرضه أحكام الشريعة الإسلامية الغراء .

ولا شك إن التأمين على الديون في حالة الموت أو العجز يحقق أمناً وأماناً لهذه المؤسسات المالية الإسلامية ، ويحفظها من تراكم الديون وآثارها الخطيرة ويحقق لها عوائد مجزية من ناحيتين هما : عودة الدين (رأس المال والعائد) إلى البنك واستثماره والاستفادة من عوائده ، في حين إن الدين إذا لم يُرد فقد ضاع على البنك كله وإذا تعثر وتأخر المدين فقد ضاع على البنك عائدته واستثماره ، وفي كلتا الحالتين تتأثر أرباح البنك سواء كانت

بالنسبة للمساهمين ، أو المودعين بل إذا زادت الديون المتعثرة قد يصل الأمر إلى إفلاس المؤسسة المالية ، وهذا غير محمود .

ومن هنا فإن التأمين الإسلامي على المدنيين في حالة الموت أو العجز يعتبر أحد الحلول الناجعة لمشكلة الديون المتعثرة في المؤسسات المالية الإسلامية .

والشريعة الإسلامية أدركت أهمية هذا الموضوع ، وكانت سباقة في هذا الموضوع أيضاً ، حيث شرعت عقوداً تبعية لحماية الدين مثل الكفالة التي هي ضم ذمة شخص آخر ملىء قادر على الأداء إلى ذمة المدين ، والرهن الذي هو توثيق الدين بالعين ، والحوالة التي هي نقل ما في ذمة مدين إلى مدين ملىء ، كما قال الرسول ﷺ : ﴿ إذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع ﴾ .

(ب) الشخص المدين حيث يحقق التأمين على ديونه أغراضاً وأهدافاً طيبة ، حيث يكون مطمئناً أن ورثته لن يتحملوا ديونه بعد موته ، ولهذا نجد إن حاجة المدين ومصالحته في تأمين دينه يتمثل من جانبين : -

الجانب الأول: المتمثل في الآثار السلبية للديون على المدين نفسه وعلى أسرته في حالة موته ، حيث إن الأسرة بعد موته فقدوا بذلك معيولهم المسؤول عنهم مع توارث تركة الدين الثقيلة ولا سيما إذا كان مصدر إعالتهم الوحيد ، أو إن موضوع الدين كان تمويل شراء منزل أو مركبة يمثل مصدر رزقهم ، مرهونة لأجل ذلك الدين ، حيث إن البنك الدائن المرتهن يقوم بإجراءات البيع ، لينتهي الأمر إلى أن تطرد الأسرة بعد موت معيولها المدين من منزلهم ، أو يحرموا من مصدر دخلهم.

لذلك فهذه حاجة ملحة تقتضى العلاج من خلال التأمين على الديون ، حيث إن شركة التأمين الإسلامي في هذه الحالة تدفع الدين بالكامل للمؤسسة المالية وتدفع عن كاهل الورثة هذا العبء الثقيل وتتخذ الأسرة من التشرد والحرمان وفي ذلك مصالح كبيرة تعم عليهم مما يقوم حياتهم ويعينهم على استمرارها .

الجانب الثاني: يكمن في تبرئة ذمة المدين نفسه بعد الموت ، حيث تكفلت شركة التأمين التعاوني الإسلامي بدفع قيمة الدين المتبقي ، وبالتالي ضمن المدين وهو حي من يكفل دينه ويبرئ ذمته بدفع ديونه ، وهذه منفعة عظيمة أخرى .

(ج) حساب صندوق التأمين التعاوني حيث يقدم هذه الخدمة للمشاركين فيه فيستفيد الصندوق من خلال زيادة الأعضاء ، ويستفيد المشاركون كذلك من خلال توزيع الأعباء الإدارية والتعويضات ، حيث إن النظرية الاكتوارية تقتضي أنه كلما ازداد العدد قل العبء ، وبالتالي فإن جميع المشاركين في هذا الصندوق هم شركاء في الغنم والغرم ويبدو ذلك جلياً في توزيع الفائض على حملة الوثائق " المشتركين " كما

يبدو واضحاً من خلال قيام هذا الصندوق بتحمل أعباء الدين وتبعاته من تعويضات وخلافه .

وبالإضافة إلى ذلك ، فإن صندوق التأمين التعاوني يُحقق الأهداف الآتية : -

- (١) تمديد نطاق التسهيلات الائتمانية لتشمل قاعدة أوسع من الفقراء النشطين اقتصادياً بجانب المستثمرين وذلك مدافعة للفقير .
- (٢) تقديم حوافز عملية للمؤسسات المالية والمصارف لتشجيعها الدخول بصورة جادة في مجال التمويل وخدمات المال .
- (٣) تحريك الأرصدة المجتّبة كإحتياطات لمقابلة عدم سداد الدين لدى المصارف ومؤسسات التمويل .

وبناءً على ما سبق أن ذكرناه، إن هناك حاجة ملحة للعملاء والمؤسسة المالية الإسلامية معاً إلى التأمين على الديون، ولذلك فإن الغرر الموجود في التأمين التعاوني الإسلامي يكون مغتصراً مرتين مرة: لأنه من باب التبرعات التي يتسامح فيها مع الغرر، ومرة ثانية: لوجود الحاجة الملحة التي يفترض معها الغرر .

- صاحب المصلحة التأمينية في التأمين على الدين :

في التأمين على الدين تتحقق المصلحة التأمينية لدى المؤسسة المالية الدائنة ، والشخص المدين ، وبالتالي فيجوز لكل واحد منهما منفرداً أو مجتمعين أن يقوموا بهذا التأمين وبالتالي فإن أعباء التأمين (الاشتراك) أو قسط التأمين، يجوز أن يتحملها الدائن أو المدين، أو كلاهما ، كما أنه يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر أن يقوم بالتأمين على الدين ، وهذا الشرط لا يتعارض مع نص شرعي ، ولا مع مقتضى عقد المرابحة، بل إنه شرط فيه مصلحة لكل من الطرفين .

إن الفائض التأميني الموزع من قبل شركة التأمين الإسلامي يتبع من قام بدفع الاشتراكات (أقساط التأمين) ، حيث إن الشخص الذي دفع الاشتراك (قسط التأمين) سواء كان دائناً أم مديناً هو صاحب الحق في الفائض التأميني وإذا كانا قد دفعا الأقساط مُشترَكَيْنِ فإن الفائض يدخل في حسابهما كُلُّ حسب قيمة الاشتراك الذي دفعه.

- حدود التغطية التأمينية :

تلتزم شركات التأمين الإسلامية في التأمين على الدين بحالتين، هما حالة موت المدين وحالة عجز المدين عجزاً كلياً ، كما وتشتمل التغطية التأمينية للدين حالات إعسار أو إفلاس المدين ، حيث تدفع الشركة للمؤسسة الدائنة من حساب صندوق التأمين التعاوني جميع المبالغ المتبقية الثابتة على المدين يوم وفاته أو عجزه .

ويمكن أن تتفق شركة التأمين الإسلامي مع المؤسسة الدائنة أو الشخص المدين بأن تتحمل الشركة نسبة من الخسارة الناتجة وتتحمل المؤسسة أو المدين العاجز أو تركته ما تبقى من الدين .

إذا كان المؤمن يتعامل مع مؤسسة مالية إسلامية تتوافق عقودها مع أحكام الشريعة الإسلامية فإنه يجوز لشركة التأمين الإسلامي أن تؤمن على جميع الدين الثابت بسبب عقد مشروع سواء كان الدين يتضمن ربحاً مع أصل الثمن كما في تمويل المراجعة وبالتالي فإنه في حالة الموت أو العجز يُدفع كل المبلغ المتبقي من الدين يوم الوفاة أو العجز .

أما إذا كانت المؤسسة الدائنة مؤسسة مالية تقليدية (تجارية) ، وأن العقد مصدر الدين قائم على أساس الربا ، فلا يحق لشركة التأمين الإسلامي أن تؤمن على رأس المال المدفوع ، ولا أن تدفع عند موت المدين أو عجزه ، لا الدين القائم ولا الفوائد المترتبة على رأس المال.

وهذه مسألة بحاجة إلى دراسة شرعية معمقة ولا يجوز الدخول بها إلا بعد صدور فتوى أو تكييف شرعي لهذه المعاملة والله أعلم .

إن التأمين على الديون يتطلب من شركة التأمين الإسلامي أن يكون لديها معلومات ائتمانية يتم تزويدها بها من قبل طالب التأمين معتمداً من الجهة ذات العلاقة ، وهذا ما يسمى في كثير من المؤسسات المالية ببنك المعلومات حيث يختزن به السيرة الائتمانية للمدين أو طالب التأمين.

وبذا تستطيع شركة التأمين الإسلامي ، اتخاذ القرار السليم بعد تقييم حالة طالب التأمين على الدين ائتمانياً بالإضافة إلى دراسة العوامل التالية والخاصة بطالب التأمين وهي :-

- (١) أن يكون للجهة الممولة نظام مُحكمٍ لمتابعة الدين .
- (٢) نوع النشاط التجاري الذي يمارسه طالب الدين .
- (٣) أجل الدين (طويل - قصير) .
- (٤) توزيع الخطر (عدد كبير من المدينين بمبالغ صغيرة ، أو عدد صغير من المدينين بمبالغ كبيرة) .
- (٥) تاريخ (سجل) طالب التأمين وتجربته السابقة مع الديون .

وتقدم شركات التأمين الإسلامي تأمين الدين للممولين بعدة أشكال :

- وثيقة مبنية على إجمالي الدخل السنوي .
- وثيقة لعملية محددة .

- وثيقة لعقد واحد .

ويكون لشركة التأمين الإسلامي الحق في الاسترداد من المدين طبقاً لشروط وثيقة التأمين ومبدأ الحلول القانوني .

- الجهات المستفيدة من التأمين على الديون :

- (١) المصارف الإسلامية ، وشركات التمويل ونحوهما من المؤسسات المالية والتجارية والاستثمارية ممولو ومشغلو مشروعات الإسكان للتمليك المباشر، أو عن طريق البيع التجاري .
- (٢) منتجو وموزعو السلع والخدمات .
- (٣) مقدمو خدمات البيوع الآجلة ، والاستصناع ، والسلم .
- (٤) مؤسسات الإقراض وبنوك الفقراء للإقراض والمشروعات الصغيرة .
- (٥) ممولو خدمات التعليم ، ومشروعات الحرفيين ، والخريجين ، والأسر المنتجة ونحو ذلك ^(١) .

^(١) " تأمين الدين والضمان " بقلم أ.د علي محي الدين القره داغي - بحوث ندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي (بتصرف).

سابعاً : الحق التعويضي

كما هو معلوم لدى الجميع أن التأمين يكون إما على الممتلكات أو على المسؤوليات أو على الأشخاص ، وإن التأمين التعاوني قائم على أساس التبرع الذي هدفه وغايته الأصلية هي تعاون جمهور المستأمنين فيما بينهم لجبر الضرر الذي يصيب أحدهم وإن استثمار الأموال المتبقية في صندوق حملة الوثائق وتمييتها بالطرق المشروعة وتحقيق الربح هي غاية أو هدف تبعي وليس أصالة .

إن العلاقة بين حملة الوثائق وبين الصندوق عند الاشتراك هي علاقة التزام بالتبرع والعلاقة بين المستفيد وبين الصندوق عند التعويض هي علاقة التزام الصندوق بتغطية الضرر حسب شروط وتحديدات وثيقة التأمين ذات العلاقة .

إن العلاقة بين المستأمن أو المشترك وبين شركة التأمين الإسلامية تتمثل في قبول المشترك عضواً في صندوق التأمين التعاوني وقبول تبرعه للغرض الذي يتضمنه النظام الذي وافق عليه عند تقدمه بطلب العضوية وأما حقوقه لدى الشركة وهي تعويضه عن الأضرار الفعلية التي تصيبه نتيجة تحقق الأخطار المؤمن منها أو دفع التأمين في حالة وقوع حادث الوفاة مثلاً فهو شرط في تبرعه والشروط في التبرعات جائزة باتفاق الفقهاء على أن من تبرع بمال لقوم موصوفين بصفة معينة ، كالفقير أو المريض ، فإنه يستحق في هذا التبرع إذا وجدت فيه هذه الصفة ، بأن صار فقيراً أو مريضاً ، ولا خلاف في جواز الوقف على طلاب العلم في مكة أو في الأزهر ، ويستحق الواقف في هذا الوقف إذا صار طالباً للعلم في مكة أو في الأزهر وذلك كما لو وقف سكنى داره على الأرامل ثم صار أرملاً فإنه يسكن معهم .

والمشترك في التأمين الإسلامي الذي يوقع عقداً مع شركة التأمين ، ويقبل نظامها الأساسي الذي ينظم التصرف في أموال التأمين التي يدفعها المشاركون فيه ، يلتزم بالتبرع من القسط ومن عوائد استثماره ، بما يكفي لدفع التعويضات المطلوبة لمن يصيبه ضرر من المشتركين بشرط أنه إذا وقع عليه ضرر نتيجة وقوع خطر من الأخطار المؤمن منها فإنه يستحق التعويض ، بحكم عضويته في صندوق التأمين التعاوني ، فكل من يتبرع بالقسط يتبرع لجماعة موصوفين بصفة معينة ولأغراض معينة ، فإذا وجدت فيه هذه الصفة فإنه يستحق التعويض بصفته عضواً في جماعة كان التبرع لها ، وفقاً لنظام التأمين ، ووجدت فيه شروط الاستحقاق كما توجد في غيره .

وهناك تناسب بين قسط التأمين ونوع الخطر المؤمن منه ، ومبلغ التأمين ، ولقد ذكرنا أن المشترك يتبرع من هذا القسط ، ومن عائد استثماره ، في حدود ما يكفي لدفع التعويضات لمن تصيبه أضرار من أفراد جماعة المشتركين ، نتيجة وقوع الأخطار المؤمن منها ، فهو لا يتبرع بكامل القسط وعوائد استثماره ، بل بما يكفي لدفع التعويضات

المطلوبة من الشركة في خلال المدة ، والباقي يكون على ملك المشترك ، ويمكن توزيعه على أفراد جماعة المشتركين على شكل فوائض تأمين ، وذلك بعد خصم بعض الاحتياطات لصالح أفراد هذه الجماعة في المستقبل .

إن التأمين يكون إما على الممتلكات أو على المسؤولية أو على الأشخاص ، فيكون التعويض أو مبلغ التأمين حسب نوع التأمين ، وهما نوعان :-

أولاً: التأمين على الممتلكات والمسؤوليات :-

مثل المركبات والمصانع والمنازل والمحلات وغير ذلك من الأموال ومسؤولية ما ينتج عنهم من مخاطر للغير نتيجة قيامه بنشاط مثل قيادة مركبة أو إنشاء بناء .

وفيه يحدد مبلغ التأمين الذي يحدد القسط على أساسه ، والتعويض في هذه الحالة يكون في حدود هذا المبلغ لا يزيد عليه بحال ، وإن كان الضرر الواقع للمستأمن نتيجة وقوع الخطر المؤمن منه يزيد عن هذا المبلغ ، ولكن المشترك في نفس الوقت لا يستحق هذا المبلغ كاملاً في جميع الحالات ، بل يستحق التعويض عن الضرر الفعلي الذي أصاب الشيء المؤمن عليه نتيجة وقوع الخطر المؤمن منه ، وإن قل عن مبلغ التأمين ، فالمشترك في التأمين على الأشياء يستحق التعويض بمقدار الضرر في حدود مبلغ التأمين .

والدليل الشرعي على ذلك أن المشترك لو استحق مبلغ التأمين كاملاً ، والذي دفع القسط في مقابلته ، بصرف النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب المال المؤمن عليه ، لكانت هذه المعاملة قماراً يحرم الاتفاق عليه ، ذلك أن دافع القسط قد يدفع قسطاً واحداً ، ثم يستحق مبلغ التأمين كاملاً ، وقد يدفع أقساط التأمين ، طوال مدة التأمين ، ثم لا يقع الخطر المؤمن منه ، أو يقع ولكن لا يترتب على وقوعه ضرر يساوي مبلغ التأمين ، فيأخذ مبلغ التأمين دون ضرر وقع عليه ، أو وقع عليه ضرر أقل من مبلغ التأمين ، ولذلك اشترطنا في التأمين على الأشياء أن ينص في نظام التأمين ، وفي الوثيقة التي يوقعها المشترك مع شركة التأمين على أن محل التعويض هو الضرر الفعلي .

مثال على التأمين على الممتلكات ، تأمين المركبات حيث يشمل هذا النوع من التأمين على ثلاثة فروع هي :-

(١) تغطية العين المملوكة وهي المركبة عن الأضرار التي تصيبها نتيجة الحوادث وفيه تلتزم شركة التأمين بأن تعوض المؤمن له عن الأضرار التي تصيب السيارة بسبب الحادث في حدود مبلغ التأمين الذي تحدده وثيقة التأمين .

(٢) التأمين على المسؤوليات التي تمثل مسؤولية السائق أو المالك عن الأضرار التي يسببها للغير ، وفيه تلتزم شركة التأمين بتعويض المؤمن له عن الضرر الذي يصيبه من جراء ثبوت مسؤوليته عن حادث السيارة تجاه الغير ، بسبب خطئه وذلك في حدود المسؤوليات التي ينظمها القانون أو النظام الساري .

(٣) تغطيات إضافية للسائق والمالك تغطي خطر الموت أو الإصابة والعلاج، وفيه تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين الذي تحدده الوثيقة للمؤمن له أو ورثته .

ثانياً: التأمين على الأشخاص :-

(١) اتفق على تسمية التأمين على الأشخاص بالتأمين التكافلي الاجتماعي وذلك لأن أبرز وجوه التكافل تظهر في هذا النوع من أنواع التأمين الإسلامي، وأساس هذا النوع من التأمين، بالإضافة إلى التعاون والتبرع، التكافل بين المشتركين، وليس التعويض عن الضرر الفعلي الذي يمكن تقديره، بوسائل التقدير الشرعية فالتعويض في التأمين على الأشخاص يدفع لتغطية أضرار معنوية متوقعة وغير محددة ويحدث بعضها في المستقبل، كما أن هذا النوع يتميز عن التأمين على الأشياء بأن الأقساط المحددة في وثيقة التأمين يمكن إسقاطها والتنازل عنها أو قيام هيئة المشتركين بدفعها نيابة عن المشترك في حالات خاصة ينص عليها في نظام أو وثيقة التأمين، كحالات الموت والعجز والمرض .

وفي هذا النوع من التأمين يجوز دفع مبلغ التأمين الذي تحدده وثيقة التأمين كاملاً عند وقوع الحادث المؤمن منه، دون حاجة إلى إثبات ضرر فعلي مادي أو معنوي، كحالة الوفاة في التأمين على الحياة، فإن ورثة المشترك يستحقون مبلغ التأمين دون حاجة إلى إثبات أن ضرراً ما قد أصابهم من جراء موت المورث، وقد يُقال، إن الضرر هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، فقد يكون الورثة أغنياء، وقد يتخلصون بموت المورث من تكاليف ونفقات باهظة تكبدوها طوال مرضه، لأنه لم يكن قادراً على الكسب، ومع ذلك يستحق الورثة مبلغ التأمين، والذي يسمى مبلغ التكافل وهذا المبلغ بالإضافة إلى إنه ليس له صفة تعويضية يكون حدّه الأعلى كما حدد في وثيقة التأمين التكافلي .

والتأمين التكافلي تجيزه قواعد الشريعة ويجري عليه ما تم التوصل إليه في الحكم إجازة التأمين التعاوني وذلك لأنه لا ارتباط بين دفع القسط في هذا النوع من التأمين ومبلغ التأمين، فالمشترك يدفع قسطاً على سبيل التبرع ويوافق في نفس الوقت، على ما وافق عليه غيره من جماعة المشتركين، على التكافل، ويحدد طريقة هذا التكافل، والأحداث أي الأخطار المؤمن منها والتي يدفع فيها مبلغ التأمين عند وقوعها، على سبيل التكافل .

(٢) توزيع التعويض بعد وفاة المستفيد على الورثة الشرعيين أو المستفيدين من غير الورثة بحسب ما يختاره المؤمن له ويجب أن نفرق في هذا بين أمرين :-

(أ) حصة المستأمن أو المشترك من الفائض التأميني، أي ما يزيد عن مقدار التعويضات التي تدفعها الشركة في سنة معينة، من أموال التأمين، أي الأقساط وعوائدها، وكذلك إذا نصت الوثيقة على استحقاق المشترك لاسترداد جزء من

الأقساط في حالات معينة، ووجدت حالة منها قبل موته فهذه تورث عنه بحكم الشرع وتقسم قسمة ميراث .

(ب) مقدار التعويض المشروط في الوثيقة حال الوفاة وفقاً لنظام الشركة وهو يدفع لمن شرط لهم بحكم الشرط .

ذلك أن المشترك لا يستحق التعويض، ولا يدخل في ملكه ابتداءً إذا وقع حادث الموت حتى نتحدث عن مصيره وانتقاله لغيره، لأن هذا المبلغ يستحق بالشرط، لأنه تبرع لا معاوضة، والنص في الوثيقة هو أن ورثة المشترك يستحقون مبلغ التعويض أي مبلغ التأمين عند الوفاة، وعند ذلك يكون البحث : هل يستحقون بالتساوي أو على حسب قسمة الميراث، وهل له أن يشترط توزيع التعويض على الورثة بطريقة تخالف قواعد الإرث .

والخلاصة أن التوزيع يتبع الشرط الذي شرطه المشترك إذا كان هذا الشرط متفقاً مع نظام التأمين الذي ارتضاه المشتركون عند الدخول فيه ، ويقوي ذلك ما يلي :-

(١) سبب الاستحقاق هو الوفاة ، والحكم لا يوجد قبل سببه، وبالتالي فلا يدخل مبلغ التعويض في ذمة المشترك قبل موته، فلا يدخل في تركته، وبالتالي فلا ينفذ عليه الدائنون ولا تدفع منه الديون، ولا يوزع على أساس قواعد توزيع التركة.

(٢) مبلغ التأمين ليس تعويضاً عن فقدان النفس أو الأعضاء، كالمشأن في ديانات النفس والأطراف يدفعها القاتل أو المعتدي لورثة القتيل، لأن هناك شخص مسؤول عن ذلك، بل تبرع ومساعدة تدفع في حالة الكوارث ، كالموت وفقد الأعضاء ، وفقاً لنظام تكافلي أو تعاوني تحدد فيه موارد هذا النظام ومصارفه وقواعد الاشتراك في الصندوق المخصص له .

(٣) إمكانية التفاوت في الأقساط والتعويضات على الأشخاص تبعاً لأهمية العضو أو الحاسة المفقودة فيه ، كاليد بالنسبة للخطاط والرسام والجراح .

ليس هناك ما يمنع شرعاً من هذا التفاوت ، فأساس تحديد القسط ومبلغ التأمين هو اتفاق المشترك، أي المتبرع، وشركة التأمين التي تنوب عن (هيئة المشتركين) وليس هناك دليل شرعي يوجب التسوية في تحديد مبالغ التأمين أو الأقساط، بالنسبة لجميع المشتركين ، بل يجوز التفاوت بحكم الأصل في مقدار القسط ومقدرا التعويض ، وهو أمر واقع بالنسبة للتأمين على الأشياء كذلك فهناك يمكن تحديد مبلغ التأمين والقسط الذي يدفع بناء عليه بالتفاوت، وإن كان التعويض عن الضرر الفعلي، والضرر في التأمين على الحياة ضرر معنوي لا يمكن تقديره مادياً ، بل ولا إثباته، فكان اتفاق طرفي العقد ، وأعضاء هيئة المشتركين يقوم مقام التقدير للضرر الفعلي المادي، فيترك لهما حق تقديره

وكائنا أمام قائمة في النظام الأساسي للشركة تبين الأحداث أو الأخطار المؤمن منها والمبالغ المستحقة ، والفرق أنه في الضرر المادي يكون التعويض بقدره لإمكان تقديره ، وفي الضرر الأدبي يكون التعويض بقدر مبلغ التأمين على اعتبار أن هذا هو الحد الأدنى من الضرر الذي أمكن تقديره مادياً فنظراً لتعذر التقدير قام التقدير والتحديد عند التعاقد مقام التقدير والتحديد بعد وقوع الخطر .

وعلى هذا الأساس فإنه يجوز التفاوت في الأقساط ، وفي مبالغ التعويض شأن التأمين على النفس في ذلك شأن التأمين على الأشياء أو من الأضرار ، في أن كل نوع يتحدد فيه مبلغ التأمين ويحدد القسط بناء عليه ، والخلاف فقط في طريقة تحديد التعويض عن الضرر الذي ترتب على وقوع الحادث أو الخطر المؤمن منه ، فإذا كان الضرر مادياً كان التعويض بمقدار الضرر الفعلي ، وذلك في التأمين على الأشياء ، وإذا كان الضرر معنوياً وتعذر تقديره ، كان مبلغ التأمين هو مقدار الضرر .

وكان النظام الأساسي لشركة التأمين ينص على ما يلي : -

(١) تحدد الأقساط المدفوعة على أساس مبلغ التأمين ، بشرط أن لا يزيد عن الضرر الفعلي ، على أنه في التأمين على الحياة حيث يتعذر تقدير الضرر الأدبي مادياً فإن الضرر يقدر بمبلغ التأمين .

(٢) لأعضاء هيئة المشتركين ، والمنضمين إليها ، حق التبرع بالمال ، في الحالات التي يحدونها ، وللأشخاص الذين يحدونهم ، وبالمبالغ التي يتم تحديدها وفقاً للأسس المتفق عليها ، ولكن لا بد من الاتفاق في النظام الأساسي على قواعد هذا التحديد ، بحيث يكون العضو المشترك أو المنضم على علم بهذه القواعد ويعد توقيعه على وثيقة التأمين قبولاً منه لهذا النظام من جهة ، وتطبيقاً لهذا النظام في حقه بالتوقيع على وثيقته من جهة أخرى .

(٣) الأصل الإباحة ، إلا إذا ثبت سبب محرم في المعاملة ، والسبب المحتمل هنا للمنع والتحریم هو الغرر ، غير أن الغرر لا يؤثر في عقود التبرع ، ولنظام كله قائم على التبرع ، ويجوز أن يتبرع أو يقف أو يتصدق على من يوجد في المستقبل على الصفة ، فإذا أوفى على الأيتام صح ويستحق اليتيم غير الموجود عند التصديق ، فجاز التصديق للمعدوم وبالمعدوم وبالمجهول ، فكان التبرع بالمعلوم جائزاً من باب أولى (١) .

(١) بحث الدكتور حسين حامد حسان - التأمين على الحياة والسيارات والحق التعويضي (بتصرف) .

مشروع قرار

إن انتشار شركات التأمين الإسلامية في أنحاء الوطن العربي والإسلامي وبعد أن تمّ تكوين الاتحادات الخاصة بشركات التأمين الإسلامية لرعاية شؤونها وتوثيق أواصر التعاون والتكافل بين شركات التأمين الإسلامية، وإن تحقيق ذلك لا يكون إلا من خلال مشروع قرار ينظم ويضبط آليات عمل التأمين التعاوني الإسلامي ومفهومه وتكليفه الشرعي على أن يشمل المناحي التالية كإطار لهذا المشروع :-

(١) توحيد أسس العمل فيما يتعلق بعملية إدارة التأمين التعاوني الإسلامي وإعادة التأمين التعاوني الإسلامي .

وإننا نعرض المنهج الذي اتبعناه في تطبيق التأمين التعاوني شركة التأمين الإسلامية في الأردن .

(٢) توحيد نصوص وثائق التأمين المختلفة التي تستخدم أو من المحتمل استخدامها في أسواق التأمين المختلفة العربية والإسلامية وتعميمها على جميع شركات التأمين التعاوني الإسلامية .

(٣) توحيد الأطر التشريعية الحاكمة لنشاط التأمين التعاوني وذلك بالتعاون مع الجهات الرقابية التي تتولى المراقبة على نشاط التأمين في الدول التي تعمل فيها شركات التأمين الإسلامية .

(٤) تُحاول بعض شركات التأمين التقليدية محاكاة المؤسسات الاقتصادية الإسلامية بما فيها شركات التأمين الإسلامية في إيهام جمهور المتعاملين بأنها تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية من خلال نوافذ إسلامية متناسيين ما تتطوي عليه هذه الممارسات من خلط للأموال ووقوعها تحت طائلة الشبهات .

وعليه نُهيب بأصحاب الفضيلة العلماء دراسة هذا النشاط وإصدار الفتاوى لتعميمها على جميع الجهات الرقابية في الدول العربية والإسلامية تحذّر من تقديم أية خدمة تأمين تحمل صفة التأمين التعاوني الإسلامي من خلال استحداث النوافذ الإسلامية في المؤسسات المالية التقليدية لما في ذلك من شبهات .

(٥) توحيد وتأطير هيئات الرقابة الشرعية في شركات التأمين التعاوني الإسلامي وتبادل الفتاوى الشرعية الخاصة بنشاطات هذه الشركات والعمل على نشرها في كتاب واحد يضم جميع الفتاوى ذات العلاقة والصادرة عن هيئات الرقابة الشرعية لتعم الفائدة للجميع وتجنب الازدواجية لما لهذه الفتاوى من خصوصية ويكون بذلك مرجعاً معتمداً مثل مراجع المعايير الدولية .

(٦) تبادل الخبرات بين أسواق التأمين في العالم الإسلامي والتي تعتمد التأمين التعاوني أساساً لنشاطها التأميني وصولاً إلى بيان الأحكام الشرعية المتشابهة وإزالة أية عوائق قد تعيق انتشار وتقدم هذا النشاط الاقتصادي المبني على أصول الأحكام الشرعية .

(٧) تبني المعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية كأساس في آلية ومفهوم وعمل شركات التأمين وإعادة التأمين الإسلامية في الجانب الشرعي وكذلك المحاسبي واعتبارها مصدراً من مصادر المراجع الرسمية لهذا النشاط.

أرجو أن أكون قد وفقت في تلمس وبيان الجوانب المتعددة لهذه المحاضرة التي اشتملت على العديد من المواضيع الاقتصادية الإسلامية الهامة والتي يحتاج كل عنوان منها لدراسة مستفيضة .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، ،

أحمد محمد صباغ

المدير العام

شركة التأمين الإسلامية

رئيس الاتحاد العالمي لشركات التكافل والتأمين الإسلامي

المملكة الأردنية الهاشمية

الملحق رقم "١"
معايير توزيع الفائض التأميني
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

لقد تمّ وضع جُملة من المعايير لتوزيع الفائض التأميني في شركات التأمين الإسلامية، من قِبَل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين بحيث يترك لإدارة كلّ شركة حرية اختيار المعيار الذي تراه مناسباً وإنّ من أهمّ المعايير المعتمدة في شركات التأمين الإسلامية هي المعايير التالية :-

المعيار الأول :

شمول توزيع الفائض التأميني لجميع حملة الوثائق دون تفريق بين مَنْ حصل على تعويضات ومَنْ لم يحصل، بنسبة أقساط التأمين التي شارك فيها كلّ مشترك، لأنّ كلّ مشترك متبرع للآخرين بما يدفع لهم من تعويضات وما بقي من اشتراكه يجب أن يردّ إليه بعد خصم ما تتطلبه العمليات التأمينية من مصاريف ونفقات وتكوين الاحتياطات .

وهذا المعيار يُغلب مراعاة جانب المعنى التعاوني الذي يشعر به المكتتب فله نصيب من الفائض التأميني حتى لو حصل على تعويضات مستغرقة لأقساطه أو أقلّ منها. ويجري العمل بهذا المعيار في شركة التأمين الإسلامية في الأردن .

المعيار الثاني:

شمول توزيع الفائض التأميني لحملة الوثائق الذين لم يحصلوا على تعويضات أصلاً، أما الذين حصلوا على تعويضات فلا يستحقون شيئاً من الفائض التأميني .

وهذه الطريقة تراعي استفادة الحاصلين على مزايا التعاون مهما قلّت، فتعتبر ذلك استفادة تعفي من شمول التوزيع لهم .

المعيار الثالث :

التفريق بين مَنْ حصل على تعويضات استغرقت جميع أقساطه وبين مَنْ حصل على تعويضات أقل من أقساطه .

فالذين حصلوا على تعويضات استغرقت جميع أقساطهم لا يستحقون شيئاً من الفائض التأميني ، أما الذين حصلوا على تعويضات لم تستغرق جميع أقساطهم فيتم توزيع الفائض التأميني عليهم وتكون حصتهم منه كاملة مخصوماً منها الجزء من التعويض الذي حصلوا عليه .

المعيار الرابع :

توزيع نسبة مئوية ثابتة من الفائض التأميني المخصص للتوزيع على المستأمنين (حملة الوثائق) والاحتفاظ بالباقي في الشركة .

المعيار الخامس :

تقسيم الفائض التأميني المخصص للتوزيع بين حملة الوثائق بحيث يُعطى المتضررون الذين دفعت لهم تعويضات نصف ما يُعطى لغير المتضررين .

الملحق رقم "٢"
جدول يوضح الفرق
بين التأمين التعاوني الإسلامي والتأمين التجاري
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

التأمين التجاري	التأمين التعاوني الإسلامي
<p>(١) التأمين التجاري من عقود المعاوضات ولا يخلو من الربا والغرر وغيره من المحظورات الشرعية.</p> <p>حيث لا تتحرج شركات التأمين التجارية أو التقليدية أن تقوم بالتأمين على أمور محرمة وأن تستثمر أموالها بأسلوب ربوي .</p>	<p>(١) التأمين التعاوني الإسلامي قائم على التعاون ويدخل في مسمى عقود التبرعات ويخلو من الربا وغيره من المحظورات الشرعية .</p>
<p>(٢) وجود لجنة فنية فقط .</p>	<p>(٢) وجود هيئة رقابة شرعية ، حيث إنها تقوم بالتدقيق على سجلات الشركة وعقودها واتفاقيات إعادة التأمين، ومجالات استثماراتها، وتتأكد من أن جميع هذه الأعمال قد تمت إدارتها وفق الأصول الشرعية وخالية من أي محظور شرعي لأنها بذلك تتوب عن لا نائب له .</p>
<p>(٣) العلاقة القائمة بين الشركة والمؤمن له تقوم على أساس تجاري تحكمه ظروف العرض والطلب .</p>	<p>(٣) العلاقة القائمة بين المؤمن له (وهو المستأمن) والمؤمن (هم المستأمنين) هي شركاء متضامنين في العُثم والغُرم .</p>
<p>(٤) لا يعود أصل أو أي جزء من قيمة القسط المدفوع بأي حالٍ من الأحوال إلى صاحبه المؤمن له .</p>	<p>(٤) يعود أصل قيمة القسط المدفوع إلى صاحبه على أساس أنه فائض تأميني، بعد استقطاع حصته من التعويضات والمصاريف نظاماً .</p>

<p>٥) عوائد استثمارات أصول الأقساط تؤول لصالح الشركة التجارية (المساهمين) فقط دون غيرها.</p>	<p>٥) عوائد استثمارات أصول الأقساط تخص أصحابها المؤمنين بعد استقطاع حصة الشركة "كمضارب" .</p>
<p>٦) تهدف الشركة إلى تحقيق أعلى ربحية ممكنة للمساهمين .</p>	<p>٦) تهدف الشركة في المقام الأول إلى توفير التعاون والتكافل بين أفراد المجتمع وتمميته .</p>
<p>٧) أرباح الشركة ناتجة عن استثمار أموالها الذاتية بالإضافة إلى الأرباح التجارية الناتجة عن عمليات التأمين كاملة .</p>	<p>٧) أرباح الشركة ناتجة عن استثمار أموالها الذاتية وعن حصتها "كمضارب" من عوائد استثمار فائض أقساط التأمين، وعن الأجر المعلوم مقابل إدارتها بصندوق التأمين التعاوني .</p>
<p>٨) لديها رأس مال واحد يخص "المساهمين فقط" .</p>	<p>٨) تمتاز بوجود رأس مال "ثابت: يخص المساهمين ورأس مال آخر "متغير" يخص "حملة الوثائق" .</p>

الملحق رقم "٣"
شروط وتحديدات وثيقة تأمين السيارات الشامل
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

(١) التزامات المستأمن :

يلتزم المستأمن في عقد تأمين المركبات تأميناً شاملاً وهو الذي يغطي الأضرار والخسائر التي تصيب هياكل المركبات وملحقاتها بالإضافة إلى شمول المسؤولية المدنية للسائق و/أو المالك تجاه الغير بالالتزامات التالية :-

(١) تقدير قيمة المركبة المؤمن عليها على أساس قيمة مثيلاتها في السوق المحلية والتوقيع على عقد التأمين .

(٢) دفع أقساط التأمين حسب التقدير الخاص بذلك وفق الأسس المعمول بها في الشركة وفي أوقاتها المحددة حيث يتم في الغالب تحديد قيمة القسط السنوي بضرب قيمة المركبة السوقية في سعر التأمين (١) المحدد في التعرفة .

(٣) اتخاذ كافة الاحتياطات المعقولة واللازمة للمحافظة على المركبة المؤمن عليها وحمايتها بما يجنبها الخسارة أو الضرر وإبقائها في حالة صالحة للاستعمال .

(٤) في حالة وقوع حادث نتجت عنه خسارة أو ضرر يجب عليه حراسة المركبة المؤمن عليها ، واتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تفاقم الخسارة أو الضرر ، وأن لا يقودها قَبْلَ إجراء الإصلاحات اللازمة .

(٥) يجب على المستأمن أن يظل طوال سريان العقد المالك الوحيد للمركبة المؤمن عليها وإذا تصرف ببيعها أو إجارتها دون علم أو موافقة الشركة فإن عقد التأمين يصبح لاغياً اعتباراً من تاريخ التصرف بالبيع أو الإجارة .

(٦) في حالة وقوع حادث قد يترتب عليه مطالبة بالتعويض فيجب على المستأمن أن يعلم الشركة بذلك ، وأن يبلغ أقرب مركز للشرطة في أقرب وقت ممكن وقبل انقضاء (٤٨) ساعة على وقوع الحادث ، وأن يزوده بكافة البيانات الخاصة بالحادث ليقوم بتنظيم التقرير اللازم ، إلا إذا وقعت ظروف تحول دون هذا التبليغ .

(١) سعر التأمين هو : نسبة من قيمة الممتلكات التي يتفق على اعتبارها إجمالي مبلغ التأمين أو الحد الأعلى لمسؤولية الشركة في حالة التأمين من المسؤوليات تجاه الغير .

(٧) في حالة وقوع حادث سرقة جزئية للمركبة المؤمن عليها أو تعرضها لأي عمل جنائي قد يترتب عليه مطالبة بالتعويض وفقاً لعقد التأمين يتعين على المستأمن أن يبلغ الشرطة فوراً وأن يتعاون مع الشركة في سبيل إدانة مرتكب الجريمة ، وأن لا يباشر هو أو يسمح لغيره بمباشرة أية تصليحات في المركبة قبل إعلام الشركة وأخذ موافقتها المسبقة .

(٨) كل إعلام أو إبلاغ يتعين على المستأمن إرساله وفقاً لعقد التأمين يجب أن يوجه إلى الشركة خطياً وبتوقيع المستأمن أو من ينوب عنه قانوناً .

(٩) لا يجوز للمستأمن أو لمن ينوب عنه أن يقر بمسؤوليته أو يعرض التصالح أو يعد به أو يتصالح مع الفريق الثالث المسبب للخسارة أو الضرر الذي أصاب المركبة المؤمن عليها دون الموافقة الخطية من الشركة .

ويحق للشركة إذا ارتأت ذلك مباشرة الدفاع باسم المستأمن وتسوية أية مطالبة ، ويحق لها أيضاً الملاحقة باسم المستأمن ولمصلحتها الخاصة بشأن جميع التعويضات والتضمينات وما إليها . ويكون لها مطلق الحرية في مباشرة أية دعوى باسم المستأمن بخصوص أية مطالبة قد تسأل عنها الشركة بموجب هذا العقد .

(ب) أسس التعويضات :

أولاً : التغطيات وحدود مسؤولية الشركة :

- (١) الحد الأعلى لمسؤولية الشركة عن الأضرار الجسدية والمادية التي تسببها المركبة للغير يكون طبقاً لنظام التأمين الإلزامي الساري المفعول .
- (٢) الحد الأعلى لمسؤولية الشركة في حالة هلاك المركبة كلياً وفق القيمة المقيدة من قبل المستأمن لأغراض التأمين أو القيمة السوقية للمركبة أيهما اقل (أي قيمة السيارة في السوق فيما لو تم بيعها تقديراً) .
- (٣) الحد الأعلى لمسؤولية الشركة عن نقل المركبة إلى اقرب ورشة تصليح ، أو حراستها عند تعطلها بسبب من أسباب الخسائر أو الأضرار المغطاة بعقد التأمين المشار إليها أعلاه وهو خمسون ديناراً .
- (٤) الحد الأعلى لمسؤولية الشركة عن التصليح الضروري المسموح للمستأمن أن يجريه لتمكين المركبة من السير بقوتها الذاتية إلى ورشة التصليح هو خمسون ديناراً .
- (٥) لا يغطي عقد التأمين الأضرار الأدبية أو النفسية أو المعنوية والعطل ونقصان القيمة .

ثانياً : حدود التغطية :-

- (١) تتعهد الشركة بتعويض المستأمن عن الضرر أو الخسارة التي تصيب المركبة المؤمن عليها وملحقاتها وقطع غيارها أو الأضرار المادية أو الجسدية التي تصيب الغير وذلك في الحالات التالية :-

- (أ) إذا حدث الضرر أو الخسارة عن حادث تصادم مشمول بالتغطية .
- (ب) إذا حدث الضرر أو الخسارة عن حريق ، أو انفجار داخلي أو اشتعال ذاتي ، أو بسبب الصاعقة ، أو عن السرقة ، أو محاولة السرقة .
- (ج) إذا حدث الضرر أو الخسارة عن فعل صادر عن الغير .
- (د) إذا كان الضرر أو الخسارة متسبباً عن تساقط أجسام أو تطايرها .
- (هـ) الأضرار التي تصيب المركبة المؤمنة أثناء قطرها بسبب عطل أصابها .
- (٢) للشركة الخيار في أن تدفع التعويض عن الضرر أو الخسارة نقداً أو أن تقوم بتصليح المركبة ، أو استبدال أي جزء منها ، أو من ملحقاتها أو قطع غيارها ، على ألا تتعدى مسؤولية الشركة قيمة الأجزاء المتضررة أو الهالكة مضافاً إليها الأجور المعقولة لتركيب هذه الأجزاء المتضررة، وهذا هو نقصان القيمة التي يغطيها هذا العقد .
- وإذا كانت القطع اللازمة غير متوفرة في الأسواق المحلية ، فالتعويض الذي على الشركة دفعه لا يمكن أن يتجاوز آخر سعر محدد لهذه القطع في الأسواق المحلية . ويراعى في حالة تركيب قطع غيار جديدة مكان أخرى مستعملة ، أو دفع قيمتها أن يتحمل المستأمن نسبة الاستهلاك وفق قواعد الاستهلاك المبينة أدناه :-

السنة الثانية	٦٪	(ستة بالمائة)
السنة الثالثة	١٢٪	(اثنا عشر بالمائة)
السنة الرابعة	١٨٪	(ثمانية عشر بالمائة)
السنة الخامسة	٢٤٪	(أربعة وعشرون بالمائة)
السنة السادسة	٣٠٪	(ثلاثون بالمائة)
السنة السابعة	٣٦٪	(ستة وثلاثون بالمائة)

استثناءات من حدود التغطية :-

- لا تكون الشركة مسؤولة في أي حال من الأحوال عن :-
- (١) ما يترتب على استعمال المركبة من خسارة تلحق بالمستأمن أو نقص في قيمة المركبة المؤمن عليها ، أو عطب أو خلل أو كسر يصيب أجهزتها الميكانيكية أو الكهربائية نتيجة الاستعمال .
- (٢) الخسارة أو الأضرار التي تصيب الإطارات أو الطاسات أو الهوائي أو أدوات مسح الزجاج والمرايا والزيادات الخارجية عدا ما كان ناشئاً عن حادث يغطيها هذا العقد .
- (٣) الخسارة أو الأضرار التي تلحق بالمركبة نتيجة زيادة حمولتها ، أو خروج هذه الحمولة عن جسم المركبة بشكل يخالف القانون ، أو إذا كان عدد ركابها وقت وقوع

الحادث يزيد عن العدد المقرر قانوناً ، بشرط أن تكون هذه المخالفة هي السبب الرئيس في وقوع الحادث .

(٤) الخسارة أو الأضرار التي تصيب حمولة المركبة أو الأجهزة الاتصالية المركبة كأجهزة الهاتف والتلفزيون وما شابه ذلك أو أية ممتلكات أخرى موجودة في المركبة ، ما لم ترد صراحة في العقد أو ملاحظته ، مع بيان قيمتها التأمينية ودفع قسط التأمين الإضافي المستحق عليها .

(٥) لا تعتبر الشركة مسؤولة عن دفع أي تعويض عن :-

(أ) نقصان قيمة المركبة بعد التصليح .

(ب) الخسائر أو الأضرار التبعية ، التي تلحق بالمستأمن بسبب حادث مغطى بهذا العقد يقع للمركبة ، ومنها حرمان المستأمن من استعمالها .

(ج) التعويضات عن الأضرار الأدبية و / أو النفسية و / أو المعنوية .

(ج) القواعد والشروط المتعلقة بعقد تأمين السيارات :

- الشروط العامة :

(١) يعتبر هذا العقد والجدول الملحق به وأي ملحق أو تظهير عليه عقداً واحداً ، وكل كلمة أو عبارة أعطي لها معنى خاصاً في أي جزء من العقد أو الجدول أو الملاحق أو التظهيرات يكون لها ذات المعنى في أي مكان آخر وردت فيه .

(٢) يجوز للشركة أن تقوم في أي وقت أثناء سريان العقد بمعاينة المركبة المؤمن عليها أو أي جزء منها وان تتأكد من أهلية أي سائق أو مستخدم لدى المستأمن .

(٣) يحق للشركة في حالة السرقة الكلية للمركبة أن تؤجل دفع التعويض لمدة أقصاها ستة أشهر وصدور قرار بذلك من الجهات المختصة .

(٤) يحق لكل من الشركة أو المتعاقد معها أن يطلب إلغاء التأمين التكميلي في أي وقت وذلك وفق الأسس التالية :-

(أ) بعد تبليغ الطرف الآخر بالرغبة بالفسخ بموجب طلب خطي مباشر وتوقيع هذا الطلب من قبل هذا الطرف الآخر ، ومضي سبعة أيام على هذا التبليغ .

(ب) بعد مضي خمسة عشر يوماً على إرسال كتاب مسجل بدوائر البريد أو البرق ، وذلك على آخر عنوان معروف للطرف المخاطب يتضمن الرغبة في الفسخ .

(٥) تعيد الشركة للمستأمن جزءاً من القسط يتناسب مع المدة المتبقية من التأمين إذا ما وقع الفسخ من قبلها .

(٦) أما إذا وقع الفسخ من قبل المستأمن فتعيد له الشركة القسط المقبوض ناقصاً القسط الذي تستوفيه الشركة عادة وفق تعرفه المدة القصيرة التالية عن المدة التي كان خلالها العقد ساري المفعول شريطة أن لا تكون قد أثرت أية مطالبة بالتعويض خلال مدة سريان التأمين إذ انه في تلك الحالة لا تعيد الشركة له شيئاً .

وبيان ذلك انه إذا أمّن شخص على مركبته لدى الشركة في شهر كانون الثاني بقسط تأمين سنوي مقداره ثلاثمائة دينار ، وقرر فسخ العقد في شهر حزيران من العام نفسه (أي انه أمّن على سيارته في بداية العام وقرر إلغاء التأمين بعد ستة أشهر من تاريخ التأمين) فتعيد الشركة له القسط المقبوض منه ناقصاً القسط الذي تستوفيه الشركة عادة وفق تعريفه المدة القصيرة المبين أدناه .

(ومقداره $300 \times 25\% = 75$) ففي المثال أعلاه يعاد للمستأمن مبلغ خمسة وسبعون ديناراً ، أي أن الشركة تحتفظ لنفسها بمبلغ (٢٢٥) من أصل القسط البالغ (٣٠٠) وتعيد للمستأمن (٧٥) .^(١)

(١) كتاب التأمين الإسلامي الصادر عن شركة التأمين الإسلامية عمان - الأردن .

الملحق رقم "٤"
التعريفات والاستثناءات الخاصة
بتأمين الحوادث الشخصية
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

(أ) التعريفات :

- (١) **العجز الكلي الدائم** : العجز الذي يمنع صاحبه من مزاوله مهنته العادية اثني عشر شهراً متتالية ثم يمنعه بعد ذلك من مزاوله أية مهنة أو عمل مؤهل له بصورة معقولة وفقاً لثقافته وتدريبه وخبرته .
- (٢) **العجز الجزئي الدائم** : الأذى الجسمي الطارئ الناجم عن حادث والذي يؤدي بمفرده دون غيره خلال سنة من حدوثه إلى أي عجز وارد في التغطيات التأمينية ضمن الجدول من هذه الوثيقة .

(ب) الاستثناءات:

- من المفهوم والمتفق عليه أنه لا يتم دفع أي تعويض بموجب هذا التأمين إذا نتجت الوفاة أو الإصابة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن أي من الأمور التالية :-
- (١) الانتحار أو الإصابة المتعمدة بغض النظر عن حالة المؤمن له العقلية .
- (٢) الحرب ، الغزو ، أعمال العدو الأجنبي ، الأعمال العدائية (سواء أعلنت الحرب أم لم تعلن) التمرد ، الهيجان الذي يرقى لمرتبة الانتفاضة الجماهيرية ، الثورة المسلحة ، العصيان المسلح ، أي عمل يقوم به أي شخص أو جهة بناء على أوامر من أية منظمة هدفها الإطاحة بالقوة بأية حكومة أو التأثير عليها عن طريق العنف والتخريب أو الاشتراك بأية أعمال حربية.
- (٣) ركوب الطائرات أو أي نوع من أعمال الطيران ما لم يكن للمؤمن عليه صفة الراكب بأجر في خط جوي منتظم أو رحلة مستأجرة .
- (٤) إساءة استعمال العقاقير الطبية أو الكحول .
- (٥) أعمال الغوص أو الاشتراك أو التدريب على أي نوع من أنواع الرياضات الخطرة أو الاشتراك في مسابقات السرعة بواسطة آلة ذات محرك، أرضية أو مائية أو سباقات الخيل .
- (٦) المرض أو الخلل العقلي الجسدي .

- (٧) أية إصابة جسدية تؤدي لفتق أو لانزلاق العمود الفقري إلا إذا كانت هذه الإصابة ناتجة عن حادث مغطى ومشمول بموجب شروط وأحكام هذه الوثيقة .
- (٨) الحمل والولادة ، والإجهاض أو أية تعقيدات ناتجة عنها .
- (٩) التسمم (بما في ذلك التسمم بالغازات) إلا إذا كان مصاحباً لحادث أو نتيجة له .
- (١٠) حالات موجودة قبل بدء التأمين .^(١)

(١) كتاب التأمين الإسلامي الصادر عن شركة التأمين الإسلامية عمان - الأردن .

الملحق رقم "هـ"
الخاص بالخدمات التأمينية التي
تقدمها المؤسسة الإسلامية لتأمين
الاستثمار وائتمان الصادرات
المرفق بمحاضرة
التأمين التعاوني الإسلامي
الأحكام والضوابط الشرعية

(أ) البوليصة الشاملة قصيرة الأجل :

صممت هذه الوثيقة لتغطية مخاطر الشحنات المتتابعة للمواد الخام والمنتجات الصناعية الخفيفة التي لا يتجاوز الائتمان المقدم للبائع في شأنها فترة عامين ، ويتعين عادة على المصدر تأمين كل صادراته إلى الدول الأعضاء في المؤسسة مع جواز الاستثناء في بعض الحالات إما بفرض رسوم إضافية أو بدون ذلك، ويمكن إيجاز السمات الأساسية للوثيقة فيما يلي :-

(أ) المخاطر المغطاة :

المخاطر التجارية المغطاة هي إعسار المشتري ورفضه أو عجزه عن الوفاء بالثمن أو رفضه قبول البضاعة وتشمل المخاطر غير التجارية فرض قيد على تحويل العملة أو التأخير في التحويل أو فرض قيود على التصدير والاستيراد ومخاطر الحرب والإضرابات المدنية .

(ب) مدة التأمين :

سنة واحدة قابلة للتجديد بموجب إجراءات تجديد مبسطة .

(ج) نسبة التعويض :

٩٠ بالمئة من مبلغ الخسارة أو من حد الائتمان المصرح به المشتري أيهما اقل .

(د) فترة انتظار دفع المطالبات :

تدفع المطالبات مباشرة إذا كان سبب الخسارة هو إفلاس المشتري ، وتكون فترة الانتظار عادة أربعة أشهر في حالات الخسارة لأسباب أخرى .

(هـ) تمويل الصادرات :

تجوز حوالة حصيلة المطالبات للبنك ممول وبذلك للحصول على تمويل الصادرات .

(و) رسوم الوثيقة :

تدفع رسوم الوثيقة (١٥٠ دولار أمريكي) مقدماً قبل إصدارها .

(ز) رسوم معلومات الائتمان :

٧٥ دولار أمريكي لكل طلب للموافقة على حد ائتمان للمشتري .

(ح) معدل أقساط التأمين :

تدفع الأقساط شهرياً اعتماداً على الإقرارات المقدمة من المصدر ، ويحدد معدل القسط لكل وثيقة على حده ويعتمد على عدة عوامل مثل شروط الدفع وتقييم السوق لقطر المشتري وسجل مطالبات المصدر .

(ط) الاستردادات:

يتعين على المصدر تعقب استرداد مستحقاته على المشتري بعد دفع المطالبة وذلك بالتشاور مع المؤسسة ويجوز للمؤسسة أن تمارس حقها في الحلول محل المصدر وتعقب مستحقاتها اثر ذلك .

(ي) تمديد الغطاء :

يجوز في الحالات المناسبة تمديد الغطاء ليشمل مخاطر ما قبل الشحن ومخاطر البيع إلى/أو بواسطة الشركات الخارجية التابعة، أو ليشمل حالات أخرى خاصة .

(٢) الوثيقة متوسطة الأجل التكميلية :

صممت الوثيقة متوسطة الأجل التكميلية لتناسب صادرات السلع الاستهلاكية والرأسمالية وشبه الرأسمالية في الحالات التي يتجاوز فيها الائتمان الممنوح للمشتري فترة عامين، شريطة أن لا تتجاوز فترة الائتمان خمس سنوات، وكما هو الحال بالنسبة للوثيقة الشاملة يتعين على طالب الوثيقة التكميلية إسناد غطاء كافة صادراته إلى المؤسسة .

(٣) وثيقة المصارف العامة :

صممت هذه الوثيقة بصفة خاصة لتغطية مخاطر عدم الوفاء بالثمن فيما يتعلق بالعقود التي يمولها البنك الإسلامي للتنمية أو بالعمليات التمويلية للبنوك الإسلامية الأخرى ، وتوفر هذه الوثيقة التغطية لعمليات ائتمان الصادرات التي تمنحها المصارف وفقاً للشريعة ، وسوف تغطي الوثيقة نفس المخاطر التي تغطيها الوثيقة الشاملة بالإضافة إلى تغطية مخاطر البضائع الرأسمالية والأصول التي تكون في حوزة البنك .^(١)

(١) تعريف صادر عن المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات - خدمات التأمين على مخاطر ائتمان الصادرات بين الدول الإسلامية - جدة - المملكة العربية السعودية (بتصرف) .

الملحق رقم "٦"

الخاص بتفاصيل الضمانات التي يقدمها صندوق تمويل الصادرات

المرفق بمحاضرة

التأمين التعاوني الإسلامي

الأحكام والضوابط الشرعية

أولاً : المخاطر التي يغطيها الضمان :

- (١) يغطي الصندوق مخاطر عدم استرداد قرض التمويل لفائدة المؤسسات المالية .
- (٢) يغطي الصندوق المخاطر التي تنتج عن عدم قدرة المؤسسة على أتمام الصفقة الموجهة للتصدير طبقاً لعقد البيع المبرم مع المستورد الأجنبي .

ثانياً : العمليات القابلة للضمان :

- (١) عقود التصدير التي تكون وسيلة الدفع فيها خطاب اعتماد مستندي معزز وغير قابل للإلغاء .
- (٢) المؤسسات الصغرى والمتوسطة المصدرة للسلع والخدمات .
- (٣) القروض التي تغطي نسبة ٨٠٪ من مبلغ الصفقة دون تجاوز سقف يحدّد لكل دولة على حده ، وتكون فترة استرداد القرض في حدود ٣٦٥ يوماً .

ثالثاً : شروط الانتفاع بالضمان:

- (١) مصداقية مديري المؤسسة .
- (٢) توفر وسائل الإنتاج والكفاءات اللازمة .
- (٣) وجود تأمين ضد مخاطر الحريق أو تعطل الآلات .
- (٤) التجربة بعنوان الضمانات السابقة للصندوق .

رابعاً : مزايا هذا النوع من الضمان :

- (١) التكلفة المنخفضة حيث يدفع المصدر نسبة ١٥٪ من مبلغ القرض عن كل شهر.
- (٢) تغطية جل المخاطر المحتملة انطلاقاً من الحصول على الطلبية إلى الخلاص النهائي من قبل المشتري الأجنبي .
- (٣) تعويض الضمانات العينية .
- (٤) سيولة التعويض .
- (٥) مدة التعويض لا تجاوز الشهرين في أغلب الحالات .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

تأصيل التأمين التكافلي على أساس الوقف والحاجة الداعية إليه

كُتِبَ هذا البحث في جمادى الثانية سنة ١٤٢٦هـ
وعرض على ندوة البركة المنعقدة بجدة في
رمضان سنة ١٤٢٦هـ (الموافق لشهر نوفمبر سنة
٢٠٠٥م) لدراسة صيغ التأمين التكافلي حسب
الأحكام الشرعية.

إعداد

القاضي محمد تقي العثماني
رئيس المجلس الشرعي بالبحرين
وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي
ونائب رئيس جامعة دار العلوم بكراتشي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد،

فقد اتفق معظم العلماء المعاصرين والمجامع والندوات الفقهية على حرمة التأمين التجاري التقليدي لما يشتمل عليه من الغرر والقمار والربا. وقد اقترح التأمين التكافلي بديلا للتأمين التقليدي على أن يكون التعامل فيه على أساس التبرع دون المعاوضة، فإن الغرر إنما يحرم في عقود المعاوضة، لافى التبرعات. ومن أجل تطبيق هذا المبدأ على نطاق أوسع من نطاق التأمين التعاوني أو التبادلي، يقوم مجموعة من المساهمين بتكوين شركة مساهمة تسمى شركة التكافل أو شركة التأمين الإسلامي. وإن هذه الشركة تقوم بمهام آتية:

(١) تنشئ محفظة للتأمين، وتطلب من طالبي التأمين (المستأمنين) أن يتبرعوا بأقساط التأمين لهذه المحفظة حسب اللوائح والأنظمة التي يتم إعلانها من قبل الشركة. وإن هذه المحفظة هي التي تقوم بدفع التعويضات إلى المستأمنين حسب الشروط المعلنة في تلك اللوائح.

(٢) الشركة لا تملك محفظة التأمين، وإن دورها بالنسبة لإدارة المحفظة ينحصر في إنشاء حساب مستقل لأموالها وعوائدها، ومصاريفها والتعويضات المدفوعة منها، وفوائدها. ويكون هذا الحساب منفصلا عن حساب الشركة فصلا كاملا. وللشركة أن تتقاضى أجره من المحفظة مقابل هذه الخدمات. ولكن بعض الشركات تؤدي هذه الخدمات بدون عوض.

(٣) إن الشركة تقوم باستثمار أموال المحفظة على أساس المضاربة الشرعية، تكون هي فيها مضاربة، وتكون المحفظة رب المال. وتضخ الشركة في وعاء المضاربة جزء من رأس مالها أيضا، فتستحق ربحها مضافا إلى ما تستحقه بصفة المضارب.

(٤) إن محفظة التأمين تتزايد مبالغها بتزايد المستأمنين، وبالعوائد التي تكسبها من استثمار أموالها على أساس المضاربة مع الشركة. فإن بقى شيء بعد دفع التعويضات إلى المستأمنين حسب الشروط، وهو الذي يسمى الفائض التأميني، فإن جزء منه توزعه الشركة على المستأمنين حسب اللوائح المنظمة لذلك.

وتختلف شركات التكافل من شركات التأمين التقليدية بالفوارق الجوهرية الآتية:

(١) إن محفظة التأمين ليست مستقلة من أموال الشركة في التأمين التقليدي، وجميع ما يدفعه المستأمنون من أقساط التأمين تكون مملوكة للشركة، بخلاف شركات

التكافل، فإن محفظة التأمين فيها منفصلة تماما عن أموال الشركة، وليست مملوكة لها.

(٢) إن عقد التأمين التقليدي عقد معاوضة بين المستأمن والشركة، يدفع حامل الوثيقة بموجبه أقساط التأمين إلى الشركة، وتدفع الشركة إليه مبالغ التأمين، عند توافر الشروط، من أموالها المملوكة لها. أما شركات التكافل، فإن المستأمنين فيها يتبرعون بالأقساط إلى محفظة التأمين، وهى تتبرع إليهم بالتعويضات حسب شروطها.

(٣) الأرباح الحاصلة من استثمار الأقساط كلها مملوكة فى التأمين التقليدي للشركة بحكم كون الأقساط مملوكة لها، ولا حق للمستأمنين فى هذه الأرباح. أما ما يستحقونه من مبالغ التأمين أو التعويضات عند الأضرار المؤمن عليها فإنما يستحقونه بحكم عقد التأمين، لامن حيث إنهم مساهمون فى الاستثمار، بخلاف شركات التكافل، فإن أرباح الأقساط فيها ليست مملوكة للشركة، وإنما هى مملوكة لمحفظة التأمين المملوكة للمستأمنين.

(٤) لا يستحق المستأمنون فى التأمين التقليدي أية حصة فى الفائض التأميني، فإنه بأسره مملوك للشركة، وهو الربح المقصود لها من وراء عمليات التأمين. أما فى شركات التكافل، فالفائض كله مملوك للمحفظة، ويوزع كله أو جزء منه على المستأمنين.

هذه خلاصة ما يجرى عليه العمل فى شركات التكافل المعاصرة وما تتميز به عن شركات التأمين التقليدية.

التكييف الشرعي لعمليات التكافل

وبالرغم من التوسع الذى نشاهده فى نشاطات شركات التكافل واتفاق هيئاتها الشرعية على جواز هذه العمليات، فإنه لم تتفق مواقف العلماء على تكييفها الفقهي، ولا يزال الخلاف فيه قائما حتى الآن. وذلك لأن عمليات التكافل تتلخص فى أمور ثلاثة. الأول: التبرع من قبل حامل الوثيقة إلى محفظة التأمين. والثانى: دفع المحفظة مبالغ التأمين إلى حامل الوثيقة عند توافر الشروط. والثالث: عود الفائض التأميني أو جزء منه إلى حملة الوثائق. وإن هذه الأمور الثلاثة كلها مرتبط بعضها ببعض، وكل دفعة من هذه الدفعات لازمة على الدافع بحكم العقود أو اللوائح التى تنظم هذه العمليات. فما هى صفة هذه الدفعات من الناحية الفقهية؟ وكيف تكتسب هذه الدفعات صفة الإلزام؟ وإن كان ما يدفع حامل الوثيقة هبة فكيف يرجع إليه عند التعويض أو عند توزيع الفائض؟ هذه أسئلة أجاب عنها المجوزون لهذه العملية بطرق مختلفة.

هبة الثواب

فكيفه بعض الكتّاب المعاصرين على أساس الهبة بشرط العوض، المعبر عنها بهبة الثواب عند كثير من الفقهاء. فقالوا: ما يدفعه حامل الوثيقة إلى المحفظة هبة بشرط أن تعوضه المحفظة بالتعويض التأميني عند توافر الشروط، وبجزء من الفائض التأميني. ولكن تكييفه على أساس هبة الثواب بعيد عن الصواب، لأن الفقهاء صرحوا بأن الهبة إذا اشترط فيها العوض فإنه بيع وياخذ جميع أحكام البيع. أما الحنفية فيجعلونها هبة ابتداء وبيعا انتهاء. جاء في كنز الدقائق: "والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط فيها التقابض في العوضين، وتبطل بالشيوع، بيع انتهاء، فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة".

وقال الطوري تحته نقلا عن وقف هلال والخصاف: "ولو وهب الواقف الأرض التي شرط فيها الاستبدال به ولم يشترط عوضا لم يجز، ولو شرط عوضا فهو كالبيع".^١

أما الفقهاء الآخرون، وفيهم زفر من الحنفية،^٢ فيعتبرون الهبة بشرط العوض بيعا ابتداء وانتهاء. قال الخطاب رحمه الله: "وجاز شرط الثواب ش يعني أن الهبة تجوز بشرط الثواب، وسواء الثواب الذي يريد أم لا. أما إذا عينه فقالوا: إنها جائزة، وهي حينئذ من البيوع. قال في التوضيح: كما لو قال: أهبها لك بمائة دينار. ويشترط في ذلك شروط البيع".^٣

وقال الخطيب الشربيني: "ولو وهب شخصا شيئا بشرط ثواب معلوم عليه، كوهبتك هذا على أن تشيني كذا، فالأظهر صحة هذا العقد نظرا للمعنى فإنه معاوضة بمال معلوم فصح، كما لو قال: بعتك. والثاني بطلانه نظرا إلى اللفظ لتناقضه، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع، ويكون بيعا على الصحيح نظرا إلى المعنى. فعلى هذا تثبت فيه أحكام البيع من الشفعة والخيارين وغيرهما. قال في التتقيح: بلا خلاف، وغلط الغزالي في إشارته إلى خلاف فيه اه".^٤

وقال البهوتي رحمه الله تعالى: "وإن شرط الواهب فيها أى الهبة عوضا معلوما صارت الهبة بيعا، فيثبت فيها خيار مجلس ونحوه، ويثبت فيها شفعة إن كان الموهوب شقفا مشفوعا، ونحوهما كالرد بالعيب... ووجوب التساوى مع التقابض قبل التفرق فى الربوي المتحد، لأنه تمليك بعوض معلوم. أشبه ما لو قال: بعتك أو ملكتك".^٥

^١ البحر الرائق ٥٠٢:٧، وراجع أيضا المبسوط للسرخسي ١٠١:١٢، وحاشية ابن عابدين ٥: ٧٠٥، ٧٠٦.

^٢ البحر الرائق ٥٠٢:٧ وبدائع الصنائع ٦: ١٣٢.

^٣ مواهب الجليل للخطاب ٦: ٦٦.

^٤ مغنى المحتاج ٢: ٤٠٤.

^٥ كشف القناع ٤: ٣٠٠.

فظهر بهذا أن المذاهب الأربعة متفقة على أن الهبة بشرط العوض بيع فى جميع أحكامه. وعلى هذا لو بُنى التكافل التأميني على أساس الهبة بشرط العوض، فإن ذلك يؤدي إلى محظورات آتية:

أولاً: إن صيغة التكافل إنما لجأنا إليها للفرار من الغرر فى عقد معاوضة. فلو اخترنا لذلك صيغة الهبة بشرط العوض، فقد ثبت أنه عقد معاوضة مثل البيع سواء بسواء، فعاد المحذور الذى امتنع من أجله التأمين التقليدي.

ثانياً: لما كانت هبة الثواب فى حكم البيع، وكلا العوضين فى التأمين نقد، فإنه يشترط فيه التساوى مع التقابض قبل التفرق، كما سبق فى عبارة البهوتي رحمه الله تعالى. وظاهر أن هذا الشرط يستحيل توافره فى عقود التكافل، وعند فقدان هذا الشرط تستلزم هذه الهبة الربا الصراح علاوة على الغرر الفاحش.

ثالثاً: صرح جميع الفقهاء أن الهبة بشرط العوض إنما تصح بيعاً إذا كان العوض معلوماً. أما إذا كان العوض مجهولاً، فإن العقد باطل عند الشافعية والحنابلة،^١ وقال الحنفية والمالكية: تصح الهبة مطلقة، ويبطل شرط العوض.^٢ والعوض المستحق فى تأمين الأشياء والمسئوليات غير معلوم، فلا تصح العملية على أساس الهبة بشرط العوض عند أحد من المذاهب الأربعة.

فتبين بهذا أن تخريج التأمين التكافلي على أساس الهبة بشرط العوض لا يصح من ناحية من النواحي.

التزام التبرع

والتكييف الثانى للتأمين التكافلي الذى اختاره جمع من العلماء المعاصرين هو أن حامل الوثيقة يلزم نفسه بالتبرع لمجموعة المستأمنين المالكين لمحفظة التأمين. أما ما يحصل عليه المستأمن المتضرر فهو أيضاً التزام بالتبرع من محفظة التأمين. وهو التزام معلق على وقوع الضرر المؤمن منه وتحقق الشروط وانتفاء الاستثناءات. والملتزم له هو المستأمن المتضرر.

وهذا التكييف مبني على أصل المالكية: "من ألزم نفسه معروفًا لزمه." وقد توسع الحطاب رحمه الله تعالى فى بيان أنواع هذا الالتزام وأحكامه. ومن أمثلته ما ذكره الحطاب بقوله: "من التزم الإنفاق على شخص مدة معينة، أو مدة حياة المنفق أو المنفق عليه، أو حتى يقدم زيد أو إلى أجل مجهول لزمه ذلك مالم يفلس أو يموت، لأنه تقدم فى

^١ مغنى المحتاج ٢: ٤٠٥، وكشاف القناع ٤: ٣٠٠
^٢ البحر الرائق ٧: ٢٠٥، ومواهب الجليل ٦: ٦٦

كلام ابن رشد أن المعروف على مذهب مالك وأصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه مالم يفسل أويتمت...والفروع الآتية كلها صريحة فى القضاء بذلك.^١

وإن هذاالتخريج وإن كان أحسن من التخريج على أساس هبة الثواب، فإنه لا يخلو من مؤاخذات، لأن الالتزام إن كان من طرف واحد فلا شبهة فى كونه التزام تبرع حسب ما ذكره المالكية، ولكننا أمام التزامين من طرفين مرتبط كل منهما بالآخر. وتبدو هذه النقطة جلية حينما نتصور أن شركة التأمين أنشأت محفظة للتأمين تلتزم التبرع بتعويض أضرارالناس بشرط أن يلتزموا بالتبرع إليها، لأن المحفظة لا تتبرع بالتعويض لمن لا يتبرع بالأقساط. ومتى اشترط الالتزام بأن يدفع الملتزم له شيئاً للملتزم، فإنه يأخذ حكم هبة الثواب عندالمالكية أنفسهم الذين أبدعوا فكرة التزام التبرع. يقول الحطاب رحمه الله تعالى : "النوع الخامس:الالتزام المعلق الذى فيه منفعة للملتزم بكسرالزاي. وهو على أربعة أوجه. الأول: أن يكون الفعل المعلق عليه إعطاء الملتزم له للملتزم أو لغيره شيئاً وتمليكه إياه، نحوإن أعطيتنى عبدك أودارك أو فرسك فقدالتزمت لك بكذا...فهذا من باب هبة الثواب.وقد صرحوابأنه إذا سمى فيهاالثواب أنها جائزة، ولم يحك فى ذلك خلافاً، وأنها حينئذ بيع من البيوع، فيشترط فى كل من الملتزم به والملتزم عليه ما يشترط فى الثمن والمثمنون من انتفاء الجهل والغرر، إلا ما يجوز فى هبة الثواب مما سيأتى ذكره فى التبييه الرابع. ويشترط فيها أيضاً كون كل منهما طاهراً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه...ولا يجوز أن يكوناطعامين...إلا أن يكون ذلك فى مجلس واحد، والطعامان حاضراً."^٢

وهذا يدل على أن تخريج التأمين التكافلي على أساس التزام التبرع لا يختلف فى النتيجة عن تخريجه على أساس هبة الثواب، وأنه يؤدى إلى نفس المحاذير التى ذكرناها فى هبة الثواب.

ثم إن ما يتبرع به حامل الوثيقة أوالمستأمن إلى المحفظة هل يخرج من ملكه أو لا يخرج؟ قد اضطرت فيه الأقوال. فذكر بعض العلماء الذين كتبوا فى تكييف التكافل التأميني أن محفظة التأمين مملوكة لمجموعة المستأمنين. وإن كان كذلك، فينبغى أن تجب الزكاة على المستأمنين فى جميع ما دفعوه من أقساط، كما ينبغى أن يجرى فيها الميراث، مع أن من المستحيل فى النظام التكافلي السائد اليوم أن تخضع أموال المحفظة لأحكام الميراث. وإن قلنا: إن الأقساط المدفوعة من المستأمنين خرجت من ملكهم وإنهم تبرعوا بها للمحفظة، فينبغى أن لا يبقى لهم أى حق فى هذه الأقساط، فلماذا يرجع إليهم الفائض التأميني بحكم العقد؟ وقد ذكر بعض العلماء أن هذاالتبرع تبرع جزئي وليس كلياً، وإن كان كذلك، فينبغى أن يتميز القدر المتبرع به من غير المتبرع به حتى تجب الزكاة فى الأخير وتجرى فيه الميراث. فمتى يتعين هذا القدر؟ وذكر بعضهم أن

^١ تحرير الكلام فى مسائل الالتزام للحطاب ص ٧٥ .

^٢ تحرير الكلام ص ٢٠٠ .

هذا التبرع مشروط بوقوع الأضرار المؤمن عليها. وإن كان كذلك فإن التبرع لا يتم إلا عند وقوع الشرط، فينبغي أن تظل الأموال مملوكة لأصحابها إلى أن يوجد الشرط فيجرب فيها الميراث وتجب فيها الزكاة. ثم متى نقول إن الشرط قد وجد؟ هل يعتبر وجود الشرط عند أول ضرر يلحق أحد المستأمنين؟ وإن كان كذلك، فما هو قدر التبرع من أقساط مستأمن واحد؟ هل يعتبر جميع ما دفع متبرعاه عند أول ضرر يلحق؟ فلا يبقى على ملكه شيء عند وجود الفائض، فكيف يستحق جزء من الفائض؟ أو يقسم تعويض كل ضرر على جميع المستأمنين بالنسبة والتناسب، فيعتبر ما أصاب كل مستأمن من التعويض تبرعاً منه، ويبقى الباقي على ملكه؟ وإن كان كذلك، فينبغي أن يعرف القدر المتبرع به عند دفع أي تعويض إلى أي متضرر حتى يعرف الباقي في ملكه فيزكاه المالك ويجرى فيه الميراث؛ أو يعتبر هذا التبرع عند نهاية السنة حينما يتبين عدد الأضرار وصافي قيمة التعويضات التي دفعت؟ وفي هذه الصورة الأخيرة، كيف يصح دفع التعويضات خلال السنة مع أن أموال المحفظة لاتزال مملوكة لأصحابها؟

هذه أسئلة ليس من السهل الإجابة عنها بصورة مقنعة، إن وقع تخريج التكافل على أساس عقد بين المستأمن وبين المحفظة.

والتكليف الذي ربما يبتعد من هذه الشبهات أن تعتبر محفظة التأمين محفظة تعاونية تهدف إلى تعويض أضرار المشتركين، وتعتبر المبالغ المدفوعة إليها من قبل المشتركين تبرعاً مطلقاً باتاً غير مشروط بشيء، بحيث تخرج عن ملك المتبرعين فلا تجب فيها الزكاة ولا يجرى فيها الميراث، ولا يستحقون استرجاعها، وتصير مملوكة للمحفظة ملكاً تاماً تتصرف فيها المحفظة حسب لوائحها ونظمها، وحينئذ فلا داعي للمتبرعين لها أن يكون بينهم وبين المحفظة عقد يستحقون التعويضات بموجبها، وإنما يتبرعون لها تبرعاً باتاً بدون أي شرط. ثم إنهم يستحقون التعويضات عند وقوع الأضرار بحكم لوائح المحفظة، لا بموجب عقد تعاقدوه معها. وبما أن المحفظة تتصرف في ملكها كيف شاءت، فإنه يجوز لها أن تنص في لوائحها أنها سوف توزع جزء من فائضها إلى المتبرعين، علاوة على تعويضهم عن الأضرار.

ولكن هذا التكليف إنما يصح إذا كانت هذه المحفظة لها شخصية معنوية معتبرة شرعاً وقانوناً، فيصح منها التملك والتملك. أما في نظام التكافل المعمول به اليوم، فإن هذه الشخصية المعنوية غير واضحة، لأن محفظة التأمين في شركات التكافل ليس لها وجود قانوني منفصل عن الشركة، وإنها تشبه مجموعة أموال أفرزها أصحابها لغرض معين، وإنها لا تكسب شخصية مستقلة بمجرد هذا الإفراز. ثم يجب أن تكون لهذه المحفظة صفة خيرية أو تعاونية معتبرة، حتى نستطيع القول بأن ما يدفع منها إنما يدفع على أساس التعاون دون المعاوضة. ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أن تكون هذه المحفظة على أساس الوقف، فإن الوقف له شخصية اعتبارية في كل من الشريعة والقانون. ثم إن

الوقف يجوز فيه من الشروط ما لا يجوز في غيره، فالمجال فيه أوسع بالنسبة إلى الهبة والتزام التبرع. ونريد فيما يلي أن نذكر صورة لتطبيق صيغة الوقف على التكافل التأميني، ولا بد قبل ذلك من إيضاح بعض مبادئ الوقف التي لها شأن في الموضوع.

وقف النقود

ذهب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة إلى جواز وقف النقود، وسبيله عندهم أن تدفع نقود الوقف مضاربة، ويصرف الربح الحاصل منها إلى الموقوف عليهم حسب شروط الوقف. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "وعن الانصاري وكان من أصحاب زفر فمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك؟ قال: نعم! قيل: وكيف؟ قال: يدفع الدراهم مضاربة، ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه"^١

وعقد الإمام البخاري بابا لجواز وقف المنقولات، وبدءه بقول للزهري في جواز وقف النقود مما يدل على أن مذهب البخاري جوازه أيضا، قال: "وقال الزهري فيمن جعل ألف دينار في سبيل الله ودفعها إلى غلام له تاجر يتجر بها وجعل ربحه صدقة للمساكين والأقربين، هل للرجل أن يأكل من ربح تلك الألف شيئا وإن لم يكن جعل ربحها صدقة في المساكين؟ قال: ليس له أن يأكل منها."^٢

وقال شيخنا العلامة التهانوي رحمه الله تعالى: "إن الآثار دالة على صحة وقف المنقولات من الكراع والسلاح، فيلحق به ما في معناه من المنقولات، وتحبيس الأصل والانتفاع بالثمرة في كل شيء بحسبه، فتحبيس الدراهم والدنانير أن لا تباع ولا تورث بل يتجر بها، والتجارة إتلاف صورة وإبقاء معنى كما لا يخفى، فأشبهه ببيع الفرس الحبيس في سبيل الله إذا كبر ولم يمكن القتال عليه، ليشتري بثمنه آخر مكانه."^٣

وذهب المالكية إلى جواز وقف الدراهم والدنانير لأجل الإقراض، وحكى البعض عنهم جوازه لأجل الاستثمار بأن يكون الربح للموقوف عليهم، وروى مثله عن بعض الحنابلة.^٤ والحاصل أن وقف النقود يصح عند جماعة من الفقهاء. وتبقى النقود الموقوفة مشغولة في التجارة لا تصرف منها شيء على الموقوف عليهم، وإنما يصرف عليهم ما يكسب الوقف من أرباح، وكذلك ما يتبرع به للوقف فإن التبرعات للوقف لا تصير وقفا، كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

١ فتح القدير ٦: ١٩

٢ صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب وقف الدواب والكراع والعروض والصامت، رقم الباب ٣١

٣ إعلاء السنن، كتاب الوقف ١٣: ١٦٥

٤ مواهب الجليل ٦: ٢١، والدسوقي على شرح مختصر خليل ٤: ٧٧، وكتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه ٣١: ٢٣٤،

والإنصاف للمرداوي ٧: ١١

انتفاع الواقف بوقفه

المبدأ الثاني من مبادئ الوقف أن الواقف يجوز له الانتفاع بوقفه إن كان الوقف عاماً واشترطه لنفسه مع الآخرين. والأصل فيه وقف سيدنا عثمان رضى الله عنه بئر رومة، ومن شروطه التي نص عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من يشتري بئر رومة فيجعل دلوه كدلاء المسلمين"

وأخرجه النسائي عن عثمان رضى الله عنه، قال: "هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يسعذب غير بئر رومة، فقال: من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة، فاشتريتها من صلب مالي فجعلت دلوها فيها مع دلاء المسلمين."

وقد عقد الإمام البخاري باين لبيان المسئلة، أحدهما لجواز انتفاع الواقف بوقفه بدون شرط إذا كان الوقف عاماً، فقال: "باب هل ينتفع الواقف بوقفه؟" وباب آخر لجواز اشتراط الانتفاع، فقال: "باب إذا وقف أرضاً أو بئراً، واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين. وأوقف أنس داراً، فإذا قدمها نزلها."

وعلى أساس هذا الحديث وبعض آثار الصحابة ذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز أن يشترط الواقف الانتفاع بوقفه لنفسه. جاء في الفتاوى الهندية: "في الذخيرة: إذا وقف أرضاً أو شيئاً آخر وشرط الكل لنفسه أو شرط البعض لنفسه مادام حياً، وبعده للفقراء، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الوقف صحيح. ومشايخ بلخ رحمهم الله تعالى أخذوا بقول أبي يوسف وعليه الفتوى ترغيباً للناس في الوقف... ولو قال: صدقة موقوفة لله تعالى تجرى غلتها عليّ ما عشت، ولم يزد على ذلك، جاز. وإذامات تكون للفقراء. ولو قال: أرضى هذه صدقة موقوفة تجرى غلتها عليّ ما عشت، ثم بعدى على ولدى وولد ولدى ونسلهم أبداً ماتوا، فإن انقرضوا فهي على المساكين جاز ذلك. كذا في خزنة المفتين."

وجاء في المغنى لابن قدامة: "وجملته إذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط. نص عليه أحمد."

ويقول المرادوي رحمه الله تعالى: "وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح. هذا المذهب، نص عليه، وعليه جماهير الأصحاب."

^١ سنن النسائي، كتاب الأحياس، باب وقف المساجد، حديث ٣٦٣٨، واللفظ الأول للترمذي، كتاب المناقب، حديث ٢٧٠٣ وذكره البخاري تعليقا في المساقاة، باب ١.

^٢ كتاب الوصايا، باب ٣٤

^٣ الفتاوى الهندية ٢: ٣٩٨

^٤ المغنى ٦: ١٩٣

^٥ الإنصاف ٧: ١٨

أما الشافعية فلا يجوزون مثل هذا الشرط ، ولكن إذا كان الوقف لنوع هو داخل فيه، يجوز له الانتفاع عندهم أيضا. قال الكوهجي رحمه الله تعالى : "لواقف أن ينتفع بوقفه العام، كالصلاة بمسجد وقفه. ويستثنى من عدم صحة الوقف على النفس مسائل منها لووقف على العلماء ونحوهم كالفقراء واتصف بصفاتهم، أو على الفقراء ثم افتقر، أو على المسلمين، كأن وقف كتابا للقراءة أو قدرا للطبخ أو كيزانا للشرب منها فله الانتفاع معهم، لأنه لم يقصد نفسه."^١

مايتبرع للوقف ليس وقفا، بل هو مملوك للوقف

المبدأ الثالث الذى يهمننا فى المسألة: أن مايتبرع به للوقف لا يكون وقفا، وإنما هو مملوك للوقف يصرف للموقوف عليهم ولمصالح الوقف. جاء فى الفتاوى الهندية: "رجل أعطى درهما فى عمارة المسجد أو نفقة المسجد أو مصالح المسجد صح، لأنه وإن كان لا يمكن تصحيحه وقفا يمكن تصحيحه تمليكا للمسجد فأثبات الملك للمسجد على هذا الوجه صحيح، فيتم بالقبض."^٢

وجاء فى الفتاوى التتارخانية: "وفى مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن رجل قال: وقفت داري على مسجد كذا ولم يزد على هذا وسلمها إلى المتولي صح....قال وعلى هذا يكون تمليكا للمسجد وهبة فيتم بالقبض، وإثبات الملك للمسجد يصح على هذا الوجه فإن المتولي إذا اشترى من غلة المسجد دارا للمسجد يصح، وكذا من أعطى دراهم فى عمارة المسجد أو نفقة المسجد أو مصالح المسجد يصح، وكذا إذا اشترى المتولى عبدا يخدم المسجد يصح كل ذلك فيصح هذا بطريق التمليك بالهبة وإن كان لا يصح بطريق الوقف."^٣

لا بد فى الوقف أن يكون لجهة لاتنقطع

المبدأ الرابع: أن الوقف لا بد له أن يصرف فى النهاية إلى جهة غير منقطعة مثل الفقراء. وهذا مما اتفق عليه الفقهاء. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "وجملة ذلك أن الوقف الذى لا اختلاف فى صحته ما كان معلوم الابتداء والانتهاء، غير منقطع، مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم. وإن كان غير معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين، ولا لجهة غير منقطعة فإن الوقف يصح (بمعنى أنه ينصرف فى النهاية تلقائيا إلى جهة غير منقطعة، كأن الواقف عينها تقديرا بحكم العرف، كما فصله ابن قدامة فيما بعد) وبه قال مالك

^١ زاد المحتاج للكوهجى ٢: ٤٢٠

^٢ الفتاوى الهندية، كتاب الوقف، الباب الحادى عشر، الفصل الثانى ٢: ٤٦٠. راجعها مع ما نقله عنها الشيخ التهانوى فى إعلاء السنن ١٣: ٢٠٠، فإن فى بعض النسخ خلا. وراجع أيضا الخانية مع الهندية، ٣: ٢٩١ والتتارخانية ٥: ٨٥٤

^٣ الفتاوى التتارخانية، كتاب الوقف، الفصل ٢١، ٥ ص ٥٨٠

وأبويوسف والشافعي في أحد قوليه، وقال محمد بن الحسن: لا يصح، وهو القول الثاني للشافعي.^١

تطبيق صيغة الوقف على التكافل

وعلى أساس هذه المبادئ، يمكن إنشاء صندوق التأمين على أساس الوقف بالشكل الآتي:

- (١) تنشئ شركة التأمين الإسلامي صندوقاً للوقف وتعزل جزءاً معلوماً من رأس مالها يكون وقفاً على المتضررين من المشتركين في الصندوق حسب لوائح الصندوق، وعلى الجهات الخيرية في النهاية. ويكون ذلك من باب وقف النقود الذي مركونه مشروعاً. فيبقى هذا الجزء المعلوم من النقود مستثمراً بالمضاربة، وتدخل الأرباح في الصندوق لأغراض الوقف.
- (٢) إن صندوق الوقف لا يملكه أحد، وتكون له شخصية معنوية يتمكن بها من أن يملك الأموال ويستثمرها ويملكها حسب اللوائح المنظمة لذلك.
- (٣) إن الراغبين في التأمين يشتركون في عضوية الصندوق بالتبرع إليه حسب اللوائح.
- (٤) ما يتبرع به المشتركون يخرج من ملكهم ويدخل في ملك الصندوق الوقفي، وبما أنه ليس وقفاً، وإنما هو مملوك للوقف كما قررنا في المبدأ الثالث من مبادئ الوقف، فلا يجب الاحتفاظ بمبالغ التبرع كما يجب في النقود الموقوفة، وإنما تستثمر لصالح الصندوق، وتصرف مع أرباحها لدفع التعويضات وأغراض الوقف الأخرى.
- (٥) تنص لائحة الصندوق على شروط استحقاق المشتركين للتعويضات، ومبالغ التبرع التي يتم به الاشتراك في كل نوع من أنواع التأمين. ويجوز أن يتم تعيين ذلك على الحساب الأكتواري المعمول به في شركات التأمين التقليدية.
- (٦) ما يحصل عليه المشتركون من التعويضات ليس عوضاً عما تبرعوا به، وإنما هو عطاء مستقل من صندوق الوقف لدخولهم في جملة الموقوف عليهم حسب شروط الوقف، ومن تبرع بشيء على الوقف لا يمنعه ذلك من الانتفاع بالوقف إن كان داخلاً فيمن ينتفع به حسب شروط الواقف، فإن الواقف يجوز له الانتفاع بوقفه إن كان داخلاً في جملة الموقوف عليهم، كما سبق، فانتفاع المتبرع على الوقف أولى، وهذا كما يتبرع شخص لمسجد ثم يصلى فيه، أو لمدرسة ثم يتعلم فيها، أو لمستشفى ثم يمرض فيه وهذا الانتفاع ليس عوضاً عن التبرع الذي تقدم به. وهذا الأمر واضح جداً من الأمثلة التي ذكرناها، لأن التبرعات التي دخلت في ملك

^١ المغنى لابن قدامة ٦: ٢١٤

الوقف مشابهة لغلة الوقف، وهي تصرف على الموقوف عليهم. وجاء في الفتاوى التارخانية ما نصه:

"وفى فتاوى أبى الليث: سئل الفقيه أبو جعفر عمن قال: جعلت حجرتى لدهن سراج المسجد، ولم يزد على هذا؟ صارت الحجرة وقفاً على المسجد بما قال، ليس له الرجوع ولا له أن يجعل لغيره، وهذا إذا سلّمها إلى المتولّى عند محمد، وليس للمتولى أن يصرف غلّتها إلى غير الدهن."^١

(٧) حيث إن الصندوق الوقفي مالك لجميع أمواله بما فيه أرباح النقود الوقفية والتبرعات التى قدمها المشتركون مع ما كسبت من الأرباح بالاستثمار، فإن للصندوق التصرف المطلق فى هذه الأموال حسب الشروط المنصوص عليها فى لوائحه. فالصندوق أن يشترط على نفسه بما شاء بشأن ما يسمى الفائض التأميني. فيجوز أن يمسكه فى الصندوق كاحتياطي لما قد يحدث من النقص فى السنوات المقبلة، ويجوز أن يشترط على نفسه فى اللوائح أن يوزعه كله أو جزء منه على المشتركين. وربما يستحسن أن يقسم الفائض على ثلاثة أقسام: قسم يحتفظ به كاحتياطي، وقسم يوزع على المشتركين لتجلية الفرق الملموس بينه وبين التأمين التقليدي بشكل واضح لدى عامة الناس، وقسم يصرف فى وجوه الخير لإبراز الصفة الوقفية للصندوق كل سنة. وهذا ما اختاره صندوق التأمين لشركة التكافل فى جنوب إفريقيا التى طبقت صيغة الوقف فى عمليات التأمين.

(٨) يجب أن ينص فى شروط الوقف أنه إذا صفى الصندوق فإن المبالغ الباقية فيها بعد تسديد ما عليه من التزامات تصرف إلى وجه غير منقطع من وجوه البر، وذلك عملاً بالمبدأ الرابع من مبادئ الوقف التى مهدناها فيما سبق.

(٩) إن شركة التأمين التى تنشئ الوقف تقوم بإدارة الصندوق واستثمار أمواله. أما إدارة الصندوق فإنما تقوم به كمتول للوقف، فتجمع بهذه الصفة التبرعات و تدفع التعويضات وتتصرف فى الفائض حسب شروط الوقف، وتفصل حسابات الصندوق من حساب الشركة فصلاً تاماً، وتستحق لقاء هذه الخدمات أجره. وأما استثمار أموال الصندوق، فيمكن أن تقوم به كوكيل للاستثمار فتستحق بذلك أجره، أو تعمل فيها كمضارب، فتستحق بذلك جزء مشاعاً من الأرباح الحاصلة بالاستثمار. والظاهر أنه لآمانع من كونها متولية للوقف ومضاربة فى أموالها فى وقت واحد بشرط أن تكون المضاربة بعقد منفصل وبنسبة من الربح تنقص ولو قليلاً عن نسبة ربح المضارب فى السوق، فإن الفقهاء أجازوا لناظر الوقف أن يستأجر أرض الوقف بما يزيد على أجره المثل^٢. فيمكن أن تقاس عليه المضاربة وإن لم أره فى كلام

^١ الفتاوى التارخانية، كتاب الوقف الفصل ٢١ فى المساجد، ج ٥ ص ٥٧٨ و ٥٧٩
^٢ راجع الفتاوى الهندية، كتاب الوقف، الباب الخامس ٤٢١:٢

الفقهاء بصراحة. ولئن كان هناك شك فى جمع الشركة بين تولية الوقف وبين المضاربة، فيمكن أن يكون أحد مديرى الشركة أو أحد موظفيه متوليا للوقف بصفته الشخصية، ويستأجر الشركة لإدارة الصندوق بأجر، ويدفع إليها الأموال للاستثمار على أساس المضاربة.

(١٠) وعلى هذا الأساس يمكن أن تكسب الشركة عوائد من ثلاث جهات: أولاً باستثمار رأس مالها، وثانياً بأجرة إدارة الصندوق، وثالثاً بنسبة من ربح المضاربة.

هذه بالإجمال أسس لتطوير التكافل باستخدام صيغة الوقف. وإن هذه الصيغة طبقتها شركة تكافل جنوب إفريقيا بنجاح. إن هذه الشركة أنشأت صندوقاً وقفياً بمبلغ خمسة آلاف راند (العملة الرائجة فى تلك البلاد) والصندوق له وجود قانوني مستقل لا تملكه الشركة ولا المشتركون، وإن المشتركين يتقدمون إليه بالتبرعات. ومن شروط هذا الوقف أنه يعرض أضرار المشتركين حسب لوائحه. وإن الشركة المنشئة للوقف تأخذ ١٠٪ من التبرعات نظير إدارتها للصندوق. وإذا وقع نقص فى الصندوق بحيث إن المبالغ الموجودة فيه لم تكف للتعويضات، فإن الشركة تقدم قرضاً بلا فائدة إلى الصندوق الذى يسد القرض بالفائض فى المستقبل. أما إذا حصل الفائض فإن ١٠٪ منه يدفع إلى وجوه البر و ٧٥٪ يوزع على المشتركين، والباقى يحتفظ به فى الصندوق على كونه احتياطياً له.

وإن هناك شركات للتكافل فى باكستان فى سبيل الإنشاء بصيغة الوقف، وهى الصيغة التى اختارتها الجهات الرسمية المنظمة لشركات التكافل فى البلاد.^١ وإن لهذه الصيغة من المزايا ما ليس فى غيرها من الصيغ. وذلك لأن كلاً من هبة الثواب والالتزام المتبادل لا يخلو على الأقل من شبهة عقد المعاوضة الذى هو السبب الرئيس فى عدم مشروعية التأمين التقليدي، والذى أريد تفاديه بإبداع فكرة التكافل. ثم صفة التبرع من المستأمنين غير واضحة فى هاتين الصيغتين، هل تخرج الأقساط من ملكهم أولاً تخرج؟ وفى كلاً الاحتمالين إشكالات بينهاها فيما سبق. أما الوقف، ففيه مجال للواقفين والمتبرعين إليه أن ينتفعوا به إذا توافرت فيهم الشروط بدون شرط التساوى بين ما تبرعوا به وبين ما ينتفعون به. وهذا هو الفرق الكبير بين الهبة والوقف، حيث لا يجوز أن يهب نقداً بشرط أن يعرض نقداً إلا بشرط التساوى والتقابض فى المجلس. أما فى الوقف، فلا يشترط أن يكون انتفاعه بوقفه مساوياً لما وقفه. ثم إن الوقف بصفته شخصية مستقلة يملك التبرعات التى تخرج من ملك المتبرعين، ويتصرف فيها الوقف حسب شروطه التى فيها مجال واسع للعناية بمصالح الواقفين والموقوف عليهم.

وإضافة إلى ذلك، فإن الوقف صيغة أصيلة فى الفقه الإسلامى أنشئت لمباشرة الأعمال الخيرية والتعاونية، فأعمالها فى إنشاء التكافل الذى هو مبنى على أساس التعاون

^١ وقد أنشئت الآن فعلاً، والحمد لله.

أولى وأحرى من اللجوء إلى صيغ أخرى لم تتضح بعدُ على أسس فقهية مسلمة لدى الجميع.
والله سبحانه وتعالى أعلم. نحمده ونصلى ونسلم على رسوله الكريم عليه وعلى أصحابه
أفضل الصلوات والتسليم.

وكتبه محمد تقي

العثماني عفا الله عنه

كراتشي، ١٢ رجب

سنة ١٤٢٦



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الدور التنموي للتأمين التعاوني

إعداد

دكتور شوقي أحمد دنيا

العميد السابق لتجارة الأزهر

مقدمة

يعد موضوع التأمين من الموضوعات ذات الأهمية الاقتصادية والاجتماعية. ولا غرابة في ذلك ، فلقد أصبح قطاع التأمين من القطاعات الكبرى ، لما له من إسهام بارز في توفير نسبة كبيرة من الموارد التمويلية في مختلف القطاعات ، ولما يؤديه من دور بارز في درء مخاطر الاستثمار وحماية الثروات القومية ، وما يقدمه من خدمات مهمة في الحياة الاجتماعية . وبما أن النشاط التأميني يحتوي على العديد من العلاقات والتعاقدات ويولد الكثير من الحقوق والالتزامات المالية وغيرها فقد حظي باهتمام علماء التأمين والفقهاء والاقتصاديين الإسلاميين.

وبرغم كثرة وتعدد تناول المجمع الفقهي لهذا الموضوع فإن موضوع التأمين ما زال مجالاً ثرياً للبحث الفقهي والاقتصادي ، لتجدد مسأله يوماً بعد يوم.

ومن هنا جاء إدراج هذا الموضوع على جدول أعمال مجمع الفقه في دورته العشرين . وقد شرفنتي الأمانة العامة بالدعوة للكتابة في زاوية من زواياه المتعلقة بالدور التموي للتأمين ، مع دراسة الاستثمار في شركات التأمين التعاوني من زواياه المختلفة ؛ أبعاداً ومشكلات وأحكاماً وضوابط ، مع التأكيد على علاقة حملة الوثائق بهذه الشركات ، ومدى اشتراكهم في إدارة الصناديق التأمينية التي بحوزتها.

وفي ضوء هذه المهمة المحددة تحتوي هذه الورقة على المحاور التالية:-

١. دور التأمين وشركاته في إنجاز التنمية.
٢. عقد التأمين في ساحة الفقهاء.
٣. الاستثمار في شركات التأمين التعاوني.
٤. الأحكام المنظمة للعلاقات بين أطراف العملية التأمينية.

والله الموفق والمستعان

دور التأمين وشركاته في إنجاز التنمية

التنمية ومتطلباتها:

إن تنمية أي مجتمع تعنى إنشاء العديد من المشروعات الإنتاجية في هذا المجتمع ، يستوي في ذلك مؤسسات الإنتاج السلعي ومؤسسات الإنتاج الخدمي ، لأن هذه المؤسسات تكاد تكون نادرة أو على الأقل غير كافية لا من حيث الحجم ولا من حيث الكيف لجعل المجتمع متقدماً يرفل في ثياب التقدم والرخاء والرفاهة ، غير محروم من مختلف السلع والخدمات التي تشبع له احتياجاته بالمستوى الإنساني الكريم . بعبارة فنية موجزة إن التنمية هي عملية إنشاء وتطوير المزيد من الاستثمارات.

ومعروف لدي علماء التنمية أن تحقق التنمية رهين توفر العديد من المتطلبات ، نكتفي هنا بالإشارة إلى بعضها. إن أول شيء تحتاجه الاستثمارات هو القدر الكافي من الموارد المالية. فلا استثمار دون تمويل ، وإلا كان استثماراً ورقياً لا وجود له على أرض الواقع. ثم إن الاستثمار يتوقف على وجود المستثمر ، ممثلاً في شخص طبيعي أو شخص اعتباري . وهم الصناع والزراع والتجار ومقدمو مختلف الخدمات ، أو ما كان يطلق عليهم اسم المنظمين . ويشيع اليوم اسم رجال الأعمال . وأياً كان الاسم فإن وجود الشخص المستثمر ضروري لقيام الاستثمار . ما الذي يسهم به التأمين في توفير هذه المتطلبات؟ وبعبارة أخرى: ما هو الدور التتموي للتأمين؟

إسهام التأمين في توفير بعض متطلبات التنمية:

التأمين والتمويل: بداية فإن كلامنا عن الدور التتموي للتأمين لا ينصرف إلى نوع معين من التأمين كالتأمين التجاري أو التأمين التعاوني أو التأمين الاجتماعي ، وإنما نحن هنا بصدد التأمين بشكل عام ومطلق . فإذا ما علمنا أن التأمين التجاري حرّمه الفقهاء علمنا أن للتأمين التعاوني والتأمين الاجتماعي الجائزين شرعاً هذا الدور التتموي المهم. وبالتالي كان لابد من الاهتمام بهما وبذل كل جهد فكري وتطبيقي لتفعيل هذا الدور التتموي المهم لهما.

من المعروف أن لشركات التأمين وهيئاته أسهماً كبيراً في توفير التمويل اللازم لإنجاز التنمية وإقامة الكثير من المشروعات الاستثمارية . وتشير إحصاءات - قديمة نسبياً - إلى أن نسبة التأمين إلى الناتج المحلي الإجمالي تتراوح بين ٢٪ و ٩٪ في دول نامية ودول متقدمة . وتشير إحصاءات أخرى إلى أن إجمالي اشتراكات التأمين الإسلامي قد بلغت ٢

مليار دولار . وبعض الإحصاءات أفادت أن حجم الاستثمار في شركات التأمين في مصر عام ١٩٩٧م وصل إلى عشرة مليارات جنيهه(١).

وتجدر الإشارة إلى أن أقساط التأمين لا تعدو أن تكون لوناً من ألوان المدخرات لدي الأشخاص ، وهي ادخارات بعضها طوعي التزامي مثل التأمين التعاوني والتأمين التجاري وبعضها إجباري إلزامي مثل التأمين الاجتماعي الذي يشارك به العاملون لدى الحكومة ولدى القطاع الخاص. ولا يخفى أن الادخار هو السبيل الوحيد للتمويل الذي يحدد حجم الاستثمار.

وإذا كان التأمين يلعب دوراً مباشراً في تكوين وتعبئة المدخرات فإنه بات يلعب دوراً غير مباشر في هذه العملية ، لا يقل أهمية عن دوره المباشر.

إن الذي لديه قدرة على الادخار إذا لم يجد الأوعية الادخارية الجيدة ، من حيث درجة الأمان ومستوى العائد فغالباً لن يدخر ، وسيوجه كل فوائضه لإنفاق استهلاكي قد لا يكون في معظمه ذا أهمية ، أو يحيل هذه الفوائض إلى أشكال عقيمة مثل المجوهرات أو شراء العقارات..الخ.

ومعنى ذلك ضرورة توفير أكبر قدر ممكن من الأمان حتى يقبل المدخر على الادخار، وبخاصة في ظل حالات عدم الاستقرار السياسي والاقتصادي والمالي التي يعيشها عالمنا المعاصر . ومعروف ومشاهد ما يلحق المصارف من جراء ذلك من مضار فادحة تلقى بالكثير منها في لجة الإفلاس والإعسار ، وتحيق بإيداعات المودعين. والمضار الأكبر في ذلك هم صغار ومتوسطو المودعين ، وهم يمثلون السواد الأعظم من المودعين وبخاصة في مصارف الدول ذات الاقتصادات الناشئة . الأمر الذي يلحق الضرر بالاقتصاد القومي في مجمله . ولذلك وجدنا الطلب اليوم متزايداً على تأمين الودائع المصرفية(٢) . ولسنا هنا بصدد الدراسة المعمقة لهذه النوعية من التأمين من الناحية الشرعية والناحية الاقتصادية(٣). لكننا فقط نشير إلى اكتساب النشاط التأميني أهمية متزايدة في توفير المدخرات ، ومن ثم توفير التمويل اللازم للاستثمارات . وحماية المصارف والتي هي بمثابة القلب الذي يضخ الدم في شرايين الجسد الاقتصادي.

التأمين والاستثمار: الاستثمار يتطلب القدرة ويتطلب في نفس الوقت الحافز والرغبة . إن توفر التمويل يمثل جانب القدرة على الاستثمار ، لكن توفر الرغبة والحافز يتوقف على أمور أخرى . إن المستثمر ممثلاً في الفرد أو في الشركة يدرك جيداً أنه يعمل في ظل أوضاع

(١) مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي ، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي ، جامعة الأزهر ، ٢٠٠١م.

(٢) نظام التأمين على الودائع ، البنك الأهلي المصري ، النشرة الاقتصادية ، العدد ٢ المجلد ٥٣ ، ٢٠٠٠م.

(٣) د. عبد الستار أبو غدة ، حكم التأمين على الودائع والاستثمارات والصكوك في البنوك الإسلامية ، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد ٣٦٩.

غير مؤكدة وأنه محاط بشتى أنواع المخاطر . وإذا لم يتولد لديه قدر لا بأس به من الأمن فغالباً لن يقدم على إقامة ما يبغي إقامته من مشروعات . ومن ثم تتعوق إن لم تتوقف الاستثمارات ، حتى وإن توفر التمويل المطلوب . والتأمين ، وبخاصة منه التأمين التعاوني يوفر له قدراً كبيراً من هذا الشعور بالأمن من خلال ما يقوم عليه من تعاون وتآزر ومواساة ووقفه جماعية حيال أي خطر يقع عليه ، فيتفتت الخطر ولا يصيبه منه إلا فتات، بدلاً من تحمله كله بمفرده.

خلاصة القول: إن النشاط التأميني بات يلعب دوراً حيوياً في الاقتصاديات المعاصرة من خلال إدارة المخاطر والكوارث المالية وإدارة المدخرات وإدارة الاستثمارات(١).

كل هذا بالإضافة إلى ما يسهم به في المجال الاجتماعي . والذي هو محور رئيس من محاور التنمية . ولا ننسى أن التاريخ ينبئنا عن دور بالغ الأهمية لعبه التأمين البحري في تنمية بريطانيا وغيرها . وقد يكون من المفيد في هذا المكان أن ننظر ملياً في فقرة جيدة وردت في الموسوعة العربية عن وظائف التأمين الاجتماعية والاقتصادية . فهي تكشف لنا بلغة مبسطة عن الدور الذي بات يلعبه النشاط التأميني في حياتنا المعاصرة . وقبل أن ننقل هذه الفقرة نختم حديثنا عن أهمية التأمين بكلمة عن علاقة النشاط التأميني بالنشاط المصرفي من المنظور الإسلامي ، فلقد بادرت الصحوة الاقتصادية الإسلامية بإقامة تجسيد حي عملي لها في دنيا الناس ، ممثلاً في المصارف الإسلامية . وبعد قيام هذه المصارف وجدنا أنها كي تؤدي دورها التتموي المنشود عليها أن تستكمل أموراً ، منها وجود شركات تأمين إسلامية . وسبر طبيعة العلاقة بين المصارف وشركات التأمين الإسلامية يحتاج عملاً مستقلاً.

ومبدئياً فإنني أرى أنه من الأفضل أن يكون لشركات التأمين الإسلامية استقلالها التام عن المصارف الإسلامية ، لاختلاف الطبائع والأهداف ، وبعداً عن الوقوع في شرك الاحتكارات . وهذا لا ينافي أن يكون بينهما علاقات تعاون وتنسيق قوية.

وظائف التأمين الاجتماعية والاقتصادية(٢):

للسنشاط التأميني وظائف ومهام كثيرة ، اجتماعية واقتصادية انطلاقاً من دوره المهم في حماية الفرد بشخصه بوصفه أهم عامل في العملية الإنتاجية ، وحماية ممتلكاته ومسئوليته تجاه الغير ، عن أخطاء ارتكبها بغير قصد ، وحماية الاقتصاد الوطني.

فتأمينات الحياة توفر الأمن والأمان للفرد في حياته ، وتمنحه الطمأنينة على غده ومستقبل أولاده . صحيح أن التأمين على الحياة لا يرد الموت وعاديات الأيام ، فهناك أمور

(١) د. ماجدة شلبي ، أثر اتفاقية تحرير تجارة الخدمات المالية على أسواق التأمين وإعادة التأمين في العالم الإسلامي ، مؤتمر الصناعة التأمينية ، مرجع سابق.

(٢) الموسوعة العربية - المجلد الخامس ، العلوم القانونية والاقتصادية. www.arab-ency.com

محتومة لا يمكن دفعها أو الهروب منها ، والهدف الأساسي من هذا النوع من التأمين إنما هو مساعدة الفرد في حياته على مواجهة الخسائر التي قد تلحق به جراء حوادث مؤسفة أو لأسرته من بعده إذا انتهى الحادث إلى وفاته ، إذ تخفف من آثار النكبة عليها مالياً ومعاشياً. وتأمينات الحياة تساعد الفرد الذي يتعرض لحوادث جسدية مؤذية على تحمل الخسارة الناتجة عن توقفه عن العمل ، أو مصاريف دخول المشايخ والفحوصات اللازمة والعمليات وغيرها ، وفي حالات العجز الكلي سواء كان دائماً أو مؤقتاً ، فإن التأمين يساعد الفرد بالتعويض عليه فوراً أو بمبالغ معينة مدى حياته.

والتأمين يساعد على زيادة الإنتاج والإنتاجية من جراء الطمأنينة ، إذ يعمل المؤمن عليه من دون خوف أو قلق على مستقبله ومستقبل أفراد أسرته المسئول عنهم قانوناً. وهذا ما يسهم في تحسين المستوى المعاشي ويفتح آفاق التعلم والتزود بمتطلبات الحياة التي تتسارع على نحو ملحوظ باتجاه التضخم والتعقيد ، مما ينعكس على الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية تطوراً وتقدماً. والتأمين ، بصفته وسيلة لحماية الاقتصاد الوطني ، يقوم بدور الحارس الخفي للمنشآت المؤمنة العامة والخاصة ، بغرض المحافظة على وسائل الأمن والسلامة فيها صالحة وجاهزة ، وتوفيرها بالقدر المستطاع في بعض المنشآت من خلال منح أسعار تأمين أفضل كلما كانت وسائل الإنذار والإطفاء الآلي أو اليدوي متوافرة.

ويعمل التأمين على مساعدة أصحاب المعامل التي تتعرض لحرائق أو انفجارات فوراً ، بتعويضهم عن الخسائر المادية الناتجة عن تلك الحوادث المشمولة بالتأمين بالسرعة الممكنة ، الأمر الذي يساعدهم على شراء آلات بديلة عن الآلات المحترقة ويعيد عجلة الإنتاج إلى الحركة والدوران من دون إرباكات تذكر على نحو محسوب ومدروس. وبهذا المعنى فإن التأمين يساعد المؤمن لهم على الاستمرار في تنفيذ العقود التسويقية لمنتجاتهم ، داخلياً وخارجياً ، والمحافظة على ميزانهم التجاري متوازناً ، ومن ثم المحافظة على ربح موازنة الدولة بفوائض الأرباح ، كما هو مقدر ومخطط مما يضمن موازنة عامة مستقرة ومتنامية.

والتأمين يعمل من خلال كونه أحد الأقفان الادخارية ، بل من أهم الأقفان الادخارية في سحب جزء من الكتلة النقدية الموجودة لدى الأفراد ، والتي كان سيذهب القسم الأكبر منها لشراء سلع استهلاكية أو خدمات بعضها ضروري وبعضها غير ضروري ، فتتخفف قيمة الوحدة النقدية من جراء زيادة العرض ، وينخفض معدل التضخم ، إذ توجه شركات التأمين هذه الأقساط المحصلة من الأفراد في تأمينات الحياة ، أو توجه قسماً من احتياطياتها الفنية باتجاه الاستثمار في مشاريع إنتاجية وخدمية مدروسة وعوائدها عالية ، فيزيد عرض المنتجات ، ويتحسن مستوى الخدمات ، فتتخفف الأسعار ، وتقل معدلات التضخم.

ولعل من أهم الوظائف الاجتماعية للتأمين حماية أفراد المجتمع من حوادث السير المؤسفة ، التي أتت عليها بعض قوانين السير ، ومنها قانون السير السوري لعام ١٩٧٤م الذي أوجب في المادتين ٢٠٣ ، ٢٠٤ على مالكي المركبات السورية أو حائزيها أو سائقها التأمين على مسؤولياتهم المدنية تجاه الغير عن الحوادث التي تلحقها بهم هذه المركبات إذا كان استخدامها قانونياً ، وكذلك التأمين الإلزامي على المركبات الأجنبية الداخلة إلى القطر العربي السوري ، عبوراً أو بغرض المكوث المؤقت ضد الأضرار المادية والجسدية التي تحدثها هذه المركبات في سورية.

وهناك وظائف أخرى هي:

- ❖ الاحتياط للمستقبل: إذ يتحمل المؤمن له بعض التضحيات المالية بموجب عقود التأمين في الحاضر، يقطعها من دخله احتياطاً للمستقبل. فهذه وسيلة منبهة لأخطار المستقبل وموجهة للوقاية منها.
- ❖ إثارة الغير على النفس: يظهر ذلك في التأمين على الحياة ، إذ يؤثر المؤمن عليه ذويه ، ومن هو المسئول عن رعايتهم على نفسه ، فيؤمن على حياتهم من دخله لمصلحتهم ، سواء انتهى هذا التأمين في حياته أو ابتداء بعد وفاته.
- ❖ التعاون والتضامن: وهو جوهر التأمين والأساس الذي يقوم عليه ، ويتمثل في توزيع الخطر على الجميع حين يتعرض له بعضهم . وهذا تعاون على الخير ضد النكبات وعوادي الأيام.
- ❖ الاعتماد على الذات: ينمي التأمين ظاهرة الاعتماد على النفس وعدم الاعتماد على الغير ، بأن يحتاط المرء لغده وما قد يقع فيه من ماله الخاص باختياره.
- ❖ تنمية الشعور بالمسئولية تجاه نفسه وتجاه أسرته ومن يهمله مستقبلهم ، إذ يتخذ من القرارات ، ومنها التأمين ، ما يوفر لهم الحياة السعيدة.
- ❖ تمكين المشرفين على الوحدات الاقتصادية من التفرغ لرسم السياسات الإنتاجية في جو يسوده الأمان والقدرة على التنبؤ ، مما يؤدي إلى ارتفاع مستوى الكفاية الإنتاجية نتيجة التفرغ لأعمالهم ، من دون أن ينشغلوا بطوارئ وحوادث العمل التي تتحمل نتائجها شركات التأمين.
- ❖ تمكين المنشأة من إجراء تقديرات سليمة لتكلفة الإنتاج عن طريق تغطية الأخطار المتوقعة التي تؤثر بلا شك على تكلفة الإنتاج.
- ❖ توفير الضمانات لرأس المال واستمراره في أداء دوره الحيوي في الاقتصاد عن طريق الوظيفة التعويضية التي يقدمها التأمين لأصحاب المشاريع المؤمن عليها ، وهو الهدف الأساسي من التأمين.

- ❖ التأمين وسيلة لتكوين رؤوس الأموال من خلال الاحتياطات المتجمعة لدى شركات التأمين، والتي يمكن توجيهها لتمويل المشاريع التنموية.
- ❖ وهو عامل من عوامل الائتمان يوفر للمؤمن الضمانات التي تسهل عمليات الاقتراض من الدائن. وعلى مستوى الدولة يساعد التأمين الاقتصاد القومي؛ إذ يمكن الدولة من الحصول على ما تحتاج إليه من قروض، بتوظيف الأموال الطائلة التي تملكها شركات التأمين في شراء السندات الحكومية التي تصدرها الدولة والشخصيات المعنوية العامة، وذلك في بلدان نظام الاقتصاد الحر.
- ❖ وهو كذلك وسيلة من الوسائل التي تحقق التوازن التلقائي في المجتمع، ففي أثناء الرواج الاقتصادي يدفع العاملون جزءاً من دخولهم أقساط تأمين لتغطية حالات البطالة والتعطل عن العمل، وهذا ما يقلل من القوة الشرائية في أوقات الكساد فتصرف لهم تعويضات تزيد مقدرتهم الشرائية.
- ومن خلال استعراض هذه الوظائف، يتبين دور التأمين المهم في حماية الأفراد وممتلكاتهم، وضمان مسئولياتهم تجاه الغير، مثلما تظهر مهام التأمين في المحافظة على الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي وحماية الاقتصاد القومي بوجه عام.

عقد التأمين في ساحة الفقهاء

أشرنا سلفاً إلى أن التأمين لأهميته قد حظي باهتمام الفقهاء وبالذات المعاصرين. ومن جراء تلك الجهود الحثيثة والمتتابعة نستطيع القول بأن ملامح الموضوع والموقف الشرعي حياله قد وضحت إلى حد كبير.

وليس من مهمة هذه الورقة تتبع كل ما قدم ولا حتى بعضه. ويكفي أن نشير بعجالة إلى أهم ما نجم عن تلك الجهود من نتائج كلية مقبولة ومتوافق عليها من جمهور الفقهاء.

ولعل من أبرز هذه النتائج ما يلي:

١. التمييز الواضح بين أنواع التأمين وتحديد الحكم الشرعي لكل منها. فهناك التأمين التقليدي المطروح على الساحة منذ أمد طويل وأصبح له اسم خاص به وهو التأمين التجاري، نسبة إلى أنه عمل تجاري محض، بعيداً عن أي تعاون وتبرع ومؤازرة. فشركة التأمين في نطاق هذا النوع تعقد مع من يريد التأمين عقداً يلتزم بمقتضاه بدفع مبلغ معين بشكل معين وتلتزم الشركة بأن تدفع له مبلغاً معيناً عندما ينزل به الضرر من جراء الخطر المؤمن عليه منه. فهي عملية معاوضة مالية محضة، تستهدف منها الشركة تحقيق الأرباح، أي أنها، بعبارة أخرى عملية تجارية. ونظراً لما يشوب هذا العقد من أمور محظورة شرعاً، مثل الربا والغرر الفاحش والقمار، فإن الفقهاء عندما طرح عليهم هذا النوع من التأمين في بداية الأمر انقسموا ما بين مانع ومجيز، وبتوالي النظر في هذا الأمر أصبح هناك ما يشبه الاتفاق بينهم على حرمة. ونظراً لأهمية التأمين كفكرة ونظام لم يعد من الممكن تجنب الأفراد والمجتمعات له فقد انصرف البحث الفقهي إلى كيفية إيجاد صورة للتأمين تنال المشروعية. وبالبحث تبين أن المحقق لذلك هو إخراج عقد التأمين من عباءة المعاوضة أو التجارة إلى عباءة التعاون والتبرع، معتبرين أن ذلك هو الخطو الأولى والضرورية لجعل التأمين مشروعاً إسلامياً.

والحمد لله لقد نجح البحث والدراسة في هذا الصدد، فظهر ما أصبح يعرف بالتأمين التعاوني. والبعض أطلق عليه التأمين التبادلي^(١). ومرجع التسمية الأولى ما تقوم عليه العملية من تعاون وتآزر ومواساة بين مجموعة المشتركين في تحمل الأضرار التي تلحق بأي منهم من خلال إسهام كل منهم بمبلغ محدد يجمع ليدفع منه ما يصيب أيّاً منهم. فالمسألة مسألة تعاون صرف بين هؤلاء، وليس هنا أية شبهة للمعاوضة أو التجارة. ومرجع التسمية الثانية أنه إذا كان في التأمين التجاري يوجد طرفان متقابلان أحدهما مؤمن أو شركة التأمين والثاني مستأمن وهم المشتركون أو حملة وثائق التأمين. فإن الأمر في هذا النوع من

(١) لمزيد من المعرفة يراجع د. عبد الحميد البعلى ود. وائل الراشد، نظام التأمين التعاوني التكافلي الإسلامي، نشر مجموعة البركة المصرفية، ص ١١٢ وما بعدها، الكويت: ٢٠٠٦م.

التأمين على خلاف ذلك، حيث جميع الأطراف هي مؤمنة ومستأمنة في نفس الوقت، فهي نفسها التي تدفع مبالغ التأمين أو الأقساط، وهي نفسها التي تحوز على التعويضات. بعبارة أخرى إن كل واحد منهم يؤمن نفسه ويؤمن غيره في ذات الوقت. وخروجاً على ما قد يرد من التباسات من وراء هذه الأسماء نادى الكثير من الفقهاء بإطلاق اسم جديد عليه وهو «التأمين الإسلامي»^(١).

وهذا شيء حسن من هذا الجانب، وإن كانت عليه ملاحظات مهمة من جانب آخر، فالمعروف علمياً أن التمييز لا يكون بين الإسلام والتجارة ولا بين الإسلام والمعاوضة، وإنما يكون بين التعاون والتجارة، وبين التبرع والمعاوضة. وعلى أية حال، هذه مواضعة واصطلاح. ولا مشاحة في الاصطلاح طالما كان بعيداً عن الغموض والالباس.

والمهم هنا أن هذا النوع هو من حيث المبدأ مقبول شرعاً، وعليه حتى يحوز القبول الشرعي النهائي أن يلتزم بكل الأحكام وينضبط بكل الضوابط الشرعية في كل جوانبه.

وهناك نوع ثالث من التأمين هو ما يطلق عليه التأمين الاجتماعي. وهو قاصر على ما يجرى بين الحكومة والعاملين لديها، وكذلك بين أصحاب المشروعات الخاصة والعاملين لديهم. وهو تأمين إلزامي إجباري، وهو بعيد عن شبهة التجارة، ومن ثم فهو مقبول شرعاً.

ونشير هنا إلى أن محط أنظار الفقهاء حالياً هو التأمين التعاوني، من حيث إن الإجازة الشرعية له من حيث المبدأ لا تكفي، ولا تغنى عن البحث في كل زاوية من زواياه، ووضع الأحكام والضوابط التي تجعله يظل مقبولاً شرعاً.

وقد يكون من المفيد هنا الإشارة إلى أن البحث الفقهي انصرف ومازال حول التأمين كعقد يرتب حقوقاً والتزامات، وليس حول التأمين كفكرة ونظام، فليس هنا حاجة إلى البحث الفقهي، لأنه يرتكز على مبدأ شرعي أصيل هو التعاون، كما أنه منضم إلى العديد من النماذج العملية لتطبيق هذا المبدأ والتي نالت الشرعية الإسلامية.

ومن الضروري هنا لفت النظر إلى أن خروج التأمين التجاري من تحت غطاء التعاون أو حتى التبرع إلى غطاء التجارة والمعاوضة لم يكن مجرد ذلك هو مناط الحكم بحرمة هذا النوع من التأمين، فالإسلام لم يحرم التجارة ولم يحرم المعاوضات المالية. وإنما كان مناط التحريم هو ما يلحق هذا العقد لحوقاً ذاتياً غير منضك من محرّمات كالربا والغرر الفاحش.. الخ.

(١) مؤتمر التأمين التعاوني، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، إبريل ٢٠١٠م، عمّان.

ومن الضروري كذلك الإشارة إلى أن الإسلام لم يعط لمبدأ وفكرة التعاون صكاً على بياض بالمشروعية، مع تسليمه بأهمية التعاون وعظيم شأنه، وإنما أعطاه صكاً مقيداً بأن يكون لأهداف سليمة صحيحة صالحة وبآليات كذلك سليمة وصحيحة.

بعبارة أن يكون تعاوناً على البر والتقوى ولا يكون تعاوناً على الإثم والعدوان، كما نطق بذلك القرآن الكريم: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (١). وقد يكون من المفيد هنا أن نشير بعجالة إلى بعض جوانب التأمين التعاوني من حيث التعريف، والأركان، والخصائص والتكليف الفقهي.

٢. **تعريف التأمين التعاوني:** تعريف التأمين التجاري تعريف محدد وواضح، وما ذلك إلا لأن أطرافه مميزة واضحة غير مختلطة ولا متداخلة فهو عقد تبرمه شركة التأمين التجاري مع كل من يرغب في أن يؤمن نفسه أو ماله أو مسؤوليته لديها، فالعاقدان موجودان ومستقلان عن بعضهما، وكل منهما يلتزم بشيء في مقابل التزام الطرف الآخر بشيء مقابل له.

والأمر ليس بهذا الوضوح في تعريف التأمين التعاوني. لأن أطراف العقد فيه ليست بهذه الاستقلالية والتميز. فهل أطراف عقد التأمين التعاوني هم جماعة المشتركين. وهل هم مستقلون وفي مواجهة بعضهم؟ وهل ما يحدث اليوم عملياً يتسق وهذا القول؟ وإذا لم يكونوا هم طرفي العقد فمن يكون طرفاه إذن؟ إن ما يجري اليوم في الواقع هو قيام شركة تأمين إسلامي بإبرام عقود مع من يرغب في الدخول تحت مظلة ما تتجزه من تأمين. والأمر مازال غائماً، فما هي هوية وطبيعة شركة التأمين هذه؟ وبأي حق تبرم عقوداً ترتب التزامات عليها؟ ومن أين توفى بالتزاماتها تلك؟ أسئلة تحتاج إجابات.

وربما لو نظرنا لفكرة التأمين التعاوني في أصل وبداية تطبيقها لسهل علينا ادراك الأمر. في البداية جرى اتفاق بين مجموعة من الأشخاص ذوي الظروف المتشابهة على أن يواجهوا سوياً أي خطر يقع على أي منهم، وذلك من خلال قيام كل فرد بدفع مبلغ محدد بنظام معين، على سبيل التعاون والتآزر، ليواسي منه من يحل به ضرر ما. والأمر في ذلك أقرب ما يكون إلى جمعية تعاونية لدرء المخاطر بين أعضائها (٢). وبعض الفقهاء وقف عند ذلك وعرف التأمين التعاوني بأنه: «اتفاق أكثر من شخص معرضين لخطر أو مخاطر معينة على أن يدفع كل منهم اشتراكاً معيناً على سبيل التعاون لتعويض الضرر أو الأضرار التي تلحق بأحدهم إذا تحقق خطر معين» (٣).

(١) سورة المائدة: الآية ٢.

(٢) د. حسن الشاذلي، التأمين التعاوني الإسلامي، حقيقته - أنواعه - مشروعيته، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٥١.

(٣) نفسه.

لكن الأمر عملياً لم يقف عند هذا الحد. وإلا فأين هي في هذه الصورة شركة التأمين الإسلامي؟ ونظراً لتطور العملية التأمينية وتزايد الأعضاء والراغبين في الاشتراك كان لابد من قيام هذه المجموعة المؤسسة بتكوين هيئة إدارية تتولى إدارة العملية والتعامل مع من يريد الانضمام، والتعامل مع الأعضاء، تحصيلاً للاشتراكات ودفعاً للتعويضات.

ومزيداً من البلورة القانونية والتنظيمية رؤي أن تكون هذه الهيئة الإدارية في شكل شركة. وهنا كانت باكورة شركات التأمين الإسلامية. على أن الأمر من حيث التطبيق لم يقف عند هذا الحد، بل سار خطوة أخرى. فوجدنا شركات تأمين إسلامية تنشأ ذاتياً، وبادئ ذي بدء لممارسة التأمين الإسلامي في نوع معين من المخاطر. ولهذه الشركة أصحابها المؤسسون لها. والمساهمون في رأسمالها الذي لا يتجاوز عادة قدرًا بسيطاً من المال يكفي لإقامة مقر وتعيين بعض الموظفين. وعدم احتياج الشركة إلى رأسمال بمعنى الكلمة تمارس به نشاطها، شأنها شأن أي شركة، أن هذه الشركة ستمارس نشاطها من خلال اشتراكات من يرغب في الانضمام إليها(١).

وبدون استطراد في هذه المسألة نقول إن الشركة المؤسسة القائمة سوف تمارس عقود التأمين مع كل من يرغب. وهنا نجد طريقتي العقد محددتين واضحين؛ المشتركون أو حملة الوثائق والشركة. ومعنى ذلك أن عقد التأمين الإسلامي أو التعاوني هو عقد تبرمه شركة تأمين إسلامية مع من يرغب في نوع التأمين الذي تمارسه يتضمن العديد من العناصر من أهمها مبلغ الاشتراك، وأسلوب دفعه، ومبلغ التعويض، وأسلوب دفعه(٢). وقد يقال: وما مصلحة شركة التأمين في القيام بذلك؟ والجواب أنها تقوم باستثمار هذه الاشتراكات المجمعة لحساب أصحابها، على سبيل الوكالة بأجر، أو المضاربة بحصة من الأرباح التي تتحقق. ومعنى ذلك أن هناك عائداً سيعود عليها، أو بالأحرى على أصحابها المساهمين فيها، أو ما يسمون بحملة الأسهم، تمييزاً عن المشتركين، والذين يسمون بحملة الوثائق. فهي شركة مضاربة أو وكالة تعمل في مجال التأمين. وقد يقال: وما الفارق بين شركة التأمين الإسلامي هذه وشركة التأمين التجاري؟ والجواب: إن هناك فوارق جوهرية نتعرف عليها في الفقرة التالية.

٣. **خصائص ومميزات التأمين التعاوني(٣):** لعل من أهم ما يميز التأمين التعاوني عن التأمين التجاري ما يلي:

- (١) وهناك العشرات من شركات التأمين الإسلامية، انظر د. محمد الجرف، تطور الفكر الاقتصادي الإسلامي في مجال التأمين، مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، ٢٠٠١م.
- (٢) د. حسين حامد حسان، التأمين على الحياة والسيارات...، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٦٢.
- (٣) د. فتحي السيد لاشين، مشروعية عقد التأمين من وجهة النظر الإسلامية، مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، مرجع سابق. د. عبد الحميد البلعي، د. وائل الراشد، نظام التأمين التعاوني التكافلي الإسلامي، مجموعة البركة المصرفية، الكويت: ٢٠٠٦م، ص ١٢٠.

أ) الهدف الوحيد في التأمين التعاوني هو التعاون مع الغير في تحمل ما يقع من أضرار، فدافع المشترك هو المؤازرة والمساندة للغير فيما يلحق به، وكل مشترك يقصد ذلك، فهو داخل بقصد أن يساعد غيره وأن يساعده غيره عند ضرورة الملمات. والشركة القائمة ما هي في حقيقتها إلا نائبة عن هؤلاء المشتركين في إدارة ما يدفعونه، وفي استثماره لهم، وفي دفع ما يكون هناك من تعويضات لهم هم، فهم الدافعون وهم المستفيدون. والمال في الأول والأخير مالهم. والشركة لا تمتلك هذه الأموال، ولا تمتلك صندوق التأمين، وفي الوقت نفسه لا تدفع أية تعويضات من مالها، اللهم إلا عند الضرورة وعلى سبيل القرض لأصحاب الصندوق.

وهنا يتجلى الفرق واضحاً بين شركة التأمين الإسلامية وشركة التأمين التجارية. فإذا كان هذا هو شأن التأمين الإسلامي فإن شركة التأمين التجاري وضعها القانوني مختلف تماماً. وكذلك وضع حملة الوثائق فيها. إنها تمتلك صندوق التأمين، وتمتلك أموال الأقساط والاشتراكات المحصلة من حملة الوثائق. وهو مالها تتصرف فيه كيف شاءت. وفي المقابل عليها لزاماً أن تدفع أي تعويض يحق لأي مشترك من مالها هي. فهي تأخذ لذاتها مالاً في مقابل أن تدفع من مالها مالاً آخر بنظام معين. خلاصة القول هي شركة تاجرة في مجال التأمين كأى شركة تاجرة في أي مجال. والتاجر من شأنه أن يحرص على أن يشتري بأقل الأثمان وأن يبيع بأعلى الأثمان. أو بعبارة أخرى فإن التاجر يحرص على تقليل نفقاته إلى أدنى حد ممكن وإلى زيادة إيراداته إلى أقصى حد ممكن. وبتطبيق ذلك على شركة التأمين التجاري نراها تجرى حساباتها وتدير عملياتها على أساس أن تجمع من الاشتراكات أقصى مبلغ ممكن، وألا تدفع في التعويضات إلا أقل مبلغ ممكن.

والحال كذلك في المشترك معها، فهو لم يدفع ما يدفع بنية معاونة الغير ومساندته، فلا علاقة له بذلك ولا شأن له به. إنما هو يدفع ما يدفع بهدف تحقيق مصلحة ذاتية له. آملاً أن يستفيد مما دفعه بأكثر منه، وقد يتحقق له ذلك وقد لا يتحقق. فالمسألة مسألة معاوضة مالية قائمة على قدر كبير من المخاطرة والمغامرة. بل إن شئت قلت إنها تعامل أو تجارة في المخاطر. فكلا الطرفين قد يدفع كثيراً ليحصل على القليل أو لا يحصل على شيء. وقد يدفع المشترك العديد من الأقسام دون أن يحصل على أي تعويض. ولا يحق له المطالبة بما دفعه. والحال كذلك فقد تدفع شركة التأمين مبالغ طائلة مع أنها لم تحصل من المدفوع له تلك المبالغ إلا على القليل أو حتى لا شيء. وهذا كله منافع لفكرة التعاون والتآزر والتكتل مع الغير لدرء المخاطر جماعة، لا فرداً فرداً.

ب) يترتب على ذلك أن المال المجمع في الصندوق التأميني من خلال الاشتراكات وعوائد الاستثمارات لهذه الاشتراكات هو ملك خالص لحملة الوثائق أو المشتركين، وليس لشركة التأمين إلا إدارة هذه الأموال نيابة عن المشتركين، فيد الشركة هنا يد إدارة وليست يد ملك. وهي تدير هذه الأموال طبقاً للنظام

المحدد بينها وبين المشتركين، وكل ما لها نظير ذلك أجر الوكالة أو حصة في ربح المضاربة، لأنها تكييف قانوناً على أنها وكيل بأجر عن المشتركين أو مضارب لهم في أموالهم بحصة من الربح. ومن حق المشتركين أن يعينوا من يمثلهم في المشاركة في إدارة الشركة. مزيداً من الحرص على سلامة الإدارة، ومزيداً من التأكيد على أن الأموال أموالهم. ومن حق الشركة إذا كان لديها مال خاص بها أن تشارك به في استثمار أموال الصندوق التأميني، ويكون لها حصتها في الأرباح المحققة، طبقاً لنسبة ما أسهمت به وكل ذلك ينظمه عقد أو وثيقة التأمين. وعلى شركة التأمين لزوماً أن تمسك بحساب مستقل تماماً لعمليات التأمين واستثمار أمواله. وأن تمسك بحساب مستقل آخر للمشاركين. بعبارة أخرى، هناك حساب لهيئة المشتركين أو حملة الوثائق، وهناك حساب آخر لحملة الأسهم.

(ج) أطراف العملية التأمينية في التأمين التعاوني كلهم في صف واحد، وليس هناك طرف في مقابل طرف، والمصالح جميعها متوافقة، بل متحدة وليست متعارضة، وما ذلك إلا لأن كلاً منهم مؤمن ومستأمن في آن واحد، وهذا عكس التأمين التجاري، حيث هناك مؤمن وهناك على الطرف المقابل مستأمن والمصالح متقابلة متعارضة. وطرفا العقد هما المشترك أو المستأمن أو المؤمن له من جهة وشركة التأمين، باعتبارها ممثلة لجماعة المشاركين من جهة أخرى (١). وبذلك يؤول الأمر إلى أن شركة التأمين تصبح هي المؤمن «نيابة عن جماعة المشتركين» ويصبح كل مشترك هو المؤمن له أو المستأمن.

(د) يترتب على ذلك أن ما يعرف بالفائض التأميني هو في التأمين التعاوني ملك خالص لحملة الوثائق، الذين هم مؤمنون ومستأمنون في نفس الوقت، وليس لأصحاب شركة التأمين، أو ما يعرفون بحملة الأسهم أي ملكية له. وهذا مناقض تماماً للوضع في التأمين التجاري، حيث يمتلك هذا الفائض ملكية كاملة خالصة حملة الأسهم، وليس لحملة الوثائق أي حق فيه. ويحدد النظام الأساسي للشركة طريقة التصرف في هذا الفائض.

٤. التكييف الفقهي لعقد التأمين التعاوني: بالرغم من أن التأمين التعاوني هو تأمين مشروع في نظر الفقهاء، وصدرت بذلك العديد من الفتاوى من المجامع الفقهية ومراكز البحوث وهيئات الفتوى فإن تكييف عقد التأمين قد تنوعت حيالة آراء الفقهاء، فهناك قلة ترى أنه عقد معاوضة لكنه ليس من قبيل المعاوضة التي في عقد التأمين التجاري (٢). وجمهور الفقهاء على غير ذلك. وبعضهم يرى أنه عقد تبرع،

(١) د. حسين حامد، مرجع سابق.

(٢) لمزيد من المعرفة يراجع د. محمد الجرف، نظام المضاربة للتكافل الاجتماعي البديل الإسلامي للتأمين على الأشخاص، مجلة مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، العدد الرابع، ١٩٩٨م.

وبالطبع فإن عقود التبرع مسمأة معروفة في الفقه في أي منها ينتسب؟ ذهب البعض إلى أنه من قبيل هبة الثواب. ولكن البعض الآخر لا يرى أن هذا العقد يندرج تحت أي عقد من عقود التبرع المعهودة، وهي الهبة والعمرى والرقبي والصدقة والوقف والإعارة. لأن حقيقة التأمين تختلف عن حقيقة كل عقد من هذه العقود، ويرى أنه عقد تبرع ذو طبيعة خاصة، وأنه يستحق أن يكون عقداً جديداً ويسمى عقد مواساة(١). والمسألة ما زالت في حاجة إلى مزيد من التحرير الفقهي.

وإذا كان لي من رأي حيال تكييف عقد التأمين التعاوني فأقول: إن القول بأنه عقد معاوضة لكنها معاوضة مغايرة للمعاوضة في عقد التأمين التجاري فيه بعد واضح من جهة، ومن جهة ثانية فإن المعاوضة المالية، مهما كانت طبيعتها، إذا ما دخلت هذا العقد جعلته على أحسن الفروض في منطقة الشبهات التي حثنا الإسلام على اجتنابها. ثم إن القول بأنه عقد تبرع، ومهما كان الموقف حيال تكييف التبرع فيه بأن يلحق بأحد العقود التبرعية المسمأة في الفقه أو يكون شكلاً جديداً من أشكال التبرع هو الآخر لا يسلم من تحفظات، تقوى عند إلحاق بأحد العقود المعروفة، وتقل عند اعتباره لوناً جديداً يضاف إلى هذه العقود. ويحوجنا القول بأنه عقد تبرع إلى تخريجات تخرجنا مما يرد هنا من إلزام والتزام.

وخروجاً من كل ذلك لم لا نقول بادئ ذي بدء إنه عقد تعاون أو مواساة، وهو عقد جديد، ذو طبيعة مغايرة لعقود المعاوضة ولعقود التبرع. ومعنى ذلك أننا بهذا القول تضيف إلى التصنيف الفقهي القديم للعقود المالية بأنها إما عقود معاوضة أو عقود تبرع، صنفاً ثالثاً، فتصبح التقسيمة للعقود المالية هي عقود معاوضة وعقود تبرع وعقود مواساة. والتعاون والمواساة قد يكون فرضاً إلزامياً وقد يكون تبرعاً طوعياً.

(١) لمزيد من المعرفة يراجع د. حسن الشاذلي، مرجع سابق؛ مجدي السيد ترك، دور نظم التأمين التكافلي في دعم الحركة التعاونية في مصر، مؤتمر التعاونيات والتنمية في مصر والعالم العربي، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، ٢٠٠٥م.

الاستثمار في شركات التأمين التعاوني

يجتمع لدى شركات التأمين، أيًا كانت نوعيتها؛ تجارية أو تعاونية مبالغ كبيرة، مصدرها الأقساط أو الاشتراكات، وما يكون هناك من عوائد لها. وبالطبع فإن شركات التأمين التجاري تعمل بكل همة على استثمار وتوظيف هذه الأرصدة في كل المجالات التي تراها تحقق لها عائداً مجزياً، وشركة التأمين في ذلك شأنها شأن أي شركة تحرص على توظيف ما لديها من موارد.

والأمر في شركات التأمين التعاوني لا يخرج كثيراً عن ذلك، من حيث الحرص على التوظيف، لأن ذلك هو الذي يجلب لها الدخل، إما من خلال ما تحصل عليه من أجر الوكالة أو ما تحصل عليه من ربح من خلال حصتها في ربح المضاربة.

وعلىنا أن نعي جيداً أن المشترك في شركة التأمين التعاوني لا يستهدف باشتراكه تحصيل الأرباح من استثمار ما يشترك به. وإنما يستهدف المشاركة مع الغير في تحمل الأخطار، حتى لو لم تقم الشركة باستثمار ما لديها ما حدث تأثير يذكر في موقفه من الاشتراك. لكن ذلك لا يعني أن فكرة استثمار المبالغ المحصلة من الاشتراكات مرفوضة، لا من قبل المشتركين ولا من قبل الشركة، أو أنها ممنوعة شرعاً. إن الفكرة مقبولة شرعاً، بل ومرغباً فيها، لأن تعطيل الأموال عن العمل والتوظيف لا يحبه الإسلام ولا يرحب به. وبخاصة أن استثمار هذه الأرصدة المتراكمة يحقق العديد من المنافع المشروعة. فهو يسهم في إقامة المشروعات والاستثمارات، وفي ذلك ما فيه من مصالح عامة للمجتمع وللإقتصاد القومي، وهو في الوقت ذاته يقلل من عبء الأقساط على المشتركين، فيقلل من مبالغ الاشتراكات المطلوبة، مع الحفاظ على قدرتهم على الموازنة وتحمل الأخطار، بل ربما يزيد من قدرتهم على ذلك. ثم هو أخيراً يحقق مصالح أصحاب شركة التأمين، بما يحصلون عليه من أرباح نظير قيامهم بالمضاربة أو من أجور نظير وكالتهم عن المشتركين. بل وقد يحصلون على أجور وجزء من الأرباح معاً، طبقاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء (١). فهم يحصلون على حصة من الأرباح من حيث استثمارهم لصندوق التأمين، ويحصلون على أجر الوكالة من حيث قيامهم نيابة أو وكالة عن المشتركين بعقد العقود، ودفع التعويضات، وغير ذلك من الأمور الإدارية. والمهم هنا أن تلتزم شركة التأمين في عملية الاستثمار بكل ما يلزم المضارب والوكيل من العناية والحرص وبذل الجهد وعدم التعدي أو التفريط، وإلا كانت مسألة أمام حملة الوثائق. وعليها في الوقت ذاته أن تلتزم بكل ضوابط وأحكام الاستثمار في الإسلام، من تحرى للحلال، سواء في المجالات أو في الآليات أو الأساليب، فلا يجوز أن تستثمر في مجالات محرمة مثل إنتاج الخمر، أو الخدمات الممنوعة شرعاً، ولا يجوز أن توظف ما لديها عن طريق الربا أو الغرر الشديد وما يتجسد فيه من عديد من

(١) د. حسين حامد، مرجع سابق.

الصور والنماذج، إن في البنوك أو في البورصات أو أسواق السلع الدولية.. الخ. كما لا يجوز لها أن تؤمن على أخطار مرفوض القيام بأعمالها، كالتأمين على ساق الراقصة مثلاً وكذلك على مصانع الخمر.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد في النشاط الاستثماري لشركات التأمين الإسلامية، بل يتعداه إلى ضرورة وضع استراتيجية كاملة لعملية الاستثمار، محددة السياسات والخطط والآليات. مراعية بكل دقة ممكنة تناسب التدفقات النقدية المتوقعة سنوياً (١).

مشكلات الاستثمار في شركات التأمين التعاوني (٢):

نظراً لحدثة العمل في هذه الشركات، ومخالفة أسلوب عملها لما هو سائد ومتعارف عليه في شركات التأمين منذ زمن بعيد، ولعدم توفر الخبرات المهنية والفنية الكافية لإدارة هذه الشركات وإدارة ما لديها من أموال فإن هذه الشركات تعاني من العديد من المشكلات وبخاصة في استثماراتها. ولن نستطيع هنا حصر تلك المشكلات ولا التعامل المعمق معها، لأن الأمر يتطلب وجود دراسات تطبيقية لهذه الشركات القائمة في الكثير من البلدان، ومن ثم إمكانية التعرف عن كثب على ما يواجه الاستثمار في تلك الشركات من عقبات وصعوبات. ومع ذلك فهناك بعض المشكلات التي طفت على السطح، ومنها:

١. عدم توفر الوعي التأميني التعاوني الجيد لدى الكثير من المتعاملين مع هذه الشركات، والدراية بطبيعة عملها. الأمر الذي يرتب الكثير من الخلافات بينهما من جهة، ويصرف الكثير من العملاء عن التعامل معها من جهة أخرى.
٢. عدم توفر الكوادر الفنية الكافية الخبيرة بالاستثمار ومتطلباته في تلك الشركات. ومن ثم فإن الكثير من استثماراتها لا يحوز الكفاءة الاقتصادية.
٣. عدم وجود تعاون فعال بين هذه الشركات يمكنها من التغلب على أية صعوبات تواجه أي منها في دخولها للسوق الاستثماري، وبخاصة أنها تواجه بشركات تأمين قوية وذات خبرة ودراية منذ زمن بعيد.
٤. الكثير منها يستثمر ما لديه من أموال من خلال البنوك الإسلامية والأسواق المالية مع عدم التأكد الدقيق من مشروعية بعض هذه الاستثمارات.
٥. عدم تحري الكثير من هذه الشركات القواعد الشرعية الحاكمة لعمليات الاستثمار، ومن ذلك استثمار أموالها لدى المصارف الإسلامية، والمعروف أن البعض منها لا يلتزم بدقة في توظيف أمواله. وبعضها يجرى عملية إعادة التأمين في شركات

(١) د. سراج الدين محمد الهادي، العناصر المؤثرة في الفائض التأميني وطرق توزيعه، مؤتمر الصناعة التأمينية.

(٢) يراجع توصيات مؤتمر التأمين التعاوني، مرجع سابق.

تأمين تجارية. ٦. بعض هذه الشركات لا تراعي بدقة أحكام الفائض التأميني، وأنه ملك خالص لحملة الوثائق وليس لشركات التأمين ولا لحملة الأسهم فيها أية ملكية على هذا الفائض، مع أن الدراسات أثبتت أن القائمين على هذه الشركات كثيراً ما لا يلتزمون بذلك(١).

(١) د. محمد الجرف، مرجع سابق.

الأحكام المنظمة للعلاقات بين أطراف العملية التأمينية

في شركات التأمين الإسلامية يوجد أكثر من طرف، فهناك مؤسسوا هذه الشركات، وهم ما يعرفون بحملة الأسهم، وهناك المشتركون في الصندوق التأميني، وهم ما يعرفون بحملة الوثائق.

وبالطبع فهناك علاقات عدة بين هؤلاء وهؤلاء. وهناك ضوابط وأحكام تضبط هذه العلاقات، حتى تظل داخل الشرعية الإسلامية.

وفي كل شركة تأمين إسلامية نجد ما يعرف بالصندوق التأميني الذي تجمع فيه الأقساط أو الاشتراكات ومنه تدفع التعويضات، وفيه تصب عوائد ما يجرى من استثمارات في أموال الصندوق. ويتعرض هذا الصندوق للعجز واللفائض. ولكل منهما أحكامه. ثم إن استثمار أموال الصندوق تخضع بدورها للأحكام المنظمة له وملكيته وإدارته. وفي الأخير نحن أمام طرفين أصليين وأساسيين؛ أصحاب الأسهم وأصحاب الوثائق، فكيف تضبط العلاقات القائمة بينهما؟

وقد نالت هذه الزوايا والمسائل عناية طيبة من الفقهاء والاقتصاديين الإسلاميين، ونوجز هنا القول في بعض هذه المسائل.

١. علاقة شركات التأمين بالمشاركين أو حملة الوثائق التأمينية:

من الناحية القانونية أظن أن هذه العلاقة مازالت في حاجة إلى إطار قانوني واضح يحدد بدقة العلاقات المتشاجرة بين هذين الطرفين. مع أن الأمر من الناحية الاقتصادية أكثر وضوحاً، فالعلاقة بينهما هي علاقة المضارب برب المال أو الأصل بالوكيل. إن الشركة تعمل وتدير وتستثمر أموال الصندوق التأميني من خلال عقد مضاربة بينها وبين حملة الوثائق بحصة من الربح المتحقق، تماماً كما يدير البنك الأموال التي لديه للمودعين من خلال عقد المضاربة. ويمكن أن يحكم العلاقة عقد الوكالة. بمعنى أن الشركة إذ تمارس هذه الأعمال فإنها تمارسها بصفتها وكيلاً عن حملة الوثائق بأجر محدد. ويجوز للشركة أن تضم ما لديها من أموال ملك لحملة الأسهم إلى أموال الصندوق وتضارب بها معاً، ويكون لها حصة مالها من ربح وكذلك حصة عملها كمضارب.

ومزيداً من البعد عن منطقة المعاوضة والتجارة يحسن أن يكون لحملة الوثائق تمثيل في إدارة الشركة، وأن يعرض على هيئة المشتركين الحساب الختامي للنظر فيه (١).

(١) د. حسين حامد، مرجع سابق. وينص نظام بعض شركات التأمين الإسلامي على ذلك.

وهناك مصروفات في الشركة يتحملها حملة الأسهم وحدهم، وهناك أخرى يشترك في تحملها حملة الأسهم وحملة الوثائق معاً من خلال تنظيم واضح منصوص عليه في نظام الشركة.

٢. ثم إن العقد المبرم بين شركة التأمين والمشارك ينتج التزامات عديدة، بعضها يرجع إلى الشركة وبعضها يرجع إلى المشارك. وعلى رأس هذه الالتزامات التي تقع على عاتق المشارك التزامه بدفع القسط أو الاشتراك حسب النظام، وكذلك التزامه بما قد يجري على القسط من تغيير بالزيادة لظروف طرأت. ومع أن الموضوع برمته داخل نطاق التبرع بقصد المواساة والتعاون فإنه بمجرد إبرام العقد تدخل العملية في نطاق الالتزامات، حيث يصبح التبرع ملزماً (١). وفي الفقه الإسلامي شواهد تمكن الشركة من إجبار المشارك على تنفيذ ما تعاقد عليه (٢).

٣. علاقة المشتركين ببعضهم . كل مشترك مؤمن لغيره ومؤمن له من غيره. ففكرة التعاون تقتضى المفاعلة أو المشاركة في العملية من كل الأطراف. فكل فرد معاون ومعاون في نفس الوقت. ثم إنهم جميعاً مشتركون في مضاربة مشتركة، يمثلون رب المال وشركة التأمين تمثل المضارب لهم.

٤. الفائض التأميني: هو المبلغ المتبقي في الصندوق بعد دفع التعويضات وسائر الاستحقاقات. وهذا الفائض هو ملك خالص لهيئة المشتركين وليس لشركة التأمين أية ملكية فيه، عكس ما هو عليه التأمين التجاري. ومن الضروري أن ينص في النظام الأساسي للشركة وفي العقد المزمع بينها وبين حملة الوثائق على كيفية التصرف في هذا الفائض، مثل توزيعه على حملة الوثائق أو ترحيله لفترات لاحقة أو تخفيض مبالغ الاشتراكات.. الخ (٣). والشيء الأساسي في هذه المسألة ألا يكون لشركة التأمين أو لحملة الأسهم أي سلطان خاص على هذا الفائض بأي صورة من الصور، وإلا تحول الأمر رويداً رويداً إلى التأمين التجاري المرفوض شرعاً.

٥. العجز التأميني: ومعناه عدم قدرة الصندوق على دفع كل التعويضات والمستحقات عليه خلال الفترة المالية المحددة. وحيث إن الأمر كله بيد المشتركين أو حملة الوثائق فالصندوق صندوقهم، وما يتبقى فيه من فائض هو حقهم ومالهم وملكهم، فإن ما يحدث للصندوق من عجز، عليهم أن يتحملوه. وعليهم لزوماً أن يقوموا بدفع ما يجبر هذا العجز، طبقاً للنظام المتفق عليه. ولحسن سريان العمل في الشركة فإن الأمر يقتضي قيام الشركة أو حملة الأسهم بسداد هذا العجز من مالها هي نيابة عن

(١) د. عبد الحميد البعلي، مرجع سابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) نفسه، ص ١٢٥.

(٣) نفسه، ص ١٣٤ وما بعدها.

المشتركين من خلال قرض حسن يقوم المشتركون بسداده لاحقاً طبقاً للنظام الساري(١).

(١) د. عبد الحميد البعلي، وآخر، مرجع سابق، ص١٣٨ وما بعدها.

خاتمة

بعد هذا العرض الموجز للتأمين التعاوني وبخاصة لبعده التتموي من خلال ما يؤديه من دور بات بالغ الأهمية في مجال المدخرات ومجال الاستثمارات. ومن ثم فلم يعد قطاع التأمين في الحقل الاقتصادي قطاعاً ثانوياً أو هامشياً. وإذا كان هذا حاله في ظل الاقتصاد الوضعي فإن الحال هو هو في ظل الاقتصاد الإسلامي إن لم يكن أقوى وأهم. فليس من المقبول شرعاً واقتصاداً أن تؤمن المدخرات والاستثمارات الإسلامية من قبل شركات تأمين تجارية لا تتال الشرعية الإسلامية.

أوصي بقيام العديد من شركات التأمين وإعادة التأمين الإسلامية. وأن توجد لها هيئة مركزية تتولى التنسيق بينها، وأن لا تكون تحت عباءة المصارف الإسلامية.

وحبذا لو اهتم التطبيق الإسلامي في هذا الشأن بصيغة الجمعيات التأمينية التعاونية، لتكون عاملاً موازناً ومعادلاً قوياً لصيغة الشركات التأمينية، وحبذا لو أدخلنا مؤسسة الزكاة وكذلك مؤسسة الوقف بقوة في هذا المجال وفعلنا من سهم «الغارمين».

والتشريع الإسلامي من سعة الصدر بمكان، بحيث يتسع لوجود هذه الصيغ التأمينية المتعددة.

وكل ما أخشاه أن تتدحرج شركات التأمين الإسلامية رويداً رويداً نحو شركات التأمين التجارية. كما تدحرجت بعض المصارف الإسلامية نحو المصارف التقليدية.

إن الفكرة بالغة النبل والسمو الأخلاقي فليكن تطبيقنا للفكرة على هذا المستوى. وإلا فيا مسلمين: رحمة بالإسلام.

مراجع البحث

- القرآن الكريم
- ١. مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، مركز صالح كامل، للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، ٢٠٠١م.
- ٢. البنك الأهلي المصري، النشرة الاقتصادية، نظام التأمين على الودائع، العدد ٢ المجلد ٥٣،
- ٣. د. ماجدة شلبي، أثر اتفاقية تحرير الخدمات المالية على أسواق التأمين في العالم الإسلامي، مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، ٢٠٠١م.
- ٤. الموسوعة العربية - المجلد الخامس، العلوم القانونية والاقتصاد -www.arab-ency.com
- ٥. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وآخرون، مؤتمر التأمين التعاوني، عمان، إبريل ٢٠١٠م.
- ٦. د. حسن الشاذلي، التأمين التعاوني الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٥١،
- ٧. د. حسين حامد حسان، التأمين على الحياة والسيارات...، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٦٢،
- ٨. د. عبد الحميد البعلي، د. وائل الراشد، نظام التأمين التعاوني التكافلي الإسلامي، مجموعة البركة المصرفية، الكويت ٢٠٠٦م.
- ٩. د. ناشد عبد السلام، أسعار التأمين بين المنافسة والاحتكار في السوق المصري للتأمين، مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي.
- ١٠. سراج الدين حمد الهادي، العناصر المؤثرة في الفائض التأميني وطرق توزيعه، مؤتمر الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، ٢٠٠١م.
- ١١. د. عبد الستار أبو غدة، حكم التأمين على الودائع والاستثمارات والصكوك في البنوك الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٦٩،

١٢. د. مجدى السيد ترك، دور نظم التأمين التكافلي في دعم الحركة التعاونية في مصر، مؤتمر التعاونيات والتنمية في مصر والعالم العربي..، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، ٢٠٠٥م.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التأمين التعاوني الأحكام والضوابط الشرعية

المتطلبات الفقهية و القانونية لممارسة عمل التأمين التعاوني الإسلامي
مقترح لإطار قانوني مناسب لشركة التأمين الإسلامي
يحقق التوافق بين المتطلبات الشرعية والقانونية

إعداد

عادل عوض بابكر

مدير الإدارة القانونية والمطالبات

المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات

(مجموعة البنك الإسلامي للتنمية)

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٢	● ملخص تنفيذي
٣	● المقدمة
٣	○ خلفية تاريخية
٤	○ التطبيق العملي
٤	○ فروض وأهداف البحث
٥	● الفصل الأول: مبادئ وأسس التأمين التعاوني الإسلامي
٥	(أ) عقد التأمين التعاوني الإسلامي عقد تبرع وليس عقد معاوضة
٥	(ب) دفع التعويض من أموال المؤمن لهم المتبرع بها
٦	(ج) توزيع الفائض التأميني على المشتركين
٨	● الفصل الثاني: الإشكالات القانونية والرقابية
٨	(١) كيفية إصدار رخصة مزاولة عمل التأمين التعاوني الإسلامي
٩	○ التجربة السودانية
١٠	○ التجربة الماليزية
١١	○ التجربة السعودية
١٢	(٢) إشكالات استخدام الشركة المسجلة كإطار لمزاولة عمل التأمين
١٣	(٣) إشكالات الحوكمة
١٤	● الفصل الثالث : الإشكالات الشرعية
١٤	(١) الجمع بين الوكالة والإقراض
١٤	(٢) الجمع بين الوكالة والكفالة
١٦	● الفصل الرابع: الأسس التي يجب أن تحكم الإطار القانوني لشركة التأمين الإسلامي
١٨	● الفصل الخامس: النتائج والتوصيات
١٩	○ مسودة مشروع قرار

ملخص تنفيذي

يهدف هذا البحث إلى إلقاء الضوء على عدة إشكالات برزت نتيجة لعدم وجود اطار قانوني مناسب لتقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي. فالتأمين التعاوني الإسلامي هو اشتراك وتعاون بين المؤمن لهم في تحمل المخاطر وليس نقل للمخاطر من المؤمن لهم إلى المؤمن. ويبين البحث بعد استعراض بعض التجارب في بعض الدول الاعضاء في منظمة التعاون الإسلامي أن استخدام "الشركة المسجلة"، بوصفها القانوني المتعارف عليه ، كإطار قانوني لتقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي ، أدت إلى عدة إشكالات قانونية وشرعية.

ويقترح الباحث عدة ضوابط و أحكام واجراءات تطبق على الشركات التي ترغب العمل في مجال تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي ، مما يجعل لها خصائص تمكنها من استيعاب الأسس والمبادئ والأحكام التي يقوم عليها التأمين التعاوني الإسلامي ، وتحقق التوافق بين المتطلبات القانونية و الرقابية والشرعية.

المقدمة

خلفية تاريخية:

تناول الفقهاء المعاصرون لأول مرة بصورة شاملة وجماعية مسألة موقف الشرع من التأمين التجاري من خلال البحوث المقدمة في "أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية" الذي عقد في دمشق في المدة من ١٦ - ٢١ من شوال ١٣٨٠هـ الموافق ١٠ - ١٦ أبريل ١٩٦١م. حيث قدمت أربعة بحوث اثنان منهم أجازا التأمين التجاري وهما بحث الشيخ مصطفى الزرقاء وبحث الشيخ عبد الرحمن عيسى ، بينما منع التأمين التجاري الشيخ عبدالله القليلي. وقدم الشيخ صديق الضيرير ورقة لأسبوع الفقه الإسلامي تمنع التأمين التجاري بسبب وجود الغرر الذي يفسد عقود المعاوضات ورأى أن البديل الشرعي للتأمين التجاري هو التأمين التعاوني الذي يقوم على التبرع والتعاون وأيده في هذا الرأي الشيخ محمد أبو زهرة^(١) . وقد أخذت المراكز والجامع الفقهية مثل هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ومجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي التي صارت الآن منظمة التعاون الإسلامي بمفهوم التأمين التعاوني الذي يقوم على أساس التبرع والتعاون كبديل إسلامي لعقد التأمين التجاري. وأصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معاييرها الخاصة بالتأمين وفق هذا المفهوم.

عليه يمكننا القول بكل ثبات أن التأمين التعاوني الإسلامي أصبح راسخاً ومستقراً وفق الضوابط والأحكام الصادرة عن هذه المراكز والجامع والمؤتمرات الفقهية.

وتعد هذه القرارات الصادرة عن:

- المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة ١٣٩٦هـ (١٩٧٦م)،
- والقرارات الصادرة أيضاً عن هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية عام ١٣٩٧هـ،
- وقرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي عام ١٣٩٨هـ،
- وقرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة في ربيع الآخر ١٤٠٦هـ (١٩٨٥م)،
- ومعيارالتأمين الإسلامي الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عام ١٤٢٧هـ (١٩٩٦م)، بمثابة الأساس الذي بنى عليه العمل في مجال التأمين التعاوني الإسلامي. وقد أجمعت كل هذه المراكز والجامع والمراكز الفقهية على حرمة التأمين التجاري لجملة أسباب هي الغرر في المقام الأول ولدخول الربا وصفة القمار. وأجازت هذه المراكز التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون.

^١ أبحاث الشيخ البروفيسير الصديق الضيرير، الكتاب الأول، التأمين ص ٤٥

التطبيق العملي:

وتجسيدا لهذه القرارات بدأت في الظهور كيانات أو شركات وشرعت في تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي منذ عام ١٩٧٧، وتوالت اعداد هذا الشركات في الزيادة حتي وصلت ما ينيف عن مائة وتسعون شركة في عدة دول اسلامية وغير اسلامية. وبلغ حجم الاشتراكات المكتتبه في عام ٢٠١٠م حوالي 13,6 مليار دولار أمريكي^(١).

ولقد واجهت شركات التأمين التعاوني الإسلامية عند قيامها ومزاولتها لخدمة التأمين التعاوني وفق الأسس التي أقرتها المجامع الفقهية، عدة مصاعب واشكالات نجلها في الآتي:

- إشكالات قانونية ورقابية،
- إشكالات تتعلق بالحوكمة،
- إشكالات فقهية.

فروض وأهداف البحث:

يفترض البحث أن الطريقة والشروط التي يتم بها تسجيل واصدار التراخيص اللازمة للجهات الراغبة في تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي والزامها بالتسجيل أولاً "كشركة مسجلة" "Registered Company" وفق أنظمة تسجيل الشركات التجارية السائدة والوفاء بشروط توفر الملاءة المالية وغير ذلك من متطلبات رقابية تطبق علي شركات التأمين التجاري، تؤدي حتماً إلى نشؤ مشاكل ذات طابع قانوني ورقابي وفقهي ويحول دون التطبيق السليم والكامل للمعايير الشرعية ولقرارات المراكز والمجامع الفقهية وهذا ما سيفصله البحث بإسهاب مع استعراض لبعض النماذج والتجارب السائدة في بعض الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي. ويهدف البحث إلى تقديم اقتراح لإطار قانوني بأحكام وضوابط تجعله يستوعب كل الأسس والمتطلبات الشرعية لتقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي ويزيل التضارب الحادث حالياً بين المتطلبات القانونية والرقابية من ناحية والمتطلبات الشرعية من الناحية الأخرى، مثل الجمع بين صفة وكيل وصفة مقرض. كما يهدف هذا المقترح لمعالجة المعضلات القانونية التي تترتب من إستخدام إطار الشركة المسجلة كإطار قانوني لتقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي الذي وضح أن به بعض العيوب تطهر عند التطبيق وهي ناتجة في الأساس من الشكل المؤسسي للشركة والتضارب بين الكيانات ذات المصلحة وعدم الحوكمة الجيدة. ومثال ذلك أن قانون الشركات يعترف بالاجتماع العام للمساهمين ويحمي قراراته إذا لم تحتوي على مخالفة، بينما لا يعترف القانون بكيان المشتركين أو حملة البوالص وهم أصحاب رأس المال الحقيقي الذي يستخدم لحماية المشتركين من المخاطر والأضرار.

^١ دليل شركات التأمين الإسلامية - العدد السادس أبريل ٢٠١٢م

الفصل الأول

مبادئ وأسس التأمين التعاوني الإسلامي

قبل الولوج في دراسة الإشكالات القانونية والرقابية والفقهية التي تنتج من إستخدام شكل "الشركة المسجلة" كإطار قانوني لممارسة عمل التأمين التعاوني الإسلامي، قد يكون مفيداً أن نستعرض اجمالاً المبادئ والأسس التي يقوم عليها التأمين التعاوني الإسلامي.

واستناداً علي القرارات الفقهية التي أوردناها في مقدمة البحث يمكننا أن نلخص المبادئ والأسس التي يرتكز عليها التأمين التعاوني الإسلامي كالآتي:

(أ) عقد التأمين التعاوني الإسلامي عقد تبرع وليس عقد معاوضة .

ليس هنالك خلاف في أن الغرر يكتنف كلا العقدين، عقد التأمين الإسلامي وعقد التأمين التقليدي أو التجاري، وقد ورد في الحديث الصحيح النهي عن بيع الغرر. والغرر اصطلاحاً يعني "ما يكون مستور العاقبة"^(١)، عند السرخسي. وعند الكاساني يعني "الخطر الذي يستوي فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك"^(٢). هذا ومن ناحية الحكم الفقهي فإن الغرر مفسد للعقود باجماع الأئمة، إلا أن المالكية استثنا عقود التبرع. ورأي الفقهاء المعاصرون أن استثناء المالكية هذا هو المخرج لجعل عقد التأمين يتوافق مع الشريعة الإسلامية وذلك بتأسيسه على التبرع بقسط الإشتراك لجبر ما يحدث من ضرر للمشاركين الآخرين^(٣).

ويجب أن ينص في عقود التأمين أن ما يدفعه المشترك أو حامل البوليصة هو بمثابة تبرع بكامل مبلغ الإشتراك أو ما يكفي منه لدفع التعويضات لمن أصابهم الضرر من المشتركين الآخرين وتغطية النفقات اللازمة لإدارة صندوق التكافل.

(ب) دفع التعويض من أموال المؤمن لهم المتبرع بها:

وهذا المبدأ يعني أن التأمين التعاوني الإسلامي بمثابة صندوق يساهم المشاركون فيه بأموال تستخدم لجبر الأضرار التي قد تلحق بأي من المشتركين. وهذا المبدأ من العلامات البارزة والأساسية التي تميز التأمين التعاوني الإسلامي عن التأمين التجاري التقليدي، حيث أن التأمين التعاوني الإسلامي هو اشتراك بين كل حملة بوالص التأمين في تحمل المخاطر Sharing Risks وليس نقل للمخاطر لذمة طرف آخر Transferring Risk كما هو في التأمين التجاري التقليدي.

^١ المبسوط ١٣: ١٩٤

^٢ البدائع والصنائع: ٢٦٣

^٣ بحث الشيخ صديق الضرير المقدم لسمنار الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية

وعملياً قد يحدث أن لا تكفي مبالغ الإشتراكات لدفع التعويضات المستحقة أو لسداد المصروفات التشغيلية خاصة في السنوات الأولى من التأسيس. ولسد العجز في صندوق التكافل قدمت بعض الحلول مثل دعوة المشتركين لتقديم تبرعات إضافية أو الوعد من المساهمين (شركة التكافل) بتقديم قرض حسن لسد العجز ويسترجع عندما يتمكن صندوق التكافل من تحقيق فوائض في السنوات اللاحقة، وهذا ما يجري عليه العمل في معظم شركات التكافل. وتثور بعض المحاذير الشرعية حول تقديم قرض حسن من قبل شركة التأمين (حملة الأسهم) لسداد العجز في صندوق التكافل. وسوف تتعرض الورقة لهذه الإشكالات لاحقاً.

ومن الناحية العملية نجد أن هذا المبدأ يواجه عند التطبيق بعض الإشكالات الفنية والرقابية خاصة عند عدم كفاية الأموال المتبرع بها، أي أموال صندوق التكافل، لسداد التعويضات.

(ج) توزيع الفائض التأميني على المشتركين:

الفائض التأميني هو الرصيد المالي المتبقي في حساب المشتركين (حملة الوثائق) من مجموع الأقساط التي قدموها واستثماراتها وعوائد إعادة التأمين، بعد تسديد المطالبات، ورصد الإحتياطات الفنية وتغطية جميع المصاريف والنفقات.

ومن الناحية الحسابية البحتة، فإن الفائض التأميني يتم احتسابه كالاتي:

- رصيد صندوق التكافل أول الفترة المالية (الرصيد الافتتاحي)
- مضافاً إليه : إجمالي الإشتراكات
- مخصوماً منه : إشتراكات إعادة التكافل أو التأمين
- مخصوماً منه : رصيد الإشتراكات غير المكتسبة
- مضافاً إليه : عائد إستثمارات الصندوق
- مخصوماً منه : نصيب المضارب في عائد الإستثمارات
- مخصوماً منه: إجمالي منافع الحماية المدفوعة (المطالبات)
- مخصوماً منه: رصيد مخصص منافع الحماية تحت التسوية
- مضافاً إليه: نصيب إعادة التكافل أو التأمين
- مخصوماً منه: رسوم الوكالة (الإدارة)
- مخصوماً منه: إحتياطي منافع الحماية التي من المحتمل أنها وقعت ولم يبلغ عنها
- مخصوماً منه: المخصصات والإحتياطات الفنية

- مضافاً إليه: نصيب الصندوق من فائض عمليات إعادة التكافل أو التأمين^(١).

ويعد الفائض التأميني من السمات الأساسية التي تميز التأمين التعاوني الإسلامي عن التأمين التجاري التقليدي. وقد أجمع معظم الفقهاء المعاصرون الذين أجازوا التأمين التعاوني على أن الفائض التأميني حق خاص لحملة الوثائق وملك شرعي لهم ولا تستحق الشركة المديرية لأعمال التأمين شيئاً منه. ولقد نص البند (٥/٥) من المعيار رقم ٢٦ الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على الآتي:

"يجوز أن تشمل اللوائح المعتمدة على التصرف في الفائض التأميني بما فيه المصلحة حسب اللوائح المعتمدة، مثل تكوين الإحتياطات، أو تخفيض الإشتراكات أو التبرع به لجهات خيرية أو توزيعه أو جزء منه على المشتركين، على أن لا تستحق الشركة المديرية شيئاً من ذلك الفائض".

وتتفاوت الممارسات في كيفية توزيع الفائض التأميني أو تحديد من يستحقه من المشتركين. فبعض الشركات تحرم المشترك الذي تقدم بمطالبة وأخذ التعويض من المشاركة في الفائض التأميني. بينما توزع بعض الشركات الفائض التأميني دون تفرقة بين من أخذ التعويض ومن لم يأخذ، وهذا مايجري عليه العمل في السودان، لأن أخذ التعويض هو حق ثابت للمشارك متى ماتوفرت الشروط وأن الفائض ملك لجميع المشتركين.

يترتب على تطبيق مبدأ توزيع الفائض التأميني إشكالات قانونية ورقابية عديدة، منها غياب الحوكمة كما ينادي كثير من أهل الصناعة بتخصيص جزء من الفائض التأميني للشركة المديرية (حملة الأسهم) كحافز لحسن الإدارة.

^١ استاذ/ سراج الهادي قريب الله، (إشكاليات عملية في التأمين التكافلي وحلول مقترحة) ورقة مقدمة للملتقى الثاني للتأمين التعاوني، الرياض ٢٠١٠م

الفصل الثاني الإشكالات القانونية والرقابية

تمارس خدمة التأمين التعاوني الإسلامي شركات عديدة في معظم الدول الاعضاء في منظمة التعاون الإسلامي. وتختلف البيئات القانونية التي تمارس فيها خدمة التأمين التعاوني الإسلامي من دولة لدولة.

ويمكن تقسيم البيئات القانونية في الدول الأعضاء لمنظمة التعاون الإسلامي إلى ثلاثة أقسام من حيث التعامل مع التأمين التعاوني الإسلامي ترخيصاً وتنظيماً:

- (١) بيئات قانونية أقرت قوانين خاصة وانظمة ولوائح لترخيص وتنظيم التأمين التعاوني الإسلامي ومثال ذلك السودان ، ماليزيا ، المملكة العربية السعودية.
- (٢) بيئات قانونية لم تقر قوانين خاصة للتأمين التعاوني الإسلامي بل توجد بها لوائح وقواعد صادرة من جهات رقابية لتنظيم التأمين التعاوني الإسلامي وترخيصه، مثل البحرين.
- (٣) بيئات قانونية لا تساعد على نشوء التأمين التعاون الإسلامي بها، ولم تفرد أي قوانين أو أنظمة أو حتى منشورات لترخيص شركات لممارسة التأمين التعاوني الإسلامي.

إلا أن القاسم المشترك في جميع الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي التي تعمل بها شركات تأمين تعاوني إسلامي هو الإلزام الذي تفرضه على أي أشخاص يرغبون في تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي بالتسجيل كشركة مسجلة حتى يتسنى لهم الحصول على الترخيص.

وترى هذه الورقة أن الطريقة التي يتم بها التسجيل والترخيص لأي جهة ترغب في تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي على أساس إحترافي وإخضاعها للشروط والمعايير التي تنص عليها القوانين والأنظمة واللوائح، قد أدت إلى بروز إشكالات قانونية ورقابية عديدة وحالت دون تجسيد المبادئ والأسس التي يقوم عليها التأمين التعاوني الإسلامي.

ويستوي في هذا الأمر حتي الدول التي أقرت قوانين ونظم خاصة للكيانات التي تعمل في مجال تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي، حيث لم ينجح المشرعون في هذه الدول في إنشاء إطار قانوني جديد يستوعب أسس وخصائص التأمين التعاوني الإسلامي.

وتلخص هذه الورقة الإشكالات القانونية والرقابية في الآتي:

(١) كيفية إصدار رخصة مزاولة عمل التأمين التعاوني الإسلامي:

باستعراض القوانين والأنظمة واللوائح التي صدرت في بعض الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي لتنظيم التأمين التعاوني الإسلامي نلاحظ أن الجهات الإشرافية والجهات الرسمية المختصة تصدر رخصة مزاولة عمل التأمين التعاوني الإسلامي بإسم الشركة

مقدمة الطلب لتصبح هي "المؤمن" وهذا ما يتعارض مع مفهوم التأمين التعاوني الإسلامي الذي يكون فيه المشاركون بمثابة المؤمنون لبعضهم البعض.

وتختلف التشريعات الصادرة في هذا الخصوص من دولة لدولة ونكتفي هنا باستعراض التجارب الخاصة بالتأمين التعاوني الإسلامي في ثلاثة دول من الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي وهي السودان، ماليزيا والمملكة العربية السعودية.

التجربة السودانية:

صدر في السودان قانونين لتنظيم التأمين التعاوني الإسلامي في السودان وهما قانون الرقابة على التأمين لسنة ٢٠٠١م^(١) وقانون التأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣م^(٢). وبالرغم من أن المشرع السوداني قد استمد هذين القانونين من الشريعة الإسلامية إلا أننا نجد فيهما خلطاً يتعلق بتعريف ومعنى "المؤمن" حيث أن تعريف "المؤمن" هو من ضمن الفوارق الرئيسية بين التأمين التعاوني الإسلامي والتأمين التجاري.

فمثلاً عرف قانون الرقابة على التأمين لسنة ٢٠٠١ السوداني كلمة "المؤمن" بأنه "يقصد به أي من الشركات المرخص لها لمزاولة أعمال التأمين أو إعادة التأمين أو إعادة التكافل وفقاً لأحكام هذا القانون".

كذلك تنص المادة ٣٢ من نفس القانون على الآتي : "يمنح الترخيص للشركة إذا استوفت الشروط والضوابط وأتبعت الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح الصادرة بمقتضاه....".

وكذلك عرف قانون التأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣^(٣) المؤمن كالاتي : "يقصد به أي شركة مرخص لها بمباشرة عمليات التأمين و/أو إعادة التأمين و/أو التكافل و/أو إعادة التكافل بموجب أحكام قانون الرقابة على التأمين لسنة ٢٠٠١ أو أي قانون يحل محله".

وبالرغم من أن صناعة التأمين في السودان قد تم أسلمتها بالكامل وأن هذين القانونين المشار إليهما يتعلقان فقط بالتأمين التعاوني الإسلامي، إلا أننا نجد أن الشارع السوداني لم يُعرف "المؤمن" بالصورة التي تتفق مع من هو "المؤمن" من المنظور الفقهي. فالمؤمن في نظام التأمين التعاوني الإسلامي هو حساب المشتركين أو صندوق التكافل الذي لا يحظى "بالشخصية الاعتبارية" في القانون السوداني.

^١ قوانين السودان - المجلد الثاني عشر - الطبعة السابعة ص ٣٣٨

^٢ قوانين السودان - المجلد الثالث عشر - الطبعة السابعة ص ٣

^٣ قوانين السودان - المجلد الثالث عشر - الطبعة السابعة ص 3

ولا تعدو شركة التأمين والتي تحمل رخصة مزاولة أعمال التأمين باسمها إلا أن تكون وكيلاً أو مديراً لمحافظة التأمين أو صندوق التكافل لصالح المشتركين مقابل أجر محدد سلفاً. ويشوب كلمة "مؤمن" في قانون السودان بعض الخلط وعدم الوضوح ويجعله مقارباً لمعنى "مؤمن" في التأمين التجاري التقليدي.

إلا أن تعريف عقد التأمين الوارد في المادة (٣) من قانون التأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣ قد يسعف في إزالة الغموض والخلط في معنى ودور "المؤمن" في نظام التأمين التعاوني الإسلامي، إذ تُعرف المادة (٣) من ذات القانون عقد التأمين كالآتي: "عقد التأمين عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المؤمن لهم بأن يؤدي إلى المؤمن له، أو المستفيد، مبلغاً من المال أو أي عوض في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد يؤديه المؤمن له للمؤمن على وجه التبرع لمقابلة التزامات المؤمن". وتوضح هذه المادة بصورة جلية أن المؤمن ليس إلا وكيلاً عن المؤمن لهم ويقوم نيابة عنهم بجمع الاشتراكات ودفع التعويضات.

عليه كان من الأصوب أن يعرف قانون الرقابة علي التأمين لسنة ٢٠٠١م كلمة "مؤمن" كالآتي: "يقصد به أي من الشركات المرخص لها إدارة محافظ تأمين أو إعادة تأمين أو إعادة التكافل نيابة عن مجموع المؤمن لهم، وفقاً لأحكام هذا القانون".

كذلك كان من الأجدر أن تعدل المادة ٣٢ من قانون التأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣م لتقرأ كالآتي "يمنح الترخيص للشركة للعمل كمدير ادارة محافظ تأمين نيابة عن المؤمن لهم إذا استوفت الشروط والضوابط وأتبعت الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون واللوائح الصادرة بمقتضاه....".

وبالرغم من أن تعريف عقد التأمين الوارد في المادة (٣) من قانون التأمين والتكافل لسنة ٢٠٠٣ يجسد حقيقة التأمين التعاوني الإسلامي ويعتبر بمثابة تقنين لقرار مجمع الفقه الإسلامي الخاص بالتأمين التعاوني الإسلامي، إلا أن المشرع السوداني لم يستحدث إطاراً قانونياً يستوعب مفهوم التأمين التعاوني الإسلامي، ويوضح صراحة أن المؤمن الحقيقي هو صندوق التكافل بالرغم من أنه لا يحظى بشخصية اعتبارية في نظر القانون السوداني ولا تصدر رخصة مزاولة عمل التأمين باسمه.

التجربة الماليزية:

أما التجربة الماليزية فقد جاءت مختلفة قليلاً عن التجربة السودانية، إلا أن التشريعات الماليزية التي صدرت لتنظيم صناعة التأمين التعاوني الإسلامي جاءت أكثر نضوجاً وعمقاً في تقنين أسس ومبادئ التأمين التعاوني الإسلامي.

صدر أول قانون في ماليزيا لتنظيم التأمين التعاوني الإسلامي سنة ١٩٨٤م بإسم قانون التكافل لسنة ١٩٨٤. وحسب نصوص هذا القانون فإن رخصة مزاولة عمل التأمين الإسلامي تصدر للشركة مقدمة الطلب كرخصة مشغل تأمين تكافلي Takaful Operator وليست رخصة "مؤمن" كما هو الحال في السودان وهذا ينسجم مع مفهوم التأمين الإسلامي إذ أن الشركة تعمل كمُشغل أو مدير لمحفظة التأمين وليست كمؤمن. ويعرف قانون التكافل لسنة ١٩٨٤ التأمين التكافلي بأنه "صندوق يقوم على الإخاء والتضامن والعون المتبادل بغرض تقديم المساعدة المالية المتبادلة للمشاركين في الصندوق عند الحاجة، ويتفق المشاركون على المساهمة في الصندوق لتحقيق هذا الغرض".

وحسب المادة (٤) من هذا القانون فإن الأشخاص الذين يحق لهم العمل كمشغل تكافل هم الشركات المسجلة بموجب قانون الشركات لسنة ١٩٦٥ أو الجمعيات المسجلة بموجب قانون الجمعيات التعاونية، وتلزم المادة (١٦) من نفس القانون مشغلي التأمين التكافلي بإنشاء والاحتفاظ بصناديق تكافل بالنسبة لكل صنف أو أصناف من التأمين التي يرغب مشغل التأمين العمل فيها.

التجربة السعودية:

تعتبر المملكة العربية السعودية أكبر سوق للتأمين التعاوني بين دول منظمة التعاون الإسلامي إذ بها حوالي ٤١ شركة تأمين تعاوني مسجلة. صدر نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني في المملكة العربية السعودية عام ١٤٢٤هـ بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٣٢). وقد حدد القانون كيفية وشروط تسجيل وترخيص شركات التأمين التعاوني، وجعل سلطة الإشراف على الشركات التأمين التعاوني من ضمن صلاحيات مؤسسة النقد العربي السعودي.

نص النظام في المادة الأولى منه على أن خدمة التأمين تتم عبر شركات تأمين مسجلة، بأسلوب التأمين التعاوني وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

بالرغم من الجهود الكبيرة التي بذلت لإعداد وإصدار النظام ولأئحته التنفيذية، إلا أنه لم يستحدث إطاراً قانونياً يستوعب أسس ومبادئ التأمين التعاوني الإسلامي، بل استخدم "الشركة المسجلة" بوصفها المتعارف عليه كإطار قانوني لممارسة عمل التأمين التعاوني الإسلامي. كما أن النظام ذاته واللائحة اشتملا على نصوص تخالف القرارات الصادرة من المجمع الفقهي والتي يستند عليها التأمين التعاوني الإسلامي. ولم ينص النظام أو لأئحته التنفيذية الصادرة بقرار من وزير المالية على أن الشركة المسجلة تعمل كوكيل أو مدير فقط لمحفظة التأمين. بل عرفت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية "التأمين" بأنه "تحويل المخاطر من المؤمن لهم إلى المؤمن". وعرفت "المؤمن" بأنه "شركة التأمين التي تقبل

¹ Laws of Malaysia, Act 312, Takaful Act 1984

التأمين مباشرة من المؤمن لهم". وهذا التعريف هو نقيض التأمين التعاوني الإسلامي وتقنين للتأمين التجاري. وبالرغم من أن النظام نص علي الفصل بين حساب المؤمن لهم وحساب الشركة، إلا أن بعض النصوص التي تناولت كيفية توزيع الفائض لم تأت منسجمة مع قرارات المجامع الفقهية الخاصة بالتأمين التعاوني الإسلامي والمعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عام ١٤٢٧هـ (١٩٩٦م). وخلاصة الأمر أن التجربة السعودية لم تأت بإطار قانوني يستوعب أسس التأمين التعاوني الإسلامي ولم تأت منسجمة في بعض أجزائها مع قرارات المجامع الفقهية.

(٢) إشكالات استخدام "الشركة المسجلة" كإطار لمزاولة عمل التأمين:

الشركة المسجلة هي شخص إعتباري قائم بذاته بمجرد تسجيلها وفق قانون الشركات، ويجب أن تفي بالحد الأدنى من عدد المساهمين والحد الأدنى من رأس المال المطلوب، ولها هيكل يتكون من الاجتماع العام للمساهمين أو الجمعية العامة للمساهمين ومجلس الإدارة ومدير عام أو رئيس تنفيذي ويحدد القانون بصورة عامة صلاحية واختصاص كل جهاز من هذه الأجهزة. والشركات المسجلة تكون دائماً ذات مسؤولية محدودة ورأس مالها يمثل الضمان لدائني الشركة المسجلة^(١). ولا شك في أن أنظمة الشركات وأنواعها في معظم دول منظمة التعاون الإسلامي مستمدة إما من القوانين الأنجلوسكسونية أو القانون الفرنسي.

وإستخدام الشركة المسجلة كإطار قانوني لمزاولة أعمال التأمين التعاوني الإسلامي خلق بعض الإشكالات التطبيقية. وأوضح مثال للإشكالات التطبيقية هو أن الصندوق التكافل وهو المؤمن الحقيقي لا يتمتع بشخصية اعتبارية بل هو مجرد حساب تديره الشركة. وطبقاً للضوابط الشرعية فيجب على الشركة أن تفصل بين أموالها "رأس مالها واحتياطياتها واستثمارات رأس مالها" وأموال التأمين. وهذا الوضع يبدو فيه شيء من النشاز بهيكل الشركة إذ تبدو الشركة ككيانين داخل كيان كبير. ومثال آخر للإشكالات الناتجة هو أن رأس مال الشركة ليس له علاقة قانونية بنشاط الشركة الأساسي، فوفقاً لمفهوم التأمين التعاوني الإسلامي فإن رأس المال لا يغنم ولا يفترم. وبالرغم من هذا المبدأ من العلامات التي تميز بصورة واضحة الفرق بين التأمين التعاوني الإسلامي والتأمين التجاري، حيث أن رأس مال الشركة التجارية يستخدم في سداد المطالبات التأمينية إذا لم تف أقساط التأمين والاحتياطيات لسداد المطالبات. بينما لا يلزم المساهمون في الشركة التأمين التعاوني الإسلامي بسداد المطالبات من رأس مال الشركة إلا إذا تبرعوا بمحض إرادتهم. إلا أن التجارب العملية لبعض الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي تشير بصورة ضمنية إلى أن رأس المال مطلوب نظاماً لسداد المطالبات في حال عجز صندوق التكافل وليس كضمان لحسن الإدارة. وألزمت بعض القوانين شركات التأمين بسد العجز في

¹ Gower, Modern Company Law 8th ed

صندوق التكافل من مالها الخاص بها على سبيل القرض الحسن يسترد لاحقاً عندما يحقق صندوق التكافل فوائض مالية.

(٣) إشكالات الحوكمة:

تعرف الحوكمة بأنها النظام الذي يتم من خلاله إدارة الشركات والتحكم في أعمالها. وتعرفها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD بأنها "مجموعة من العلاقات فيها بين القائمين على إدارة الشركة ومجلس الإدارة وحملة الأسهم وغيرهم من أصحاب المصالح"^(١).

ويعتبر تطبيق قواعد ومعايير الحوكمة شيء ضروري لتحقيق شفافية العدالة وحماية حقوق كل أصحاب المصالح، مثل المساهمين وحملة وثائق التأمين. وتشتمل المعايير التي وضعتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية على الآتي:

- ضمان وجود أساس لإطار فعال لحوكمة الشركات.
- دور أصحاب المصالح في أساليب ممارسة سلطات الإدارة بالشركة .
- الإفصاح والشفافية .

والالتزام بمعايير الحوكمة ضروري لتفادي الازمات المالية التي شهدناها في الأعوام القليلة الماضية. وغياب الحوكمة يعتبر من المشاكل الرئيسة في صناعة التأمين التعاوني الإسلامي. إذ نجد أن المؤمن لهم وهم أصحاب المصلحة الأولى بالحماية، لا دور لهم في إدارة الشركة، وليس لهم أجهزة تمكنهم من الحصول على المعلومات والمراقبة والمساءلة.

فالأجهزة المؤسسية التي يعترف بها القانون هي الجمعية العامة للمساهمين، مجلس الإدارة والمدير العام أو الرئيس التنفيذي.

¹ www.OECD.org

الفصل الثالث الإشكالات الفرعية

(١) الجمع بين الوكالة والإقراض:

تُلزم بعض القوانين التي تحكم عمل شركات التأمين التعاوني الإسلامي، الشركات على سد العجز من صندوق التكافل على سبيل القرض الحسن، ومثال ذلك: قانون الوكالة الوطنية لتأمين والتمويل الصادرات لسنة ٢٠٠٥م - السودان، الذي ينص في المادة ٢٨(٣) علي الآتي: "إذا حدث عجز في صندوق المؤمن لهم يسدد من رأس المال على سبيل القرض ويسترد من فائض صندوق المؤمن لهم". كما تنص معظم عقود ولوائح تأسيس شركات التأمين التعاوني الإسلامي على التزام أو وعد المساهمون بتقديم ما يكفي من المال لسد العجز الذي ينشأ في صندوق التكافل على سبيل القرض الحسن. ومن هذه النصوص القانونية والعقدية يظهر جلياً أنه من المحتمل أن تجمع الشركة بين صفتين هما صفة الوكيل وصفة المقرض في وقت واحد.

وروى أن النبي ﷺ قد نهى عن بيع وسلف^(١)، ومن الناحية النظرية والعملية قد يكون هذا الجمع ذريعة لأخذ أجر أكبر مقابل الوعد يسد العجز مما يؤدي إلى الربا.

نص البند ٨/١٠ من المعيار الشرعي رقم ٢٦ الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على الآتي: "في حالة عجز موجودات التأمين عن السداد التعويضات المطلوبة، وعدم كفاية تعويضات شركات إعادة التأمين فإنه يجوز للشركة أن تسد العجز من تمويل مشروع أو قرض حسن على حساب صندوق التأمين، وتغطي الالتزامات الناشئة عن العجز الحادث في سنة ما من فائض السنوات التالية، كما يجوز للشركة مطالبة حملة الوثائق بما يسد العجز إذا ألتزموا ذلك في وثيقة التأمين".

ويلاحظ هذا النص لم يحدد بصورة واضحة الشخص الذي يمكن طلب القرض منه أو تقديم التمويل، هل هو شركة التأمين أم طرف ثالث.

(٢) الجمع بين الوكالة والكفالة:

قد يكون إلتزام الشركة أو وعدها بسد العجز الذي قد يحدث في صندوق التكافل أو حساب المشتركين بمثابة ضمان أو ضم ذمة الشركة لذمة صندوق التكافل، وهذا ما منعه المعيار الشرعي رقم (٥) الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث نص البند ٢/٢ (٢/٢/٢) على الآتي: "لا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد لتتألف في مقتضاهما...".

^١ سنن النسائي ص(٢٩٥/٧) ومسند أحمد ص(١٧٩/٢) والموطأ ص(٤٠٨/٤٠٧)

في حقيقة الأمر ليس هنالك عقد وكالة موقع بين الشركة والمؤمن لهم، إلا أن النظام الأساسي للشركة قد ينص على أن الشركة تعمل كوكيل للمؤمن لهم وتعد بسد العجز الذي قد يحدث في صندوق التكافل.

الفصل الرابع

الأسس التي يجب أن تحكم الإطار القانوني المناسب لشركة التأمين التعاوني الإسلامي

لقد وضح مما سبق ذكره إنه لم يتم استحداث لأي إطار قانوني يستوعب المتطلبات الشرعية ويزيل إشكالات التناقض بين المتطلبات القانونية والرقابية والشرعية ويساعد على ازدهار صناعة التأمين التعاوني الإسلامي. وللخروج من هذه الإشكالات تقترح هذه الورقة الأحكام والضوابط والإجراءات التالية لتنظيم العمل في مجال التأمين التعاوني الإسلامي:

- (١) أن يتم تسجيل الشركات الراغبة في تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي على أساس احترافي، كمشغلين أو مديري إدارة محافظ تأمين ويصدر الترخيص لهم من الجهات الرقابية والإشرافية على هذا الأساس. ويكون مثلهم مثل الشركات التي يرخص لها بإدارة الثروات ومحافظ وصناديق الإستثمار.
- (٢) أن تتضمن شروط الترخيص للعمل كمشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين توفر حد أدنى من رأس المال كضمان لحسن الإدارة ولجبر أي ضرر ينتج من تعدي أو تقصير الشركة المديرة.
- (٣) أن تتحمل الشركة التي تتقدم للحصول علي ترخيص للعمل كمشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين مصاريف التأسيس وحدها ولا تسجل مصاريف التأسيس كدين علي صندوق التكافل يستقطع لاحقا من الفوائض التأمينية.
- (٤) أن لا يتحمل رأس المال شيء من التزامات صندوق التكافل. فحجم الإكتتابات والإشتراكات والإحتياطيات المكونة من الفوائض هي التي تخلق الثقة وتمنح التصنيف الإئتماني الذي يستحقه صندوق التكافل، وليس رأس مال الشركة كما هو الحال في التأمين التجاري.
- (٥) اشتراط إيداع وديعة من رأسمال الشركة لدى السلطات الرقابية قبل الترخيص وتستثمر هذه الوديعة وتستخدم لتقديم قروض حسنة لسد العجز في أي صندوق تكافل . وتسترد الشركات المرخص لها إدارة محافظ تأمين وديعتها، إذا ما تم تصفية المحفظة التأمينية التي تديرها وإلغاء ترخيصها. ويكون هذا الصندوق الذي تحتفظ فيه الودائع بمثابة صندوق لحماية وتركيز صناعة التأمين الإسلامي ومنع حدوث هزات. ويسند أمر انشاء هذا الصندوق وإدارته لهيئات الرقابة والإشراف علي التأمين أو البنك المركزي، ويمكن أن تمثل اتحادات الشركات التي تدير محافظ تأمين في ادارة الصندوق مع ممثلين للمؤمن لهم. ويكون تقديم الوديعة لهذا الصندوق شرط إجرائي للحصول علي رخصة مشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين. ومما لا شك فيه أن هذا الصندوق سيحافظ علي استقرار سوق التأمين وسيحمي مشغلي أو

- مديري محافظ التأمين ويحول دون خروجهم من السوق بسهولة. كما يحمي أيضاً المؤمن لهم واقتصاد الدولة بصورة عامة. وهذا الصندوق سيكون شبيه بالودائع التي اتخذها البنوك المركزية كإجراء لإصدار التراخيص للبنوك التجارية. ويعتقد الباحث أن هذه الوسيلة ستعمل على انتفاء إمكانية الجمع بين الوكالة والسلف أو الوكالة والكفاية. حيث يكون الصندوق التركيز بمثابة المقرض أو الكافل.
- (٦) أن تحدد الجهات الرقابية الحدود الدنيا والقصوى لأجر الوكالة أو الوكالة والمضاربة بشأن إدارة استثمار أموال صندوق التكافل، بعد التشاور مع اتحاد شركات إدارة محافظ التأمين وممثلين لهيئات المشتركين أو صندوق التكافل.
- (٧) أن يختص المشتركون بإجازة حسابات صندوق التكافل وليس الجمعية العامة للمساهمين في الشركة المديرة. وبهذا يكون هنالك قدر من الشفافية والإفصاح.

الفصل الخامس النتائج والتوصيات

خلصت هذه الورقة إلي أن استخدام إطار "الشركة المسجلة"، بوصفها القانوني المتعارف عليه، كإطار قانوني لممارسة عمل التأمين التعاوني الإسلامي قد خلق عدة إشكالات. ومن أجل تلافي هذه الإشكالات يقترح أن يصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي قراراً يتبنى الأحكام والضوابط والإجراءات الموضحة في الفصل الرابع من هذا البحث، كما ما مبينة في مسودة القرار المرفق لهذا البحث، إذا لم يكن فيها مخالفة للشرع، وذلك لإستحداث إطار قانوني بضوابط واحكام جديدة تساعد في تحقيق التوافق بين المتطلبات الشرعية والقانونية، وأن يدعو الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي للإهتمام بها في صياغة القوانين واللوائح المنظمة لصناعة التأمين الإسلامي وتوفيق أوضاع الشركات المسجلة حالياً وفقاً لها.

وعلى الله قصد السبيل

مسودة قرار رقم:

بشأن

تحقيق التوافق بين المتطلبات القفهيية والقانونية لممارسة عمل التأمين التعاوني الاسلامي

أن مجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره رقم (٢٠) بجمهورية الجزائر من ٢٦ شوال إلى ٢ ذو القعدة ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر ٢٠١٢ م ،

بعد اطلاعه على البحث المقدم في موضوع تحقيق التوافق بين المتطلبات الفقهية والقانونية لممارسة عمل التأمين التعاوني الاسلامي واستماعه للمناقشات التي دارت حوله ،

قرر ما يلي:

- (١) أن يتم تسجيل أي شركة ترغب في العمل في مجال تقديم خدمة التأمين التعاوني الإسلامي ، كمشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين ويصدر الترخيص لها من الجهات الرقابية والإشرافية على هذا الأساس.
- (٢) أن تتضمن شروط الترخيص للعمل كمشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين توفر حد أدنى من رأس المال كضمان لحسن الإدارة ولجبر أي ضرر ينتج من تعدي أو تقصير المشغل أو الشركة المديرة.
- (٣) أن تتحمل الشركة التي تتقدم للحصول على ترخيص للعمل كمشغل أو مدير إدارة محافظ تأمين مصاريف التأسيس وحدها ولا تسجل مصاريف التأسيس كدين على صندوق التكافل يستقطع لاحقا من الفوائض التأمينية.
- (٤) أن لا يتحمل رأس المال شيء من التزامات صندوق التكافل تديره شركة مسجلة.
- (٥) أن تشترط اللوائح المنظمة للتأمين إيداع وديعة من رأسمال الشركة لدى السلطات الرقابية كشرط إجرائي قبل الحصول على الترخيص، وتستثمر هذه الوديعة وتستخدم لتقديم قروض حسنة لسد العجز في أي صندوق تكافل.
- (٦) أن تحدد الجهات الرقابية الحدود الدنيا والحدود القصوى لأجر الوكالة أو الوكالة والمضاربة بشأن إدارة استثمار أموال صندوق التكافل، بعد التشاور مع اتحاد شركات إدارة محافظ التأمين وممثلين لهيئات المشتركين أو صندوق التكافل.
- (٧) أن يختص المشتركون بإجازة حسابات صندوق التكافل وليس الجمعية العامة للمساهمين في الشركة المديرة. وبهذا يكون هنالك قدر من الشفافية والإفصاح.

ويوصى بما يلي:

أن تدعا هيئات الرقابة والإشراف على التأمين والأجهزة التشريعية في الدول الأعضاء في منظمة التعاون الاسلامي الإهتداء بهذه الأحكام والضوابط والاجراءات عند اصدار القوانين واللوائح لتنظيم العمل في مجال التأمين التعاوني الاسلامي وتوفيق أوضاع الشركات المسجلة حالياً وفقاً لها.

والله الموافق



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التكييف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي

إعداد

الدكتور عثمان الهادي إبراهيم

جمهورية السودان

أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمين وخاتم النبيين
وعلى آله وصحبه ومن سلك طريقهم واقتدى بهديهم إلى يوم الدين
وبعد فهذا بحث عن :

التكليف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي

فهذه الورقة تم إعدادها استجابة لطلب من مجمع الفقه الإسلامي الدولي للدورة
العشرين لأغراض مؤتمر مجلس المجمع ، والورقة بعنوان: [التكليف الشرعي للتأمين
التعاوني الإسلامي]، راجياً المولى التوفيق في تقديم رؤية تأصيلية وشرعية لموضوع البحث ،
وأن تسهم هذه الورقة في الدعوة إلى الترسخ والتطبيق العملي لصناعة التأمين الإسلامي
[التكافلي والتعاوني] ، عليه فقد خُطت الورقة لتشمل محورين تدرج تحتها الموضوعات
التالية:

المحور الأول: التكليف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي

- (١) بيان تشريعاته وعقوده ووثائقه (دراسة تقويمية)
- (٢) أوجه الفرق بينه وبين التأمين التجاري

المحور الثاني: بيان أحكام التأمين على الحياة والسيارات

- (١) الحق التعويضي والجهة المستفيدة في التأمين على الحياة وتوضيح حكم التأمين
التجاري على الحياة الذي يقوم فيه المخدم بدفع القسط لموظفيه من بند مخصص
له دون أن يكون للموظف حق الاعتراض عليه ، ودون أن يكلف شيئاً
- (٢) بيان أحكام التأمين ضد الحوادث والتأمين الشامل على السيارات وتأمين الودائع
والدين وحصيلة الصادات.

سائلاً المولى العلي القدير أن تكون هذه الورقة بالنعف والخير للجميع في كل بقاع
العالم اجمع ..

والله موفق والهادي إلى سواء السبيل..

د. عثمان الهادي ابراهيم



مقدمة

التأمين في اللغة العربية مشتق من الأمن وهو طمأنينة النفس وزوال الخوف قَالَ تَعَالَى : ﴿ الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ ﴾^(١) ، وله معان: منها إعطاء الأمان ، وأقرب معاني التأمين في المصطلح المالي المعاصر هو "إعطاء الأمن" ذلك إن التأمين هو نشاط تجاري غرضه أن يحصل تأمين الأفراد والشركات من بعض ما يخافون من المكارِه مقابل عوض مالي فهو معنى جديد وان كان اشتقاقاً صحيحاً من كلمة "أمن" فهو نظام تعاقدى يقوم على أساس المعاوضة غايته التعاون على تخفيف أضرار المخاطر ويتم على أسس فنية وقواعد إحصائية.

نشأ التأمين بمفهومه المعاصر منذ عدة قرون استجابة لحاجات ملحة تتعلق بطبيعة الأنشطة الاقتصادية وتطورها خاصة في ظل الثورة الصناعية وما صاحبها من إنتاج صناعي كثيف ونمو مضطرد في حركة النقل. ويعتبر التأمين أحد الأنشطة الاقتصادية التي تهدف لتحقيق الأمن على المستوي الفردي أو الجماعي عن طريق ادخار جزء من المال لمواجهة الحوادث. على الرغم من أن الدول الأوروبية كانت قد عرفت التأمين منذ عقود طويلة وسخرته لحل المشكلات التي تتعلق بمجتمعاتها مما مكن الدولة هناك من التفرغ للبناء والتعمير ، وعلى الرغم من احتكاك العالم العربي والإسلامي بالدول الأوروبية منذ أمد بعيد إلا أن صناعة التأمين لم تدخل إلى عالمنا العربي إلا في عهود متأخرة جداً . بل يمكن القول أن العالم الإسلامي لم يعرف التأمين بشكله المنظم إلا في النصف الثاني من القرن العشرين كما إن التجربة في السودان وفي أجزاء عديدة من العالم الإسلامي لم تلق الرواج المطلوب وذلك لعدة أسباب نجملها في الآتي:

(١) ارتباط صناعة التأمين بالنظام الرأسمالي الغربي الذي لا يقوم على المبادئ الإسلامية وبالتالي لم تتم الاستفادة من نظام التأمين إلا في دوائر محدودة وسط مجموعات قليلة من الناس الذين لم يكونوا يكثرثون كثيراً للمسألة الشرعية في التعاملات المالية أو ربما لجهلهم بمبادئ الدين الإسلامي فيما يتعلق بمسألة الغرر الموجودة في نظام التأمين التجاري.

(٢) ترتبط صناعة التأمين ارتباطاً وثيقاً بالتطور الاقتصادي ، ولما كانت الأحوال الاقتصادية في البلدان الإسلامية لم تشهد تطوراً لافتاً إلا في السنوات التي تلت اكتشاف النفط مما أدى إلى حدوث تحولات جذرية في نمط الحياة الاقتصادية الأمر

(١) سورة قريش الآية ٤

الذي أثر تأثيراً كبيراً على حياة هذه المجتمعات وأوجد الحاجة إلى الاستفادة من خدمات التأمين.

(٣) لم تكن الحاجة متعينة إلى خدمات التأمين في العالم الإسلامي قديماً حيث كانت المجتمعات الإسلامية تمارس فيما بينها صوراً من صور التكافل ، ففي حوادث القتل على سبيل المثال كانت القبائل تتولي مسالة دفع الديات وهذه الصورة لا زالت تمارس حتى الآن في أجزاء واسعة من السودان وفي العديد من الدول الإسلامية وهو ما يعرف بـ(العاقلة)^(١).

المحور الأول

التكيف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي

إن الفكرة الكامنة في التأمين في الواقع ليست إلا التكافل والتعاون بين أفراد المجتمع يجري تقنيته وترتيبه بطريقة منظمة بتصميم نظام حديث ينسجم مع التطورات المالية والاقتصادية. فعقد التأمين من العقود المستحدثة ، وقد اجتهد الفقهاء في بيان حكمه من وجهة النظر الشرعية ، واختلفت آراؤهم فيه بين مجيز له بجميع أنواعه ، ومانع له بجميع أنواعه ، ومانع للتأمين على الحياة ، ومجيز لما عداه ، ومانع للتأمين التجاري ، ومجيز للتأمين التعاوني ، وصدرت بحوث وكتب عديدة في هذا الموضوع ، كما صدرت فيه فتاوى جماعية في مؤتمرات ومجامع فقهية ، وحسب طلب منظمو المؤتمر حول التكيف الشرعي للتأمين إليكم بعض الآراء والتي على ضوءها تم العمل بالتأمين التعاوني الإسلامي:-

رأى ابن عابدين في التأمين^(٢):-

هو الفقيه الحنفي محمد أمين بن عمر عبد العزيز عابدين الدمشقي - إمام الحنفية ولد بدمشق ١١٩٨هـ وتوفى في سنة ١٢٥٢هـ ، يقول ابن عابدين في الجزء الثالث من رد المحتار على الدر المختار في باب المستأمن من كتاب الجهاد ص ٣٤٥ : جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربي يدفعون له أجرته ، ويدفعون أيضاً مالا معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده ، يسمى ذلك المال سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق ، أو غرق ، أو نهب ، أو غيره فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذ منهم ، وله وكيل عنهم مستأمن في دارنا يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن من السلطات ، يقبض

(١) الإجماع لابن المنذر بتحقيق د. فؤاد أحمد ص ١٢٠ - ت: ٦٩٩ - أيضاً الإشراف ٢/٢٨٩ - الإقناع ٥٣ - تفسير القرطبي ٣٢٠/٥ - المغني ٩/٤٩٧.

(٢) البروفسور الصديق محمد الأمين الضيرير - بحث بعنوان (الاعتبارات الشرعية لممارسة التأمين) ندوة التأمين التكافلي بالخرطوم في الفترة من ١٤ - ١٦ فبراير ٢٠٠٤م

من التجار مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً. والذي يظهر أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، لأن ذلك التزام ما لا يلزم، فإن قلت: إن المودع إذا أخذ أجرة عن الوديعة يضمنها إذا هلك، فإن مسألتنا ليست من هذا القبيل، لأن المال ليس في يد صاحب السوكرة، بل في يد صاحب المركب، وإن كان صاحب السوكرة هو صاحب المركب يكون أجيراً مشتركاً قد أخذ أجرة على الحفظ وعلى الحمل، وكل من المودع والأجير المشترك لا يضمن ما لا يمكن الاحتراز منه، كالموت والغرق ونحو ذلك.

فإن قلت: سيأتي قبيل باب "كفالة الرجلين" إن قال لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن، ولو قال: إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن ضمن، وعلله الشارح هناك بأنه ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً. أي بخلاف الأولى، فإنه لم ينص على الضمان بقوله فأنا ضامن. وفي جامع الفصولين: الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن المعاوضة، أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور، فصار كقول الطحان لرب البر: اجعله في الدلو، فجعله فيه فذهب من النقب إلى الماء، وكان الطحان عالماً به يضمن إذ غره في ضمن العقد، وهو يقتضي السلامة. لا بد في مسألة التغيرير من أن يكون الغار عالماً بالخطر، كما يدل عليه مسألة الطحان المذكورة، وأن يكون المغرور غير عالم، إذ لا شك أن رب البر لو كان عالماً بنقب الدلو يكون هو المضيع لماله باختياره، ولفظ المغرور ينبئ عن ذلك لغة لما في القاموس: غره غراً وغروراً فهو مغرور وغرير خدعه وأطمعه بالباطل فاغتره. ولا يخفى أن صاحب السوكرة لا يقصد تقرير التجار، ولا يعلم بحصول الغرق، هل يكون أم لا، وأما الخطر من اللصوص والقطاع فهو معلوم له وللتجار، لأنهم لا يعطون مال السوكرة إلا عند شدة الخوف طمعاً في أخذ بدل الهالك، فلم تكن مسألتنا من هذا القبيل أيضاً. انتهت فتوى ابن عابدين.

فالعقد الذي استظهر ابن عابدين عدم جوازه هو تأمين بحري، فالتجار هم المؤمن لهم، والحربي هو المؤمن، والغرض من هذه العملية، كما هو واضح من كلام ابن عابدين، هو التأمين ضد المخاطر التي تحدث لحمولة المركب، فالمؤمن الحربي يلتزم بتعويض التجار ما يضيع من بضائعهم التي في المركب نظير مال يدفعونه له. وقد بنى ابن عابدين فتواه بالمنع على عدة أسباب منها:-

(أ) إن هذا العقد من قبيل التزام ما لا يلزم، وهو غير جائز لعدم وجود سبب شرعي يقتضي الضمان، وهذا العقد لا يصلح سبباً شرعياً لوجوب الضمان.

(ب) هذا العقد ليس من قبيل تضمين المودع إذا أخذ أجراً على الوديعة لسببين:

الأول : المؤمن الحربي ليس هو صاحب المركب ، فلا يكون مودعاً .

الثاني : لو كان المؤمن هو صاحب المركب فإنه يكون أجيراً مشتركاً لا مودعاً ، والأجير المشترك لا يضمن ما لا يمكن الاحتراز منه ، ومثله المودع .

(ج) هذا العقد ليس من قبيل تضمين الغار ، لأن الغار لا يضمن إلا إذا كان عالماً بالخطر ، وكان المغرور جاهلاً به ، والمؤمن الحربي لا يقصد تغيير التجار ، ولا يعلم هل تفرق المركب أم تسلم .

هذه هي أول فتوى وجدت بعد ظهور التأمين ، ولهذا اشتهر أن ابن عابدين هو أول من أفتى بعدم جواز عقد التأمين وهو أول مانع للتأمين التجاري بعد ظهوره .

ولكن توجد نصوص عامة لفقهاء قبل ابن عابدين ، وقبل ظهور عقد التأمين تدل على عدم جواز بعض أنواع التأمين ، منها هذا النص : " ضمان ما يغرق أو يسرق باطل " ورد هذا النص في كتاب البحر الزخار للعلامة أحمد بن يحيى المرتضى وهو يدل على أن التأمين البحري والتأمين من السرقة لا يجوز^(١) والمؤلف لم يذكر خلافاً في هذا الحكم .

ومنها النص التالي الذي أورده الباجي^(٢) في أثناء كلامه عن بيع الغرر ، قال : ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته ، روى ابن المواز عن أشهب : لا أحب ذلك ولا أفسخه إن وقع ، وقال أصبغ : هو حرام ، لأن حياته مجهولة ويفسخ ، وقال ابن القاسم عن مالك : لا يجوز إذا قال على أن ينفق عليه حياته . هذه المعاملة هي صورة من صور التأمين على الحياة تعرف في اصطلاح علماء القانون " بالتأمين لحال البقاء براتب عمري " وهو " أن يتعهد المؤمن بدفع إيراد مدى الحياة نظير مبلغ متجمد يدفعه له المستأمن " .

واضح أن هذا العقد غير جائز عند هؤلاء الفقهاء ، لما فيه من غرر ، ويفسخ إن وقع إلا عند أشهب فإنه لا يفسخ العقد إن وقع مع منعه له ابتداءً .

فتوى الشيخ محمد عبده :

هو من الذين يرون جواز التأمين على الحياة وجوازه اعتماداً على فتوى صدرت منه عندما كان مفتياً للديار المصرية سنة ١٣١٩ هـ . فأجاز عقد التأمين على الحياة على وجه ما ذكره يكون من قبيل شركة المضاربة ، إذ أنه جائز للرجل أخذ ماله مع ما أنتجه من الربح بعد العمل به في التجارة ، وإذا مات الرجل في إبان المدة ، وكان الجماعة قد عملوا فيما دفعه ، وقاموا بما التزموه من دفع المبلغ لورثته ، أو لمن يكون له التصرف بدل المتوفى

(١) الجزء الخامس ص ٧٥ مؤلف الكتاب هو أحمد بن يحيى بن المرتضى بن مفضل ابن منصور الحسني المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .

(٢) الدكتور البدرابي التأمين ٢٦٧

بعد موته جاز للورثة ، أو لمن يكون له حق التصرف في المال أن يأخذ المبلغ جميعه مع ما ربحه المدفوع منه بالتجارة على الوجه المذكور^(١).

رأي الأستاذ عبد الوهاب خلاف^(٢) :

هو أيضاً يرى جواز عقد التأمين على الحياة على أنه عقد مضاربة ، لأن عقد المضاربة في الشريعة هو عقد شراكة في الربح بمال من طرف وعمل من طرف آخر ، وفي التأمين - كما يقول الأستاذ خلاف - المال من جانب المشتركين الذين يدفعون الأقساط ، والعمل من جانب الشركة التي تستغل هذه الأموال ، والربح للمشاركين والشركة حسب التعاقد ، وقد أورد الأستاذ خلاف نفسه اعتراضاً على هذا القياس هو أن شرط صحة المضاربة أن يكون الربح بين صاحب المال والقائم بالعمل شائعاً بالنسبة ، وفي التأمين يشترط للمشارك قدر معين في الربح ٣٪ أو ٤٪ فالمضاربة غير صحيحة . وأجاب عنه بالآتي :

أولاً : بما جاء في تفسير آيات الربا في سورة البقرة للشيخ محمد عبده وهو : " لا يدخل في الربا المحرم بالنص الذي لا شك في تحريمه من يعطى آخر مالاً يستغله ، ويجعل له من كسبه حظاً معيناً ، لأن مخالفة أقوال الفقهاء في اشتراط أن يكون الربح نسبياً لاقتضاء المصلحة ذلك لا شيء فيه ، وهذه المعاملة نافعة لرب المال والعامل معاً " .

ثانياً : بأن اشتراط أن يكون الربح نسبياً لا قدراً معيناً خالف فيه بعض المجتهدين من الفقهاء ، وليس حكماً مجمعاً عليه .

وانتهى الشيخ خلاف إلى القول بان عقد التأمين على الحياة عقد صحيح نافع للمشاركين وللشركة وللمجتمع ، وليس فيه إضرار بأحد ، ولا أكل مال أحد بغير حق ، وهو ادخار وتعاون وتوفير لمصلحة المشترك ، حين تتقدم سنه ، ولمصلحة ورثته حين تفاجئه منيته ، والشريعة إنما تحرم الضار أو ما ضرره أكبر من نفعه .

رأي الشيخ محمد بخيت المطيعي^(٣) :

وهو مفتى الديار المصرية عام ١٩٠٦م حيث ذكر في رسالته (أحكام السوكورتاه) أن عقد التأمين فاسد ، وأن سبب فساده يعود إلى الغرر والخطر ، وما فيه معني القمار .

(١) الشيخ محمد احمد فرج السنهوري : بحثه عن التأمينات ، منشور في بحوث اقتصادية وتشريعية للمؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية ١٣٩٢هـ .

(٢) صحيفة لواء الإسلام عدد رجب ١٣٧٤هـ فبراير ١٩٥٤م .

(٣) د. على محي الدين القرعة داغي - التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية (مقارنة التأمين التجاري مع التطبيقات العملية) ط ١٤٢٥هـ شركة دار البشائر الإسلامية - بيروت ص ١٥٠ .

رأي الشيخ أحمد إبراهيم الفقيه^(١) :

فهو أيضاً من الذين يرون أن التأمين قمار ومخاطرة، فيقول عن التأمين على الحياة :
أما إذا مات المؤمن له قبل إيفاء جميع الأقساط ، وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط ،
وقد يكون الباقي مبلغاً عظيماً جداً ، لأن مبلغ التأمين على الحياة موكول تقديره إلى
طريق العقد ، على ما هو معلوم ، فإذا أدت الشركة المبلغ المتفق عليه كاملاً لورثته أو لمن
جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته ففي مقابل أي شيء دفعت
الشركة هذا المبلغ ؟ أليس هذا مخاطرة ومقامرة ، وإذا لم يكن هذا من صميم المقامرة
ففي أي شيء تكون المقامرة إذن ؟ على أن المقامرة حاصلة أيضاً من ناحية أخرى فإن المؤمن
له بعد أن يوفى جميع ما التزمه من الأقساط يكون له كذا ، وإن مات قبل أن يوفىها
كلها يكون لورثته كذا ، أليس هذا قماراً ومخاطرة ، حيث لا علم له ولا للشركة بما
سيكون من الأمرين على التعيين^(٢) .

رأي الدكتور عيسي عبده:

أورد في كتابه (العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة) وفي كتابه
الأخر (التأمين الأصيل والبديل) أن التأمين التجاري حرام قطعاً ، ذلك انه ولو كانت آثاره
القريبة تخفيف وقع الضرر على الفرد المستأمن فإن آثاره البعيدة المدى اشد خطورة من كل
ما عرفته المدنية المادية المعاصرة من وسائل إذلال الشعوب لأن شركات التأمين تتحكم
بوسائلها في مدخرات الأفراد والجماعات تحكما يجعل لها السلطان لا على الجماهير
وحدهم بل على الحكومات .

رأي الشيخ العلامة أبوزهرة^(٣) :

فهو القول بالتحريم، ثم جمع فيما بعد رأيه منسقاً ومرتباً في مذكرة بعد حضوره ندوة
دمشق عام ١٩٦١م حيث انتهى إلى أن المذاهب الإسلامية القائمة لا يوجد فيها من العقود
التي تجيزها ما يتشابه مع عقد التأمين، أي ما كان نوعه، والى قاعدة : (الأصل في العقود
والشروط الإباحة) لا تكفي لإباحة التأمين، لاشتماله على أمور غير جائزة، وهي الغرر
والقمار، وأنه عقد لا محل له، وفيه التزام ما لا يلزم، وليس فيه تبرع واضح، بل هو في نظر
أهله قائم على المعاوضة ولا مساواة فيه، فأحد طرفيه مغبون لا محالة، وأنه لا توجد حاجة
ولا ضرورة تدعو إلى التأمين مع قيام الأسباب المحرمة. مع إمكان دفع الحاجة بما ليس
محرمًا، والى أن الربا يلازم التأمين نفسه، ومن وسائل الاستغلال عند الشركات الإقراض

(١) أستاذ الفقه بمدرسة القضاء الشرعي كلية الحقوق بالقاهرة .

(٢) مجلة الشبان المسلمين العدد ٣ لسنة ١٩٤١م

(٣) أ.د. على محي الدين القره داغي - المرجع السابق ص ١٥٣ - ١٥٤

بفائدة وليس عملها من باب المضاربة. وأيضا حرمه ما دام قائماً على المعاوضة في أسبوع
الفرقه الثاني بدمشق عام ١٩٦١م.

رأي الأستاذ مصطفى الزرقاء:

يعد من أوائل العلماء الذين أباحوا عقد التأمين وأكثرهم شهرة حينما قدم بحثاً
مستفيضاً في أسبوع الفرقه الإسلامي الثاني بدمشق وكان ذلك في العام ١٩٦١م حيث لم
يكتف برد الشبهات التي أوردها غيره من العلماء الذين حرموا التأمين بل انه أورد الكثير
من الأدلة التي استند إليها الذين أباحوا التأمين ممن سبقوه وأضاف إليها أدلة جديدة ،
ويمكن تلخيص ما ذهب إليه في الآتي^(١):-

- (١) عقد التأمين عقد تعاون وتضامن اجتماعي.
- (٢) أن عقد التأمين يمنح الأمان والاطمئنان للمستأمن على ماله ومستقبل
حياته ، هذا الأمان من أعظم نعم الله تعالى.
- (٣) ليست العقود في الشريعة الإسلامية محددة و محصورة ، بل يجوز استحداث
صور جديدة من العقود كلما دعت الحاجة.
- (٤) ثم إن في أحكام الشريعة وأصول فقها ونصوص الفقهاء ما يصلح أن
يكون مستندا قياسيا واضحا في جواز عقد التأمين.

رأي الدكتور محمد البهي^(٢):

يرى أن عقد التأمين هو عقد تكافل بين المؤمنين جميعا في مواجهة دفع الكوارث
والتخفيف عن آثارها ، سواء كانت في الأنفس أو في الأموال في مواجهة العجز عن العمل
بسبب الإصابة أو المرض أو الشيخوخة ، ويجب على تساؤله حول ما منزلة التكافل بين
تعاليم الإسلام ؟ بالقول : (إن الإسلام وهو دين الله ، لم يقصد بتعاليمه جميعها في النهاية
سوي التعاون والتكافل بين أفراد المجتمع) ويرى الدكتور البهي أيضاً أن:-

- (١) الربا وبعد أن يُعرفه بقوله : (هو عقد البيع الذي يتضمن ضرر أحد المتعاقدين ضرراً
واضحاً فيما هو عادة مقسوم لمعيشة الإنسان) يصرح بأنه (إذا خرج العقد في المواد
الربوية عن ضرر التفاوت في غير جهد ، أو ضرر القلق بسبب الانتظار ، فوقع تفاوت
بين الأخذ والمعطي ، أو تأجيل لأحدهما ولكن عن رضا وطيب نفس لفائدة مظنونة أو

(١) البروفسور الصديق محمد الأمين الضيرير - الفرر وأثره في العقود في الفرقه الإسلامي -الكتاب الثالث - سلسلة
صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي ١٤١٠هـ ، ص ٦٤٧ - ٦٤٩

(٢) الدكتور محمد البهي عضو المجمع ووزير الأوقاف وشؤون الأزهر السابق في كتابه (نظام التأمين في هدي أحكام
الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر)

مرتقبة ، فلا يكون عندئذ من العقود المحرمة) ويضيف انه إذا استثنى الفقهاء من الربا المحرم البيع وفاء لدين على الأسرة لصالح يهودي ، ألا يجوز التأمين على المصنع أو المتجر أو المنجم وفاء لديونه بضمان آلاته أو سلعه.

(٢) الغرر ، وقد عرف بيع الغرر بأنه : (البيع الذي ينطوي على جهل بحاضر البيع أو جهالة بمستقبله) كبيع السمك في الماء والطير في الهواء أو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، ثم يجزم بعد ذلك (أن مناط الحرمة في عقد الغرر هو الضرر الذي من شأنه أن يصيب احد المتعاقدين بخيبة أمل مفاجئة فيما تعاقدوا عليه ، أو يصيبه في قوام معيشتة الذي لا غناء عنه) . أما القول بعد ذلك في أن عقود التأمين تنطوي على غرر لأن أحد طرفي العقد قد يغبن فلا يأخذ شيئاً أصلاً أو يأخذ اقل مما يدفعه فانه يرد بالقول: أن طبيعة عقد التكافل تختلف عن طبيعة عقد البيع ، فعقد التكافل يقوم على سد الحاجات ودفع اثر الكوارث والمشاركة بالمال فيه لا تستلزم حتماً مقابلاً مادياً. وأن الإسلام اعتبر الإنفاق في سبيل الله وفي الرقاب وابن السبيل إسهاماً في التعاون والتكافل الاجتماعي دون انتظار لمقابل مادي ، وعقد التأمين صورة من صور التعاون في سبيل الله وعقد التأمين لا يؤدي إلى ضرر يصيب احد الطرفين ، ولا يقوم على جهالة ، بل إن كل طرف من الطرفين يعلم حق العلم بما تعاقد عليه ، ويعلم مصير العقد نفسه فليس عقد غرر بل هو عقد أمان واطمئنان.

(٣) التوكل على الله : وإذا كان بعض الناس يعتبرون أن التأمين يناه في التوكل على الله ويعتبر تحدياً للقضاء والقدر فإنه يرد عليهم بنفي ذلك إطلاقاً لأن المستأمن يعرف أن الأعمار بيد الله وان المصائب ابتلاء من الله ، وإنما هو يبحث عن وسيلة لتخفيف نتائج المصيبة لا منعها ، وهو يأخذ بالأسباب المؤدية لذلك وهذه هي حقيقة التوكل على الله كما بينها الرسول صلي الله عليه وسلم لصاحب الناقة (أعقلها وتوكل) فالذي يؤمن على ماله يأخذ بالأسباب كما فعل الإعرابي عندما عقل الناقة فأمن عليها من الفرار.

رأي البروفسور الصديق محمد الأمين الضيرير :

هو رئيس قسم الشريعة بجامعة الخرطوم سابقاً ورئيس هيئة الرقابة الشرعية العليا بالسودان وأول رئيس لهيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني وشركة التأمين الإسلامية أول شركة تأمين إسلامية في العالم وعدد من المؤسسات الإسلامية الأخرى بالسودان في مجال المصارف الإسلامية وشركات التأمين ، وأول من أباح صراحة ممارسة نظام التأمين التعاوني وأسس له وتابع خطوات تنفيذه والذي بينه في البحث الذي

قدمه في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية سنة ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م، وزاده بياناً في كتابه الفرر وأثره في العقود ، وهو الرأي الذي اعتمده هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني وأصدرت بمقتضاه الفتوى بمنع البنك من التأمين في شركات التأمين التجارية وإلزامه بإنشاء شركة تأمين تعاونية إسلامية فأنشأ البنك أول شركة تأمين إسلامية في العالم عام ١٩٧٩م (في السودان) وهو أيضاً الرأي الذي اعتمده مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في قراره رقم (٢) بشأن التأمين وإعادة التأمين.

وتتبع أهمية الفتوى التي أصدرها البروفيسور الضرير في إنها أسهمت في تأسيس أول شركة تأمين في السودان والعالم تقوم على النظام التعاوني كما أنها كانت الركيزة الأساسية التي بنيت عليها التجربة السودانية برمتها والعديد من التجارب المماثلة في الدول الأخرى، ودليله على عدم جواز التأمين التجاري هو أنه عقد غرر منهي عنه بالحديث الصحيح الذي ينهى عن بيع الغرر، روي عن أبي هريرة وعن ابن عباس وعن سهل بن سعد وعن أنس وعن علي بن أبي طالب وعن عمران بن حصين وعن سعيد بن المسيّب وعن ابن عمر عن أبي هريرة رضي الله عنه : "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة"^(١).

وقد اعترض الأستاذان الكبيران الشيخ مصطفى الزرقا ، والشيخ علي الخفيف على هذا الدليل، فلم يسلم الشيخ الزرقا بأن التأمين عقد غرر، وسلم الشيخ الخفيف بأن في التأمين غرراً، ولكنه غرر خفيف، وغير مؤثر في صحة العقد^(٢).

رأي المؤتمرات والمجامع الفقهية:

لعل أول دراسة جماعية لعقد التأمين هي التي كانت في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية الذي عقده المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بمدينة دمشق في المدة من ١٦ - ٢١ من شوال ١٣٨٠هـ الموافق ٦ أبريل ١٩٦١م. قدم في ذلك الأسبوع أربعة بحوث عن حكم عقد التأمين من وجهة النظر الشرعية ، أجاز بحثان منها التأمين بنوعيه التعاوني والتجاري ، هما بحث الأستاذ مصطفى الزرقاء ، وبحث الأستاذ عبد الرحمن عيسى ، ومنعه بحث واحد هو بحث الأستاذ عبد الله القلقيلي من غير أن يفرق صراحة بين التأمين التجاري والتأمين التعاوني ، ولكن حديثه يدل على أن المقصود هو التأمين التجاري ، وأجاز بحث واحد التأمين التعاوني و منع التأمين التجاري هو بحث الأستاذ الصديق محمد الأمين الضرير ، وأيد هذا الاتجاه الأستاذ محمد أبو زهرة في

(١) روي هذا الحديث بأسانيد عديدة عن كل واحد من الصحابة المذكورين، أخرجه مسلم في صحيحه وأحمد وابن حبان والبيهقي وابن ماجه والدارقطني والطبراني وأبو داود ومالك في الموطأ.

(٢) البروفيسور الصديق محمد الامين الضرير - المرجع السابق

تعقيب طويل منشور مع البحوث في كتاب أسبوع الفقه الإسلامي . ويظهر من هذا أن البحوث اتفقت على جواز التأمين التعاوني واختلفت في التأمين التجاري - التأمين بقسط ثابت - فأجازه بحثان ، ومنعه بحثان مضافاً إليهما تعقيب الأستاذ أبو زهرة. و خلاصة ما جاء في بحثه عن حكم عقد التأمين التعاوني وعقد التأمين التجاري هو أن التأمين التعاوني لا يعتقد أن هناك اختلافاً في جوازه ، بل هو عمل تدعو إليه الشريعة ، ويثاب فاعله إن شاء الله ، لأنه من التعاون على البر والتقوى ، الذي أمرنا به الله تعالى ، فان كل مشترك في هذه العملية يدفع شيئاً من ماله عن رضا وطيب نفس ليتكون منه رأس مال للشركة يعان منه من يحتاج إلى المعونة من المشتركين في الشركة ، وكل مشترك هو في الواقع متبرع باشتراكه لمن يحتاج له من سائر المشتركين حسب الطريقة التي يتفق عليها المشتركون ، وسواء أكان هذا النوع من التأمين في صورة تأمين بحري أو برى أو تأمين على الحياة أو تأمين من الحوادث أو تأمين من الأضرار فهو جائز شرعاً. أما التأمين التجاري بعد ما بينت وجود الحاجة إلى التأمين فهو غير مباح بوضعه الحالي، لأنه لا يصح استخدام الضرورة أو الحاجة إلا إذا لم نجد سبيلاً غيرهما. لذا تم الحفاظ عقد التأمين في جوهره والاستفادة بكل مزاياه مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامي، وذلك بإخراج التأمين من عقد المعاوضات، وإدخاله في عقود التبرعات، والطريق إلى هذا هو إبعاد الوسيط الذي يسعى إلى الربح بأن يجعل التأمين كله تأميناً تعاونياً يديره المشتركون أنفسهم إن أمكن، أو تشرف عليه الحكومات، فتعين له موظفين يتولون إدارة الشركات بأجر كسائر الموظفين، وينص صراحة في عقد التأمين على أن الأقساط التي يدفعها المشترك تكون تبرعاً منه للشركة تدفع لمن يحتاج إليها من المشتركين حسب النظام المتفق عليه، من غير أن تتحمل الحكومة أية مسؤولية مالية نحو المشتركين، وبهذه الطريقة يصبح التأمين تعاوناً حقيقياً على البر، يستفيد منه المشترك في دنياه، وينال به الثواب في آخرته هذا ما قاله الضرير قبل عدة سنوات.

وهذا البديل للتأمين التجاري هو في الواقع رجوع بالتأمين إلى أصله، فقد نشأ التأمين أول مرة تأميناً تعاونياً خالصاً، لا يبتغى أحد ربحاً من ورائه، ثم جاءت فئة من الناس همها الربح المادي، فحولت التأمين إلى عمل تجاري، وأصبح التأمين تجارة تدر على القائمين به أرباحاً طائلة، ولهذا تذكر القوانين أن عقد التأمين عقد معاوضة أحد طرفيه المؤمن "الشركة"، والآخر المؤمن له، يلتزم فيه المؤمن بدفع عوض مالي عند وقوع الحادث ، نظير التزام المؤمن له بدفع قسط مالي.

استمرت الدراسات لعقد التأمين بعد أسبوع الفقه الإسلامي في عدد من المجمع والمؤتمرات منها:

(١) مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة، فقد بحث هذا الموضوع في مؤتمره الثاني عام ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م ومؤتمره الثالث عام ١٣٨٦ - ١٩٦٦، وقرر فيهما جواز التأمين التعاوني، والاستمرار في دراسة مختلف أنواع التأمين لدى الشركات، والوقوف على آراء علماء المسلمين في الأقطار الإسلامية، وقد كان أمام المجمع في مؤتمره السابع ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢ زهاء ثمانين رأياً من آراء علماء المسلمين في التأمين التجاري، بعضها أجاز به جميع أنواعه، وبعضها منعه بجميع أنواعه، وبعضها منع التأمين على الحياة وأجاز أنواع التأمين الأخرى، ولم يصدر المجمع قراراً في الموضوع.

(٢) المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة ٢١ - ٢٦ صفر ١٣٩٦ هـ - ٢١ - ٢٦ فبراير ١٩٧٦ فقد جاء في قراراته: يرى المؤتمر أن التأمين التجاري الذي تمارسه شركات التأمين التجارية في هذا العصر لا يحقق الصيغة الشرعية للتعاون والتضامن، لأنه لم تتوافر فيه الشروط الشرعية التي تقتضي حله. ويقترح المؤتمر تأليف لجنة من ذوي الاختصاص من علماء الشريعة وعلماء الاقتصاد لاقتراح صيغة للتأمين خالية من الربا والغرر، وتحقيق التعاون المنشود بالطريقة الشرعية بدلاً من التأمين التجاري.

(٣) مجلس هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، جاء في قراره رقم ٥٥ بتاريخ ١٣٩٧/٤/٤ ما يلي: "بعد الدراسة والمناقشة وتداول الرأي قرر المجلس جوازه - التأمين التعاوني - وإمكان الاكتفاء به عن التأمين التجاري في تحقيق ما تحتاجه الأمة من التعاون وفق قواعد الشريعة الإسلامية".

(٤) مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي الدورة الأولى شعبان ١٣٩٨ هـ مكة المكرمة، جاء في قراره ما يأتي: "بعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه سواء كان على النفس، أو البضائع التجارية، أو غير ذلك من الأموال، كما قرر المجلس بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم".

(٥) مجمع الفقه الإسلامي بحده في دورته الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥ حيث اصدر المجتمعون القرار التالي :

قرار رقم (٢) بشأن التأمين وإعادة التأمين

أما بعد : فإن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠ - ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦هـ - ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥م.

بعد أن تابع العروض المقدمة من العلماء المشاركين في الدورة حول موضوع التأمين، وإعادة التأمين. وبعد أن ناقش الدراسات المقدمة، وبعد تعميق البحث في سائر صورته وأنواعه، والمبادئ التي يقوم عليها، والغايات التي يهدف إليها، وبعد النظر فيما صدر عن المجامع الفقهية، والهيئات العلمية بهذا الشأن قرر:

(١) أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كثير مفسد للعقد، ولهذا فهو حرام شرعاً.

(٢) أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني، القائم على أساس التبرع والتعاون، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني.

(٣) دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني، وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال، ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة.

ولقد تمت إجازة التعامل بالتأمين التعاوني شريطة ان تخضع لهذه الشروط ليكون عقداً إسلامياً خالياً من المخالفات الشرعية يتيح لأفراد مجتمعنا المسلم التمتع بخدمات عقد التكافل الإسلامي والذي في اعتقادنا أن أهم مبادئه تتمثل فيما يلي :-

أولاً: التأمين:

أول شركة تأمين تعمل على الأساس التعاوني الإسلامي هي شركة التأمين الإسلامية في السودان، وهي أول شركة تأمين تعاونية إسلامية في العالم - أنشأها بنك فيصل الإسلامي السوداني بناء على فتوى هيئة رقابته الشرعية التي كان يرأسها بروفيسور الضرير، كانت تلك الفتوى سنة ١٩٧٧م وقد جاء فيها: ترى الهيئة أن التأمين التجاري غير جائز شرعاً وهذا هو رأي أكثر الفقهاء الذين بحثوا هذا الموضوع ولكن هؤلاء الفقهاء المانعين قد اختلفوا في علة المنع، وجملة العلة هي الغرر، الربا، والقمار، فمن الفقهاء من يرى أن جميع هذه المحظورات موجودة في التأمين التجاري ومنهم من يرى وجود بعضها فقط، وترى الهيئة ان المنع من جواز التأمين التجاري هو الغرر، وهذا هو المحذور المتفق على تحققه في عقد التأمين التجاري عند القائلين بالمنع. وأصل المنع من عقود الغرر ورد في حديث صحيح رواه الثقات عن جمع من الصحابة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر، وقد وضع الفقهاء المجتهدون شروطاً للغرر المفسد للعقد، أكثرها متفق فيه، وبعضها مختلف عليه، وترى الهيئة أن الشروط التي يجب أن تتوافر في الغرر ليكون مؤثراً ومفسداً للعقد هي:

(١) أن يكون الغرر في عقد من عقود المعاوضات المالية.

(٢) أن يكون كثيراً.

(٣) أن يكون في المعقود عليه أصالة.

(٤) إلا تدعو إلى العقد حاجة.

وهذه الشروط متفق عليها بين المذاهب الأربعة ما عدا الشرط الأول، فهو مأخوذ من مذهب المالكية، أما المذاهب الثلاثة فلا توافق على هذا الشرط، لأن الغرر عندهم يؤثر في عقود التبرعات أيضاً.

وترى الهيئة أن ثلاثة الشروط الأولى متحققة في عقد التأمين التجاري، فهو عقد معاوضة مالية، والغرر فيه كثير، وفي المعقود عليه أصالة، أما الشرط الرابع فغير متحقق فيه لأن الناس في جميع البلاد في حاجة إلى الخدمات التي تقدمها هذه الشركات وقد تعامل كثير منهم معها تلبية لهذه الحاجة.

والحاجة إلى العقد هي أن يصل الناس إلى حالة بحيث إن لم يباشروا ذلك العقد يكونون في جهد ومشقة، لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعاً.

ويشترط في الحاجة التي تجعل الغرر غير مؤثر في العقد شرطان:

(١) أن تكون الحاجة عامة أو خاصة - فالحاجة العامة هي ما يكون الاحتياج فيها شاملاً لجميع الناس - والحاجة الخاصة هي ما يكون فيها الاحتياج خاصاً بطائفة من الناس كأهل بلد، أو حرفة.

(٢) أن تكون متعينة - ومعنى تعينها أن تتسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلى الغرض سوى ذلك العقد الذي فيه الغرر - لأنه لو أمكن الوصول إلى الغرض عن طريق عقد آخر لا غرر فيه، أو فيه غرر مغتفر، فإن الحاجة إلى العقد الذي فيه غرر مؤثر لا تكون موجودة في الواقع.

فإذا توافر هذان الشرطان جازت مباشرة العقد الذي فيه غرر، لكن يجب أن يقتصر على القدر الذي يزيل الحاجة فقط، عملاً بالقاعدة المعروفة (الحاجة تقدر بقدرها).

ثانياً: إعادة التأمين:-

يري خبراء التأمين أن شركات التأمين لا يمكن ان تستمر في أداء خدماتها إلا إذا أعادت التأمين في شركات إعادة التأمين (حيث أن نظام التأمين عامة يسعي لتفتيت الخطر على أوسع نطاق). وقد كان من أهم المسائل التي عرضت على هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل

الإسلامي عندما شرع البنك في إنشاء شركة التأمين الإسلامية هي مسألة إعادة التأمين في شركات التأمين التجارية .

درست الهيئة هذه المسألة وأفتت بأنه يجوز لشركة التأمين أن تعيد التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجارية ، و بنت فتواها على نفس الأساس الذي أفتت بمقتضاه البنك بعدم جواز تأمين ممتلكاته لدى شركات التأمين التجارية ، وهو "وجود الحاجة المتعينة التي تجعل الغرر غير مؤثر في العقد" ، فقد اقتنعت الهيئة بأن حاجة البنك إلى التأمين على أمواله في شركات التأمين التجارية غير متعينة ، لان في إمكانه أن ينشئ شركة تأمين تعاونية إسلامية ، فأفتت بعدم الجواز ، واقتنعت الهيئة بأن الحاجة لإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجارية عندما تقوم شركة التأمين الإسلامية حاجة متعينة ، لعدم وجود شركات إعادة تأمين إسلامية ، وعدم استطاعة البنك إنشاء شركة إعادة تأمين إسلامية ، فأفتت بجواز إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجارية بالقيود التالية :-

(١) تقليل النسبة التي تدفع من الأقساط لشركات إعادة التأمين التجارية إلى أدنى حد ممكن - القدر الذي يزيل الحاجة - عملاً بالقاعدة الفقهية "الحاجة تقدر بقدرها" .

(٢) عدم تقاضى عمولة من شركة إعادة التأمين التجارية .

(٣) الأسلوب المتبع في التعامل بين شركات التأمين التجارية وشركات إعادة التأمين التجارية هو أن شركة التأمين تدفع إلى شركة إعادة التأمين مجموع الأقساط المتفق عليها ، وتدفع شركة إعادة التأمين إلى شركة التأمين عمولة إعادة التأمين بالنسب التي يتفق عليها مشاركة منها في مصروفات إدارة شركة التأمين وقد وجهت الهيئة بأن يتم التعامل مع شركات إعادة التأمين على أساس القسط الصافي .

(٤) ألا تدفع شركة التأمين الإسلامية فائدة على الاحتياطات التي تحتفظ بها : في التأمين التجاري تحتجز شركات التأمين جزءاً من الأقساط المستحقة لشركة إعادة التأمين لمقابلة الأخطار غير المنتهية ، وتدفع عنها فائدة لشركة إعادة التأمين .

(٥) عدم تدخل شركة التأمين الإسلامية في طريقة استثمار شركة إعادة التأمين أقساط التأمين المدفوعة لها ، وعدم المطالبة بنصيب في عائد استثماراتها ، وعدم المسؤولية عن الخسارة التي تتعرض لها .

(٦) أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنة ، وان ترجع شركة التأمين الإسلامية إلى هيئة الرقابة الشرعية كلما أرادت تجديد الاتفاقية مع شركات إعادة التأمين التجارية .

(٧) تحث الهيئة البنك أن يعمل منذ الآن (١٩٧٧) على إنشاء شركة إعادة تأمين تعاوني تغنيه عن التعامل مع شركات إعادة التأمين التجاري .

عقود شركات التأمين الإسلامية التكافلية:

إن مفهوم التأمين ليس إلا "تعاوناً منظماً تنظيمياً دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً لخطر واحد، حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة لبعضهم، تعاون الجميع في مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتلافون بها أضراراً جسيمة تحيق بمن نزل به الخطر منهم."

ومفهوم التكافل في اللغة مشتق من مادة كَفَلَ، وتعني العَجَزُ، أي مؤخره الشيء الذي تحميه، والعرب تقول كَفَلُ لِكِسَاءٍ يَدَارُ حَوْلَ سَنَامِ الْبَعِيرِ لِيَحْفَظَ رَاكِبَ الدَّابَّةِ مِنْ خَلْفِهِ كِي لَا يَقَعَ، والكافل تعني أيضاً: العائل، لأنه مصدر حماية لمن يعول، قال تعالى: ﴿قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا"﴾ وَكَفَلَهَا زَكَرِيَّا ﴿١﴾ وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما ﴿٢﴾. ، أي العائل لليتيم المربي له، أو الضامن نفقته؛ إذ ﴿لأن الكافل تعني أيضاً: الضامن، كما قال تعالى في وصف حال الملائكة الأبرار: ﴿أَيُّ يَضْمَنُ مَعِيشَتَهَا، وَيُقَالُ كَفَلَ الرَّجُلُ: أَيُّ ضَمَّنَهُ﴾ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ فِي دِينٍ أَوْ غَيْرِهِ. فالمشاركة بالمسؤولية والضمان أهم معاني مصطلح: تكافل. والمعاني السامية للتكافل يقررها ويدعوا إليها صريح القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة؛ ففي ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ القرآن الكريم نقرأ قوله تعالى: ﴿١﴾ ، ومن السنة النبوية المطهرة قوله صلى الله عليه وسلم: "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد : " لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه" ﴿٢﴾ ، ولا يعضه بعضاً" ﴿٣﴾ ، وقوله شك أن كل الناس يحبون لأنفسهم نعمة الأمن والأمان التي لا تتأتى إلا بالتعاون والتكافل. ومن الأحاديث النبوية الشريفة التي تدعو وتحث وتحض على التكافل، ما جاء عن أبي ﴿٤﴾ إِذَا أَرْمَلُوا ﴿٥﴾ فِي الْعَزْوِ أَوْ قَلَّ طَعَامُ : "إِنَّ الْأَشْعَرِيِّينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مُوسَى

(١) سورة آل عمران الآية ٣٧

(٢) رواه البخاري

(٣) سورة آل عمران الآية ٤٤

(٤) سورة المائدة: ٢

(٥) رواه البخاري

(٦) رواه البخاري

(٧) نسبة إلى قبيلة من اليمن -_ftn1 <http://wasatiaonline.net/admin/softs/news/data/add-data.php>

(٨) من الإرمال ، وهو فناء الطعام والزيادة ، وأصله من الرمل - التراب - كأنهم لصقوا بالرمل من شدة الفقر والقلّة

http://wasatiaonline.net/admin/softs/news/data/add-data.php -_ftn2

وَاحِدٍ فِي إِنَاءٍ اقْتَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ ثُمَّ وَاحِدٍ فِي تَوْبٍ عِنْدَهُمْ كَانَ بِالْمَدِينَةِ جَمَعُوا مَا عِيَالِهِمْ □ فَهُمْ مِنِّي وَأَنَا مِنْهُمْ □. بالسُّوِّيَّةِ

ومعنى الحديث الشريف أن الأشعريين كانوا إذا قلَّ زادهم وطعامهم سواء بالمدينة أو أثناء الغزو والسفر يجمعوا ما عندهم من طعام ويخلطونه كأنه مالٌ واحدٌ، ويجتمعوا عليه جميعهم كأنهم شخص واحد يتناولونه ويأكلون منه كل حسب حاجته، فيُعم الخير على الجميع، ويأمنوا من خطر الجوع. فهذه صورة من صور التكافل يُؤمنُ بها الأشعريون أنفسهم ضد خطر الجوع، ومن شدة رُقِيَّهَا وَسُمُوَّهَا وتماشيها مع الروح الإسلامية والفترة الإنسانية، أحبها النبي صلى الله عليه وسلم، وأحبَّ فاعليها لتعاونهم وتكافلهم وتراحمهم حتى أنه صلى الله عليه وسلم وصلهم بنفسه الشريفة فقال: "فهم مني وأنا منهم"، وكلمة "مَنْ" تفيد الاتصالية كما هو مقرر في قواعد اللغة العربية، وهذا يعني أن فعلهم من الإسلام، كما قال الإمام النووي تعليقا على قوله صلى الله عليه وسلم "فهم مني وأنا منهم": معناه المبالغة في اتحاد طريقيهما واتفاقهما في طاعة الله تعالى. وهذه الصورة من صور التكافل يُسميه العلماء النَّهْدُ، والنَّهْدُ في اللغة: المساعدة والعون، وصورته في الحديث الشريف هي: إخراج الجماعة نفقاتهم على قدر عددهم، وخلطها عند المرافقة في السفر، وقد يكون في الحضر أيضا كما قال الإمام البخاري راوي الحديث: ولم يرَ المسلمون في النَّهْدِ بأسا، بأن يأكل هذا بعضا وهذا بعضا... مُجَازَفَةٌ. ومُجَازَفَةٌ تعني: يقتسمون كلاً بقدر حاجته من دون تعيين وإن كان أكثر مما ساهم به؛ نظرا لإباحتهم طعامهم بعضهم لبعض ومواساتهم بالموجود، وهو محض التعاون والتكافل.

المبادئ والأسس التي أقرها وبينها هذا الحديث الشريف:

- التكافل الإنساني الذي لا يسعى إلى تحقيق ربح.
- يساهم الأفراد المشتركون كلُّ بحسب استطاعته، فما يساهم به فرد يختلف كماً ومقداراً عما يأتي به غيره.
- يخلطون ما يجمعونه خلطاً يزيل التمييز.
- عند الحاجة يأخذ كل فرد من المشتركين ما يكفي.

وهذه المبادئ التي تعكس فطرة بشرية سليمة هي الأساس الذي قام عليه نظام شركات التأمين التكافلي (الإسلامي)، الذي يهدف إلى تكافل مجموعة من الناس لمواجهة أخطار محتملة، وتوزيع ما يترتب عليها من أضرار عند وقوعها على مجموعهم بدلا من أن تبقى على عاتق المتضرر بمفرده، مما يُخفف من حدة المخاطر ويحد من آثارها

(1) رواه البخاري ومسلم

السلبية والتي غالباً ما تكون أكبر من أن تستوعبها إمكانية الفرد. فالتكافل هو تفاعل يتضمن قيام كفالة متبادلة بين مجموعة من الأفراد (أو المؤسسات والشركات) في العسر واليسر، على تحقيق مصلحة، أو دفع مضرة، وفي حال التكافل لا يكون لأحد فضل على الآخر، ذلك أن العبء موزع على الجميع كلاً بحسب استطاعته، كما أن الفائدة منه عائدة على جميعهم كلاً بمقدار حاجته؛ لذا فإن أساس العملية التأمينية بحسب نظام التأمين التكافلي تختلف اختلافاً جذرياً عن التأمين التجاري.

بناء عليه فيمكن تعريف التأمين الإسلامي التَّكافُليُّ بأنه : "عقد تأمين جماعي يلتزم بموجبه كل مشترك فيه بدفع مبلغ معين من المال على سبيل التبرع، لتعويض المتضررين منهم على أساس التكافل يدار من قبل شركة متخصصة على أساس الوكالة بأجر معلوم".

فموضوع العقد هو التزام جميع المستأمنين بتحمل تبعه الخطر الذي يحلُّ بأي منهم ودفع ما يقتضيه ذلك من الأقساط على أساس التبرع، فهو تعاقُد يقوم على أساس التضامن والتكافل على توزيع الأخطار وترميم آثارها. فهناك طرفان هما المؤمن (الشركة) والمؤمن له (المشركين) ولقد تم اعتماد التأمين التكافلي من قبل عدد من العلماء وقرارات مجامع الفقه والسبب في اعتمادهم هو طبيعة العقد الكامنة وراءه والذي ينبني على أن الشركة في التأمين الإسلامي ليس ركناً ولا عاقداً ملتزماً على أساس الأصالة وإنما هي وكيل عن حساب التأمين بحكم النظام الأساسي وأُسست الشركة للقيام وكالةً بإدارة وتنظيم عمليات التأمين وذلك مقابل أجر أو بدون أجر أما الشركة في التأمين التجاري فهو العاقد الأساسي والملتزمة بدفع التعويض للمؤمن لهم.

لذا يقوم التأمين الإسلامي على ثلاثة عقود هي:-

- (١) عقد ينظم العلاقة بين الشركة (المؤمن) والمشركين (المستأمنين) - حساب التأمين على أساس الوكالة بأجر أو بدون أجر.
- (٢) عقد ينظم العلاقة بين الشركة (المساهمين) وبين الأموال المتجمعة في حساب التأمين (حملة الوثائق) - رب المال على أساس المضاربة
- (٣) عقد ينظم العلاقة بين المستأمنين وحساب التأمين على أساس التبرع.

الأسس التي تقوم عليها شركات التأمين التكافلي

هي: الوكالة (بأجر أو بدون أجر)، المضاربة والتبرع والوقف : وفيما يلي شرح الأسس المطبقة لتأصيل التأمين التكافلي:

عقد الوكالة:-

عقد جائز ومشروع وهي من الصيغ الشرعية الإسلامية في المعاملات وتعني التفويض ، قال تعالى : ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾^(١) والحفظ كما جاء في قوله تعالى : ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾^(٢). وهي تفويض شخصٍ غيره للقيام بتصرف معين نيابةً عنه شريطة أن يكون التصرف جائز فعله.

مشروعيته مستمدة من الكتاب والسنة قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾^(٣) ، وأيضاً في قوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ بَعَثْنَا لَهُمْ لِيَتَسَاءَلُوا بَيْنَهُمْ قَالَ قَائِلٌ مِنْهُمْ كَمْ لَبِئْتُمْ قَالُوا لَبِئْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِئْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾^(٤) ، ومن السنة حديث عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال: يا عروة "أتت الجلب فاشترت لنا شاة قال: فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجعلت أسوقها أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت: يا رسول الله: هذا ديناركم ، وهذه شاتكم قال: وصنعت كيف؟ قال فحدثته الحديث فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه^(٥).

حكمه: جائز ومباحة وأركانها:

- (١) الموكل: وهو الذي يستعين بغيره ليقوم مقامه في أمور معينة يشترط أن تكون قابلة للنيابة شرعاً
- (٢) الموكل فيه: أن يكون مملوكاً للموكل أو له ولاية التصرف فيه وأن يكون معلوماً
- (٣) الوكيل: أن يكون كامل الأهلية.

(١) سورة الأنفال الآية ٦١

(٢) سورة آل عمران الآية ١٧٣

(٣) سورة النساء الآية ٣٥

(٤) سورة الكهف الآية ١٩

(٥) المغني ٢٠١/٥

وتكون صيغة الوكالة والإجارة في إدارة مخاطر محفظة أقساط التأمين عن طريق قيام المؤسسين بإدارة المخاطر مقابل أجره يأخذونها من هذه الأقساط ويمكن أن تكون هذه الأجرة مبلغاً محدداً كالعشر أو نصف العشر... الخ وأن تكون الأجرة جزءاً مشاعاً من الأقساط. فعقد الوكالة وإن كان عقداً غير ملزم لكنه قد يتحول إلى عقد ملزم في هذه الحالة لأنه ينظم العلاقة بين الشركة والمشاركين (حساب التأمين) لا يجوز فسخه متى شاء أحد طرفيه لأن الوكالة تتعلق بحقوق الغير وبذلك يصبح عقداً ملزماً ليس بذاته وإنما لتعلقه بحقوق الغير.

عقد المضاربة:

معنى المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ، والمضاربة عند الفقهاء هي أن يدفع المالك (رب المال) إلى العامل (المضارب) مالا ليتجر به على أن يكون الربح بينهما بالنسبة التي يتفقان عليها ^(١) أما الخسارة فهي على رب المال وحده ولا يتحمل المضارب من الخسارة شيئاً أما إذا كانت الخسارة نتيجة لتقصير أو إهمال أو تعدد أو مخالفة لأحكام المضاربة من جانب المضارب في هذه الحالة يضمن الخسارة كما لديه اسم آخر فهو القراض مشتقة من القرض وهو القطع إذ يقطع رب المال جزء من ماله فيعطه للمضارب ليتجر فيه كذلك يقطع له من ربحه جزءاً نظير عمله ويتساوى المضارب ورب المال في الربح.

ومشروعيته: مستمدة من القرآن الكريم والسنة والإجماع والقياس إذ جاء في القرآن الكريم قال تعالى: ﴿ إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَىٰ مِن ثُلُثِي اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثُهُ وَطَائِفَةٌ مِّنَ الَّذِينَ مَعَكَ وَاللَّهُ يُقَدِّرُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ عَلِمَ أَن لَّنْ نَّحْصُوهُ فَتَابَ عَلَيْكُمْ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ عَلِمَ أَن سَيَكُونُ مِنكُم مَّرْضَىٰ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ وَآخَرُونَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا وَمَا تُقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ مِن خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرًا وَأَعْظَمَ أَجْرًا وَاسْتَغْفِرُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ ^(٢) وأيضاً في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ ^(٣) كذلك في السنة عن صهيب رضي الله عنه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ثلاثة فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة وخلق البر بالشعير للبيت لا للبيع ^(٤).

(١) نفس المصدر السابق

(٢) سورة المزمل الآية ٢٠

(٣) سورة الجمعة الآية ١٠

(٤) أخرجه ابن ماجه في باب الشركة والمضاربة

فحكم مشروعيتها هي أحدي صيغ التمويل الإسلامية التي تحقق تنمية المال. فهي من العقود الجائزة. وينظم العلاقة بين الشركة وحساب التأمين لاستثمار أمواله.

أركانه:-

للمضاربة ثلاثة أركان هي:

- (١) العاقدان وهما صاحب المال والمضارب : العامل ويشترط أهلية الوكالة والتوكيل لأن المالك موكل المضارب والمضارب هو الوكيل.
- (٢) رأس المال : ويجب أن يكون نقداً لا عروض ولا سلعة ، أن يكون معلوم المقدار وأن يكون معيناً لا دينياً في ذمة المضارب وأن يكون رأس المال مسلماً للمضارب.
- (٣) الربح في المضاربة: ويشترط أن يكون معلوم المقدار وأن يكون جزءاً مشاعاً كسهم أو نسبة (ثلث أو نصف ٤٠٪ أو ٥٠٪..... الخ)

وهي نوعان:

- (١) المضاربة المطلقة وهي التي لا يشترط فيها رب المال شرطاً يقيد به المضارب من التصرف في مال المضاربة.
- (٢) المضاربة المقيدة: وهي التي يقيد فيها رب المال المضارب عن عدم الاتجار في أصناف معينة من التجارة.

وتنتهي شركة المضاربة بتحقيق أي حالة من الحالات الآتية:

بانتهاء شروط الأهلية لأحد المتعاقدين كالجنون مثلاً ، أو بموت أحدهما بالفسخ ، أو الارتداد عن الإسلام ، أو هلاك رأس المال.

المقصود بالتأسيس على المضاربة

هو تطبيق المضاربة في استثمار موجودات التأمين فهو محل اتفاق لدى جميع شركات التكافل (جنباً إلى جنب مع الصيغة الاستثمارية الأخرى وهي الوكالة بالاستثمار بأجرة محددة) .

المضاربة كصيغة معاملة جديدة في التجربة السودانية:

كما هو معلوم فإن الدور المحدود لرأس المال في شركات التأمين التعاونية وضعف عائد حملة الأسهم في أرباح رأس المال أدى إلى إحجام الاستثمار في مجال التأمين التعاوني إذ لا تتيح الصيغة المعتمدة حالياً لحملة الأسهم الاستفادة من الفوائض المحققة والتي تعود بكاملها لحملة الوثائق.

تعريف الصيغة الجديدة

أنها تتيح لشركات التأمين التعاوني استثمار أموال حملة الوثائق والاحتياطات المتوفرة عن طريق المضاربة ، ووفقا لذلك يكون أصحاب رأس المال مضاربين وتتاح لهم إمكانية استثمار أموال حملة الوثائق على أن ينالهم نصيب من عوائد هذه الاستثمارات أملا في أن تكون شركات التأمين التعاوني جاذبة للمستثمرين وان تحفز الصيغة الجديدة حملة الأسهم في زيادة رؤوس أموالهم وإنشاء شركات جديدة ويترتب على الصيغة الجديدة توزيع الأرباح على النحو التالي:-

(١) ٥٠ ٪ لحملة الوثائق باعتبارهم ملاك الشركة (أرباب المال).

(٢) ٥٠ ٪ لحملة الاسهم باعتبارهم مضاربين .

نص الفتوى الصادرة عن هيئة الرقابة الشرعية بشركة شيكان للتأمين وإعادة التأمين (السودان) بشأن صيغة المضاربة:

" لا مانع شرعا من أن يتولي المساهمون بعض أموال شركة التأمين الإسلامية كمضارب وفي هذه الحالة لا بد أن ينشئ المساهمون إدارة منفصلة للاستثمار يعينون مستخدميها ويوفرون لهم المعينات اللازمة من مكاتب وعربات وأجهزة وخلافها على أن تتولي شركة التأمين تحويل ما يتوافر من احتياطات ورأس مال وما يمكن أن يجنب من أقساط التأمين المدفوعة لهذه الإدارة . ولإدارة الاستثمار أن تتقاضي نسبة كبيرة نسبيا كمضارب يحددها مجلس إدارة الشركة ، على أن يتحمل أصحاب رأس المال ضمان كل خسارة تقع بسبب تقصير أو تعد من قبل إدارة الاستثمار ، على أن يكون مفهوما أن المضاربة في هذه الحالة تكون مضاربة مطلقة } .

الفوائد المرجوة من تطبيق صيغة المضاربة:

(١) أن تصبح صناعة التأمين التكافلي أكثر جاذبية لرؤوس الأموال.

(٢) تشجيع حملة الأسهم على زيادة رأسمال الشركات.

(٣) زيادة حجم رأس المال يساهم في تقوية المراكز المالية للشركات ويزيد من

ثقة المتعاملين مع هذه الشركات.

يؤمل أن تكون هذه الصيغة الجديدة حلاً للشركات لجذب المستثمرين والعمل على تقوية الشركات من حيث مراكزها المالية وطاقاتها الاستيعابية الأمر الذي سيمكنها مستقبلا من زيادة احتفاظها بالأقساط بدرجة كبيرة والتقليل من الاعتماد على معيد التأمين التجاري وهذا من أهم الأهداف التي ينشدها نظام التأمين التعاوني. وبعد إجازة هيئة الرقابة الشرعية بشركة شيكان للتأمين الصيغة الجديدة وبدأ العمل

قي تطبيقها فان العوائد التي تحققت لحملة الأسهم في عام واحد فاقت العوائد التي تحققت خلال العشر سنوات الماضية. والجدير بالذكر أن عدداً من شركات التأمين العاملة في السوق السوداني كانت قد استفادت من فتوى هيئة الرقابة الشرعية بشركة شيكان للتأمين حيث قامت بتطبيق الصيغة الجديدة مثل شركة التأمينات المتحدة وشركة التأمين الإسلامية وشركة جوبا وشركة الشرق الأوسط...الخ.

وقد نهجت معظم (أو جميع) شركات التكافل الماليزية على أن العلاقة بين الشركة المرخص لها بمزاولة التأمين وبين المشتركين وحملة الوثائق، هي المضاربة، واعتبر ذلك التكييف مسوّغاً لحصول الشركة على نسبة من الفائض التأميني⁽¹⁾. ولا يخفى أن المضاربة لا محل لها في القيام بأعمال التأمين، لأنها خدمات تستتبع مصروفات، وليست تصرفات محققة للربح لمن تقدم إليه بل هي إجراءات القبض للاشتراكات والصرف على التعويضات وهي أعمال محددة تلائم الوكالة، وأجرة الوكالة يجب أن تكون معلومة وذلك بنسبتها لمبلغ معلوم وهو الأقساط، وليس الفائض لأنه مجهول في البداية. ثم إن إعطاء جزء من الفائض على أنه حصة المضارب من الربح غير مستقيم، لأن الفائض هو رأس المال، وليس ربحاً والمضارب لا يأخذ من رأس المال الذي تجب وقايته وسلامته للاعتراف بوجود ربح زائد عنه قابل للاقتسام بين المضارب وأرباب المال. وقد قامت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - عند إعداد عدد من المعايير المحاسبية المتعلقة بالتأمين - بالسعي إلى التوفيق بين شركات التكافل جميعها وتم عقد عدة اجتماعات تمخضت عن إيجاد مستند مقبول لما يخص الفائض للشركة، وهو أن تقوم الشركة بإدارة أعمال التأمين مجاناً بدون مقابل، مع وعدها بحوافز تعطى إليها عن أداء عملها عند وجود فائض من الاشتراكات. وقد رحبت الشركات الماليزية بهذا التصحيح فأصبح التأسيس على عقد المضاربة مقتصرًا على أعمال الاستثمار أما أعمال التأمين فهي لدى جميع الشركات قائمة على أساس عقد الإدارة لكن أما أن يكون بمقابل معلوم يحدد منذ البداية أو تتم عملية الإدارة أعمال بدون مقابل مع الالتزام بمنح حافز من الفائض في حال وجوده. ومما سبق يتبين أن جميع الأسس المشار إليها سابقاً تحقق الحفاظ فيها على أساس التبرع سواء كان تبرعاً محضاً، أو التزاماً بالتبرع، أو تبرعاً على الوقف بعد إبرام عقد الوقف وبهذا تختلف كلياً عن شركات التأمين التقليدي.

(1) بعض الاتجاهات جعلت الجزء المخصص من الفائض للشركة تبرعاً من حملة الوثائق وهو تبرع في غير محله .

عقد التبرع:

كَيْفَ الفقهاء بالمجمع الفقهي الإسلامي في التأمين التعاوني على أساس التبرع، والذي يقصد به تفتيت الأخطار وتحمل المسؤوليات عند حدوث المخاطر عن طريق المساهمة للمتضرر من أموال المتبرعين (حملة الوثائق) فمجموعة التأمين التعاوني لا يهدفون إلى ربح من أموالهم بل تعاون ويعتبر المشترك في نظام التأمين التعاوني الإسلامي متبرعاً بكل أو بجزء من الأقساط التي يدفعها إلى صندوق أو صناديق التأمين وذلك على حسب احتياج الصندوق أو تلك الصناديق، هذا التبرع هو دلالة على التعاون فيما بين المشتركين قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُلْجُوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ وَلَا آمِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامِ يَبْتَغُونَ فَضْلاً مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَاناً وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَنْ تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾^(١) وفي ذلك تزكية لروح التواد والتراحم والتكافل فيما بينهم وذلك في حالة نزول أي مصيبة أو جائحة بأي منهم فهم يتكافلون مع من نزلت به المصيبة أو الجائحة فيعملون على تخفيف أو إزالة أثرها تماماً كما في الدية وما شابه ذلك.

عقد التأمين التكافلي هو عقد تبرع بين مجموعة من المشتركين يلتقون من خلال نظام الشركة التكافلي على تعويض المشترك عن الأضرار الفعلية التي تتجم عن وقوع الخطر المؤمن عليه فيدخل ضمن ما يسميه الفقهاء: عقود التبرعات، وعقود التبرعات لا يُفسدها الغرر كما هو الحال في عقود المعاوضات.

تعريف التبرع:-

عرّف الفقهاء التبرع بأنه تملك من غير عوض؛ فعملية البيع والشراء مثلاً لا يمكن تصنيفها على أنها تبرع؛ لأنها استبدال سلعة ما بعوض نقدي؛ فهي معاوضة، وكذا عقد التأمين التجاري معاوضة بين قسط التأمين الذي يدفعه المؤمن له، وبين مبلغ التأمين الذي تدفعه شركة التأمين عند تحقق الخطر المؤمن ضده، فالتبرع هو بذل المكلف مالا أو منفعةً لغيره في الحال أو المال بلا عوض بقصد البر والمعروف غالباً.

لا غرر مُفسد للعقد ولا مُقامرة لأن التبرع تملك من غير عوض، وأساس عقود التبرعات قائم على الرفق والتعاون بين الأطراف المتكافلة فيما بينها، وعليه فلا تنطوي عقود التبرعات على الغرر المُفسد للعقد ولا على الربا ولا على الميسر والقمار التي تنطوي عليها عقود المعاوضات المعمول بها في شركات التأمين التجاري، بل إن وجد شيئاً من الجهالة،

(١) سورة المائدة الآية ٢

وهي عدم معرفة المتبرع في نظام التأمين التكافلي كم سيعود عليه جرّاء تبرعه، سواء من تعويض عند وقوع الخطر، أو من الفائض التأميني في نهاية السنة المالية، هذه الجهالة معفو عنها لأن المقام مقام تبرع لا معاوضة، حتى وإن أخذ تعويضاً عن حادث ألمّ به وكانت قيمته أكثر مما دفع فهذا جائز، ولا يُعدّ أكلاً لأموال الناس بالباطل؛ لأنه عقد تبرع وإحسان.

فليس في التأمين التكافلي القائم على العقد التبرع مصالح متضاربة كما هو الحال في التأمين التجاري، حيث تتضارب مصلحة المؤمن والمؤمن له، فإذا تحقق الخطر وحصل الطرف الثاني على تعويض ضرراً بالطرف الأول، والعكس في حال عدم وقوع خطر يستفيد الطرف الأول من كامل الأقساط التي دفعها الطرف الثاني.

نظام التأمين التكافلي المشترك متبرع، فينتفع من تبرعه بأن يعود عليه في الأغلب أكثر مما تبرع به لأن المتبرع إذا تبرع لجماعة وصفت بصفة معينة فإنه يدخل في الاستحقاق مع هذه الجماعة إذا توفرت فيه هذه الصفة، كمن تبرع لطلبة علم فإنه يستحق نصيباً في هذا التبرع إذا انضم إليهم في طلب العلم، وكذلك من أوقف وقفاً ما على فقراء ثم افتقر واحتاج فإنه يأخذ من هذا الوقف، فما يُسمى ب: تبادل الاشتراكات في نظام التأمين التكافلي لا يُعارض مبدأ التبرع. فكل مشترك في نظام التأمين الإسلامي مُتبرِعٌ ومُتبرِعٌ له في نفس الوقت، يعني اتحاد صفة المؤمن والمؤمن له في كل مشترك.

التأمين التكافلي لا يهدف إلى تحقيق الربح؛ فهذا لا يعني أن من يتولى إدارة أموال صندوق هيئة المشتركين (أي الشركة) لا يسعى إلى تحقيق الربح؛ فهو شأنه شأن أي مدير لصندوق مالي، يتولى إدارة صندوق اشتراكات التأمين انطلاقاً من أسس ومبادئ الإدارة المالية السليمة والمتوافقة مع الضوابط والأحكام الشرعية بهدف تحقيق ربح يضمه إلى أموال المساهمين الذين تكبدوا مصاريف تأسيس الشركة من أموالهم الخاصة بغية تحقيق أرباحاً مستقبلية. فالتأمين التكافلي لا يهدف إلى تحقيق ربح، فهذا يعني أن صندوق هيئة المشتركين (حملة وثائق التأمين) الذين تبرعوا بأموالهم بغية ترميم الآثار السلبية للمخاطر التي تصيبهم من مجموع هذه الأموال. والتكليف الشائع للتأمين التكافلي الذي اختاره جمع من العلماء المعاصرين هو أن حامل الوثيقة يلزم نفسه بالتبرع لمجموعة المستأمنين المالكين لمحفظة التأمين. أما ما يحصل عليه المستأمن المتضرر فهو أيضاً التزام بالتبرع من محفظة التأمين وهو التزام معلق على وقوع الضرر المؤمن منه وتحقق الشروط وانتفاء الاستثناءات والملتزم له هو المستأمن المتضرر.

تُنشأ محفظة للتأمين ويطلب من طالبي التأمين (المستأمنين) أن يتبرعوا بأقساط التأمين لهذه المحفظة حسب اللوائح والأنظمة التي يتم إعلانها من قبل الشركة. وإن هذه المحفظة هي التي تقوم بدفع التعويضات إلى المستأمنين حسب الشروط المعلنة في تلك اللوائح.

الشركة لا تملك محفظة التأمين وإن دورها بالنسبة لإدارة المحفظة ينحصر في إنشاء حساب مستقل لأموالها وعوائدها، ومصاريفها والتعويضات المدفوعة منها، وفوائدها. ويكون هذا الحساب منفصلاً عن حساب الشركة فصلاً كاملاً. ويجوز للشركة أن تتقاضى أجرة من المحفظة مقابل هذه الخدمات. ولكن بعض الشركات تؤدي هذه الخدمات بدون عوض.

إن الشركة تقوم باستثمار أموال المحفظة على أساس المضاربة الشرعية، تكون هي فيها مضاربة، وتكون المحفظة رب المال. وتضخ الشركة في وعاء المضاربة جزءاً من رأس مالها أيضاً، فتستحق ربحها مضافاً إلى ما تستحقه بصفة المضارب. إن محفظة التأمين تتزايد مبالغها بتزايد المستأمنين، وبالعوائد التي تكسبها من استثمار أموالها على أساس المضاربة مع الشركة. فإن بقي شيء بعد دفع التعويضات إلى المستأمنين حسب الشروط، وهو الذي يسمى الفائض التأميني، فإن جزءاً منه توزعه الشركة على المستأمنين حسب اللوائح المنظمة لذلك.

صيغة الوقف:-

معناها هو الحبس وتخصيصها في أوجه البر وهو إخراج شئ من الملك وجعله ملكاً لله عز وجل موقوفاً في وجه الخير.

مشروعيته مستمدة من الكتاب قال تعالى: ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ ﴾^(١) ومن السنة كما جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: إذا مات ابن آدم إنقطع عمله إلا من ثالث: صدقة جارية وعلم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له^(٢) - فالصدقة الجارية هي التي يسميها الفقهاء وقفاً.

أركان الوقف:-

(١) الواقف وهو الشخص الذي يوقف الصدقة أو أعمال الخير ويحبسه لوجه الله

تعالى

(٢) الموقوف عليه: وهو المنتفع من الوقف

(٣) الموقوف: وهو موضوع الوقف - عقار... الخ

أنواعه:-

(١) الوقف الخيري: ما يقفه الواقف لأعمال الخير لكافة الناس وهي عامة.

(٢) الوقف الذري: وهو للأهل والأقارب

(١) سورة آل عمران الآية ٩٢

(٢) رواه البخاري

محل الوقف:

هو العقار والمنقول ووقف المشاع - وقف العين المؤجرة - وقف المرهون

وشروطه:

أن يكون كامل الأهلية وان يكون منجزاً - وعدم الأقتران بشرط باطل - تعيين الجهة أو المصرف.

إقامة التأمين التكافلي على أساس الوقف:-

يعتمد هذا التأسيس للتأمين على الوقف عدة قضايا تتعلق بأحكام الوقف منها:

- (أ) وقف النقود، طبقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز وقفها وأنها تدفع مضاربة ويصرف الربح الحاصل منها إلى الموقوف عليهم حسب شروط الوقف وممن نقل عنه ذلك الإمام الزهري، ومحمد بن عبد الله الأنصاري تلميذ زفر صاحب أبي حنيفة . كما أنها يمكن وقفها للإقراض^(١)
- (ب) انتفاع الواقف بوقفه أن كان الوقف عاماً، أو اشترط لنفسه الانتفاع مع الآخرين . واستدلوا لذلك بوقف عثمان رضي الله عنه بئر رومه مع جعل دلوه كدلاء المسلمين^(٢) .
- (ج) ما يتبرع به للوقف لا يكون وقفاً، بل هو مملوك للوقف يصرف للموقوف عليهم، ولمصالح الوقف^(٣) .
- (د) لا بد في الوقف أن يكون لجهة لا تتقطع . باتفاق الفقهاء^(٤) .

وتطبق صيغة الوقف على التكافل^(٥) على أساس هذه المبادئ، وذلك بإنشاء صندوق التأمين على أساس الوقف بالشكل الآتي:

- (١) تنشئ شركة التأمين الإسلامي صندوقاً للوقف وتعزل جزءاً معلوماً من رأس مالها يكون وقفاً على المتضررين من المشتركين في الصندوق حسب لوائح الصندوق، وعلى الجهات الخيرية في النهاية . ويكون ذلك من باب وقف النقود الذي مرّ كونه مشروعاً فيبقى هذا الجزء المعلوم من النقود مستثمراً بالمضاربة، وتدخل الأرباح في الصندوق لأغراض الوقف.

(١) فتح القدير ١٩/٦ ومواهب الجليل ٢١/٦ والإنصاف للمر داوي ١١/٧ نقلاً عن بحث الشيخ محمد تقي العثماني المقدم إلى ندوة البركة السادسة والعشرين
(٢) أخرجه النسائي والترمذي - والفتاوى الهندية ٣٩٨/٢ والمغني لابن قدامة ١٩٣/٦ .
(٣) الأستاذ الدكتور عبد الستار أبوغدة بحث أسس التأمين التكافلي - المؤتمر الثاني للمصارف الإسلامية ٢٠٠٧ بدمشق - الفتاوى الهندية ٤٦٠/٢ والخانية ٢٩١/٣ .
(٤) المرجع السابق نفسه - المغني لابن قدامة ٢١٤/٦ .
(٥) المرجع السابق نفسه.

- (٢) إن صندوق الوقف لا يملكه أحد ، وتكون له شخصية معنوية يتمكن بها من أن يملك الأموال ويستثمرها ويملكها حسب اللوائح المنظمة لذلك
- (٣) إن الراغبين في التأمين يشتركون في عضوية الصندوق بالتبرع إليه حسب اللوائح .
- (٤) ما يتبرع به المشتركون يخرج من ملكهم ويدخل في ملك الصندوق الوقفي، وبما أنه ليس وقفاً ، وإنما هو مملوك للوقف كما في المبدأ الثالث من مبادئ الوقف، فلا يجب الاحتفاظ بمبالغ التبرع كما يجب في النقود الموقوفة، وإنما تستثمر لصالح الصندوق، وتصرف مع أرباحها لدفع التعويضات وأغراض الوقف الأخرى
- (٥) تنص لائحة الصندوق على شروط استحقاق المشتركين للتعويضات، ومبالغ التبرع التي يتم بها الاشتراك في كل نوع من أنواع التأمين ويجوز أن يتم تعيين ذلك على الحساب الاكتواري المعمول به في شركات التأمين التقليدية.
- (٦) ما يحصل عليه المشتركون من التعويضات ليس عوضاً عما تبرعوا به، وإنما هو عطاء مستقل من صندوق الوقف لدخولهم في جملة الموقوف عليهم حسب شروط الوقف، كما سبق أن الواقف يجوز له الانتفاع بوقفه إن كان داخلاً في جملة الموقوف عليهم، وهذا الانتفاع ليس عوضاً عن الوقف الذي تقدم به.
- (٧) حيث إن الصندوق الوقفي مالك لجميع أمواله بما فيه أرباح النقود الوقفية والتبرعات التي قدمها المشتركون مع ما كسبت من الأرباح بالاستثمار، فإن للصندوق التصرف المطلق في هذه الأموال حسب الشروط المنصوص عليها في لوائحه . فللصندوق أن يشترط على نفسه بما شاء بشأن ما يسمى الفائض التأميني فيجوز أن يمسكه في الصندوق كاحتياطي لما قد يحدث من النقص في السنوات المقبلة، ويجوز أن يشترط على نفسه في اللوائح أن يوزعه كله أو جزءاً منه على المشتركين وربما يستحسن أن يقسم الفائض إلى ثلاثة أقسام : قسم يحتفظ به كاحتياطي، وقسم يوزع على المشتركين لتجلية الفرق الملموس بينه وبين التأمين التقليدي بشكل واضح لدى عامة الناس، وقسم يصرف في وجوه الخير لإبراز الصفة الوقفية للصندوق كل سنة . وهذا ما اختاره صندوق التأمين لشركة التكافل في جنوب أفريقيا التي طبقت صيغة الوقف في عمليات التأمين.
- (٨) يجب أن ينص في شروط الوقف أنه إذا صفى الصندوق فإن المبالغ الباقية فيه بعد تسديد ما عليه من التزامات تصرف إلى وجه غير منقطع من وجوه البر، وذلك عملاً بالمبدأ الرابع من مبادئ الوقف التي مهدنا له فيما سبق.

(٩) إن شركة التأمين التي تنشئ الوقف تقوم بإدارة الصندوق واستثمار أمواله .

أما إدارة الصندوق فإنما تقوم الشركة به كمتولٍ للوقف، فتجمع بهذه الصفة التبرعات وتدفع التعويضات وتتصرف في الفائض حسب شروط الوقف، وتفصل حسابات الصندوق من حساب الشركة فصلاً تاماً، وتستحق لقاء هذه الخدمات أجره.

وأما استثمار أموال الصندوق، فيمكن أن تقوم الشركة به كوكيل للاستثمار فتستحق بذلك أجره، أو تعمل فيها كمضارب، فتستحق بذلك جزءاً مشاعاً من الأرباح الحاصلة بالاستثمار.

والظاهر أنه لا مانع من كونها متولية للوقف ومضاربة في أموالها في وقت واحد بشرط أن تكون المضاربة بعقد منفصل وبنسبة من الربح تنقص ولو قليلاً عن نسبة ربح المضارب في السوق بما يزيد على أجره المثل^(١) فيمكن أن تقاس عليه المضاربة وإن لم يرد في كلام الفقهاء بصراحة ولئن كان هناك شك في جمع الشركة بين تولية الوقف وبين المضاربة، فيمكن أن يكون أحد مديري الشركة أو أحد موظفيها متولياً للوقف بصفته الشخصية، ويستأجر الشركة لإدارة الصندوق بأجر، ويدفع إليها الأموال للاستثمار على أساس المضاربة.

وعلى هذا الأساس يمكن أن تكسب الشركة عوائد من ثلاث جهات : أولاً باستثمار رأس مالها، وثانياً بأجره إدارة الصندوق، وثالثاً بنسبة من ربح المضاربة.

هذه بالإجمال أسس لتطوير التكافل باستخدام صيغة الوقف. وإن هذه الصيغة طبقتها شركة تكافل جنوب إفريقيا بنجاح إن هذه الشركة أنشأت صندوقاً وقفياً بمبلغ خمسة آلاف راند (العملة الرائجة في تلك البلاد) والصندوق له وجود قانوني مستقل لا تملكه الشركة ولا المشتركين، وإن المشتركين يتقدمون إليه بالتبرعات. ومن شروط هذا الوقف أنه يعرض أضرار المشتركين حسب لوائحه وإن الشركة المنشئة للوقف تأخذ ١٠٪ من التبرعات نظير إدارتها للصندوق . وإذا وقع نقص في الصندوق بحيث إن المبالغ الموجودة فيه لم تكف للتعويضات، فإن الشركة تقدم قرضاً بلا فائدة إلى الصندوق الذي يسدد القرض بالفائض في المستقبل . أما إذا حصل الفائض فإن ١٠٪ منه يدفع إلى وجوه البرو ٧٥ يوزع على المشتركين، والباقي يحتفظ به في الصندوق على أساس كونه احتياطياً وهناك شركات في سبيل الإنشاء في باكستان، على أساس صيغة الوقف.

(١) المرجع السابق نفسه - وهي الفتاوى الهندية، ٤٢١/٢ .

خلاصة الوقف:

يوقف مال لرأس مال الشركة . تتقاضى الشركة مصاريف الادارة الفعلية. الفائض يذهب لحملة الوثائق وزيادة الوقف.

دراسة تقويمية لشركات التأمين الإسلامية:

إيكم الدراسة التقويمية للمؤسسات التطبيقية للاقتصاد الإسلامي (شركات التأمين الإسلامية) حيث إن أي مشروع يبدأ بفكرة ثم تتطور رويداً رويداً حتى تبلغ غايتها المنشودة وهكذا الأمر بالنسبة للتأمين التعاوني الإسلامي الذي عرف بالتكافل فأقيمت مؤسسات اقتصادية إسلامية حيث يتوجب عليها الالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وفي نفس الوقت تلتزم بالقوانين والنظم السارية والأحكام القضائية في البلد التي تعمل فيها. ومع نمو وتطور التأمين التعاوني الإسلامي المتوافق مع أحكام الشريعة على مدى هذه العقود من حيث العدد والحجم. فأقيمت مؤسسات لتطبيق هذه النظرية من بينها أول شركة إسلامية في العالم وهي شركة التأمين الإسلامية بالسودان عام ١٩٧٩م ومقرها بالخرطوم ثم تبعها الشركة الإسلامية العربية للتأمين (إياك) في عام ١٩٨٠م^(١) ومقرها القانوني دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة والفعلي جدة بالمملكة العربية السعودية ، ثم شركة التكافل الإسلامية ومقرها الرياض بالمملكة العربية السعودية عام ١٩٨٢م، ثم شركة التكافل الإسلامية الماليزية ومقرها كوالالمبور بماليزيا عام ١٩٨٤م وفي نفس العام تم إنشاء شركتين هما بيت التأمين السعودي التونسي ومقره بتونس وشركة البركة للتأمين ومقرها بالخرطوم بالسودان - تابعة لمجموعة دلة البركة ثم تلتها شركات عدة في أنحاء العالم المختلفة.

توقع خبراء في مجال التأمين أن يقترب عدد الشركات التي تنشط في صناعة التأمين الإسلامي في عام ٢٠١١، من ٣٠٠ شركة تغطي معظم أنحاء الكرة الأرضية، واعتبروا أن منطقة الشرق الأوسط تمثل ثقل ومركز هذه الصناعة، مع إقرارهم بعدد من التحديات التي ما زالت ماثلة، كندرة الكوادر وضعف المعرفة بحقيقة هذه الصناعة. وقال الخبراء لـ«الشرق الأوسط»، إن العام الجديد موعود بزيادة معدل نمو سوق التأمين التكافلي، مما يكون من شأنه تحقيق توقعات تفيد بأن تفوق قيمة التأمين الإسلامي في عام ٢٠١٥ مبلغ ٧,٤ مليار دولار. وقال الخبير الدكتور مراد زريقات (المدير الإقليمي للمنطقة الوسطى لشركة التأمين العربية التعاونية) إن التأمين الإسلامي التكافلي في ٢٠١١ مرشح لأن يخطو بجدية نحو التطوير، لينزله منزل التطبيق والقبول لدى معظم الأفراد، والمؤسسات،

(١) الدكتور السيد حامد حسن محمد - بحث عن: صيغ إدارة المخاطر واستثمار أقساط التأمين التعاوني

متوقفاً أن يزداد عددها بما يساعد على نمو سوق التأمين التكافلي بما يتراوح بين ١٥ و ٢٠ في المائة، لتصل قيمة التأمين الإسلامي في عام ٢٠١٥ إلى ٧,٤ مليار دولار^(١). توزع الحصص كما يلي: الدول العربية ٦٣٪، ماليزيا ٢٧٪، دول آسيا باسفيك ٩٪ وأوروبا والولايات المتحدة ١٪^(٢)، واستناداً إلى دراسة للباحث الدكتور على محيي الدين القرعة داغي، رئيس مجلس أمناء جامعة التنمية البشرية بعنوان «الفائض التأميني في شركات التأمين التكافلي الإسلامي» وأضاف «مع ظهور الأزمة المالية العالمية أواخر عام ٢٠٠٨، وما صاحبها من انهيار لمؤسسات الاقتصاد الرأسمالي، من بنوك وشركات تأمين، تصاعدت صرخات الاستجد بالاققتصاد الإسلامي في الغرب قبل الشرق، حيث رأوا فيها فرصة جديدة لتطبيق نظريات الاقتصاد الإسلامي، مما يعني أن فرصة وجوده في السوق الأوروبية والأميركية وغيرها من البلاد غير الإسلامية أكبر مما كانت عليه خلال الثلاث سنوات الأخيرة. وأوضح أن السنوات الأخيرة شهدت نوعاً من التطبيقات العملية للاقتصاد الإسلامي، ولكنها تظل محل مراجعة وتصحيح وتطوير، مبيناً أن هذا التطبيق أخذ شكل مؤسسات تنشط بقوة في السوق الاقتصادية تماماً كما هي مؤسسات مالية، سواء مصارف أو شركات تأمين تكافلي وشركات إعادة تأمين تكافلي. وأشار زريقات إلى أن حجم أعمال التأمين التكافلي بلغ عالمياً، حسب تقديرات شركة «أرنست ويونغ»، الذي قدم ضمن القمة العالمية الخامسة للتكافل في دبي العام الميلادي الماضي ٨,٨ مليار دولار عام ٢٠٠٩، مقابل ٥,٣ مليار دولار عام ٢٠٠٨، مفيداً أن معدل النمو العالمي المركب لصناعة التكافل على مستوى العالم يبلغ ٣٩ في المائة، وفي منطقة الخليج يصل إلى ٤٥ في المائة. وتابع «بنظرة إلى السوق السعودية نجد أن عدد الشركات العاملة في السوق حتى ٢٠١٠ هو ٢٨ شركة تأمين مباشر، بإجمالي رأسمال مدفوع بالكامل ٥,٨ مليار ريال (١,٥ مليار دولار)، ويصل أعلى رأسمال لشركة في السوق لما يقارب ٨٠٠ مليون ريال (٢١٣,٣ مليون دولار) وأقل رأسمال لشركة في نفس السوق ١٠٠ مليون ريال (٢٦,٦ مليون دولار)،

عدد شركات التكافل المباشر في العالم حوالي ١٣٣ شركة وعدد النوافذ حوالي ٨٠ نافذة وعدد شركات إعادة التكافل حوالي ٣٠ شركة منها ثلاثة مصنفة (A) ويصل رأس مالها إلى ٥٠٠ مليون دولار «شركة الفجر»^(٣) أضاف المدير الإقليمي للمنطقة الوسطى لشركة التأمين العربية التعاونية أنه توجد بالسوق شركة واحدة لتقديم خدمات إعادة التأمين التكافلي برأسمال مدفوع بالكامل قدره مليار ريال (٢٦٦,٦ مليون دولار)، موضحاً

(١) نقلا عن جريدة الشرق الأوسط - تاريخ النشر: ١٥ / ٢ / ٢٠١١

(٢) الدكتور موسى مصطفى القضاة - التأمين التكافلي بين دوافع النمو ومخاطر الجمود - ورقة عمل للملتقى التأمين

بالرياض ١٤٣٠هـ

(٣) نفس المرجع السابق

أن إجمالي حجم الأقساط بالسوق السعودية بلغ عام ٢٠٠٨ نحو ١٣,٨ مليار ريال (٣,٦ مليار دولار) بنسبة نمو ٢٧ في المائة عن أقساط عام ٢٠٠٧، موضحاً أنه حسب نسبة الزيادة المحققة، فإنه يتوقع أن يكون إجمالي أقساط التأمين التعاوني والتكافل ١٣,٨ مليار ريال (٣,٦ مليار دولار)، وفي عام ٢٠١٠ يتوقع أن يصل حجم الأقساط إلى ١٧,٥ مليار ريال (٤,٦ مليار دولار).

إن صناعة التأمين التكافلي بدأت في ترسيخ مفهومها وساعدت على قيام صناعة إعادة التأمين التكافلي وإن هنالك شركات منها تأسست في البحرين شركة «هانوفر ري تكافل»، وفي ماليزيا تم تأسيس شركة «ميونخ ري تكافل» والشركة الأفريقية لإعادة التكافل والتي أنشأتها الشركة الأفريقية لإعادة التأمين وكذلك تكافل ري والنوافذ التي فتحتها شركة ميونخ ري الألمانية وسويسري السويسرية وقبل هذه الشركات شركة إعادة التأمين بالسودان حيث تحولت للنظام الإسلامي منذ العام ١٩٩٢م ، وعدد آخر من شركات إعادة التكافل حتى يكون التطبيق موافقاً للضوابط الشرعية لإعادة التأمين بدرجة معقولة. وإن قيام شركات التأمين وإعادة التأمين التكافلي بعملها وفق المقاصد الشرعية يحتاج إلى وجود جهاز يقوم بضبط ومراجعة أداء الشركات وفق الفتاوى التي تصدرها هيئة للفتوى داخل الشركة أو خارجها وتقديم الفتوى والرأي الشرعي فيما يعرض عليها من مشكلات في التطبيق.

لابد من الوقوف على تجارب تلك الدول وذلك من أجل المراجعة والتطوير في خدمات التأمين الإسلامي لندفع بها لتسير قدماً إذ مضي على قيام صناعة التأمين الإسلامي أكثر من ثلاثة عقود ومن أبرز تلك التجارب على سبيل المثال وليس الحصر لأن هنالك العديد من التجارب منها: التجربة السودانية - التجربة السعودية - التجربة الماليزية - التجربة الخليجية - التجربة الأردنية وتجربة جنوب افريقيا وتجربة النوافذ بأوروبا وأمريكا.

أهم ما أفرزته هذه التجارب هو من واقع عقود التأمين المطبقة من قبل شركاتها وأنظمتها في خدمات التكافل من صيغة المضاربة، صيغة الإجارة، صيغة الوكالة وصيغة الوقف وهي الصيغ التي تحكم العلاقة بين المؤسسين (حملة رأس المال) والمؤمن لهم (حملة وثائق التأمين - المشتركين) وفق أحكام الشريعة الإسلامية وهي:-

تعدد صيغ المعاملة في ممارسة التأمين التكافلي في شركات العالم الإسلامي وحكم الشرع في كل صيغة من الصيغ الثلاث التالية :

الصيغة الأولى : صيغة بذل رأس المال للتأسيس ، واستتفاذ وظيفته من بعد ، وليشارك في الأرباح دون الفائض إن لم يتم استرجاعه إلى حملة الأسهم . وهذه الصيغة هي التي قامت

عليها شركة التأمين الإسلامية في السودان - أول شركة تأمين إسلامية في العالم - فان رأس المال لهذه الشركة كان الهدف منه الاستجابة للمتطلبات القانونية لإنشاء شركة مساهمة ، وقد دفعت منه مصاريف التأسيس على سبيل القرض، وسدد هذا القرض من اشتراكات حملة الوثائق ، ثم ظل رأس المال يستثمر لصالح المساهمين بكل طرق الاستثمار المشروعة منذ إنشاء الشركة إلى اليوم، ولا حق له في الفائض من الاشتراكات .

وعبارة إن لم يتم استرجاعه إلى حملة الأسهم الواردة في الاستفسار لا محل لها في النظام القائم في السودان ، لأن رأس المال لا بد من وجوده لإنشاء الشركة ، ولا استمرارها قانوناً .

الصيغة الثانية : صيغة مشاركة رأس المال في الفائض والأرباح عند اعتماد المضاربة كأساس للممارسة . هذه الصيغة غير معروفة في السودان ، فرأس المال في شركات التأمين التعاوني لا يشارك في الفائض . واعتماد المضاربة أساساً لممارسة التأمين غير موجود عندنا في السودان ، وأعتقد أن المضاربة وحدها لا يمكن أن تكون أساساً لممارسة التأمين لسبب بسيط هو أن المبلغ الذي يدفعه رب المال في المضاربة يظل ملكاً له يستثمره المضارب ثم يرد إليه زائداً نصيبه من الربح أو ناقصاً الخسارة ، أما المبلغ الذي يدفعه المؤمن له في التأمين فإنه يخرج عن ملكه ، ولا يعود إليه إلا ما يستحقه من الفائض .

كان في شركة التأمين الإسلامية في أول نشأتها نظام يسمى " مضاربات التكافل الإسلامي " يتكون هذا النظام من مضاربة و من تكافل ، يكون فيه القسط الذي يدفعه المشترك في النظام ٩٧ر٥٪ منه رأس مال مضاربة يستثمر لصاحبه على نظام المضاربة الشرعية ، و ١٢ر٥٪ منه تبرعاً لصندوق التكافل تطبق عليه أحكام التكافل . فتأثر هذا النظام بالارتفاع المستمر في معدلات التضخم آنذاك لذا توقف العمل به.

الصيغة الثالثة : صيغة الحصة المقطوعة من الاشتراكات لتدفع لأصحاب رأس المال على نمط اعتماد الإجارة كمعاملة للممارسة، هذه الصيغة إذا كان المقصود منها إعطاء أصحاب رأس المال - المساهمين - مبلغاً محدداً من الاشتراكات نظير إدارتهم فعلاً للشركة فهذه إجارة مشروعة ، وهي ما عليه العمل عندنا في السودان . وأما إذا كان المقصود منها إعطاء أصحاب رأس المال مبلغاً محدداً من الاشتراكات نظير رءوس أموالهم ، فان هذه تكون إجارة غير صحيحة في نظري ؛ لأنه يكون فيها شبه التجارة في التأمين ، والتأمين ليس محلاً للتجارة ، وفيها شبهة الربا ، لأنها إجارة للمال ، والأجرة على المال هي الربا .

إن الصيغة التي لا شبهة فيها هي الصيغة التي تعمل بها شركات التأمين في السودان منذ إنشاء شركة التأمين الإسلامية ، وهي إعطاء الأجر المقطوع لمن يؤدي عملاً من المساهمين للشركة ، أما من لا يؤدي عملاً منهم فيستثمر له رأس ماله بأفضل الطرق المشروعة ، والواقع أن الأسهم في شركات التأمين أرباحها أفضل من الأسهم في البنوك .

صحيح إن الشركات التي كانت تزاول التأمين التجاري وتحولت إلى شركات تأمين تعاوني نقصت أرباح أسهمها بمقدار الكسب غير المشروع من الفائض الذي كانت تناله ، وهذا ما لا سبيل إلى الرجوع إليه ، وسينال من فقده في الدنيا أضعافه في الآخرة ، إذا امتثل لأمر الشرع مخلصاً إن شاء الله .

هذه هي صيغتنا في التأمين التعاوني ندعو إلى العمل بها ، لا نناً نعتقد أنها خير الصيغ ، ومن جاءنا بخير منها قبلناه .

القسم الثاني : الفروقات الجوهرية بين التأمين التكافلي والتأمين التجاري

لابد من إبراز الفروقات الجوهرية بين نظامي التأمين التكافلي في مقابل التأمين التجاري (التقليدي) ، إذ المقارنات تكشف عن حقائق المعاني، فالضد يظهر حسنه الضد، وبضدها تتميز الأشياء ويمكننا تحديد الفروقات في البنود الآتية:-

أولاً: المرجعية النهائية :-

تتمثل المرجعية النهائية لجميع الأنشطة والأعمال والعمليات التي تجري في شركات التأمين التكافلي بأنها تنحصر في أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء ، وذلك يشمل عمليات التأمين والاستثمار والتعويضات وقواعد احتساب الفوائض التأمينية وتوزيعاتها، كما تشمل هذه المرجعية أيضاً ترشيد سلوك المؤسسة في علاقاتها وسياساتها وخططها بما يتحقق معه امتثالها الفعلي بتطبيق أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية . ولتفعيل وتأكيد هذا الفرق وتكريسه من الناحية العملية فقد استحدثت المؤسسات الإسلامية ضمن هياكل العمل التنظيمية تشكيل فريق شرعي باسم : { هيئة الفتوى والرقابة الشرعية } بحيث يضم مجموعة من فقهاء الشريعة المتخصصين في فقه المعاملات المالية ليقوموا بدور الترشيح والتوجيه لعمليات الشركة التكافلية في مجالات التأمين والاستثمار معا ، كما يناط بهم ممارسة الرقابة الشرعية للتحقق من مدى جودة وسلامة التزام شركة التأمين التكافلي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في أعمالها وعملياتها كافة .

تكون للشركة هيئة رقابة شرعية تختارها الجمعية العمومية بترشيح من مجلس الإدارة، وتحدد مكافآت أعضائها، على أن تكون من ثلاثة أعضاء على الأقل من علماء

الشريعة الإسلامية ، ويجوز أن يكون واحد منهم من رجال القانون له إلمام بأحكام الشريعة الإسلامية ومن مهامهم الآتي:

- (١) تشترك هيئة الرقابة الشرعية مع إدارة الشركة في وضع نماذج وثائق التأمين والنماذج الأخرى .
- (٢) لهيئة الرقابة الشرعية الحق في مراجعة عمليات الشركة للتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية .
- (٣) يجوز لهيئة الرقابة الشرعية حضور الاجتماعات العامة للشركة وإبداء أي رأي.
- (٤) يجوز لرئيس هيئة الرقابة الشرعية أو من يمثلها طلب حضور اجتماعات مجلس الإدارة لطرح أي موضوع.

في حين إن المرجعية النهائية لشركات التأمين التجاري (التقليدي) تخضع إلى التشريعات والأعراف الخاصة بالتأمين في كل دولة ، والتي هي بطبيعة الحال ذات أصل تقليدي تجاري محض ينسجم مع فلسفة المدرسة الرأسمالية في العمل التجاري بصفة عامة ، وما يترتب على ذلك من عدم الاعتراف بتدخل الدين في ترشيد المعاملات المالية ، وإجراء عقود عمليات التأمين وفق أساس المعاوضات المبنية على الغرر الفاحش وأكل المال بالباطل والربا ونحوها من المخالفات الشرعية ، وإجراء أساليب وعقود الاستثمار على أساس الفائدة الربوية ، حيث يصعب في الواقع المعاصر تصور شركة تأمين تقليدي لا تقوم على تعظيم مدخراتها واحتياطياتها على ركيزة الودائع الربوية متنوعة الأجل ، وذلك تحوطاً من مخاطر السيولة لديها. فليس لديهم هيئة رقابة تخضع لمراجعة أعمالهم.

ثانياً: العلاقة القانونية:

حيث يقوم عقد التأمين التكافلي على أساس عقود التبرعات في الفقه الإسلامي ، فيكون باذل الاشتراك التكافلي أو التعاوني شريكا مع مجموعة المشتركين في تحمل الأخطار حال وقوعها وتحققها على أفراد المشتركين ، فالعلاقة هنا تكافلية تعاونية هدفها الأساس هو : التكافل في جبر الضرر وترميم الخطر حال وقوعه على آحاد المشتركين ، ولذلك فإن صناديق ومحافظ التأمين التكافلي لا تنتج ربحاً ، وإنما قد ينتج عنها فوائد تأمينية تعود لمصلحة المشتركين أنفسهم ، وذلك بعد خصم مصروفات الإدارة ومستحقات التشغيل. لذا فهو عقد تبرع وتطبق عليه كل الأحكام الشرعية الواردة في أحكام التبرعات وهو عقد يجوز التعامل به وان شابه الغرر تأسيساً. يلحق الغرر بعقد التأمين الإسلامي ولكنه لا يكون سبباً في بطلانه لأنه عقد تبرع وعقود التبرعات لا يبطلها الغرر وبذلك لا تكون ضمن البيوع الممنوعة لان عقود التبرعات ليست عقود معاوضة مالية أو بيوع.

وأيضاً روح التعاون واضحة في مبادئ التأمين الإسلامي بل هو مؤسس عليه لأنه عقد من عقود التبرعات وعقود التبرعات ما هي إلا عقد تعاون .

أما عقد التأمين التجاري فهو : عقد معاوضة قائم على احتمال وقوع الخطر ، فهو عقد بيع للأمان من أعباء المخاطر والتهديدات التي قد تحصل وقد لا تحصل في المستقبل ، فالعلاقة هنا معاوضة ربحية تهدف أساساً إلى: تحقيق الربح من خلال المتاجرة بمخاوف العملاء (المؤمن عليهم) ، وهندستها المالية تقوم على طرفين هما: (بائع الأمان * مشتري الأمان) ، ولذلك فإن هذه العلاقة القانونية الربحية تؤول في نهاية أجل وثيقة التأمين التجاري إلى تحقيق ربح خالص يستحقه (المساهمون) وهم ملاك الشركة التقليدية . فهو عقد معاوضة مالية يشوبه الغرر فأبطله لأن علة الغرر إذا لحق بعقد من عقود المعاوضة المالية يكون سبباً لبطلانه ويصبح العقد تلقائياً من البيوع الممنوعة حتى ولو كانت أركانه صحيحة. فالغرر يبطله لأنه عقد من عقود المعاوضات المالية يقوم على فلسفة الاحتمال بالنسبة للحصول على العوض . التي يفسرها الفقه الإسلامي بأنها معاملة اشتملت على غرر وبالتالي يصبح العقد باطلاً . كما أنه لا تسوده روح التعاون وان بدت في أديباته لأنه يقوم على الاستغلال والتجارة في منح الأمان في تجارات المؤمن لهم تارة وفي أرواحهم تارة أخرى.

ثالثاً: العلاقة المالية في العملية التأمينية (الفائض التأميني) :-

يقوم الهيكل المالي لشركات التأمين التكافلي على قسمين مختلفين من الحسابات هما: حساب المساهمين (حملة الأسهم) ، ويمثل نظامياً رأس مال الشركة ، وحساب المشتركين المؤمن عليهم (حملة الوثائق) ويمثل نظامياً صندوق التأمين التكافلي ، وقد يعبر عنهما بصندوق المساهمين وصندوق المشتركين .

وفيما يختص بحساب المشتركين (الصندوق التكافلي) يقوم المؤمن عليه (المشترك) بسداد الاشتراك التعاوني لصالح صندوق المشتركين ، ولا يخلو إما أن يقع الضرر عليه فيعوض من صندوق التأمين التكافلي، أو لا يقع، فإن عوض نظير الضرر فقد تحقق مقصود التكافل الجماعي بالنسبة له، وإن لم يقع فقد تحقق أيضاً مقصود التكافل الجماعي منه بالنسبة إلى غيره من المشتركين .

فإن تحقق فائض مالي في صندوق التأمين لم يجز صرف هذا الفائض لجهة أخرى غير جماعة المشتركين المتكافلين بواسطة الصندوق التكافلي ، ولذلك فإن هذا المشترك (المؤمن عليه) حال عدم وقوع الخطر عليه فإنه يستحق نصيباً من هذا الفائض ، لأنه مال مرصود لجبر الضرر خلال أجل محدد ، وقد انتفى غرضه فيعود إلى باذليه ، ويلاحظ هنا أنه لا يعود بصفته ربحاً ناتجاً عن تشغيل ربحي تجاري ، وإنما يعود إليه بصفة الفائض في

الصندوق ، وذلك بطبيعة الحال وفق الأسس والقواعد والضوابط التي تتبعها كل شركة تكافلية في تنظيم توزيع الفائض لديها. يقوم على مبدأ توزيع الفائض على المؤمن لهم الذين دفعوا أقساط التأمين خلال الفترة المعنية وذلك كل حسب قسط اشتراكه وسداده الفعلي لمبلغ القسط.

لا يقوم التأمين الإسلامي على أكل أموال الناس بالباطل لأنه عقد تبرع من المؤمن لهم بعضهم بعضا ويستحقون من هذه الأموال تعويضاتهم المتفق عليه ويأخذون ما تبقي من أموالهم في نهاية الفترة في شكل فائض تأميني أو يساهمون في الخسارة الزائدة أن لم تفر أقساطهم المدفوعة بالالتزامات والتعويضات .

أما في شركة التأمين التجاري (التقليدي) فإن المؤمن عليه يقوم بأداء العوض الذي يبذله نظير شراء الأمن من الخطر المستقبلي؛ بمعنى ترميم الضرر الحاصل وجبر الخطر حال تحققه ، فالعميل المؤمن عليه إنما يستهدف شراء الأمن المستقبلي ببذل عوض مالي، وشركة التأمين بموجب عقد المعاوضة نفسه (وثيقة التأمين) تبيع للعميل الأمن الذي يطلبه من احتمال وقوع الخطر مستقبلاً، وذلك نظير أقساط تأمينية معلومة ، والهندسة المالية للعقد تقوم على طرفين هما: (بائع الأمن × مشتري الأمن) .

ويدل على هذه العلاقة المالية التجارية القائمة على أساس المعاوضة الربحية أنه في حال انتهاء أجل التغطية المتفق عليه بموجب وثيقة التأمين تنتقل ملكية الأقساط التأمينية (التي كانت معلقة خلال زمن التغطية التأمينية) إلى ملكية خالصة تؤول إلى ربح محقق لصالح شركة التأمين التجاري، والمُسَوِّغ لذلك أن الشركة تكون قد بذلت الوعد بالأمن المستقبلي من الأخطار واستحقت في مقابل ذلك الاشتراكات التأمينية المدفوعة من قبل العميل (المؤمن عليه)، وبناء على هذه الفلسفة فإن العميل لا يحق له المطالبة بأية حقوق لأنه إنما دفع الاشتراكات لشراء مجرد الوعد بالتأمين من الأخطار المستقبلية، وقد حصل للعميل هذا الوعد الذي طلبه ، وكون الضرر لم يقع فهذا أمر آخر لا يحول دون تملك الشركة للأقساط التأمينية . فلا توزع فيه الفوائض التأمينية على جمهور المؤمن لهم بل تحول لحساب مؤسسي شركات التأمين.

فالتأمين التجاري مؤسس على أكل أموال الناس بالباطل لأنه عقد معاوضة مالية ينفرد بثروته المؤسسون إي أصحاب الشركة ويأخذ فقط المؤمن لهم التعويضات .

رابعاً: الأسس الاستثمارية:-

تقوم شركات التأمين التكافلي كغيرها من شركات التأمين بتصميم هيكلها المالي وفق مجموعة معطيات فنية واقتصادية تُرشدُ هيكلتها المالية ، حيث يتم بموجب العمليات

الرياضية والجداول الإحصائية تقدير احتياجات سوق التأمين من السيولة لمواجهة مختلف التعويضات المحتملة والنتيجة عن منتجات التأمين ، وما زاد عن ذلك من أقساط التأمين يتم استثماره بهدف تعظيم إيرادات الشركة وتعزيز مركزها المالي .

وعادة ما يتم تنويع الاستثمارات في صيغ ومجالات مختلفة ، ووفق آجال طويلة ومتوسطة وقصيرة ، وذلك كله من خلال هيكل مالي متحرك دوريا بحيث يراعي مختلف المخاطر المالية المحيطة بعمل الشركة .

والمهم هنا بيان أن هذه الأوجه من الاستثمارات للأموال التأمينية في الشركات التكافلية يشترط فيها أن تكون غير مخالفة للشريعة الإسلامية ، فلا يحل لها أن تستثمر أموالها في الودائع الاستثمارية والادخارية الربوية بأنواعها ، لأن حقيقتها قروض بفوائد ربوية محرمة شرعا ، كما يحرم عليها تمويل عجزها المالي (الرأسمالي أو التوسعي) بواسطة الاقتراض الربوي من البنوك التجارية (التقليدية) ، بل يشترط عليها أيضا أن يكون استثمارها المالي المباشر محصورا في شركات مالية تكون - على الأقل - متوافقة مع الشريعة الإسلامية ، فلا يجوز مثلا الاستثمار المالي عن طريق الاكتتاب في أسهم البنوك الربوية ونحوها من الشركات التي تقوم - وفق أنظمتها الأساسية - على أعمال تصادم أحكام الشريعة الإسلامية ، وبشكل دقيق وتحت إشراف هيئة الرقابة الشرعية .

أما شركات التأمين التجاري (التقليدي) فإنها تقوم باستثمار أموالها التأمينية من خلال توظيفها في مختلف أوجه الاستثمار بعيدا عن مراعاة الأسس الدينية الشرعية ، إذ من مبادئ ومسلمات صناعة التأمين التجاري (التقليدي) أنها تقوم أصالة بتوظيف فوائضها المالية في أوعية الاستثمار الربوية المحرمة ، كالودائع التجارية الربوية بأنواعها ، والسندات وأذونات الخزنة ، وأما في جانب تمويل العجز (الرأسمالي / التوسعي) فإنها ستلجأ بداهة إلى الاقتراض بالربا المحرم شرعا . فإن الاستثمار يتم بمنأى عن أو بعيداً عن أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالاستثمار ولا يؤخذ في الاعتبار الحلال والحرام وتكون العلاقة بين أصحاب رأس المال وحملة الوثائق على أساس المضاربة ففي حالة أن المضارب هو أصحاب رأس المال (الشركة) فإن رب المال هو حملة الوثائق ويتقاضون نسبة من الأرباح والباقي يذهب للمضاربين وفي هذه الحالة لا بد أن ينشئ أصحاب رأس المال إدارة خاصة لإدارة هذه المضاربة أما في حالة أن تكون الشركة هي التي تدير المضاربة فإن مال المضاربة هو ملك لحملة الأسهم وبذلك يمثلون أصحاب المال وتوزع الأرباح أيضاً حسب الاتفاق.

خامساً: أسس التغطيات التأمينية:

إن من أبرز الفروقات الفنية التي تميز التأمين التكافلي عن غيره أن نطاق التغطيات التأمينية تحكمه الشريعة الإسلامية ، فلا يجوز على سبيل المثال التأمين على الديون الربوية ؛ سواء كانت مديونيات مباشرة أو ممثلة بسندات ربوية ، وكذا مناشط الفساد الأخلاقي والتجاري كمحلات المتاجرة بالأفلام والأغاني المحرمة ، فضلا عن شحنات الخمور والسجائر ونحوها مما يداخله الحظر الشرعي ، فجميع الصور المذكورة ونظائرها يحظر على شركة التأمين التكافلي الإسلامي أن تغطيها تأمينيا ؛ وإن كانت قد تحقق أحيانا عوائد جيدة للوعاء التكافلي ، وهذا المبدأ تلتزمه - بحمد الله - عامة شركات التأمين التكافلي الإسلامي. عقد التأمين الإسلامي ليس من عقود البيوع وبالتالي يكون خالياً من الربا لان الأصل فيه التعاون.

ينسجم التأمين الإسلامي مع إحكام الشريعة الخاصة بالميراث والوصية وبالتالي يحفظ للورثة حقهم وللموصى لهم حقهم الذي أوصى به صاحب المال بل في حالة تعارض أي نص من نصوص عقد التأمين الإسلامي مع قواعد الميراث والوصية يكون هذا الشرط ملغياً بصورة تلقائية .

في التأمين الإسلامي لا يسقط الحق بالتقادم عملاً بالأحكام الفقهية التي تمنع سقوط الحق بتقادم الزمن .

وفي المقابل نجد أن شركات التأمين التجاري (التقليدي) لن تتحفظ على تغطية الصور السابقة ، بل إنها ستبادر إلى اختراع تغطيات يشتد حظرها عرفاً وشرعاً ، إذ العبرة لديها بتحقيق أعلى معدلات ربحية ممكنة ، وبغض النظر عن أية اعتبارات شرعية أو عرفية أو أخلاقية ، إلا ما قل ونذر .

ولنضرب أمثلة فاضحة على التغطيات التأمينية التقليدية ، والتي تخالف مقتضى الشرع والعقل والأخلاق مجتمعين ، وفيها من القبح والوقاحة ما ينسجم مع طبيعة الفكر المادي الغربي ، ومنها^(١) :

(١) التأمين على حالات الانتحار .

(٢) التأمين على مواخير الدعارة وبيوت الزنا .

(٣) التأمين على حالات التهريب .

(١) انظر تفصيل الحالات المذكورة في : التأمين وفقاً للقانون الكويتي .. د. جلال محمد إبراهيم ، " جواز تأمين الانتحار " ص ٢٠٦ - ٢١٩ ، وبقية الحالات في ص ٢٢٠ - ٢٣١ .

(٤) التأمين لمصلحة الزانية المسماة (الخلية / العشيقة) ، بحيث تكون هي المستفيدة في حالة وفاة المؤمن له في وثائق تأمينات الحياة .

فقد التأمين التجاري عقد معاوضة ماله يقوم على تعظيم منافع ومصالح المؤسسين الذين يتخذونه وسيلة للاتجار وتحقيق الثروة . بمعنى أنهم يتاجرون بخدمات التأمين ويصبح بالتالي الهدف الأصلي من وراء هذه الخدمات هو جمع المال لأصحاب الشركة وعمل الثروة . كما لا يؤبه فيه الالتزام بما جاء في قواعد الفقه الإسلامي فيما يتعلق بأحكام الميراث والوصية مما يجعله يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي في هذه الناحية .

وفيه أيضاً يسقط الحق بمجرد انقضاء أمد معين ينص عليه عادة في وثائق التأمين فإذا انقضت المدة المحددة لا يجوز لصاحب الحق أن يطالب به وفي هذا تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

سادساً: المشاركة في إدارة العمليات التأمينية:

يقوم التأمين الإسلامي على مبدأ المشاركة في الإدارة إذ يشترك المؤمن لهم في إدارة شركة التأمين الإسلامية عبر مؤسساتها الإدارية التالية :

(أ) هيئة المشتركين وهي هيئة تتكون من جمهور المؤمن لهم الذين يطلعون فيها على الحسابات الختامية وتقرير مجلس الإدارة وتقرير المراجع الخارجي وتقرير هيئة الرقابة الشرعية ولهم الحق في مساءلة قيادة الشركة عن أدائها العام كما يقترحون توزيع الفائض كلاً أو جزءاً منه .

(ب) مجلس إدارة الشركة وهو يتكون من أعضاء جزء منهم يمثل المؤسسين والآخر يمثل المشتركين الذين ينتخبون من خلال اجتماع هيئة المشتركين ويضطلع مجلس الإدارة بوضع السياسات العامة والميزانيات وإدارة مال الشركة بالشكل الذي يحقق أهدافها.

(ج) الجمعية العمومية: وتتألف من المؤسسين الذين دفعوا رأس مال الشركة والجمعية العمومية لها الحق في تعيين مجلس الإدارة والمدير العام والمراجع الخارجي ورئيس وأعضاء هيئة الرقابة الشرعية هذا بالإضافة إلى إقرارها لتوزيع الفائض التأميني من عدمه بناءً على توصية هيئة المشتركين. وبالتالي يصبح المؤمن لهم يشاركون في إدارة الشركة عبر مؤسساتهم القانونية القائمة.

كما يقوم التأمين الإسلامي على مبدأ المشاركة في الخسارة الزائدة عن الأقساط المدفوعة من المؤمن لهم انطلاقاً من مبدأ التعاون فيما بين المؤمن لهم في السراء والضراء.

وعلى الرغم من أن هذا المبدأ في ظل وجود فكرة إعادة التأمين يكون عسير الحدوث ولكنه يبقى مبدأ من مبادئ التأمين الإسلامي. ولأن الخسارة الزائدة يمكن تطبيقها على عقد التأمين على الأشياء دوناً عن عقد التكافل الإسلامي الذي أسس على نموذج المضاربة الإسلامية إذ أنه وفقاً لمبادئ المضاربة الإسلامية تكون الخسارة على رب المال ما لم يخالف المضارب أحكام المضاربة أو يتعد على أموالها أو يقصر أو يفرض في إدارتها.

إما في التأمين التجاري فلا يشارك المؤمن لهم في إدارة الشركة إذ ينفرد بإدارتها المؤسسون (أصحاب رأس المال). كما لا يشارك المؤمن لهم (المشركون) في خسارة الشركة.

أن الفروقات الجوهرية بين نمطي عمل التأميني التكافلي والتجاري التقليدي تكمن في الفروقات الفنية بين النظامين من جهة المرجعية النهائية ، وعلى مستوى العلاقة القانونية ، ثم العلاقة المالية ، ثم الاستثمارية ، ثم نطاق التغطيات التأمينية ، إن كل هذه الفروقات الجوهرية تؤكد على سعة التباين بين نظامي التأمين التكافلي الإسلامي والتجاري التقليدي.

المحور الثاني بيان أحكام التأمين على الحياة والسيارات

التأمين التكافلي على الحياة والسيارات :

التأمين نوعان أحدهما هو تأمين الأشخاص ومنه تأمين الحياة، الحوادث الشخصية وإصابات العمل... الخ

والنوع الآخر تأمين الأشياء مثل السفن والطائرات والمصانع والمنازل والسيارات... الخ.

التأمين التكافلي على الحياة جائز إذا قام على أسس التأمين التعاوني الإسلامي وذلك باجتتاب الغرر المفسد والربا، وهو قائم على مبدأ التبرع والمواساة. فتأمين الحياة بالتأمين التجاري تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه لا مقدار الضرر الناتج عن حادث الوفاة أو العجز أو فقدان منافع الأعضاء لا يشترط إثباته فالضرر هنا ضرر أدبي يتعذر تقديره فالضرر مفترض افتراضاً وأنه لا يقل بحال عن مبلغ التأمين المتفق عليه في العقد وأيضاً التكافلي العائلي الذي يقوم على مبدأ التعاون بين جماعة من الناس يتعرضون لخطر مشترك وتبرعهم بما يدفعونه من اشتراكات يكفي لتعويض لمن يصاب منهم بضرر فالضرر أدبي كما بالسابق في التجاري يتعذر تقديره وقياسه لذا يقدر بمبلغ التأمين المتفق عليه بعقد التكافل العائلي ولا يوجد ما يمنع أعضاء المشتركين من هذا الاتفاق.

كيفية توزيع التعويضات في التأمين التعاوني على الحياة (التكافل) :

يجوز في التأمين التكافلي العائلي أن يكون التعويض مبلغاً تحدده وثيقة التأمين دون الحاجة إلى التقييد بالضرر الفعلي، و يكون توزيع مبلغ التعويض بالنسبة للوفاة طبقاً لأحكام الميراث على اعتبار أنها من تركة المشترك المتوفى، كما يجوز أن توزع على الأشخاص أو الجهات والأغراض التي يحددها المشترك في طلب التأمين على اعتبار أن التعويضات تبرع من المشتركين لمن يحدده المشترك تدفع إليه بعد وفاة المشترك وليست من تركة المشترك المتوفى^(١). كما تتحدد مساهمتهم بمقدار حصتهم في الفائض التأميني، فإن حصة المشترك في الفائض التأميني تورث عنه بحكم الشرع وتقسم قسمة ميراث أما بالنسبة لتوزيع التعويض بعد وفاة المستفيد على الورثة الشرعيين أو المستفيدين من غير الورثة بحسب ما يختاره المؤمن له فيدفع لمن شرط لهم بحكم الشرط لأن المشترك لا يستحق التعويض ولا يدخل في ملكه بعد الوفاة لأن المبلغ يُستحق بالنسبة لتوزيع التعويض بعد وفاة المستفيد على الورثة الشرعيين أو المستفيدين من غير الورثة بحسب ما يختاره المؤمن له

(١) الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ١٩٩٦/٣ - ٣/١٠.

لشروط لأنه تبرع وليست معاوضة فالتوزيع يتبع الشرط الذي شرطه المشترك إذا كان هذا الشرط متفقاً مع نظام التأمين الذي ارتضاه المشتركون عند الدخول فيه لذا لا يدخل في تركته ولا ينفذ عليه الدائنون من الدين ولا يوزع على أساس قواعد التركة. كما انه تبرع بما دفعه كمساعدة في حالة الكوارث وفقاً لنظام تكافلي تحدد فيه موارد ومصارف هذا الصندوق. هنالك تفاوت في الأقساط والتعويضات على الأشخاص تبعاً لأهمية العضو أو الحاسة المفقودة ، كاليد للجراح والرسام والمعلم ولا يوجد ما يمنعه في الشرع. ويجوز شرعاً أن ينص النظام الأساسي للتأمين التكافلي بالآتي:

● المشترك الذي يعجز عن سداد أقساط التأمين على الحياة بسبب فقر أو عجز أو مرض أو فقد عمل يعفى من السداد مدة عجزه أو مطلقاً وان الهيئة تدفع عنه الأقساط على سبيل التبرع ويستحق المشترك أو الورثة أو المستفيدين الذين يعينهم المشترك مبلغ التأمين كاملاً.

● يجوز للشركة أن تنص بان تمنح وثائق تأمين على الحياة مجاناً للفقراء أو الأيتام أو لمن لا يستطيع دفع الاشتراكات ويمكنها إضافة شروط كالتفوق مثلاً... الخ لأن الأصل هو التبرع فليس هنالك ما يمنع شرعاً من التبرع لأشخاص موصوفين بصفة ولا المعينين بذواتهم مثال: يدفع مبلغ (..كذا جنيه) لمن مات عائله في سن مبكرة وهو من المتفوقين (قبل الـ ٥٠ سنة) أو من كان متميزاً في دراسته وتوفي عائله وليس له عائل.

يستحق حملة وثائق التأمين التكافلي وحدهم الفائض التأميني ، ويقتصر حق أصحاب حقوق الملكية في الشركة على عمولة الإدارة ونصيب المضارب من ربح الاستثمار. يوصي المشاركون بوضع آليات للتأمين التكافلي تقوم على أساس إيجاد الوقف المخصص للتأمين ، أو الصدقات والتبرعات الشاملة للجميع دون اقتصار على المشتركين في وثائق التأمين^(١).

تعتبر كل نماذج التكافل الإسلامي المطروحة من قبل شركات التأمين الإسلامية ، البديل الإسلامي لنماذج التأمين على الحياة التي لم تجزها مجامع فقهاء الشريعة الإسلامية ، لما فيها من مخالفات شرعية بينها العلماء ، والباحثون في فتاويهم ، وأبحاثهم العلمية .

تأمين السيارات:

يشمل ثلاثة أنواع من التغطيات التأمينية:-

(١) ندوة البركة الثامنة عشرة للاقتصاد الإسلامي دمشق ٧-٨ رجب ١٤٢١هـ / تشرين الأول (أكتوبر) ٢٠٠٠م

- أولاً: تأمين جسم السيارة ضد الهلاك أو التلف الناتج عن الحادث وفيه يعرض المؤمن له عن الأضرار التي تصيب السيارة بسبب الحادث في حدود مبلغ التأمين. وفيه يحدد مبلغ التأمين (قيمة السيارة) الذي على أساسه يحدد ويحسب قسط الاشتراك.
 - ثانياً: تأمين سائق السيارة ضد الإصابة أو الوفاة بسبب الحادث وفيه يتم التعويض بدفع مبلغ تحدده الوثيقة للمؤمن له أو ورثته أو المستفيد (وهي الدية الشرعية).
 - ثالثاً: تأمين مسؤولية السائق والسيارة تجاه الغير عن الضرر المترتب عن حادث السيارة وفيه تلتزم الشركة بتعويض المؤمن له عن الضرر للغير من جراء الحادث بسبب خطئه.
- كل أنواع التغطيات المذكورة للسيارة أعلاه تكون أيضاً تأميناً تعاونياً إسلامياً كما يتم لكل أنواع التأمينات الأخرى من حريق وهندسي وبحري..... الخ فكلها خاضعة لنفس الأسس التي تترتب عليها ذات الأحكام والخلاف ليس في مشروعيتها ولا الأسس التي تقوم عليها ولكن في تحقيق مناطها نظراً لطبيعة الضرر المطلوب تعويضه.

فالتعويض في التأمين يدفع لتغطية أضرار معنوية متوقعة وغير محددة فالشركة تدفع مبلغ التأمين أو قيمة الضرر للمشتري وذلك بالنسبة للنوع الأول من التغطية ولورثته بعد موت المشتري دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر مادي يمكن قياسه بالمال فالضرر مقداره مفروض فرضاً ويستحق المشتري التعويض للضرر الواقع نتيجة وقوع خطر مغطى ويكون التعويض عن الضرر الفعلي الذي أصاب الشيء المؤمن عليه بقدر الضرر الفعلي في حدود مبلغ التأمين.

أما بالنسبة لتأمين المسؤولية المدنية للسائق المترتبة عليه بسبب خطئه أو إهماله في القيادة تتعهد شركة التأمين بأن تعوض إنابة عنه عما سببه من ضرر للغير ويتمثل ذلك في مبلغ التعويض للمضروب. فهذه الأنواع تشترك جميعها في أنها اتفاق بين جماعة من الناس يتعرضون لخطر معين لتلافي أو تخفيف هذا الخطر يدفعون اشتراك (القسط) بنية التبرع لتعويض المصاب بالضرر منهم من جراء خطر مغطى بعقد التأمين المعني مثل الوفاة أو العجز أو المرض في تأمين الأشخاص التي يترتب عليها ضرر بالمؤمن له أو لورثته وفي هلاك الشيء المؤمن عليه أو احتراقه أو تلفه في تأمين الممتلكات والأشياء والحوادث التي يترتب عليها ضرر يصيب المؤمن له وذلك بنقص عناصر ذمته المالية .

التأمين التعاوني التكافلي مثله كمثل التأمين التقليدي يصلح لكافة الأنواع الأخرى مثل التكافل الزراعي بشقيه المحصولي والحيواني، التكافل الطبي، تكافل الحجاج والمعتمدين، تأمين حصيلة الصادرات والتمويل الأصغر إلا أنه يخضع لشروط التأمين الإسلامي المعروفة أولاً ثم تخضع للدراسة من قبل هيئة الرقابة الشرعية التي تراجع شروط الوثائق وتتقحها من شوائب الربا والقمار لتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء.

حكم التأمين التجاري على الحياة للموظفين:

التأمين على الحياة الذي يتم على أساس تجاري دون موافقة العامل أو الموظف أحسب أنه يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وعائذاته تعتبر مال فاسد يمكن أن يقبضه العامل أو الموظف ويصرف في أعمال الخير سواء كان الفقراء من أهله أو غيرهم دون أن يستفيد منه لشخصه أو أسرته.

أحكام التأمين ضد الحوادث والتأمين الشامل على السيارات والتأمين على الودائع والدين والصادرات:

الممارسة الفعلية وفقاً لفتاوى هيئات الرقابة الشرعية تسمح بممارسة هذه الأنواع من التأمين خاصة التأمين الشامل للسيارات والحوادث الشخصية والصادرات. وعن تأمين الدين فقد صدرت فتوى مؤخراً من هيئة الرقابة الشرعية بشركة شيكان للتأمين (السودان) بجوازه وكذلك التمويل الأصغر والتأمين الطبي والزراعي وخلافه وأما التأمين على الودائع فلا نعلم عنه شيئاً حتى الآن.

الخاتمة

التأمين الإسلامي أو التكافلي أصبح الآن واقعاً معاشاً وماثلاً بقوة في الاقتصاد العالمي ومهرباً للعديد من المؤسسات والشركات الغربية التي ضربتها الأزمة المالية الحالية، وأصبحت المنتجات الإسلامية في قطاعي التأمين والمصارف الأكثر ضماناً وتحصيناً من وصفاتها التجارية في الغرب وأكثرها مقدرةً على امتصاص الأزمات والمطلوب منا الآن هو الاستعداد لأن نكون على قدر التحدي لقيادة الاقتصاد العالمي بعد أن كنا منجرين لعقود طويلة وراء سراب قوامه الجشع والربا وأكل أموال الناس بالباطل ولا خيار لنا هنا سوى قبول هذا التحدي واقتناص الفرصة التي أتت إلينا على طبق من ذهب كما أحسب أنه ومن خلال ما تم طرحه من نماذج مختلفة للممارسة فأنتني أتقدم بمشروع القرار الآتي سعياً لتوحيد الممارسة:

مشروع قرار

الدعوة لعقد مؤتمر جامع لعدد من الفقهاء من هيئات الرقابة الشرعية وخبراء التأمين بشركات التأمين التَّكافُليَّة من عدد من الدول ذات الأنظمة المختلفة للاتفاق على صيغة موحدة لممارسة التأمين التَّكافُلي في كافة دول العالم الإسلامي وتحديداً:

- (أ) السعي للاتفاق على علي نموذج واحد للتكافل (حالياً تتفاوت النماذج بين الوقف، الوكالة، المضاربة، الوكالة والمضاربة ...)
- (ب) السعي للاتفاق على صيغة موحدة لتوزيع الفائض (في حالة حدوث خسائر أو عدم حدوثها)
- (ج) تعميم تجربة التكافل على كافة المنتجات التأمينية خاصة المنتجات التي تؤثر إيجاباً على حياة الفقراء مثل التكافل الزراعي والتمويل الصغير والأصغر الخ

والله ولي التوفيق ، ، ، ،

د. عثمان الهادي إبراهيم

فبراير ٢٠١٢

المراجع والكتب

القرآن الكريم:-

- (١) سورة قريش الآية ٤
- (٢) سورة آل عمران الآيات ٣٧ ، ٤٤ ، ٩٢ و ١٧٣
- (٣) سورة المائدة: ٢
- (٤) سورة الأنفال الآية ٦١
- (٥) سورة النساء الآية ٣٥
- (٦) سورة الكهف الآية ١٩
- (٧) سورة المزمل الآية ٢٠
- (٨) سورة الجمعة الآية ١٠

الأحاديث النبوية:-

- (١) روي هذا الحديث بأسانيد عديدة عن كل واحد من الصحابة المذكورين، أخرجهم مسلم في صحيحه وأحمد وابن حبان والبيهقي وابن ماجة والدارقطني والطبراني وأبو داود ومالك في الموطأ.
- (٢) رواه البخاري
- (٣) رواه البخاري ومسلم
- (٤) المغني ٢٠١/٥
- (٥) أخرجهم النسائي والترمذي - والفتاوى الهندية ٣٩٨/٢ والمغني لابن قدامه ١٩٣/٦
- (٦) أخرجهم ابن ماجة في باب الشركة والمضاربة
- (٧) المغني لابن قدامه ٢١٤/٦ .
- (٨) الفتاوى الهندية ، ٤٢١/٢ .

الكتب والبحوث:-

- (١) الإجماع لابن المنذر بتحقيق د. فؤاد أحمد ص ١٢٠ - ت: ٦٩٩ - أيضاً الإشراف ٢٨٩/٢ - الإقناع ٥٣ - تفسير القرطبي ٣٢٠/٥ - المغني ٤٩٧/٩ .
- (٢) البروفسور الصديق محمد الأمين الضرير - بحث بعنوان (الاعتبارات الشرعية لممارسة التأمين) ندوة التأمين التكافلي بالخرطوم في الفترة من ١٤ - ١٦ فبراير ٢٠٠٤ م
- (٣) احمد بن يحيى بن المرتضى بن مفضل ابن منصور الحسني - الجزء الخامس ص ٧٥ - المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .

- (٤) الدكتور البدر اوى التأمين ٢٦٧
- (٥) الشيخ محمد احمد فرج السنهوري : بحثه عن التأمينات ، منشور في بحوث اقتصادية وتشريعية للمؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية ١٣٩٢هـ.
- (٦) صحيفة لواء الإسلام عدد رجب ١٣٧٤هـ فبراير ١٩٥٤م.
- (٧) أ.د. على محي الدين القرعة داغي - التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية (مقارنة التأمين التجاري مع التطبيقات العملية) ط ٤٢٥هـ شركة دار البشائر الإسلامية - بيروت
- (٨) مجلة الشبان المسلمين العدد ٣ لسنة ١٩٤١م
- (٩) البروفسور الصديق محمد الأمين الضرير - الفرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي - الكتاب الثالث - سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي ١٤١٠هـ
- (١٠) الدكتور محمد البهي في كتابه (نظام التأمين في هدي أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر)
- (١١) الشيخ محمد تقي العثماني - فتح القدير ١٩/٦ ومواهب الجليل ٢١/٦ والإنصاف للمر داوي ١١/٧ البحث المقدم إلى ندوة البركة السادسة والعشرين
- (١٢) الأستاذ الدكتور عبد الستار أبوغدة بحث أسس التأمين التكافلي - المؤتمر الثاني للمصارف الإسلامية ٢٠٠٧ بدمشق - الفتاوى الهندية ٤٦٠/٢ والخانية ٢٩١/٣
- (١٣) الدكتور السيد حامد حسن محمد - بحث عن: صيغ إدارة المخاطر واستثمار أقساط التأمين التعاوني
- (١٤) جريدة الشرق الأوسط - تاريخ النشر : ١٥ / ٢ / ٢٠١١
- (١٥) الدكتور موسى مصطفى القضاة - التأمين التكافلي بين دوافع النمو ومخاطر الجمود - ورقة عمل للملتقى التأمين بالرياض ١٤٣٠هـ
- (١٦) د. جلال محمد إبراهيم " جواز تأمين الانتحار " - التأمين وفقاً للقانون الكويتي
- (١٧) الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ١٩٩٦/٣ - ٣/١٠ .
- (١٨) الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة ١٩٩٦/١ . ٣/١٤ .
- (١٩) ندوة البركة الثامنة عشرة للاقتصاد الإسلامي دمشق ٧ - ٨ رجب ١٤٢١هـ / تشرين الأول (أكتوبر) ٢٠٠٠م



مؤتمر التأمين التعاوني
أبعاده وأفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه
الذي نظمه مجمع الفقه الإسلامي الدولي
بالتعاون مع



الجامعة الأردنية . والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (إيسيسكو) . والمهد الإسلامي للبحوث والتدريب (عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية)
٢٦ - ٢٨ ربيع الثاني ١٤٣١هـ ، الموافق ١١ - ١٣ إبريل ٢٠١٠م

التوصيات

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد

إنه في يوم ٢٦ ربيع الثاني ١٤٣١هـ ، الموافق ١١ من إبريل ٢٠١٠م ، وفي رحاب الجامعة الأردنية الزاهرة انعقد مؤتمر : (التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه) الذي نظمه مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالتعاون مع الجامعة الأردنية ، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (إيسيسكو) ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب (عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية) ، بمشاركة بعض أعضاء المجمع ، وبعض الفقهاء ، وبعض المتخصصين في صناعة التأمين الإسلامي من داخل المملكة الأردنية الهاشمية ومن خارجها ، وعدد من أساتذة الجامعة الأردنية .

وقد استمرت أعمال هذا المؤتمر على مدار ثلاثة أيام في جلسات صباحية ومسائية ، قدم خلالها ثمانية وثلاثون بحثاً ، تطرقت إلى دراسة ثمانية محاور رئيسة في الموضوع ، نوقشت مناقشة مستفيضة ، وانتهت إلى التوصيات التالية :

مع ملاحظة أن المشاركين في المؤتمر قد فضلوا استعمال تعبير التأمين الإسلامي بدلاً من التعاوني ، ومن ثم صار استعماله في جميع توصيات المؤتمر .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور الأول

مفهوم التأمين الإسلامي

أولاً: تعريف التأمين الإسلامي (بعد التصويت عليه):

هو أن يتفق عدة أشخاص يتعرضون لخطر أو أخطار معينة على أن يدفع كل منهم اشتراكاً معيناً على سبيل التعاون لتعويض الأضرار التي تصيب أحدهم إذا تحقق خطر معين .

ثانياً: محل التأمين:

هو الخطر، والخطر هو الحادث أو الواقعة التي ترتب الخسارة المادية في التأمين على الأشياء أو الخسارة المعنوية في التأمين على الأشخاص، ويستحق بها التعويض.

ثالثاً: هدف التأمين:

هو تحقيق الأمان للمستأمنين (المؤمن لهم).

أهم الفروق بين التأمين التجاري والتأمين الإسلامي:

- (١) أن التأمين (التجاري) عقد معاوضة يستهدف الربح من التأمين نفسه، وتطبق عليه أحكام المعاوضات المالية التي يؤثر فيها الغرر، وحكم التأمين التقليدي أنه محرم شرعاً، وأما التأمين التكافلي فهو التزام بالتعاون ولا يؤثر فيه الغرر.
- (٢) الشركة في التأمين الإسلامي وكييلة في التعاقد عن حساب التأمين، ولها الحق في الحصول على أجر مقابل ذلك، في حين أنها طرف أصلي في التأمين التجاري، وتتعاقد باسمها.
- (٣) الشركة في التأمين التجاري تملك الأقساط في مقابل التزامها بمبلغ التأمين، أما الشركة في التأمين الإسلامي فلا تملك قيمه الاشتراك، لأن الأقساط تصبح مملوكة لحساب التأمين.
- (٤) ما يتبقى من الأقساط وعوائدها - بعد المصروفات والتعويضات - يبقى ملكاً لحساب حملة الوثائق، وهو الفائض الذي يوزع عليهم، ولا يتصور هذا في التأمين التجاري، لأن الأقساط تصبح ملكاً للشركة بالعقد والقبض، فهو يعتبر إيراداً وربحاً في التأمين التجاري.

ملاحظة:

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

- (٥) عوائد استثمار أصول الأقساط بعد حسم نسبة المضاربة للشركة تعود لحساب حملة الوثائق في التأمين الإسلامي، وهي تعود للشركة في التأمين التجاري.
- (٦) يهدف التأمين الإسلامي إلى تحقيق التعاون بين أفراد المجتمع، ولا يستهدف الربح من عملية التأمين، في حين أن التأمين التجاري يستهدف الربح من التأمين نفسه.
- (٧) أرباح الشركة في التأمين الإسلامي تعود إلى استثماراتها لأموالها، وحصتها من ربح المضاربة، حيث هي مضارب، وحساب التأمين لرب المال.
- (٨) المشترك والمؤمن في التأمين الإسلامي في حقيقتهما واحد، وإن كانا مختلفين في الاعتبار، وهما في التأمين التجاري مختلفان تماماً.
- (٩) الشركة في التأمين الإسلامي ملتزمة بأحكام الشريعة، وفتاوى هيئتها الشرعية، أما التأمين التجاري فليس فيه التزام بأحكام الشريعة.
- (١٠) المخصصات التي أخذت من الصندوق وبقيت إلى تصفيه الشركة تصرف في وجوه الخير، ولا تعطى للمساهمين، في حين أنها تعود إليها في التأمين التجاري.

أهم الجوامع بينهما:

- (١) كل منهما يتم بالتراضي.
- (٢) كل منهما عقد مستمر.
- (٣) كل منهما عقد احتمالي، إلا أن الغرر في التأمين التقليدي يفسد التعاقد، والغرر في التعاوني مغتفر.

التكييف الشرعي للتأمين الإسلامي (بعد التصويت عليه):

هو عقد جديد يدخل في مظلة التعاون المنضبط بضوابط الشريعة المستمدة من القرآن والسنة.

رابعاً: الالتزام بدفع قسط التأمين الإسلامي.

منشأ هذا الالتزام هو أن المستأمن صرح بإلزام نفسه بأداء القسط، فيكون الحاصل التزاماً بوعده، والوعد لازم، وتتمتع الوعود بالقوة الملزمة بصفه غالبية، والوفاء به واجب، لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (المائدة: ١).

خامساً: حكم التأمين التجاري.

يؤكد على ما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي السابق رقم (٢/٩) في الفقرتين أولاً، وثانياً ونصهما:

ملاحظة:

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

أولاً: إن عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد. ولذا فهو حرام شرعاً.

ثانياً: إن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني، القائم على أساس التبرع والتعاون، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني.

سادساً: نظام التأمين الاجتماعي، ونظام التأمين الإسلامي.

يحرص كل من النظامين على تحقيق أغراض إنسانية كريمة، والمحافظة على أوضاع الناس الاجتماعية التي يتعرضون لها من: البطالة، والفقر، والمرض، والعجز، ويختلف التأمين الإسلامي عن التأمين الاجتماعي في أن جماعة التأمين التعاوني يتحملون أعباء هذا التأمين في صورة الاشتراكات التي يسدها كل منهم في الصندوق المشترك بينهم، أما التأمين الاجتماعي، فهو مظهر من مظاهر التضامن الاجتماعي وتفرضه سياسة اجتماعية مرسومة من الدولة، تهدف إلى تحسين حالة الفئات العاملة، وتأمين أفراد الناس العاملين ضد الحاجة، ومراعاة حقوق المسنين والأطفال وكلاهما جائز شرعاً.

ملاحظة:

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الثاني

تشريعات التأمين التعاوني، وعقوده، ووثائقه:

- دعوة المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بإعداد مشروع قانون ونظام أساسي لشركات التأمين الإسلامية، على ضوء ما حدد من توصيات في ورقة التصور الشمولي لمشروع قانون ونظام أساسي لشركات التأمين الإسلامية، على أن يعرض على مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- دعوة الدول والحكومات الإسلامية لإصدار تشريعات خاصة للتأمين الإسلامي.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور الثالث المشكلات التي تواجه التأمين التعاوني

من أهم المشكلات التي تواجه صناعة التأمين الإسلامي:

- (١) عدم وجود قوانين وأنظمة تحمي شركات التأمين الإسلامي المتعثره ماليا نتيجة العجز الكلي كما في الدول المتقدمة.
- (٢) عدم التزام بعض شركات التأمين بالشريعة الإسلامية في التطبيق العملي.
- (٣) عدم استيعاب القضايا المستجدة لدى المشتركين أو شركات التأمين.
- (٤) من الحلول الاقتصادية في حالة عجز الشركة عن دفع التعويضات، هو إيجاد شرط يلزم المشتركين بدفع مبالغ إضافية محددة في زمن ينتفي فيه الفرر والجهالة.
- (٥) عدم إلزام المشتركين بدفع مبالغ إضافية إلا في حالة وجود بند ينص على ذلك ويحدده.
- (٦) الاهتمام بالملاءة المالية لصندوق التعاون الإسلامي بما يحقق كفاءة ونجاح صناعة التأمين الإسلامية.
- (٧) العمل على زيادة تطوير صندوق التأمين الإسلامي من الناحية المالية بحيث يحقق أهدافه المنشودة.
- (٨) تطوير هيكله ومنهجية صندوق التأمين الإسلامي، لمعالجة المشكلات التي قد تطرأ ماليا وقانونيا.
- (٩) عند حصول عجز يتجاوز ما في صندوق التأمين والاحتياطيات المتراكمة في هذا الصندوق، يتعين على مؤسسة التأمين الإسلامي تفعيل التزامها بإقراض صندوق التأمين الإسلامي بما يغطي العجز، ولشركة التأمين الإسلامي حق الرجوع على صندوق التأمين لاسترجاع مبلغ القرض من فائض التأمين في السنوات اللاحقة لتحقيق العجز.
- (١٠) في حال حصول عجز في صندوق التأمين الإسلامي يعود سببه إلى سوء تصرف وإهمال من قبل شركة التأمين الإسلامي، فإن ذلك العجز تتحمله شركة التأمين الإسلامي.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور الرابع الرقابة الشرعية على شركات التأمين

بعد الدراسة والمناقشة للبحوث المقدمة ، وبناءً على قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (١٩/٣/١٧٧) بشأن دور الرقابة الشرعية في ضبط أعمال البنوك الإسلامية: أهميتها ، شروطها ، طريقة عملها يوصي المشاركون بضبط أعمال الرقابة الشرعية في شركات التأمين الإسلامي على النحو الآتي:

أولاً: المقصود بالرقابة الشرعية على شركات التأمين الإسلامي :

يقصد بالرقابة الشرعية على شركات التأمين الإسلامي: إصدار الفتاوى والأحكام الشرعية المتعلقة: معاملات شركات التأمين الإسلامي ومتابعة تنفيذها ، والتأكد من سلامة تطبيقها.

ثانياً: تكوين الرقابة الشرعية

تتكون الرقابة الشرعية من ثلاثة مكونات رئيسية هي:

(١) هيئة الرقابة الشرعية:

وهي مجموعة من العلماء المتخصصين في الفقه الإسلامي ، وبخاصة فقه المعاملات لا يقل عددهم عن ثلاثة ، ممن تتحقق فيهم الأهلية العلمية والدراية بالواقع العملي ، تقوم بإصدار الفتاوى والمراجعة للتأكد من أن جميع معاملات شركة التأمين متوافقة مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ، وتقديم تقرير بذلك للجمعية العامة ، وتكون قراراتها ملزمة.

١/١ يجب أن تكون هيئة الرقابة الشرعية مستقلة ، ولتحقيق ذلك يراعى ما يأتي:

- (أ) يكون تعيين أعضاء الهيئات الشرعية ، وإعضائهم ، وتحديد مكافآتهم من قبل الجمعية العامة للشركة ، وتتم المصادقة على ذلك من الرقابة الشرعية المركزية ، أو ما يقوم مقامها.
- (ب) أن لا يكون العضو مديراً تنفيذياً في الشركة ، أو موظفاً فيها ، أو يقدم إليها أعمالاً خلافاً لعمله في الهيئة.
- (ج) ألا يكون مساهماً في الشركة المعنية.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

٢/١ ضوابط الاجتهاد والفتوى في الهيئات الشرعية:

- (أ) الالتزام بقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مع مراعاة قرارات المجمع وهيئات الاجتهاد الجماعي الأخرى.
- (ب) تجنب الأقوال الشاذة، وتتبع الرخص أو التلفيق الممنوع وفق ما صدر في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٧٠ (٨/١).
- (ج) مراعاة مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال عند بيان الحكم الشرعي.
- (د) مراعاة ما صدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن ضوابط الفتوى في قراره رقم: ١٥٣ (١٧/٢).

(٢) الرقابة الشرعية الداخلية:

وهي الإجراءات اللازمة لضمان سلامة تطبيق قرارات الهيئة الشرعية في جميع المعاملات التي تنفذها الشركة، وتشتمل على العناصر الآتية:

- (أ) مراجعة الأدلة والإجراءات للتأكد من تنفيذ العمليات وفق فتاوى هيئة الرقابة الشرعية.
- (ب) تأهيل العاملين في الشركة بما يمكنهم من أداء أعمالهم بشكل صحيح من الناحية الشرعية والمهنية.
- (ج) تكوين فريق للتدقيق الشرعي الداخلي يتمتع بالتأهيل العلمي والعملية ويكون مستقلاً، ويتبع جهة عليا داخل الهيكل التنظيمي للشركة مثل: لجنة المراجعة أو مجلس الإدارة، ويكون تعيينه وإعفاؤه بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية.

(٣) الرقابة الشرعية المركزية:

وهي هيئة للرقابة الشرعية على مستوى السلطات الإشرافية الخاصة بأعمال التأمين في الدولة، وتضطلع بمهمتين رئيسيتين هما:

- (أ) الإشراف على عمليات السلطة الإشرافية التابعة لها.
- (ب) التأكد من فاعلية الرقابة الشرعية على مستوى شركات التأمين الإسلامي، وذلك من خلال التدقيق على أعمال هيئات الرقابة الشرعية، والرقابة الشرعية الداخلية، مع وضع لوائح ومعايير تنظم أعمال الرقابة الشرعية، بما في ذلك آلية

ملاحظة:

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

تعيين الأعضاء، وإعفائهم، وأهليتهم، وعددهم، وعملهم في الشركة التي هم أعضاء في هيئتها.

ثالثاً: توصيات عامة

(أ) تبني السلطات الإشرافية في كل دولة إصدار تشريعات وقوانين لتنظيم أعمال التأمين الإسلامي.

(ب) تبني السلطات الإشرافية في كل دولة إصدار تشريعات وقوانين لتنظيم أعمال الرقابة الشرعية في شركات التأمين الإسلامي، واتخاذ ما يلزم من إجراءات لتحويلها إلى جهة مستقلة.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور الخامس أنواع التأمين التعاوني

أولاً: التأمين على الأشخاص:

(١) إذا نُص في عقود التأمين الإسلامي على تعويض الأضرار التي تلحق بواحد من المشتركين ، وكان من بنود هذا العقد : أن من أدركه الموت منهم قام المشتركون بتقديم معونة مادية لورثته ، فإن ذلك يجوز شرعا.

(٢) المبلغ المستحق بوثيقة التأمين على الحياة عند موت المستأمنين، يكون تركة، وتجري عليه أحكام الميراث، وإن عين مستفيدا تجري عليه أحكام الوصية.

ثانياً: التأمين على الأشياء:

يجوز شرعا التأمين على الأشياء، والتأمين من المسؤولية وفقاً لمفهوم قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٣ (٣/١) ، في دورة انعقاده الثالثة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية عام ١٤٠٦هـ الموافق ١٩٨٦ ، بشأن استفسارات البنك الإسلامي للتنمية .

ثالثاً: تأمين الودائع المصرفية:

يجوز التأمين على الودائع المصرفية لدى المصارف الإسلامية، بواسطة شركات التأمين الإسلامي، ومؤسسات الضمان القائمة وفق أحكام الشريعة الإسلامية، كما يجوز التأمين الإسلامي على الديون.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور السادس أحكام التأمين الإسلامي

أولاً: بشأن إعادة التأمين:

- (١) وجوب الالتزام بإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين الإسلامية، لوجود شركات إعادة تأمين إسلامية في عدة مناطق من العالم الإسلامي.
- (٢) اقتراح تأسيس عقد التأمين على أساس المشاركة، وصياغة العلاقة التعاقدية المتبادلة بين أطراف عقد التأمين وفق أحكام الشركات في الفقه الإسلامي.
- (٣) دعوة أهل الصناعة المالية إلى: ابتكار منتجات تأمين وإعادة تأمين إسلامية جديدة، وعدم الاكتفاء بالمنتجات الحالية.
- (٤) دراسة نموذج المشاركة المتزايدة لإدارة التأمين، وإعادة التأمين الإسلامي، ووضع الضوابط الكفيلة بإنجاحه.
- (٥) الحرص على إدارة المخاطر في شركات التأمين وإعادة التأمين الإسلامي بمهنية عالية، وذلك باستخدام النماذج المالية للتحوط من المخاطر، وتحقيق الحوكمة الرشيدة المؤسسة على أحكام الفقه الإسلامي.
- (٦) دراسة حلول جديدة لحالتي العجز الجزئي والكلي لوجود اعتراضات على ما هو معمول به حالياً.

ثانياً: بشأن الفائض التأميني:

- (١) الفائض التأميني هو: ما يتبقى من الأقساط بعد حسم التعويضات التأمينية للمتضررين من المستأمنين، وحسم المصاريف التسويقية، والإدارية، والتشغيلية.
- (٢) الأصل في الفائض التأميني أنه جزء من موجودات حساب التأمين، ويوزع الفائض التأميني بين المشتركين وفقاً للضوابط التي يحددها مجلس الإدارة، وتعتمدها هيئة الرقابة الشرعية، ولها الاحتفاظ به في حساب التأمين.
- (٣) تُعدُّ مجالات التأمين كلها مجموعة واحدة في احتساب الفائض التأميني تعزيزاً للتكافل.
- (٤) يراجع قرار مجمع الفقه الإسلامي السابق في حكم زكاة الفائض التأميني.

ملاحظة:

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

(٥) تحل شركة التأمين محل حملة الوثائق بالمسؤولية عن الضرر في التأمين على الأشياء للمطالبة بالتعويض ودعوى التعويض، ولا تحل محله في التأمين على الأشخاص.

ثالثاً: بشأن التصفيه:

في حال تصفية شركة التأمين، فإن موجودات الصندوق التأميني تصرف في وجوه الخير، على أن يُنصَّ على ذلك في عقد التأمين، وإن بقي مال عند التصفية وعرف أصحابه يعمل به ما يعمل بالفائض، وما كان من احتياطي متراكم لا يُعلم أصحابه، فيعمل به ما يعمل بالمال الذي ليس له مالك.

رابعاً: بشأن علاقة شركة التأمين بحملة الوثائق:

علاقة شركة التأمين بحملة الوثائق علاقة وكالة بأجر، وعلاقة حملة الوثائق ببعضهم علاقة تعاون على ترميم أثر الحادث.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور السابع

الدور التنموي لشركات التأمين التعاوني : آفاقه، معوقاته، مشكلاته الاستثمار في شركات التأمين الإسلامي : (أبعاده، وأحكامه، وضوابطه، ومشكلاته) ومشاركة حملة الوثائق في إدارة الصناديق

إن أمر العمارة والتَّـمِّيَّة من الأمور التي تتدرج تحت فروض الكفاية بسبب أن للأمة مصالح كثيرة لا بد من وجودها لتنظيم أحوالها، وتسعد في حياتها، ومن هذه المصالح ما لا يُقدر عليه إلا باستعداد خاص وتعلم ودراية" ، كما أن التَّـمِّيَّة تحقق مصالح كثيرة للأمة، وهذه المصالح يحققها للأمة من ملك ناصية العلم والدارية والمعرفة والتأهيل والقدرة على إدارتها، وهذه المصالح إذا كانت واجباً كفايياً تكون واجباً عينياً لمن ملك القدرة على تنفيذها ، كما أن دور خدمات التَّـمِّيْن الإسلامي للحماية من الخسارة للمصالح التنموية ، يؤدي إلى إزالة المشقة التي قد يواجهها والمستفيدون من المصالح التنموية وذلك بحسبان أن التَّـمِّيْن الإسلامي يعمل على إعادة الضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبل الضرر. لهذا توصي الندوة بما يلي:

- (١) أن تجتهد هيئات التَّـمِّيْن الإسلامي والجهات الرسمية والتعليمية ذات الصلة في العمل على : نشر الوعي التَّـمِّيْنِي الإسلامي ووضع الحلول المناسبة لحل مشكلاته.
- (٢) مشاركة المشتركين (المؤمن لهم) في إدارة صناديق التَّـمِّيْن ، تحقيقاً لاطمئنانهم ومتابعتهم لنشاط التَّـمِّيْن الإسلامي ، لأنهم يلتزمون بدفع إيرادات صناديق التَّـمِّيْن وينالون منها تعويضاتهم ويغنمون فائضها ، وهذا يؤدي إلى تعميق قناعة المشتركين بالتَّـمِّيْن التعاوني الإسلامي وإدراكهم لما يميزه عن التَّـمِّيْن التجاري.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

المحور الثامن

تصور شمولي لمشروع قانون يضبط شؤون التأمين الإسلامي بكل أبعاده

- (١) التأمين الإسلامي هو اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بالتزام كل شخص بدفع اشتراكات على أساس التعاون، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة (صندوق) يتم منه دفع مبلغ التأمين إذا وقع الخطر المؤمن منه، وذلك طبقاً للوائح والوثائق، ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره شركة مساهمة بأجر نظير إدارة أعمال التأمين، واستثمار موجودات الصندوق.
- (٢) يستند التأمين الإسلامي على القاعدة العامة: أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، ما لم يرد دليل حاصر.
- (٣) التزام الشركة بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في كل أنشطتها.
- (٤) يجب أن يكون للتأمين الإسلامي قانون مستقل عن قانون التأمين التقليدي، ولا مانع أن يكون جزء من قانون التأمين التقليدي عند التعذر.
- (٥) يجب إبراز الغاية الرئيسة من إنشاء شركة تأمين إسلامي، وبيان طبيعتها وأهدافها وخصائصها.
- (٦) الاستفادة من المعايير ذات الصلة بالتأمين الإسلامي الصادرة عن الجهات المتخصصة.
- (٧) يختص حساب التأمين بموجودات التأمين وعوائد استثماراته، كما أنه يتحمل التزاماته.
- (٨) يجب إنشاء حسابين منفصلين أحدهما خاص بالشركة نفسها، والآخر خاص بصندوق حملة الوثائق.
- (٩) تعيين هيئة الرقابة يكون بطريقة مستقلة، وتكون فتاواها ملزمة للشركة، ووجود إدارة رقابة وتدقيق شرعي داخلي، ويجب أن تقدم هيئة الفتوى والرقابة الشرعية تقريراً سنوياً عن أعمال الشركة.
- (١٠) أفضلية مشاركة حملة الوثائق في إدارة عمليات التأمين من خلال إيجاد صيغة قانونية مناسبة لممارسة حقهم في الرقابة، وحماية مصالحهم، مثل تمثيلهم في مجلس الإدارة.

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

- (١١) صرف جميع المخصصات المتعلقة بالتأمين والفوائض المتراكمة في وجوه الخير عند تصفية الشركة.
- (١٢) يجوز أن تشتمل اللوائح المعتمدة على التصرف في الفائض بما فيه المصلحة حسب اللوائح مثل: تكوين الاحتياطيات أو تخفيض الاشتراكات أو التبرع به للجهات الخيرية أو توزيعه أو جزء منه على المشتركين ، على أن لا تستحق الشركة المديرة شيئاً من ذلك الفائض.
- (١٣) الفائض التأميني جزء من موجودات حساب التأمين، ويوزع الفائض التأميني بين المشتركين وفقاً للضوابط التي يحددها مجلس الإدارة، وتعتمدها هيئة الرقابة الشرعية، ولها الاحتفاظ به في حساب التأمين.
- (١٤) تلتزم الشركة بتغطية حساب التأمين في حال العجز على سبيل القرض الحسن.
- (١٥) يجبر الضرر بما لا يتجاوز مبلغ التأمين المتفق عليه في حالة التأمين على الأشياء، ويكون حسب وثيقة التأمين في حالة التأمين على الأشخاص.
- (١٦) تستثمر أموال التأمين ورأس مال الشركة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- (١٧) يجب إعادة التأمين لدى معيدي تأمين إسلامي ما أمكن.
- (١٨) تحل الشركة الإسلامية محل حملة الوثائق في التأمين على الأشياء في مطالبة المسؤل عن الضرر.
- (١٩) يجب أن تضمن وثائق التأمين الإسلامي اللجوء إلى التحكيم عند الخلاف ، وحكم المحكمون وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

والله الموفق ، ،

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

مبادئ التأمين الإسلامي

تحمل المشاركة في الريح والخسارة - الفائض التأميني -
حق الحلول - التحمل - إعادة التأمين

إعداد

الأستاذ الدكتور عجيل جاسم النشمي
الأستاذ بكلية الشريعة جامعة الكويت ، عضو المجمع

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم
أجمعين .

تمهيد

لا ريب أن التأمين التجاري ومن ثم شركات التأمين التجاري أصبح ضرورة للتجارة المحلية والدولية ، وللتجار والأفراد ، وقد اهتمت الدول بوضع النظم الأساسية لشركات التأمين تحدد فيها هيكل وضوابط وشروط هذه الشركات ، وقد تطورت هذه النظم عبر التاريخ المديد من عمر التأمين وفق التجارب والمصالح ، وقد انشغل المسلمون كغيرهم بمعايشة واقع هذه الشركات مع ما فيها من أصول ومبادئ تصطدم وقواعد الشرع تحت ضغط الضرورات والحاجات التي لا غناء عنها ، وظل هذا الواقع يحمل المسلمين على معاشته وتطبيقه لا مناص عنه ، حتى بدأت بفضل الله تعالى ثم بجهود الفقهاء والاقتصاديين المخلصين مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية تشغل حيزاً من واقع المجتمعات الإسلامية ، وأعان وسدد في هذه المسيرة قرارات الندوات والمؤتمرات والمجامع الفقهية التي لم تدع معضلة كبيرة أو صغيرة إلا ووضعتها تحت الدرس والنظر ، إما ردتها وقدمت البديل ، وإما عدلت وقومت ما احتاج منها إلى تعديل لأسلمتها ، الأمر الذي جعل هذه المؤسسات المالية الإسلامية رغم صغر عمرها تعايش بتميز أو تنافس المؤسسات المالية التجارية من البنوك والشركات التقليدية.

ونجاح المؤسسات المالية الإسلامية كان مبرراً وممهداً للنظر في مواقع التأمين التجاري ، فإن العلاقة بين البنوك التقليدية وشركات التأمين علاقة حميمة وعضوية ، فاتجه نظر العلماء إلى دراسة نظم التأمين ومحاولة أسلمتها ، أو إيجاد البدائل الشرعية ، فقامت الندوات والمؤتمرات والمجامع الفقهية بدورها وواجهها الشرعي غير منقوص ، وكان من نتيجته إنشاء شركات التأمين الإسلامي. حتى غدت هذه الشركات تكاد تنافس شركات التأمين التجاري وتستقطب المساهمين وإن كان أمامها بعد طريق طويل ، ونقدر أن نجاح المؤسسات المالية الإسلامية أوسع وأرسخ من نجاح شركات التأمين التي مازال أمامها بعض العقبات الواقعية والإدارية والفنية.

ولسنا هنا بصدد رصد الواقع التأميني التجاري والإسلامي وتفاصيل أحكامه ومستحققاته ، ولكننا بصدد التنويه بأهم القضايا والمبادئ التي قامت عليها شركات التأمين التجاري ، وما من بد منها لقيام واستمرار شركات التأمين الإسلامي.

وقد اخترت أهم هذه القضايا أو المبادئ التي تشتد الحاجة إليها وتحتاج إلى تنقيتها أو تحريرها ووضع الضوابط والشروط الشرعية لها.

وقد وضعت هذا البحث لعرض هذه القضايا وتأصيلها من الناحية الشرعية ونظمتها في أربعة مباحث :

- المبحث الأول : في مبدأ تحمل المشاركة في الربح والخسارة في شركات التأمين الإسلامي.
- المبحث الثاني : في مبدأ الفائض التأميني وتوزيعه في شركات التأمين الإسلامي.
- المبحث الثالث : في مبدأ الحلول في شركات التأمين التجاري والإسلامي.
- المبحث الرابع : في اشتراط التحمل في شركات التأمين الإسلامي .
- المبحث الخامس : في إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامي.

المبحث الأول

مبدأ تحمل المشاركة في الربح والخسارة

في شركات التأمين الإسلامي

تمهيد

لما كان التأمين الإسلامي التكافلي التعاوني قائماً على التبرع ، فإن الإلزام بالتحمل واستحقاق المؤمن له لربح ما تبرع به يشوش أو يتعارض مع أصل التبرع.

ولإزالة شبهة هذا التعارض نحتاج إلى بيان التكييف الشرعي لشركة التأمين الإسلامي ، وعلاقة المؤمن بالأطراف الأخرى وحقوق والتزامات كل طرف ، فإن صفة التعاون والتكافل مقصد يشترك فيه الأطراف جملة : المؤسسون ، والمشتركون ، والشركة.

وبعد عرض التصور شاملاً لأعمال الشركة والعلاقات بين أطرافها يتمهد بذلك معرفة وتحديد التكييف الشرعي لمبدأ التحميل هذا.

أطراف شركة التأمين الإسلامي :

تتكون شركة التأمين الإسلامية من المساهمين المؤسسين (هيئة المؤسسين) والمشتركون حملة الوثائق (هيئة المشتركين) ، والشركة المديرة .

أما المؤسسون : فهم من يضعون رأس مال الشركة ويوقعون على عقد التأسيس والنظام الأساس ؛ ويمكن أن ينضم إليهم كل من يساهم في رأس المال لاحقاً ، وهم من يقع عليهم عبء إنشاء شركة التأمين الإسلامية ، ومتابعة إجراءاتها ودعوة الراغبين في المساهمة فيها . وأهم ما يلتزم به المساهمون التعهد بتغطية العجز الذي قد يطرأ على صندوق المشتركين على سبيل القرض الحسن ، وذلك عن طريق الشركة ، فإذا لم تف أموال المشتركين بالتعويضات المطلوبة ولم يتم الوفاء عن طريق شركات إعادة التأمين فإن الشركة تلتزم بالقرض الحسن لصندوق التأمين وهذا التزام مبني على الوعد الملزم الذي قال به بعض الفقهاء وأقرته العديد من الندوات العلمية .

وأما المشتركون : فهم حملة وثائق التأمين وعليهم دفع أقساط التأمين على صفة التبرع ويتحملون الأضرار والمخاطر التي قد تنزل بهم أو بأحدهم ، ويلتزمون بدفع التعويض التأميني من وعاء أو صندوق أقساط التأمين .

وللمشتركون حق استثمار ما زاد عن الإنفاق من أقساط التأمين والتعويضات لدى شركة التأمين ، فيستحقون نصيبهم في صافي الفائض التأميني الذي يتحقق في حساب عمليات التأمين لدى الشركة في نهاية السنة المالية وفق النظم واللوائح المعتمدة من مجلس إدارة الشركة ، وذلك بعد تغطية ما يلزم من الاحتياجات والنفقات والمصروفات الإدارية .

وأما شركة التأمين : فهي الشركة التي أسسها المساهمون للقيام بأعمال التأمين والاستثمار وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، وأهم أعمالها التأمين على كل ما تنص عليه وثائق التأمين لصالح المشتركين ، واستثمار ما زاد من أموال المشتركين بنسبة من الربح أو بأجر .

التحمل تبعاً لطبيعة العلاقة بين الأطراف :

العلاقات بين الأطراف تبين طبيعة وصفة وحدود تحمل المساهمين أو المؤسسين والمشاركين والشركة .

فالعلاقة بين المؤسسين أنفسهم علاقة تجارية تتمثل باستثمار أموالهم في الشركة التي ينشئونها ، وأما سبيل التعاون فيأتي تبعاً باعتبارهم أصحاب فكرة الشركة التعاونية والساعون في إنشائها وتمكين المشتركين من العمل التعاوني الإسلامي .

كما أن المؤسسين يتعهدون تعهداً ملزماً على أنفسهم للمشاركين بتغطية العجز إن وجد بقرض حسن .

وكذلك العلاقة بينهم وبين المشتركين علاقة تجارية أيضاً تقوم على المضاربة بنسبة من الربح نظير قيام الشركة باستثمار أقساط التأمين التي يدفعها المشتركون ، أو تقوم العلاقة على أساس الوكالة بأجر نظير قيام الشركة بسائر أعمال ومتطلبات التأمين الإدارية و الفنية وما يستلزم ذلك من أعباء .

وأما العلاقة بين المشتركين فهي العلاقة التعاونية بالالتزام بالتبرع من الصندوق للمتضرر منهم . والشركة هي التي تقوم بالعمل التعاوني بأجر أو بدونه أو بالنسبة - كما سيأتي - .

ثالثاً : حساب المساهمين والمشاركين وما يتحمله كل منهم :

لما كانت شركة التأمين الإسلامية تتكون من هيئتين مستقلتين : هيئة المساهمين وهيئة المشتركين ، كان لابد من فصل حساب كل منها ، ويتحدد بناءً على هذا الفصل ما يتحمله كل منها على ضوء مكونات الحساب وهما حساب المساهمين وحساب المشتركين .

يتكون حساب المساهمين من :

- (١) رأس المال المتمثل في قيمة الأسهم المدفوعة
- (٢) عائد استثمار المال المتبقي من رأس المال
- (٣) حصة الشركة من ربح أقساط المشتركين المستثمرة

ويتحمل المساهمون :

- (١) مصاريف استثمار الأموال وأية مصاريف أخرى
- (٢) رواتب الموظفين

(٣) أجرة المبنى ونحوه

(٤) بدل الاحتياطيات القانونية

حساب المشتركين : ويسمى حساب حملة الوثائق ، أو صندوق أو محفظة هيئة المشتركين ويتكون من :

(١) أقساط التأمين .

(٢) حصة المشتركين من أرباح الأقساط .

ويتحمل المشتركون :

(١) ما يدفع من تعويضات للمتضررين.

(٢) مقاصة إعادة التأمين واحتياطي إعادة أخطار سارية

(٣) المطالبات الموقوفة التي ستدفع للمتضررين

(٤) أجرة عمليات التأمين المدفوعة للشركة

(٥) بدل الاحتياطيات الفنية والقانونية^(١)

أثر الفصل بين الحسابين والفائض التأميني :

(١) أن لا يشارك المساهمون في الفائض التأميني (الفني)

(٢) أن يوزع الفائض التأميني على المشتركين وحدهم بعد التعويضات وحسم الاحتياطيات

(٣) يقتطع الاحتياطي القانوني من عوائد استثمار أموال المساهمين ويكون من حقوقهم وكذلك كل ما يتوجب اقتطاعه مما يتعلق برأس المال ولا يجوز اقتطاع جزء من أموال حملة الوثائق أو أرباحها لصالح المساهمين .

(٤) محفظة حقوق المساهمين تشمل رؤوس أموالهم وأرباحهم بالإضافة إلى نصيب من الربح المتحقق من تشغيلهم أموال المشتركين ، وتشمل محفظة المشتركين الفائض من أقساطهم بعد حسم التعويضات والمصاريف وتكوين الاحتياطيات .

(٥) عند التصفية تؤول الموجودات في محفظة المشتركين إلى وجوه الخير

(٦) يمكن استرداد رأس مال المساهمين عند استغناء محفظة التأمين عنه ، أو عند تصفية الشركة ، كما يمكن بقرار من الجمعية العمومية للشركة التبرع به كلياً أو جزئياً ، أو ضمه إلى احتياطي محفظة التأمين

(٧) المبالغ المستردة من التعويضات المدفوعة تعود إلى حقوق المشتركين

^(١) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ١٥٤ ، للدكتور محمد عثمان شبير ، ويحث شركة التأمين وإعادة التأمين في الإسلام ١١٠ ، للدكتور فتحي لاشين .

ما تتحمله شركة التأمين وما تستحقه :

نتيجة وجود حسابين في شركة التأمين الإسلامية فإن واجبات شركة التأمين عديدة تجاه هذين الحسابين ، تتلخص فيما يلي :

- (١) أن تمسك الشركة حسابات مفصلة لرأس المال وباقي حقوق المساهمين ، وتكون الأرباح المحققة من استثماراتها من حقوق المساهمين فقط مضافاً إليها نسبة من الأرباح المحققة من استثمارات أقساط التأمين حسبما تحددها الجمعية العمومية بناء على توصية مجلس الإدارة وما ينص عليه في وثائق التأمين الصادرة من الشركة
- (٢) تقوم الشركة بإدارة صندوق التكافل ، وتنظيم عملياته بما يضمن إعادة كل الفائض الذي يتحقق في حسابات عمليات التكافل إلى جماعة المتكافلين وفقاً للقواعد التي يضعها ويعتمدها مجلس إدارة الشركة
- (٣) القيام باستثمار الأموال المحصلة من المشتركين والفوائض والاحتياطات للشركة
- (٤) توزيع الأرباح الصافية للاستثمارات وفق النسب التي يحددها النظام الأساسي ، وأما الخسائر إن وجدت فيتم توزيعها بنسبة ما يملكه كل مساهم في رأس المال
- (٥) تحسم الشركة المصروفات والنفقات المرتبطة بأعمال الاستثمار وكل ما يخص المساهمين من رصيد حملة الأسهم وحدهم^(١) .
- (٦) تقتطع الشركة من إجمالي الأرباح غير الصافية نسبة مئوية يحددها مجلس الإدارة تخصص لاستهلاك موجودات الشركة أو للتعويض عن نزول قيمتها ، وتستعمل هذه الأموال لشراء المواد والآلات والمنشآت اللازمة أو لإصلاحها ، ولا يجوز توزيع هذه الأموال على المساهمين
- (٧) يسري على الشركة وإعادة التأمين من حيث العلاقة بين المساهمين والشركات المباشرة الأحكام التي تطبق في تنظيم علاقة المساهمين بالتأمين في شركات التأمين المباشرة
- (٨) تتحمل الشركة المصروفات الخاصة بتأسيس الشركة ، وجميع المصاريف التي تخصها ، أو تخص استثمار أموالها^(٢)

ما تستحقه شركة التأمين :

تقوم العلاقة بين الشركة والمشاركين على أساس الوكالة في جميع ما يخص إدارة عمليات التأمين من حيث التوقيع عنهم وتسليم الأقساط ، ودفع مبالغ التأمين وإعادة التأمين ، ونحو ذلك لقاء أجر أو بدون أجر

(١) شركة التأمين وإعادة التأمين ١١١ ، للدكتور فتحي لاشين ؛ والتأمين على الحياة ومستجدات العقود ، للدكتور على محيي الدين القره داغي ١٣٦ ، وفي هامشه كتاب الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ٩٦ .

(٢) من قرارات الندوة الفقهية لبيت التمويل الكويتي ؛ ومعيار التأمين في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة المؤسسات المالية الإسلامية ؛ والنظام الأساسي للشركة الوطنية للتأمين التكافلي ، الكويت ؛ وشركة التأمين التكافلي ، الكويت .

وإذا كانت العلاقة بينهما قائمة على أسس الوكالة بأجر ، تقوم الشركة بإدارة عمليات التأمين من إعداد الوثائق وجمع الأقساط ، ودفع التعويضات ، وغيرها من الأعمال الفنية مقابل أجر معلومة ينص عليها في العقد حتى يعتبر المشترك قابلاً بها بمجرد التوقيع على العقد ، وحينئذ تتحمل الشركة جميع المصاريف الادارية نظير الأجر وتقوم الشركة بصفتها مضارباً باستثمار أموال المشتركين (حملة الوثائق) على أساس عقد المضاربة التي تحدد فيها حسب العقد نسبة الربح لكل من الطرفين وهي بذلك مضارب ، وحساب التأمين رب المال ولا تضمن الشركة إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط ، وتتحمل الشركة ما يتحمله المضارب من المصروفات المتعلقة باستثمار الأموال نظير حصته من المضاربة ^(١) .

التكيف الشرعي لمبدأ استحقاق الربح وتحمل الخسارة :

بعد هذا التصور الشامل للعلاقات بين أطراف الشركة وحقوقهم وواجباتهم وحدود مسؤولياتهم يمكن باطمئنان بيان التكيف الشرعية لمبدأ المشاركة في الربح والخسارة في شركات التأمين الإسلامية.

إن مرجع مبدأ التحمل مع صفة التبرع يعود إلى طبيعة الاشتراك أو الالتزام في شركة التأمين الإسلامي ، إذ التأمين الإسلامي يقوم على الالتزام بالتبرع لمصلحة وحماية المشتركين في صندوق التأمين لتلافي ما قد يقع من أخطار على المؤمنين أو المشتركين حسب نوع الضرر المتفق على التعويض عنه ، ولذا ينص نظام الشركة الأساسي على أن المشترك يتبرع بالقسط وعوائده لحساب التأمين بما يكفي لدفع التعويضات.

وهذا الالتزام بالتبرع أقدم عليه المؤمن وشرطه على نفسه رغباً طائعاً مختاراً غير مكره ، والالتزام به وبآثاره ، فالاتفاق على الاشتراك ملزم ما لم يخالف محل الالتزام أو شروطه كتاب الله وسنة نبيه ﷺ ، وقد دلت الآيات والأحاديث على وجوب التزام من اشترط على نفسه شيئاً فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٢) ، وقال النبي ﷺ : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " وما قد يكون في نظام التأمين من غرر فهو محتمل إذ العقد عقد تبرع لا معاوضة ويغتفر الغرر في عقود التبرعات ما لا يغتفر في عقود المعاوضات.

ولا يعكر قصد التبرع توقع الفائدة واستهدافها تبعاً ، فإنه إنما أقدم على التبرع لوجود متبرعين آخرين يقصدون التعاون ، والتكافل ، وتبادل المصالح ، وتخفيف المخاطر ، فيضعون أموالهم في صندوق خاص بهم يلتزمون بشروط يتفقون عليها.

(١) انظر معيار التأمين في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

(٢) المائدة : ٦٠ .

ولا مانع أن يضعوا من الشروط ما يحقق مصالحهم فيحددوا نسبة التحمل بقدر مساهمة كل واحد منهم ولو مع الأخذ بالاعتبار اختلاف أحوال المشتركين ، وشروط التعويض وتحمل الخسائر ، ومدة الاشتراك ، وخيار الشرط ، أو عدم التحمل في حالات معينة ، ونحو ذلك مما ينص عليه في نظم ووثائق التأمين ما دامت النظم والشروط لتحقيق مصالح مشروعة معتبرة لمجموع المشتركين ، وخاصة إذا ترتب على المساواة من كل وجه ضرر يلحق بأفراد المشتركين أو جملة المشتركين ، ويسبب خللاً في صندوق التأمين فالضرر يزال شرعاً إذا لا ضرر ولا ضرار.

وإذا اتفق المشتركون على استثمار الفائض لصالحهم وفق شروط يتفقون عليها فلا مانع منه ، بل هذا مرغوب فيه لتوسعة أعداد المشتركين وما يتبع ذلك من توزيع المخاطر وقدرة مالية أكبر لشركتهم يكون مردودها للمشاركين جميعاً ، كما أن مردودها اجتماعي في توظيف الأموال والأشخاص ، وإعانة المحتاجين ، وتشجيع العمل الخيري ، وهذا ما ينبغي أن تنص عليه نظم التأمين في شركات التأمين الإسلامي ، فاجتماع هذه المصالح يبرر بلا ريب التوسع في إنشاء شركات التأمين الإسلامية ، ويعطي المشروعية للأعمال والأنشطة والالتزامات والحقوق المترتبة على التزام التبرع في اتفاق مجموع المشتركين في شركة التأمين الإسلامية.

المبحث الثاني الفائض وتوزيعه في شركات التأمين الإسلامي

تمهيد

إن الفائض أو الفائض التأميني ، مصطلح جديد على صناعة التأمين ، فهو من مفردات شركة التأمين الإسلامي ، لا تعرفه شركات التأمين التقليدي ؛ لأنه نتج من طبيعة التأمين الإسلامي والعلاقات بين أطرافه.

ولذا كان الوقوف على حقيقته وصفته وأحكامه يستلزم معرفة ما يأتي :

أولاً : تعريف الفائض وصايف الفائض التأميني .

ثانيا : التكيف الفقهي للفائض .

ثالثا : كيفية توزيع الفائض

أولاً : تعريف الفائض وصايف الفائض التأميني :

يقال : فاض الماء أي كثر حتى سال على ضفة الوادي .

ويقصد بالفائض هنا : ما يقبض أو يقيد في سجلات الشركة من اشتراكات التأمين ، وعائد استثماراته بعد خصم تكاليف إعادة التأمين والتعويضات .

ويقصد به عند الاقتصاديين : الفرق بين الثمن الذي دفعه المشتري فعلاً وما كان مستعداً لدفعه حتى لا يحرم السلعة ، فإذا كانت منفعة السلعة أكثر من الثمن المدفوع فيها ، قيل : إن هناك فائضاً للمستهلك.

ويقصد بالفائض : ما تبقى من من أقساط المشتركين والاحتياطيات وعوائدها بعد خصم جميع المصروفات والتعويضات المدفوعة ، أو التي ستدفع خلال السنة . فهذا الناتج ليس ربحاً ، وإنما يسمى الفائض^(١) .

ثانيا : التكيف الفقهي للفائض

الفائض نتج من طبيعة عقد التأمين الإسلامي إذ هو عقد مبني على مبدأ التحمل والالتزام بالتبرع ، وبيان ذلك :

أن مرجع مبدأ التحمل مع صفة التبرع يعود إلى طبيعة الاشتراك ، أو الالتزام في شركة التأمين الإسلامية إذ التأمين الإسلامي يقوم على الالتزام بالتبرع^(٢) لمصلحة وحماية المشتركين في صندوق لتلافي ما قد يقع من أخطار على المؤمنين أو المشتركين حسب نوع الضرر المتفق على التعويض عنه ؛ ولذا ينص نظام الشركة الأساس على أن المشترك تبرع بالقسط وعوائده لحساب التأمين بما يكفي لدفع التعويضات .

(١) مختار الصحاح ، ولسان العرب لابن منظور بإعداد يوسف خياط ونديم مرعشلي ، ومعيار التأمين ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية .

(٢) معيار التأمين هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

وهذا الإلزام بالتبرع أقدم عليه المؤمن وشرطه على نفسه راغباً طائعاً مختاراً غير مكره ، والالتزام به وبآثاره ، فالاتفاق على الاشتراك ملزم ما لم يخالف محل الالتزام أو شروطه كتاب الله تعالى أو سنة نبيه ﷺ وقد نصت الآيات والأحاديث على وجوب التزام من اشترط على نفسه شيئاً فقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(١) ، وقال النبي ﷺ : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " ، وكذا يمكن تخريج الالتزام بالتبرع على النهذ ، وهو بكسر النون وفتحها : إخراج القوم نفقاتهم على قدر عدد الرفقة ، والتهاهد هو : إخراج كل من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه ، وحكى عمر بن عبيد عن الحسن البصري أنه قال : " أخرجوا نهدكم فإنه أعظم للبركة ، وأحسن لأخلاقكم وأطيب لنفوسكم " ^(٢) .

وتخريج الالتزام بالتبرع على النهذ ظاهر ، حيث يشترك حملة الوثائق طوعاً بدفع مبالغ محددة ويتراضون على إمكان أن يأخذ بعضهم أكثر من بعض ، فقد يعرض بعضهم لحوادث تقع له دون غيره ، ويتعاونون في مصاريف الشركة بينهم ولهم أن يستثمروا ما بقي ، وهذه إضافات على النهذ ، وتوسيع لمقاصد التعاون على البر ، لا تعارض أصل النهذ ، وهو المشاركة في الطعام واقتسامه فقد يأكل بعضهم أكثر من بعض ^(٣) .

وقد رجح المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة هذا التكييف ، فجاء في معيار التأمين الإسلامي : إن مستند عقد التأمين عقداً تبرعياً لازماً للعاقدين هو أنه يكيف على أساس النهذ ، أو الالتزام بالتبرع ، وقد وردت آثار عن علي وابن مسعود - رضي الله عنهما - أنهما قالوا : " الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض " ، كما ورد عن أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - ما يدل على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض ، فجمع مالك بين هذه الآثار فحمل آثار علي وابن مسعود - رضي الله عنهما - وغيرهما في لزوم العقد على أن العقد من حيث هو عقد لازم ، وحمل آثار أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - على أن القبض شرط لتمام العقد ، وأن ذلك كان لسد الذريعة التي ذكرها عمر ﷺ ، ويدل على ذلك أيضاً قول رسول الله ﷺ : " الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه " .

وما قد يكون في نظام التأمين من غرر فهو من الغرر المحتمل إذ العقد عقد تبرع لا معاوضة ، ويغتفر الغرر في عقود التبرعات ما لا يغفر في عقود المعاوضات ، ولا يعكز قصد التبرع توقع الفائدة واستهدافها تبعاً ، فإنه إذا أقدم على التبرع لوجود متبرعين آخرين يقصدون التعاون والتكافل وتبادل المصالح وتخفيف المخاطر فيضعون أموالهم في صندوق خاص بهم ويلتزمون بشروط يتفقون عليها فهذا مما لا يضيره .

ولا مانع أن يضعوا من الشروط ما يحقق مصالحهم ، فيحددوا نسبة التحمل بقدر مساهمة كل واحد منهم ولو مع الأخذ بالاعتبار اختلاف أحوال المشتركين وشروط

(١) المائدة : ١ .

(٢) التأمين الإسلامي للأستاذ الدكتور علي القره داغي ، ٤٥٤ .

(٣) معيار التأمين الإسلامي رقم (٢٦) ، ص (٢٧٣) .

التعويض ، وتحمل الخسائر ، ومدة الاشتراك وخيار الشرط ، أو عدم التحمل في حالات معينة ، ونحو ذلك مما ينص عليه نظم ووثائق التأمين ؛ مادامت النظم والشروط لتحقيق مصالح معتبرة لمجموع المشتركين .

وقد لا يلتزم بالمساواة من كل وجه وينص على ذلك ، وخاصة إذا ترتب على المساواة من كل وجه ضرر يلحق بأفراد المشتركين ، أو حملة المشتركين ، ويسبب خللاً في صندوق التأمين فالضرر يزال شرعاً إذ لا ضرر ولا ضرار .

وإذا اتفق المشتركون على استثمار الفائض لصالحهم وفق شروط يتفقون عليها فلا مانع منه ، بل هذا مرغوب فيه لتوسعة أعداد المشتركين وما يتبع ذلك من توزيع المخاطر وقدرة مالية أكبر لشركتهم يكون مردودها للمشاركين جميعاً كما أن مردودها اجتماعي في توظيف الأموال والأشخاص وإعانة المحتاجين وتشجيع العمل الخيري وهذا ما ينبغي أن تنص عليه نظم التأمين في الشركات الإسلامية ، فاجتماع هذه المصالح يبرر بلا ريب التوسع في إنشاء شركات التأمين الإسلامية ، ويعطي المشروعية للأعمال والأنشطة والالتزامات والحقوق المترتبة على التزام التبرع في اتفاق مجموع المشتركين في شركة التأمين الإسلامي.

وعليه فإن الفائض من اشتراكات التأمين وعوائد استثماراته حق خالص للمشاركين بعد خصم التعويضات وإعادة التأمين وكذلك يستحقون الفائض التأميني بعد حسم الاحتياطات القانونية والفنية ، وهذا ليس ربحاً وإنما هو فائض كما سبق التنويه.

ثالثاً : طرق توزيع الفائض

يتم توزيع الفائض بعدة طرق :

الطريقة الأولى: أن يوزع الفائض على جميع المشتركين فيوزع عليهم بنسبة اشتراكهم ، لا فرق بين مشترك استحق تعويضاً أو لم يأخذ شيئاً من التعويض وهذا مبني على أن كل مشترك متبرع للآخرين .

وفي هذا يقول الشيخ صديق الضيرير : هذا المسلك أولى عندي مما تسلكه بعض الشركات من خصم التعويض من اشتراك العضو الذي أخذ تعويضاً ومحاسبته على الباقي إن وجد ، وحرمانه من المشاركة في الفائض إذا زاد التعويض عما دفعه من أقساط أو ساواه . وعلل لذلك بأن الفائض حق المشتركين جميعاً فكل مشترك متبرع بالآخرين بما تحتاج إليه الشركة لدفع التعويضات ، والتعويض حق من تحققت فيه شروط استحقاقه ؛ ولأن خصم مبلغ التعويض من الأقساط قد يعود على مبدأ التعاون الذي يقوم عليه التأمين بالنقض^(١) ، وهذا تعليل وجيه ، ولكن لا يعني خلافه نقض مبدأ التعاون مادام كل مشترك دخل على أساس التبرع ولو اختلف عن هذا المسلك ، فهذا لا ينقض مبدأ التبرع أو الالتزام بالتبرع وفق الشروط المتفق عليها بالنسبة للفائض.

(١) بحث التأمين التجاري وإعادة التأمين ١٢٧ ، وقرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي .

الطريقة الثانية: أن يوزع الفائض على من لم يعوض في حادثة مهما كانت نسبة التعويض وهذا مبني أيضا على أن الاتفاق تم على أساس التبرع ، وقد قبل المشتركون بحرمان من عوض عن حادث من الفائض^(١) .

الطريقة الثالثة: أن يوزع الفائض على حملة الوثائق بعد حسم التعويضات المدفوعة لهم خلال الفترة المالية ، فينظر في هذه الطريقة نسبة التعويض إلى نسبة الفائض ، فيوزع الفائض التأميني على المشاركين كل بنسبة اشتراكه بعد خصم التعويضات ، فإذا كان ما دفع له أكبر من نصيبه في الفائض التأميني ، ففي هذه الحالة لا يستحق شيئا^(٢) .

وهذه الطرق كلها اجتهادية جائزة مادام النظام قد نص عليها ، ودخل المشاركون على أساسها ، وللهيئة الشرعية أن تحدد أي طريقة ولو لم تكن وفق هذه الطرق ، مراعية تحقيق العدالة ومقصد المشاركين في التأمين الإسلامي.

توزيع الفائض اللاحق على من لا يستمر في التأمين :

من دخل من المشتركين ودفع ما عليه ، ثم خرج لأي سبب قبل توزيع الفائض على حملة الوثائق ، فإنه لا يعتبر مستحقاً للفائض ؛ لأنه لم يعد مشاركا.

وينبغي أن ينص على ذلك في نظام الشركة على أن من لم يستمر في التأمين لغاية الفوائض المالية اللاحقة لا يعتبر مشاركا في توزيع ذلك الجزء من الفائض التأميني والمقتطع كاحتياطي والذي يضم إلى العام التالي ؛ إذ يعتبر أساس التبرع ساريا على هذا الجزء^(٣) .

إطفاء خسارة سنة مالية من سنة مالية أخرى :

لما كان العقد مبنيا على أساس الالتزام بالتبرع وقبول حملة الوثائق الشروط التي دخلوا بناء عليها. فلا مانع شرعا من الاتفاق على إطفاء خسارة أي سنة من السنوات المالية من حساب حملة الوثائق من الفائض الذي يتحقق في السنة المالية التالية لتلك السنة ؛ لأن ذلك هو مقتضى التعاون بين حملة الوثائق سواء من بقي منهم متعاملا مع الشركة أو من لم يستمر في التعامل مع الشركة^(٤) .

تغير مالك العين المؤمن عليها :

إذا تغير مالك العين المؤمن عليها كتغير ملكية سيارة إلى مالك جديد ، فيحل المالك الجديد محل المالك القديم في المشاركة في الفائض على أساس التخارج^(٥) ؛ لأن المالك الجديد أصبح من حملة الوثائق والفائض من حق من كان شريكا عند توزيعه .

(١) التأمين الإسلامي للأستاذ الدكتور علي القره داغي ٢١٢ ، وفتاوى التأمين ١٨٥ .

(٢) المعيار الشرعي للتأمين ٣٦٧ ، وفتاوى التأمين ١٧٩ .

(٣) فتاوى التأمين ، ١٨٤ ، والمعيار الشرعي للتأمين ٣٦٧ .

(٤) فتاوى التأمين ، ١٨٦ .

(٥) التأمين الإسلامي للأستاذ الدكتور علي القره داغي ٢١٢ ، وفتاوى التأمين ١٨٥ .

المبحث الثالث

مبدأ الحلول في شركات التأمين التجاري والإسلامي

مبدأ الحلول من المبادئ المهمة والمستقرة في شركات التأمين التجارية ، وارتضتها كذلك شركات التأمين الإسلامي . ولذا سنتناول هذا المبدأ في شركات التأمين التجارية ثم تكييفه في شركات التأمين الإسلامي .

يقصد بمبدأ الحلول : حلول المؤمن حلولاً قانونياً محل المؤمن له في حقوقه تجاه الغير المسئول عن الضرر بما يكون قد أداه المؤمن من مبلغ التأمين التعويضي وفي حدود ما يلزم به الغير من تعويض الأضرار التي أصابت المضرور^(١) . ومنه يتبين أن أطراف الحلول الظاهرة ، هي المؤمن والغير المسئول عن الضرر ويضاف لهما المؤمن له المضرور ، وهذا الحل حق نشأ من العلاقة التعاقدية بين المؤمن أو الشركة والمؤمن له أو المشترك في عقد التأمين ذاته الذي يحدد أطرافه وآثاره القانونية . ويدرك ذلك من تعريف عقد التأمين بأنه : " عملية يحل بمقتضاها أحد الأطراف وهو المؤمن له نظير دفع قسط على تعهده لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن ، تعهداً يدفع بمقتضاه هذا الأخير أداء معيناً عند تحقيق خطر معين ، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مهمة تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء"^(٢) .

فالأصل أن يرجع المؤمن له على المتسبب بالضرر مباشرة ، ولكن عقد التأمين بينه وبين المؤمن جعل له حق الرجوع على المؤمن مباشرة باشتراط ذلك في العقد ، فبناء على القواعد العامة فإن للمؤمن له حق الرجوع على المتسبب ، وعقد التأمين يجعل له حق الرجوع على المؤمن له فاجتمع له حقان ، والأصل أنه ليس هناك ما يمنع المؤمن له من الرجوع بمبلغ التأمين على المؤمن ثم الرجوع على الغير المسئول لاقتضاء التعويض منه على أساس المسؤولية ، فكل من مبلغ التأمين والتعويض له مصدر مستقل تماماً عن الآخر ، فالأول مصدره عقد التأمين والآخر مصدره أحكام المسؤولية ، أو بمعنى آخر فإن وقوع الخطر المؤمن منه من الغير ينشأ عند مسؤولية مدنية حسب قواعد المسؤولية التقصيرية للمؤمن له تجاه من تسبب بالضرر ، ومسؤولية تعاقدية تجاه المؤمن ، ولا وجه لامتناع المؤمن عن التعويض استناداً إلى أن للمؤمن له الرجوع على المتسبب بالضرر وإلا لانتفتت حكمة التأمين ، ولكن الرجوع إلى طرفين عن ضرر واحد ، والحصول على تعويضين لضرر واحد أو بأكثر مما وقع عليه من ضرر ، هذا كله مخالف للعدل وللقواعد العامة ، وقد يكون سبباً للإثراء بلا سبب ، وهذا مشكل ، ولعل علاج هذا لا يكمن في إغلاق باب التأمين والاكتفاء بتعويض المسؤولية ، وإلا انعدمت كل قيمة للعقد وسمح للمؤمن بأن يثري بلا

(١) التزام المؤمن بالتعويض ومدى رجوعه على المؤمن له وعلى الغير المسئول عن الضرر . د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: ص (١٠١) ، والتأمين وفقاً للقانون الكويتي - د. جلال إبراهيم - ص (٨٢٩).

(٢) أحكام التأمين في القانون والقضاء - د. أحمد شرف الدين - ص (٢٠) ، وهذا تعريف الفقيه الفرنسي هيمار وهو كما قال د. أحمد شرف الدين أفضل تعريف للتأمين.

سبب على حساب المؤمن له ، ولا يصح كذلك الاكتفاء بعوض التأمين وحرمان المؤمن له من الرجوع على الغير المسئول ، وإلا سمحنا لهذا الأخير بأن يفلت من المسؤولية المترتبة على فعله ، إنما يكمن الحل في إلزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين بمقتضى العقد ، والمساح له بعد ذلك بالحلول محل المؤمن له لمباشرة الرجوع على الغير المسئول ، هذا الحل لا ينطوي على غبن للمؤمن له ؛ لأنه من ناحية يوفر له مديناً موسراً - المؤمن - ويكفيه مؤنة البحث عن المسئول ومقاضاته ، ومن ناحية أخرى يفيد في تخفيف قسط التأمين ؛ لأن المؤمن يضع في اعتباره لدى تقدير القسط احتمال حصول الخطر بفعل شخص من الغير يمكنه الرجوع عليه لاسترداد ما أداه من عوض التأمين ، ومع ذلك فإن الصفة التعويضية تنطبق فقط في تأمين الأضرار دون تأمين الأشخاص ، ولذلك كان منطقياً أن يقتصر مجال الرجوع على تأمين الأضرار ، فمنع المؤمن الرجوع في تأمين الأشخاص لأن هذا النوع من التأمين تنتفي فيه الصفة التعويضية ، ويكون من حق المؤمن له أن يجمع بين مبلغ التأمين وتعويض المسؤولية^(١). ولذلك فقد استقرت التشريعات المختلفة على تقرير حق المؤمن في الرجوع على الغير المسئول ، ويبقى بعد ذلك الخلاف في مستند هذه الحلول.

أساس حق الحلول

بعد أن اتفق القانونيون على أن المؤمن يحل محل المؤمن له ، اختلفوا في أساس أو مستند هذا الحلول هل هو العرف التجاري البحري والبري ، أو هو حوالة الحق ، أو هو الحلول القانوني ، وأقوى هذه الاتجاهات أن الحلول مستندة حوالة الحق ، أو الحلول القانوني.

أساس حق الحلول القانوني :

تنظيم القانون لحق الحلول مبني على مبادئ العدالة حيث جعل للمؤمن حق الحلول إذا وفي بمبلغ التأمين من الأضرار وحظر على المؤمن له أن يجمع بين التعويض التأميني والتعويض عن الضرر من المتسبب فيه ، والمقصود بالحلول القانوني الحالات التي نص عليها القانون ، وهي الحالة التي يحل فيها الموفي محل الدائن إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين ، أو ملزماً بوفائه عنه ، ولقد انتقد هذا الرأي من ناحيتين ، فقبل من ناحية ، أن تطبيق هذا النص يقتضي أن يكون مصدر إلزام كل من الدافع والمدين متحداً وسببهما مشتركاً ، كأن يكونا مدينين متضامنين ، أو أن يكون أحدهما مديناً والآخر كفيلاً له في الدين ذاته ، وهو ما لا يتحقق في الحالة التي نحن بصددتها ، فمصدر التزام المؤمن هو عقد التأمين في حين أن مسؤولية الغير ناشئة عن الفعل الضار ، وعلى أية حال فإن من بين حالات الحلول القانوني التي يوجد فيها نص خاص يقرر للموفي حق الحلول كما هو في (م ٣٢٦ / مدني مصري ، وم ٣٩٤ / مدني كويتي) ولذلك فإن وثائق التأمين تنص على

(١) أحكام التأمين في القانون الكويتي مع المقارنة بالقانونين المصري والفرنسي - د. جابر محجوب علي ود. خالد الهدياني - ص (٣٦٢ - ٣٦٤) ، والوسيط - د. عبدالرزاق السنهوري (١١٤٩/٧) ، والملتزم بتعويض الضرر الناجم عن حوادث السيارات - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - ص (٢٤٨) ، وأصول التأمين والضمان - د. مصطفى محمد الجمال - ص (٤٦٠) ، وأحكام التأمين في القانون والقضاء - د. أحمد شرف الدين - (٤٨٤).

شرط الحلول والذي بمقتضاه يحل المؤمن محل المؤمن له في حقوقه ودعاواه قبل الغير المسئول أو مؤمنه ، وهذا الحلول لا يقع إلا على حق قد حل أداؤه فعلاً^(١).

أساس حق الحلول بحوالة الحق :

يرى البعض أن شرط الحلول سواء ورد في وثيقة التأمين أو في اتفاق لاحق يتضمن حوالة حق محتمل بمقتضاه يتنازل المؤمن له للمؤمن عن دعواه بالتعويض ضد الغير المسئول عن الحادث ، على أنه يشترط لإعمال هذه الحوالة أن يقع الخطر بفعل الغير ، كما يشترط لنفاذها في حق الغير المسئول باعتبار المدين في تعويض المسئولية المدينة ، أن يقبلها أو أن يعلن بها (م ٣٠٥ مدني مصري ، م ٣٦٦ مدني كويتي) وإذا ما تحققت شروط أعمال الحوالة ، فإنه يجوز للمؤمن عند رجوعه على الغير المسئول أن يتمسك ضده بكل ما كان يستطيع المؤمن له أن يتمسك به قبله ، ومقابل ذلك يجوز للغير المسئول أن يحتج في مواجهة المؤمن بكل الدفع التي كان يستطيع التمسك بها ضد المؤمن له.

وتظهر أهمية تكييف هذا الشرط على أنه حوالة حق ، وليس حلوياً اتفاقياً أو قانونياً في نواحي متعددة ، فمن ناحية أولى يحق للمؤمن الرجوع على الغير المسئول بالتعويض المستحق للمؤمن له في ذمته ، حتى قبل أن يوفي بمبلغ التأمين للمؤمن له إذا وجد شرط الحوالة في الوثيقة ، في حين أن المؤمن لا يحل ، اتفاقاً أو قانوناً ، محل المؤمن له إلا بعد أن يوفي له بمبلغ التأمين فلا حلول إلا مع الوفاء ، ومن ناحية ثانية يجوز للمؤمن أن يرجع على الغير المسئول بمقتضى حوالة الحق بكل التعويض المستحق في ذمته للمؤمن له ولا يقتصر رجوعه ، - كما في حالة الحلول الاتفاقي - ، على ما أداه من مبلغ التأمين للمؤمن له ، في حين أن المؤمن لا يحل محل المؤمن له ، وفقاً لقواعد الحلول ، إلا بالقدر الذي أداه الأول للثاني من مبلغ التأمين (م ٣٢٩ مدني مصري ، م ٣٩٦ مدني كويتي) ، ومن ناحية ثالثة فإنه حين يرجع المؤمن له على الغير المسئول في حدود ما تبقى من ضرر لم يشمل مبلغ التأمين بالتعويض ، على فرض أن هذا جائز بعد الحوالة ، فإنه يتقاسم مع المؤمن التعويض المستحق في ذمة الغير المسئول قسمة غرماء ، على حين أنه وفقاً للقاعدة العامة في الحلول (م ١/٣٣٠ مدني مصري ، م ٣٩٧ مدني كويتي) يتقدم المؤمن له ، وهو الدائن الذي استوفى جزءاً من حقه ، على المؤمن في استيفاء ما تبقى له من حقه ، ولذلك فإن من مصلحة المؤمن له أن يتفق مع المؤمن على عدم انتقال حقه في الرجوع على الغير إليه بالحوالة إلا بعد أن يحصل على تعويض كاف لجبر كل ما أصابه من ضرر ، أي أن تكون له الأولوية في استيفاء ما تبقى له من حق ، كما أن من مصلحة المؤمن له أن يتفق مع المؤمن على أن محل رجوع هذا الأخير على الغير يتحدد بمقدار ما أداه من مبلغ التأمين فقط^(٢).

(١) أحكام التأمين في القانون والقضاء - د. أحمد شرف الدين - ص (٤٨٢).

(٢) المرجع السابق - د. أحمد شرف الدين (٤٨٧) ، أحكام التأمين في القانون الكويتي مع المقارنة بالقانونين المصري والفرنسي - د. جابر محجوب علي ود. خالد الهندياني ص (٤٨٣).

ويظهر من اعتبار الحلول من حوالة الحق أضرار يمكن أن تلحق بالمؤمن له ، والمخرج إنما هو في الحلول القانوني الذي اتجهت إليه القوانين ، ومنها القانون الكويتي حيث جعل الرجوع هو الحلول إثر الوفاء ، وهو ما يعني أن المؤمن يحل في رجوعه محل المؤمن له ، فيكون له حقه نفسه بما يشمل من ضمانات ودعاوي وما يرد عليه من دفع على الرغم من أن القضاء الكويتي يذهب في بعض أحكامه إلى تكييف الرجوع على أساس حوالة الحق ، وهذا الحلول يتعلق بالنظام العام ، بما يعني أنه يتمتع على المؤمن أن يختار طريقاً آخر للرجوع على الغير ، وعلى وجه الخصوص فإنه لا يستطيع أن يرجع على أساس حوالة الحق ، لما يمكن أن ينطوي عليه هذا الرجوع من مخاطر على المؤمن له فالحوالة تسمح للمحال بأن يرجع على المدين قبل الوفاء للدائن المحيل ، وأن يشتري الحق بأقل من قيمته ، وهو ما يؤدي إلى الإضرار بالمؤمن له - كما سبقت الإشارة - ، ولذلك فإن المؤمن لا يستطيع أن يسلك طريق حوالة الحق ، ولو كان ذلك بالاتفاق مع المؤمن له ، ولكن يتعين ملاحظة أن تعلق الرجوع بالنظام العام لا يصل إلى حد جعله إلزامياً بالنسبة للمؤمن ، فالرجوع هو خيار للمؤمن بياشره أو يتركه وفقاً لمطلق تقديره^(١).

شروط الحلول :

يشترط لاستفادة المؤمن من الحول القانوني ، فضلاً عن تحقق الصفة التعويضية لمبلغ التأمين ، ووجود عقد التأمين ابتداء شروط ترجع في جملتها إلى القواعد العامة ، وهي :

الشرط الأول : أن يكون المؤمن قد دفع مبلغ التأمين للمؤمن له ، وهذا الشرط تطبيق للقاعدة العامة التي تقضي بأنه لا حلول دون الوفاء ، ويعد هذا الشرط متعلقاً بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه ، وهذا الشرط هو الذي يميز الحلول القانوني عن حوالة الحق ، حيث يجوز في الحوالة للمحال له أن يرجع على المدين قبل وفائه للمحيل ، ولا يتطلب القانون هنا أن يكون الوفاء نقدياً ، فيجوز أن يكون نقدياً أو عينياً ، بأن قام المؤمن بتحمل نفقات إصلاح التلف الذي أصاب الشيء المؤمن عليه مثلاً ، ويقع على عاتق المؤمن إذا ما نوزع عبء إثبات قيامه بالوفاء للمؤمن له.

الشرط الثاني : أن يكون للمؤمن له دعوى مسئولية تجاه الغير حتى يحل المؤمن فيها محله بعد الوفاء بالتعويض للمؤمن له ، فالحول القانوني يفترض أن هناك شخصاً آخر ملتزماً مع المؤمن بدفع التعويض للمؤمن له ، وأن هذا الأخير له الحق في مطالبته بالتعويض المستحق في ذمته ، وهذا الحق هو الذي ينتقل إلى المؤمن بعد وفائه بمبلغ التأمين ، ويجوز أن تكون دعوى المؤمن له ضد الغير المسئول دعوى مسئولية تقصيرية أو تعاقدية.

(١) المرجع السابق - د. جابر علي والدكتور خالد الهندياني - ص (٣٦٣) والمرجع السابق د. أحمد شرف الدين - ص (٤٨٤).

وترتيباً على هذا الشرط لا يحل المؤمن محل المؤمن له إذا لم يكن للمؤمن له أي حق في الرجوع على الغير المسئول ، سواء أكان المؤمن له لم يكتسب أصلاً حقاً في الرجوع على الغير المسئول لعدم اكتمال شروطه القانونية ، أم كان المؤمن له قد اكتسب هذا الحق ، ولكنه تنازل عنه قبل الوفاء بمبلغ التأمين ، ومثال ذلك أن يتنازل المؤجر المؤمن له في التأمين على العقار المؤجر ضد الحريق في عقد الإيجار عن حقه في الرجوع على المستأجر في حالة تسبب هذا الأخير في الحريق.

وهناك حالات ينبغي مراعاتها حين يتعذر فيها على المؤمن الحلول محل المؤمن له بسبب راجع إلى هذا الأخير ، فيكون المؤمن له قد أضعاف بفعلة فرصة حلول المؤمن محله ، ومن أمثلة ذلك فضلاً عن تنازل المؤمن له عن حقه في الرجوع على الغير المسئول ، أن يتصلح معه دون موافقة المؤمن ، أو أن يترك حقه هذا حتى يسقط بالتقادم قبل أن يرجع على المؤمن ، في مثل هذه الفروض إن قيل بالتزام المؤمن بدفع التأمين للمؤمن له فإن هذا القول لا تقره العدالة ، ولا يتسق مع القواعد العامة للقانون ، من أجل سد هذا الباب يجب أن تبرأ ذمة المؤمن تجاه المؤمن له بقدر ما أضعافه عليه من فرص الرجوع على الغير المسئول بدعوى الحلول ، وهذا حكم تقرضه القواعد العامة حتى في حالة عدم النص عليه صراحة ، ولهذا نص قانون التأمين الكويتي في الفقرة الثانية من المادة / ٨٠١ على أن " تبرأ ذمة المؤمن قبل المؤمن له من كل مبلغ التأمين أو بعضه إذا أصبح حلولة محله متعذراً بسبب راجع على المؤمن له " ، ولهذا يجب على المؤمن له أن يراعي في تصرفه مصلحة المؤمن ، وأن يكون حسن النية في محافظته على حقه قبل الغير المسئول عن الضرر ، فلا يأتي فعلاً أو امتناعاً يؤدي إلى ضياع حقه من المؤمن. فإن حدث منه فعل من ذلك فإن ذمة المؤمن تبرأ من الالتزام بدفع مبلغ التأمين كلياً أو جزئياً ، وبالجمله فإن المؤمن له يفقد حقه في الضمان بقدر ما ساهم به فعله في إغلاق باب الحلول أمام المؤمن.

الشرط الثالث : ألا يكون المسئول عن الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله (م ٧٧١ مدني مصري ، م ١/٨٠١ مدني كويتي). ويرجع منع المؤمن من الرجوع على أشخاص يعولهم المؤمن له أو يسأل عن أخطائهم إذا وقع الحادث المؤمن ضده بفعالهم إلى عدة أسباب ، فمن ناحية أولى لو أجاز رجوع المؤمن عليهم لكان هذا رجوعاً على المؤمن له ، فإذا كان من تسبب في وقوع الحادث ممن يسأل المؤمن له عن أفعاله كتابعه مثلاً ، وأجزنا للمؤمن الرجوع عليه لكان من حقه أن يرجع على المؤمن له باعتباره مسئولاً عنه ، وبذلك يأخذ المؤمن باليسار ما أعطاه باليمين فتضيع على المؤمن له منفعة التأمين.

ومن ناحية ثانية إذا كان الشخص الذي أحدث الضرر من أقارب المؤمن له أو أصهاره فمن المفترض أن هذا الأخير لن يرجع عليه لعلاقته الخاصة به ، ولذلك لا يجوز للمؤمن ، بالأولى أن يرجع عليه ، ومن ناحية ثالثة ، فإنه إذا كان المؤمن له لن يرجع على

المتسبب في الحادث فلا يكون ثمة حاجة للحلول ، لأن الحلول ، باعتباره وسيلة مناسبة لتحقيق مقتضى الصفة التعويضية لمبلغ التأمين ، يقصد به منع المؤمن له من الجمع بين تعويضين ، فإذا كان المؤمن له لن يرجع على المسئول عن الضرر فإنه لن يجمع بين تعويضين فتنفني الغاية من الحلول.

ويترتب على الحلول بقوة القانون من وقت الوفاء بمبلغ التأمين نتيجتان :

الأولى : أنه لا يجوز لدائني المؤمن له من تاريخ الوفاء بمبلغ التأمين الحجز على ما لديهم (المؤمن له) لدى الغير المسئول ، فهذا الحجز يقع على غير محل ؛ لأن التعويض المستحق في ذمة المسئول يكون من هذا التاريخ من حق المؤمن.

الثانية : أنه لا يحتج على المؤمن بتنازل المؤمن له عن حقه في الرجوع على الغير المسئول مادام أن هذا التنازل قد تم بعد أن أوفى المؤمن بمبلغ التأمين للمؤمن له ، فهذا الحق أصبح من تاريخ هذا الوفاء للمؤمن ، ولا يجوز للمؤمن له من ثم أن يتنازل عن شيء لا يملكه (١).

آثار الحلول القانوني :

يتمثل الأثر الجوهري لحلول المؤمن في حرمان المؤمن له الذي عوض بالكامل من الرجوع على الغير المسئول ، حيث ينتقل حقه في الرجوع إلى المؤمن الذي حل محله.

ويترتب على الحلول أن يكون للمؤمن أن يرجع على المسئول بمقدار ما دفعه للمؤمن له دون زيادة ، وفي هذه الحدود لا يكون للمؤمن له أن يرجع على الغير المسئول ، باعتبار أن الحلول إنما تقرر في هذه الحدود ذاتها بقوة القانون ، وإذا كان ما استحق للمؤمن له قبل المؤمن أقل من قيمة الضرر كان لهذا الأخير أن يعود فيرجع على المسئول بالفرق بين ما قبضه من المؤمن وبين القيمة الكلية للضرر الذي يسأل الغير عن تعويضه وفقاً لحكام المسؤولية ، وفي هذه الحالة تكون له الأولوية على المؤمن في استيفاء حقه من أموال الغير المسئول ، ضماناً لحصوله على كامل التعويض الجابر للضرر ، وتأسيساً على أن الحلول القانوني لا ينبغي أن يؤدي إلى الإضرار به.

وإذا ما كان للمؤمن له مؤمنون متعددون ، وحل كل منهم محله بما دفعه له ، فتزاحموا بذلك في رجوعهم على الغير المسئول ، كانوا متساوين في هذا الرجوع ، بحيث يخضعون لقسمة الغرماء ، ويقع باطلاً كل اتفاق بين المؤمن له وبين أحد المؤمنين ، يخول للمؤمن أفضلية على غيره من المؤمنين ، ذلك أن رجوع المؤمنين على الغير المسئول يستند إلى نص القانون ، وأنهم جميعاً متساوون أمام هذا النص ، فلا يكون للاتفاق بين المؤمن له وبين أحدهم أي أثر في مواجعتهم لإخلاله بهذه المساواة.

(١) المرجع السابق - د. أحمد شرف الدين (٥١٣) ، والمرجع السابق د. جابر علي وخالد الهندياني - ص (٣٦٧) ، والمرجع السابق د. إبراهيم الدسوقي - ص (١٠٩) والمرجع السابق ، د. مصطفى الجمال ص (٤٦٤) .

وإذا كان ما استحق للمؤمن له قبل المؤمن يساوي قيمة الضرر كاملاً ، امتنع عليه الرجوع على الغير المسئول ، بالنظر لزوال مصلحته في هذا الرجوع ، ولأن المؤمن يكون قد حل محله في الرجوع حلوياً كاملاً بقوة القانون.

وتطبيقاً لقاعدة الحلول هذه فإن حق المؤمن في الرجوع يتقيد بأقل القيمتين ، مقدار ما أداه من مبلغ التأمين ، أو مقدار ما يلتزم الغير المسئول بدفعه وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية.

والمؤمن إنما يحل محل المؤمن له في حقه ذاته قبل المسئول ، ولذلك فإذا كان مصدر هذا الحق هو المسؤولية العقدية كان رجوع المؤمن على الغير على أساس المسؤولية العقدية ، وإذا كان مصدر هذا الحق هو المسؤولية التقصيرية كان رجوع المؤمن كذلك على أساس المسؤولية التقصيرية ، بكل ما يترتب على ذلك من نتائج في الإثبات وفي تقادم الدعوى وفي الاختصاص القضائي وفي غيرها.

وأخيراً فإن حلول المؤمن محل المؤمن له المضرور لا يعطيه فقط الحق في الرجوع على المسئول وحده ، وإنما يعطيه كذلك الحق في الرجوع على مؤمن آخر يكون المسئول قد أمن على مسؤوليته لديه ، وهذا ما يحدث عادة في حوادث السيارات عندما يكون المؤمن على إحداها مسئولاً والآخر مضروراً ، فيقوم مؤمن المضرور بدفع قيمة التأمين ، ثم يرجع بها على مؤمن المسئول^(١).

التكييف الشرعي لحق الحلول في شركات التأمين الإسلامية :

لا شك أن طبيعة العقد الذي ينظم العلاقات والشروط والضوابط في التأمين التجاري يختلف عنها في التأمين الإسلامي ، وهذا يؤثر على مبدأ الحلول بالمفهوم القانوني – السابق – فالعلاقة بين الشركة والمؤمن في التأمين التجاري علاقة معاوضة بدفع المؤمن أقساطاً غير مرتجعة ، يقابلها التزام الشركة بتعويضه عما قد يلحق به من ضرر مشمول بالعقد ، وبناء على الشروط الاتفاقية في العقد فإن اشتراط حلول الشركة محل المؤمن له ، وتضمينه العقد ينسجم وطبيعة عقد الشركة وفق التكييف القانوني سابق الذكر.

وأما حق الحلول أو اشتراطه في شركات التأمين الإسلامي فيختلف بالنظر إلى طبيعة العلاقة بين الشركة والمؤمن له ، فالشركة لا تملك حساب التأمين ، وإنما هي مدير للحساب لمصلحة المؤمن ، ووصفها الشرعي أنها وكيل عنهم فالعلاقة علاقة وكالة بأجر ، وعليه فيد الشركة يد المؤمن الموكلين تفعل ما فيه مصلحتهم وفق شروط العقد ، ولا يؤثر كون موضوع العقد احتمالي من حيث الوقوع أي أنه معلق على ما قد يحدث أو وقد لا يحدث ، فإن تعليق صيغة الوكالة على شرط مما قد أجازة الحنفية والحنابلة على الصحيح في المذهب والشافعية في مقابل الأصح ، ومثلوا لذلك بنحو قوله :

(١) المرجع السابق د. مصطفى الجمال - ص (٤٦٤ وما بعدها) ، و د. جابر علي وخالد الهندياني - ص (٣٧٣) ، والمرجع السابق د. أحمد شرف الدين - ص (٥٢١) .

" إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام ، وإذا طلب أهلي منك شيئاً فادفعه إليهم ، واستدلوا بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : " أمر رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة ، فقال : " إن قتل زيد فجعفر ، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحه " (١) ، وهذا في معناه ، وقالوا أيضاً : إن عقاد الوكالة عقد اعتباري في حق الوكيل حكمه ، وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً ؛ ولأنه إذن في التصرف أشبه الوصية والتأشير ، على أن الشافعية في الأصح والحنابلة في قول ذهبوا إلى عدم صحة تعليق الوكالة بشرط (٢) .

ويكاد رأي الفقهاء المعاصرين يتفق على جواز مبدأ الحلول في شركات التأمين الإسلامي بوصف الوكالة ، وبعضهم أجاز من حيث الجملة وفي هذا الصدد يرى الشيخ الصديق محمد الضيرير جواز مبدأ الحلول بصفة الوكالة ، ولكنه يفرق بين صور جائزة وأخرى غير جائزة ، فيرى أنه إذا تعرض مال المؤمن له إلى خسارة كاملة بأن سرق ، أو اعتدي عليه شخص فأتلفه ، أو حدث به عيب من غير تعد من أحد ، جعله في حكم الهالك.

وفي الصورة الأولى - السرقة وأمثالها - ، لا يرى الشيخ وجهاً لحلول الشركة محل المشترك - المؤمن له - في تملك المال ، ويجب أن يعود المال لصاحبه ، ويرد التعويض إلى الشركة كاملاً ، إذا عاد إليه ماله بحالته الأولى ، وإذا حدث فيه نقص استحق من التعويض مقدار النقص ، ورد الباقي.

وفي الصورة الثالثة - حدوث عيب - لا يرى مانعاً من الأخذ بمبدأ الحلول ، وتملك الشركة للمال المعيب ، لأن المشترك قد أخذ التعويض عن ماله كاملاً ، فما بقي من المال يصبح حقاً للشركة.

وأما في الصورة الثانية - الاعتداء - فيجوز أن تحل الشركة محل المشترك في مقاضاة المعتدي ؛ لأن الشركة تعتبر في هذه الحالة وكيلاً عن المشترك ، ولهذا لا يجوز لها أن تملك من التعويض المحكوم به أكثر مما دفعته للمشارك ؛ لأن هذا التعويض حق للمشارك - الموكل - وليس حقاً للشركة - الوكيل - ، ولكن الشركة تستحق مقدار التعويض الذي دفعته للمشارك بطريق المقاصة.

وإذا كان التعويض المحكوم به أقل من التعويض المدفوع للمشارك لا ترجع عليه الشركة بشيء ؛ لأن المشترك استحق التعويض بمقتضى العقد ، ويؤيد هذا أنه لو لم يحكم بتعويض ، فإن المشارك يستحق كل التعويض الذي دفعته له الشركة (٣) .

(١) البخاري (٥١٠/٧).

(٢) المرجع الموسوعة الفقهية الكويتية (١٥/٤٥).

(٣) التأمين التجاري وإعادة التأمين بالصور المشروعة والممنوعة للشيخ د. الصديق محمد الأمين الضيرير - ص (١٩٩) ضمن أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي المنعقدة في ٧- ١١ رجب ٤٠٧ هـ - ١٧ آذار ١٩٨٧ م.

وما ذكره الشيخ من استثناء صورة السرقة هو الذي تقتضيه قواعد الشرع في المال المسروق والمغصوب لقوله ﷺ : " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"^(١) ، فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب رد المسروق إن كان قائماً ، على من سرق منه ، ولا خلاف بينهم في وجوب ضمان المسروق إذا تلف فيجب أن يرد مثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً^(٢) ، كما يرى الشيخ على الصواب تخريج الحلول الاتفاقي على أساس أن شركة التأمين وكالة بأجر عن جميع الأفراد المؤمن لهم ، وأنها ملزمة بحكم عقد التأمين التعاوني بالمطالبة بحقوق المؤمن لهم ، وما يثبت لهم قبل الغير وتحل محلهم في ذلك ، كما تقوم نيابة عنهم بتعويض من تعرض ماله للخطر من أموال المؤمن لهم ، أي من الوعاء التأميني على أساس التبرع ، لا من مالها الخاص فإذا حصلت على تعويض من المتسبب في الضرر فإنها لا تملكه ، وإنما تعود ملكيته للوعاء التأميني^(٣) .

وإذا صح حلول المؤمن محل المؤمن له في التأمين على الأشياء فيشمل ذلك التأمين الإسلامي على الديون ، وفيه يقول الشيخ وهبة الزحيلي في مسألة حلول المؤمن محل المؤمن له في التأمين التعاوني على الدين المشكوك فيه ، ودفع المؤمن للمؤمن له الدين فإن المؤمن يحل محل المؤمن له في الرجوع على المدين ، ومطالبته بتحصيل الدين وأدائه باعتباره نائباً عنه ووكيلاً ، ويجب النص في وثيقة التأمين على ذلك ، فإن نجح المؤمن في تحصيل الدين فإنه يجري عملية مقاصة بين ما دفعته الشركة للمؤمن له سابقاً ، والمبلغ الذي حصل عليه ، وتكون الشركة وكالة في تحصيل الديون^(٤) .

آثار الخلاف بين التكييف الشرعي والقانوني لمبدأ الحلول

وبناء على اختلاف التكييف الشرعي لمبدأ الحلول عن التكييف القانوني تترتب آثار تتسجم وطبيعة أو وصف العقدين التأمين الشرعي والقانوني ، منها :

(١) أن الشركة في التأمين الإسلامي لم تدفع ما دفعته للمؤمن له من ماله الخاص ، وإنما دفعته من حساب التأمين ومن أموال المؤمن لهم وكالة ، وبالتالي فإنها لا تحل محل المؤمن له حلولاً قانونياً ، في حين أن الشركة في التأمين التجاري دفعت ذلك من مالها الخاص وبالتالي حلت محله حلولاً بحكم القانون.

(٢) أن الشركة في التأمين التجاري لا تستطيع أن تأخذ أكثر مما للمؤمن له ، أما في التأمين الإسلامي فهي تستطيع أن تأخذ من المسئول عن الحادث كل قيمة التعويض ؛ لأنها تأخذه لحساب التأمين وليس لنفسها ، ولكن الشركة إذا أخذت كل قيمة التعويض لن تأخذ كل الحق عن الحادث على ضوء التفصيل الآتي في الفقرة التالية.

(١) أخرجه أبو داود (٨٢٢/٣) من حديث الحسن عن سمرة ، قال ابن حجر في التلخيص (٥٣/٣) : الحسن مختلف في سماعه من سمرة.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٤/٤٦٤).

(٣) بحث مبدأ حق الحلول أ.د. على محمد الصواب.

(٤) التأمين على الديون المشكوك فيها من خلال شركة التأمين التعاونية - بحث منشور ضمن أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي.

(٣) أن الشركة في التأمين التجاري لا تحل محل المؤمن له في حالة كون المسئول عن الحادث قريباً أو صهراً للمؤمن له (كما في المادة م ٧٧١) وهذا الاستثناء من الحلول مبني على قاعدة قانونية تقضي بمسئولية المتبوع عن ضرر أحدثه تابعه ، ولذلك يعتبر القانون هذا الاستثناء من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته.

وهذه القاعدة القانونية لا تتفق مع المبادئ العامة للشريعة الإسلامية التي تقضي بأنه ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ، وأنه ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ وغير ذلك من الآيات والأحاديث التي تدل على أن الإنسان غير مسئول عن تابعه ولو كان قاصراً أو مجنوناً إلا إذا كان هو له دور فيما أحدثه بقدر مسئوليته الشخصية^(١).

(١) الشيخ الدكتور على محيي الدين القره داغي - المرجع السابق - ص (٣٠١) وأحال الجزئية الأخيرة على : أحكام الضمان للشيخ على الخفيف - ط دار الفكر العربي ١٩٩٧م.

المبحث الرابع اشتراط التحمل في شركات التأمين الإسلامي

مبدأ اشتراط التحمل هو مصطلح خاص يقصد به : تحمل المشترك (المؤمن له) لجزء من تكاليف الضرر محل التأمين ، بأن يتحمل المشترك مبلغاً من المال مقابل كل حادث ثم يطالب الشركة بما زاد ، فإذا كان التعويض أقل من مبلغ التحمل أو مساوياً له فلا تدفع الشركة شيئاً ، وإذا كان أكثر تدفع الشركة الفرق فقط ، وهذا الشرط خاص بالتأمين من الأضرار الواقعة على الممتلكات ولا يشمل التأمين على الأشخاص .

والهدف من العمل بمبدأ التحمل ، هو ضمان عدم إساءة استخدام الخدمات التأمينية التي تغطيها وثيقة التأمين ، لأن المستأمن إذا علم أنه سيتحمل جزءاً من التعويض فإنه يبذل جهده لتفادي وقوع الضرر بخلاف ما لو كان مطمئناً إلى أن الضرر جميعه سيكون التعويض عنه مسئولية الشركة^(١).

وهذا الشرط مقبول من الناحية الشرعية ، وهو وإن كان شرطاً بمثابة القيد على المؤمن له إلا أنه لا يعارض أصل العقد التعاوني ، والرضى بالشروط ابتداءً ، فيدخل المؤمن له عقد التأمين مختاراً قابلاً بهذا الشرط قبوله لبقية الشروط غير المنافية لعقد التأمين الإسلامي.

تحديد نسبة التحمل من قيمة العقد

لما كان التكافل ينطبق عليه بحق المبدأ أن التأمين ليس وسيلة للإثراء على حسان الغير ، لذا فإن هناك مبادئ شرعية تحدد مدى التغطيات لكي تحقق خلوها من الاسترباح واقتصارها على التعويض عن الأضرار.

وقد أسهمت عدة هيئات شرعية في تحديد المدى المشروع للتغطيات ، وفيما يلي نصوص الفتاوى المنظمة لذلك مجردة عن الأسئلة .

(أ) لا بد من التحديد لقيمة السوقية عند التأمين وعدم الأخذ بتقدير العميل ، ويحدد القسط بحسب القيمة السوقية ، ثم عند وقوع حادث يرجع إلى القيمة السوقية قبيل الحادث بالغة ما بلغت ، ولا يؤخذ بمبدأ القيمة السوقية أو التقديرية أيهما أقل^(٢) .

(ب) التعويض في التأمين التعاوني يجب أن يكون عن الخسائر المادية التي تصيب المشترك ، فإذا كانت الخسائر التبعية أو الأرباح التي يفقدها المشترك بسبب الحادث

(١) بحث مبدأ التحمل - د. عبدالستار أبو غدة (٩) ضمن أبحاث الحلقة النقاشية لمبادئ التأمين التكافلي المنعقدة في الكويت ٨ ربيع الآخر ١٤٢٥هـ.

(٢) فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة للبركة ، الفتوى رقم (٢/١٤) ونحوه فتوى رقم (٣٨١) لبيت التمويل الكويتي ، والفتوى رقم (١٨٤) التي تنص على أن التعويض في حدود الضرر الفعلي لا يحسب المبلغ الافتراضي (فتاوى التأمين ١٧٥ و ١٦٠)

يمكن تقديرها تقديراً سليماً فلا مانع شرعاً من التأمين عليها ودفع تعويض عنها ، غير أننا نوصي بالألا تتوسع شركات التأمين التعاونية في هذا النوع من التأمين^(١).

(ج) يتم تقويم الممتلكات عند التأمين ويدفع على أساس هذا التقويم مبلغ التأمين بمقدار الأضرار الفعلية التي وقعت ، وتقدر قيمته يوم وقوع الضرر^(٢).

أما عملية تحديد النسبة التحمل فإنه يدخل فيها اعتبارات متعددة بالإضافة على ما سبق بشأن الزيادة أو النقص فيها باختلاف المشترك فهي أيضاً تخضع لحساب الاحتمالات وتقديرات الفنيين على أساس الملائمة بين الإمكانيات المتاحة والأخطار المتوقعة.

ويرى الشيخ على القره داغي أنه لا حاجة لهذا الشرط فيقول : والذي يظهر لي رجحانه في هذه المسألة : أن هذا الشرط من حيث هو جائز ، إذ لا يتعارض مع مبادئ التأمين الإسلامي ولكنه غير محتاج إليه فيه ؛ لأن المشتركين في التأمين الإسلامي هم المؤمنون والمؤمن لهم ، وأن الحساب لهم ، فإذا بقي فائض فهو لهم ، وإذا احتاج إلى المزيد فإنه يؤخذ منهم ، على عكس التأمين التجاري الذي تأخذ الشركة فيه كل الأقساط ، وأن أي إضافة من المال فهي لها ، لذلك فالأفضل خلو التأمين التعاوني الإسلامي عن هذا الشرط ، وهذا ما صدرت به فتوى نوة البركة الرابعة للاقتصاد الإسلامي^(٣).

والذي نراه أن الحاجة داعية له سداً لذريعة إساءة استخدام مميزات التأمين الإسلامي والتساهل في تجنب الأضرار ، فهذا الشرط يحمله على بذل غاية الجهد لتلافي الوقوع في الضرر ، وهذه مصلحة تعم المشاركين .

(١) فتوى الهيئة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري (فتاوى التأمين ١٥٤).
(٢) فتوى بين التمويل الكويتي رقم (٢٥٢) ما سبق في تحديد نسبة التحمل يراجع المصدر وتفصيله في البحث السابق للدكتور عبدالستار أبو غدة (١٣ - ١٤).
(٣) المرجع السابق د. على القره داغي (٣٤٩).

المبحث الخامس إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامي

تمهيد

إن من أظهر وأهم العقبات التي تواجه شركات التأمين الإسلامي إعادة التأمين لدى شركات متخصصة لهذا الغرض . وتبدو هذه العقبة جلية واضحة بالنظر إلى أهمية بل ضرورة إعادة التأمين لضمان قدرة شركات التأمين الإسلامية على تغطية المخاطر التي يتعرض لها حملة الوثائق بالكفاءة والمقدرة ذاتها التي يتمتع بها حملة وثائق شركات التأمين التجارية . وهي كلها تستظل بغطاء شركات إعادة التأمين .

ويزيد من أهمية ذلك وصعوبته النشأة الابتدائية الحديثة لشركات التأمين الإسلامي مقارنة بالتاريخ المديد لشركات التأمين التقليدية التي واكبة نشأة البنوك الربوية ، وفي الوقت ذاته لا تستطيع شركات التأمين الإسلامي إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجارية ، باعتبار أن التعامل مع شركات التأمين محرم بتقرير جماهير العلماء المعاصرين ، وكذا الندوات والمؤتمرات التي انعقدت لبحث مستجد التأمين ، وإذا كان التأمين في أصله محرماً لما فيه من الغرر والجهالة والفاحشة والدخول في عقود البنوك فإن هذا السوء والخبث يلحق أيضاً شركات إعادة التأمين ؛ لأنها من جنس شركات التأمين ، فيحرم التعاون معها أصالةً وتبعاً

ولم يتبين لفقهاء العصر مخرجاً لحمل إعادة التأمين على الجواز ، وأقروا باستحكام الحرمة فيه من جوانبه كلها . ولم يكن أمامهم من مخرج سوى النظر في تحقيق مبدأ أو قاعدة الضرورات أو الحاجة الملحة التي تنزل منزلة الضرورة .

وهذه الإشكالات الشرعية والواقعية هي التي جعلت لهذا الموضوع أهمية التي عقدنا هذا البحث لتذليلها . وقد تناولت الموضوع وفق البنود الآتية :

- أولاً : مفهوم إعادة التأمين .
- ثانياً : نشأة شركات إعادة التأمين .
- ثالثاً : أنواع عقد إعادة التأمين .
- رابعاً : إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامي .
- خامساً : الحكم الشرعي لإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجاري .
- سادساً : الحلول الإسلامية المقترحة لإعادة التأمين .

أولاً : مفهوم إعادة التأمين

اختلفت عبارات الباحثين في تعريف إعادة التأمين وإن تقاربت في المعنى أو تطابقت في بعضها ، ومن هذه التعريفات : تعريف إعادة التأمين بأنه : عقد بين شركة التأمين المباشر وشركة إعادة التأمين تلتزم بمقتضاه شركة التأمين المباشر بدفع حصة من

أقساط التأمين المستحقة لها من المستأمنين لشركة إعادة التأمين مقابل التزام شركة إعادة التأمين بتحمل حصة من المخاطر التي تلتزم بها شركة التأمين المباشر^(١) .

وعرف عقد التأمين التأمين بأنه : إعادة تأمين الخطر المؤمن فهو عقد تأمين جديد بين المؤمن والمؤمن المعيد^(٢) .

ويبين الدكتور وفيق المصري المراد بإعادة التأمين بقوله : يقصد بإعادة التأمين قيام شركة التأمين بقبول الأخطار ذات المبالغ الكبيرة ، ومن ثم توزيع هذا الخطر بإعادة تأمين جزء أو أجزاء منه لدى شركات تأمين أخرى تقوم بالمشاركة بالجزء المخصص لها في تحمل الأخطار بحدود الأجزاء التي تقبلها ، وذلك مقابل دفع عمولة متفق عليها للشركة الأولى ، وبالجزء المعاد تأمينه تعمل الشركة الأولى بهذه الحالة عمل التأمين بالوكالة على أن تبقى مسؤولية مسؤولية مباشرة أمام العميل^(٣) .

ويعرف الدكتور السنهوري عقد إعادة التأمين بأنه : عقد بين المؤمن المباشر والمؤمن المعيد بموجبه يخول الأول للثاني جزءاً من المخاطر التي يتحملها في نظير مقابل معين مع بقاء المؤمن المباشر هو المدين وحده للمؤمن لهم^(٤) .

والذي يحدث غالباً أن المؤمن يعقد مع المؤمن المعيد اتفاقاً عاماً على إعادة التأمين بالنسبة إلى نوع من الوثائق كوثائق التأمين من الحريق عقدها أو سيعقدها في المستقبل ، ومتى عقد المؤمن بعد إبرام هذا الاتفاق العام مع المؤمن المعيد وثيقة تأمين تدخل في هذا النوع المتفق عليه فإنها تعتبر تلقائياً قد أعيد تأمينها وفقاً لشروط اتفاقية إعادة التأمين .

ويبين الدكتور عبد الستار أبو غدة مفهوم إعادة التأمين بأنه : دفع شركة التأمين جزءاً يتفق عليه من أقساط التأمين التي تحصل عليها من المستأمنين لشركة إعادة التأمين ، تضمن لها نظير أقساط إعادة التأمين هذه مقابلة جزء من الخسائر . فإذا وقع الخطر المؤمن ضده وطالب المستأمن بتعويض ما لحقه من أضرار تدفع شركة التأمين كل الخسارة ثم تُطالب شركة إعادة التأمين بدفع حصتها من التعويض حسب الاتفاق معها^(٥) .

ويعرفها الدكتور محمد عثمان شبيب بأنها : قيام شركة التأمين الإسلامي بالتأمين على الأخطار التي يتعاون المستأمنون على ترميمها فيما بينهم لدى شركات إعادة التأمين العالمية مقابل أقساط تدفعها للشركة العالمية وتتحمل الأخيرة عن الأولى التعويضات التي يستحقها المستأمنون في حال وقوع الأخطار^(٦) .

(١) إعادة التأمين وتطبيقاتها في شركات التأمين الإسلامية ، الدكتور أحمد سالم ملحم ، ص ١١١ .

(٢) انظر : مدخل إلى إعادة التأمين ، عبد اللطيف عبود ص ١٣ ، والتأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق و عبد

السميع المصري ، ص ٤٤ ، عن إعادة التأمين للدكتور أحمد ملحم ، ص ١٠٩ .

(٣) إدارة الخطر والتأمين " المنظور والعملي " ص ٣٠٩ ، طبعة ١٩٩٨ م ، دار زهران للنشر .

(٤) الوسيط ع ١١٢١/٧ ، فقرة ٥٥٥ .

(٥) ندوة التأمين المجموعة في كتاب التأمين الإسلامي ، صادر عن شركة التأمين المية ، ٩٨ ، الأردن .

(٦) المعاملات المالية المعاصرة ، الدكتور محمد عثمان شبيب ، ص ١٥٧ .

وعرف الدكتور الصديق الضيرير عقد إعادة التأمين بأنه : قيام شركة التأمين (المؤمن المباشر) بالتأمين لدى شركة أخرى أو شركات تسمى " شركات إعادة التأمين " مما قد يلحقها من تعويضات ، تلزم بسدادها ^(١) .

وعرف إعادة التأمين بأنه : عقد بمقتضاه تلتزم إحدى شركات التأمين في تحمل أعباء المخاطر المؤمن منها لدى شركة أخرى ^(٢) .

وعرف عقد إعادة التأمين أيضاً بأنه : تحويل أعباء المخاطر المؤمن عليها من المؤمن إلى معيد التأمين ، وتعويض المؤمن من قبل معيد التأمين عما يتم دفعه للمؤمن لهم إذا تعرضوا للضرر أو الخسارة ^(٣) .

وأخيراً عرف المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة إعادة التأمين بأنها : العملية التي يتحمل بموجبها معيدو التأمين مقابل اشتراك معين من الشركة جميع أو بعض المخاطر التي قام المؤمن بالتأمين عليها ، ولا تتأثر الحقوق القانونية للمؤمن له بعملية إعادة التأمين ، وتكون الشركة التي قامت بالتأمين أصلاً على المؤمن له مسؤولة أمامه عن دفع أية التزامات طبقاً لشروط وثيقة التأمين ^(٤) .

ومن هذه التعاريف يتبين مفهوم إعادة التأمين فيما يمكن بيانه أو تعريفه بما يكشف عن حقيقته وماهيته بأنه : " عقد تقوم بمقتضاه شركة التأمين بإعادة تأمين جزء من الأخطار التي التزمت بها تجاه الغير لدى شركات إعادة التأمين نظير عمولة " .

والمقصود من هذا العقد أن تقوم شركة إعادة التأمين تجاه شركة التأمين بالدور ذاته الذي تقوم به شركة التأمين تجاه المؤمن لديها حاملي وثائق التأمين ، وبذلك تتوزع الأخطار بين شركة التأمين وشركة إعادة التأمين .

وعادة ما تلجأ شركات التأمين إلى إعادة التأمين ضد الأخطار الكبيرة التي قد تزيد عن قدراتها المالية ، فتتحمل شركة التأمين جزءاً يناسب ماليتها ، وتؤمن الأجزاء الأخرى لدى شركة إعادة التأمين بالعلاقة بين الشركتين ، ولا شأن للمستأمنين في ذلك .

الصورة التطبيقية لإعادة التأمين :

الصورة التطبيقية لإعادة التأمين أنه في الأحوال التي يُعرض على إحدى شركات التأمين المباشر أن تؤمن ضد خطر معين بمبلغ كبير يفوق إمكانياتها المالية ، مثل أن يكون مبلغ التأمين يزيد عن رأسمال الشركة واحتياطياتها ، فإما أن ترفض التأمين أو تدخل في مخاطرة ، ولذا فإن الأسلم أن تقبل الشركة ذلك العرض غالباً وتحتفظ بجزء

(١) التأمين التجاري وإعادة التأمين ، ص ٢٠٤ ، الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي ١٩٨٧ م .

(٢) ندوة التأمين الصادرة عن شركة التأمين الإسلامية ، ٩٨ ، الأردن .

(٣) اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني ، السعودية .

(٤) معيار التأمين الإسلامي وإعادة التأمين ، المقر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية ، البحرين .

منه وتقوم بالتأمين على الجزء المتبقي لدى إحدى شركات إعادة التأمين لتوزيع الخطر على الشركتين .

ومثال ذلك : إذا تقدم أحد مصانع الأدوية بطلب إلى شركة التأمين الإسلامية يطلب فيه أن تُؤمن له الشركة المصنع ضد خطر الحريق مثلاً ، وقبلت الشركة ذلك بحيث يكون مبلغ التأمين مليوني دينار وقسط التأمين عشرين ألف دينار ، فإن الشركة تؤمن على المصنع وتحفظ بحصة من الخطر تتناسب مع ملاءتها المالية فتحفظ لنفسها بنسبة معينة وتعيد تأمين الباقي لدى إحدى شركات إعادة التأمين الإسلامي .

وهذا يعني أن أقساط التأمين التي يدفعها المستأمن (مصنع الأدوية) تقسم بين شركة التأمين الإسلامية وشركة إعادة التأمين بنسبة تحمل الخطر المشار إليه سابقاً فتأخذ شركة التأمين منها حصته ويكون نصيب شركة إعادة التأمين الباقي منها .

وفي حالة تحقق الخطر المؤمّن منه (الحريق كما في المثال) فإن المستأمن (مصنع الأدوية) يستحق التعويض المتفق عليه في العقد . فيتم تعويضه عن الخسارة المتحققة بسبب الحريق من شركة التأمين الإسلامية وشركة إعادة التأمين وبالنسبة نفسها التي اقتسما فيها أقساط التأمين فالغرم بالغرم .

وتقوم شركات إعادة التأمين أحياناً بإعادة جزء من التأمين المعاد لدى شركات إعادة تأمين أخرى ذات طاقة تأمينية عالية ^(١) .

ومن هنا يتبين ضرورة وأهمية إعادة التأمين في أنه يحقق الآتي :

- ١ - يمكن شركة التأمين من قبول التأمين على منشآت أو بضائع ونحوها بمبالغ كبيرة مع تحمل مخاطر جزء منها فقط .
- ٢ - تحمي الشركة حملة الوثائق من الوقوع في خسائر فادحة قد تصل إلى حد إفلاس الشركة .
- ٣ - يؤمن للشركة الاستقرار والتوسع الآمن ووفرة في العوائد .

ثانياً : في نشأة شركات إعادة التأمين

بدأت فكرة إعادة التأمين في القرن الرابع عشر للميلاد مصاحبة للتأمين التجاري الذي ظهر في القرن نفسه وأول وثيقة معروفة في إعادة التأمين يرجع عهدها إلى عام ١٣٧٠ م ولكنها لم تكن قائمة وقتئذ على أسس فنية صحيحة ، بل كانت أقرب ما تكون إلى الرهان . وقد منعت إعادة التأمين في إنجلترا في سنة ١٧٤٦ م ، واستمر المنع حتى عام ١٨٦٤ م ، ولم تبدأ إعادة التأمين بداية فعلية إلا في بداية القرن التاسع عشر بعد أن انتشر التأمين

(١) انظر : التأمين وأحكامه ، د . سليمان بن إبراهيم بن ثيان ، ص ٧٤ - ٧٥ ، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون ، د . غريب الجمال ، ص ١٥٣ ، وإعادة التأمين للدكتور أحمد ملحم ، ص ١١١ ، وعنه تم النقل بتصريف .

انتشاراً مطرداً مدة طويلة ، ولم تكن هناك في بادئ الأمر شركات متخصصة في إعادة التأمين ، بل كانت شركات التأمين المباشر تنشيء فروعاً فيها لإعادة التأمين^(١) ، فأنشئت عام ١٨٤٦ أول شركة لإعادة التأمين ، وهي شركة كولونيا - الألمانية لإعادة التأمين ، وفي عام ١٨٦٣ م أنشئت الشركة السويسرية لإعادة التأمين ، وفي عام ١٨٨٣ م أنشئت شركة ميونيخ لإعادة التأمين ، وفي عام ١٩٠٧ م أنشئت الشركة البريطانية ، ثم توالى بعد ذلك إنشاء شركات إعادة التأمين التي سرعان ما انتشرت في معظم البلاد الصناعية . وفي بداية القرن التاسع عشر حدثت سلسلة حرائق عالمية في مدينة شيكاغو وأوروبا مما دعا الشركات المباشرة إلى اللجوء إلى إعادة التأمين بوفرة ملحوظة ، مما أدى إلى انتشار إعادة التأمين في القرن العشرين ، إذ ترتب على ذلك زيادة ضخمة في إسنادات إعادة التأمين .

لقد شاهد القرن العشرون اتجاه الدول إلى فكرة إنشاء هيئات أهلية لإعادة التأمين. أما بعد الحرب العالمية الثانية فقد تمت عمليات إدماج بين شركات التأمين ترجع أسبابها إلى ارتفاع مصاريف الإدارة وتكاليف الإنتاج . ساهم هذا الإدماج بإيجاد شركات مباشرة بأحجام كبيرة جداً^(٢) .

ثالثاً : في أنواع عقد إعادة التأمين

عقد إعادة التأمين لا يختلف في تكوينه عن عقد التأمين التجاري المباشر، وتأخذ العلاقة بين شركات التأمين المباشر وشركات إعادة التأمين نماذج مختلفة ، منها ما يسمى بالاتفاقي ، ومنها الاختياري ، ولعل أشهرها ، إعادة التأمين عن طريق الاتفاقيات ، وهي على نوعين :

(١) **اتفاقية المشاركة** : وهي التي تفضلها في الغالب شركات التأمين الجديدة على غيرها من الاتفاقيات باعتبار أنها تخفف من العبء المالي على الشركة الجديدة عن طريق الاحتفاظ بنسبة صغيرة من الخطر ، وإعادة الباقي لدى شركات إعادة ، فعلى سبيل المثال : الاحتفاظ بنسب ١٠ ٪ من الخطر وإعادة ٩٠ ٪ إلى معيدي التأمين ضمن مبلغ محدد مسبقاً في هذه الاتفاقية ، ويضاف إليها اتفاقية إضافية تسمى اتفاقية الفأض - كما سيأتي - وذلك لزيادة الطاقة الاستيعابية للشركة ضمن حدود مبالغ معينة ، ويحدد في هذه الاتفاقية مسؤولية كل طرف بالنسبة لحصته من الأقساط ، والتعويضات ، وعمولة إعادة التأمين ، والحسابات والمناطق الجغرافية للاتفاقية ، والإطار القانوني لها ، والمخاطر المشمولة بالتغطية وكذلك المستثناة ،

(١) إعادة التأمين للدكتور أحمد ملحم ، ص ١١٣ ، والتأمين التجاري والبديل الإسلامي للدكتور غريب الجمال ، ص

٩ ، والمعاملات المالية المعاصرة للدكتور محمد عثمان شبير ، ص ١٤٠ ، بتصرف .

(٢) إدارة الخطر والتأمين للدكتور محمد رفيع المصري ، ص ٣٠٣ ، بتصرف يسير .

وعملة الاتفاقية ، وموعد نفاذها وانتهائها ، وغيرها من الشروط التي يتفق عليها مسبقاً بين شركة التأمين وشركات الإعادة .

وتساعد هذه الاتفاقية شركة التأمين المباشر على البدء بتكوين محفظة تأمينية متوازنة بأقل كلفة إدارية ، كما توفر الدعم الفني اللازم عن طريق التعاون في تسعير الأخطار وتسوية التعويضات .

(٢) **اتفاقية الفائض** : وتبرم بعد مرور فترة على عمل الشركة بعدما تُكوّن قاعدة من المعلومات ، والبيانات ، ومحفظة تأمينية تستند عليها في تقدير المخاطر ، وفي الوقت نفسه تكون قد استطاعت تكوين احتياطات فنية مالية تساعدها على زيادة احتفاظها من الخطر ، والتعرف على نوعية المخاطر وأسبابها ، وحجم تكرارها خلال السنوات الماضية ، فاتفاقية الفائض تعطي قدرة استيعابية أكبر ، وتعطي قدرة لشركة التأمين في تحديد نسبة احتفاظها من الخطر طبقاً لقدرتها المالية والفنية ، وتحدد نسبة الاحتفاظ من كل خطر طبقاً لجدول مخاطر محددة ، وحدود احتفاظ مسبقة من كل خطر ، وكذلك الطاقة الاستيعابية لكل اتفاقية سواء في تأمين الممتلكات ، أو البحري والنهري ، أو تأمين الحوادث العامة ، وترتبط جداول الاحتفاظ بدرجة الخطر ومدى احتمالاته .

وقد تكون اتفاقية الفائض اتفاقية أولى ، أو اتفاقية ثانية ، وفي بعض الحالات الثالثة ، وذلك لزيادة القدرة الاستيعابية للشركة ، وهناك بنود وشروط في كل اتفاقية تحدد بدء وانتهاء الاتفاقية ، ونوع العملة ، والحدود الجغرافية للخطر ، والجهة القانونية الدولية التي يتم بها تسوية النزاعات القانونية ، ونوع المخاطر التي تكون مشمولة في هذه الاتفاقية سواء أكانت في اتفاقية المشاركة أم اتفاقية الفائض .

وفي حالة قيام شركات التأمين على النحو المبين سابقاً ، فإن العلاقة تتحدد فقط بين شركة التأمين وشركة إعادة التأمين ، أما المستأمن لدى شركة التأمين ، فلا يتمتع بأية حقوق لدى شركة إعادة التأمين ، وتتحصر علاقته بالشركة التي أمنت له فيما يتعلق بدفع التعويض عند حدوث الخطر المؤمن ضده.

وبموجب إعادة التأمين ، تدفع شركة التأمين المباشر إلى شركة إعادة التأمين مبلغاً مالياً في صورة أقساط تحدد قيمتها تبعاً لحجم الخطر المؤمن ضده يسمى " قسط إعادة التأمين " ، وتقوم شركة إعادة التأمين بواجبها كطرف مؤمن ، حيث تتحمل جزءاً من المخاطر التي تلتزم بها شركة التأمين المباشر ، وذلك بنسبة حصتها مما تتقاضاه من الأقساط .

وتقدم شركة إعادة التأمين للشركات المؤمنة لديها مبالغ باسم " عمولة إعادة التأمين " وأخرى باسم " عمولة أرباح إعادة التأمين " .

أما عمولة إعادة التأمين : فتكون بمثابة تعويض لشركة التأمين عن النفقات التي تتحملها الشركة في سبيل الحصول على العمل الأصلي (ممارسة التأمين) ، ومساهمة من شركة إعادة التأمين في النفقات الإدارية التي تخص الخطر المؤمن ضده .

وأما عمولة أرباح إعادة التأمين ، فتقدم على أساس أنها مكافأة لشركة التأمين على مهارتها في ممارسة التأمين مع عملائها المؤمنين لديها ^(١) .

ويمكن تلخيص أنواع أو صور عقد إعادة التأمين فيما يأتي :

(١) إعادة التأمين الاختياري : إعادة التأمين التي يقوم المؤمن بموجبها بعرض كل خطر تأميني على حدة على معيد التأمين ، ويكون لمعيد التأمين الخيار في قبول أو رفض المخاطر المعروضة عليه .

(٢) إعادة التأمين الاتفاقي : إعادة التأمين التي يتعهد المؤمن بموجبها بإسناد مخاطر معينة في حدود مبالغ أو نسب معينة لمعيد التأمين ويتعهد معيد التأمين بقبول إعادة التأمين على المخاطر المسندة له .

(٣) إعادة التأمين النسبي : إعادة التأمين الاتفاقي التي يتعهد المؤمن بموجبها بإسناد مخاطر معينة في حدود نسب معينة متفق عليها لمعيد التأمين ، ويتعهد معيد التأمين بقبول التأمين على المخاطر المسندة إليه .

(٤) إعادة التأمين غير النسبي : إعادة التأمين الاتفاقي التي يتعهد المؤمن بإسناد مخاطر معينة في حدود مبالغ معينة فيما يزيد على مبلغ الخسارة الذي يقرر المؤمن تحمله ، ويتعهد معيد التأمين بقبول التأمين على المخاطر المسندة إليه ^(٢) .

رابعا : في إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجاري أو التأمين الإسلامي

مما يكاد يجمع عليه أهل النظر أن إعادة التأمين ضرورة أو حاجة تنزل منزلة الضرورة لا تتمكن شركات التأمين الإسلامية من الفكاك منه ، بل إن سد باب إعادة التأمين كلية قد يؤدي إلى إفلاس الشركات فيما قد تتعرض له من خسارة نتيجة التأمين على منشآت أو معدات ونحوها كالتأمين على المطارات والمجمعات والسفن والطائرات وما إلى ذلك في حال العجز عن التعويض المطلوب .

(١) انظر : ندوة التأمين التكافلي التي أقامتها شركة التأمين التكافلي ، الكويت ، ٢٠٠٠ م ، ص ١٢ - ١٣ ، من أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ١٩٩٥ م . وأوراق عمل ندوة التأمين المجموعة في كتاب التأمين الإسلامي ، الصادر عن شركة التأمين الإسلامي ، ص ٩٩ ، د . أحمد سالم ملحم ، التأمين التعاوني الإسلامي وتطبيقاته في شركة التأمين الإسلامية ، الأردن ، ص ٣٥ - ٣٦ ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٠ م . وانظر مرجع ذلك في أوراق معهد نجاحات للتطوير والتدريب ، ص ٥٨ .

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني السعودية ، وانظر تفصيلاً في الأنواع في إدارة الخطر والتأمين للدكتور محمد رفيق المصري ، ص ٣١٠ وما بعدها ، والتأمين الإسلامي للدكتور علي محيي الدين القره داغي ، ص ٤٢٧ وما بعدها ، وإعادة التأمين ، للدكتور أحمد الملحم ، ص ١١٩ ، والتأمين التجاري والبدل الإسلامي ، للدكتور غريب الجمال ، ص ٩٤ وما بعدها .

ويحسن بصدد بيان الحكم الشرعي أن نبين أوجه الاتفاق والاختلاف بين إعادة التأمين في شركات التأمين التجاري و شركات التأمين الإسلامي .

أما أوجه الاتفاق فهي :

(١) أن أطراف عقد إعادة التأمين والهدف منه واحد في شركات التأمين التجاري والإسلامي .

(٢) أن إعادة التأمين عقد معاوضة مالية تدفع بموجبه شركة التأمين التجاري أو الإسلامي على حد سواء إلى شركة إعادة التأمين حصة متفقاً عليها من الأقساط التي اكتبها مقابل التزام شركة إعادة التأمين بتحمل حصتها من الأخطار التي تتعرض لها شركة التأمين المباشرة .

(٣) في عقد إعادة التأمين وفيما يتعلق بدفع التعويضات عند حدوث الخطر المؤمن منه تتحدد العلاقة بين شركة إعادة التأمين وشركة التأمين التجاري أو الإسلامي فقط أما المستأمن فلا يتمتع بأية حقوق لدى شركة إعادة التأمين وتتحصر علاقته بالشركة المؤمنة له .

(٤) تقدم شركة إعادة التأمين للشركات المؤمنة لديها التجاري منها والإسلامي مبالغ مالية باسم عمولة إعادة التأمين وأخرى باسم عمولة أرباح إعادة التأمين ، أما عمولة إعادة التأمين فتكون بمثابة تعويض لشركة التأمين المباشرة عن النفقات التي تتحملها في سبيل الحصول على عمليات التأمين ، ومساهمة من شركة إعادة التأمين في النفقات الإدارية التي تخص الخطر المؤمن منه ، أما عمولة أرباح إعادة التأمين فتقدم على أساس أنها مكافأة لشركة التأمين المباشرة على مهارتها في ممارسة التأمين مع عملائها المؤمنين لديها .

وأما أوجه الاختلاف في إعادة التأمين بين شركات التأمين التجاري والإسلامي فهي :

(١) أن شركات التأمين التجاري لا تأخذ بعين الاعتبار في ممارستها لإعادة التأمين مشروعية المعاملة أو عدم مشروعيتها .

أما شركات التأمين الإسلامي فإن مشروعية المعاملة أو عدم مشروعيتها محور أساس في جميع معاملاتها ومنها إعادة التأمين .

(٢) أن شركات التأمين التجاري تعتبر طرفاً أصيلاً في عقد إعادة التأمين . فهي تمارس إعادة التأمين بالأصالة عن نفسها لتتمكن من التغلب على الأخطار الجسيمة التي تهددها ذاتياً ؛ لأنها ملزمة بحكم عقد التأمين بدفع التعويضات التي تلزمها عند

تحقق الخطر المؤمن منه ولا يتحمل المؤمن له سوى قسط التأمين الذي يلزم بدفعه إليها بحكم عقد التأمين .

أما شركات التأمين الإسلامي فإنها تمارس عقد إعادة التأمين بالوكالة عن المشتركين في التأمين التعاوني ، فهي بحكم إدارتها للعمليات التأمينية وبحسبها التأميني تدرك أن أقساط التأمين المستوفاة من المشتركين بالتأمين (حملة الوثائق) لا تكفي لدفع التعويضات عن الأخطار المؤمن منها حال وقوعها .

فلا بد من جهة أخرى توفر للمشاركين في التأمين الإسلامي الحماية والغطاء للتغلب على الأخطار الجسيمة التي تهددهم وهذه الجهة هي شركات إعادة التأمين .

(٣) أن شركات التأمين التجاري تحتفظ بمبالغ احتياطية من حصة شركات إعادة التأمين وتقوم باستثمارها ، وغالباً ما يكون استثماراً ربوياً .

أما شركات التأمين الإسلامي فإن المبالغ الاحتياطية التي تبقئها من حصة شركات إعادة التأمين لديها تبقى لدى شركة التأمين الإسلامي كوديعة أو تُستثمر من قبل شركة التأمين هي الطرف المضارب وشركة إعادة التأمين هي الطرف صاحب المال .

(٤) أن المبالغ المالية التي تدفعها شركات إعادة التأمين كتعويضات عن الأضرار أو عمولة إعادة التأمين أو عمولة أرباح إعادة التأمين لا تخضع لحكم شرعي في شركات التأمين التجاري .

أما في شركات التأمين الإسلامي فيُراعى في تملكها وصرفها رأي هيئة الرقابة الشرعية^(١) .

خامساً : في الحكم الشرعي لإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجاري

لا ريب أن عقد إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجاري عقد معاوضة يحكمه بطلان عقد التأمين من حيث الأصل ، وهو ما تكاد الندوات والمجامع الفقهية تجمع على حرمة لما فيه من الغرر والمقامرة والجهالة ؛ لأن المستأمن لا يعلم مقدار التعويض ، بل قد لا يأخذ شيئاً ولما فيه أيضاً من الربا بنوعيه ربا الفضل للتفاوت في التعويضات عما دفع المستأمن ، فقد يدفع زيادة بلا عوض ، والنسيئة لتأجيل الدفع والمال من جنس واحد . وفيه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩ (٢/٩) في دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني ، وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي لا يرضاه الله لهذه الأمة .

(١) إعادة التأمين للدكتور أحمد ملحم ، ص ١٢٠ وما بعدها ، والتأمين على الحياة وإعادة التأمين ، للدكتور محمد سليمان الأشقر ، ١٦٢ وما بعدها ، وبحث الدكتور علي القره داغي ، ص ٢١٢ وما بعدها ، ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي .

ولما كان عقد إعادة التأمين مع شركات التأمين التجاري ذاتها ، فلا شك أن حكمه حكم أصله ، فلا يجوز الدخول في هذا العقد من حيث الأصل . ومن هنا ثار التساؤل في حكم عقد إعادة التأمين بالنظر إلى عدم وجود الشركات إعادة تأمين إسلامية ، كما ثار السؤال في تحقق الضرورة أو الحاجة المتعينة ، أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة .

وقد سبق إلى دراسة هذا الموضوع هيئة الفتوى لأول شركة تأمين إسلامية في السودان ولأهمية ذلك وشموله يحسن ذكر السؤال والجواب في هذا الشأن .

السؤال : لا قيام لشركات التأمين ولا ازدهار لصناعة التأمين إلا بترتيبات إعادة التأمين . وإعادة التأمين تأمين من نوع خاص إذ تقوم شركة التأمين (ويسمى التأمين هنا التأمين المباشر) بدفع جزء يتفق عليه من أقساط التأمين التي تحصل عليها من جمهور المستأمنين لشركة إعادة تأمين تضمن لها نظير أقساط إعادة التأمين هذه مقابلة جزء من الخسائر .

وعند وقوع الخطر المؤمن ضده يلجأ المستأمن إلى شركة التأمين المباشر مطالباً بجرد ما لحقه من خسارة ، فتقوم هذه الأخيرة بدفع كل الخسارة على أن تطالب شركة إعادة التأمين بعد ذلك بدفع جزء التعويض حسب نصوص اتفاقية إعادة التأمين المبرمة بينهما .

واتفاقية إعادة التأمين علاقة عقدية بين شركة التأمين المباشر وشركة إعادة التأمين ، ولا شأن لجمهور المستأمنين بها .

والعرف الساري أن تدفع شركة إعادة التأمين لشركة التأمين عمولة لتغطية مصاريفها الإدارية اللازمة للحصول على أقساط التأمين في المقام الأول مع إضافة قدر تمثيل كأجر لشركة التأمين نظير ما قامت به من عمل . وفي نهاية كل عام بعد أن تقوم شركة إعادة التأمين بعمل حساب الأرباح والخسائر ، إذا تبين أنه قد فاض عن أقساط إعادة التأمين شيء بعد خصم النفقة الإدارية ودفع التعويضات للمتضررين فإن شركة التأمين التجاري تستحق في العادة عمولة أرباح عبارة عن نسبة مئوية من هذا الفائض . ولكن إذا زادت التعويضات المدفوعة عن جملة أقساط إعادة التأمين فإن تبعة الخسارة تقع على عاتق شركة إعادة التأمين بنصيب في الخسارة ، كما أن العرف جرى في التأمين التجاري على أن تقتضي شركة إعادة التأمين من شركة التأمين المباشر سعر فائدة (بمعدل ٣,٥ ٪ في المتوسط) عن المبالغ التي تقوم هذه الشركة الأخيرة باحتجازها كاحتياطي لمقابلة الأخطار السارية . وقد جرى العرف على أن توظف شركة التأمين هذا الاحتياطي بإقراضه بسعر فائدة يزيد عن ٣,٥ ٪ محتفظة بالفرق بين سعري الفائدة .

ولقد واجهتنا مسألة إعادة التأمين هذه عند التفكير في إنشاء شركة التأمين التعاوني ، إذ كما ذكرنا فإن عدم إجراء ترتيبات إعادة التأمين قد يترتب عليه في حدوث خسائر ضخمة انهيار الشركة وبقاء صناعة التأمين إلى الأبد في أيدي اليهود الذين يسيطرون مع الأسف على هذه الصناعة .

ونظراً لعدم وجود هيئة تأمين تعمل على النظام التعاوني فإن الضرورة تقتضي إعادة التأمين في الوقت الحاضر لدى شركات إعادة التأمين المعروفة ، وذلك إلى أن تقوم مثل هذه الهيئة التعاونية لإعادة التأمين ، وقيام هذه الهيئة مرتبط بنجاح شركات التأمين التعاونية وتكوينها لاحتياطات معقولة ، كما أن نجاح شركات التأمين التعاونية واستمرارها مرتبط بدوره بمسألة إعادة التأمين . لكل ذلك نسأل : هل يجوز للضرورة عمل ترتيبات إعادة تأمين مع شركات إعادة التأمين التجارية حتى تقوم شركة إعادة تأمين تعمل وفق أحكام الشريعة السمحة ؟ علماً بأننا سنراعي في اتفاقية إعادة التأمين تجنب المحظورات الشرعية وبالأخص :

(١) ستقوم الاتفاقية على أساس المشاركة بيننا وبين شركة إعادة التأمين بمعنى أن شركة إعادة التأمين في مقابل تنازلنا لها عن ٥٥ ٪ من جملة أقساط التأمين المتحصلة ستضمن لنا ٩٠ ٪ من الخسارة التي نتعرض لها ، وسنقل تدريجياً نسبة ما ندفعه لشركة إعادة التأمين ، وتقل بالتالي النسبة التي يتحملونها من الخسارة .

(٢) لن نتقاضى أية عمولة من شركة إعادة التأمين .

(٣) لن نتقاضى عمولة أرباح من شركة إعادة التأمين .

(٤) لن نحتفظ بأية احتياطات عن الأخطار السارية حتى لا نضطر إلى دفع فوائد ربوية عنها .

(٥) لا نتدخل في طريقة استثمار شركة إعادة التأمين لأقساط إعادة التأمين المدفوعة لها ، وليس لنا أي نصيب في عائد استثماراتها ، كما أننا بالتالي لسنا مسؤولين عن أية خسارة قد تتعرض لها .

نكرر القول أن لجوءنا إلى التعامل مع شركات إعادة التأمين التجارية أملتته الضرورة إذ يترتب على عدم إعادة التأمين قبر فكرة التأمين التعاوني في المهد ، وفي هذا الإجراء المؤقت الذي نلجأ إليه لإعادة التأمين مصلحة محققة للإسلام يمكن من ازدهار صناعة التأمين المتسقة مع النهج الإسلامي ، وتمهد لقيام شركات إعادة تأمين إسلامية في وقت قريب بإذن الله .

الجواب : الجواب عن الاستفسار المذكور الخاص بإعادة التأمين يخضع أيضاً للضوابط المتقدمة (أي التي ذكرتها الهيئة في شأن ردها على الاستفسار الخاص بالتأمين

التجاري) ^(١) ؛ لأن عقد إعادة التأمين التجاري لا فرق بينه من حيث حقيقته وبين عقد التأمين التجاري ، فهو عقد تأمين تجاري يكون المؤمن له فيه شركات التأمين إلا إذا دعت إليه الحاجة المتعينة ، فهل هناك حاجة إلى إعادة التأمين ، أي هل تكون شركات التأمين في مشقة وحرَج إذا لم تتعامل مع شركات إعادة التأمين .

والجواب عن هذا السؤال تقع مسؤوليته على إدارة البنك وخبراء التأمين فيه ، وقد ورد في الاستفسار ما يدل دلالة واضحة على وجود الحاجة الخاصة إلى إعادة التأمين ، فقد جاء في أول الاستفسار " لا قيام لشركات التأمين ولا ازدهار لصناعة التأمين إلا بترتيبات إعادة التأمين " وجاء في وسط الاستفسار " هل يجوز للضرورة ^(٢) عمل ترتيبات إعادة تأمين مع شركات إعادة التأمين التجارية حتى تقوم شركات إعادة تأمين تعمل وفق أحكام الشريعة السمحة " وتكرر مثل هذا في أكثر من موضع في الاستفسار .

إذا كان هذا هو رأي خبراء البنك وإدارته فإن الهيئة ترى جواز إعادة التأمين لوجود الحاجة المتعينة مع إبداء الملحوظات والتحفظات التالية :

(١) ترى الهيئة أن يقلل ما يدفع لشركة إعادة التأمين إلى أدنى حد ممكن بالقدر الذي يزيل الحاجة ، عملاً بقاعدة " الحاجة تقدر بقدرها " وتقدير ما يزيل الحاجة متروك للخبراء في البنك ، فإذا رأوا أن ٥٥ ٪ التي جاءت في الاستفسار (بند ١) هي الحد الأدنى فلا اعتراض للهيئة عليه ، كما أنه لا اعتراض على النسبة التي ستضمونها شركة إعادة التأمين من الخسارة التي تتعرض لها شركة التأمين التعاوني .

(٢) توافق الهيئة على ما جاء في الاستفسار (بند ٢ ، ٣) من أن شركة التأمين التعاوني لن تتقاضى عمولة أرباح ولا أية عمولة أخرى من شركة إعادة التأمين .

(٣) توافق الهيئة على ما جاء في الاستفسار (بند ٤) من أن شركة التأمين التعاوني لن تحتفظ بأية احتياطات عن الأخطار السارية ؛ لأن حفظها يترتب عليه دفع فائدة ربوية لشركة إعادة التأمين .

(٤) توافق الهيئة على ما جاء في الاستفسار (بند ٥) من عدم تدخل شركة التأمين التعاوني في طريقة استثمار شركة إعادة لأقساط إعادة التأمين الموضوع لها ، وعدم المطالبة بنصيب في عائد استثماراتها ، وعدم المسؤولية عن الخسارة التي تتعرض لها .

(١) إشارة إلى فتوى الهيئة في أن التأمين التجاري غير جائز شرعاً ، وهذا هو رأي أكثر الفقهاء الذين بحثوا هذا الموضوع ، ولكن هؤلاء الفقهاء المانعين قد اختلفوا في أسباب المنع ، وجملة الأسباب هي : الفرر ، والربا ، والقمار ، فمن الفقهاء من يرى أن جميع هذه المحظورات موجودة في التأمين التجاري ، ومنهم من يرى وجود بعضها فقط ، وترى الهيئة أن المانع من جواز التأمين التجاري هو الفرر ، وهذا هو المحذور المجمع على تحققه في عقد التأمين التجاري عند القائلين بالمنع .. ينظر نص الفتوى المطول في فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني ، ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) الضرورة بالمعنى الفقهي غير متصور وجودها في التأمين ؛ لأن الضرورة هي " أن يبلغ المرء حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب " الأشباه والنظائر للسيوطي ، ٧٧ - القاعدة الرابعة " ، وواضح أن المراد بالضرورة هنا الحاجة ؛ لأن عدم التأمين أو إعادته لا يترتب عليه خوف الهلاك .

(٥) ترى الهيئة أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنة وأن يرجع البنك إلى الهيئة إذا أريد تجديد الاتفاق .

(٦) تحث الهيئة البنك أن يعمل منذ الآن على إنشاء شركة إعادة تأمين تعاوني تغنيه عن التعامل مع شركة إعادة التأمين التجاري^(١) .

وجاء في قرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي فيما يخص ضوابط إعادة التأمين الآتي :

لما كان إعادة التأمين أمراً لا بد منه لتوزيع المخاطر ، كان من تمام الواجب إقامة شركات إعادة تأمين على الأساس التعاوني الإسلامي (التكافل) بحيث تلبى احتياجات السوق . وحتى يتم ذلك لا مانع من اللجوء إلى شركات إعادة التأمين التقليدية ، إذا تحققت الحاجة بضوابطها الشرعية ، مع مراعاة ما يلي :

(١) إقلال ما يدفع لشركة إعادة التأمين إلى أدنى حد ممكن ، بالقدر الذي يزيل الحاجة ، كما يقدره الخبراء .

(٢) ألا تتقاضى شركة التأمين التعاوني عمولة أرباح ولا أية عمولة أخرى من شركة إعادة التأمين .

(٣) ألا تحتفظ شركة التأمين التعاوني بأية احتياطات عن الأخطار السارية ، إذا كان يترتب على الاحتفاظ دفع فائدة ربوية لشركة إعادة التأمين .

(٤) أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنة .

يسري على شركة إعادة التأمين من حيث العلاقة بين المساهمين والشركات المباشرة الأحكام التي تطبق في تنظيم علاقة المساهمين بالتأمين في شركات التأمين المباشرة .

ضرورة إيجاد هيئة رقابية شرعية لكل شركة تأمين أو شركة إعادة تأمين^(٢) .

ويجدر أن نذكر أيضاً فتوى هيئة الرقابة الشرعية للشركة العربية الإسلامية (إياك) ورأي هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامي لما فيها من إضافات مناسبة ، وكذلك الرأي المخالف لهذه الفتاوى لفضيلة الشيخ الدكتور عبد العزيز الخياط .

(١) انظر النص المذكور في كتاب فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني (٢٦ - ٣١) ، وفتاوى التأمين ، جمع وتنسيق وفهرست الدكتور عبد الستار أبو غدة والدكتور عز الدين محمد خوجه ٢٣٥ وما بعدها ، والتأمين التجاري والبدل الإسلامي للدكتور غريب الجمال ، ص ٧٤ ، وما بعدها .

(٢) أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ، المنعقدة في الكويت في الفترة من ٦ - ٨ جمادى الآخرة ١٤١٦ هـ ، الموافق ٣٠ - ٣١ أكتوبر - ١ نوفمبر ١٩٩٥ م .

(أ) رأي هيئة الرقابة الشرعية للشركة العربية الإسلامية للتأمين (إياك) :

أجازت هيئة الرقابة الشرعية أن تتعامل شركات التأمين الإسلامي مع شركات إعادة التأمين التجاري على أساس مبدأ الحاجة في الفقه الإسلامي على أن تكون الحاجة متعينة وتقدر بقدرها وعلى أن يكون التعامل محصوراً بين الشركة الإسلامية وشركات إعادة التأمين دون أن يكون للمؤمن له صلة بها ، ولا يجوز لشركات التأمين الإسلامي أخذ عمولة نظير الخدمات ؛ لأنها تؤدي خدماتها للمؤمن لهم ، وتستحق أن تأخذ أجرها منهم مباشرة ؛ لأن أخذ الشركة الإسلامية للعمولة من شركات إعادة التأمين التجاري يجعلها بمثابة المنتج لها .

وفيما يخص أخذ عمولات الأرباح من شركات إعادة التأمين التجاري فإن الهيئة ترى أنه لا مانع من أن تتسلم الشركات الإسلامية تلك العمولات التي تدفعها شركات إعادة التأمين التجاري على أن لا تدخلها في حساب أموال الشركة ، بل يجب عليها أن تصرفها في أوجه الخير والمصالح العامة .

(ب) رأي هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامي في الأردن :

أجازت هيئة الرقابة الشرعية بأن تعيد التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجاري في حالة تعذر الإعادة كلياً أو جزئياً لدى شركات إعادة التأمين الإسلامية ، واستدلوا على جواز ذلك بأن الحاجة تدعو إلى إعادة التأمين كما أكد ذلك القائمون على الشركة وغيرهم من خبراء التأمين ، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة وإن شركات إعادة التأمين الإسلامية قليلة ولا تستطيع أن تسد حاجة شركة واحدة من شركات التأمين الإسلامي فيما يتعلق بإعادة التأمين .

وبناءً على ذلك فإن الشركة تمارس اتفاقيات إعادة التأمين وفق الأسس والضوابط التالية :

(١) تقوم شركة التأمين بالاتفاق مع شركات إعادة التأمين بموجب اتفاقيات سنوية يقصد منها نقل جزء من الخطر الذي تتحمله شركة التأمين إلى شركة إعادة التأمين .

(٢) تلتزم شركة التأمين مقدماً بأن تحيل إلى المعيد الجزء المتفق عليه من مجموعة الأخطار التي تطبق عليها اتفاقية إعادة التأمين ، ويلتزم المعيد بقبول هذا الجزء ، وتنشأ مسؤولية المعيد بمجرد إبرام عقد التأمين الأصلي مع المؤمن له ، وذلك حسب شروط اتفاقيات التأمين .

(٣) تلتزم شركة التأمين بدفع قسط إعادة التأمين لقاء التزام المعيد بدفع نصيبه من المطالبات ، كما يلتزم بأن يدفع لشركة التأمين عمولة على العقود ضمن الاتفاقيات

المعقودة ، ويمكن أن يُنص في الاتفاق على أن تشترك شركة التأمين في الأرباح التي يحققها المعيد في الاتفاقيات المعقودة معها .

(٤) تقوم شركة التأمين بحجز نسبة من الأقساط المعادة وهي ٤٠ ٪ لاتفاقيات الحريق والحوادث العامة ، والتأمين البحري والصحي ، وذلك ضماناً لتنفيذ المعيد لالتزاماته تجاه شركة التأمين ، ويفرج عن هذا المبلغ بعد سنة ضمن اتفاقيات إعادة التأمين ، وتستثمر هذه المبالغ المحجوزة لدى البنك الإسلامي الأردني بالطرق الشرعية ، ويُعطى المعيد الحصة المتفق عليها من أرباح هذه المبالغ المحجوزة .

(٥) تدخل الأرباح المتحصلة للمعيد ضمن حساباته ويخصم منها العمولات المقبوضة من المعيد على أساس أنه من تكاليف عملية إعادة التأمين .

(٦) يلتزم المعيد بأن يدفع عمولة إلى شركة التأمين ، تحدد بنسبة مئوية معينة من أقساط إعادة التأمين .

ولا يمثل ذلك عمولة بمعنى الكلمة ، وإنما هي مساهمة من معيد التأمين في النفقات المباشرة التي تتحملها شركة التأمين ، والخاصة بالأخطار التي أعيد تأمينها .

(٧) تدخل هذه العمولات في حساب حملة الوثائق ضمن الإيرادات .

(٨) تنص اتفاقيات إعادة التأمين عادة على حق شركة التأمين في مشاركة المعيد بنسبة مئوية معينة من الأرباح الصافية التي حققتها من اتفاقية إعادة التأمين باعتبارها مكافأة لها على ممارستها لاتفاقيات إعادة التأمين بجهد إضافي وأسلوب متميز في الأمانة والاحتراف .

(٩) تحتسب هذه العمولة في نهاية الاتفاقية ، وتدخل ضمن عمولات إعادة التأمين في حسابات حملة الوثائق ضمن الإيرادات .

(١٠) إن كلا من عمولتي إعادة التأمين وأرباح إعادة التأمين لا تدفع من أموال المعيد التي تنمو وتستثمر بالطرق المشروعة ولكنها جزء من مستحقاته المالية على الشركة التي يتم استبقاؤها في الشركة .

(ج) رأي مجلس الإفتاء الأردني :

قرر مجلس الإفتاء الأردني فيما يتعلق بمشروعية إبرام شركة التأمين الإسلامية في الأردن لاتفاقيات إعادة التأمين مع شركات إعادة التأمين التجاري ما يلي :

" بعد الاطلاع على صيغ التعامل في شركة التأمين الإسلامية ونظامها الأساسي ، تبين للمجلس أن هذه الصيغ تقوم على نظام التأمين التعاوني الجائز شرعاً ، ولكن الشركة تقوم أيضاً في تعاملها على إعادة التأمين عند الشركات التجارية الخاصة بإعادة التأمين وهي (أي شركات إعادة التأمين) لا تلتزم في تعاملها بأحكام الشريعة الإسلامية.

وبما أن شركات التأمين الإسلامية مضطرة إلى إعادة التأمين عندها كي تتمكن من العمل في قطاع التأمين ، فإن هذا الأمر سيظل حتى تقوم شركات إسلامية إعادة التأمين .

وعليه فإن إعادة التأمين - والحالة هذه - تعتبر حاجة تنزل منزلة الضرورة ، وقد بين العلماء أن الحاجة ما يترتب على عدم الاستجابة إليها عسر وصعوبة ، سواء كانت حاجة عامة (أي أن يكون الاحتياج شاملاً لجميع الأمة) أو كانت خاصة (أي يكون الاحتياج لطائفة منهم ، كأهل بلد أو حرفة) فليس المراد بخصوصها أن تكون فردية ، لهذا يجوز التعامل بإعادة التأمين ما بقيت الحاجة قائمة في حدود هذه الضوابط - وينبه المجلس إلى ضرورة أن تتوجه شركات إعادة تأمين إسلامية على مستوى دولي حتى لا تكون الإجازة مبنية على الاضطرار ، كما أن المجلس يؤكد على هيئة الرقابة الشرعية أن لا يلجأ إلى إعادة التأمين إلا عند الحاجة المتيقن منها - والله تعالى أعلم ⁽¹⁾ .

(د) الرأي المخالف لما سبق من آراء :

وهو رأي الشيخ عبد العزيز الخياط ، وهو رأي جدير بالنظر ، ويساعد على تكوين رأي محدد من إعادة التأمين لدى شركات التأمين التقليدية :

يقول فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور عبد العزيز الخياط - العميد السابق لكلية الشريعة في الجامعة الأردنية ، عضو مجلس الإفتاء الأردني - : إنه لا يجوز لشركات التأمين الإسلامي إبرام اتفاقيات إعادة التأمين مع شركات إعادة التأمين التقليدي (التجاري) بحجة أن ذلك من باب الضرورات التي تبيح المحظورات ؛ لأن المعنى الشرعي للضرورة التي يباح على أساسها المحظور غير متحقق في هذه المعاملة ، فالضرورة هي بلوغ الإنسان حداً إن لم يتناول الممنوع هلك ، وهذا يبيح تناول المحرم .

كما يرى أنه ليست هناك حاجة تنزل منزلة الضرورة لإباحة إعادة التأمين الإسلامي مع شركات إعادة التأمين التقليدي (التجاري) .

ويخشى الدكتور الخياط أن يؤدي الإذن لشركات التأمين الإسلامي بإعادة التأمين لدى شركات التأمين التقليدي كإجراء مؤقت إلى أن تُركن الشركات الإسلامية لذلك ولا تنشأ شركات إعادة تأمين إسلامية .

وينصح شركات التأمين الإسلامية الناشئة بأن لا تؤمن فوق طاقتها وإمكاناتها ، وأن لا تعتمد إلى زيادة مكتسباتها بالمكسب الحرام ويقصد بذلك الربا تعاملاً .

(1) انظر أوراق عمل ندوة التأمين المنعقدة في عمان بدعوة من شركة التأمين الإسلامي العام ، والمجموعة في كتاب التأمين الإسلامي الصادر عن الشركة ، ص ٢٤ - ٢٥ ، عن كتاب إعادة التأمين وتطبيقاتها في شركات التأمين الإسلامي للدكتور أحمد ملحم ، ص ١٣٤ وما بعدها ، وورقة التطبيقات العملية للتأمين الإسلامي للأستاذ عثمان الهادي المدير العام لشركة شيكان للتأمين وإعادة التأمين .

ويضيف قائلاً : " والأصل أن تخلو معاملات المسلمين على اختلاف أنواعها من الربا ، وإذا اضطرت بعض المؤسسات الإسلامية إلى معاملة ربوية كالتى تُجبر عليها البنوك الإسلامية مع البنوك المركزية فلا يعطى صفة الحلال ولا يبرر هذا التعامل وإن كان جبراً عليه .

أما أن تتعامل شركات تأمين الإسلامي باختيارها (أي بإعادة التأمين على نحو ما تقدم) وتلتزم الترخيص الشرعي لذلك وتستصدر الفتاوى من هيئة المستشارين الشرعيين فهذا مما لا نوافق عليه " .

ويخلص إلى القول : " ولهذا فأنا أرى الرأي الذي لا يجيز إعادة التأمين عند شركات إعادة التأمين التي تتعامل بالربا وتتعامل معها فيه إلا في حالة واحدة فقط وهي : أنه وقد وجدت شركات التأمين الإسلامي وتعلقت بها مصلحة الغير وعملت مع الشركات الضامنة (شركات إعادة التأمين) على أن تستثمر حصتها بطريقتها الحلال ويخشى انحلالها إذا لم تُعد التأمين ، وإلى أن توجد شركات إسلامية لإعادة التأمين ، أي شركات ضامنة ، فإنني أرى أن الوجه الذي تستمر به شركات التأمين الإسلامية في العمل مع إعادة التأمين ، هو أن القانون الأردني يجبرها على التعامل مع الشركات الضامنة (شركات إعادة التأمين التقليدي) ولا يوجد شركات إسلامية (أي لإعادة التأمين) فتتعامل معها مؤقتاً إلى أن توجد الشركات الإسلامية ^(١) .

ما يترجم من الأحكام الشرعية في : إعادة التأمين لدى شركات التأمين التقليدية :

أولاً : إعادة التأمين لدى شركات تأمين تجارية ضرورة أو حاجة تنزل منزلة الضرورة :

الفتاوى الصادرة في هذا الشأن التي تجيز إعادة التأمين لدى شركات تأمين تجارية تجيز بتعليل الضرورة وبعضها بتعليل الحاجة ، أو تجمع بينهما ، أو هي الحاجة المنزلة منزلة الضرورة ، وقد يفهم من هذا أن مرادهم من الحاجة أو الحاجة المنزلة منزلة الضرورة أنها هي التي تبيح المحرم بإطلاق وهذا ما يحتاج إلى تنويه ، فإن الحاجة أو الحاجة المنزلة منزلة الضرورة ، لا تبيح المحرم بإطلاق ، قال الزركشي والسيوطي : " الضرورة هي بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك ، أو قارب ، وهذا لا يبيح الحرام ، والحاجة كالجائع لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه في جهد ومشقة وهذا لا يبيح الحرام " ^(٢) . وقال الإمام الشافعي : " وليس يحل بالحاجة محرم إلا في الضرورات من خوف تلف النفس ، فأما غير ذلك فلا أعلمه يحل الحاجة ، والحاجة فيه وغير الحاجة سواء " ^(٣) . وفي هذا قال الشيخ عبد الله بن بيه : " الحاجة لا يمكن اعتبارها قائمة مقام الضرورة بصفة مطلقة في إباحة

(١) تراجع مذكرة الشيخ عبد العزيز الخياط وهي مطولة وموثقة بالأدلة في ملحقات كتاب إعادة التأمين للدكتور

أحمد ملحم ، ص ١٨٩ - ٢٠٠ .

(٢) المنشور ، ٢/٣١٩ ، والأشباه والنظائر ٨٥ .

(٣) الأم ٣/٣٨ ، طبعة الشعب المصرية .

المحرم ، بل إن الأصل أن الضرورة وحدها تبيح المحرم ، وأن هذا الحكم لا ينسحب على الحاجة كما قال الشافعي : " وليس يحل بالحاجة محرم إلا في الضرورات " ، وقال الشافعي : " الحاجة لا تحقق لأحد أن يأخذ مال غيره " والسيوطي نفسه صرح بذلك : " أكل الميتة في حالة الضرورة يقدم على أخذ مال الغير " ، ذلك أن أكل الميتة فيه حق الله تعالى فقط ، وأخذ مال الغير ومنه الربا فيه حق الله تعالى وحق الأدمي . قال القرآني : " وقد يوجد حق الله تعالى وهو ما ليس للعبد إسقاطه ، ويكون معه حق العبد كتحريره تعالى لعقود الربا والغرر والجهالات " فهذه العقود محرمة لحق الله وحق العبد فكيف تنزل الحاجة منها منزلة الضرورة بإطلاق^(١) . ويقول الشيخ الدكتور محمد الأشقر وإباحة الحاجة للمحرم عندي تردد وإن قلنا إنها تبيح المحظور فربما كان هذا فيما مضى^(٢) .

والذي نراه في إعادة التأمين لدى شركات تأمين تقليدية ، هو عدم الجواز لا ضرورة ؛ لأن الضرورة غير متحققة ، ولا حاجة ، وهي لا تبيح المحرم - وإذا سلمنا القول بالجواز للحاجة المنزلة منزلة الضرورة ، فإن ذلك ينتفي مع وجود شركات إعادة تأمين إسلامية ولو لم تتحقق معها الميزات كلها ، إلا ما تعجز عنه شركات إعادة التأمين الإسلامية ، أو كان نوعاً من التأمين لا تشمله وثائق التأمين الإسلامية فيكون محل نظر لدى هيئات الرقابة الشرعية في مدى تحقق الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة - إن كانت ترى ذلك - وقد يمكن الاستغناء عن هذا النوع من التأمين لحين تغطيته لدى شركات تأمين إسلامية .

ثانياً : العمولات التي تتقاضاها شركة التأمين الإسلامية من شركة إعادة التأمين التقليدية . والاحتياطات لدى الشركة الإسلامية وعوائد استثمارات شركة إعادة التأمين التقليدية لأقساط إعادة التأمين :

لا وجه لأخذ شركة التأمين الإسلامية عمولة من شركة إعادة التأمين حتى عند من يجيز ذلك للحاجة أو الضرورة نظير الخدمات ؛ لأن جواز التعامل مقدر بقدره ، وهذا زيادة على قدر الحاجة وإنما تفعله شركات إعادة التأمين مع نظيراتها التجارية . وقد أخذت شركة التأمين الإسلامية نسبتها المتفق عليها نظير إدارتها من حملة الوثائق ، ولكن يحتمل أخذ عمولة الأرباح لصرفها في المصاريف العامة ، وهذا ما أفتت به هيئة الرقابة الشرعية في بنك فيصل الإسلامي السوداني كما سيأتي . وكذلك ما يسمى باحتياطات الأخطار غير المنتهية لدى شركة التأمين الإسلامية لا تستحقها لأنها ملك لشركة إعادة التأمين التجارية .

(١) بحث الفرق بين الضرورة والحاجة مع بعض التطبيقات المعاصرة من قرارات المجامع الفقهية ، ج ٩ ، وقد فصل في هذا الموضوع تفصيلاً دقيقاً فليراجع .

(٢) أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ، ١٦٧ .

ويحسن أن نثبت هنا بعض الفتاوى التي عالجت الموضوع ، فقد ورد سؤال على هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني مفاده :

" نرجو إفتاءنا بقراركم عما إذا كان المسموح به لشركة التأمين الإسلامية وشركات إعادة التأمين الإسلامية أن تعيد التأمين وتقبل إعادة التأمين من بعضها البعض إذا كان ذلك مشروطاً من شركة من شركات التأمين أو إعادة التأمين " .

وكان جواب الهيئة الآتي :

" لقد بنت هيئة الرقابة الشرعية فتواها بجواز تعامل شركة التأمين الإسلامية مع شركات إعادة التأمين غير الإسلامية على أساس مبدأ الحاجة في الفقه الإسلامي ، ومن ضوابط هذا المبدأ أن تكون الحاجة متعينة وأن تقدر بقدرها ، ولهذا حرصت أيضاً على أن يكون التعامل محصوراً بين الشركة ومعيدي التأمين ، ولا يكون للمؤمن لهم عند شركة التأمين الإسلامية صلة بشركة إعادة التأمين .

ومن هنا جاء اعتراض الهيئة على أخذ شركة التأمين الإسلامية عمولة من شركات إعادة التأمين غير الإسلامية نظير الخدمات ؛ لأن الشركة الإسلامية تؤدي خدماتها للمؤمن لهم وتستحق أن تأخذ أجرها منهم مباشرة لا عن طريق شركة إعادة التأمين ؛ ولأن أخذ الشركة الإسلامية للعمولة يجعلها بمثابة المنتج لشركة إعادة التأمين غير الإسلامية .

هذا بالنسبة للتعامل مع شركات إعادة التأمين غير الإسلامية ، أما تعامل شركة التأمين الإسلامية مع شركات إعادة التأمين الإسلامية فيجوز من وجهة النظر الشرعية أن يكون على أساس مجموع الأقساط المتحصلة وأخذ عمولة ، كما يجوز أن يكون على أساس صافي الأقساط وعدم أخذ عمولة ، وإتباع أي من المعاملتين يحكمه الاتفاق بين الشركتين .

ومع أن الهيئة تؤكد أنه لا مانع شرعاً من دفع وأخذ عمولات بين شركات التأمين وشركات إعادة التأمين الإسلامية فإنها تؤيد اقتراحكم : " أن يكون الأصل في التعامل بين هذه الشركات الإسلامية على أساس صافي الأقساط وعدم دفع عمولة " للمبرر الذي ذكرتموه وهو التفرقة بين النظام الإسلامي والنظام غير الإسلامي لإعادة التأمين^(١) .

وقد أفتت الهيئة بجواز أخذ عمولة أرباح من شركة إعادة التأمين على أن تصرف وفي أوجه الخير ، فأجابت : " فيما يخص ما يعرف بعمولات الأرباح من شركات إعادة التأمين فلا مانع من أن تتسلم الشركة الإسلامية هذه العمولات إذا قبلت شركات إعادة التأمين التجاري دفعها مختارة على ألا تقوم بإدخالها في أموال الشركة ، بل يجب صرفها في أوجه الخير والمصالح العامة .

(١) فتاوى الهيئة ، ٣٩ ، وفتاوى التأمين ، ٢٤٤ وما بعدها .

وكذلك الحكم بالنسبة للاحتياطيات وعوائد استثمار شركات إعادة التأمين لأقساط التأمين ، ولا يجوز أخذها والاستفادة منها لشركة التأمين الإسلامية ؛ لأنها مملوكة لشركة إعادة التأمين ، وهذا ما ورد جوابه في هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني في جواب الهيئة الآتي :

" احتياطيات الأخطار غير المنتهية التي تحتفظ بها شركة التأمين الإسلامية مال مستحق ومملوك لشركات إعادة التأمين فلا يجوز لشركة التأمين الإسلامية التصرف فيه بالاستثمار أو غيره إلا بإذن ورضا من مالكه ، فإذا أرادت الشركة الإسلامية أن تستثمره فعليها أن تطلب إذناً من شركة إعادة التأمين في استثماره على أحد الوجهين التاليين :

أن يعتبر قرضاً وتكون الشركة الإسلامية ضامنة له وفي هذه الحالة لا تستحق شركة إعادة التأمين شيئاً من الربح ؛ لأنها لا تتحمل شيئاً من الخسارة .

أن يعتبر المال مال مضاربة ولا تكون الشركة الإسلامية ضامنة له إلا في حال التعدي أو التقصير ، وفي هذه الحالة تستحق شركة إعادة التأمين نسبة شائعة من الربح يتفق عليها الطرفان في العقد ^(١) .

كما يجب مراعاة الضوابط التالية في إعادة التأمين:

في حالة إعادة التأمين لدى شركات تأمين تقليدية يجب مراعاة ما يأتي :

- (أ) أن لا يؤدي التعامل إلى أخذ الفائدة ، أو دفعها سواء احتفظت شركة التأمين الإسلامية باحتياطيات تحت التسوية معها أو لا .
- (ب) أن لا تطالب شركة التأمين الإسلامية بنصيب من عوائد استثمارات شركات إعادة التأمين التقليدية لأقساط إعادة التأمين .
- (ج) عدم قبول أية عمولة من شركات إعادة التأمين التقليدية عن إعادة التأمين لديها ، ولا مانع من الاتفاق على تخفيض قسط الإعادة بدلاً عن ذلك .
- (د) لا مانع من أخذ ما ترده شركات إعادة التأمين على نفس المبادئ الشرعية ، والأسس الفنية للتأمين الإسلامي ، وبذلك تكون شركات التأمين هي المشترك .
- (هـ) العمولات المقدمة من شركات التأمين الإسلامية لا مانع من قبولها ^(٢) .

كما جاء في قرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ضوابط إعادة التأمين لدى الشركات التقليدية ما يأتي :

(١) انظر : المرجعين السابقين .

(٢) معيار إعادة التأمين الإسلامي رقم (٤١) ، المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية . بتصرفات .

" لما كان إعادة التأمين أمراً لا بد منه لتوزيع المخاطر ، كان من تمام الواجب إقامة شركات إعادة تأمين على الأساس التعاوني الإسلامي (التكافل) بحيث تلبى احتياجات السوق ، وحتى يتم ذلك لا مانع من اللجوء إلى شركات إعادة التأمين التقليدية ، إذا تحققت الحاجة بضوابطها الشرعية ، مع مراعاة ما يلي :

(١) إقلال ما يدفع لشركة إعادة التأمين إلى أدنى حد ممكن ، بالقدر الذي يزيل الحاجة ، كما يقدره الخبراء .

(٢) ألا تتقاضى شركة التأمين التعاوني عمولة أرباح ولا أية عمولة أخرى من شركة إعادة التأمين .

(٣) ألا تحتفظ شركة التأمين التعاوني بأية احتياطات عن الأخطار السارية ، إذا كان يترتب على الاحتفاظ دفع فائدة ربوية لشركة إعادة التأمين .

(٤) أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنة ^(١) .

وأيضاً جاء في ضوابط إعادة التأمين في الأجوبة الشرعية للدكتور عبد الستار أبو غدة الآتي :

" يجب العمل على حصر إعادة التأمين بالشركات الإسلامية القائمة على التكافل ، ولا يلجأ لإعادة التأمين لدى شركات تقليدية إلا عند عدم توافر الخدمة اللازمة من حيث الكيفية أو الكمية لدى شركات إعادة تأمين إسلامية ، فحينئذ يباح للحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة .

وفي هذه الحالة يراعى ما يلي :

- (أ) الإقتصار على القدر الضروري ، والمدة الضرورية .
- (ب) في حال احتفاظ شركة التكافل باحتياطات تحت التسوية مع شركات إعادة التأمين التقليدية لا تدفع فوائد لها عنها ، وفي بعض الاجتهادات يمكن استثمارها بمعرفة شركة التكافل وإعطاء نسبة من الربح المتحقق فعلاً إلى شركات إعادة التأمين .
- (ج) عدم المطالبة بنصيب من عائد استثمار شركات إعادة التأمين التقليدية لأقساط إعادة التأمين .
- (د) عدم قبول أية عمولة من شركات إعادة التأمين التقليدية عن إعادة التأمين لديها ، حتى لا تقوم شركة التكافل بدور المنتج للشركات التقليدية فإنها تقتصر على ما هو حلال ، ولا تقبل نسبة مجملة قد تحتوي على محرّمات ^(٢) .

(١) قرارات وتوصيات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ، ٤٦٧ .

(٢) فتاوى التأمين ، ٢٤١ .

سادسا : الحلول الإسلامية المقترحة لإعادة التأمين

إن هيئات الفتوى التي أجازت لشركات التأمين الإسلامية إعادة التأمين التجارية أسندت الجواز لحال الضرورة ، أو الحاجة الملحة التي تنزل منزلة الضرورة ، ولما كانت الضرورة والحاجة تقدر بقدرها ، فإن وجود شركات إعادة تأمين إسلامية يصبح مطلباً ملحاً ، وحلاً حاسماً ، إلا أن تحقيق ذلك يحتاج إلى وقت وعمر مستقبلي مديد تنمو فيه شركات التأمين الإسلامية وتحقق نجاحات ملحوظة مؤثرة ، وإلى أن يحدث ذلك فإن اقتراح حلول تقرب المسافة ، وتحقيق المقصد بأقصر طريق تعد مطلباً جديراً بالنظر هو أولى ، بل أوجب من إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التقليدية .

أخذين في الاعتبار نشوء عدد قليل من شركات إعادة تأمين إسلامية لكنها ما زالت قاصرة عن تحقيق التغطية التأمينية المطلوبة .

ولقد قدمت عدة مقترحات وتصورات في هذا الشأن نعرض لأهمها مع إبداء الرأي فيها ترشيداً للمسيرة .

أولاً : التأمين بالتضامن بين شركات التأمين الإسلامي : بحيث تتعاون عدة شركات في اقتسام الخطر المؤمن منه الذي لا تستطيع أي منها تحمله بمفردها فتتحمل كل شركة من تلك الشركات جزءاً من الخطر الذي ترى أن لديها القدرة على استيعابه وهو ما يعرف لدى المختصين بالتأمين بالاكتتاب الجزأ .

ثانياً : تأسيس اتحاد عام لشركات التأمين الإسلامي على أساس التأمين التعاوني بين الشركات ، وإنابة واحدة منها بالتعاقد مع المستأمنين مع قبول بقية الشركات لهذا التعاقد كل منها في الجزء الذي يخصها ، وهو ما يعرف بالتأمين المشترك أو الاكتتاب المجمع ، فكل شركة شخصيتها الاعتبارية وذمتها المستقلة ، وإذا حصل اتحاد بين تلك الشركات فتضم ذممها إلى بعضها البعض لتشكل ذمة واحدة ذات طاقة تأمينية مرتفعة وبذلك يتحقق الباعث الأول على إعادة التأمين وهو توفير الغطاء الذي يمكنها من التغلب على الأخطار الجسيمة التي تفوق تعويضاتها المالية في حال وقوعها قدرات كل شركة من شركات التأمين الإسلامي المباشر بمفردها .

والمستند الفقهي للتعاون الجماعي في التأمين الإسلامي هو نظام العواقل الثابت بالسنة الصحيحة .

ثالثاً : تأسيس شركات إعادة تأمين إسلامي بمساهمة من شركات التأمين الإسلامي المباشر : تؤسس هذه الشركات بصفة شركات مساهمة برؤوس أموال مرتفعة يساهم فيها بالإضافة إلى شركات التأمين الإسلامي المباشرة أصحاب رؤوس الأموال الكبيرة بحيث تكون قيمة السهم فيها مرتفعة لتمارس التأمين التعاوني على مستويات

أعلى من مستويات التأمين الذي تمارسه شركات التأمين الإسلامي العاملة في وقتنا الحاضر مما يمكنها من زيادة طاقتها الاستيعابية .

رابعاً : إنشاء شركات لإعادة التأمين الإسلامي برأس مال كبير بمساهمة المصارف الإسلامية في العالم الإسلامي رداً للجميل بالجميل ، فكما أن إنشاء شركات التأمين الإسلامي تُستكمل به حلقة الاقتصاد الإسلامي من خلال دعمها للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية حيث إن تلك المؤسسات لا تستطيع أن تؤدي رسالتها الاقتصادية إلا بتعاملها مع شركات التأمين الإسلامي (١) .

خامساً : الطريقة التعاونية المبسطة لإعادة التأمين الإسلامي : أن تتبرع كل شركة تأمين إسلامية بمبلغ يتناسب مع الأخطار المحددة التي تريد تغطيتها ، ويدفع المبلغ مقدماً وتجتمع تلك المبالغ تحت يد إدارة موثوقة مستأجرة ، ثم تغطي منها الخسائر التي دفعت عن الأخطار المحددة .

ويمكن أن لا تدفع المبالغ مقدماً ، بل تقبل الإدارة من الشركات المتعاونة في عملية إعادة تعهداً بدفع ما ينوبها عند حصول الخطر المحدد . ثم يجري التقاص بين الشركات .

وهذا النوع بشقيه تعاوني صرف ، موافق للشريعة بصورة ظاهرة ، كما هو واضح من مقارنته ببعض الصور التعاونية التي وقعت في العهد النبوي وأقرتها الشريعة الإسلامية ، كحديث الأشعريين (٢) .

وفي هذه الطريقة يكون كل من شركات التأمين مستأمناً ومعيداً في الوقت نفسه .

كيفية إجراء العمل بهذه الطريقة :

أن تلتزم كل شركة داخلية في هذا التعاون بمقدار معين من المخاطرة وتتولى إدارة التجمع إحصاء هذه المقادير المجتمعة ، ثم تأتيها طلبات إعادة التأمين حسب مبالغ التأمين التي التزمت بها كل شركة لعملائها وفاضت عن قدرتها ، فتوزعها إدارة التجمع على الشركات بالنسب الملتزم بها ، وحيث وقعت الخسارة المؤمن منها تسدد كل شركة ما ينوبها منها حسب حصتها .

أما في حالة تحقق فائض فإنه يعاد إلى الشركات بنسبة اشتراكاتها .

سادساً : تولي إعادة التأمين من قبل شركات تجارية : أن تتولى شركة تجارية ، سواء كانت بنكاً أو غيره ، إدارة أعمال إعادة التأمين التعاوني الإسلامي .

(١) انظر : التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، عبد السميع المصري ، ص ٨٢ ، التأمين بين الحظر والإباحة ، سعدي أبو حبيب ، ص ٦٠ - ٦١ ، ومدخل إلى إعادة التأمين ، عبد اللطيف عبود ، ص ١٤ ، والتأمين بين الشريعة والقانون ، الدكتور غريب الجمال ، ص ١٥٠ ، عن إعادة التأمين الإسلامي أحمد ملحم ، ص ١٥٦ .

(٢) أخرج البخاري ومسلم من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة ، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ، ثم اقتسموه بينهم بالسوية ، فهم مني وأنا منهم .

ولذلك صور :

الصورة الأولى : أن يكون التعاون من البسيط المار ذكره ، فتنجمع الأقساط التي تتبرع بها شركات التأمين لدى شركة إعادة ، وهي تتولى الصرف من تلك الأقساط في حالة حدوث الخطر ، وتتولى إعادة الفائض بتوزيعه على الشركات المستأمنة .

ويمكن أن توضع المبالغ المجتمعة في حساب جار ، أو حساب توفير ، أو استثمار ، لدى بنك إسلامي أو أكثر ، إلى أن يحين موعد التصرف فيها طبقاً لما تقدم .

الصورة الثانية : أن تتولى عملية إعادة التأمين التعاوني شركة تجارية مساهمة ، تنشأ بغرض أساسي هو تولي إعادة التأمين الإسلامي ، وهي تتقبل الاشتراكات من الشركات المستأمنة طبقاً للأصول المتبعة في تقدير الأقساط ، وتتولى الصرف منها في حال وقوع الأخطار المحددة .

ويمكن أن تتحدد مصلحة هذه الشركة التجارية في مقابل إدارتها لعملية إعادة التأمين في أحد الأمرين التاليين :

الأول : أن تتاح لها فرصة المضاربة بالأقساط المجتمعة لديها باستثمارها في الأوجه التي تراها . يكون للشركة نسبة متفق عليها تحدد مقدماً ، وتعلن مقدماً ، نحو (١٠٪) يضم إلى رصيد الأموال التأمينية المجتمعة لديها ، وإن تحققت بالاستثمار المذكور خسارة لم تتحمل الشركة شيئاً ، ويفوتها تحقيق مكسب لمساهميها .

الثاني : أن تأخذ شركة إعادة التأمين على عملية إعادة التأمين ، وعلى استثمار الأموال التأمينية أجراً . وفي هذه الحال تستحق الأجر سواء أربحت في الاستثمار أم خسرت .

ويمكن تحديد الأجر لكل من العاملين بالنسبة ، فتأخذ نسبة معينة نحو (١٪) من كل قسط تأميني يرد إليها ، مقابل العملية التأمينية ، ونسبة معينة أخرى نحو (٥٪) من المبالغ التي يجري استثمارها لسنة مثلاً ، مقابل العملية الاستثمارية^(١) .

ونعتقد أن هذه الصيغ مناسبة كلها ، ولعل بعضها يسلم الأمر إلى البعض الآخر مرحلياً ، فكل الصيغ صالحة للتطبيق ، ويجب تشجيعها ودعمها حاشا الصيغة الأخيرة ما لم تكن مؤقتة واختلاف هذه الصيغ اختلاف وسائل يخلها التطبيق والتجربة ، كما أن تعددها يورث مرونة تناسب شركة أو شركات إعادة تأمين أكثر مما يناسب أخريات ، المهم أن تتعدد شركات إعادة التأمين مع ملاءة عالية مع تضافرها متآزرة لتسد الثغرة ، وكما نجحت مسيرة البنوك الإسلامية رغم ضخامة الصعاب ، وتبعتها في النجاح شركات التأمين الإسلامية ، فينبغي أن تتجح أيضاً شركات إعادة التأمين الإسلامية -

(١) الخامس والسادس مقترح الدكتور محمد سليمان الأشقر ، ص ٣٠ ، ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي .

رغم نجاح الموجود منها جزئياً – وتكثر لأن كثرتها من لوازم نجاحها ، ونعتقد أن نجاح شركات إعادة التأمين موضوع وقت فحسب ، ليتكامل بناء الاقتصاد الإسلامي ، فإن حاجة المسلمين لشركات التأمين وإعادة التأمين مثل حاجتهم للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية ، حتى يتحقق للمسلمين رضا ربهم بعبادتهم المالية له جل وعلا .

مقترح قرارات بشأن

أولاً : مبدأ المشاركة في الربح والخسارة في شركات التأمين الإسلامي

لما كان التأمين الإسلامي قوم على مبدأ الالتزام بالتبرع لمصلحة المشتركين بقصد تعويض ما قد يقع من ضرر على المشتركين أو بعضهم ، كان من المفترض أن يشارك جميع المشاركين في صندوق التأمين في الربح والخسارة وفق الشروط والضوابط المتفق عليها .

ثانياً : الفائض التأميني في شركات التأمين الإسلامي

هو ما تبقى من الاشتراكات وعائد استثماراتها بعد حسم المصروفات وتكوين المخصصات والاحتياطيات ، وهو حق لحملة الوثائق لا يشاركهم فيه المساهمون .

طرق توزيع الفائض التأميني :

- (١) التوزيع على حملة الوثائق جميعهم دون تفرقة بين من حصل على تعويض لحادث وقع له ، ومن لم يحصل على تعويض .
- (٢) التوزيع على من لم يحصلوا على تعويضات .
- (٣) التوزيع على من لم يحصلوا على تعويضات ، وعلى من حصلوا على تعويضات أقل مما دفعوه من اشتراكات خلال الفترة المالية .(وهذا موافق لقرار مجمع الفقه)
- (٤) التوزيع بين حملة الوثائق وأصحاب حقوق الملكية .
وتعتبر الطريقة الأولى هي الطريقة المثلى .

ثالثاً : مبدأ حق الحلول في شركات التأمين الإسلامي

يجوز إحلال المؤمن الذي وفى بمبلغ التأمين للمؤمن له محل هذا الأخير وأن يرجع المؤمن على المسئول عن الضرر .

رابعاً : مبدأ التحمل في شركات التأمين الإسلامي :

ويقصد به تحمل المؤمن له جزءاً من تكاليف الضرر عند حدوثه ، ثم يطالب الشركة بما زاد .

خامساً : إعادة التأمين لدى شركات التأمين التجارية :

الأصل عدم جواز إعادة التأمين إلا على أساس التأمين الإسلامي ، ولكن نظراً لعدم توافر إعادة التأمين الإسلامي بما يغطي الحاجة من حيث عدد الشركات وتنوعها والطاقة الاستيعابية لها ، فإنه يجوز إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجارية بالقيود التالية :

- (١) تقليل النسبة التي تدفع من الأقساط لشركات إعادة التأمين التجارية إلى أدنى حد ممكن ، بالقدر الذي يزيل الحاجة - عملاً بالقاعدة الفقهية : الحاجة تقدر بقدرها ، وهذا التقدير متروك للخبراء.
 - (٢) عدم تقاضي عمولة من شركة إعادة التأمين لأن أخذ العمولة يجعل شركة التأمين الإسلامي بمثابة المنتج لشرك إعادة التأمين التجارية ، ومالا يجوز فعله لا يجوز الوساطة فيه.
 - (٣) ألا تدفع شركة التأمين الإسلامي فائدة عن الاحتياطات التي تحتفظ بها ، على أن يتم الاتفاق مع شركات إعادة التأمين التقليدية على أن تستثمر الشركة الإسلامية هذه الاحتياطات بالطرق المشروعة ، وتدفع لها نسبة من الربح باعتبارها رب المال.
 - (٤) عدم تدخل شركة التأمين الإسلامي في طريقة استثمار شركة إعادة التأمين لأقساط إعادة التأمين المدفوعة إليها ، وعدم المطالبة بنصيب في عائد استثماراتها ، وعدم المسؤولية عن الخسارة التي تتعرض لها.
 - (٥) أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنه ، وأن ترجع شركة التأمين الإسلامي إلى هيئة الرقابة الشرعية كلما أرادت تجديد الاتفاقية مع شركة إعادة التأمين التجارية .
- (هذا نص قرار مؤتمر وثاق الأول للتأمين التكافلي المنعقد في الكويت في الفترة من ٢٠ - ٢١ محرم ١٤٢٧هـ الذي يوافق ١٩ - ٢٠ فبراير ٢٠٠٦م. ويوافق قرارات صدرت من جهات علمية أخرى)

فهرس

رقم الصفحة	الموضوع
١	التمهيد
٣	المبحث الأول : مبدأ تحمل المشاركة في الربح والخسارة في شركات التأمين الإسلامي :
٣	- أطراف شركة التأمين الإسلامي
٤	- التحمل تبعاً لطبيعة العلاقة بين الأطراف
٦	- ما تتحمله شركة التأمين وما تستحقه
٧	- التكيف الشرعي لمبدأ استحقاق الربح وتحمل الخسارة
٩	المبحث الثاني : الفائض وتوزيعه في شركات التأمين الإسلامي :
٩	أولاً : تعريف الفائض
٩	ثانياً : التكيف الفقهي للفائض
١١	ثالثاً : كيفية توزيع الفائض
١٣	المبحث الثالث : مبدأ الحلول في شركات التأمين التجاري الإسلامي :
١٤	- أساس حق الحلول : القانوني
١٥	- أساس حق الحلول : بالحوالة
١٦	- شروط الحلول
١٨	- آثار الحلول القانوني
١٩	- التكيف الشرعي لحق الحلول في شركات التأمين الإسلامي
٢١	- آثار الخلاف بين التكيف الشرعي والقانوني لمبدأ الحلول
٢٣	المبحث الرابع : اشتراط التحمل في شركات التأمين الإسلامي :
٢٣	- تحديد نسبة التحمل من قيمة العقد
٢٥	المبحث الخامس : إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامي :
٢٥	أولاً : مفهوم إعادة التأمين
٢٨	ثانياً : نشأة شركات إعادة التأمين .
٢٩	ثالثاً : أنواع عقد إعادة التأمين .
٣١	رابعاً : إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامي
٣٣	خامساً : الحكم الشرعي لإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجاري
٤٦	سادساً : الحلول الإسلامية المقترحة لإعادة التأمين
٥٢	الفهرس



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

Bottom of Form

مشروع قانون نموذجي في التأمين التكافلي (مع نظام أساسي نموذجي لشركة تأمين تكافلي)

أعدده

المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم (دبي)

بتوصية من

مؤتمر التأمين التعاوني : أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه
المنعقد بالأردن في الفترة ١١ - ١٤ أبريل ٢٠١٠ بالتعاون بين الجامعة
الأردنية ومجمع الفقه الإسلامي الدولي والمنظمة العربية للتربية
والعلوم والثقافة "إيسيسكو" والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو
مجموعة البنك الإسلامي للتنمية.

يقدمه

د. عبد الستار الخويلدي

الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم

نص التوصية الصادرة عن مؤتمر التأمين التعاوني، أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه المنعقد بالأردن في الفترة ١١ - ١٤ أبريل ٢٠١٠ بالتعاون بين الجامعة الأردنية ومجمع الفقه الإسلامي الدولي والمنظمة العربية للتربية والعلوم والثقافة "إيسسكو" والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية.

المحور الثاني

تشريعات التأمين التعاوني، وعقوده، ووثائقه

- دعوة المركز الاسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بإعداد مشروع قانون ونظام أساسي لشركات التأمين الإسلامية، على ضوء ما حدد من توصيات في ورقة التصور الشمولي لمشروع قانون ونظام أساسي لشركات التأمين الإسلامية، على أن يعرض على مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- دعوة الدول والحكومات الإسلامية لإصدار تشريعات خاصة للتأمين الإسلامي.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :

أدى تقدم الحياة المدنية وتشعبها وكثرة الحوادث والأضرار الجسيمة التي لا يستطيع أن يتحملها فرد أو مجموعة إلى قيام شركات تأمين تعرف بشركات التأمين التجاري تتولى جبر الأضرار وفق منهجها.

والتأمين كما يمارس اليوم في المجال الاقتصادي والاجتماعي وبأنواعه المتعددة يعتبر من العقود المستجدة في الفقه الإسلامي ولا توجد له أحكام خاصة في الشريعة الإسلامية وإن كانت له أصول عامة في الفقه^١

وحرص الإنسان منذ القدم على حماية ممتلكاته من التلف والهالك والتي تحققها صيغة التأمين كلياً أو جزئياً والتي ليست محل خلاف بين المختصين والخبراء. فحتى الذين لا يرون جدوى في التفريق بين تأمين تعاوني مباح وتأمين تجاري محرم يرون أن نظام التأمين في ذاته مقبول، بل مستحب في ظل الشريعة الإسلامية وبأنواعه الثلاث^٢.

ومضمون هذا الإجماع أن تجزئة الأضرار وتوزيعها بين عدد كبير من الناس وتعويض المتضررين هو مبدأ تعاون في حد ذاته لا ينكره عرف الناس ولا يعارض نصاً شرعياً قطعياً. بقي أن ننظر في التفصيل والكيفية للوصول إلى صيغة مقبولة شرعاً، وهذا هو مصدر الخلاف والتباين في الآراء.

وقد نال موضوع التأمين اهتمام المجمع الفقهي واللجان الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية في وقت مبكر. ونذكر على سبيل المثال: القرار الخامس للمجمع الفقهي بمكة المكرمة في دورته الأولى المنعقدة في ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ والذي أصدر قراراً في موضوع التأمين بشتى صورته وأشكاله. كما اهتم مجمع الفقه الإسلامي الدولي بموضوع التأمين. فقد أصدر قراراً منذ أكثر من ربع قرن حول الموضوع (القرار رقم ٩/٢٠٩). ولكن لم يتوسع مجمع الفقه الإسلامي الدولي في الموضوع، بل اقتصر على إثارة ثلاث مسائل وضع لها المبادئ والأسس وبطريقة مقتضبة دون تفصيل لتلك المبادئ والأسس. فقد أفتى المجمع فيما هو سائد وهو التأمين التجاري، واعتبره حراماً شرعاً، ثم أعطى البديل وهو عقد التأمين التعاوني موضحاً الأسس التي يقوم عليها التأمين من منظور إسلامي: "القائم

^١ "عقد التأمين من العقود التي لا يوجد لها أحكام خاصة في الشريعة الإسلامية ولم يبحثه الفقهاء المسلمون المتقدمون لأن نظام التأمين حديث نقل إلينا من الغرب مع ما نقل من أنظمة وقوانين" (الشيخ رجب التميمي "التأمين وإعادة التأمين". مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة الثانية. العدد الثاني. الجزء الثاني ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م ص ٥٥٥)

^٢ أنظر رسالة فضيلة الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء إلى الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي حول التأمين وإعادة التأمين. رسالة منشورة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة الثانية. العدد الثاني. الجزء الثاني ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م ص ٦١١. والمقصود بالأنواع الثلاثة: (أ) التأمين على الأشياء، (ب) التأمين من المسؤولية وتسمى تأمين ضد الضرر، و(ج) التأمين على الحياة، وهو تأمين أسرة المستأمن بعد وفاته.

على أساس التبرع والتعاون" (الفقرة الثانية من القرار المذكور)، ثم وفي شكل توصية دعى المجمع الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني^٢.

وقد شكلت هذه المبادئ أرضية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية لإصدار معيار يحمل رقم ٢٦ تحت عنوان: "التأمين الإسلامي". وقد أشار المعيار المذكور إلى قرار المجمع في مستند الأحكام الشرعية الذي رافق نص المعيار.

ومن خلال ما كتب في القانون والفقهاء المعاصر في المجال فإن تكييف عقد التأمين لا يخرج عن تكييفين اثنين:

- إما أن يلحق بعقود المعاوضة التي يحرم فيها الربا والغرر، وبالتالي تكون النتيجة منع هذه الصيغة من الناحية الشرعية،
- أو إلحاقه بعقود التبرع التي لا يتصور فيها الربا، أما الغرر فيفتقر فيها، وتكون النتيجة الحل من الناحية الشرعية.

ويكمن الحد الفاصل بين فكرة المعاوضة وفكرة التبرع في أن المعاوض يعمل منذ البداية لحساب نفسه لا لحساب الغير، أما المتبرع فهو يعمل لحساب الغير ابتداءً وإذا صادف أن استفاد من عمله إنتهاءً فيكون ذلك بصفة عرضية ولا يؤثر على النية الأصلية في التبرع.

وهناك من يرى أن التأمين في كافة صورته (بما في ذلك التأمين التجاري) "هو منظومة جماعية لتوزيع آثار المخاطر التي يتعرض لها أفراد المنظومة، وأنه لذلك يخرج من نطاق البحث في الربا والغرر الذي يحكم المعاوضات الفردية على نحو يكون معه مباحا بحسب وضعه الأصلي"^٥.

ومثل هذه الاختلافات بين الباحثين والفقهاء انتقلت إلى ساحة القضاء فقد أشارت المحاكم إلى ذلك بقولها "مخالفة التأمين لأحكام الشريعة الإسلامية مسألة مثار خلاف شديد بين علماء المسلمين منهم من ذهب إلى عدم تعارض التأمين مع أحكام الشريعة

^٢ من الناحية المصطلحية استخدم مجمع الفقه الإسلامي الدولي عبارة "التأمين التعاوني". واستخدم المعيار الشرعي رقم ٢٦ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة عبارة "التأمين الإسلامي"، بينما استخدم مجلس الخدمات المالية الإسلامية عبارة "التأمين التكافلي". وهذا المصطلح الأخير هو الأكثر شيوعاً في سوق التأمين المتلزم بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها.

^٤ الربا في التأمين كعقد معاوضة ليس ثابتاً ويحتاج إلى تدقيق لأن البدلين في معاوضة التأمين يكونان من جنسين مختلفين باعتبار أن أحدهما وهو القسط يكون مبلغاً من النقود وأن البدل الآخر وهو الضمان يكون إصلاح الضرر أو التعويض عن قيمته، وشبهه الربا التي تقوم على اتحاد الجنس ليست متوفرة. أما استثمار أموال التأمين بالصيغ الربوية فهذه مسألة أخرى تخص كيفية إدارة الأموال.

^٥ أ.د. مصطفى محمد الجمال "الوسيط في التأمين الخاص وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي". الطبعة الأولى ١٩٩٧-١٩٩٨، الهامش رقم واحد.

الإسلامية ومنهم من رأى خلاف ذلك^٦. ولكن انتشار التأمين التكافلي على نطاق واسع داخل العالم الإسلامي وخارجه أصبحت هذه الاختلافات من الماضي.

وقد تم تعريف التأمين الإسلامي في المادة الثانية من المعيار الشرعي رقم ٢٦ على أنه "اتفاق اشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار ، وذلك بدفع الاشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية ، وله ذمة مالية مستقلة (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها ، وذلك طبقا للوائح والوثائق. ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق ، أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق".

وانطلاقاً من هذا التعريف الشامل، يمكن إجراء الملاحظات التالية:

- في التأمين التكافلي كل عضو مشترك تجتمع فيه صفة المؤمن والمؤمن له ولهما مصلحة واحدة مشتركة.
 - أقساط التأمين (الاشتراكات) التي يدفعها المشتركون هي ملك لهم، و تدخل في حساب حملة الوثائق الخاص بهم، حيث تدفع منها التعويضات للمتضررين منهم، ويرصد جزء منها كاحتياطيات فنية، ويعاد الجزء المتبقي منها إليهم في شكل فائض تأميني.
 - هناك فصل بين إدارة أعمال التأمين وبين استثمار موجودات الصندوق.
 - يقوم التأمين التكافلي على عقد تبرع منظم وملزم بين المشاركين.
- سوف نتناول في هذا المشروع المحاور الأساسية التي يجب أن يتضمنها مشروعاً متكاملًا في المجال، مع ترك المجال للنصوص الترتيبية (اللوائح التنفيذية) ضبط التفاصيل وفق كل نظام.
- ومن هذه المحاور:

- تعريف التأمين التكافلي
- صيغ إدارة التأمين التكافلي.
- حقوق وواجبات أطراف التأمين التكافلي.
- طرق تغطية العجز التأميني وما يطرحه من إشكالات قانونية وشرعية.
- سبل تثبيت قدم التأمين التكافلي في سوق تنافسية

^٦ الطعن رقم ١١ لسنة ٢٢ جلسة ١٩٨٠/١١/٥ . مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة. النقض المدني والتجاري. السنة من الأولى إلى الثالثة من أول يناير ١٩٧٩ إلى آخر ديسمبر ١٩٨١ ص ١٣٨

• التأكيد على احترام مؤسسة التأمين التكافلي لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها في كل أنشطتها.

هذا ولم يبدو لنا من المناسب الخوض في بعض التفاصيل - على أهميتها أحياناً - وتركنا ذلك للنصوص الترتيبية لتتناولها في باب إدارة المخاطر. ومن أمثلة ذلك اشتراك شركات التأمين التجاري في تأمينات شركات التأمين الإسلامي، واشتراك شركات التأمين الإسلامي في تأمين حصة من الأخطار التي تؤمنها شركات التأمين التجاري.^٧

^٧ المقصود هنا هو اقتسام الخطر المؤمن عليه بين شركة التأمين المباشر وشركة تأمين أخرى إما لعدم توفر الطاقة الاستيعابية اللازمة لهذا الخطر، أو بسبب إلزامية القانون بتوزيع أعمال التأمين التي تزيد قيمتها عن مبلغ معين على عدد من شركات التأمين. ويعبر عن نقل جزء من الخطر المؤمن لدى شركة تأمين إلى شركة تأمين أخرى بمصطلح "تأمين المحاصصة".

نص المشروع في تعريف التأمين التكافلي

المادة الأولى:

التأمين التكافلي (أو التعاوني)^٨ هو اتفاق مجموعة من المشتركين فيما بينهم على دعم بعضهم بعضا بالتبرع باشتراكات تخصص لجبر ما يقع من أضرار أو خسائر على أي منهم حسب قوانين وأسس معينة.

ولتحقيق ذلك يساهم المشتركون بمبلغ من المال في صندوق مشترك، وتستخدم حصيلة الصندوق لمساعدة الأعضاء ضد أنواع معينة من الخسائر والأضرار متفق عليها ومثبتة في عقود.

ملاحظة:

إذا ما تم دمج المؤسسة التي تدير التأمين كجزء من العملية التأمينية انطلاقاً من أنه لا يمكن قانوناً أن يدار التأمين مباشرة من قبل المشتركين فيه^٩، عندها يعرف التأمين التكافلي كالتالي:

"التأمين التكافلي هيكل مختلط يشمل مؤسسة التكافل تعهد لها مهمة الإدارة وصندوق أموال تكافلية تعود ملكيته إلى المشتركين في التكافل".

ويفضل في هذه الحالة تبني تعريف المعيار الشرعي رقم ٢٦ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وهو تعريف شامل، وقد صيغ كالتالي:

"اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع الإشتراكات على أساس الإلتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها، وذلك طبقاً للوائح والوثائق. ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق".

^٨ يطلق على التأمين الذي تمارسه شركات التأمين الإسلامية المصطلحات التالية: التأمين التعاوني، والتأمين التكافلي، والتأمين الإسلامي، والتأمين التبادلي. ولعل أكثرها شيوعاً التأمين التعاوني والتأمين التكافلي. أما مصطلح التأمين التبادلي فهو أقل تلك المصطلحات شيوعاً.

^٩ هناك سببان يفسران صعوبة استخدام مباشر للتأمين التكافلي دون المرور بشركة مستقلة (وهو الكيان القانوني الذي أنشأه حملة الأسهم) تتولى الإدارة: **السبب الأول** يرجع إلى أن الشركات التعاونية أو المشتركة لا يتم الإقرار بها في الأنظمة القانونية لعدد من الدول. **والسبب الثاني** وهو الأهم، لأن شركة التأمين التعاوني حديثة الإنشاء يصعب عليها الإستجابة لمتطلبات كفاية رأس المال التي أصبحت الآن معيارية. وبذلك أصبح الدور المهم للتكافل هو توفير دعم لرأس المال الذي يسمح بالإستجابة لهذه المتطلبات. (هامش رقم ٣ من الخطوط الإرشادية الصادرة عن مجلس الخدمات المالية الإسلامية المتعلقة بالتأمين التكافلي)

في إدارة التأمين التكافلي

المادة الثانية:

تضبط العلاقة بين المشتركين في التكافل ومؤسسة التأمين التكافلي وفق إحدى الصيغ التالية:

- صيغة المضاربة
- صيغة الوكالة
- صيغة الجمع بين الوكالة والمضاربة

ومهما كانت صيغة العلاقة المعتمدة بين المشتركين في التكافل ومؤسسة التأمين التكافلي، يتعين ذكرها بشكل صريح في عقد التأمين التكافلي. كما يجب النص مقدما على النسب والرسوم المتفق عليها وفق كل صيغة يتم اختيارها.

الإدارة وفق صيغة الدمج بين المضاربة والوكالة

المادة الثالثة:

يدير التأمين التكافلي كيان قانوني مرخص له بالعمل في مجال التأمين يسمى مؤسسة التأمين التكافلي.

يعتمد عقد الوكالة بالنسبة لأنشطة أعمال التأمين التكافلي.

ويعتمد عقد المضاربة بالنسبة لأنشطة استثمار أموال صندوق التأمين التكافلي

المادة الرابعة:

تلتزم مؤسسة التأمين التكافلي بأن تدير استثمار محصول الاشتراكات التي يدفعها حملة الوثائق بالصيغ المشروعة.

تمسك مؤسسة التأمين التكافلي حسابين منفصلين: أحدهما لإستثمار رأس مال حملة الأسهم، والآخر لحسابات المشتركين في التكافل.

المادة الخامسة:

تظل الاشتراكات وعائد استثمارها ملكا مشتركا لأصحاب صندوق التأمين تحدد حقوقهم فيها بحسب نظام التأمين وشروط الاستحقاق في التعويض أو الفائض التأميني.

الإدارة وفق صيغة المضاربة

المادة السادسة:

تدير مؤسسة التأمين التكافلي مخاطر كل من أنشطة الاستثمار وأعمال التأمين بصفتها مضاربا وذلك نيابة عن المشتركين في التكافل بصفتهم أرباب مال.

المادة السابعة:

تتقاضى مؤسسة التأمين مقابل خدماتها نسبة مائوية من أرباح الاستثمار و/أو نسبة من الفائض التأميني كما هو معرف بالمادة الحادية عشرة أدناه.

المادة الثامنة:

يتحمل المشتركون في التكافل بصفتهم أرباب المال أية خسائر مالية سواء في الاستثمار أو في الأنشطة التأمينية، إلا إذا كانت الخسائر ناشئة عن تقصير أو تعد أو مخالفة الشروط من قبل مؤسسة التأمين التكافلي، عندها تتحمل هذه الأخيرة الخسائر.

تمارس شركة التأمين التكافلي أنشطتها الإستثمارية اعتمادا على الصيغ الشرعية المعروفة وغيرها من العقود المستحدثة التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها.

الإدارة وفق صيغة الوكالة

المادة التاسعة:

تدار عملية التأمين بمقتضى عقد وكالة يعين بموجبه المشتركون في التكافل بصفتهم موكلون مؤسسة التأمين التكافلي بصفتها وكيلًا للقيام بالأعمال التكافلية والإستثمار نيابة عنهم.

تتقاضى مؤسسة التأمين التكافلي أجرة في شكل مبلغ مقطوع أو نسبة مئوية من المبلغ محل الوكالة . ويمكن أن يصرف لمؤسسة التأمين التكافلي تحفيذا إضافيا يكون مرتبطا بنتائج التكافل. ويمكن أن تكون الوكالة بدون أجر.

المادة العاشرة:

لا تشترك مؤسسة التأمين التكافلي في المخاطر التي تواجهها أموال التأمين التكافلي ولا تتقاضى شيئا من فوائض التأمين ولا تتحمل عجز صندوق التأمين إلا في حالات التعدي والتقصير ومخالفة الشروط كما هو منصوص عليه بالمادة الثامنة أعلاه وعموما مخالفة أحكام الوكالة.

في الفائض التأميني وكيفية توزيعه

المادة الحادية عشرة:

الفائض التأميني هو الرصيد المالي المتبقي من أقساط المشتركين واستثماراتها، بعد سداد التعويضات واقتطاع رصيد الإحتياطيات الفنية، وتغطية جميع المصروفات والنفقات.

والفائض التأميني ملك مطلق لحملة الوثائق يتقاسمونه حسب ما يحدده نظام التأمين المقر من قبل حملة الوثائق، وليس للمساهمين في شركة التأمين الإسلامية أي حق على الفائض التأميني.

المادة الثانية عشرة:

يتم توزيع الفائض التأميني على جميع حملة الوثائق دون تمييز بين من حصل على تعويضات وبين من لم يحصل خلال الفترة المالية ويجوز أن يقتصر التوزيع على حملة الوثائق الذين لم تصرف لهم تعويضات خلال الفترة المالية.

كما يجوز أن يتم التوزيع على المشاركين كل بنسبة إشتراكه بعد خصم التعويضات المدفوعة له خلال السنة، بحيث إذا كان ما دفع له كتعويض فاق نصيبه في الفائض التأميني، ففي هذه الحالة لا يستحق شيئاً.

ويمكن لإدارة شركة التأمين التكافلي اعتماد معايير أخرى تراها مناسبة لتوزيع الفائض التأميني شريطة أن تكون تلك المعايير عادلة ومطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها¹¹

في عجز صندوق التأمين التكافلي عن سداد التعويضات المطلوبة

المادة الثالثة عشرة:

عند حصول عجز يتجاوز ما في صندوق التأمين التكافلي والإحتياطيات المتراكمة في هذا الصندوق، يتعين على مؤسسة التأمين التكافلي تفعيل إلتزامها بإقراض صندوق التأمين التكافلي بما يغطي العجز. ولمؤسسة التأمين التكافلي حق الرجوع على صندوق التأمين التكافلي لإسترجاع مبلغ القرض من فائض التأمين في السنوات اللاحقة لتحقيق العجز.

المادة الرابعة عشرة:

في حال حصول عجز في صندوق التأمين التكافلي يعود سببه إلى سوء تصرف وإهمال من قبل مؤسسة التأمين التكافلي، فإن ذلك العجز تتحمله مؤسسة التأمين التكافلي .

يجب أن يتوفر لدى مؤسسة التأمين التكافلي قدرة مالية على توفير تسهيلات القرض لمواجهة العجز في صندوق التأمين.

كما يجب على مؤسسة التأمين التكافلي أن تعمل ما في وسعها كي يكون لديها أفضل آلية ملائمة للمحافظة على ملاءة صناديق التكافل التي تديرها، وذلك مهما كانت صيغة الإدارة المعتمدة.

¹¹ يمكن على سبيل المثال اعتماد صيغة توزيع نسبة مئوية من الفائض التأميني المخصص للتوزيع على المشاركين والاحتفاظ بالباقي لدى شركة التأمين الإسلامية. كما يمكن تقسيم الفائض التأميني المخصص للتوزيع بين المشاركين كأن يعطى للمشارك المتضرر الذي دفعت له تعويضات نصف ما يعطى لغير المتضرر .

في إعادة التأمين

المادة الخامسة عشرة:

يجوز لمؤسسة التأمين التكافلي أن تبرم عقود إعادة تأمين.

يجب على مؤسسة التأمين التكافلي أن تعمل ما في وسعها للتعامل مع مؤسسات إعادة تأمين تكافلي إسلامية بدلا من مؤسسات إعادة التأمين التقليدية، وذلك لدعم نظام مالي شامل متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها في المجال، ومراعاة لنظمها الأساسية والتراخيص الممنوحة لها من السلطات الرقابية.

المادة السادسة عشرة:

نظرا لتحقيق الحاجة لإعادة التأمين فضلا عن عدم سماح النظم المرعية بممارسة شركات التأمين التكافلي أعمال التأمين إلا إذا قدمت البيانات الكافية لإتفاقيات إعادة التأمين مسبقا، يجوز إعادة التأمين التكافلي لدى شركات إعادة التأمين التقليدية في حالة عدم وجود شركات إعادة تأمين إسلامية.

في توافق معاملات شركة التأمين التكافلي مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها

المادة السابعة عشرة:

تلتزم شركة التأمين التكافلي بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئها في كل أنشطتها واستثماراتها، وبخاصة عدم التأمين على المحرمات، أو على أغراض محرمة شرعا، وعموما عدم التعامل بالفائدة الربوية أخذا أو إعطاء.

المادة الثامنة عشرة:

لتحقيق الأغراض الشرعية المنصوص عليها بالمادة ١٧ المذكورة أعلاه، يعين هيكل شرعي يتولى إبداء الرأي في معاملات شركة التأمين التكافلي ومدى تطابقها مع أحكام ومبادئ أحكام الشريعة الإسلامية، وتكون قراراته ملزمة لمؤسسة التأمين التكافلي.

وتتخذ الإجراءات المناسبة لتمكين الهيكل المذكور من متابعة تنفيذ القرارات والتوصيات والتأكد من سلامة تطبيقها.

في تصفية شركة التأمين التكافلي

المادة التاسعة عشرة:

في حال تصفية شركة التأمين التكافلي، يتم توزيع موجودات صندوق التأمين التكافلي بين المشتركين وفق النظام المعتمد في توزيع الفائض التأميني المنصوص عليه بالمادة الثانية عشرة أعلاه.

ويمكن النص على خلاف ما ورد بالفقرة الأولى من هذه المادة كأن تصرف موجودات صندوق التأمين التكافلي في وجوه الخير.

وإذا بقي مال عند التصفية ولم يعلم صاحبه، فيعمل به ما يعمل بالمال الذي ليس له مالك.

في فض النزاعات

المادة العشرون:

تحسم الخلافات الناشئة بين شركة التأمين التكافلي وحملة الوثائق وفق النظم والقوانين السارية.

والأفضل لأطراف التأمين هو اللجوء إلى التحكيم خاصة في العقود التي اقتضت فيها الضرورة قبول تطبيق القانون الوضعي في غير ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها.

الفتاوى والمعايير والخطوط الإرشادية

وبعض النصوص القانونية التي استند عليها المشروع

- قرار مجمع البحوث الإسلامية في المؤتمر الثاني (١٣٨٥هـ/١٩٦٥)
- المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة (١٣٩٦هـ/١٩٧٦م).
- المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة (١٠ شعبان ١٣٩٨هـ)
- مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة (قرار رقم ٩/٢). المؤتمر الثاني ١٠ - ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ الموافق ٢٢ - ٢٨ كانون الأول / ديسمبر ١٩٨٥م.
- المعيار الشرعي رقم ٢٦ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن التأمين الإسلامي.
- فتوى الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي حول الضوابط الشرعية للتأمين التعاوني ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
- هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني. الجواب على الاستفسار رقم (٣)
- الفتوى رقم ١١/١٢ لندوة البركة الثانية عشرة للاقتصاد الإسلامي
- فتاوى التأمين. مجموعة دلة البركة الأمانة العامة للهيئة الشرعية.
- قرار مجلس الإفتاء الأردني رقم ٢/٢٠٠١

- معيار متطلبات الملاءة المالية للتأمين التكافلي. مجلس الخدمات المالية الإسلامية. ديسمبر ٢٠٠٩.
- المبادئ الإرشادية لضوابط التأمين التكافلي. مجلس الخدمات المالية الإسلامية. ٢٠٠٩
- نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٢) وتاريخ ١٤٢٤/٦/٢هـ (المملكة العربية السعودية)
- نظام التأمين التكافلي لسنة ٢٠١٠ الصادر عن هيئة التأمين في دولة الإمارات العربية المتحدة.

نظام أساسي نموذجي لشركة تأمين تكافلي

ملاحظات تمهيدية

تضمن النظام الأساسي النموذجي أهم ما يرد في النظم الأساسية للشركات التجارية عموماً وفي شركات التأمين خصوصاً

وقد اخذ النظام الأساسي النموذجي بعين الاعتبار المسائل التالية:

- (١) القوانين الصادرة في مجال الشركات وفي بعض المجالات الأخرى كالامتيازات التي تخصص للمواطنين سواء في رأس المال أو في الإدارة.
- (٢) القرارات الجمعية والمعايير الصادرة في مجال التأمين التكافلي.
- (٣) الأخذ بمبادئ الحوكمة في الإدارة عموماً وفي التأمين خصوصاً.
- (٤) الأخذ بالخصوصية الشرعية والفنية للتأمين التكافلي.

نظام أساسي نموذجي لشركة تأمين تكافلي

الباب الأول في تأسيس الشركة

تأسست طبقاً لأحكام القانون في شأن الشركات التجارية والقوانين المعدلة له، والقانون في شأن نظام التأمين التكافلي (*الزواج*) وبموجب هذا النظام بين مالكي الأسهم المبينة فيما بعد شركة مساهمة عامة.

المادة الأولى

اسم هذه الشركة هو شركة - شركة مساهمة عامة - يشار إليها فيما بعد بالشركة.

المادة الثانية

مركز الشركة الرئيسي ومحلها القانوني في ويجوز لمجلس الإدارة أن ينشئ لها فروعاً ومكاتب في داخل (*اسم الدولة*) أو في خارجها.

المادة الثالثة

المدة المحددة لهذه الشركة هي ٩٩ (تسع وتسعون) سنة ميلادية تبدأ من تاريخ إقرارها في السجل التجاري وتجدد هذه المدة بعد ذلك تلقائياً لمدة متعاقبة ومماثلة ما لم يصدر قرار من الجمعية العمومية غير العادية بتعديل مدة الشركة أو إنهائها.

المادة الرابعة

الأغراض التي تأسست الشركة من أجلها هي:

أولاً : التأمين التكافلي طبقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، والمعايير الشرعية، والمعايير المحاسبية للتأمين الإسلامي وإعادة التأمين المعدة وفقاً للشريعة الإسلامية ومنها التأمين التكافلي للممتلكات والتأمين التكافلي للمسؤوليات، والقرارات والتوصيات الجمعية.

ويشمل تأمين الممتلكات والمسؤوليات والأنشطة المتعلقة بهما الفروع الآتية:

- (١) التأمين ضد أخطار الحريق والتأمينات المرتبطة به.
- (٢) التأمين ضد أخطار النقل البري والبحري والجوي وتأمينات المسؤوليات المتعلقة به.
- (٣) التأمين على أجسام السفن وآلاتها ومهماتا وتأمين المسؤوليات المتعلقة به.
- (٤) التأمين على أجسام الطائرات وما في حكمها وآلاتها ومهماتا وتأمين المسؤوليات المتعلقة به.

(٥) التأمين على الأقمار الصناعية والمناطق والمركبات الفضائية وآلتها ومهماتهما وتأمين المسؤليات المتعلقة به.

(٦) التأمين على قاطرات وحافلات السكك الحديدية وتأمين المسؤليات المتعلقة به.

(٧) التأمين على المركبات البرية وتأمينات المسؤليات المتعلقة به.

(٨) التأمين الهندسي وتأمينات المسؤليات المتعلقة به والتأمينات التي تلحق به عادة.

(٩) تأمينات البترول وتشمل جميع التأمينات التي تعتبر ضمن تأمينات البترول.

(١٠) التأمين الصحي بجميع أنواعه.

(١١) التأمين ضد أخطار الحوادث المتنوعة والمسؤليات وتشمل الأنواع الآتية:

(أ) تأمين الحوادث الشخصية.

(ب) تأمين الضمان وخيانة الأمانة.

(ت) تأمين النقد أو الصكوك أو السندات أو الأسهم أو ما في حكمها المقبولة شرعا، سواء أثناء النقل أو الحفظ.

(ث) تأمين السطو والسرقة.

(ج) تأمين كسر الزجاج.

(ح) تأمين المسؤليات المهنية، بما في ذلك مسؤولية ذوي المهن الصحية والهندسية والمالية والمحاسبية والقانونية وغيرها من المهن الأخرى.

(خ) التأمين من حوادث العمل والتأمين من مسؤولية رب العمل.

(د) التأمينات الزراعية وتأمين المواشي والحيوانات الأخرى.

(ذ) التأمينات الأخرى التي تندرج عادة ضمن تأمين أخطار الحوادث المتنوعة.

ثانيا : أنواع أخرى من التأمين التكافلي: ويتضمن جميع عمليات التأمين التي لم ترد في نص المادة (٥) وما قد يستجد من أنواع التأمين مستقبلا بما يتفق والقوانين والنظم ولا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثا : إعادة التأمين: ويشمل ذلك إعادة التأمين التكافلي لكافة أو بعض عمليات التأمين المباشر التي تعقدتها الشركة ويكون ذلك وفقا للقواعد القانونية والنظم المتبعة وعند الحاجة إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجارية بالضوابط الشرعية المقررة لذلك.

رابعا : يجوز للشركة أن تكون لها مصلحة أو أن تشترك أو أن تتعاون أو أن تشتري أو أن تلحق بأي وجه مع غيرها من الهيئات أو الشركات التي تزاو أعمالا شبيهة

بأعمالها أو التي قد تعاونها على تحقيق أغراضها في داخل الدولة أو في خارجها بما لا يتعارض مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولها أن تشتري هذه الهيئات أو الشركات أو أن تلحقها بها وذلك طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

الباب الثاني في رأس مال الشركة

المادة الخامسة

رأس مال الشركة هو موزع على سهم قيمة كل سهم ١ (واحد) مدفوعة بالكامل وجميعها أسهم نقدية متساوية مع بعضها البعض من كافة الحقوق.

المادة السادسة

جميع أسهم الشركة اسمية ويجب أن يكون % (بالمائة) على الأقل من رأس مال الشركة مملوكا لأشخاص طبيعيين مواطنين، أو لشخصيات اعتبارية مملوك بالكامل لمواطنين (أو مواطني مجموعة اقتصادية أو سياسية تنتمي لها الدولة كمجلس التعاون الخليجي).

المادة السابعة

لا يلتزم المساهمون بأية التزامات أو خسائر على الشركة تزيد عما يملكون من أسهم ولا يجوز زيادة التزاماتهم إلا بموافقتهم الجماعية.

المادة الثامنة

يترتب على ملكية السهم قبول النظام الأساسي للشركة وقرارات جمعياتها العمومية ولا يجوز للمساهم أن يطلب استرداد ما دفعه للشركة كحصة في رأس المال.

المادة التاسعة

يكون السهم غير قابل للتجزئة.

المادة العاشرة

كل سهم يخول مالكة الحق في حصة معادلة لحصة غيره بلا تمييز في ملكية موجودات الشركة عند تصفيتها وفي الأرباح المبينة فيما بعد وحضور جلسات الجمعيات العمومية والتصويت على قراراتها.

المادة الحادية عشر

١/١١ تقوم الشركة بإدراج أسهمها في أحد أسواق الأوراق المالية المرخصة في الدولة كما يجوز لمجلس الإدارة إدراجها في الأسواق المالية الأخرى خارج الدولة وفي حالة إدراج أسهم الشركة في الأسواق المالية في الدولة أو في الخارج فعلى الشركة أن تتبع القوانين والأنظمة واللوائح المعمول بها في تلك الأسواق بما في ذلك قوانين وأنظمة ولوائح إصدار وتسجيل أسهم الشركة وتداولها ونقل ملكيتها وترتيب حقوق عليها وذلك دون الحاجة إلى

تعديل الأحكام الواردة في هذا النظام الأساسي في حالة تعارضها مع هذه القوانين أو الأنظمة أو اللوائح.

٢/١١ يجوز بيع أسهم الشركة أو التنازل عنها أو رهنها أو التصرف أو التعامل فيها على أي وجه بمقتضى وطبقا لأحكام هذا النظام الأساسي ويتم تسجيل أي من هذه التعاملات في الأسهم في سجل خاص يسمى "سجل المساهمين" وعند إدراج أسهم الشركة في سوق مالي مرخص في الدولة فإن تسجيل أي من التعاملات المذكورة أعلاه في هذه المادة في أسهم الشركة يكون وفقا لأنظمة البيع والشراء والمقاصة والتسويات والقيود المتبعة لدى ذلك السوق المالي المدرجة فيه أسهم الشركة.

٣/١١ في حالة وفاة أحد المساهمين يكون وريثه هو الشخص الوحيد الذي توافق الشركة بأن له حقوق ملكية أو مصلحة في أسهم المتوفى ويكون له الحق في الأرباح والامتيازات الأخرى التي كان للمتوفى حق فيها ويكون له بعد تسجيله في الشركة وفقا لأحكام هذا النظام ذات الحقوق كمساهم في الشركة التي كان يتمتع بها المتوفى فيما يخص هذه الأسهم ولا تعفى شركة المساهم المتوفى من أي التزام فيما يخص بأي سهم كان يملكه وقت الوفاة.

٤/١١ يجب على أي شخص يصبح له الحق في أية أسهم في الشركة نتيجة لوفاة أو إفلاس أي مساهم أو بمقتضى أمر حجز صادر عن أية محكمة مختصة أن يقوم خلال ثلاثين يوما:

- بتقديم البينة على هذا الحق إلى مجلس الإدارة وأن يختار إما أن يتم تسجيله كمساهم أو أن يسمى شخصا ليتم تسجيله كمساهم فيما يخص بذلك السهم.

٥/١١ لا يجوز تسجيل أي تصرف أو تعامل في أسهم الشركة في الحالات التالية:

- (١) إذا كان ذلك التصرف أو التعامل متعارضا مع القوانين أو مع القواعد أو اللوائح السارية المفعول أو مخالفا لأحكام هذا النظام الأساسي .
- (٢) إذا أدى التصرف أو التعامل لأن يصبح المساهم مالكا بصورة مباشرة أو غير مباشرة لأكثر من % من رأسمال الشركة.
- (٣) إذا كانت الأسهم مرهونة أو محجوزا عليها بأمر من المحكمة.
- (٤) إذا كان للشركة دين على الأسهم إلي أن تستوفيه.
- (٥) إذا كان أحد المتعاقدين عديم الأهلية أو ناقصها أو أشهر إفلاسه أو إعساره.
- (٦) إذا كانت شهادة الأسهم مفقودة ويتم الحصول على بدل فاقد عنها

المادة الثانية عشر

١/١٢ تعدل الشركة عند اكتمال إدراج أسهمها في سوق مالي مرخص في الدولة نظام سجل الأسهم والشهادات المؤقتة بالأسهم ونقل ملكيتها المعمول به إلى نظام إلكتروني لتسجيلها وقيد نقل ملكيتها وفقا للنظام المعمول به في ذلك السوق لقيد وتسجيل الأسهم وتعتبر البيانات الواردة في هذا النظام الإلكتروني نهائية وملزمة ولا يجوز الطعن فيها أو طلب نقلها أو تغييرها إلا وفقا للنظم والإجراءات المتبعة في السوق المعني.

٢/١٢ في حالة فقدان أو تلف الشهادة المؤقتة بأسهم الشركة يكون لمالك الأسهم المقيدة باسمه في سجل المساهمين الحق في استصدار شهادة بديلة بشرط الإعلان في صحيفتين من الصحف المحلية اليومية وعلى نفقة مالك الأسهم طبقا للشروط والتكاليف التي يحددها مجلس إدارة الشركة على أن يتضمن الإعلان أرقام الصكوك المفقودة أو التالفة وعددها.

ويتم إصدار الشهادة البديلة المؤقتة بعد انقضاء ثلاثين يوما من آخر نشر للإعلان دون اعتراض ومن ثم إيداعها، لدى السوق المالي المدرجة به أسهم الشركة.

المادة الثالثة عشر

لا يجوز لورثة المساهم أو لدائنيه بأية حجة كانت أن يطلبوا وضع الأختام على دفاتر الشركة أو ممتلكاتها ولا أن يطلبوا قسمتها أو بيعها جملة لعدم إمكان القسمة ولا أن يتدخلوا بأية طريقة كانت في إدارة الشركة ويجب عليهم لدى استعمال حقوقهم التعويل على قوائم جرد الشركة وحساباتها الختامية وعلى قرارات جمعياتها العمومية.

المادة الرابعة عشر

تدفع حصص الأرباح المستحقة عن السهم لآخر مالك مقيد اسمه في سجل الأسهم بالشركة في تاريخ اليوم العاشر بدءا من اليوم التالي لتاريخ انعقاد الجمعية العمومية التي قررت توزيع الأرباح أو الزيادة ويكون له وحده الحق في المبالغ المستحقة عن السهم سواء كانت حصصا في الأرباح أو نصيبا في موجودات الشركة.

المادة الخامسة عشر

مع مراعاة أحكام القانون في شأن الشركات التجارية والقوانين المعدلة له والقانون في شأن إنشاء هيئة التأمين (ان وحدت) والقانون/النظام..... بشأن نظام الحد الأدنى لرأسمال شركات التأمين وبعد موافقة هيئة الأوراق المالية يجوز (ان وحدت) زيادة رأسمال الشركة بإصدار أسهم جديدة بنفس القيمة الاسمية للأسهم الأصلية ويجوز إضافة علاوة إصدار إلى القيمة الاسمية كما يجوز تخفيض رأس مال الشركة ولا يجوز إصدار الأسهم الجديدة بأقل من قيمتها الاسمية

وإذا تم إصدارها بأكثر من ذلك أضيف الفرق إلى الاحتياطي القانوني ولو جاوز الاحتياطي القانوني بذلك نصف رأسمال الشركة.

وتكون زيادة رأس مال الشركة أو تخفيضه بقرار من الجمعية العمومية غير العادية بناء على اقتراح من مجلس الإدارة في الحالتين وبعد سماع تقرير مدقق الحسابات في حالة أي تخفيض وعلى أن يبين في حالة الزيادة مقدارها وسعر إصدار الأسهم الجديدة وحق المساهمين القدامى في أولوية الاكتتاب في هذه الزيادة ويبين في حالة التخفيض مقدار هذا التخفيض وكيفية تنفيذه.

الباب الثالث في الصكوك ومحافظ التكافل

المادة السادسة عشر

١/١٦ مع مراعاة أحكام القانون في شأن الشركات التجارية والقوانين المعدلة له، والقانون سفي شأن إنشاء هيئة التأمين وتنظيم أعماله، للجمعية العمومية غير العادية للشركة بعد موافقة الجهة المختصة بمزاولة النشاط أن تقرر إصدار صكوك استثمار مقبولة شرعا (صكوك) ويبين القرار قيمة الصكوك وشروط إصدارها ومدى قابليتها للتحويل إلى أسهم ولها أن تصدر قرارا بتحويل مجلس الإدارة بتحديد موعد وشروط هذا الإصدار حسبما يراه مجلس الإدارة مناسبا في هذا الصدد.

٢/١٦ للشركة الحق في إنشاء وإدارة صناديق التكافل الفردي أو العائلي أو تكافل الشركات واعتبارها ذات شخصية مستقلة عن الشركة في موجوداتها وحساباتها ونتائجها.

٣/١٦ تلتزم الشركة في حالة حدوث عجز على صناديق التكافل بأن تقدم لها تمويلات مشروعة أو قروضا حسنة يتم استيفاؤها من فوائض الفترات التالية مع حقها في أولوية الاستيفاء تجاه حملة الوثائق في حالة استحقاقهم الفائض.

الباب الرابع في مجلس إدارة الشركة

المادة السابعة عشر

يتولى إدارة الشركة مجلس إدارة مكون من أعضاء ويشترط أن يكون ثلثهم على الأقل من الأعضاء المستقلين وأغليبتهم من الأعضاء غير التنفيذيين تنتخبهم الجمعية العمومية العادية للمساهمين بالتصويت السري.

المادة الثامنة عشر

تكون مدة العضوية في مجلس الإدارة سنوات وفي نهاية هذه المدة يعاد تشكيل المجلس ويجوز إعادة انتخاب الأعضاء الذين انتهت مدة عضويتهم لفترة أخرى أو أكثر ومجلس الإدارة أن يعين أعضاء في المراكز التي تخلو خلال ستين يوما من خلوه، على أن يعرض هذا التعيين على الجمعية العمومية العادية في أول اجتماع لها لإقرار استمرار تعيينهم أو تعيين غيرهم دون الإخلال بصحة الاجتماعات التي شارك فيها العضو المعين بقانونية قبل إجتماع الجمعية العمومية وإذا بلغت المراكز الشاغرة في أثناء السنة ربع عدد أعضاء المجلس أو أكثر وجب على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العمومية العادية للاجتماع خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ شغور آخر مركز تتحقق به النسبة المشار إليها لانتخاب من يملأ المراكز الشاغرة وفي جميع الأحوال يكمل العضو الجديد مدة سلفه.

المادة التاسعة عشر

١/١٩ ينتخب مجلس الإدارة من بين أعضائه رئيسا ونائبا للرئيس ويمثل رئيس المجلس الشركة أمام القضاء وعليه تنفيذ القرارات التي يصدرها المجلس ويقوم نائب الرئيس مقام الرئيس عند غيابه أو قيام مانع لديه.

٢/١٩ يحق لمجلس الإدارة أن ينتخب من بين أعضائه عضوا منتدبا للإدارة ويحدد المجلس اختصاصاته ومكافآته كما يكون له أن يشكل من بين أعضائه لجنة أو أكثر يمنحها بعض اختصاصاته أو يعهد إليها بمراقبة سير العمل بالشركة وتنفيذ قرارات المجلس.

المادة العشرون

لمجلس الإدارة كافة السلطات في إدارة الشركة والقيام بكافة الأعمال والتصرفات نيابة عن الشركة حسبما هو مصرح للشركة القيام به وممارسة كافة الصلاحيات المطلوبة لتحقيق أغراضها ولا يحد من هذه السلطات والصلاحيات إلا ما نص عليه القانون وعقد التأسيس أو النظام الأساسي أو بقرار من الجمعية العمومية.

ويضع مجلس الإدارة اللوائح المتعلقة بالشؤون الإدارية والمالية وشؤون الموظفين ومستحققاتهم المالية كما يضع المجلس لائحة خاصة بتنظيم أعماله واجتماعاته وتوزيع الاختصاصات والمسئوليات.

المادة الحادية والعشرون

يملك حق التوقيع عن الشركة على انفراد كل من رئيس مجلس الإدارة أو نائبه أو عضو مجلس الإدارة المنتدب أو أي عضو آخر يفوضه المجلس في حدود قرارات مجلس الإدارة.

المادة الثانية والعشرون

يعقد مجلس الإدارة اجتماعاته في المركز الرئيسي للشركة أو في أي مكان آخر يوافق عليه أعضاء مجلس الإدارة مرة واحدة كل على الأقل أو كلما دعت الحاجة إلى انعقاده بناء على دعوة خطية من قبل الرئيس أو نائبه في حالة غيابه أو بناء على طلب خطي يقدمه عضوين من أعضاء المجلس على الأقل وتوجه الدعوة قبل أسبوع على الأقل من الموعد المحدد مشفوعة بجدول الأعمال ولكل عضو الحق في إضافة موضوع يرى ضرورة بحثه في الاجتماع.

المادة الثالثة والعشرون

١/٢٣ لا يكون اجتماع مجلس الإدارة صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه ويجوز لعضو مجلس الإدارة أن ينيب عنه غيره من أعضاء المجلس في التصويت وفي هذه الحالة يكون لهذا العضو صوتان ولا يجوز أن ينوب عضو مجلس الإدارة عن أكثر من عضو واحد.

وتصدر قرارات مجلس الإدارة بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين والممثلين وإذا تساوت الأصوات رجح الجانب الذي منه الرئيس أو من يقوم مقامه.

٢/٢٣ تسجل في محاضر اجتماعات مجلس الإدارة أو لجانه تفاصيل المسائل التي نظر فيها والقرارات التي تم اتخاذها بما في ذلك أية تحفظات للأعضاء أو آراء مخالفة عبروا عنها ويجب توقيع كافة الأعضاء الحاضرين على مسودات محاضر اجتماعات مجلس الإدارة قبل اعتمادها، على أن ترسل نسخ من هذه المحاضر للأعضاء بعد الاعتماد للاحتفاظ بها وتحفظ محاضر اجتماعات مجلس الإدارة ولجانه من قبل مقرر مجلس الإدارة وفي حالة امتناع أحد الأعضاء عن التوقيع يُثبت اعتراضه في المحضر وتُذكر أسباب الاعتراض حال إبدائها.

المادة الرابعة والعشرون

إذا وجد لدى عضو مجلس الإدارة تعارض في المصالح في مسألة يجب أن ينظر فيها مجلس الإدارة وقرر مجلس الإدارة أنها مسألة جوهرية فيجب أن يصدر قراره بحضور أغلبية

الأعضاء ولا يجوز للعضو ذو المصلحة الاشتراك في التصويت على القرار ويجوز في حالات استثنائية أن تعالج تلك المسائل من خلال لجان منبثقة عن مجلس الإدارة تشكل لهذا الغرض بموجب قرار يصدر عنها ويشترط أن يعرض رأي اللجنة على مجلس الإدارة لاتخاذ القرار في هذا الشأن.

المادة الخامسة والعشرون

إذا تغيب أحد أعضاء مجلس الإدارة عن حضور أكثر من ثلاث جلسات متتالية بدون عذر يقبله المجلس اعتبر مستقيلاً.

المادة السادسة والعشرون

لمجلس الإدارة الحق في أن يعين مديراً للشركة أو عدة مديرين أو وكلاء مفوضين وأن يحدد صلاحياتهم وشروط خدماتهم ورواتبهم ومكافآتهم ولا يجوز للمدير العام للشركة أن يكون مديراً عاماً لشركة أخرى.

المادة السابعة والعشرون

مع مراعاة أحكام المادة (٢٨) من هذا النظام لا يكون أعضاء مجلس الإدارة مسئولين مسئولية شخصية فيما يتعلق بالتزامات الشركة الناتجة عن قيامهم بواجباتهم كأعضاء مجلس إدارة وذلك بالقدر الذي لا يتجاوزون فيه حدود سلطاتهم.

المادة الثامنة والعشرون

يكون رئيس مجلس الإدارة وأعضاؤه مسئولين تجاه الشركة والمساهمين والغير عن الغش وإساءة استعمال السلطات الممنوحة لهم وعن أي مخالفة للقانون أو لهذا النظام.

يتولى رئيس مجلس الإدارة على وجه الخصوص المهام والمسئوليات التالية:

- (١) ضمان عمل مجلس الإدارة بفعالية وقيامه بمسئوليته ومناقشته لكافة القضايا الرئيسية والمناسبة في موعدها.
- (٢) وضع واعتماد جدول أعمال كل اجتماع لمجلس الإدارة مع الأخذ بعين الاعتبار أية مسائل يقترح الأعضاء إدراجها على جدول الأعمال ويجوز لرئيس مجلس الإدارة أن يعهد بهذه المسؤولية إلى عضو معين أو إلى مقرر مجلس الإدارة تحت إشرافه.
- (٣) تشجيع كافة الأعضاء على المشاركة الكاملة والفعالة لضمان تصرف مجلس الإدارة وفق أفضل مصالح الشركة.
- (٤) العمل على اتخاذ الإجراءات المناسبة لتأمين التواصل الفعال مع المساهمين ونقل آرائهم إلى مجلس الإدارة.
- (٥) تسهيل المساهمة الفعالة لأعضاء مجلس الإدارة خاصة غير التنفيذيين وإيجاد علاقات بناءة بين الأعضاء التنفيذيين وغير التنفيذيين.

يتحمل أعضاء مجلس إدارة الشركة المسئوليات التالية وذلك على سبيل المثال وليس الحصر:

(١) على كل عضو مجلس إدارة عند استلامه لمهامه الإفصاح للشركة عن طبيعة المناصب التي يشغلها في الشركات والمؤسسات العامة وغيرها من الالتزامات الهامة وتحديد الوقت المخصص لها وأي تغيير يطرأ على ذلك فور حدوثه.

(٢) يلتزم عضو مجلس الإدارة أثناء ممارسته لصلاحياته وتنفيذ واجباته بالتصرف بأمانة وإخلاص مع الأخذ في الاعتبار مصالح الشركة ومساهميها وبذل أفضل جهد ممكن والالتزام بأحكام القوانين والأنظمة والقرارات المعمول بها والنظام الأساسي للشركة ولوائحها الداخلية.

(٣) تتضمن مهام أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين على وجه الخصوص ما يلي:

- المشاركة في اجتماعات مجلس الإدارة بحيث يوفرون رأياً مستقلاً بخصوص المسائل الإستراتيجية والسياسية والأداء والمحاسبة والموارد والتعيينات الأساسية ومعايير العمل.
- مراعاة أولوية مصالح الشركة ومساهميها عند نشوء تعارض في المصالح. المشاركة في لجان التدقيق بالشركة.
- متابعة أداء الشركة من أجل تحقيق أهدافها وأغراضها المتفق عليها ومراقبة تقارير الأداء.
- تمكين مجلس الإدارة واللجان المختلفة من الاستفادة من مهاراتهم وخبرتهم وتنوع اختصاصاتهم ومؤهلاتهم وذلك من خلال الحضور المنتظم والمشاركة الفعالة وحضور اجتماعات الجمعيات العمومية وتكوين فهم متوازن لآراء المساهمين.
- تلتزم الإدارة بتعريف عضو مجلس الإدارة المعين حديثاً بجميع إدارات وأقسام الشركة، وتزويده بكافة المعلومات اللازمة لضمان فهمه الصحيح لنشاطات الشركة وأعمالها وإدراكه الكامل لمسؤولياته وكل ما يمكنه من القيام بعمله على أكمل وجه بموجب القوانين والتشريعات النافذة والمتطلبات التنظيمية الأخرى وسياسات الشركة في مجال أعمالها.
- يجوز لمجلس الإدارة بقرار يصدر من أغلبية أعضائه الحاضرين طلب الحصول على رأي استشاري خارجي في أي من الموضوعات المتعلقة بالشركة وعلى نفقتها، بشرط مراعاة عدم تعارض المصالح.

- يقوم مجلس الإدارة بوضع قواعد إجرائية لحوكمة الشركة والإشراف والرقابة على تطبيقها وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذا القرار ويتحمل مسؤولية تطبيقها وفقاً لأحكامه.
- على مجلس الإدارة وضع قواعد مكتوبة بخصوص تعاملات أعضاء مجلس إدارة الشركة وموظفيها في الأوراق المالية المصدرة من قبل الشركة أو الشركة الأم أو الشركات التابعة أو الشقيقة لها.
- على مجلس الإدارة وضع برامج تطوير مناسبة لجميع أعضاء مجلس الإدارة لتطوير وتحديث معرفتهم ومهاراتهم لضمان المشاركة الفاعلة في مجلس الإدارة.

المادة التاسعة والعشرون

يشكل مجلس الإدارة اللجان الدائمة وتتبعه بشكل مباشر على النحو التالي:

أ- لجنة التدقيق:

- يشكل مجلس الإدارة لجنة تدقيق من أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين على أن يكون غالبية أعضاء اللجنة من الأعضاء المستقلين وألا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة كما يجب أن يكون من بين أعضائها أحد الخبراء في الشؤون المالية والمحاسبية ويجوز تعيين عضو أو أكثر من خارج الشركة في حال عدم توافر العدد الكافي من أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين.
- يحظر على أي شريك سابق في مكتب التدقيق الخارجي المكلف بتدقيق حسابات الشركة أن يكون عضواً في لجنة التدقيق وذلك لمدة سنة واحدة اعتباراً من تاريخ انتهاء صفته كشريك أو أية مصلحة مالية له في مكتب التدقيق أيهما يأتي لاحقاً.
- تعقد اللجنة اجتماعاتها مرة واحدة كل ثلاثة أشهر على الأقل أو كلما دعت الحاجة وتحفظ محاضر اجتماعات اللجنة من قبل المقرر ويجب توقيع مسودات محاضر اجتماعات اللجنة من كافة أعضائها الحاضرين قبل اعتمادها وفي حالة امتناع أحد الأعضاء عن التوقيع يُثبت اعتراضه في المحضر وتُذكر أسباب الاعتراض حال إبدائها على أن ترسل للأعضاء نسخ نهائية من المحضر بعد اعتمادها للاحتفاظ به لديهم.
- تلتزم الشركة أن توفر للجنة التدقيق الموارد الكافية لأداء واجباتها بما في ذلك التصريح لها بالاستعانة بالخبراء كلما كان ذلك ضرورياً.
- تتولى لجنة التدقيق المهام والواجبات التالية:

- (١) وضع وتطبيق سياسة التعاقد مع مدقق الحسابات الخارجي ولجنة الرقابة الشرعية ورفع تقرير لمجلس الإدارة تحدد فيه المسائل التي ترى أهمية اتخاذ إجراء بشأنها مع تقديم توصياتها بالخطوات اللازم اتخاذها.
- (٢) متابعة ومراقبة استقلالية مدقق الحسابات الخارجي ولجنة الرقابة الشرعية ومدى موضوعيته ومناقشته حول طبيعة ونطاق عملية التدقيق ومدى فعاليتها وفقا لمعايير التدقيق المعتمدة.
- (٣) مراقبة سلامة البيانات المالية للشركة وتقاريرها (السنوية ونصف السنوية وربيع السنوية) ومراجعتها كجزء من عملها العادي خلال السنة وعليه التركيز بشكل خاص على ما يلي:
- أية تغييرات في السياسات والممارسات المحاسبية.
 - إبراز النواحي الخاضعة لتقدير مجلس الإدارة.
 - التعديلات الجوهرية الناتجة عن التدقيق.
 - افتراض استمرارية عمل الشركة.
 - التقيد بالمعايير المحاسبية التي تقررها هيئة التأمين.
 - التقيد بقواعد الإدراج والإفصاح وغيرها من المتطلبات القانونية المتعلقة بإعداد التقارير المالية.
- (٤) التنسيق مع مجلس إدارة الشركة والإدارة التنفيذية والمدير المالي أو المدير القائم بنفس المهام في الشركة في سبيل أداء مهامها وعلى اللجنة الاجتماع مع مدقق الحسابات الخارجي وهيئة الرقابة الشرعية للشركة مرة على الأقل في السنة.
- (٥) النظر في أية بنود هامة وغير معتادة ترد أو يجب إيرادها في تلك التقارير والحسابات وعليها إيلاء الاهتمام اللازم بأية مسائل يطرحها المدير المالي للشركة أو المدير القائم بنفس المهام أو ضابط الامتثال أو مدقق الحسابات الخارجي.
- (٦) مراجعة أنظمة الرقابة المالية والرقابة الداخلية وإدارة المخاطر في الشركة.
- (٧) مناقشة نظام الرقابة الداخلية مع الإدارة والتأكد من أدائها لواجبها في إنشاء نظام فعال للرقابة الداخلية.
- (٨) النظر في نتائج التحقيقات الرئيسية في مسائل الرقابة الداخلية التي يكلفها بها مجلس الإدارة أو تتم بمبادرة من اللجنة وموافقة مجلس الإدارة.

(٩) التأكد من وجود التنسيق فيما بين مدقق الحسابات الداخلي ومدقق الحسابات الخارجي وهيئة الرقابة الشرعية، والتأكد من توفر الموارد اللازمة لجهاز التدقيق الداخلي ومراجعة ومراقبة فعالية ذلك الجهاز.

(١٠) مراجعة السياسات والإجراءات المالية والمحاسبية في الشركة.

(١١) مراجعة رسالة مدقق الحسابات الخارجي وهيئة الرقابة الشرعية وخطة عمله وأية استفسارات جوهرية يطرحها المدقق أو هيئة الرقابة الشرعية على الإدارة التنفيذية بخصوص السجلات المحاسبية أو الحسابات المالية أو أنظمة الرقابة وردها وموافقتها عليه.

(١٢) التأكد من رد مجلس الإدارة في الوقت المطلوب على الاستيضاحات والمسائل الجوهرية المطروحة في رسالة مدقق الحسابات الخارجي ولجنة الرقابة الشرعية.

(١٣) وضع الضوابط التي تمكن موظفي الشركة من الإبلاغ عن أية مخالفات محتملة في التقارير المالية أو الرقابة الداخلية أو غيرها من المسائل بشكل سري والخطوات الكفيلة بإجراء تحقيقات مستقلة وعادلة لتلك المخالفات .

(١٤) مراقبة مدى تقييد الشركة بقواعد السلوك المهني .

(١٥) ضمان تطبيق قواعد العمل الخاصة بمهامها والصلاحيات الموكلة إليها من قبل مجلس الإدارة. .

(١٦) تقديم تقرير إلى مجلس الإدارة عن المسائل الواردة في هذا البند.

(١٧) النظر في أية موضوعات أخرى يحددها مجلس الإدارة. .

في حالة عدم موافقة مجلس الإدارة على توصيات لجنة التدقيق بشأن اختيار أو تعيين أو استقالة أو فصل مدقق الحسابات الخارجي أو هيئة الرقابة الشرعية، فعلى مجلس الإدارة أن يضمن في تقرير الحوكمة بيانا يشرح توصيات لجنة التدقيق والأسباب التي دعت مجلس الإدارة لعدم الأخذ بها. .

ب - لجنة الترشيحات والمكافآت وتكون مهمتها بشكل رئيسي ما يلي:

- التأكد من استقلالية الأعضاء المستقلين بشكل مستمر.
- إعداد السياسة الخاصة بمنح المكافآت والمزايا والحوافز والرواتب الخاصة بأعضاء مجلس إدارة الشركة والعاملين فيها، ومراجعتها بشكل سنوي وعلى اللجنة أن تتحقق من أن المكافآت والمزايا الممنوحة للإدارة التنفيذية العليا للشركة معقولة وتتناسب وأداء الشركة.

- تحديد احتياجات الشركة من الكفاءات على مستوى الإدارة التنفيذية العليا والموظفين وأسس اختيارهم.
- إعداد السياسة الخاصة بالموارد البشرية والتدريب في الشركة ومراقبة تطبيقها ومراجعتها بشكل سنوي.
- تنظيم ومتابعة الإجراءات الخاصة بالترشيح لعضوية مجلس الإدارة بما يتفق والقوانين والأنظمة المعمول بها وأحكام هذا القرار.

تتألف اللجان من أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين لا يقل عددهم عن ثلاثة، على أن يكون اثنان منهم على الأقل من الأعضاء المستقلين وأن يترأس اللجنة أحدهما ولا يجوز لرئيس مجلس الإدارة أن يكون عضواً في أي من هذه اللجان ويتعين على مجلس الإدارة اختيار أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين في اللجان المعنية بالمهام التي قد ينتج عنها حالات تعارض مصالح مثل التأكد من سلامة التقارير المالية وغير المالية ومراجعة الصفقات المبرمة مع الأطراف أصحاب المصالح واختيار أعضاء مجلس الإدارة التنفيذيين وتحديد المكافآت.

كما يجوز لمجلس الإدارة أن ينشئ عدداً من اللجان المتخصصة الأخرى التابعة له.

يتم تشكيل اللجان وفقاً لإجراءات يضعها مجلس الإدارة على أن تتضمن تحديد مهمة اللجنة ومدة عملها والصلاحيات الممنوحة لها وكيفية رقابة مجلس الإدارة عليها وعلى اللجنة أن ترفع تقريراً خطياً إلى مجلس الإدارة بالإجراءات والنتائج والتوصيات التي تتوصل إليها بشفافية مطلقة وعلى مجلس الإدارة ضمان متابعة عمل اللجان للتحقق من التزامها بالأعمال الموكلة إليها.

المادة الثلاثون

١/٣٠ يجب أن يكون لدى الشركة نظام محكم للرقابة الداخلية يهدف إلى وضع تقييم لوسائل وإجراءات إدارة المخاطر في الشركة وتطبيق قواعد الحوكمة فيها على نحو سليم والتحقق من التزام الشركة والعاملين فيها بأحكام القوانين والأنظمة والقرارات المعمول بها والتي تنظم عملها والسياسات والإجراءات الداخلية ومراجعة البيانات المالية التي تعرض على الإدارة العليا بالشركة والتي تستخدم في إعداد القوائم المالية.

٢/٣٠ يصدر نظام الرقابة الداخلية من قبل مجلس الإدارة بعد التشاور مع الإدارة ويتولى تطبيق هذا النظام إدارة مختصة بالرقابة الداخلية.

٣/٣٠ يحدد مجلس الإدارة أهداف ومهام وصلاحيات إدارة الرقابة الداخلية بحيث تتمتع بالاستقلال الكافي لأداء مهامها وتتبع مجلس الإدارة مباشرة.

٤/٣٠ على مجلس الإدارة إجراء مراجعة سنوية لضمان فعالية نظام الرقابة الداخلية في الشركة والشركات التابعة لها والإفصاح عن النتائج التي يتوصل لها إلى المساهمين في تقريره السنوي عن حوكمة الشركة.

ويجب أن تشمل المراجعة السنوية العناصر التالية وذلك على وجه التحديد :

- التغييرات التي طرأت منذ المراجعة السنوية الأخيرة على طبيعة ومدى المخاطر الرئيسية وقدرة الشركة على الاستجابة للتغيرات في أعمالها والبيئة الخارجية.
- نطاق ونوعية الرقابة المستمرة من مجلس الإدارة على المخاطر ونظام الرقابة الداخلية وعمل المدققين الداخليين.
- عدد مرات إبلاغ المجلس أو لجانه بنتائج أعمال الرقابة لتمكينه من تقييم وضع الرقابة الداخلية في الشركة وفعاليتها وإدارة المخاطر.
- حالات الإخفاق أو الضعف في نظام الرقابة التي تم اكتشافها أو الظروف الطارئة غير المتوقعة وقد أثرت أو يمكن أن تؤثر بشكل جوهري على الأداء أو الوضع المالي للشركة.
- فعالية عمليات الشركة المتعلقة بإعداد التقارير المالية والتقييد بقواعد الإدراج والإفصاح.

٥/٣٠ على مجلس الإدارة الإفصاح في تقرير حوكمة الشركة عن مدى تقييد الشركة بنظام الرقابة الداخلية أثناء مدة التقرير ويجب أن يشمل ذلك الإفصاح ما يلي:

- آلية عمل إدارة الرقابة الداخلية في الشركة.
- الإجراء الذي اتبعته الشركة لتحديد وتقييم وإدارة المخاطر الكبيرة.
- أية معلومات إضافية للمساعدة في فهم عمليات إدارة المخاطر ونظام الرقابة الداخلية في الشركة.
- إقرار من المجلس بمسئوليته عن نظام الرقابة الداخلية في الشركة وعن مراجعته وفعاليتها.
- الإجراء الذي اتبعته الشركة لمراجعة فعالية نظام الرقابة الداخلية.
- الإجراء الذي اتبعته الشركة للتعامل مع نواحي الرقابة الداخلية الجوهرية لأية مشاكل كبيرة تم الإفصاح عنها في التقارير والحسابات السنوية.

٦/٣٠ على مجلس الإدارة التأكد من أن إفصاحات الشركة تقدم معلومات كافية ودقيقة وغير مضللة للمستثمرين وفيها التزام كامل بقواعد الإفصاح.

٧/٣٠ تلتزم الشركة بتعيين ضابط امتثال يتولى مهام التحقق من مدى التزام الشركة والعاملين فيها بالقوانين والأنظمة والقرارات واللوائح الصادرة ويجوز الجمع بين وظيفة ضابط الامتثال ومدير إدارة الرقابة الداخلية.

المادة الحادية والثلاثون

يحظر على رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة ما يلي:

١/٣١ الاشتراك في إدارة شركة تأمين أخرى منافسة أو مشابهة لها التي تمارس نفس أنواع وفروع التأمين.

٢/٣١ منافسة أعمال الشركة أو القيام بعمل أو نشاط ينجم عنه تضارب مع مصلحة الشركة.

٣/٣١ ممارسة أعمال وسيط تأمين.

٤/٣١ تقاضي عمولة عن أي عمل من أعمال التأمين أو إعادة التأمين.

المادة الثانية والثلاثون

مع مراعاة أحكام قانون الشركات التجارية، تتكون مكافأة أعضاء مجلس الإدارة من نسبة مئوية من الربح الصافي، كما يجوز أن تدفع الشركة مصاريف أو أتعاباً إضافية أو مرتباً شهرياً بالقدر الذي يقرره مجلس الإدارة لأي عضو من أعضائه إذا كان ذلك العضو يعمل في أي لجنة أو يبذل جهوداً خاصة أو يقوم بأعمال إضافية لخدمة الشركة فوق واجباته العادية كعضو في مجلس إدارة الشركة وفي جميع الحالات يجب أن لا تزيد مكافأة أعضاء مجلس الإدارة على % (يمكن أن تكون هذه النسبة في حدود ١٠%) من الربح الصافي بعد خصم الاستهلاكات والاحتياطي وتوزيع ربح لا يقل عن % (يمكن أن تكون هذه النسبة في حدود ٥%) من رأس المال على المساهمين.

الباب الخامس الجمعية العمومية

المادة الثالثة والثلاثون

الجمعية العمومية المكونة تكويناً صحيحاً تمثل جميع المساهمين ولا يجوز انعقادها إلا في المقر الرئيسي للشركة.

المادة الرابعة والثلاثون

كل مساهم الحق في حضور اجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين ويكون له عدد من الأصوات يعادل عدد أسهمه ويجوز للمساهم أن ينيب عنه غيره من غير أعضاء مجلس الإدارة في حضور الجمعية العمومية بمقتضى توكيل خاص ثابت بالكتابة ويجب ألا يكون الوكيل حائزاً بهذه الصفة على أكثر من (5%) خمسة بالمائة من أسهم رأس مال الشركة ويمثل ناقصي الأهلية وفاقديها النائبون عنهم قانوناً ويستثنى من هذه النسبة ممثلو الأشخاص الاعتبارية.

المادة الخامسة والثلاثون

توجه الدعوة إلى المساهمين لحضور اجتماعات الجمعية العمومية العادية بإعلان في صحيفتين يوميتين محليتين وبكتب مسجل وذلك قبل الموعد المحدد للاجتماع بواحد وعشرين يوماً على الأقل وذلك بعد الحصول على موافقة الهيئات المختصة وتقديم نسخة من مسودة الميزانية العمومية والحسابات الختامية للشركة كذلك توجه الدعوة إلى مدير عام هيئة التأمين لحضور اجتماع الجمعية العمومية قبل خمسة عشر يوماً على الأقل من انعقادها وأن تتضمن الدعوة جدول أعمال ذلك الاجتماع وترسل صورة من أوراق الدعوة إلى السلطة المختصة.

المادة السادسة والثلاثون

تتعقد الجمعية العمومية العادية بدعوة من:

١/٣٦ مجلس الإدارة مرة على الأقل في السنة خلال الأشهر الأربعة التالية لنهاية السنة المالية.

٢/٣٦ مجلس الإدارة كلما رأى وجهاً لذلك أو بناء على طلب مدقق الحسابات أو إذا طلب عشرة من المساهمين على الأقل يملكون (..... %) من رأس المال كحد أدنى ولأسباب جدية عقد الجمعية العمومية وجب على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العمومية العادية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب.

٣/٣٦ مدقق الحسابات مباشرة إذا لم يتم مجلس الإدارة بتوجيه الدعوة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم مدقق الحسابات طلب توجيه الدعوة.

٤/٣٦ رئيس هيئة الرقابة الشرعية إذا لم يتم مجلس الإدارة بتوجيه الدعوة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم رئيس الهيئة توجيه الدعوة.

٥/٣٦ هيئة الأوراق المالية (أو ما يقوم مقامها) بعد التشاور مع السلطة المختصة في الأحوال التالية:

- إذا مضى ثلاثون يوماً على الموعد المحدد لانعقادها (وهو مضي أربعة أشهر على انتهاء السنة المالية) دون أن يقوم مجلس الإدارة بدعوتها للانعقاد.
- إذا نقص عدد أعضاء مجلس الإدارة عن الحد الأدنى لصحة انعقاده.
- إذا تبين لها في أي وقت وقوع مخالفات للقانون أو لنظام الشركة أو وقوع خلل في إدارتها.
- إذا تقاعس مجلس الإدارة عن دعوتها للانعقاد رغم طلب عدد من المساهمين يملكون على الأقل (..... %) من رأسمال الشركة.
- إذا طلب عدد من المساهمين يملكون أقل من (..... %) من رأسمال الشركة.

المادة السابعة والثلاثون

يدخل في جدول أعمال الجمعية العمومية في اجتماعها السنوي المسائل الآتية:

- سماع تقرير مجلس الإدارة عن نشاط الشركة وعن مركزها المالي خلال السنة.
- سماع تقرير هيئة الرقابة الشرعية والتصديق عليه.
- سماع تقرير مدقق الحسابات والتصديق عليه.
- مناقشة ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر والتصديق عليهما.
- انتخاب أعضاء مجلس الإدارة عند الاقتضاء وتعيين مدققي الحسابات وأعضاء هيئة الرقابة الشرعية وتحديد أتعابهم.
- النظر في مقترحات مجلس الإدارة بشأن توزيع الأرباح.
- النظر في توصية مجلس الإدارة بشأن مكافأة أعضاء مجلس الإدارة.
- إبراء ذمة أعضاء مجلس الإدارة ومدقق الحسابات وهيئة الرقابة الشرعية من المسؤولية أو تقرير رفع دعوى المسؤولية عليهم حسب الأحوال.

المادة الثامنة والثلاثون

يسجل المساهمون الذين يرغبون في حضور الجمعية العمومية العادية وغير العادية أسماءهم في السجل الإلكتروني الذي تعده إدارة الشركة لهذا الغرض في مكان الاجتماع قبل الوقت المحدد لانعقاد ذلك الاجتماع بوقت كاف ويجب أن يتضمن السجل اسم المساهم أو من ينوب عنه وعدد الأسهم التي يملكها وعدد الأسهم التي يمثلها وأسماء مالكيها مع

تقديم سند الوكالة ويعطى المساهم أو النائب بطاقة لحضور الاجتماع يذكر فيها عدد الأصوات التي يمثلها أصالة أو وكالة ويستخرج من هذا السجل خلاصة مطبوعة بعدد الأسهم التي مثلت في الاجتماع ونسبة الحضور يتم إلحاقها بمحضر اجتماع الجمعية العمومية بعد توقيعها من قبل كل من مقرر الجلسة ورئيس الاجتماع ومدقق حسابات الشركة.

ويقفل باب التسجيل لحضور اجتماعات الجمعية العمومية العادية وغير العادية عندما يعلن رئيس الاجتماع اكتمال النصاب المحدد لذلك الاجتماع أو عدم اكتماله ولا يجوز بعد ذلك قبول تسجيل أي مساهم أو نائب عنه لحضور ذلك الاجتماع كما لا يجوز الاعتداد بصوته أو برأيه في المسائل التي تطرح في ذلك الاجتماع.

المادة التاسعة والثلاثون

يغلق سجل المساهمين في الشركة لاجتماع الجمعية العمومية طبقاً للنظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية والقواعد المعنية السائدة في السوق المالي المدرج فيه أسهم الشركة.

المادة الأربعون

تسري على النصاب الواجب توفره لصحة انعقاد الجمعية العمومية بصفاتها المختلفة وعلى الأغلبية اللازمة لاتخاذ القرارات، أحكام القانون المنظم للشركات التجارية وتعديلاته.

المادة الواحدة والأربعون

يرأس الجمعية العمومية رئيس مجلس الإدارة وعند غيابه يرأسها نائب رئيس مجلس الإدارة أو عضو مجلس الإدارة الذي يعينه مجلس الإدارة لذلك وفي حالة تخلف المذكورين عن حضور الاجتماع تعين الجمعية من بين المساهمين رئيساً للاجتماع كما تعين الجمعية مقراً للاجتماع ويعين الرئيس جامعاً للأصوات على أن تقرر الجمعية العمومية تعيينه.

وتدون الشركة محاضر اجتماعات الجمعية العمومية وإثبات الحضور في دفاتر تحفظ لهذا الغرض وتوقع من قبل رئيس الاجتماع المعني ومقرر الجمعية وجامعي الأصوات ومدققي الحسابات ويكون الموقعون على محاضر الاجتماعات مسئولون عن صحة البيانات الواردة فيها.

المادة الثانية والأربعون

يكون التصويت في الجمعية العمومية بالطريقة التي يعينها رئيس الجمعية إلا إذا قررت الجمعية العمومية طريقة معينة للتصويت وإذا تعلق الأمر بانتخاب أعضاء مجلس الإدارة أو بعزلهم أو بمساءلتهم يكون بالتصويت السري وبحيث أن يكون لكل مساهم عدد من الأصوات يساوي عدد الأسهم التي يملكها سواء كان التصويت بها لمرشح واحد

أو توزيعها بين من يختارهم من المرشحين على ألا يتجاوز في جميع الأحوال عدد الأصوات التي منحها للمرشحين الذين اختارهم عن عدد الأسهم التي بحوزته.

المادة الثالثة والأربعون

يسجل المساهمون الذين يرغبون في حضور الجمعية العمومية أسماءهم في سجل خاص يعد لذلك في مركز الشركة قبل الموعد المحدد لانعقاد الجمعية العمومية ويتضمن التسجيل اسم المساهم وعدد الأسهم التي يمثّلها وأسماء موكليه مع تقديم سند الوكالة. ويعطى المساهم أو النائب بطاقة حضور لحضور الاجتماع يذكر فيها عدد الأصوات التي يستحقها أصاله ووكالة.

المادة الرابعة والأربعون

لا يجوز لمن له حق حضور الجمعية العمومية أن يشترك في التصويت عن نفسه أو عن يمثله في المسائل التي تتعلق بمنفعة خاصة أو بخلاف قائم بينه وبين الشركة.

المادة الخامسة والأربعون

١/٤٥ تجتمع الجمعية العمومية غير العادية للشركة بناء على دعوة من مجلس الإدارة والجهات المشار إليها في المادة ٣٦ الفقرة (٣/٣٦ و ٤/٣٦ و ٥/٣٦) وعلى المجلس توجيه هذه الدعوة إذا طلب إليه ذلك عدد من المساهمين يملكون على الأقل (..... %) من رأس مال الشركة فإذا لم يقدّم المجلس بتوجيه الدعوة خلال خمسة عشر يوماً من هذا الطلب جاز للطالبين أن يتقدموا إلى الهيئة لتوجيه الدعوة وتقوم الهيئة بتوجيه الدعوة بعد التشاور مع السلطة المختصة.

٢/٤٥ لا يكون اجتماع الجمعية العمومية غير العادية صحيحاً إلا إذا حضره مساهمون يمثلون ثلاثة أرباع رأس مال الشركة على الأقل، فإذا لم يتوفر هذا النصاب وجب دعوة هذه الجمعية إلى اجتماع ثانٍ يعقد خلال الثلاثين يوماً التالية للاجتماع الأول ويعتبر الاجتماع الثاني صحيحاً إذا حضره مساهمون يمثلون نصف رأس مال الشركة . وإذا لم يتوفر هذا النصاب في الاجتماع الثاني توجه الدعوة إلى اجتماع ثالث يعقد بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ الاجتماع الثاني ويكون الاجتماع الثالث صحيحاً مهما كان عدد الحاضرين ولا تكون قرارات الجمعية في الحالة الأخيرة نافذة إلا بعد موافقة السلطة المختصة عليها.

المادة السادسة والأربعون

تختص الجمعية العمومية غير العادية بما يلي :

١/٤٦ زيادة رأس المال أو تخفيضه.

٢/٤٦ حل الشركة أو إدماجها في شركة أخرى.

٣/٤٦ بيع المشروع الذي قامت به الشركة أو التصرف فيه بأي وجه آخر.

٤/٤٦ إطالة مدة الشركة.

٥/٤٦ تعديل عقد الشركة أو نظامها الأساسي إلا أن حقها هذا ليس مطلقاً وإنما

هو مقيد بالقيود التالية :

- ألا يؤدي التعديل إلى زيادة أعباء المساهمين.
- ألا يؤدي التعديل إلى تغيير غرض الشركة الأصلي.
- ألا يؤدي التعديل إلى نقل مركز الشركة الرئيسي إلى خارج الدولة.
- ألا يؤدي التعديل إلى عدم التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية.

المادة السابعة والأربعون

يكون مالك السهم المسجل في يوم العمل السابق لانعقاد الجمعية العمومية للشركة هو صاحب الحق في التصويت في الجمعية العمومية لتلك الشركة.

المادة الثامنة والأربعون

تصدر قرارات الجمعية العمومية غير العادية بأغلبية الأسهم الممثلة في الاجتماع إلا إذا تعلق القرار بزيادة رأس المال أو تخفيضه أو بإطالة مدة الشركة أو بحلها قبل الميعاد المعين في النظام أو بإدماج الشركة في شركة أخرى أو بتحويلها فلا يكون القرار صحيحاً، إلا إذا صدر بأغلبية ثلاثة أرباع الأسهم الممثلة في الاجتماع وتكون قرارات الجمعية العمومية الصادرة ملزمة لجميع المساهمين بمن فيهم الغائبون والمخالفون في الرأي وعلى رئيس مجلس الإدارة تنفيذ قرارات الجمعية العمومية غير العادية وإبلاغ صورة منها إلى الجهات المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها.

المادة التاسعة والأربعون

مع مراعاة قانون الشركات التجارية لا يجوز للجمعية العمومية أن تتداول في غير المسائل الواردة في جدول الأعمال المرفق بإعلان الدعوة ومع ذلك يكون للجمعية العمومية الحق في المداولة في الوقائع الخطيرة التي قد تتكشف أثناء ذلك الاجتماع.

الباب السادس في مدقق الحسابات

المادة الخمسون

يكون للشركة مدقق حسابات أو أكثر تعيينه الجمعية العمومية بناء على ترشيح من مجلس الإدارة وتوصية من لجنة التدقيق لمدة سنة قابلة للتجديد وتحدد أتعابه وعليه مراقبة حسابات السنة المالية التي عين لها ويشترط في مدقق الحسابات أن يكون مسجلاً لدى الجهات الرسمية المختصة ومرخصاً له بمزاولة المهنة.

المادة الواحدة والخمسون

١/٥١ يجب أن يكون مدقق الحسابات الخارجي مستقلاً عن الشركة ومجلس إدارتها ولا يجوز أن يكون شريكاً أو وكيلاً لأحد مؤسسي الشركة أو لأحد أعضاء مجلس إدارتها أو قريباً له حتى الدرجة الرابعة.

٢/٥١ على الشركة أن تتخذ خطوات معقولة للتأكد من استقلالية مدقق الحسابات الخارجي وأن كافة الأعمال التي يقوم بها تخلو من أي تضارب للمصالح.

المادة الثانية والخمسون

يحظر علي مدقق الحسابات الخارجي خلال فترة توليه مراجعة/تدقيق/ مراقبة حسابات الشركة القيام بأية خدمات أو أعمال إضافية فنية أو إدارية أو استشارية ذات علاقة بأعماله التي يقوم بمباشرتها والتي قد تؤثر على قراراته واستقلاله أو أية خدمات أو أعمال أخرى ترى هيئة الأوراق المالية (أو ما يقوم مقامها) عدم جواز تقديمها وعلى وجه الخصوص الخدمات والأعمال المحظور على مدقق الحسابات مزاولتها أو مباشرتها.

المادة الثالثة والخمسون

يلتزم مدقق الحسابات بإبلاغ الجهات الرقابية عن أية مخالفات جوهرية أو معوقات وتفاصيلها وذلك في حالة عدم اتخاذ مجلس الإدارة القرار المناسب بشأنها.

المادة الرابعة والخمسون

تكون لمدقق الحسابات الصلاحيات وعليه التقيد بالالتزامات المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية والقوانين المعدلة له والقانون المنظم لقطاع التأمين (إن وجد) وتنظيم أعماله ولائحته التنفيذية والقرارات والتعليمات والأنظمة الصادرة له وله بوجه خاص الحق في الإطلاع في كل وقت على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها وغير ذلك من وثائق وله أن يطلب الإيضاحات التي يراها لازمة لأداء مهمته وله كذلك أن يتحقق من موجودات الشركة والتزاماتها وإذا لم يتمكن من استعمال هذه الصلاحيات أثبت ذلك كتابة في تقرير يقدم إلى مجلس الإدارة فإذا لم يتم المجلس بتمكين المدقق من

أداء مهمته وجب على المدقق أن يرسل صورة من التقرير إلى السلطة المختصة وأن يعرضه على الجمعية العمومية.

المادة الخامسة والخمسون

يقدم مراجع الحسابات إلى الجمعية العمومية العادية تقريراً يشتمل على البيانات المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية والقوانين المعدلة له وفي القانون المنظم لقطاع التأمين وعليه أن يحضر اجتماع الجمعية العمومية وأن يدلي في الاجتماع برأيه في كل ما يتعلق بعمله وبوجه خاص في ميزانية الشركة ويكون مراجع الحسابات مسؤولاً عن صحة البيانات الواردة في التقرير بوصفه وكليلاً عن جميع المساهمين ولكل مساهم أثناء انعقاد الجمعية العمومية الحق في مناقشة تقرير المراجع وله إن يستوضحه عما ورد فيه ويحق لمراجع الحسابات استلام كافة الإشعارات والمراسلات الأخرى المتعلقة بأية جمعية عمومية التي يحق لكل مساهم استلامها.

المادة السادسة والخمسون

يكون للمشارك في حساب التأمين التكافلي العائلي حق الحصول على نسخة من تقرير الخبير الإكتواري بشأن مراجعة حساب هذا النوع من التأمين التكافلي في خلال عشرة أيام عمل.

الباب السابع في الرقابة الشرعية

المادة السابعة والخمسون

١/٥٧ يكون للشركة هيئة رقابة شرعية تكون من (٣) ثلاثة أعضاء على الأقل تعيينها الجمعية العمومية بناء على ترشيح من مجلس إدارة الشركة بعد الحصول على موافقة الجهات المختصة لإبداء الرأي في معاملات الشركة ومدى إتفاقها مع أحكام الشريعة الإسلامية وتكون مستقلة وقراراتها ملزمة للشركة.

٢/٥٧ مدة العضوية في هيئة الرقابة الشرعية ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

٣/٥٧ يختار أعضاء الهيئة من بينهم رئيساً ونائباً للرئيس ويمثل الرئيس الهيئة أمام مجلس إدارة الشركة والجمعية العمومية والجهات المختصة وفي حالة شغور إحدى عضويات الهيئة يقوم مجلس إدارة الشركة بتعيين عضو يحل في العضوية الشاغرة لكي يُكمل المدة المنصوص عليها في البند (٢/٥٧) من هذه المادة ويتم إبلاغ الجهات المختصة بهذا التعيين ويقدم هذا التعيين إلى الجمعية العمومية للشركة في أول إجتماع لاحق لها للمصادقة عليه.

المادة الثامنة والخمسون

يعين مجلس إدارة الشركة بناء على توصية هيئة الرقابة الشرعية مراقباً شرعياً مختصاً بتدقيق معاملات الشركة ويقوم بأعماله بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية كما يقوم بأمانة سر الهيئة ويقدم تقريره إليها.

المادة التاسعة والخمسون

تختص هيئة الرقابة الشرعية بالأمر الآتية:

١/٥٩ وضع القواعد الشرعية الأساسية لأعمال الشركة.

٢/٥٩ مراجعة جميع معاملات الشركة ومنتجات التأمين التكافلي والعقود والمستندات التي تتعامل بها الشركة للتأكد من أنها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية واعتمادها قبل وضعها موضع التطبيق.

٣/٥٩ مراجعة المعاملات التأمينية التكافلية وأوجه الإستثمار التي تقوم بها الشركة وبيان مدى إنسجامها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٤/٥٩ إعتداد أو رفض أي نشاط تقوم به الشركة في حالة عدم إتفاق النشاط مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المادة الستون

على الشركة أن تتخذ خطوات معقولة للتأكد من استقلالية هيئة الرقابة الشرعية وأن كافة الأعمال التي تقوم بها تخلو من أي تضارب للمصالح

المادة الواحدة والستون

يحظر على أعضاء هيئة الرقابة الشرعية خلال فترة توليهم مراجعة/تدقيق/ مراقبة حسابات الشركة القيام بأية خدمات أو أعمال إضافية فنية أو إدارية أو استشارية ذات علاقة بأعمالهم التي يقومون بمباشرتها والتي قد تؤثر على قراراتهم واستقلالهم أو أية خدمات أو أعمال أخرى ترى هيئة التأمين عدم جواز تقديمها وعلى وجه الخصوص الخدمات والأعمال المحظور على لجنة الرقابة مزاولتها أو مباشرتها.

المادة الثانية والستون

تكون لهيئة الرقابة الشرعية الصلاحيات وعليها التقيد بالالتزامات المنصوص عليها في القانون المتعلق بتنظيم التأمين التكافلي (إن وجد) والقرارات والتعليمات والأنظمة الصادرة في هذا ولها بوجه خاص الحق في الإطلاع في كل وقت على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها وغير ذلك من وثائق ولها أن تطلب الإيضاحات التي تراها لازمة لأداء مهمتها ولها كذلك أن تتحقق من موجودات الشركة والتزاماتها وإذا لم تتمكن من استعمال هذه الصلاحيات تثبت ذلك كتابة في تقرير يقدم إلى مجلس إدارة الشركة فإذا لم يقر المجلس بتمكين اللجنة من أداء مهمتها وجب على اللجنة أن ترسل صورة من التقرير إلى الجهات المختصة وأن تعرضه على الجمعية العمومية للشركة.

المادة الثالثة والستون

تقدم هيئة الرقابة الشرعية إلى الجمعية العمومية للشركة وإلى الجهات المختصة تقريرا سنويا يشتمل على خلاصة ما قامت به من أعمال مع ملاحظاتها بشأن معاملات الشركة ومدى التزام الشركة بالأحكام الشرعية وعلى رئيس هيئة الرقابة الشرعية أو نائبه أن يحضر إجتماع الجمعية العمومية وأن يدلي في الاجتماع برأيه في كل ما يتعلق بعمل الهيئة وتكون هيئة الرقابة الشرعية مسؤولة عن صحة البيانات الواردة في تقريرها ولكل مساهم أثناء انعقاد الجمعية العمومية الحق في مناقشة تقرير هيئة الرقابة الشرعية وله أن يستوضحها عما ورد فيه.

الباب الثامن

في مالية الشركة وحساباتها

المادة الرابعة والستون

نظرا لطبيعة عمل الشركة فإنها تقوم بإنشاء حسابين منفصلين أحدهما يخص الشركة نفسها (المساهمين) حقوقها والتزاماتها، والآخر يخص هيئة المشتركين (حملة الوثائق) حقوقهم والتزاماتهم، بحيث يكون كل من الحسابين منفصلاً عن الآخر في طريقة حسابه وتوزيع إختصاصاته.

(أ) **حساب المساهمين:** ويضم هذا الحساب رأس المال وباقي حقوق المساهمين وإستثماراتها وتكون الأرباح المحققة من إستثماراتها من حقوق المساهمين ويحمل على هذا الحساب المصروفات والنفقات المرتبطة بأعمال الإستثمار وكل ما يخص المساهمين من رصيد حساب حملة الأسهم وحدهم وتتعهد الشركة بمعالجة أي عجز في حساب التأمين بترتيب تمويل مشروع أو بتقديم قرض حسن من حساب المساهمين من فوائض السنوات المقبلة.

(ب) **حساب التأمين:** ويضم هذا الحساب الإشتراكات والمخصصات والإحتياطيات وعوائدها ويحمل عليه المصروفات التي تتعلق بعمليات التأمين وإعادة التأمين ويجري التصرف في صافي الفائض التأميني المحقق في كل سنة بما فيه المصلحة مثل تكوين الإحتياطيات والمخصصات أو تخفيض الإشتراكات أو التبرع به لجهات خيرية أو توزيعه أو جزء منه على المشتركين على أن لا تستحق الشركة المديرية شيئاً من ذلك الفائض إلا على سبيل الحوافز التي تعتمدها هيئة الرقابة الشرعية وذلك وفق القواعد والأسس التي يضعها النظام الأساسي ومجلس الإدارة وموافقة الجمعية العمومية.

المادة الرابعة والستون

على مجلس الإدارة أن يحتفظ بدفاتر حسابات منتظمة حسب الأصول منفصلة لكل من أموال الشركة وإحتياطياتها (حقوق الملكية وموجودات التكافل وإحتياطياته، حقوق حملة الوثائق) لإعطاء صورة صحيحة وعادلة عن وضع أعمال الشركة ولتفسير تعاملاتها وتحفظ هذه الدفاتر وفقاً لأحكام القانون وطبقاً لمعايير المحاسبة بشأن التأمين الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وكذلك طبقاً للمبادئ المحاسبية المتعارف عليها والمطبقة دولياً - في حالة عدم وجود معايير محاسبة صادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - على ألا تتعارض مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية ولا يحق لأي مساهم في الشركة فحص دفاتر الحسابات تلك إلا بموجب تفويض بهذا المعنى صادر عن مجلس الإدارة وتبدأ السنة المالية للشركة من أول يناير وتنتهي في نهاية ديسمبر من كل سنة.

المادة الخامسة والستون

لمجلس الإدارة أن يقتطع من الأرباح السنوية غير الصافية نسبة يحددها لاستهلاك موجودات الشركة أو التعويض عن انخفاض (نزول) قيمتها ويتم التصرف في هذه الأموال بناء على قرار من مجلس الإدارة ولا يجوز توزيعها على المساهمين.

المادة السادسة والستون

على مجلس الإدارة أن يعد عن كل سنة مالية قبل الاجتماع السنوي للجمعية العمومية العادية بشهر على الأقل ميزانية الشركة مدققة وحساب الأرباح والخسائر لكل من الشركة ومحافظ التأمين وعلى المجلس أيضا أن يعد تقريرا عن نشاط الشركة خلال السنة المالية وعن مركزها المالي في ختام السنة ذاتها والطريقة التي يقترحها لتوزيع الأرباح الصافية وترسل صورة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وتقرير مدقق الحسابات عليهما وتقرير مجلس الإدارة إلى هيئة الأوراق المالية (أو ما يقوم مقامها) مرفقة مع جدول أعمال الجمعية العمومية العادية السنوية للموافقة على نشر الدعوة في الصحف اليومية قبل موعد عقدها بواحد وعشرون يوما على الأقل.

المادة السابعة والستون

توزع الأرباح السنوية الصافية للشركة بعد خصم جميع المصروفات العمومية والتكاليف الأخرى وفقا لما يلي:

١/٧٦ تقتطع (١٠٪) عشرة بالمائة من صافي الأرباح تخصص لحساب الاحتياطي القانوني ويوقف هذا الاقتطاع متى بلغ مجموع الاحتياطي قدرا يوازي (٥٠٪) خمسين بالمائة على الأقل من رأس مال الشركة المدفوع وإذا نقص الاحتياطي عن ذلك تعين العودة إلى الاقتطاع.

٢/٧٦ تقتطع (١٠٪) عشرة بالمائة أخرى من صافي الأرباح لحساب الاحتياطي النظامي ويوقف هذا الاقتطاع بقرار من الجمعية العمومية العادية بناء على اقتراح مجلس الإدارة أو إذا بلغ (٥٠٪) خمسون بالمائة من رأس مال الشركة المدفوع.

ويستخدم هذا الاحتياطي في الأغراض التي تقررها الجمعية العمومية العادية بناء على اقتراح من مجلس الإدارة.

٣/٧٦ يقتطع مبلغ يعادل (٥٪) خمسة بالمائة من رأس المال المدفوع لتوزيعه على المساهمين على أنه إذا لم تسمح الأرباح الصافية في سنة من السنين بتوزيع هذه الحصة فلا يجوز المطالبة بها من أرباح السنوات التالية.

٤/٧٦ يوزع الباقي من صافي الأرباح بعد ذلك على المساهمين أو يرحل بناء على اقتراح مجلس الإدارة إلى السنة المقبلة أو يخصص لإنشاء مال احتياطي غير عادي وفقا لما تقرره الجمعية العمومية العادية.

المادة الثامنة والستون

يتم التصرف في المال الاحتياطي لكل من الشركة ومحافظ التأمين - كل في مجاله بناء على قرار مجلس الإدارة في الأوجه التي تحقق مصالح الشركة والتكافل مع اعتماد ذلك من هيئة الرقابة الشرعية ولا يجوز توزيع الاحتياطي القانوني على المساهمين وإنما يجوز استعمال ما زاد منه على نصف رأس المال المدفوع لتأمين توزيع أرباح لا تزيد على (١٠٪) عشرة بالمائة من رأس المال المدفوع على المساهمين في السنوات التي لا تسمح بتوزيع هذه النسبة كما لا يجوز استخدام الاحتياطي النظامي في غير الأغراض المخصص لها إلا بقرار من الجمعية العمومية العادية.

المادة التاسعة والستون

تدفع حصص الأرباح إلى المساهمين طبقاً للنظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات في نقل ملكية وحفظ الأوراق المالية والقواعد المعينة في السوق المالي المدرج فيه أسهم الشركة.

المادة السبعون

القرض الحسن:

١/٧٠ في حالة عدم كفاية موجودات حساب المشتركين لمواجهة الالتزامات المترتبة على هذا الحساب تلتزم الشركة بتوفير تمويل أو بتقديم قرض حسن لحساب المشتركين.
٢/٧٠ يعتبر الالتزام بتقديم القرض الحسن التزاماً شاملاً حده الأقصى مجموع حقوق المساهمين في الشركة.

٣/٧٠ يحق للشركة استرداد هذا القرض من الفائض أو الفوائض التي قد تتحقق في الفترات اللاحقة سواء بدفعه واحدة أو بعدة دفعات حسبما تقرره الجمعية العمومية للشركة.

المادة الواحدة والسبعون

صندوق الزكاة:

١/٧١ تقوم الشركة بإنشاء صندوق للزكاة توضع فيه الزكاة المستحقة على معاملات الشركة وفقاً لما يسمح به نظامها الأساسي .

٢/٧١ يكون لصندوق الزكاة حساب مستقل عن بقية حسابات الشركة سواء تلك المتعلقة بالمساهمين أو المشتركين وتعتمد لجنة الرقابة الشرعية طريقة إدارة الحساب.

١/٧١ يتم الصرف من هذا الحساب بقرار من مجلس إدارة الشركة ووفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وما تعمده هيئة الرقابة الشرعية.

٤/٧١ يضع مجلس إدارة الشركة لائحة داخلية لتنظيم العمل في هذا الصندوق
وكيفية إدارته على أن لا يتقاضى الأعضاء المعينون لإدارته أية مكافآت عن أعمالهم في
إدارة الصندوق أو الاشراف عليه .

٥/٧١ على الشركة أن تحسب الزكاة الواجبة على المساهمين وأن تعلنها بعد
اعتمادها من قبل هيئة الرقابة الشرعية ضمن القوائم المالية النهائية للسنة المالية.

الباب التاسع

في المنازعات

المادة الثانية والسبعون

لا يترتب على أي قرار يصدر عن الجمعية العمومية سقوط دعوى المسؤولية المدنية ضد أعضاء مجلس الإدارة وإذا كان الفعل الموجب للمسئولية قد عرض على الجمعية العمومية بتقرير من مجلس الإدارة أو مدقق الحسابات وصادقت عليه فإن دعوى المسؤولية تسقط بمضي سنة من تاريخ انعقاد الجمعية ومع ذلك إذا كان الفعل المنسوب إلى أعضاء مجلس الإدارة يكون جريمة جنائية فلا تسقط دعوى المسؤولية إلا بسقوط الدعوى العمومية.

الباب العاشر في حل الشركة وتصفيتها

المادة الثالثة والسبعون

تحل الشركة لأحد الأسباب التالية :

- (١) انتهاء المدة المحددة للشركة ما لم تجدد وفقا للقواعد الواردة بهذا النظام.
- (٢) انتهاء الغرض الذي أسست الشركة من أجله.
- (٣) صدور قرار من الجمعية العمومية غير العادية بإنهاء مدة الشركة.
- (٤) اندماج الشركة في شركة أخرى.

المادة الرابعة والسبعون

إذا بلغت خسائر الشركة نصف رأس المال وجب على مجلس الإدارة دعوة الجمعية العمومية غير العادية للنظر في استمرار الشركة أو حلها قبل الأجل المعين في نظامها.

المادة الخامسة والسبعون

عند انتهاء مدة الشركة أو حلها قبل الأجل المحدد تعين الجمعية العمومية بناء على طلب مجلس الإدارة طريقة التصفية لأموال الشركة (حقوق ملكية المساهمين) وتعين مصفيا أو أكثر وتحدد سلطاتهم وتنتهي وكالة مجلس الإدارة بتعيين المصفين وتبقى سلطة الجمعية العمومية قائمة طوال مدة التصفية إلى أن يتم إخلاء عهدة المصفين.

الباب الحادي عشر في الأحكام الختامية

المادة السادسة والسبعون

تطبق أحكام القانون المتعلق بالشركات التجارية والقوانين المعدلة له والقرارات المنفذة له والقانون المنظم للتأمين (إن وجد) وتنظيم أعماله ولائحته التنفيذية والقرارات والتعليمات والأنظمة الصادرة له وكافة القوانين واللوائح الأخرى المطبقة فيما لم يرد في شأنه نص خاص في النظام الأساسي.

المادة السابعة والسبعون

يسري على الشركة ضوابط الحوكمة (إن وجدت) ومعايير الإنضباط المؤسسي وأية قرارات قد تصدر بتعديله أو تحل محله ويعتبر جزءاً لا يتجزأ من النظام الأساسي للشركة ومكماً له.

المادة الثامنة والسبعون

يودع هذا النظام وينشر طبقاً للقانونو .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار ١٨٧ (٢٠/٢)

بشأن

التأمين التعاوني: الأحكام والضوابط الشرعية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٣٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: **التأمين التعاوني: الأحكام والضوابط الشرعية**، في هذه الدورة والدورات السابقة،

وبعد اطلاعه أيضاً على التوصيات الصادرة عن مؤتمر « **التأمين التعاوني: أبعاده وأفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منها** »، الذي عقده مجمع الفقه الإسلامي الدولي بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) بالتعاون مع الجامعة الأردنية، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (الإيسيسكو)، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب (عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية)، في الفترة ٢٦ - ٢٨ ربيع الثاني ١٤٣١هـ، الموافق ١١ - ١٣ إبريل ٢٠١٠م، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يأتي:

أولاً: التأكيد على ما ورد في قراره ذي الرقم ٩ (٢/٩) بشأن التأمين وإعادة التأمين من أن عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد معاوضة يتضمن غرراً كبيراً مفسداً للعقد، ولذا فهو محرم شرعاً. وأن البديل الذي يتفق مع أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون.

ثانياً: نظراً إلى الإشكالات التي ظهرت من خلال التطبيقات المتعددة في شركات التأمين الإسلامية، والعقبات القانونية النظامية والرقابية التي واجهتها فإن ذلك يتطلب الخروج بتصوّر متكامل عن التأمين التعاوني.

ومن ثم فهو يوصي بما يأتي:

أولاً: تكليف أمانة المجمع بتكوين لجنة من الفقهاء والخبراء بالتعاون مع مراكز البحوث ذات الصلة للوصول إلى مشروع متكامل ينتظم الأحكام والضوابط الشرعية المبينة لأسس التأمين التعاوني، على أن يتضمن ذلك الصيغ المقبولة شرعاً، مما يمنح مرونة في التطبيق العملي، ومن هذه الأحكام والضوابط:

- (١) مفهوم التأمين التعاوني وحقيقته من منظور الشريعة الإسلامية.
- (٢) المقارنة بين التأمين التعاوني والتأمين التجاري:
 - (أ) المقارنة بين التأمين التعاوني المقبول شرعاً وبين المبادئ الدولية للتعاون.
 - (ب) المقارنة بين التأمين التعاوني المقبول شرعاً وبين مبادئ التأمين التجاري.
- (٣) العلاقات بين أطراف التأمين التعاوني وتوصيفها، وعلى وجه الخصوص توصيف العلاقة بين المشتركين في الوعاء، والعلاقة بين الوعاء ومن تقاطع به إدارته.
- (٤) أحكام العوض المستحق لمدير الوعاء ومعايير تقديره.
- (٥) أحكام الفائض التأميني والعجز حال وجودهما.
- (٦) الاشتراك والانسحاب من وعاء التأمين التعاوني وضوابطهما الشرعية.
- (٧) الأحكام الشرعية لتصفية وعاء التأمين التعاوني.
- (٨) أحكام إعادة التأمين وضوابطه الشرعية.
- (٩) مبدأ المشاركة في الربح والخسارة.
- (١٠) مبدأ الحلول وما يتعلق به.
- (١١) مبدأ التحمل وما يتعلق به.

ثانياً: يُقدم مقترح المشروع الذي تتوصل إليه اللجنة إلى دورة المجمع القادمة، لصياغة مشروع قرار في ضوء ما ذكر في الفقرة ثانياً أعلاه.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

التطوير المرتقب لأسواق الصكوك

إعداد

الأستاذ عبد اللطيف عبد الرحيم جناحي
رئيس مجلس إدارة شركة الصفوة الدولية
للاستشارات الإستراتيجية والاقتصادية والتسويقية والإدارية
المنامة - مملكة البحرين

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين ، وبعد

المقدمة

فان المجامع الفقهية في عالمنا الإسلامي المعاصر تقوم بدور مؤثر في إصلاح المجتمع وترشيد سلوكه الاجتماعي والاقتصادي والسياسي ، بغية الوصول بالمسلمين خاصة وبالإنسانية عامة إلى الطريق القويم الذي رسمه الحق سبحانه للبشرية عامة ، فهو جلت قدرته الخالق ، وهو العالم بشئون خلقه ، قال تعالى : ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾^(١) .

و من منطلق إشاعة الإصلاح بين البشر عامة وامثالاً لتعاليم ديننا الحنيف دأب مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة التعاون الإسلامي وعلى مدى أكثر من ربع قرن على إثارة مواضيع عصرية ربما لم يتطرق إليها من سبق عصرنا من علمائنا الأفاضل ومن أهم المواضيع التي طرحت والتي ما زالت تتال قسطاً وافراً من اهتمامات مجمع الفقه الإسلامي الدولي موضوع الصكوك (السندات وهي التسمية التقليدية)

و يرجع سبب اهتمام مجمع الفقه الإسلامي الدولي بهذا الموضوع إلى أهمية الصكوك مالياً وتأثيرها على الاقتصاد المحلي والإقليمي والعالمي .

لقد أصبحت السندات التقليدية مستخدمة في عصرنا على نطاق واسع على الصعيد الحكومي وعلى صعيد القطاع الخاص .

فالحكومات تلجأ لإصدار الصكوك لسد ما تعانيه من عجوزات في ميزانياتها .

أما القطاع الخاص فهو يلجأ إلى إصدار السندات لإعادة هيكلة وضعه المالي عند وقوعه في مشاكل مالية أحياناً ولتمويل مشاريعه أحياناً أخرى .

فالسندات أداة لسد الثغرة بين الإيرادات والمصروفات لدى الحكومات وهي تحريك للسيولة أحياناً أو خلق توازن في ميزانيات مؤسسات القطاع الخاص .

لذا نجد تنامياً كبيراً في حجم السندات في عالمنا حيث بلغت تريليونات من الدولارات وهي ديون من غير غطاء كانت سبباً في إفلاس كبريات الدول في وقتنا الراهن .

(١) الملك : ١٤ .

ومن هنا جاءت أهمية طرح هذا الموضوع من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي وذلك بغية ترشيد هذه الأداة الاقتصادية الهامة حيث هي إن أحسن الناس استخدامها أصبحت خير عون لبناء اقتصاد سليم وإن أساءوا استخدامها صارت معول هدم للاقتصاد المحلي والعالمي بأسره .

لذا يجب النظر في مثل هذه المواضيع الحساسة نظرة الإبداع والتغيير لا نظرة الاستساخ والتقليد وهو مزلق نسال الله النجاة منه ، ذلك أن المنتجات الاقتصادية الغربية بعيدة عن روح الإسلام المراعي للسلامة الاقتصادية للبشرية عامة كما نجد أن هذه المنتجات لا تراعى في أساسها التوجيه الرباني فهي غارقة في الربا المحرم المنهي عنه على لسان رسل الله ولفظتها الفطرة الإنسانية السليمة فأرسطو مثلاً قاده فطرته السليمة في تفكيره الاقتصادي إلى القول: (أكره ما أكره الفائدة لأنه نقد تولد من نقد) .

و عليه فإن هذا البحث يصب في هذا الاتجاه الذي أرى أنه سيوفر علينا جهد تكيف وتبرير أعمال الغير فننطلق انطلاقاً إسلامية لا تشوبها شائبة إنشاء الله ، وهذا القول ليس نقداً لعملائنا السابق في هذا المجال فكل عمل لا بد من التدرج فيه ولأقرب الموضوع إلى الأذهان أضرب مثلاً بتأييدنا سابقاً للنوافذ الإسلامية في البنوك التقليدية في عالمنا الإسلامي فلقد أيدناها مرحلياً لنثبت للعالم أن الصيرفة الإسلامية ممكنة التطبيق وذات نفع اقتصادي أما الآن وقد ترسخت التجربة وأصبحت واقعاً يمارس في الشرق والغرب فنحن لا نجد مبرراً لفتح نوافذ معاملات إسلامية لمصارف تقليدية في بلاد الإسلام إذ لا ينبغي أن تكون مثل هذه الظاهرة وجود في بلد ينعم شعبه بالإسلام ، ونطالب في نفس الوقت بفتح نوافذ إسلامية بالضوابط الشرعية في غير بلاد الإسلام حيث الأقليات الإسلامية وحيث وجود فئات غير مسلمة تفضل المعاملات المالية الإسلامية .

السندات الحكومية

السند لغة معناه الاعتماد والركون والاتكاء ، ولكنه في لغة الاقتصاد هو وثيقة مالية لها قيمة وزمن محددين وتستحق فائدة دورية ولا تعبر في الغالب عن موجودات ، إذن هي وثيقة إقراض بفائدة وهذا ما يدخله في الربا المحرم .

و هو استثمار قصير أو متوسط أو طويل الأجل يصل استحقاقه إلى ثلاثين سنة أحياناً .
ومن مميزات السندات أنها قابلة للتسييل في السوق الثانوية وقابلة للاستدعاء من قبل الجهة المصدرة قبل استحقاقها.

و نظراً لإقبال المستثمرين على السندات بسبب انخفاض مخاطرها فقد ظهرت مؤسسات في السوق تشتري هذه السندات بكميات كبيرة ثم تجزئها إلى وحدات صغيرة وتعرضها على صغار المستثمرين مقابل هامش ربح تحققه من وراء ذلك .

وتتعدد أنواع السندات فهناك السندات الخاصة والسندات لحاملها وأذونات الخزنة .. وغيرها .

مميزات السندات:

من أهم ما تتميز به السندات :

(١) أوراق مالية مضمونة من قبل الدولة المصدرة لها ، وعليه فإن مخاطرها في الغالب محدودة.

(٢) وسيلة من وسائل تغطية العجز في ميزانيات الدول حيث تشكل للحكومة مصدراً للسيولة مصدرها السوق المحلية أو العالمية أو حكومات دول أخرى.

(٣) تعمل على إيجاد سوق ثانوية يتم تداول هذه السندات من خلالها.

(٤) أداة تحكم للنقد تستخدمها البنوك المركزية لتنظيم حركة النقد وتنشيط الاقتصاد.

والدولة تلجأ إلى إصدار السندات عندما تعاني ميزانيتها عجزاً مالياً ، والعجز المالي نوعان :

عجز دائم:

وهو زيادة دائمة في المصروفات عن الإيرادات ، ومصدر هذا العجز عدم وجود مكونات أساسية للدولة مثل اقتصاد حقيقي مناسب وثروة بشرية كافية ، أو وجود سوء توزيع لثروات البلاد وعدم ترشيد الإنفاق الحكومي ، والتسيب الإداري ، وظهور مشاكل سياسية محلية أو غير محلية يتم حلها على حساب الأوضاع المالية ، ومثل هذه الظواهر لا

تحل إلا بحل أصل المشكلة ووضع إستراتيجية يضمن بها التوازن بين الإيرادات والمصروفات.

عجز مؤقت:

و مثل هذا العجز يحدث لفترة مؤقتة كأن يزيد الإنفاق عن الموارد لأسباب وقتية طارئة كانخفاض الدخل من مورد من الموارد نتيجة تقلبات السوق أو زيادة الإنفاق لأسباب طارئة تلبية لمتطلبات التطوير أو لأسباب أمنية وقتية ... أو غيرها .

هذا ولقد درس مجمع الفقه الإسلامي الدولي هذا الموضوع بشكل موسع في ندوات وورش عمل متعددة قدم فيها خيرة من علماء الأمة في الشريعة والاقتصاد أبحاثاً متعددة مكنت المجمع من أن يخرج برأي شرعي في السندات واصدر قرارات في هذا الخصوص منها :

قرار رقم ٦١١١٦٠ المتخذ في دورته المنعقدة في الفترة ١٧- ٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤- ٢٠ مارس ١٩٩٠ هذا نصه :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧- ٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤- ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات والنتائج المقدمة في ندوة "الأسواق المالية" المنعقدة في الرباط ٢٠- ٢٤ ربيع الثاني ١٤١٠هـ الموافق ٢٠- ٢٤ تشرين أول (أكتوبر) ١٩٨٩م بالتعاون بين هذا المجمع والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، وباستضافة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالملكة المغربية،

وبعد الاطلاع على أن السند شهادة يلتزم المصدر بموجبها أن يدفع لحاملها القيمة الاسمية عند الاستحقاق، مع دفع فائدة متفق عليها منسوبة إلى القيمة الاسمية للسند، أو ترتيب نفع مشروط سواء أكان جوائز توزع بالقرعة أم مبلغاً مقطوعاً أم حسماً،

قرر ما يلي :

أولاً : إن السندات التي تمثل التزاماً بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط محرمة شرعاً من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة ترتبط بالدولة. ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوكاً استثمارية أو ادخارية أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحاً أو ريعاً أو عمولة أو عائداً.

ثانياً : تحرم أيضاً السندات ذات الكوبون الصفري باعتبارها قروضاً يجري بيعها بأقل من قيمتها الاسمية، ويستفيد أصحابها من الفروق باعتبارها حسماً لهذه السندات.

ثالثاً : كما تحرم أيضاً السندات ذات الجوائز باعتبارها قروضاً اشترط فيها نفع أو زيادة بالنسبة لمجموع المقرضين، أو لبعضهم لا على التعيين، فضلاً عن شبهة القمار.

رابعاً : من البدائل للسندات المحرمة - إصداراً أو شراءً أو تداولاً - السندات أو الصكوك القائمة على أساس المضاربة لمشروع أو نشاط استثماري معين، بحيث لا يكون لمالكها فائدة أو نفع مقطوع، وإنما تكون لهم نسبة من ربح هذا المشروع بقدر ما يملكون من هذه السندات أو الصكوك ولا ينالون هذا الربح إلا إذا تحقق فعلاً. ويمكن الاستفادة في هذا من الصيغة التي تم اعتمادها بالقرار رقم ٣٠(٤/٥) لهذا المجمع بشأن سندات المقارضة .

كما جاء في قرار المجمع رقم ٣٠(٤/٥) الصادر في ١١/٢/١٩٨٨ شرحاً مطولاً عن السندات هذا نصه.

قرار رقم: ٣٠ (٤/٣)

بشأن

سندات المقارضة وسندات الاستثمار

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ الموافق ٦ - ١١ شباط (فبراير) ١٩٨٨م،

بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة في موضوع سندات المقارضة وسندات الاستثمار، والتي كانت حصيلة الندوة التي أقامها المجمع بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية بتاريخ ٦ - ٩ محرم ١٤٠٨هـ الموافق ٢ - ٨ أيلول ١٩٨٧م تنفيذاً للقرار رقم (٣/١٠) المتخذ في الدورة الثالثة للمجمع وشارك فيها عدد من أعضاء المجمع وخبرائه وباحثي المعهد وغيره من المراكز العلمية والاقتصادية، وذلك للأهمية البالغة لهذا الموضوع وضرورة استكمال جميع جوانبه، للدور الفعال لهذه الصيغة في زيادة القدرات على تنمية الموارد العامة عن طريق اجتماع المال والعمل،

وبعد استعراض التوصيات العشر التي انتهت إليها الندوة ومناقشتها في ضوء الأبحاث المقدمة في الندوة وغيرها،

قرر ما يلي :

أولاً: من حيث الصيغة المقبولة شرعاً لصكوك المقارضة :

١ - سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه .

ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية صكوك المقارضة.

٢ - الصورة المقبولة شرعاً لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوافر فيها العناصر التالية :

العنصر الأول:

أن يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله، وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته.
وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها، مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربة.

العنصر الثاني:

يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددتها نشرة الإصدار وأن الإيجاب يعبر عن الاكتتاب في هذه الصكوك، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة.

ولابد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية.

العنصر الثالث:

أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:

أ - إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف.

ب - إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون.

ج - إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة.

وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصولياً في سجلات الجهة المصدرة.

العنصر الرابع :

أن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب ، أي عامل المضاربة ، ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك، فهو رب مال بما أسهم به، بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار، وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس.

وأن يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية.

٣- مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول: يجوز تداول صكوك المقارضة في أسواق الأوراق المالية، إن وجدت، بالضوابط الشرعية، وذلك وفقاً لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدين . كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين، ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة، وفقاً لظروف السوق والمركز المالي للمشروع. كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص، على النحو المشار إليه.

٤ - لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل.

٥ - لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقاً أو مضافاً للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعداً بالبيع وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء ويرضى الطرفين.

٦ - لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلاً.

ويترتب على ذلك:

أ - عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها.

ب - أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد على رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح، إما بالتضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد على رأس المال عند التضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقاً لشروط العقد.

ج - أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلناً وتحت تصرف حملة الصكوك.

٧ - يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيراداً أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته، وما يوزع على طرفي العقد قبل التضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.

٨ - ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.

٩ - ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.

ثانياً: استعرض مجلس المجمع أربع صيغ أخرى اشتملت عليها توصيات الندوة التي أقامها المجمع، وهي مقترحة للاستفادة منها في إطار تعمير الوقف واستثماره دون الإخلال بالشروط التي يحافظ فيها على تأييد الوقف وهي:

أ - إقامة شركة بين جهة الوقف بقيمة أعيانه وبين أرباب المال بما يوظفونه لتعمير الوقف.

ب - تقديم أعيان الوقف - كأصل ثابت - إلى من يعمل فيها بتعميرها من ماله بنسبة من الربح.

ج - تعمير الوقف بعقد الاستصناع مع المصارف الإسلامية، لقاء بدل من الربح.

د - إيجار الوقف بأجرة عينية هي البناء عليه وحده، أو مع أجرة يسيرة.

وقد اتفق رأي مجلس المجمع مع توصية الندوة بشأن هذه الصيغ من حيث حاجتها إلى مزيد من البحث والنظر، وعهد إلى الأمانة العامة الاستكتاب فيها، مع البحث عن صيغ شرعية أخرى للاستثمار، وعقد ندوة لهذه الصيغ لعرض نتائجها على المجمع في دورته القادمة.

انتهى القرار

ومن قراءتنا لقرارات المجمع نجد توجهه بحزم وجزم مبررين إلى تحريم السندات المتداولة في الأسواق العالمية مما يعزز وجهة نظرنا كما سبق أننا بحاجة ماسة إلى الابتعاد عن الاستتساخ والتقليد والتوجه إلى الإبداع والابتكار والتجديد مع منهجية واضحة شفافة نابعة من عمق صلاح هذا الدين للبشرية دون ضرر ولا ضرار.

هذا القرار هو أحد أهم قرارات المجمع وهو عبارة عن خارطة طريق مفصلة لمن أراد أن يعلم أو يتعلم أو يتعامل أو يصدر أو يشرف أو يدقق على عملية إصدار الصكوك أو استخدامها أو الاستفادة منها بأي شكل من الأشكال .

ومن بين ما تميز به القرار ما يلي :

- (١) استعراضه الشامل لأنواع السندات التقليدية وتبيان الحرام ومكانه فيها .
- (٢) استعراض لأهم أنواع الصكوك المجازة شرعاً .
- (٣) اشتراط الالتزام بالشفافية في إعلام حملة الصكوك والمتداولين لها في السوق بإصدار بيان مالي مفصل (بشكل دوري منتظم على سبيل المثال كل ثلاثة أشهر على غرار ما هو معمول به في أسواق المال) يفصح عن نسبة النقود إلى المنافع والأعيان بجانب البيانات المالية المعتادة
- (٤) ألقى المسؤولية على إدارة أسواق الأوراق المالية بدراسة البيانات المالية وإيقاف التداول إذا وقعت مخالفة شرعية ومن المخالفات اختلال نسب الأصول فمثلاً أن يكون النقد والديون هما الغالبان في الأصول.
- (٥) ألقى المسؤولية على المحاسب القانوني للإيضاح عن طبيعة الأصول وحركة الأموال ومدى التزام إدارة الصكوك بروح هذا القرار .
- (٦) يتضح من القرار تحمل المستثمر في الصكوك مسؤولية قراره ربحاً كان أم خسارة مادامت الإدارة ملتزمة بالشروط والقوانين والأنظمة الحاكمة للعملية وهنا تنتفي الحاجة لوجود ضامن لرأس المال والأرباح وهذا ما هو قائم في كثير من الأسواق خاصة إذا لم يكن الصك قرضاً إنما استثمار في أصول سيادية أو غير سيادية.

(٧) أن توزيع ناتج استخدام المال خسارة كان أم ربحاً بشكل عادل بين أصحاب العلاقة وحسبما اتفق عليه بحيث لا تقع الخسارة على طرف ويغنم طرف آخر مما يؤدي إلى تعميق الفوارق الطبقية ، هذه العلاقة العادلة بين أطراف الاستثمار مبدأ إسلامي قال تعالى : ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةٌ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾^(١) .

(٨) جاء في التفسير الواضح الميسر للشيخ محمد على الصابوني عند شرح هذه الآية (ومعنى - الدولة - التداول أي لكي لا يبقى المال في أيدي الأغنياء يتداولونه بينهم).

(٩) وفي هذا التوجيه الرباني منع للاحتكار وعدل في توزيع الثروة .

متى تلجأ الحكومة إلى إصدار السندات ؟

للحديث عن هذا الموضوع لا بد لنا أن نبين دور الحكومة في الاقتصاد.

يرى آدم سميث المنظر الاقتصادي الرأسمالي أن الحكومة يقتصر دورها على ما يلي:

(١) الدفاع عن الوطن .

(٢) الاهتمام بالأمن الداخلي .

(٣) تنظيم السوق بشكل يحقق سلامة الاقتصاد الوطني ويحفظ حقوق المتعاملين .

و للحكومة أن تنشئ من الدوائر وتمتلك من الأجهزة وتسن من القوانين ما يحقق قيامها بدورها على أكمل وجه ، أما ماعدا ذلك فيترك للقطاع الخاص.

وجاءت النظرية الاشتراكية فوسعت دور الحكومة بحيث حلت محل القطاع الخاص وتملكت جميع وسائل الإنتاج وقامت بجميع الأنشطة الاستثمارية والأنشطة الحيوية الأخرى التي يتطلبها المجتمع .

لقد أخذت النظريتين فرصتهما بشكل كاف وكانت النتيجة المتحققة ضياع الاقتصاد العالمي كما نشاهد وإفلاس النظريتين فكراً وتطبيقاً ووصل الاقتصاد العالمي إلى هاوية نسال الله النجاة منها والسبب عدم مراعاة أو الاطلاع على الضوابط الشرعية التي ينادى بها المفكرون المسلمون . لقد جعلوا الربا مرتكز الاقتصاد لديهم فصدق قول الله فيهم : ﴿ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ ﴾^(٢) .

أما دور الحكومة ، كما نأخذه من تراثنا الديني الإسلامي ، فيمكن تحديده كما يلي :

(١) المسؤولية الاقتصادية المناطة بالحكومة .

(٢) دور الحكومة في الاقتصاد .

(١) الحشر : ٧ .

(٢) البقرة : ٢٧٦ .

(١) المسؤولية الاقتصادية المناطة بالحكومة:

الحكومة مسؤولة مسؤولية تامة عن الاقتصاد برمته ويقع عليها مسؤولية توجيه الاقتصاد بما يحقق مصلحة الوطن والمواطن بصفة خاصة مع مراعاة مصلحة المجتمع البشري بصفة عامة ، إذ المجتمع البشري مترابط المصالح وأي فساد اقتصادي يقع في منطقة لا يقتصر شره على تلك المنطقة بل يتعداها إلى الجوار وإلى أبعد من ذلك ، وشاهدنا ما وقع لبعض الحكومات من مشاكل الديون السيادية التي لم تقف عند حدود الدولة بل عمت الآثار معظم دول العالم وباتت البشرية تتوقع إفلاساً عالمياً .

إن مراعاة المصالح الإنسانية تتبع من الشعور الذي فرضه الواقع بأن الدولة - أي دولة - لا تعيش وحدها في هذا العالم وعليها أن تصون اقتصادها واقتصاد الدول الأخرى التي تتعايش معها ، فكما أنه لا خير في حاكم شعبه جياع فلا خير أيضاً في دولة تبنى إستراتيجيتها الاقتصادية دون مراعاة مصالح الدول الأخرى ، وهنا تتجلى الحكمة في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾^(١) .

ومن التقوى مراعاة مقاصد الله في خلق الإنسان والتي منها تحقيق المصالح المشتركة مع الغير ، إذ التعارف يقتضي تأسيس علاقات متوازنة مع الغير بحيث لا تطفئ مصلحة طرف على آخر.

إن مسؤولية الحكومة من الناحية الاقتصادية مسؤولية جسيمة وشاملة فهي مسؤولة عن الأمن السياسي والأمن الاجتماعي والأمن الاقتصادي والأمن الصحي والأمن الغذائي ، وكل ما يحقق الأمن وبصفة عامة للمواطن والوطن وللمجتمع الإنساني .

ولكن الأمر يقتضي توزيع الأدوار بين المجتمع والحكومة ، فالحكومة كما قلنا مسؤوليتها شاملة ولكن يجب الفصل بين مسؤولية الحكومة ودورها .

(٢) دور الحكومة في الاقتصاد :

إن دور الحكومة المباشر يقتصر على الأمن والدفاع إذ لا يمكن إناطة هذا الدور لغيرها ولا يمكن خصصته ، أما تحقيق باقي مسؤولياتها مثل خدمات التعليم والصحة والكهرباء والماء والطرق والجسور والمواصلات والاتصالات... وغيرها فيمكن أن يناط للقطاع الخاص .

و هنا يكون دور الحكومة مقصوراً على وضع النظم والقوانين الضابطة والحاكمة للنشاط الاقتصادي بحيث لا يتحقق أي غبن أو ضرر على أي طرف عند ممارسة القطاع الخاص نشاطه في هذه المجالات .

(١) الحجرات : ١٢ .

و عليها أيضاً تحفيز المستثمرين للاستثمار في هذه القطاعات و سن القوانين اللازمة ووضع الضوابط التي تحافظ على سلامة سيادة الدولة وحفظ مصالح مواطنيها من أن يبغى بعضهم على بعض.

فإذا عزف القطاع الخاص عن الاستثمار في نشاط محدد يحتاجه المجتمع عندها تتدخل الدولة بالاستثمار المباشر فيما يحتاج إليه المجتمع من خدمات شريطة أن تتخارج الدولة منه عندما تحين أول فرصة أما بالتخصيص أو التصكيك أو بأي وسيلة أخرى متاحة في حينه .

ونائج اتباع هذه النظرية تخفيف العبء على ميزانية الدولة وتفرغها للعمل على صيانة امن الوطن والدفاع عنه وجودة في الخدمات وتوظيف لأموال المواطنين فيما يعود بالنفع المباشر على المجتمع.

واقع الصكوك

عندما انتشر إصدار السندات الحكومية التقليدية بدأ بعض المخلصين والمهتمين بالشأن الاقتصادي الإسلامي في التفكير في إيجاد نماذج يمكن عن طريقها إصدار صكوك إسلامية وكان لمجمعنا هذا الدور الهام في بلورة فكرة الصكوك وبجهود الفقهاء والمفكرين الاقتصاديين الإسلاميين والفنيين في البنوك الإسلامية والمركزية بدأت فكرة الصكوك تتبلور ولقد وفقني الله ل طرح نماذج من الصكوك مثل صكوك التأجير والسلم والنفط والطاقة منذ سنة ١٩٨١م ، وأحمد الله إذ رأى بعضها النور خاصة في مملكة البحرين .

لقد لاحظنا جدية البعض في طرح صكوك إسلامية لا تشوبها شائبة شرعية وهذا لا يعني عدم وجود قلة من الصكوك المصدرة ما زالت بحاجة إلى تنقية شرعية أكثر ، فهناك صكوك صدرت من حكومات ضمنيتها جهات ليست بعيدة عن المصدر من حيث الذمة المالية وهذا الاتجاه إن استمر سيوقعنا في محاذير شرعية مثلما حصل في مرابحات السلع الدولية . لذا يجدر التفكير في صيغ من الصكوك تضمن نفسها بنفسها . فمثلاً عند تصكيك أصل سيادي يجب أن يكون هناك مشترٍ للأصل عند التخارج وهذا ممكن عند تصكيك المدارس والمستشفيات والكهرباء والمواصلات والاتصالات وغيرها من الأصول السيادية ، و ممكن أيضاً إيجاد بدائل أخرى مثل صكوك الاقتصاد الحقيقي كالنفط والثروات الأخرى .

وما أود أن أصل إليه هو أن لا ن فكر في الاستساخ والتقليد بل نتجه إلى الإبداع والتجديد حتى نشهد أفكار شبابنا ولا نقع في شرك جديد مماثل للتورق التي جمدت

أفكار كثير من شبابنا فاتجهوا إلى السهل وتوقفوا عن الإبداع الذي كان مستمراً على مدى سنين عديدة ولم يكن هذا مقصد فقهاءنا.

إن هدفنا الحرص على أهم خصوصية تمتاز بها البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية وهو الالتزام الشرعي الذي أوصلنا إلى ما وصلت إليه بنوكنا الإسلامية من نجاح.

متى يلجأ القطاع الخاص لإصدار الصكوك ؟

تتعدد أنشطة القطاع الخاص في جميع مجالات الاستثمار. والقطاع الخاص طموح بطبعه خاصة في البحث عن الربح وتنويع المنتجات لذا فهو يضاعف رأسماله بالاقتراض أكثر من مرة ويستفيد مما لديه من أصول فيسيئها ، وهناك عدة طرق تسلك لتحقيق ذلك منها : الاقتراض من البنوك أو تصكيك المشاريع التي تحت الإنشاء ، أو مشاريع قائمة ويتم تخارج أصحاب الصكوك من هذه المشاريع إما ببيعها على طرف ثالث ، أو بعرضها في بورصة تتشا لهذه الأغراض . فالبورصة ليست فقط للأسهم بل ممكن أن تكون بورصات للعقارات وأنشطة استثمارية أخرى .

أهدافنا المنشودة

- لتطبيق الاقتصاد الإسلامي على المستوى الشعبي وعلى مستوى الدولة ، يجب :
- (١) أن يقتصر دور الدولة على الخدمات الدفاعية والأمنية والسلامة الوطنية وسن القوانين ومراقبة السوق وهذا سيرفع عبئاً مالياً كبيراً عن الدول خاصة الدول النامية فتتخلص من ذل الدين .
 - (٢) إمكانية تصكيك بعض الأصول السيادية بشكل تدريجي مثل المباني والمعدات في مجال الكهرباء والتعليم والصحة والاتصالات والمواصلات ... وغيرها.
 - (٣) تشجيع الدولة لأصحاب رؤوس الأموال للاستثمار في المشاريع الخدمية والبنية التحتية وتقديم الحوافز اللازمة المشجعة على إقبال المستثمرين على مثل هذه المشاريع.
 - (٤) سن القوانين اللازمة لضمان جودة المنشآت والمعدات والخدمات التي يقدمها القطاع الخاص في مثل هذه الحالات ، وتفعيل رقابة فعالة لضمان تقديم خدمات عالمية الجودة عالمية المعايير .
 - (٥) الاهتمام بالدالة الإحصائية المعينة على وضع دراسات واستراتيجيات مؤسسة على معلومات واسعة ومؤكدة تعين الدولة والمستثمرين على اتخاذ القرارات الاستثمارية السليمة .

- (٦) منع إصدار صكوك الدين ، تفادياً لتكرار ما وقع من كوارث اقتصادية والتي وقعت قريباً ، وعدم إصدار صكوك سواء على مستوى الدولة أو القطاع الخاص من غير أن تكون معبرة عن أصول حقيقية أو موجودات فعلية بقيمتها العادلة ، وهذه وسيلة فعالة لعدم التماذي في الاقتراض كما حصل في الأعوام ٢٠٠٦ - ٢٠٠٨ مما أدى إلى إفلاس عدد كبير من البنوك العالمية الكبيرة وإفلاس دول كبيرة أيضاً .
- (٧) سن القوانين التي تنص على عقوبات صارمة تطبق في حق كل من يخالف القوانين المتعلقة بالموضوع سواء على صعيد الدولة أو على صعيد الأفراد .

خطوات نحو التطوير

نظراً لأهمية حاجة القطاعين العام والخاص لإصدار الصكوك ولما كانت مؤشرات المستقبل تظهر لنا ضرورة زيادة الحاجة والطلب على الصكوك لذا فإن الموضوع يستحق اهتمام مجمع الفقه الإسلامي الدولي الحريص على نشر الوعي الاقتصادي الإسلامي وتنقية الأوعية والأنشطة الاستثمارية من كل ما يضر حاضر ومستقبل الأمة والاقتصاد العالمي ولما كان المجمع قد أظهر اهتماماً خاصاً بهذا الموضوع مما شجع إصدار الصكوك في عالمنا الإسلامي خاصة وعلى مستوى القطاع الخاص والعام لذا نقترح ما يلي :

أولاً: تشكيل لجنة من فنيين اقتصاديين مهتمين بموضوع الصكوك ومن علماء وفقهاء ومفكرين مشهود لهم بنشاطهم الفكري والعملية التطبيقي في هذا المجال وتكون مهمة اللجنة ما يلي:

- متابعة الجديد في سوق الصكوك .
- الدفع لخلق سوق ثانوية للصكوك مما سيعين الفعاليات الاقتصادية بصفة عامة في توظيف فائض السيولة لديهم خاصة في مثل هذه الفترة الاقتصادية العالمية الحرجة كما انه سيساعد على إعادة توطين المال الإسلامي المتراكم الآن في الخارج والمتعرض للمخاطر.
- تشجيع الدول التي لم تجز بعد إصدار الصكوك حتى تجيز ذلك وتسن القوانين اللازمة .
- الاتصال بالجامعات لتشجيع الطلبة على تقديم دراسات في هذا الموضوع لنيل الدرجات العلمية .
- الاتصال بأسواق الأوراق المالية لإصدار القوانين والأنظمة اللازمة التي تخص الصكوك .

ثانياً : وضع خطة عمل لتحقيق الأهداف المطلوبة على مدى الخمس سنوات القادمة .

ثالثاً : وضع ميزانية لتغطية متطلبات اللجنة من سفرات عمل ومكافآت وتكليف الجامعات والباحثين لاستكمال ما هو مطلوب في مجال الأبحاث ومجال التطبيق على أن يساهم في هذه الميزانية :

- المؤسسات المالية الدولية ممن يهتم الموضوع مثل البنك الإسلامي للتنمية .
- المؤسسات الداعمة للقطاع الخاص والمؤسسات ذات العلاقة مثل البنوك .
- المؤسسات المالية الإسلامية وغير الإسلامية وشركات التدقيق ... وغيرها .

والحمد لله رب العالمين

الفهرس

الصفحة	البيان
١	● المقدمة
٣	● السندات الحكومية
٣	○ مميزات السندات
٣	○ العجر الدائم
٤	○ العجز المؤقت
١٠	● متى تلجأ الحكومة إلى إصدار السندات
١١	○ المسؤولية الاقتصادية المناطة بالحكومة
١٢	○ دور الحكومة في الاقتصاد
١٢	● واقع الصكوك
١٣	● متى يلجأ القطاع الخاص لإصدار الصكوك
١٣	● أهدافنا المنشودة
١٤	● خطوات نحو التطوير
١٦	● الفهرس

مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الدورة العشرين الجزائر 13-18 سبتمبر 2012

الصكوك

حكم ضمان الطرف الثالث، وضمان القيمة الاسمية والعائد، والضمان بعوض،

والتعهد بشراء الصكوك مع تغير العين

إعداد

د. عبد الباري مشعل

مدير عام شركة رقابة للاستشارات،

المملكة المتحدة

الصكوك

حكم ضمان الطرف الثالث، وضمان القيمة الاسمية والعائد، والضمان بعوض، والتعهد بشراء

الصكوك مع تغير العين

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والتابعين وتابعيهم بإحسان ليوم الدين. أما بعد؛

فيأتي هذا البحث استجابة لاستكتاب فضيلة أمين مجمع الفقه الإسلامي الدولي الأستاذ الدكتور أحمد خالد بابكر ضمن أعمال الدورة العشرين للمجمع التي ستقام في الجمهورية الجزائرية في الفترة 13-18 سبتمبر 2012. وقد حدد طلب الاستكتاب مسائل بعينها، وهي المدرجة في عنوان هذا البحث (حكم ضمان الطرف الثالث، وضمان القيمة الاسمية والعائد، والضمان بعوض، والتعهد بشراء الصكوك مع تغير العين)، وسيتم الاقتصار عليها. ويأتي تناول هذه المسائل بالبحث استكمالاً لندوة الصكوك التي عقدها المجمع بتاريخ 24-25 مايو 2010 بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي بجدة. وقد صدرت عن هذه الندوة توصيات بشأن بعض المسائل المطروحة وليس كلها. وتلك التوصيات لم تأخذ صفة القرارات الصادرة عن المجمع، وإنما قصد بها التمهيد لإصدار قرارات في دورة المجمع التالية بعد مزيد من البحث والتأصيل.

وحتى يحقق البحث في هذا الموضوع النتائج المرجوة في إصدار قرار عن مجلس المجمع بشأنها؛ فإنه من المهم التنويه بأن البحث سيبنى على ما انتهى إليه مجلس المجمع من قرارات سابقة في الصكوك، وغيرها وخاصة في مسألة الوفاء بالوعد، وسوف يستأنس بتوصيات ندوة المجمع المذكورة، ثم المعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة في مملكة البحرين، ثم توصيات ندوة البركة، بصفتها تمثل نوعاً من الاجتهاد الجماعي المعاصر.

وتحقيقاً لأغراض البحث، فقد استهل البحث ببيان المصطلحات المستخدمة، ثم أفرد مبحثاً لكل مسألة على النحو الآتي:

المبحث الأول: المقصود بالضمان

المبحث الثاني: ضمان الطرف الثالث

المبحث الثالث: الضمان بعوض

المبحث الرابع: ضمان القيمة الاسمية والعائد

المبحث الرابع: التعهد بشراء الصكوك مع تغيير العين

1. المقصود بالضمان:

1.1. يقصد بالضمان هنا "التزام المستفيد من الإصدار -أو من يمثله- لحملة الصكوك بالقيمة الاسمية للصكوك، وعائد محدد عليها، أو بأحدهما، بصرف النظر عن نتائج العملية الاستثمارية في الواقع". وهذا مستفاد من الاستقراء للمناقشات ذات الصلة.

1.2. والمستفيد من الإصدار هو المصدر أو وكيله (وكيل الإصدار)، وهو "من يستثمر حصيلة الاكتتاب بطريقة شرعية"¹، الذي يكون مشترياً في صكوك المرابحة، ومسلماً إليه في صكوك السلم، وصانعاً في صكوك الاستصناع، ومضارباً في صكوك المضاربة وشريكاً في صكوك المشاركة، ووكيلاً في صكوك الوكالة، ومستأجراً في صكوك الإجارة. ويستخدم هذا البحث البحث المصدر بهذا المعنى المحدد هنا. "وقد ينبو عن المصدر (وكيل الإصدار) في تنظيم عملية الإصدار مؤسسة مالية وسيطة مقابل أجر أو عمولة تحددها نشرة الإصدار".

1.3. والضمان في اللغة، يعني الالتزام، تقول: ضمنت المال، إذا لزمته. ويتعدى بالتضعيف، تقول: ضمنت المال، إذا ألزمته إياه. ويأتي بمعنى الكفالة، تقول: ضمن الشيء ضماناً، فهو ضامن وضمين، إذا كفله. ويأتي بمعنى التغيريم، تقول: ضمنت الشيء تضميناً إذا غرمته فالتزمه².

1.4. والضمان في اصطلاح الفقهاء³: "شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر".

1.4.1. وشغل الذمة يستوى فيه الإلزام من الشرع للاعتداء جزاء المخالفة، والالتزام الشخصي بالعقد ونحوه.

¹ والطرف الثاني في الصكوك هم حملة الصكوك المكتتبون، ووكيلهم (مدير الإصدار). المعيار الشرعي (17) صكوك الاستثمار، ملحق ج التعريفات.

² المصاح المنير، والقاموس المحيط، مادة (ضمن).

³ فيض الله، ص 14.

1.4.2. والحق يشمل حق الشارع، كما في جزاء الصيد ونحوه. ويشمل حق الإنسان في مثل الدين والكفالة بالمال.

1.4.3. والتعويض عن الضرر، يشمل:

1.4.3.1. الأضرار الواقعة على النفس الإنسانية المقدر منها، كالديات، وغير المقدر منها كالأروش، مما يدخل في نطاق المسؤولية الجنائية.

1.4.3.2. الأضرار المالية، ضمن العقود، عينية وغيرها، مما يدخل في نطاق المسؤولية العقدية.

1.4.3.3. الأضرار المالية في غير دائرة العقود، عينية كانت كالغصب، ووضع اليد، أم غير عينية كالإتلافات، مما يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية.

1.5. ويمكن حصر أسباب الضمان - كما مر - في ثلاثة: إلزام الشارع، والالتزام بالعقد، والإضرار⁴:

1.5.1. وإلزام الشارع ما يوجب من الغرامات المالية، حيال المخالفات الشرعية البحتة، وهي التي لا تنال العبد في شيء من حقه؛ ومن ذلك أجزية صيد الحرم... والكفارات...

1.5.2. والالتزام بالعقد، شغل الذمة بسبب اتفاق الطرفين المتعاقدين، لا بسبب إلزام الشارع.

1.5.3. الإضرار بالنفس مما يدخل تحت المسؤولية الجنائية، والإضرار بالأموال مما يدخل تحت المسؤولية التقصيرية.

1.6. والالتزام بالعقد فيه تقسيم هام للعقود من حيث الضمان، وهي بهذا الاعتبار أنواع⁵:

⁴ فيض الله، ص 21، 25، 71.

⁵ فيض الله، ص 25-26. الزرقا، الفصل 47. والنص المنقول من فيض الله.

1.6.1. "فهناك عقد شرع لإفادة الضمان بذاته، وهو الكفالة - كما يسميها الحنفيون - وهي أيضاً الضمان - كما يسميها الجمهور -.

1.6.2. وهناك عقود لم تشرع لإفادة الضمان، بل للملك والريح، ونحوهما، لكن الضمان ينزرتب عليها، باعتباره أثراً لازماً لأحكامها، وتسمى عقود ضمان. ويكون المال المضمون فيها مضموناً على القابض، بأي سبب تلف؛ كعقد البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة، والقرض، وكعقد النكاح، والمخالعة.

1.6.3. وهناك عقود يتجلى فيها طابع الحفظ والأمانة والريح في بعض الأحيان، وتسمى عقود أمانة، ويكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض، لا يضمنه إلا إذا تلف بسبب تقصيره في حفظه. كعقد الإيداع، والعارية، والشركة بأنواعها، والوكالة، والوصاية.

1.6.4. وهناك عقود ذات وجهين، تنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه، وتسمى لهذا (عقود مزدوجة الأثر)، كعقد الإجارة والرهن والصلح عن ال بمنفعة. فالعين المأجورة تعتبر أمانة في يد المستأجر، لكن يجب عليه العوض، وهو: الأجرة، سواء أסתوفى منفعة العين أم عطلها".

1.7. وضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة⁶: هو أن فكرة الضمان في العقد تدور مع معنى المعاوضة فيه ولو نهاية ومآلاً. وحينئذ يكون العقد عقد ضمان في الناحية التي تتعلق بها المعاوضة. ويكون القابض ضامناً في هذه الناحية. أما فيما سوى ذلك فيعتبر العقد عقد أمانة؛ وتنفيذه بالتسليم والتسلم يجعل القابض أميناً على المال المقبوض.

1.8. وعليه؛ فإن الصكوك المهيكلة على أساس تلك العقود تأخذ أحكامها من حيث الضمان والأمانة.

⁶ الزرقا، فقرة 12/47

1.8.1. فالضمان يكون واجباً على المصدر في بعض الحالات التي ترتب ديوناً أو التزاماً بالتعويض في ذمة المصدر. ومن ذلك ديون المرابحة والسلم والاستصناع، وعائدات الإجارة، وما يجب بسبب التعدي والتقصير ومخالفة الشروط.

1.8.2. وفي حالات أخرى يكون الضمان غير جائز شرعاً على المصدر إذا كان مضارباً أو شريكاً أو وكيلًا بالاستثمار، أو مستأجراً فيما يتعلق بالعين. وحينئذٍ يتوسل لهذا الضمان -عندما يمنع شرعاً على نحو مباشر- بوسائل غير مباشرة، هي في الجملة -وفقاً لاستقراء الباحث- لا تخرج عن وسيلتين هما:

1.8.2.1. الوعد الملزم بالتبرع من الطرف الثالث.

1.8.2.2. الوعد الملزم بشراء الأصول محل الصكوك بقيمتها الاسمية.

1.9. والوعد الملزم في معنى التعهد. والالتزام وهو الضمان: هو شغل الذمة كما مر فهو مترتب على التعهد. ووجوده في الصكوك جائز في حالات وغير جائز في حالات أخرى طبقاً لما سيتناوله هذا البحث. جاء في توصية ندوة البركة رقم 5/31 بشأن تعهدات مدير عمليات الاستثمار (البند 1) في هذا الشأن ما يأتي: التعهد في الاصطلاح وعد ملزم قد يستوجب في حال الإخلال به التعويض عن الضرر الفعلي إن وجد، وحكمه شرعاً أنه يجب الوفاء به، وإذا تم تعليقه على شرط فيجب بحصوله. أما الضمان فهو الالتزام بالتعويض وذلك بشغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال وعمل، وهو ممنوع في المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار بين طرفيها، إلا إذا قيد بالتعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط.

1.10. جاء في معجم المصطلحات الاقتصادية لدى الفقهاء⁷ ما يأتي: "العهد في اللغة حفظ الشيء ومراعاته حالاً بعد حال، هذا أصله، ثم استعمل في الموثق الذي تلزم مراعاته. والفرق بين الوعد والعهد، فقد قال فيه أبو هلال العسكري: إن العهد ما كان من الوعد مقروناً بشرط، نحو قولك: إن فعلت كذا فعلت كذا. وما دمت على ذلك فأنا

⁷ حماد، مادة (عهد).

عليه. والعهد يقتضي الوفاء، والوعد يقتضي الإنجاز، يقال نقض العهد، وأخلف الوعد. وقال أبو هلال: والفرق بين العقد والعهد، أن العقد أبلغ من العهد. تقول: عهدت إلى فلان بكذا؛ أي ألزمته إياه. وعقدت عليه وعاقدته: إذا ألزمته باستيثاق. وتقول: عاهد العبد ربه، ولا تقول: عاهد العبد ربه. إذا لا يجوز أن يقال: استوثق من ربه.

1.11. وتعليقاً على تلك المعاني يقول أحد الباحثين⁸: الوعد ليس فيه التزام الواعد بانجاز ما وعد به بخلاف التعهد، ذلك لأن التعهد فيه معنى (الالتزام) فهو الوعد الملزم المستوجب للتعويض في حال الإخلال به.

1.12. وينطلق البحث من قرار مجمع الفقه الإسلامي بأن "الوعد ملزم للواعد ديانة إلا لعذر، ويكون ملزماً قضاءً إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد"⁹. وذلك ما لم يؤدّ العمل بالوعد إلى محذور شرعاً كضمان ما لا يجوز شرعاً أو عقداً. والباحث ليس بصدد مناقشة أصل مسألة الوعد الملزم من حيث الجواز والمنع. ولا يخفى أنه على القول بعدم لزوم الوفاء بالوعد قضاءً تسد الأبواب أمام العديد من الوسائل غير المباشرة للضمان.

⁸ أبو غدة (البركة 31)، ص 140.

⁹ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 40 و 41 / 5/2 و 5/3 بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء.

2. ضمان الطرف الثالث:

2.1. الطرف الثالث: شخص منفصل في شخصيته ودمته المالية عن طرفي العقد، وليس وكيلًا أو سمسارًا لأحد الطرفين أو مكفولاً من أحدهما. وقد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً.

ويعد الشخص الاعتباري (شركة ذات مسؤولية محدودة) طرفاً ثالثاً منفصلاً في دمه المالية في الأحوال الآتية:

2.1.1. ألا يكون من حملة الصكوك لأنه لا يجوز أن يضمن الشريك لشريكه¹⁰.

2.1.2. ألا يكون مملوكاً من أحد طرفي العقد المصدر أو حملة الصكوك.

2.1.3. ألا يكون أحد الطرفين شريكاً في الشخص الاعتباري بنسبة غالبية (أكثر من النصف) استثناساً باعتماد الغلبة في قرارات مجمع الفقه الإسلامي¹¹. أو بنسبة الثلث فأكثر استثناساً باعتماد الكثرة في المعايير الشرعية¹². وفي مسألة تداول الموجودات المختلطة من الأعيان والمنافع والنقود والديون.

2.1.4. ألا يكون مكفولاً فيما يضمنه من حملة الصكوك كلهم أو بعضهم، أو من المصدر. لأن الكفالة تقتضي شغل ذمة حملة الصكوك أو المصدر بما ضمنه الطرف الثالث.

2.2. **وَضْمَانُ الطَّرْفِ الثَّلَاثِ** يختلف في الصكوك المبنية على عقود الضمان -كالمرابحة والسلم والاستصناع- عن الصكوك المبنية على عقود الأمانة -كالمضاربة والمشاركة والوكالة- أو الصكوك المبنية على عقود الأمانة والضمان كالإجارة. كما سيتم بيانه فيما يتلو من فقرات.

¹⁰ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (15/2/136)، بشأن المشاركة المتناقضة وضوابطها الشرعية.

¹¹ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (4/5/30)، بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار.

¹² المعيار الشرعي رقم (21) بشأن الأوراق المالية (السهم والسندات)، المستندات الشرعية.

2.3. **صكوك المرابحة والسلم والاستصناع:** المصدر في صكوك المرابحة مشتر بالآجل، ويضمن القيمة الاسمية للصكوك والعائد بموجب ذلك. والمصدر في الاستصناع صانع يضمن القيمة الاسمية للصكوك ويلتزم بردها لحملة الصكوك في حال تعذر تسليم المصنوع. والمصدر في السلم كالصانع في الاستصناع.

2.4. **وتمان الطرف الثالث** في الأنواع الثلاثة سألقة الذكر، لا يعدو كونه كفالة بما ثبت في ذمة المصدر لصالح حملة الصكوك. وتطبق على الطرف الثالث في هذه الأحوال أحكام كفالة الدين. وهي عقد تبرع، وقد تؤول إلى قرض في حال تم تنفيذ الكفالة ودفع الكفيل الدين. وللكفيل أن يعود على المدين بما دفع. فإن لم يعد كان ما دفعه هبة للمدين.

2.5. **ولا يجوز أخذ الأجر على الكفالة،** لأن "الكفالة عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان. وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً"¹³. وأكدت ذلك المعايير بما يأتي: "لأنها من المعروف، ولإجماع الفقهاء على ذلك، ولأنها استعداد للإقراض (بالدفع والرجوع على المكفول) فلم يجوز أخذ المقابل عن ذلك لأن الإقراض نفسه لا يجوز أخذ عوض عنه وهو ربا"¹⁴.

2.6. **صكوك الإجارة:** إن المصدر المستأجر يضمن العائد الدوري للصك بصفته مستأجراً، ما دام عقد الإجارة قائماً، ولا يضمن القيمة الاسمية للأعيان المؤجرة. غير أن هناك صوراً من الإجارة المنتهية بالتملك تؤدي إلى هذا الضمان من المستأجر نفسه.

2.6.1. **ومن تلك الصور التملك بالوعد بالهبة أو بالهبة المعلقة على سداد جميع التزامات الإجارة¹⁵.** وتكون تلك الالتزامات شاملة قيمة العين ضمناً.

¹³ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 2/12/12 بشأن خطاب الضمان، الفقرة ثانياً.

¹⁴ المعيار الشرعي (5) الضمانات: المستندات الشرعية، الكفالة.

¹⁵ ورد في قرار المجمع رقم 12/4/110 بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير ما نصه:

2.6.2. ومن الصور أيضاً التمليك على أساس الوعد الملزم من المستأجر بالشراء بثمن محدد مسبقاً يمثل القيمة الاسمية للأعيان المؤجرة أسوة بالوعد بالشراء في المرابحة. وأول ورود لجواز هذه الصورة بذاتها في الإجارة في الاجتهاد الجماعي المعاصر جاء في بيان المجلس الشرعي بشأن الصكوك¹⁶. ويترتب على الإخلال بالوعد ما قرره المجمع في قرار الوعد الملزم في المرابحة ونصه: "ويتحدد أثر

(عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجره معلومة في مدة معلومة ، واقترن به عقد هبة العين للمستأجر ، معلقا على سداد كامل الأجرة وذلك بعقد مستقل ، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة (وذلك وفق ما جاء في قرار المجمع بالنسبة للهبة رقم 3/1/13 في دورته الثالثة).

ونص ما جاء في القرار 3/1/13 المذكور هو: "إن الوعد بهبة المعدات عند انتهاء أمد الإجارة جائز بعقد منفصل". علماً بأن هذا القرار خاص بالأجوبة على أسئلة البنك الإسلامي للتنمية.

وبالعودة إلى رقم 5/6/44 في الإيجار المنتهي بالتمليك لوحظ أنه لا يؤيد القرار 13 بل ينص على أن الأولى الاكتفاء عنه ببدايل أخرى فليتأمل! ونصه القرار:

(وبعد الاطلاع على قرار المجمع رقم 3/1/13) في الدورة الثالثة ، بشأن الإجابة عن استفسارات البنك الإسلامي للتنمية ، فقرة (ب) بخصوص عمليات الإيجار ، قرر ما يلي :

أولاً : الأولى الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدايل أخرى منها البديلان التاليان :

(الأول) : البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية .

(الثاني) : عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور التالية :

- مدّ مدة الإجارة .

- إنهاء عقد الإجارة ورد العين المأجورة إلى صاحبها .

- شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة .

ثانياً : هناك صور مختلفة للإيجار المنتهي بالتمليك تقرر تأجيل النظر فيها إلى دورة قادمة ، بعد تقديم نماذج لعقودها وبيان ما يحيط بها من ملايسات وقبوض بالتعاون مع المصارف الإسلامية ، لدراستها وإصدار القرار في شأنها).

¹⁶ طبقاً لنص بيان المجلس الشرعي بشأن الصكوك الفقرة خامساً ونصها: "يجوز للمستأجر في الصكوك الإجارة شراء الأصول المؤجرة عند إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية على ألا يكون شريكاً أو مضارباً أو وكيلًا بالاستثمار"

وكان الذي ورد في المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك بشأن طرق التمليك ما يأتي: "وعد بالبيع بثمن رمزي، أو بثمن حقيقي، أو وعد بالبيع في أثناء مدة الإدارة بأجرة المدة الباقية، أو بسعر السوق". الفقرة 8/1-أ.

ويلاحظ أن الوعدين مختلفان، فالوعد من جهة مالك العين -وهو الوارد في قرار المجمع بشأن الإجارة المنتهية بالتمليك، أو المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك- لا يلزم منه ضمان القيمة الاسمية للعين بالاستناد إلى الوعد أو التعهد بالبيع، على افتراض أن الوعد بالبيع هو بالقيمة الاسمية للعين؛ لأن الطرف الآخر المستأجر له الخيار. وإنما يأتي الضمان في هذه الصورة من مراعاة قيمة العين في أقساط الإجارة وهذا يصدق في الهبة أو الوعد بالبيع بثمن رمزي.

وأما الوعد الوارد في بيان المجلس الشرعي فهو من تعهد بالشراء من جهة المستأجر، ويؤدي إلى ضمان القيمة الاسمية في حال تغير القيمة السوقية بالهبوط في تاريخ الإطفاء.

الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر¹⁷. وفسرت ذلك المعايير الشرعية بالفرق بين التكلفة وثمان البيع ونص ما جاء فيها¹⁸: "وينحصر حقها [المؤسسة] في اقتطاع مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة النكول، وهو الفرق بين تكلفة السلعة وثمان بيعها لغير الأمر بالشراء. ولا يشمل التعويض بما يسمى بالفرصة الضائعة".

2.6.3. ومن ثم فإن ضمان الطرف الثالث للعائد الدوري أو للفرق بين القيمة الاسمية للعين والقيمة السوقية لها يكون قبيل كفالة الدين من الطرف الثالث للمصدر كما مر في المرابحة والسلم والاستصناع.

2.6.4. وقد ذهب أحد الباحثين إلى عدم جواز الوعد الملزم بالشراء بالقيمة الاسمية للأعيان محل الإجارة من المستأجر، لأنه يؤدي إلى تضمين الأمين (المستأجر) فيما لا يجوز ضمانه وهو العين المؤجرة في حالات التلف أو النقص، أو هبوط القيمة السوقية¹⁹. وهو استدراك وجيه ويستحق التأمل والمناقشة. والذي يراه الباحث في المسألة أن حالات التلف أو النقص يجب أن تراعى عند تنفيذ التعهد أسوة بالوعد في المرابحة، وسيتم تناول هذه المسألة في المبحث الخامس من هذا البحث. أما هبوط القيمة السوقية فهذا يجعل الإجارة كالمضاربة والمشاركة والوكالة من حيث عدم جواز تعهد المصدر بشراء أصولها بقيمتها الاسمية أو بقيمة محددة سلفاً. وهو خلاف مقررات المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة في بيانه الخاص بالصكوك.

2.6.5. وهناك وسيلة أخرى لتحقيق الضمان المنشود للقيمة الاسمية لصكوك الموجودات المؤجرة أيضاً من خلال الطرف الثالث وهي الوعد الملزم بشراء تلك الموجودات

17 قرار المجمع رقم قرار رقم : 40-41 (5/2 و 5/3) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء.

18 المعيار الشرعي (8) المرابحة والمرابحة للأمر بالشراء، الفقرة 4/5/2.

19 كيلاني، ص 130-131. ونوه الدكتور كيلاني في الموضوع نفسه أيضاً بأن الأمر ينسحب على ما لو كان الواعد بالشراء في المرابحة وكيلياً عن البنك في شراء بضاعة المرابحة وحيازتها، فيمتنع عليه حينئذ التعهد بشرائها مرابحة على القيمة الاسمية لأنه يؤدي إلى ضمان الوكيل ما تحت يده.

بقيمتها الاسمية في تاريخ الإطفاء، أو أي تاريخ آخر خلال فترة الإصدار، ويكون حملة الصكوك بالخيار. وتنطبق على هذه الصورة أحكام الوعد الملزم في المراجعة الوارد في قرار المجمع²⁰. ويشترط تجنب العينة، في حال كان هو المالك الذي باع الموجودات لحملة الصكوك²¹.

2.7. صكوك المضاربة أو المشاركة أو الوكالة: موجودات هذه الأنواع والربح المتوقع منها ليس أي منهما مجتمعاً أو منفرداً مضمون على المصدر. لأن المصدر كمضارب وشريك ووكيل أمين لا يضمن إلا في حال التعدي والتقصير ومخالفة الشروط في إدارة الاستثمار، ويكون الضمان حينئذٍ للقيمة الاسمية. وضمان الطرف الثالث جائز في الحالين كما سيأتي بيانه.

2.7.1. ضمان الطرف الثالث إن كان مقيداً في حال التعدي والتقصير ومخالفة الشروط فهو من باب الكفالة من الطرف الثالث للمصدر كما مر.

2.7.2. وضمان الطرف الثالث غير المقيد بحالات التعدي والتقصير ومخالفة الشروط سواء أكان للقيمة الاسمية والعائد، أم لأحدهما فقط؛ فهو من قبيل الالتزام بالتبرع على أساس الهبة.

2.7.3. وقد صدر بجواز التبرع لجبر الخسارة قرار مجمع الفقه الإسلامي في سندات المقارضة²² بشروط وردت في القرار ونصه: " ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته ودمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة،

²⁰ قرار المجمع رقم قرار رقم : 41-40 (5/2 و 5/3) بشأن الوفاء بالوعد والمراجعة للأمر بالشراء.

²¹ وقد عالجت المعايير الشريعة في حالة مشابهة ذلك، بأن تمضي بين العقدين "مدة تتغير فيها العين المؤجرة أو قيمتها"، فقد في المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك: الفقرة 5/8: "إذا كانت العين المؤجرة مشتراة من المستأجر قبل إجارتها إليه إجارة منتهية بالتمليك فلا بد لتجنب عقد العينة من مضي مدة تتغير فيها العين المؤجرة أو قيمتها ما بين عقد الإجارة وموعدها بيعها إلى المستأجر".

²² قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 4/5/30 بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار.

بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد".

2.7.4. ولا فرق بين ضمان القيمة الاسمية، وضمان قدر من الربح في حال نقص الربح عنه بالشروط نفسها.

2.7.5. ولا يجوز أخذ أجر على تقديم الوعد الملزم بالتبرع أو بالشراء، لأنه التزام غير قابل للمعاوضة، وهو أشبه بحق الاختيار، الذي صدرت بشأن عدم جواز المعاوضة عليه؛ لأنه مالياً ولا منفعة ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه²³. وأكدت ذلك المعايير الشرعية²⁴.

2.7.6. "الخلاصة: إن ضمان الطرف الثالث المنفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد يتحقق بثلاث وسائل شرعية:

2.7.7. الأولى: على سبيل الكفالة بدون مقابل في دين ثابت أو قابل للثبوت شرعاً في ذمة المصدِر.

²³ قرار مجمع الفقه الإسلامي 7/1/63 بشأن الأسواق المالية. وجاء فيه بشأن الاختيارات ما يأتي: أ- صورة عقود الاختيارات: إن المقصود بعقود الاختيارات الاعتياض عن الالتزام ببيع شيء محدد موصوف أو شرائه بسعر محدد خلال فترة زمنية معينة أو في وقت معين إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين. ب- حكمها الشرعي: إن عقود الاختيارات - كما تجري اليوم في الأسواق المالية العالمية - هي عقود مستحدثة لا تنضوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة. وبما أن المعقود عليه ليس مالياً ولا منفعة ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه فإنه عقد غير جائز شرعاً. وبما أن هذه العقود لا تجوز ابتداءً فلا يجوز تداولها.

²⁴ المعيار الشرعي (21) الأوراق المالية (الأسهم والسندات)، المستندات الشرعية، فقرة 16. ونص ما جاء فيها بشأن عدم جواز إبرام عقد على حق الاختيار: "لا يدخل في الحقوق التي يجوز بيعها؛ وذلك أنه حق غير ثابت للبائع أصلاً، وإنما يتم إنشاؤه بالعقد، كما أنه بعد إنشائه لا يتعلق بمال، وإنما يتعلق بشيء مجرد وهو حق البيع أو الشراء، وإذا كانت الحقوق الثابتة لا يجوز بيعها إذا لم تتعلق بمال كحق الشفعة، وحق الحضانة، وحق القصاص، فالحقوق غير الثابتة - كحق الاختيار - من باب أولى، يضاف لذلك أن التعامل في عقود الاختيار قائم على الغرر، والغرر منهي عنه، كما أن التعامل في عقود الاختيار قائم على القمار والميسر، بالنسبة لمشتري حق الاختيار وباعه على السواء، وذلك في الحالات التي تنتهي بالتسوية النقدية بين الطرفين، ثم إن عقد الاختيار يدخل في بيع الإنسان ما لا يملك، إذا كان محرر اختيار الشراء لا يملك الأسهم أو السلعة التي التزم ببيعها، وبيع ما لا يملك محرم شرعاً".

2.7.8. الثانية: الوعد الملزم بالتبرع بدون مقابل بما يجبر الخسارة، أو الخسارة وقدرًا من الربح.

2.7.9. الثالثة: الوعد الملزم بدون مقابل بشراء الأصول محل الصكوك بقيمة محددة شريطة تجنب العينة.

3. الضمان بعوض:

3.1. ضمان القيمة الاسمية قد يجوز من المصدر، أو من طرف ثالث. ويكون جائزاً مع ما ذكر من خلاف - من المصدر في حال تعهد المستأجر الذي ليس مضارباً ولا شريكاً ولا وكيلاً بشراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية. ويكون جائزاً من طرف ثالث على سبيل الكفالة، أو الوعد الملزم بالتبرع، أو الوعد الملزم بالشراء. وفي الحالين لا يجوز أخذ العوض عنه لما ذكر في المبحث السابق من عدم جواز الأجر على الكفالة، وعدم المعاوضة على الالتزام.

3.2. ومن الضمان بعوض التأمين على محل الضمان المقصود، وهو الدين، أو القيمة الاسمية لصكوك المضاربة والمشاركة والوكالة، وقدر محدد من العائد، والنقص في قيمة الأعيان المؤجرة. فإن كان التأمين تجارياً لم يجر لما قرره المجامع من عدم جواز التأمين التجاري لما فيه من الغرر المفسد للعقد. وإن كان بالأسلوب التعاوني الإسلامي فهو جائز²⁵.

²⁵ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 2/9/9 بشأن التأمين وإعادة التأمين.

4. ضمان القيمة الاسمية والعائد:

4.1. ضمان القيمة الاسمية والعائد يختلف أيضاً في الصكوك المبنية على عقود الضمان -كالمرابحة والسلم والاستصناع- عن الصكوك المبنية على عقود الأمانة -كالمضاربة والمشاركة والوكالة- أو الصكوك المبنية على عقود الأمانة والضمان كالإجارة. وقد سبق بيان الرأي في صكوك المرابحة والسلم والاستصناع، والإجارة، من حيث ضمان القيمة الاسمية والعائد من قبل أحد طرفي العقد، ومن طرف ثالث، ومحل النزاع هنا ضمان القيمة الاسمية في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار كما سيتم بيانه فيما يتلو من فقرات.

4.2. من المقرر فقهاً في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار أن يد المصدر على أصول هذه الصكوك يد أمانة، فلا يضمنها، ولا يضمن أي ربح عليها. ويضمن قيمتها الاسمية في حال التعدي والتقصير. وقد ذكر الباحثون صيغاً مختلفة لتخفيف خطر عدم ضمان القيمة الاسمية للعائد والتوسل إلى تحقيق الضمان بوسائل غير مباشرة منها:

4.2.1. تعهد المصدر بتقديم قرض إلى حملة الصكوك عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع. وهو غير جائز لأنه يؤول إلى ضمان رأس المال للمصدر، وبعد أن انتشر تطبيقه في عدد من الصكوك أكد بيان المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على عدم جوازه، وأجاز بديلاً عنه **تكوين احتياطي لتغطية حالة النقص بقدر الإمكان.** ونصه: "لا يجوز لمدير الصكوك، سواء أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلًا بالاستثمار أن يلتزم بأن يقدم إلى حملة الصكوك قرضاً عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع، ويجوز أن يكون احتياطي لتغطية حالة النقص بقدر الإمكان، بشرط أن يكون ذلك منصوباً عليه في نشرة الاكتتاب. ولا مانع من توزيع الربح المتوقع تحت الحساب وفقاً للمعيار الشرعي رقم (13) بشأن المضاربة بند 8/8. أو الحصول على تمويل مشروع على حساب حملة الصكوك). وهذا مما ورد في قرار المجمع بشأن سندات

المقارضة ونصه²⁶: "ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيف دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال".

4.2.2.2. ولا بأس أيضاً بتكوين احتياطي معدل أرباح، على غرار احتياطي معدل الأرباح المقرر في حسابات الاستثمار لضمان توزيع قدر محدد من الربح، ويقطع من الأرباح القابلة للتوزيع على الطرفين²⁷.

4.2.3. التعهد بإعادة شراء الصكوك خلال مدة الإصدار بالقيمة الاسمية، وهو أشبه بحالة الاسترداد في صناديق الاستثمار. وهو غير جائز شرعاً لأنه يؤول إلى ضمان المصدر لرأس المال، ويجوز إن كان بالقيمة السوقية أو بثمن يتفق عليه الطرفان في حينه²⁸.

4.2.4. التعهد بشراء أصول الصكوك من حملة الصكوك بالقيمة الاسمية للأصول عند إطفاء الصكوك في نهاية مدة الإصدار. وقد قال به بعض الباحثين²⁹، وميَّزه عن الضمان بأنه لو لم تبق العين فلا محل لتنفيذ التعهد، ونوقش بأنه قد تبقى العين، ولكن تتخفف قيمتها السوقية عن قيمتها الاسمية فيكون ضماناً جزئياً بلا شك. ويكثر انخفاض قيمة الأصول في الصكوك بسبب طول المدة، أو الأزمات، ثم إن ضمان ما لا يجوز ضمانه ممنوع شرعاً حتى لو لم يحصل ما يوجب الضمان فيما بعد³⁰. وهذا ما أكدته ندوة البركة 31 في توصياتها التي جاء في مقدمتها: "أجمع المشاركون على أنه لا يجوز لمصدر الصكوك أن يضمن رأسمال الصك

²⁶ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (4/5/30) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار

²⁷ المعيار الشرعي (40) توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية الاستثمارية على أساس المضاربة، فقرة 3/2/1/3.

²⁸ أبوغدة (البركة 31)، ص 158.

²⁹ ذكره الدكتور حسان (البركة 32) ص 52، ودافع عنه في مناقشات ندوة مناقشات ندوة الصكوك التي عقد المجمع (24-25 مايو 2010) بجدة واستدرك عليه الباحث باحتمال انخفاض القيمة، فأقر بوجاهة الاستدراك.

³⁰ أبوغدة (البركة 31) ص 143.

أو ربحاً محددًا سواء أكان ذلك بالتزام أم تعهد أم وعد ملزم، كما لا يجوز التعهد من مصدر الصكوك ومديرها بشراء أصل الصكوك أو استبدالها بالقيمة الاسمية عند إطفائها؛ لأن ذلك يؤول إلى الضمان في حالة هبوط القيمة، ولو لم تتعرض أصول الصكوك للتلف الكلي أو الجزئي. يختلف الحال عن تعهد الأمر بالشراء في المرابحة بشراء المبيع ولو هبطت قيمته؛ لأن البيع يختلف عن المشاركة من حيث الضمان".

4.2.5. التعهدات المتقابلة (المواعدة الملزمة) مع اختلاف المورد: وصورتها:

إصدار وعد من المصدر بشراء أصول الصكوك إذا بدأت قيمتها السوقية بالهبوط عن قيمتها الاسمية؛ على أن يتم الشراء بالقيمة السوقية في تاريخ الشراء، وليس بالقيمة الاسمية. فيكون هذا الوعد نافعاً لحملة الصكوك لتفادي استمرار هبوط قيمة الصكوك وتفاقم الخسارة. ويقابل هذا الوعد الملزم من المصدر - دون ربط بين الوعدين - وعداً ملزماً من حملة الصكوك ببيع الأعيان في حال ارتفاع القيمة السوقية عن القيمة الاسمية. ويكون هذا الوعد نافعاً للمصدر لتفادي إطفائه الصكوك بأكثر من قيمتها الاسمية³¹. وقد أكدت ندوة البركة 31 في توصيتها رقم 5/31 بشأن تعهدات مديري العمليات الاستثمارية المنع في البند 2 ونصه: "لا يجوز تعهد المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل بالاستثمار بضمان الخسارة أو التلف أو هبوط القيمة أياً كان سببهما. والتعهد في حال هبوط القيمة ضمان غير مباشر لأنه حماية من تحمل المالك الخسارة الجزئية".

4.2.6. ولا يجوز للشريك أن يتعهد بشراء حصة شريكه بقيمتها الاسمية لما فيه من

ضمان الشريك لشريكه طبقاً لما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامية رقم 15/2/136 بشأن المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، نصه: "عدم التعهد بشراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع

³¹ أبوغدة (الأهلي) ص 73.

الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع". كما لا يجوز أن يقوم بذلك المضارب والوكيل كما سبق بيانه.

4.2.7.4.2.7. الشراء بالقيمة العادلة: "إذا كانت موجودات صكوك المضاربة أو المشاركة أو الوكالة بالاستثمار تقتصر على أصول مؤجرة إجارة منتهية بالتمليك، فيجوز لمدير الصكوك التعهد بشراء تلك الأصول - إطفاء الصكوك- بباقي أقساط الأجرة لجميع الأصول، باعتبارها تمثل صافي قيمتها³². وهو ما يعرف بالقيمة العادلة للأعيان في تاريخ الشراء، وهي القيمة السوقية.

4.2.8.4.2.8. كفالة الوكيل للمدينين: للوكيل -بخلاف المضارب والشريك- أن يكفل المدينين دون اشتراط تلك الكفالة في عقد الوكيل. فقد ورد في المعايير الشرعية ما نصه: "لا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد؛ لتنافي مقتضاهما، ولأن اشتراط الضمان على الوكيل بالاستثمار يحول العملية إلى قرض بفائدة ربوية بسبب ضمان الأصل مع الحصول على عائد الاستثمار. أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة، ثم كفل الوكيل من يتعامل معه بعقد منفصل فإنه يكون كفيلا لا بصفة كونه وكيلا، حتى لو عزل عن الوكالة يبقى كفيلا³³. وجاء في ندوة البركة التوصية 3/9: "وأما إذا كان المصرف يديرها على أساس المضاربة أو المشاركة فلا يجوز له أن يكفل المدينين لصالح شركائه، ولا أن يضمن لصالحهم تقلبات أسعار صرف العملة لاسترداد مساهماتهم لأن ذلك قد يؤدي إلى ضمان الشريك أو المضارب لرأس مال بقية الشركاء أو أرباب المال، وهو ممنوع شرعا"³⁴.

4.2.9.4.2.9. الضمان بعقد مستقل من غير شرط أسوة بما سبق من جواز كفالة الوكيل. وهو غير مستساغ عند من أجاز كفالة الوكيل بشروط كما نقل في توصية ندوة

³² بيان المجلس الشرعي، التنضيق الحكمي أبوغدة في لأهلي.

⁽³³⁾ المعيار الشرعي رقم (5) : الضمانات ، بند 2/2/2 والمعيار الشرعي رقم (23) : الوكالة ، بند 2/5.

³⁴ فتاوى ندوات البركة، رقم 3/9.

البركة آفة الذكر. وقد علق عليه أحد الباحثين بما يأتي: " ويرى كثير من أهل العلم والاختصاص أنه من الصعب قبول تجاوز الإجماع على منع ضمان المضارب أو الشريك بمجرد عقد جانبي حتى ولو كان مستقلا ورقيا؛ إذ أن العقود النمطية تجعل مثل هذه التفاهات الجانبية والعقود المستقلة أمرا معروفا فيتم التعامل معها على أنها شروط جعلية اتفاقية وكذلك يتم تفسيرها عند التنازع"³⁵.

³⁵ فداد (البركة 31)، ص 246-247.

5. التعهد بشراء الصكوك مع تغير العين:

5.1. ومحل هذه المسألة صكوك الموجودات المؤجرة؛ إذ تؤول في هيكلتها إلى إجارة موجودات الصكوك من الأعيان على المصدر المستأجر بأجرة دورية معلومة، مع وعد بتمليك الأعيان للمصدر بقيمتها الاسمية في تاريخ الإطفاء أو في تواريخ أخرى قبل ذلك خلال مدة الإجارة. وبناء على ما ذكرنا من معنى الأمانة والضمان؛ فإن الأجرة الدورية مضمونة على المصدر المستأجر بموجب العقد، والأعيان أمانة لدى المستأجر، لا يجوز اشتراط ضمانها على المصدر المستأجر، عدا حالات التعدي والتقصير ومخالفة الشروط فهو ضامن لما يحدث بسبب ذلك من ضرر بالأعيان ويعوض عنه بقيمته عند حدوثه وفقاً لما يجب ضمانه في حال المسؤولية التقصيرية. وقد تضمن الفقه المعاصر صيغاً مختلفة تستهدف تخفيف هذا الخطر المتعلق بعدم ضمان القيمة الاسمية للأعيان في صكوك الإجارة، منها:

5.1.1. الوعد الملزم (التعهد) من المصدر (المستأجر) في صكوك الإجارة شراء الأصول المؤجرة عند إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصكوك على ألا يكون شريكاً أو مضارباً أو وكيلًا بالاستثمار³⁶. ومثله لو كان التعهد بالشراء في أثناء مدة الإصدار لأي سبب، مثل إخفاق المستأجر بالتزامات الإجارة أو سداد أقساطها أو لرغبته بالتملك المبكر لأصول الصكوك³⁷. وفي حال كان المستأجر هو مالك الموجودات قبل بيعها على حملة الصكوك فيراعى تجنب العينة كما مر.

5.1.2. المواعدة الملزمة (التعهدات المتقابلة) مع اختلاف المورد: وصورتها وعد ملزم من المؤجر ببيع العين للمستأجر بالقيمة الاسمية في حال سداده لجميع التزامات الإجارة. ووعد من المستأجر بالشراء بالقيمة الاسمية في حال إخفاقه في سداد الأقساط في مواعيدها. فالمحل هنا وإن واحداً وهو العين المؤجرة، لكن مورد

³⁶ بيان المجلس الشرعي، والمعيان الشرعي للإجارة اللذين سبقت الإشارة إليهما في المبحث الثاني، أبوغدة البركة 31، مخالفة أسيد

³⁷ أبوغدة (البركة 31) ص 157.

العقدين مختلف. فالموعد غير ملزم في أي من الوعدين بقبول ما صدر عن الواعد من إيجاب وتنفيذ الوعد³⁸. على أساس أن اختلاف المورد يخرج هذه المسألة عن المواعدة الملزمة الممنوعة بقرار مجمع الفقه الإسلامية ونصه³⁹: "المواعدة - وهي التي تصدر من الطرفين - تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين ، كليهما أو أحدهما ، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز ، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه ، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده".

5.1.3. في حال التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية تنشأ إشكالية تغير الأعيان محل التعهد في تاريخ تنفيذ التعهد عن حالتها عند إنشاء التعهد. فما أثر ذلك على تنفيذ التعهد، ومن ثم على فاعلية الضمان:

5.1.3.1. إن كان التغير بنقص كميتها أي أعدادها فللمتعهد حق الرجوع عن تعهده؛ إذا كان التعهد وارداً على الأعيان جميعها. أما إذا كانت الأعيان مما يقبل التفرقة والتجزئة ووقع التعهد على أجزاءها كلها أو بعضها فيبقى التعهد نافذاً في الباقي من أجزاء المبيع. وهذا مراعاة لمحل التعهد أسوة بمحل العقد.

5.1.3.2. أما إن كان التغير بحدوث عيب خفي فيها أو بظهوره، فللمتعهد الحق في الرجوع أو إمضاء التعهد مع مراعاة أرش النقص عند التنفيذ. ولا وجه للإلزام بالتعهد رغم العيب بحجة اشتراط البراءة من العيوب؛ لأنه محل شرط الإبراء من العيوب الخفية هو العقد -مع شرط عدم العلم بها عند الحنفية- وليس التعهد.

³⁸ عبدالستار أبوغدة (الأهلي)، ص 70.

³⁹ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 40 و 41 / 5/2 و 5/3 بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء.

5.1.4. ولا وجه لإشكالية تغير الأعيان محل التعهد إذا كان التعهد بالشراء بالقيمة السوقية، أو بالقيمة التي يتفق عليها عند التنفيذ، لأنه في هذه الحال يراعى التغير في القيمة⁴⁰.

والحمد لله رب العالمين.

⁴⁰ تجدر الإشارة إلى أن الدكتور أبوغدة (البركة 31) ص 143 تناول مسألة تغير الأصول بالعيب والنقص ولم يتضح لي رأيه ربما لأخطاء في الطباعة.

مشروع القرار

حكم ضمان الطرف الثالث، والضمان بعوض،

و ضمان القيمة الاسمية والعائد، والتعهد بالشراء مع تغير العين

ضمان الطرف الثالث والضمان بعوض

1. يجوز أن يتعهد طرف ثالث بجبر النقص في القيمة الاسمية؛ بل وقدرًا من الربح أيضًا لحملة الصكوك، على سبيل التبرع، بدون عوض.
2. يجوز أن يتعهد طرف ثالث بشراء أصول صكوك الإجارة والمضاربة والمشاركة والوكالة بقيمتها الاسمية، ويطبق بشأنه قرار المجمع رقم // / (بشأن الوفاء بالوعد. و لايجوز أن يتقاضى عوضاً عن مجرد التعهد.
3. يجوز اتخاذ الإجراءات الكفيلة بضمان القيمة الاسمية للصكوك، وقدر من العائد، وفقاً لآلية التأمين التعاوني.

ضمان القيمة الاسمية والعائد في صكوك الإجارة والضمان مع تغير العين:

4. يجوز للمستأجر الذي ليس مضارباً ولا شريكاً ولا وكيلاً أن يتعهد بشراء أصول الصكوك بقيمتها الاسمية في نهاية مدة الإجارة، أو خلالها لأي سبب كان كالإخفاق في سداد الالتزامات، أو الرغبة في التملك المبكر. وفي حال كان المستأجر هو مالك الأصول قبل بيعها على حملة الصكوك فلا بد من تجنب العينة.
5. يجوز أن يتعهد حملة الصكوك ببيع العين للمستأجر بالقيمة الاسمية في حال سداده لجميع التزامات الإجارة، ويجوز أن يقابل ذلك تعهد آخر - دون ربط بين التعهدين - من المصدر المستأجر بشراء الأصول في حال إخفاقه في سداد الأقساط. ويأخذ كل من الوعدين حكم الوعد الملزم من طرف واحد لاختلاف المورد.

6. لا يلزم المصدر الوفاء بالتعهد بشراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية إذا تغيرت العين محل التعهد بعيب. ولو تغير العين بنقص في الكمية فإن التعهد لا يلزم إلا إن كان وارداً على أجزاء المبيع كلها أو بعضها.

ضمان القيمة الاسمية والعائد في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة:

7. لا يجوز للمصدر التعهد بإقراض حملة الصكوك في حال الخسارة، وإنما يجوز للمصدر تكوين احتياطي من أرباح حملة الصكوك لجبر النقص عن القيمة الاسمية، وكذلك احتياطي لتوزيع قدر محدد من الأرباح على حملة الصكوك.

8. يجوز للمصدر التعهد بإعادة شراء الصكوك بقيمتها السوقية، خلال مدة الإصدار، أو في نهايتها. ولا يجوز التعهد بالقيمة الاسمية.

9. يجوز للمصدر التعهد بشراء أصول الصكوك بقيمتها السوقية، خلال مدة الإصدار، أو في نهايتها. ولا يجوز التعهد بالقيمة الاسمية.

10. يجوز للمصدر التعهد بشراء الصكوك في حال بدأت قيمتها السوقية بالهبوط عن قيمتها الاسمية، على أن يتم الشراء بالقيمة السوقية في تاريخ الشراء، وليس بالقيمة الاسمية. ويجوز أن يقابل هذا التعهد تعهداً آخر - دون ربط بين التعهدين - من حملة الصكوك ببيع أصول الصكوك في حال ارتفاع القيمة السوقية عن القيمة السوقية. ويسري على كل تعهد قرار المجمع // الخاصة بالوفاء بالوعد.

11. يجوز أن يتعهد المصدر المضارب أو الشريك أو الوكيل بشراء أصول الصكوك إذا كانت أصولاً مؤجرة بقيمتها السوقية، ولا يجوز أن يكون التعهد بالقيمة الاسمية.

مراجع البحث

1. أبوغدة (الأهلي)، عبدالستار أبوغدة، "التعهدات الصادرة من مصدر الصكوك لحاملها"، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة، البنك الأهلي، جدة 13-2011/12/14.
2. أبوغدة (البركة 31)، عبدالستار أبوغدة، تعهد مديري العمليات الاستثمارية، ندوة البركة الحادية والثلاثين، جدة 18 حماد، نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية لدى الفقهاء، مكتبة دار التراث، الكويت، ط2، 1986.
3. حسان، حسين حامد حسان، "إصدار الصكوك بمراعاة مقاصد الشرعية والمآلات وملكية حملتها وضماداتها، (البركة 32)، عبدالستار أبوغدة، ندوة البركة الثانية والثلاثين، جدة 2011/8/11-10.
4. الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004.
5. فيض الله، محمد فوزي فيض الله، الضمان في الفقه الإسلامي، ط1، 1993.
6. 2010/8/19-
7. كيلاني، أسيد أديب كيلاني، "تعهد الأمين المصدر للصكوك بشراء أصولها والموقف الفقهي منه"، ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة، البنك الأهلي، جدة 13-2011/12/14.
8. مجمع الفقه الإسلامي، قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
9. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية.



الدورة العشرون

مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الصكوك المعاصرة وحكمها

إعداد

الشيخ محمد علي التسخيري

الأمين العام للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

الصكوك المعاصرة وحكمها

وهذا البحث يعد اليوم من أهم البحوث الاقتصادية لعموم البلوى به وقد قدم الشيخ محمد تقي العثماني بحثاً للجنة المحاسبة^(١) ونحن نرجح أن نذكر أهم ما فيه وسوف نذكر رأينا في كل موضوع يتطلب ذكره وقد ذكر سماحته:

أن إصدار الصكوك المبنية على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء يعد من أهم أهداف العمل المصرفي الإسلامي ومن أعظم الوسائل لتنمية الاقتصاد الإسلامي في المجتمع، بشرط أن تراعى في آلياتها جميع المبادئ الأساسية التي تميز الاقتصاد الإسلامي من غيره. وقد اعتاد النظام الربوي السائد في العالم اليوم على إصدار السندات القائمة على أساس الفائدة الربوية للمشاريع الكبيرة التي تقتضي أموالاً جمّة وتُدّرّ ربحاً أو دخلاً كبيراً. ولكن حاملي السندات لا يتجاوزن أن يكونوا مقرضين لأصحاب هذه المشاريع على أساس الفائدة، ولا دخل لهم في ملكية أصول المشروع ولا في الربح أو الدخل الذي ينتج من هذه المشاريع، وإنما يستحقون الفائدة على قروضهم بنسبة متوافقة مع سعر الفائدة في السوق. أما ربح المشاريع بعد التكاليف، ومنها الفائدة المدفوعة، فكله يرجع إلى أصحاب المشاريع.

وكانت الفكرة الأساسية من وراء إصدار الصكوك الإسلامية: أن يشارك حملة الصكوك في ربح المشاريع الكبيرة أو الدخل الناتج عنها، ولو أصدرت الصكوك على هذا الأساس لأدت دوراً كبيراً في تنمية العمل المصرفي الإسلامي، وساهمت مساهمة كبيرة في الوصول إلى المقاصد النبيلة التي تهدف إليها الشريعة الغراء، وكان فيها من المنافع ما يأتي:

(١) إنها من أفضل الصيغ لتمويل المشاريع الكبيرة التي لا تطيقها جهة واحدة.

(١) في بحثه المقدم إلى المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية أثناء عرض البحث.

(٢) إنها تقدم قناة جيدة للمستثمرين الذين يريدون استثمار فائض أموالهم ويرغبون في الوقت نفسه في أن يستردوا أموالهم بسهولة عندما يحتاجون إليها، لأن المفروض في هذه الصكوك أن تكون لها سوق ثانوية تباع فيها وتشتري. فكلما احتاج المستثمر إلى أمواله المستثمرة أو إلى جزء منها، جاز له أن يبيع ما يملكه من صكوك أو بعضا منها، ويحصل على ثمنها الذي يمثل الأصل والربح جميعا، إن كان المشروع كسب ربحاً.

(٣) أنها تقدم أسلوباً جيداً لإدارة السيولة تستطيع به المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أن تدير به سيولتها. فإن كان لديها فائض من السيولة اشترت هذه الصكوك وإن احتاجت إلى السيولة باعتها في السوق الثانوية.

(٤) إنها وسيلة للتوزيع العادل للثروة، فإنها تمكن جميع المستثمرين من الانتفاع بالربح الحقيقي الناتج من المشروع بنسبة عادلة، وبهذا تنتشر الثروة على نطاق أوسع دون أن تكون دولة بين الأغنياء المعدودين. وذلك من أعظم الأهداف التي يسعى إليها الاقتصاد الإسلامي.

وقد انتشرت اليوم في السوق صكوك كثيرة تدعي أنها صكوك إسلامية. ونريد في هذه الدراسة الموجزة المتواضعة أن نطلع على آلياتها، ومدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ومقاصدها المذكورة. إن الذين أصدروا هذه الصكوك حاولوا بكل ما في وسعهم أن تكون هذه الصكوك منافسة للسندات الربوية الرائجة في السوق، وأن تحمل معظم خصائصها، ليسهل ترويجها في السوق الإسلامية والتقليدية في آن واحد. وإن أبرز خصائص السندات الربوية تتلخص في النقاط الآتية:

(١) إنها لا تمثل ملكية حاملي السندات في المشروع التجاري أو الصناعي الذي أصدرت السندات من أجله، وإنما توثق القرض الربوي الذي دفعه حاملو السندات إلى مصدرها صاحب المشروع.

(٢) إنها توزع الفائدة على حاملي السندات بصفة دورية. وهذه الفائدة تقدر بنسبة من رأس المال، لا بنسبة من الربح الفعلي. وقد تكون النسبة معينة، وكثيرا ما تكون متغيرة في سندات طويلة الأجل.

(٣) إنها تتضمن استرداد رأس المال عند إطفاء السندات في نهاية مدتها، سواء ربح المشروع فعلا، أو لم يربح. وأن مصدر السندات لا يجب عليه إلا رد رأس

المال مع الفائدة المتفق عليها، وما حصل عليه المشروع من الربح فوق ذلك، فكله له، ولا يستحق حاملو السندات أن يطالبوا بحصة من الربح الزائد على سعر الفائدة.

وهذه الخصائص لا يمكن أن توجد في الصكوك الإسلامية بصفة مباشرة، ولكن مصدري الصكوك الإسلامية اليوم حاولوا أن تتسم صكوكهم بمعظم هذه الخصائص بطريق غير مباشر، وأوجدوا من أجل ذلك آليات مختلفة (وهو المنهج الذي سلكه الشهيد الإمام الصدر في أطروحته).

ولندرس هذه الآليات في ضوء هذه النقاط الثلاث ونبدي رأينا فيها:

١. ملكية حاملي السندات في أصول المشروع

أما النقطة الأولى - وهي ملكية حاملي السندات في أصول المشروع فإن معظم الصكوك تختلف فيها عن السندات الربوية اختلافاً واضحاً، فإن الصكوك في عامة الأحوال تمثل حصة شائعة في أصول تُدرّ ربحاً أو دخلاً مثل الأعيان المؤجرة أو مشروع تجاري أو صناعي، أو وعاء استثماري يحتوي على عدة من المشاريع. وهذه هي النقطة الوحيدة التي تميزها عن السندات الربوية وعليه ينبغي إصدار الصكوك على أساس مشروعات تجارية وصناعية جديدة تساهم فيها هذه الصكوك ولو أصدرت على مشاريع قائمة فيجب أن تنتقل الملكية واقعاً لموجودات حقيقية سواء كانت أعياناً أو منافع أو حقوقاً معنوية ونحن لا نجد مانعاً من انتقال الملكية مقيدة بشروط عند العقد لأن المؤمنين عند شروطهم . فيمكن أن تشترط الدولة التي تباع بعض مرافقها لتحصيل السيولة المالية شروطاً معينة أو تبقى لنفسها نسبة شائعة فلا يستطيع أصحاب الصكوك التصرف المطلق لأنهم يملكون حصصاً شائعة أيضاً.

٢. التوزيع الدوري على حملة الصكوك

وأما النقطة التالية فإن معظم الصكوك المصدرة قد ضمنت فيها خصوصية السندات الربوية سواء بسواء من حيث إنها توزع أرباح المشروع بنسبة معينة مؤسسة على سعر الفائدة (اللايبور).

ومن أجل تبرير ذلك وضعوا بنداً في العقد يصرح بأنه إذا كان الربح الفعلي الناتج من الاستثمار زائداً على تلك النسبة المبنية على سعر الفائدة، فإن المبلغ

الزائد كله يدفع إلى مدير العمليات (سواء كان مضارباً أو شريكاً أو وكيل الاستثمار) على أساس كونه حافظاً له على حسن الإدارة، وبعض الصكوك لا تصرح بكون الزائد مستحقاً للمدير كحافظ، بل تكتفي بقولها إن حملة الصكوك يستحقون نسبة معينة مؤسّسة على أساس سعر الفائدة في التوزيع الدوري (فكأن كون الزائد حافظاً ثبت تقديراً أو اقتضاء) ونحن لا نجد مانعاً من هذا الاشتراط - والغرر القليل فيه مغتفر.

والأفضل من ذلك أن يتم التوزيع على الحساب تبعاً لأرباح المشروع النهائية، ويمكن أن يتضمن العقد إبقاء احتياطي من الأرباح لينظم التوزيعات الدورية بشكل منسجم ولجبران الخسائر أو نقصان الأرباح عن النسبة المعينة. أما إذا كان الربح الفعلي ناقصاً من النسبة المذكورة المبينة على سعر الفائدة، فإن مدير العمليات يلتزم بدفع الفرق (بين الربح الفعلي وبين تلك النسبة) إلى حملة الصكوك على أساس قرض بدون فائدة يقدم إلى حملة الصكوك. وهذا القرض يسترده المدير المقرض إما من المبالغ الزائدة على سعر الفائدة في فترات لاحقة، وإما من تخفيض ثمن شراء الموجودات عند إطفاء الصكوك، ولكن هذا الالتزام فيه شبهة الربا عرفاً. وعليه فينبغي أن يستفاد في هذه الحالة من (الاحتياطي) الذي أشرنا إليه أو أن يستفاد لسد النقص من تمويل شرعي على حساب حملة الصكوك يسدد في الفترات اللاحقة على أن يشترط ذلك في العقد.

٣. ضمان استرداد رأس المال

أما النقطة الثالثة فإن جميع الصكوك المصدرة اليوم تضمن رد رأس المال إلى حملة الصكوك عند إطفائها مثل السندات الربوية سواء بسواء، وذلك بتعهد ملزم إما من مصدر الصكوك أو من مديرها أنه سيشتري الأصول التي تمثلها الصكوك بقيمتها الاسمية التي اشتراها بها حملة الصكوك في بداية العملية بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية أو السوقية في ذلك اليوم. وبهذه الآلية المركبة استطاعت الصكوك أن تحمل خصائص السندات الربوية من حيث إنها لا تعطي حملة الصكوك نسبة معينة من رأس المال مبينة على سعر الفائدة، وفي الوقت نفسه تضمن لحملة الصكوك استرداد رأس مالهم في نهاية العملية. ولنتكلم عن هذا التعهد والموقف الفقهي منه.

والحقيقة هي أن الأصل في العمليات التجارية الحقيقية في الشريعة أن لا يُضمن فيها استرداد رأس المال فإن غنم الربح الحقيقي في الشريعة الإسلامية يتبع الغرم دائماً، فكان الأصل في الصكوك التجارية أن لا يضمن فيها رأس المال لحملتها، بل إنهم يستحقون القيمة الحقيقية للأصول سواء أزدت من قيمتها الإسلامية أم نقصت.

ولكن الصكوك الرائجة اليوم كلها تضمن رأس المال لحملة الصكوك بطريق غير مباشر. وهو أن مدير العمليات يتعهد تجاه حملة الصكوك أنه سيشتري الأصول التي تمثلها الصكوك بالقيمة الاسمية عند نهاية مدتها، بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية يومئذ. ومعنى ذلك أن حملة الصكوك يرجع إليهم عند إطفاء الصكوك رأس مالهم مضموناً لا غير، فن كان المشروع أصيب بخسران فإنه يتحملة المدير وإن كان فيه ربح فإنه يحوزه المدير بالغاً ما بلغ. ولاحق لحملة الصكوك إلا في استرداد رأس مالهم كما في السندات الربوية.

ولكن هل يجوز ذلك ؟

إن مدير العمليات يقوم بإدارتها تارة بصفة مضارباً وأخرى بصفته شريكاً وثالثة بصفته مستأجراً ومؤجراً للآخرين ورابعة بصفته وكيلاً أو وسيطاً في الاستثمار.

فهل يمكنه ضمان رأس المال أو (القيمة الاسمية للصكوك) ؟

وقبل كل شيء يجب التفريق بين هذا الضمان وبين ضمان المال على تقدير تلفه فهما أمران مختلفان وقد قلنا إن المدعي أن أصل المال إذا تلف فالمفروض عدم ضمانه والمطلوب ضمان القيمة الاسمية للمال الموجود.

شرط الضمان في فقه المذاهب الأربعة:

وقد نقل الشيخ العثماني عدم جواز اشتراط الضمان في جميع الفروض هنا وهذا ما بد لي إجمالاً وأنا استعرض الآراء فإنهم لم يجيزوا إلا في موارد معينة من قبيل:

- ما جاء في المدونة الكبرى، عن الفقهاء السبعة أنهم كانوا يقولون "الغسل والحناط والصواغ وأصحاب الصناعات كلهم ضامنون لما دفع إليهم"، وعن

¹ نقلا عن المصادر الفقهية ج ٢٨ ص ٢٣٣.

عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الصناع الذين في الأسواق وانتصباوا للناس ما دفع إليهم^١.

● وجاء في بداية المجتهد قوله: " والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال"^٢.

● وجاء في الموسوعة الكويتية أن بعض الشافعية اجازوا اشتراط الضمان على الأجير الخاص كالأجير المشترك لقول الشافعي : الأجراء سواء وذلك صيانة لأموال الناس، وكان يقول: لا يصلح الناس إلا ذاك، أما المشترك فقد ضمنه الخلفاء وبعض الفقهاء مطلقاً، وسئل أحمد عن شرط الضمان فقال: المسلمون على شروطهم، قال ابن قدامه : وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه.

ويمكن أن يستفاد من هذه النصوص ما يلي:

(١) أن شرط الضمان لا ينافي مقتضى العقد وإنما ينافي إطلاقه وإلا لما أمكن تضمين أي أمين، فإذا جاء مطلقاً فلا ضمان في عقود الأمانة^٣.

(٢) أن المصلحة العامة قد تقتضي أن تقوم الدولة بالتضمين الزاماً وقد جاء في المدونة (ما زال الخلفاء يضمنون الصناع)^٤.

كما رأينا العلامة ابن رشد يبدي وجه المصلحة في الضمان وينسبه للفقهاء وينقل المذهب أن علياً عليه السلام كان يضمن الأجير^٥.

(٣) أن الإمام أحمد كان يرى دخول شرط الضمان تحت قاعدة (المؤمنون عند شروطهم).

ومع كل هذا لا نستطيع أن نتيقن بشمول هذه الآراء لموردنا هذا .

وقد لاحظت أن الفقهاء الإمامية طرحوا آراء يمكن معها تصحيح اشتراط ضمان القيمة الاسمية في حالة كون مدير العمليات مستأجراً أو شريكاً أو وكيلاً أو وسيطاً محضاً دون ما إذا كان مضارباً. وهذا ما سنقف عليه فيما يلي:

١ نقلا عن المصادر الفقهية ج ٢٨ ص ٢٤٩

٢ نقلا عن المصادر الفقهية ج ٢٨ ص ٣٤٧.

٣ الموسوعة الفقهية الكويتية ج ١ ص ٢٩٠ و ص ٢٩٨.

٤ المصادر الفقهية ج ٢٨ ص ٢٤٩.

٥ المصادر الفقهية ج ٢٨ ، ص ٤٥٢.

حكم الحالات الثلاث عند الإمامية:

١. أن يكون مدير العمليات مضارباً:

وهنا لا يجوز شرعاً فرض الضمان عليه باشتراطه في العقد لأنه أشكل عليه بإشكالات:

الأول: أن هذا الشرط مخالف لكتاب الله وسنة رسوله ﷺ باعتباره أميناً ومحسناً. والأمين لا يضمن للرواية عن رسول الله ﷺ: " ليس لك أن تتهم من أئتمنته" ١

والمحسنون ليس عليهم سبيل، قال تعالى ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ ٢

الثاني : أن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد، وهو ما أيده المحقق الكركي ٣ واحتمله السيد الحكيم ٤.

الثالث : ما دل من الروايات على أن فرض الضمان عليه يستوجب حرمان المالك من الربح من قبيل ما روي عن أبي جعفر الباقر (ع) من أن علياً قال : من ضمن تاجراً فليس له مسألة الاشتراط في بدء العقد. ولكن هناك روايات أخرى تدل على ذلك كرواية رفاعة قال: سألت أبا الحسن موسى بن جعفر (ع) عن رجل شارك في جارية له وقال : إن ربحنا فيها فلك نصف الربح وإن كانت وضيفة فليس عليك شيء، فقال لا أرى بهذا بأساً إن طابت نفس صاحب الجارية ٥.

وهي واضحة الدلالة على جواز اشتراط رأس المال على الشريك.

٢. ما لو كان مدير العمليات يديرها بوصفة مستأجراً فما حكم اشتراط الضمان عليه ٥.

ذكر السيد البنجوردي ٦: أن المشهور (لدى الإمامية) عدم صحة اشتراطه وصحته في العارية خلافاً لمحقق الازديلي ٧، وجمال المحققين في حاشيته على (الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية) صفحة ٣٨٧ فإنهما قالا بصحته،

١ الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ الحديث العاشر.

٢ التوبة: ٩١.

٣ جامع المقاصد ج ٧ ص ٢٥٨.

٤ مستمسك العروة الوثقى : ج ١٢ ص ٢٧٠.

٥ الوسائل ج ١٣ ص ١٧٥.

٦ القواعد الفقهية ج ٣ ص ٢٧٠

٧ مجمع الفائدة ج ١٠ ص ٦٩.

وفصل أستاذه الشيخ العراقي بين إجارة الأعيان فلا يجوز الاشتراط فيها وبين إجارة الأعمال فيجوز.

أما هو فاختار نفوذ الشرط إن لم يخالف الإجماع لأنه لا يخالف مقتضى العقد ولا يخالف الكتاب والسنة وذلك في العارية والإجارة والوكالة والرهن، وقال أيضا : إذا شرط الضمان فنفس الشرط موجب له وليست الأمانة المالكية تقتضي عدم الضمان^١.

أما السيد الحكيم فينسب إلى المحقق الأردبيلي والكفاية والرياض صحة الاشتراط ويذكر أن الذين رفضوه استندوا إلى مخالفته للكتاب لقوله تعالى (**مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ**)^٢ والظاهر أنه قبل الاشتراط بعد المناقشة^٣.

وواضح أن الآية لا تشمل المستأجر فهو تاجر أو مستفيد بعوض ولا يعد محسناً متبرعاً أما الفقيه اليزدي صاحب (العروة الوثقى) فيقول بجوازه؛

وقد أيده أعلام آخرون ولكن على أساس أن يكون الاشتراط بشكل أداء مقدار معين من المال على تقدير التلف أو العيب لا بعنوان الضمان، والظاهر أيضاً إمكان إلحاق نقص القيمة بذلك.

ومن هنا فلا نجد مانعاً من تعهد المستأجر بالقيمة الاسمية عند إطفاء الصكوك عند الإمامية أو عند جمهور من علمائهم.

أما لو كان المدير وكيلاً أو مجرد وسيط فليس هو طرفاً في المعاملة وإنما هو شخص ثالث يمكنه التبرع لصاحب المال بضمان رأس ماله بلا ريب.

فصحيح أن الوكيل يربطه مع أصحاب الصكوك عقد وكالة ولكنه منفصل عن العقد الأصلي بينهم وبين أطراف الاستثمار أي المستأجرين أو عاملي المضاربة أو المشاركين، فإن أبيتنا فليكن المدير مجرد وسيط يجمع بين الطرفين وينظم خدمات المعاملات بأجرة فيعد جهة ثالثة تماماً.

وعلى أي حال؛ فلئن جاز ذلك وإلا فلا مناص من الرجوع إلى (القيمة العادلة) أو (القيمة السوقية) في حالة (إطفاء الصكوك) اللهم إلا أن يقدم الضمان من

١ القواعد الفقهية ج ٧ ص ٧٨.

٢ التوبة: ٩١.

٣ مستمسك العروة الوثقى ج ١٢ ص ٧١.

٤ الفصل الرابع من فصول الإجارة.

شخص ثالث منفصل تماماً (وليكن هو الدولة إذا لم تكن طرفاً في العقد ولكنها تريد تشجيع العملية لما لها من آثار اقتصادية تنموية فهي تضمن القيمة الاسمية خصوصاً وأن احتمال النقص يبقى ضعيفاً).

أما الإشكالات الأخرى على العملية من كونها:

- أ - محاولة لمجاراة الوضع الربوي.
- ب - أنها قد تتطلب بيع الديون.
- ج - أنها عملية تحايل على الربا وأمثال ذلك.

فهي غير واردة لأننا استطعنا تصحيحها شرعاً أولاً ولأن بيع الدين جائز بمثله قطعاً وإنما الخلاف بين المذاهب في بيعه بأقل منه، ثم إن الديون هنا تباع تبعاً لبيع الأعيان، وقاعدة التبعية يغتفر فيها مالا يغتفر في غيرها.

وبعد هذا لا مجال لتصور العملية مجرد تحايل على الربا خصوصاً إذا تصورنا أن الضمان إنما هو للقيمة الاسمية فقط لا للأعيان فهي إذا تلفت تلفت من مال مالها وبالتالي لا يبقى مجال للتحايل في تصور العرف.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة

إعداد

القاضي محمد تقي العثماني
رئيس المجلس الشرعي بالبحرين
وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي
ونائب رئيس جامعة دار العلوم بكراتشي

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

أما بعد،

فإنه قد شاعت في الأسواق الماليّة صكوك استثمارية بمبالغ باهضة وعمّت المساهمة فيها في كثير من المصارف اللّاربيوية، وإنّ هذه الدراسة أعدتها تدليلاً على بعض التصريحات التي صدرت متّى خلال حوار مع شركة أنباء "رائتر" ونشرت في الصحف العالميّة على نطاق واسع، وأحدثت ضجّة في سوق الأوراق الماليّة، فقدّمت هذه الدراسة إلى المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الماليّة في شهر أغسطس سنة ٢٠٠٧م لينظر في مدى موافقة هذه الصكوك للأحكام الشرعيّة، وأصدر المجلس بعد ذلك بياناً في اجتماعه التاسع عشر المنعقد بمكة المكرمة بتاريخ ٢٦ شعبان سنة ١٤٢٨هـ الموافق لتاريخ ٨ سبتمبر ٢٠٠٧م أكّد فيه المبادئ الشرعيّة التي يجب الالتزام بها عند إصدار الصكوك موافقا لهذه الدراسة.

محمد تقى العثماني

بسم الله الرحمن الرحيم

الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد أشرف المرسلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد ، فإن إصدار الصكوك المبنية على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء كان من أهم أهداف العمل المصرفي الإسلامي ومن أعظم الوسائل المرموقة لتنمية الاقتصاد الإسلامي في المجتمع، بشرط أن تراعى في آلياتها جميع المبادئ الأساسية التي تميز الاقتصاد الإسلامي من غيره. وإن النظام الربوي السائد في العالم اليوم متعود بإصدار السندات القائمة على أساس الفائدة الربوية للمشاريع الكبيرة التي تقتضى أموالاً جمّة وتُدبرّ ربحاً أو دخلاً كبيراً. ولكن حاملي السندات لا يتجاوزون من أن يكونوا مقرضين لأصحاب هذه المشاريع على أساس الفائدة، ولادخل لهم في ملكية أصول المشروع ولا في الربح أو الدخل الذي ينتج من هذه المشاريع، وإنما يستحقون الفائدة على قروضهم بنسبة متوافقة مع سعر الفائدة في السوق. أما ربح المشاريع بعد التكاليف، ومنها الفائدة المدفوعة، فكله يرجع إلى أصحاب المشاريع.

وكانت الفكرة الأساسية من وراء إصدار الصكوك الإسلامية: أن يشارك حملة الصكوك في ربح المشاريع الكبيرة أو الدخل الناتج منها، ولو أصدرت الصكوك على هذا الأساس لأدت دوراً كبيراً في تنمية العمل المصرفي الإسلامي، وساهمت مساهمة كبيرة في الوصول إلى المقاصد النبيلة التي تهدف إليها الشريعة الغراء، وكان فيها من المنافع ما يأتي :

- (١) إنها من أفضل الصيغ لتمويل المشاريع الكبيرة التي لا تطيقها جهة واحدة .
- (٢) إنها تقدم قناة جيدة للمستثمرين الذين يريدون استثمار فائض أموالهم، ويرغبون في الوقت نفسه أن يستردوا أموالهم بسهولة عندما يحتاجون إليها، لأن المفروض في هذه الصكوك أن تكون لها سوق ثانوية تباع فيها الصكوك وتُشترى. فكلما احتاج المستثمر إلى أمواله المستثمرة أو إلى جزء منها، جازله أن يبيع ما يملكه من صكوك أو بعضاً منها، ويحصل على ثمنها الذي يمثل الأصل والربح جميعاً، إن كان المشروع كسب ربحاً.
- (٣) إنها تقدم أسلوباً جيداً لإدارة السيولة تستطيع به المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أن تديره سيولتها. فإن كان لديها فائض من السيولة اشترت هذه الصكوك، وإن احتاجت إلى السيولة باعتها في السوق الثانوية.

(٤) إنها وسيلة للتوزيع العادل للثروة، فإنها تمكّن جميع المستثمرين من الانتفاع بالربح الحقيقي الناتج من المشروع بنسبة عادلة، وبهذا تنتشر الثروة على نطاق أوسع دون أن تكون دولة بين الأغنياء المعدودين. وذلك من أعظم الأهداف التي يسعى إليه الاقتصاد الإسلامي.

وقد انتشرت اليوم في السوق صكوك كثيرة تدعى أنها صكوك إسلامية. ونريد في هذه الدراسة الموجزة المتواضعة أن نطلع على آلياتها، ومدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ومقاصدها المذكورة.

إن الذين أصدروا هذه الصكوك حاولوا بكل ما في وسعهم أن تكون هذه الصكوك منافسة للسندات الربوية الرائجة في السوق، وأن تحمل معظم خصائصها، ليسهل ترويجها في السوق الإسلامية والتقليدية في آن واحد. وإن أبرز خصائص السندات الربوية تتلخص في النقاط الآتية :

(١) إنها لا تمثل ملكية حاملي السندات في المشروع التجاري أو الصناعي الذي أصدرت السندات من أجله، وإنما توثق القرض الربوي الذي دفعه حاملوا السندات إلى مُصدرها صاحب المشروع.

(٢) إنها توزع الفائدة على حاملي السندات بصفة دورية. وهذه الفائدة تقدر بنسبة من رأس المال، لا بنسبة من الربح الفعلي. وقد تكون النسبة معينة، وكثيرا ما تكون متغيرة في سندات طويلة الأجل.

(٣) إنها تضمن استرداد رأس المال عند إطفاء السندات في نهاية مدتها، سواء ربح المشروع فعلا، أو لم يربح. وإن مصدر السندات لا يجب عليه إلا رد رأس المال مع الفائدة المتفق عليها؛ وما حصل عليه المشروع من الربح فوق ذلك، فكله له، ولا يستحق حاملوا السندات أن يطالبوا حصة من الربح الزائد على سعر الفائدة.

وإن هذه الخصائص لا يمكن أن توجد في الصكوك الإسلامية بصفة مباشرة، ولكن مُصدرى الصكوك الإسلامية اليوم حاولوا أن تتسم صكوكهم بمعظم هذه الخصائص بطريق غير مباشر، وأوجدوا من أجل ذلك آليات مختلفة. ولندرس هذه الآليات في ضوء هذه النقاط الثلاثة:

١- ملكية حاملي السندات في أصول المشروع

أما النقطة الأولى ، وهي ملكية حاملي السندات في أصول المشروع، فإن معظم الصكوك تختلف فيها من السندات الربوية اختلافا واضحا، فإن الصكوك في عامة الأحوال تمثل حصة شائعة في أصول تُدرّ ربحا أو دخلا، مثل الأعيان المؤجرة، أو مشروع تجاري أو صناعي، أو وعاء استثماري يحتوى على عدة من المشاريع. وهذه هي النقطة

الوحيدة التي تميزها عن السندات الربوية، غير أنه ظهرت في الآونة الأخيرة بعض الصكوك التي يُشكّ في كونها ممثلة للملكية. فمثلاً: قد تكون الأصول الممثلة بالصكوك أسهم الشركات بدون ملكيتها الحقيقية، وإنما تخوّل حملة الصكوك حقا في عوائدها، وليس هذا إلا شراء عوائد الأسهم، وهو لايجوز شرعا. وكذلك انتشرت بعض الصكوك على أساس خلطة من عمليات الإجارة والاستصناع والمرابحة التي دخل فيها بنك من البنوك، فتباع هذه الخلطة إلى حملة الصكوك، ليحصلوا على عوائد هذه العمليات. وإدخال عمليات المرابحة في هذه الخلطة لا يخلو من شبهة بيع الدين، وإن كانت نسبتها قليلة بالنسبة إلى عمليات الإجارة والمشاركة والاستصناع، ويحتاج إلى إعادة النظر في الموضوع.

٢- التوزيع الدوري على حملة الصكوك

وأما النقطة الثانية، فإن معظم الصكوك المصدرة قد اكتسبت فيها خصيصة السندات الربوية سواء بسواء من حيث إنها توزع أرباح المشروع بنسبة معينة مؤسسة على سعرالفائدة (اللابور). ومن أجل تبرير ذلك وضعوا بندا في العقد يصرح بأنه إذا كان الربح الفعلى الناتج من الاستثمار زائدا على تلك النسبة المبنية على سعرالفائدة، فإن المبلغ الزائد كله يد فع إلى مدير العمليات (سواء أكان مضاربا أو شريكا أو وكيل الاستثمار) على كونه حافظه على حسن الإدارة، حتى أنى رأيت في هيكله بعض الصكوك أنها لاتصرح بكون الزائد مستحقا للمدير كحافز، بل تكتفى بقولها إن حملة الصكوك يستحقون نسبة معينة مؤسسة على أساس سعرالفائدة في التوزيع الدوري (فكأن كون الزائد حافظا ثبت تقديرا أو اقتضاء). أما إذا كان الربح الفعلى ناقصا من النسبة المذكورة المبنية على سعرالفائدة، فإن مدير العمليات يلتزم بدفع الفرق (بين الربح الفعلى وبين تلك النسبة) إلى حملة الصكوك على أساس قرض بدون فائدة يقدم إلى حملة الصكوك. وإن هذا القرض يسترده المدير المقرض إما من المبالغ الزائدة على سعر الفائدة في فترات لاحقة، وإما من تخفيض ثمن شراء الموجودات عند إطفاء الصكوك، كما سيأتى تفصيله في النقطة الثالثة إن شاء الله تعالى.

٣- ضمان استرداد رأس المال

أما النقطة الثالثة، فإن جميع الصكوك المصدرة اليوم تضمن رد رأس المال إلى حملة الصكوك عند إطفاءها، مثل السندات الربوية سواء بسواء، وذلك بوعده ملزم إما من مصدر الصكوك أو من مديرها أنه سيشتري الأصول التي تمثلها الصكوك بقيمتها الاسمية التي اشتراها بها حملة الصكوك في بداية العملية، بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية أو السوقية في ذلك اليوم. وبهذه الآلية المركبة استطاعت الصكوك أن تحمل خصائص السندات الربوية من حيث إنها لاتعطى حملة الصكوك إلا نسبة معينة من رأس المال مبنية على سعر الفائدة، وفي الوقت نفسه إنها تضمن لحملة الصكوك استرداد

رأس مالهم فى نهاية العملية. ولنتكلم على هذه الآلية أولا من الناحية الفقهية، وثانيا من ناحية سياسة الاقتصاد الإسلامى.

أما من الناحية الفقهية، فهناك ثلاث مسائل:

الأولى: اشتراط المبلغ الزائد على سعر الفائدة لمدير العملية بحجة أنها حافظ له على حسن الإدارة.

الثانية: التزام المدير بأنه إن انتقص الربح الفعلى من النسبة المعينة على أساس سعر الفائدة فى فترة من فترات التوزيع، فإنه يدفع قرضا إلى حملة الصكوك بمقدار النقصان. وإن هذا القرض يرد إليه إما من الربح الفعلى الزائد على تلك النسبة فى فترات لاحقة، أو من ثمن شراءه للأصول فى نهاية العملية.

الثالثة: الوعد الملزم من قبل المدير أنه سيشتري الموجودات المثلة بالصكوك بقيمتها الاسمية يوم إصدار الصكوك، وليس بقيمتها السوقية يوم الشراء.

اشتراط الحافظ لمدير العملية

أما اشتراط الحافظ لمدير العملية، فمستنده ما ذكره بعض الفقهاء من جواز مثل ذلك فى الوكالة والسمسرة وذكره الإمام البخارى رحمه الله تعالى تعليقا عن ابن عباس وابن سيرين رضى الله تعالى عنهما. قال البخارى: "قال ابن عباس: ل أبأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك. وقال ابن سيرين: إذا قال: بعه بكذا، فما كان من ربح فهو لك، أو بينى وبينك فلا بأس به".^١

وبهذا أخذ الحنابلة. جاء فى الكافى لابن قدامة: "وإن قال: بع هذا بعشرة، فما زاد فهو لك، صح وله الزيادة، لأن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأسا".^٢

وإن هذا المذهب مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وعن ابن سيرين وشريح وعامر الشعبى والزهرى والحكم عند ابن أبى شيبة فى مصنفه، وعن قتادة وأيوب أيضا عند عبد الرزاق. وكرهه إبراهيم النخعى وحماد، كما روى عنهما عبد الرزاق، وكذلك الحسن البصرى وطاوس بن كيسان، كما روى عنهم ابن أبى شيبة. وهو مذهب الجمهور غير الحنابلة. قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى تحت أثر ابن عباس الذى علقه البخارى: "وهذه أجرة سمسرة أيضا، لكنها مجهولة، ولذلك لم يجزه الجمهور وقالوا: إن باع له على ذلك فله أجر مثله. وحمل بعضهم إجازة ابن عباس على أنه أجراه مجرى المقارض، وبذلك أجاب أحمد وإسحق. ونقل ابن التين أن بعضهم شرط فى جوازه أن يعلم

^١ صحيح البخارى، كتاب الإجازات، باب أجر السمسرة.

^٢ الكافى لابن قدامة، كتاب الوكالة ٢: ٢٥٣.

^٣ راجع مصنف ابن أبى شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب ٤٦، ج ٧ و ١٠٧ و ١٠٨ من طبع إدارة القرآن، كرا تشى، ومصنف عبد الرزاق، ٨: ٢٣٤ رقم الحديث ١٥١٨ إلى ١٥٢٢.

الناس فى ذلك الوقت أن ثمن السلعة يساوى أكثر مما سُمى له، وتعقبه بأن الجهل بمقدار الأجرة باق.^١

وقال البدر العينى رحمه الله تعالى : "وأما قول ابن عباس وابن سيرين فأكثر العلماء لا يجيزون هذا البيع، وممن كرهه الثوري والكوفيون. وقال الشافعى ومالك: لا يجوز، فإن باع فله أجر مثله. وأجازه أحمد وإسحق، وقالوا: هو من باب القراض، وقد لا يربح المقارض."^٢ وهذا كله فى أجرة السمسار إذا لم تُعيّن غير الزيادة على ما سماه الأصيل من ثمن البيع. أما إذا سميت أجرته بمبلغ مقطوع، ثم قيل له: إن بعته بأكثر من كذا فالزائد كله لك علاوة على أجره المقطوع، فالظاهر أنه لا يمنعه الجمهور أيضا، لأن جهالة الأجرة ارتفعت بتحديد أجر مقطوع، وإن باعه بأكثر من حدمعين، فالزائد له على كونه حافظا على حسن عمله.

وعلى هذا الأساس جاء فى معيار المضاربة الصادر من المجلس الشرعى : "إذا شرط أحد الطرفين لنفسه مبلغا مقطوعا، فسدت المضاربة، ولا يشمل هذا المنع ما إذا اتفق الطرفان على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة فإن أحد طرفى المضاربة يختص بالربح الزائد عن تلك النسبة أو دونها فتوزيع الأرباح على ما اتفقا عليه."^٣

وإن مدير العملية فى الصكوك يدير العمليات إما بصفته أجيروا أو وكيلًا للاستثمار، فيشبه السمسار، وإما بصفته مضاربا أو شريكا عاملا، فيغطيه ما جاء فى معيار المضاربة. وإن استحقاق المدير المبلغ الزائد على نسبة معينة قد سُمى حافظا على حسن إدارته للأصول، وإن هذا الحافظ إنما يُعقل كونه حافظا إن كان مرتبطا بما زاد على أدنى الربح المتوقع من خلال العمليات التجارية أو الصناعية التى أصدرت من أجلها الصكوك، فمثلا: إن كان أدنى الربح المتوقع من هذه العمليات ١٥%، فيمكن أن يقال إن مازاد على هذه النسبة من الربح الفعلى، فإنه يُعطى للمدير كحافظ، لأن هذا المقدار الزائد يمكن إضافته إلى حسن إدارته بوجه معقول. ولكن النسبة المعينة فى هذه الصكوك ليست مرتبطة بالربحية المتوقعة من العمليات، وإنما هى مرتبطة بتكاليف التمويل أو سعر الفائدة الذى يتغير كل يوم، بل كل ساعة، ولا علاقة له بربحية المشروع التجارى أو الصناعى، فكثيرا ما تنقص نسبته من نسبة الربحية المتوقعة من المشروع. فإن كانت نسبة الربح المتوقع ١٥% فى المثال السابق، فإنه من الممكن جدا أن يكون سعر الفائدة ٥%، والربح الفعلى نزل إلى ١٠% لسوء الإدارة من المدير، فكيف يمكن أن يقال إن مازاد على ٥% يعطى للمدير لحسن إدارته، بالرغم من أنه أساء فى الإدارة حتى نزل الربح إلى ١٠% من الربح المتوقع، وهو ١٥%؟ فظهر بهذا أن ما يسمى حافظا فى هذه الصكوك ليس حافظا فى

^١ فتح البارى، كتاب الإجازات، باب أجر السمسرة، ٤:٤٥١ .

^٢ عمدة القارى، الكتاب والباب المذكور أعلاه، ١٢:١٣٣ .

^٣ المعيار الشرعى، رقم ١٣، بند ٨:٥ .

الحقيقة، وإنما هو طريق لتمشية هذه الصكوك على أساس سعر الفائدة. وإن هذه الجهة لاتخلو من الكراهة على الأقل وإن لم نقل بحرمتها.

هذا من الناحية الفقهية البحتة. أما من ناحية سياسة الاقتصاد الإسلامي، فإن مثل هذه "الحوافز" التي لاتخلو منها الصكوك اليوم قد أهملت المقاصد الاقتصادية النبيلة للشركة أو المضاربة من توزيع الثروة فيما بين المستثمرين على أساس عادل، فإن الصكوك المؤسس على "الحوافز" جعلت الربح الموزع على المستثمرين مقتصرًا على سعر الفائدة في كل حال، وليس على الربحية الحقيقية للمشروع.

ولئن تحملت الهيئات الشرعية هذه المفاصد في بداية إصدار الصكوك في حين كانت المؤسسات المالية الإسلامية قليلة، فقد حان الأوان أن تُعيد النظر في ذلك وتخلص الصكوك الآن من هذه الأمور المشبوهة، فيما أن تخلو من "الحوافز" بتاتا، أو تؤسس الحوافز على أساس الربح المتوقع من المشروع، وليس على أساس سعر الفائدة، ويصبح ذلك ميزة تتميز بها المؤسسات المالية الإسلامية عن المؤسسات التقليدية الربوية تميزًا حقيقياً.

٢- اشتراط القرض عند نقص الربح من النسبة المعينة

أما اشتراط القرض عند انتقاص الربح الحقيقي من النسبة المعينة، فلا مبرر له إطلاقاً من الناحية الشرعية، فإن الذي يلتزم بالقرض هو مدير العمليات، وهو الذي يبيع الأصول على حملة الصكوك في بداية العملية، فلو اشتراط عليه أن يقرض حملة الصكوك في حالة نقص الربح الفعلي عن تلك النسبة، فهو داخل في بيع وسلف، وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وسلف. أخرج مالك في الموطأ بلاغاً، وأخرجه أبو داود والترمذي بلفظ: "لا يحل سلف وبيع". وقال الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح".^١ وقال ابن عبد البر، رحمه الله تعالى: "هذا الحديث محفوظ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو حديث صحيح رواه الثقات عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن شعيب ثقة إذا حدث عنه ثقة".^٢

وقد أخذ بهذا جميع أهل العلم، ولا يعرف فيه خلاف. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم والبيع باطل، وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً".^٣

^١ موطأ الإمام مالك ٦٥٧: ٢ وسنن أبي داود، باب في الرجل يبيع ماليس عنده، رقم ٣٥٠٤، وجامع الترمذي، باب ماجاء

في كراهية ماليس عنده، رقم ١٢٣٤

^٢ التمهيد لابن عبد البر ٣٨٤: ٢٤

^٣ المغنى لابن قدامة ١٦٢: ٤

وقال رحمه الله فى موضع آخر : " وإن شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها أو على أن يستأجر دارالمقرض بأكثر من أجرتها...كان أبلغ فى التحريم."^١

وقال ابن الهمام رحمه الله تعالى بعد ذكر الحديث: "ومعنى السلف فى البيع: البيع بشرط أن يقرضه دراهم، وهو فرد من البيع الذى شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك."^٢

وفى آلية الصكوك المذكورة لايرضى المدير باشتراط هذاالقرض إلا لأنه يحوز أكثر من حصته الحقيقية من الربح الفعلى من خلال "الحافز"الذى اشترط له عند ما يتجاوز الربح الفعلى النسبة المبنية على سعرالفائدة. فهذاالقرض أبلغ فى التحريم بعبارة ابن قدامة رحمه الله تعالى.

وقد يكون مدير العمليات الذى التزم بالقرض شريكا أو مضاربا. وهذاالالتزام المشروط أيضا مخالف لمقتضى العقد وتغطيه علة التحريم فى بيع وسلف سواء بسواء، فلا يجوز.

٣- تعهد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية

أماالمسألة الثالثة، فهى أن العمليات التجارية الحقيقية فى الشريعة لأىضمن فيها استرداد رأس المال، فإن غُثم الربح الحقيقي فى الشريعة الإسلامية يتبع الغُرم دائما، فكان الأصل فى الصكوك التجارية أن لأىضمن فيها رأس المال لحملتها، بل إنهم يستحقون القيمة الحقيقية للأصول، سواء أزدت من قيمتها الاسمية أم نقصت. ولكن الصكوك الرائجة اليوم كلها تضمن رأس المال لحملة الصكوك بطريق غير مباشر. وهو أن مدير العمليات يتعهد تجاه حملة الصكوك أنه سيشتري الأصول التى تمثلها الصكوك بالقيمة الاسمية عند نهاية مدتها، بقطع النظر عن قيمتها الحقيقية يومئذ. ومعنى ذلك أن حملة الصكوك يرجع إليهم عندإطفاء الصكوك رأس مالهم مضمونا، لاغير. فإن كان المشروع أصيب بخسران، فإنه يتحملة المدير، وإن كان فيه ربح فإنه يحوزه المدير بالغما ما بلغ. ولاحق لحملة الصكوك إلا فى استرداد رأس مالهم كما فى السندات الربوية.

ولو تأملنا فى مدى جوازهذاالتعهد، فإن مديرالعمليات فى الصكوك قد يدير العمليات على أساس كونه مضارباالحملتها، وقد يكون شريكا لهم، وقد يكون وكيلهم للاستثمار.

^١ المغنى ٢١١:٤

^٢ فتح القدير: ٦٧٧

التعهد من المدير المضارب

أما بطلان هذا التعهد فى حالة كونه مضاربا، فظاهر، لأنه ضمان رأس المال من المضارب لصالح أرباب الأموال، ولم يقل بجوازه أحد. وجاء فى معيار المضاربة الصادر من المجلس الشرعي: "فإذا كانت الخسارة عند تصفية العمليات أكثر من الربح يحسم رصيد الخسارة من رأس المال، ولا يتحمل المضارب منه شيئا باعتباره أمينا مالم يثبت التعدى أو التقصير. إذا كانت المصروفات على قدر الإيرادات يتسلم رب المال رأس ماله، وليس للمضارب شيء. ومتى تحقق الربح فإنه يوزع بين الطرفين وفق الاتفاق بينهما".^١

ولم أجد لهذا التعهد من المضارب مبررا فقهيًا، غير أنه قد ذكر فى بعض الصكوك أن المدير لا يتعهد بصفته مضاربا، بل بصفة أخرى، وهذا أمر غير معقول، لأنه ليس للمضارب صفة أخرى فى هذه العملية.

التعهد من الشريك

وقد يكون مدير العمليات شريكا لحملة الصكوك، وكما لا يجوز للمضارب أن يضمن رأس المال لرب المال، كذلك لا يجوز أن يضمنه أحد الشركاء للشركاء الآخرين، فإنه يقطع الشركة بين الشركاء فى حالة الخسارة، ولم يقل بجوازه أحد. وجاء فى معيار الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة الصادر من المجلس الشرعي: "لا يجوز أن تشتمل شروط الشركة أو أسس توزيع أرباحها على أى نص أو شرط يؤدي إلى احتمال قطع الاشتراك فى الربح، فإن وقع كان العقد باطلا".^٢

وقد نص المعيار على عدم جواز التعهد المذكور بصراحة فى بند لاحق حيث جاء فيه: "يجوز أن يُصدر أحد أطراف الشركة وعدا ملزما بشراء موجودات الشركة خلال مدتها أو عند التصفية بالقيمة السوقية، أو بما يُتفق عليه عند الشراء، ولا يجوز الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية".^٣

وجاء فى مستند الأحكام الشرعية لهذا المعيار: "مستند عدم جواز الوعد الملزم من قبل أحد أطراف الشركة بشراء موجودات الشركة بالقيمة الاسمية أنه بمثابة ضمان رأس المال، وهو ممنوع شرعا. ومستند جواز الوعد بشراءها بالقيمة السوقية أنه ليس فى ذلك ضمان بين الشركاء".^٤

وقد استدل بعض الإخوة المعاصرين على جواز هذا التعهد المستلزم لضمان رأس المال أن ذلك ممنوع فى شركة العقد، وليس فى شركة الملك، ثم ادعوا أن الشركة فى

^١ المعيار الشرعي رقم ١٣، بند ٨: ٧.

^٢ المعيار الشرعي رقم ١٢، بند ٥/١/٣.

^٣ المرجع السابق، بند ٢/٦/١/٣.

^٤ المعايير الشرعية، ص ٢٣٠.

الصكوك (وخاصة في الصكوك التي تمثل الأعيان المؤجرة) إنما هو شركة الملك، وليس شركة العقد. ولكن إذ انظرنا في حقيقة هذين النوعين من الشركة، تبين لنا أن الشركة في الصكوك شركة عقد، وليس شركة ملك فقط، وذلك لأن المقصود من هذه الشركة ليس تملكاً للأعيان بغرض الاستهلاك أو الانتفاع الشخصي، وإنما المقصود منه استثمار مشترك، وهو الفارق الأساسي بين شركة الملك وشركة العقد.

وتفصيل ذلك أننا لو تأملنا فيما ذكره الفقهاء في حقيقة شركة العقد ظهر لنا أن شركة العقد تتميز عن شركة الملك بوجوه ثلاثة: الأول أن المقصود منها الاسترباح المشترك، بخلاف شركة الملك، فإن المقصود منها التملك والانتفاع لاغير. والثاني أنها تجعل كل شريك وكيلاً عن الآخر في عمليات الاستثمار، في حين أن الشركاء في شركة الملك كل واحد منهم مستقل بتصرفه في حصته، وهو أجنبي بالنسبة لحصة شريكه أو شركائه الآخرين. الثالث: أن الشركاء أحرار في شركة العقد بتوزيع الربح فيما بينهم بأية نسبة مشاعة يتفقون عليها فيما بينهم، بخلاف شركة الملك، فإن كل شريك فيها مستقل بالاسترباح من حصته، ولو استغل كل واحد حصته منفرداً، فإن كل واحد ينفرد بما كسب من غلة حصته فقط. وإن هذه الخصائص لشركة العقد كلها متوافرة في الشركة التي تحدث بالصكوك.

وإن الشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى قد تكلم في الفرق بين النوعين من الشركة بكلام واضح ودقيق. وإليك عبارته بنصه: "إن الملكية الشائعة إنما تكون دائماً في شئ مشترك، فهذه الشركة إذا كانت في عين المال فقط، دون الاتفاق على استثماره بعمل مشترك، تسمى "شركة ملك". وتقابلها "شركة العقد" وهي أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل واقتسام الربح، كما في الشركات التجارية والصناعية".^١

وقد تحدث الشيخ رحمه الله تعالى عن الفارق بين القسمين في محل آخر فقال: "عقد الشركة: وهو عقد بين شخصين فأكثر على التعاون في عمل اكتسابي واقتسام أرباحه. والشركة في ذاتها قد تكون شركة ملك مشترك بين عدة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالإرث مثلاً، وقد تكون شركة عقد بأن يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يتساعدون فيه بالمال أو بالعمل ويشتركون في نتائجه. فشركة الملك هي من قبيل الملك الشائع وليست من العقود، وإن كان سببها قد يكون عقداً، كما لو اشترى شخصان شيئاً، فإنه يكون مشتركاً بينهما شركة ملك، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره بتجارة أو إحارة ونحو ذلك من وسائل الاسترباح. وأما شركة العقد التي غايتها الاستثمار والاسترباح فهي المقصودة هنا والمعدودة من أصناف العقود المسماة".^٢

^١ المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقاء ١/٢٦٣
^٢ المرجع السابق: ٥٥١:١

فأوضح الشيخ رحمه الله تعالى أن الشركة متى قصد بها الاستثمار أو الاستغلال، سواء عن طريق التجارة أو عن طريق الإجارة، أصبحت الشركة شركة عقد. ومن البديهي أن الصكوك يُقصد بها الاستثمار أو الاستغلال عن طريق الأعيان المؤجرة، فلا سبيل إلى القول بأنه شركة ملك. ولذا فلا يجوز أن يضمن أحد الشركاء رأس مال الآخر بطريق مباشر أو غير مباشر.

والواقع أن عدم جواز التعهد المذكور من الشريك أو المضارب أمر لا يحتاج إلى كثير من التدليل، فإنه أمر مقرر في الفقه، وقد أكدته المجامع والندوات الفقهية، والمجلس الشرعي نفسه. ولو فتحنا هذا الباب لحاز لمديري المصارف الإسلامية أن يضمنوا رأس مال المودعين بأن يتعهدوا بشراء حصصهم المشاعة في وعاء الاستثمار بقيمتها الاسمية، وبهذا ينتفى الفارق الوحيد بين ودائع المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية.

التعهد من وكيل الاستثمار

ولا يكون مدير العمليات في بعض الصكوك شريكاً أو مضارباً، وإنما يكون وكيلاً لحملة الصكوك في استثمار الأصول التي تمثلها الصكوك. فهل يجوز أن يتعهد لحملة الصكوك أنه سوف يشتري الأصول في نهاية المدة بقيمتها الاسمية؟ والجواب أن التعهد من الوكيل وإن كان أخف من تعهد الشريك أو المضارب، فإنه لا يجوز أيضاً، لأن الوكالة عقد أمانة ليس فيها ضمان على الوكيل إلا في حالة التعدي أو التقصير. والتعهد المذكور بمثابة الضمان منه، فلا يجوز هذا الضمان أيضاً. وبهذا أخذ معيار الضمانات الصادر من المجلس الشرعي، حيث جاء في البند ٢/٢/١ منه ما نصه: " لايجوز اشتراط الضمان على المضارب أو وكيل الاستثمار أو أحد الشركاء سواء كان الضمان للأصل أم للريح، ولايجوز تسويق عملياتها على أنها استثمار مضمون."

وجاء في البند التالي: " لا يجوز الجمع بين الوكالة والكفالة في عقد واحد لتنافي مقتضاهما، ولأن اشتراط الضمان على الوكيل بالاستثمار يحوّل العملية إلى قرض بفائدة ربوية بسبب ضمان الأصل مع الحصول على عائد الاستثمار."

وقد يستدل على جواز هذا التعهد من وكيل الاستثمار بمسئلة أقرها المعيار في البند نفسه، حيث جاء فيه: " أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة، ثم كفل الوكيل من يتعامل معه بعقد منفصل، فإنه يكون كفيلاً لابصفة كونه وكيلاً، حتى لو عزل عن الوكالة يبقى كفيلاً."

فيقول المستدلون إن وكيل الاستثمار وإن لم يكن ضامناً في الأصل، ولكنه أصبح ضامناً بحكم هذا التعهد المستقل المنفصل عن عقد الوكالة.

^١ انظر المعيار الشرعي، رقم ٥، بند ١/٢/٢، و ٢/٢/٢

والجواب أن هذا قياس مع فارق كبير، لأن الوكيل فى الصورة المذكورة فى المعيار يكون كفيلا عن مديون العمليات بعقد منفصل، وإنه لا يضمن إلا إذا تخلف المديون عن سداد واجباته فقط، ولكنه لا يضمن للبائع أن يكون البيع رابحا فى كل حال. أما فى صورة الصكوك، فإن وكيل الاستثمار لا يضمن مديونا معنا، وإنما هو يضمن خسران العمليات، حتى أن ضمانه يظل قائما، وإن سدد جميع المديونين واجباتهم، ولكن كانت العمليات خاسرة لنزول الأسعار فى السوق، أو لأى سبب آخر، فكيف يقاس هذا على ذلك؟

ثم يزيد الضغث على الإبلالة فى هذا التعهد إن كان المدير هو البائع للأصول على حملة الصكوك، كما هو الشأن فى كثير منها، حيث يتضمن هذا التعهد العينة، لأنه تعهد بشراء ما باعه المتعهد، إلا إذا انتفت العينة بالشروط المعروفة فى الفقه.

سياسة الاقتصاد الإسلامى

إن هذا البحث كله كان من الناحية الفقهية البحتة. أما إذا تأملنا من منظور مقاصد التشريع وأهداف الاقتصاد الإسلامى، فإن الصكوك التى اجتمعت فيها معظم خصائص السندات الربوية، مخالفة تماما لهذه المقاصد والأهداف. إن الهدف النبيل للاقتصاد الإسلامى الذى هو من حكم تحريم الربا أن يوزع محصول العمليات التجارية والصناعية فيما بين الشركاء على أساس عادل. وآليات الصكوك المذكورة تهدم هذا الأساس من رأسه، وتجعل الصكوك مشابهة للسندات الربوية سواء بسواء من حيث نتائجها الاقتصادية. وإن إنشاء المصارف الإسلامية لم يكن للمماشاة مع النظام الربوى السائد فى العالم فى جميع منتجاته وعملياته، وإنما كان المقصود من وراء ذلك أن نفتح بتدرج آفاقا جديدة للأعمال التجارية والمالية والمصرفية يسود فيها العدل الاجتماعى حسب المبادئ التى وضعها الشريعة الإسلامية الخالدة. ولاشك أن هذا العمل العملاق كان يحتاج إلى تدرج، ولكن التدرج الحقيقى إنما يُتصور بخطة ترسّم مراحلها المختلفة بدقة ووضوح، وبأن يكون هناك متابعة مستمرة للتقدم إلى هذه المراحل، وليس المراد من التدرج أن تقف الحركة على خطوة واحدة إلى أمد غير محدد.

لاشك أن هيئات الرقابة الشرعية والمجامع والندوات الفقهية أجازت للمصارف الإسلامية بعض العمليات لتسيير عجلتها فى ظروف صعبة عدد المصارف الإسلامية فيها قليل جدا. وكان المفروض أن تتقدم المصارف الإسلامية إلى العمليات الحقيقية المؤسسة على أساس أهداف الاقتصاد الإسلامى، وإلى الابتعاد من مشابهة العمليات الربوية، ولو خطوة فخطوة، ولكن الذى يحدث الآن هو عكس ذلك، فإن المؤسسات المالية الإسلامية أصبحت تتنافس فى أن تتقدم بجميع خصائص السوق الربوية بعجزها وبجرها، وتأتى

بمنتجات جديدة ترجع القهقري إلى الاقتراب من العمليات الربوية بدلا من أن تبعد عنها، وكثيرا ما تُبرر هذه المنتجات بالحيل التي يمجّها الفكر السليم، ويضحك عليها الأعداء.

وقد يستدل لتمشية هذه الصكوك بأن هيئات التصنيف العالمية لاتصنّفها بالمستوى العالى المطلوب إلا بمثل هذه الآليات التى تضمن لحملتها رأس مالهم، وتوزع عليهم الربح بنسبة معينة من رأس المال، ولذلك لايتيسر تسويقها على نطاق واسع إلا بمثل هذه الآليات. والجواب عنه أننا لومشينا خلف هيئات التصنيف العالمية التى لاتفرّق بين الحلال والحرام، لما يمكن لنا أبدا أن نتقدم إلى منتجات إسلامية خالصة تخدم أهداف الاقتصاد الإسلامى، وذلك لأن هذه الهيئات نشأت فى جوّ ربوى لا تعترف بجودة الاستثمار إلا بضمان رأس المال وتوزيع العائد على أساس ربويّ، والحال أن جودة المنتج من الناحية الشرعية تعتمد على تحمّل الأخطار وتوزيع الربح العادل فيما بين المستثمرين، فالعقلية الإسلامية مضادة تماما لعقلية هذه الهيئات.

وبالتالى، فإن الصكوك الإسلامية إنما وضعت للمصارف والمؤسسات الإسلامية التى تهدف إلى الابتعاد عن الربا، فينبغى تسويق الصكوك فيما بينها على ذلك الأساس، وينبغى أن تكون الصكوك مقبولة لديهم، دون احتياجها إلى التصنيف التقليدي. وقد أنشأت هيئة للتصنيف الشرعي الآن، فينبغى أن تدعمها المصارف والمؤسسات الإسلامية حتى نستغنى عن هيئات التصنيف التقليدية.

والواقع أن عدد المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية الآن عدد لا يُستهان بشأنه والحمد لله، ولا يزال فى تزايد يوما فيوما، ونسبة نموّها فى كثير من البلاد أكثر من نموّ البنوك التقليدية، فيتعين عليها الآن أن تتعاون فيما بينها لتقديم منتجات حقيقية بعيدة عن التحايل خالية عن الشبهات، وهادفة إلى خدمة مقاصد الشريعة فى مجال الاقتصاد والتنمية والعدل الاجتماعى. ولا يتحصل ذلك إلا بترشيد وتأكيد من قبل هيئات الرقابة الشرعية. ولو استمرت هيئات الرقابة الشرعية على سياستها السابقة، فإن المصارف الإسلامية سوف تخطئ الطريق، ويخشى أن تفشل هذه الحركة الطيبة لاقدرا لله. وقد حان للهيئات الشرعية أن تُعيد النظر فى سياستها، وتُقلّل من الرخص التى استفادت بها المؤسسات المالية الإسلامية حتى الآن، وتصمّد على المعايير الشرعية الصادرة من المجلس الشرعي، التى لم تُغفل الحاجات الحقيقية لهذه المؤسسات. وإنى على يقين بأنه إن صمدت الهيئات الشرعية على هذه المعايير، فإن الكفاءات الفئّية العالية الميسرة للمؤسسات لاتعجز عن إيجاد بدائل جيدة للمنتجات المشبوهة إن شاء الله تعالى.

خلاصة البحث والاقتراحات

- (١) ينبغي إصدار الصكوك على أساس مشروعات تجارية أو صناعية جديدة. وإن أصدرت على أساس مشروع قائم، فالواجب أن تمثل الصكوك ملكية تامة لحملتها فى موجودات حقيقية.
- (٢) ينبغي أن توزّع عوائد المشروع على حملة الصكوك بالغة ما بلغت بعد حسم المصروفات بما فيها من أجرة المدير، أو حصة المضارب فى الربح. ولئن كان هناك حافظ للمدير فليكن على أساس الربح المتوقع من العمليات، وليس على أساس سعر الفائدة.
- (٣) لا يجوز التزام المدير أن يقدم قرضا عند نقص الربح الفعليّ من الربح المتوقع.
- (٤) لا يجوز للمدير ، سواء كان مضاربا ، أو شريكا ، أو وكيلًا للاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول بقيمتها الاسمية. بل يجب أن يكون الشراء على أساس صافى قيمة الأصول، أو بثمن يُتفق عليه عند الشراء.
- (٥) يتعين على هيئات الرقابة الشرعية أن تلتزم بالمعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الشرعيّ.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

تداول الأسهم والصكوك وضوابطه الشرعية

إعداد

الدكتور أحمد عبد العليم عبد اللطيف أبو عليو

مدير إدارة الدراسات والبحوث

مجمع الفقه الإسلامي الدولي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد .

قضايا الأسهم والصكوك ، هامة ودقيقة ، وتأتي أهميتها لما تحتله من مكانة كبيرة في الاقتصاد الإسلامي المعاصر، ولما تختص به من مميزات قد لا تتوفر في غيرها من المنتجات الاقتصادية الأخرى. وبالإضافة إلى أهميتها فإنها دقيقة في أحكامها لما يترتب على الإخلال بالتعامل فيها من مخالفات شرعية ، قد تؤثر على مصداقية المؤسسات المالية الإسلامية ، بل النظام المالي الإسلامي برمته. من أجل ذلك يجب التدقيق في أحكام منتجاتها ، من خلال وضع الضوابط التي تحقق المصداقية ، وتميزها عن غيرها من المنتجات.

وانطلاقاً من تلك الأهمية كان لا بد من بيان أحكام الشرع فيها ، وذلك ببحث مسألتها ومناقشتها.

ومن هذه المسائل مسألة: تداول الأسهم والصكوك ، في حالة ما إذا كانت موجوداتها خليطاً من النقود والديون ، وكانت النقود والديون فيها غالبية ، وهي مسألة قد أخذت من المجامع الفقهية والمؤسسات المالية الإسلامية حيزاً واسعاً من البحث والنقاش ، وحتى الآن لم تنته إلى رأي حاسم فيها.

وسعيًا للوصول إلى حكم تطمئن إليه النفس فيها ، رأت أمانة المجمع بحثها ومناقشتها في الدورة العشرين لمؤتمر مجلس المجمع ، المزمع عقده في مدينة وهران الزاهرة ، بجمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية العتيدة ، بع أن عقدت لها عدة ندوات.

وبتوفيق من الله تعالى سأتناول بحث هذه المسألة من خلال الخطة التالية:

خطة البحث

تشتمل الخطة على تمهيد ومبحثين وخاتمة .

فأما التمهيد فيتضمن تعريف الأسهم والصكوك، والفرق بينهما وبين السندات ،
وفيه مطلبان :

المطلب الأول: في تعريف الأسهم والصكوك.

المطلب الثاني: في الفرق بين الأسهم والصكوك، وبين السندات.

وأما المبحث الأول: فيتضمن بيان تداول الأسهم والصكوك، وحالاته، وحكمه،
وفيه مطلبان :

المطلب الأول: المراد بتداول الأسهم والصكوك، وحالاته.

المطلب الثاني: حكم تداول الأسهم والصكوك، وفيه فرعان :

الفرع الأول: حكم تداول الأسهم والصكوك، حال كون الموجودات من الأعيان
والمنافع، أو النقود والديون المحضة، أو خليطاً من النقود والديون
والأعيان والمنافع وغلبة الأعيان والمنافع عيها.

الفرع الثاني: حكم تداول الأسهم والصكوك، حال كون الموجودات المتداولة
خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع، وغلبة النقود والديون
عليها.

وأما المبحث الثاني: فيتضمن بيان وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه، ووقت تحقق
ضابط الغلبة وشروطه، وفيه مطلبان .

المطلب الأول: في بيان وقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه.

المطلب الثاني: في بيان وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه.

د. أحمد عبد العليم أبو عليو

التمهيد في

تعريف الأسهم والصكوك، والفرق بينهما وبين السندات

المطلب الأول

تعريف الأسهم والصكوك والسندات

أولاً : تعريف الأسهم في اللغة والاصطلاح :

الأسهم جمع سهم ، و السَّهْمُ في اللغة : واحد السَّهَامِ . وله عدة معان منها : النصيب ، والحظ ، والجمع سُهْمَانٌ وسُهْمَةٌ . وفي هذا الأمر سُهْمَةٌ أي نصيب وحظ من أترك كان لي فيه . والسَّهْمُ القِدْحُ الذي يُقَارَعُ به ، والجمع سِهَامٌ . واستَهَمَ الرجلان : تقارعا . وسَاهَمَ القومَ فسَهَمَهُمْ سَهْمًا : قارعهم ففَرَعَهُمْ . وفي التنزيل قال تعالى : ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾^(١) ؛ والسَّهْمُ واحد النَّبْلِ ، وهو مَرَكَبُ النَّصْلِ ، والجمع أَسْهُمٌ وسِهَامٌ . والمُسَهَّمُ : البُرْدُ المخطط ؛ والسَّهْمُ : القِدْحُ الذي يُقَارَعُ به^(٢) .

والسهم في اصطلاح المختصين في الاقتصاد الإسلامي له تعريفات ، من أهمها :

(١) أن السهم ورقة مالية تمثل حصة شائعة في موجودات الشركة ، وأن مالكة يعد مالكا ملكية مباشرة لتلك الموجودات^(٣) ، وهذا التعريف هو الذي أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، في دورته السابعة .

(٢) أن السهم ورقة مالية لا تمثل حصة في موجودات الشركة ، وحاملها لا يملك شيئاً فيها ، لأنها ملك للشركة^(٤) .

(٣) أن السهم ورقة مالية تمثل حصة شائعة في الشخصية الاعتبارية للشركة ، وهذه الشخصية لها ذمة مالية مستقلة عن الملاك والمساهمين ، ولها أهلية كاملة^(٥) .

والتعريف الذي اختاره الباحث هو الأول ، لأنه هو التعريف الذي يفيد بيقين حل الربح الذي يتحصل عليه المساهم .

وتعتبر الأسهم أداة التمويل الأساسية لتكوين رأس المال في شركات المساهمة؛ إذ تطرح للاكتتاب العام ضمن مهلة محددة يعلن عنها مع الإصدار.

^١ سورة الصافات آية : ١٤١ .

^٢ لسان العرب ، والقاموس المحيط ، مادة سهم .

^٣ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم : ٦٣ .

^٤ انظر الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة ، للدكتور محمد علي القري ، نشر مجلة دراسات اقتصادية إسلامية ، ص: ٥ العدد ٢ .

^٥ انظر إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية ، للدكتور يوسف الشبيلي ، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم ، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ص: ٥ .

ثانيا تعريف الصك في اللغة والاصطلاح :

الصكوك في اللغة : جمع صك ، وهي المكتوب الذي يتضمن حقا أو مالا ونحوه^(١) .

الصكوك في الاصطلاح : عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي الصكوك بأنها : وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية موجودات (أعيان أو منافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والديون) قائمة فعلا ، أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب ، وتصدر وفق عقد شرعي ، وتأخذ أحكامه^(٢) .

وعرف مجلس الخدمات المالية الإسلامية الصكوك في المعيار رقم (٧) بأنها : شهادات يمثل كل صك منها حق ملكية لنسبة مئوية شائعة في موجودات عينية ، أو مجموعة مختلطة من الموجودات العينية وغيرها ، وقد تكون الموجودات في مشروع محدد أو نشاط استثماري معين ، ويشترط أن يكون المشروع متفقا مع الشريعة الإسلامية^(٣) .

وعرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الصكوك الإسلامية بأنها : وثائق متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص ، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله^(٤) .

وللباحثين في الاقتصاد الإسلامي تعريفات للصكوك منها أنها :

شهادات أو وثائق " أوراق مالية " اسمية أو لحاملها ، متساوية القيمة ، تمثل حقوق ملكية شائعة في أصول أو أعيان أو منافع أو خدمات أو حقوق مالية ، أو خليطا من بعضها أو كلها حسب شروط معينة عند إصدارها أو بعد استخدام حصيلتها بالاكتتاب فيها^(٥) .

أوراق مالية متساوية القيمة تمثل أعيانا ومنافع وخدمات معا أو إحداها مبنية على مشروع استثماري يدر دخلا^(٦) .

الأوراق المالية التي تثبت حقا لصاحبها في ملكية شائعة لموجود أو موجودات^(٧) .

وبالنظر في هذه التعريفات يمكن القول بأنها تتفق جميعا على أن الصك هو ورقة مالية تمثل حصة شائعة في ملكية أعيان أو منافع في موجودات مشروع.

١ المصباح المنير للفيومي . مادة : صك . القاموس المحيط للفيروز أبادي الشيرازي ، فصل الشين والصاد باب الكاف ج : ٣٢٠/٤ .

٢ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، القرار رقم : ١٧٨ الدورة التاسعة عشرة التي انعقدت في إمارة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة .

٣ انظر المعيار رقم : ٧ .

٤ انظر المعايير الشرعية . هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية . ص : ٢٣٨ طبعة ٢٠١٠م

٥ الصكوك قضايا فقهية واقتصادية للدكتور معبد الجارحي ، والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد ص : ٥ .

٦ الصكوك الإسلامية : " التوريق " وتطبيقاتها المعاصرة . للدكتور علي محيي الدين القره داغي ص : ٢ .

٧ الصكوك الإسلامية : " التوريق " وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها ، للدكتور محمد عبد الحليم عمر ، ص : ٤ .

ثالثا تعريف السند :

السند هو وثيقة بحق على الشيوع في دين نقدي يكون ربويا على الأغلب^(١) .

المطلب الثاني

الفرق بين الأسهم والصكوك ، وبين السندات

هنا فروق بين الأسهم والصكوك، وبين السندات، من أهمها :

أن حامل السند يحصل على فائدة ربوية مقابل الفائدة المدفوعة على السند ، وقد يكون سعر الفائدة ثابتا ، ومن ثم يكون دخل السند ثابتا ، وقد يكون متغيرا ، ومن ثم يكون الدخل من السند متغيرا، وعلى هذا تكون حيازة السهم وتجارته حرام ، لإفضائه إلى الربا المحرم .

أما يحصل عليه حامل الصك، فهو ربح ناتج عن ملكيته المشاعة في الموجودات التي يمثلها الصك .

أما حامل السهم حامله فله حقوق مباشرة على إدارة الشركة ، وله صوت في تعيين الإدارة وعزلها ، كما أن له صوتا في إقرار الحسابات الختامية.

كما أن السهم يمثل حصة على المشاع في موجودات أكثر من شركة مساهمة، وذلك حين يكون السهم حصى في شركة قابضة ذات شركات قابضة^(٢) .

^١ الصكوك قضايا فقهية واقتصادية للدكتور معبد الجارحي ، والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد ، بحث مقدم لمؤتمر الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، التي انعقدت بمدينة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة عام : ٢٠٠٩م ص: ٨٧.

^٢ الصكوك قضايا فقهية واقتصادية للدكتور معبد الجارحي ، والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد ، بحث مقدم لمؤتمر الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، التي انعقدت بمدينة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة عام : ٢٠٠٩م ص: ٨٧.

المبحث الأول تداول الأسهم والصكوك ، وحالاته، وحكمه

المطلب الأول تداول الأسهم والصكوك ، وحالاته

أولاً : المراد بتداول الأسهم والصكوك :

هو بيعها في السوق الثانوية بعد شرائها من قبل المكتتبين، ويقصد بها السوق التي تتداول فيها الأوراق المالية بعد إصدارها وإدراجها في المحافظ الاستثمارية للمستثمرين^(١).

ثانياً : حالات تداول الأسهم والصكوك :

الحالة الأولى: التداول حال كون مكونات الموجودات نقوداً محضة، لم تستخدم حصيلتها في شراء أعيان أو منافع، أو بعد صيرورة موجودات الصكوك نقوداً بعد التصفية (حيث يقوم مدير الصكوك ببيع كافة الأعيان، وسداد المستحقات من الديون، وتحصيل ما يستحقه حاملو الصكوك من الديون، وتتحول كافة الذمم إلى نقود).

الحالة الثانية: التداول حال كون مكونات الموجودات من الأعيان والمنافع الموجودة عند التداول .

الحالة الثالثة : التداول حال ما إذا كانت مكونات الموجودات من الأعيان الموصوفة في الذمة.

الحالة الرابعة : التداول حال كون مكونات الموجودات ديوناً محضة.

الحالة الخامسة: التداول حال كون مكونات الموجودات خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع، وغلبة الأعيان والمنافع، أو غلبة النقود والديون.

المطلب الثاني حكم تداول الأسهم والصكوك

تبين مما سبق أن التداول له حالات، وأما حكمه فالأصل المعتمد عليه في تداول الأسهم والصكوك، هو قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم : ٣٠ (٤/٥) الصادر بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار في الدورة الرابعة لمجلس المجمع المنعقدة بمدينة جدة المملكة العربية السعودية، في الفترة من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ الموافق

^١ المرجع السابق ص: ١٥. انظر إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية ، للدكتور يوسف الشيبلي، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقييم ، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ص: ٢ .

٦- ١١ شباط (فبراير) ١٩٨٨م، الذي عالج حالات التداول المختلفة، عدا حالة : (ما إذا كانت الموجودات المتداولة خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع، وكان غالب الموجودات أو أكثرها من النقود والديون) حيث لم يبين القرار الحكم فيها، وإنما أرجأه حتى صدور لأئحة تفسيرية تصدر بشأنها، وحتى الآن لم تصدر تلك اللائحة، الأمر الذي أثار الخلاف بين العلماء والباحثين والمختصين في الشأن الاقتصادي منذ ما يزيد على ربع قرن، من حيث القواعد والضوابط الشرعية التي يجب اتباعها عند التداول في هذه الحالة، مما استدعي إعادة بحثها ومناقشتها في كثير من الندوات والملتقيات العلمية.

وحتى يمكن التعرف على حكم التداول، أرى أنه من المتعين التعرض لحكم الحالات الأخرى بشيء من البيان حسب المراحل التي تلي مرحلة التأسيس والاكتمال، (علماً بأن الحكم في جميعها محل اتفاق بين العلماء عدا حالة غلبة النقود والديون على المكونات حال كونها خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع)، ثم أتبعها ببحث ومناقشة للحالة التي نحن بصددتها، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

حكم تداول الأسهم والصكوك

حال كون الموجودات من: الأعيان أو المنافع، أو النقود أو الديون، أو خليطاً منهما، وغلبة الأعيان والمنافع عليها

إذا كانت موجودات الأسهم والصكوك من الأعيان أو المنافع، أو من النقود والديون المحضة، أو خليطاً من النقود أو الديون، والأعيان والمنافع، وكانت الغلبة فيها للأعيان والمنافع، فلا خلاف بين الفقهاء والمختصين في الاقتصاد الإسلامي، في جواز التداول في هذه الحالة، وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً: حكم تداول الأسهم والصكوك حال كون موجوداتها نقوداً محضة:

إذا كانت حصيلة الأسهم أو الصكوك التي يراد تداولها لا تزال نقوداً لم تستخدم حصيلتها في الشراء لأعيان أو منافع، فإنه يشترط لصحة بيعها في هذه الحالة تحقق شروط الصرف من: التقابض في المجلس، والتماثل بين سعر البيع والقيمة الاسمية للصك أو السهم، وذلك لأن الصكوك في هذه المرحلة ما زالت تمثل نقوداً فيكون بيعها بيعة للنقود، وهو الصرف. وكذلك في حال ما إذا صارت حصيلتها بعد بيعها نقوداً، حيث لا يجوز بيعها إلا بمثل ما يقابلها في الموجودات. وعلى هذا لا يجوز لمالكي الأسهم أو الصكوك بيعها أو التصرف فيها إلا بالشروط المذكورة من التقابض والتماثل. وهذا ما نص عليه البند (أ) من العنصر الثالث، من الفقرة (٢) أولاً من قرار المجمع رقم : ٣٠ (٤/٥) السالف الذكر، والذي جاء فيه: "إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في

العمل بالمال ما يزال نقوداً، فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد، وتطبق عليه أحكام الصرف"^(١).

وهو أيضاً ما نص عليه المعيار الشرعي للأوراق المالية^(٢)، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي)، الصادر بتاريخ : ١٤٢٥/٣/٣٠ هـ البند ١٧/٣، والذي جاء فيه : (لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها نقوداً سواء في فترة الاكتتاب، أو بعد ذلك قبل أن تزاوّل الشركة نشاطها، أو عند التصفية إلا بالقيمة الاسمية وبشرط التقابض)^(٣).

وما نص عليه أيضاً المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار^(٤)، والذي جاء فيه : (يجوز تداول الصكوك واستردادها إذا كانت تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات من أعيان أو منافع أو خدمات بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص وبدء النشاط، أما قبل بدء النشاط فتراعى الضوابط الشرعية لعقد الصرف، كما تراعى أحكام الديون إذا تمت التصفية وكانت الموجودات ديوناً أو تم بيع ما تمثله الصكوك بثمن مؤجل).

ثانياً : حكم تداول الأسهم والصكوك حال كون موجوداتها من الأعيان والمنافع أو الخدمات:

إذا صارت موجودات الأوراق المالية من الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية الأخرى التي يراد تداولها، قد أصدرت مقابل أعيان موجودة أو منافع، أو اشترت بها أعيان أو منافع. وبمعنى آخر إذا لم يكن في موجوداتها نقد أو دين، مثل: صكوك الإجارة، وبعض الأسهم والصناديق العقارية، جاز تداولها في هذه الحالة عند تحقق شروط البيع العادية، وهذا بلا خلاف، وذلك لأن الأسهم والصكوك في هذه الحالة تمثل الأعيان أو المنافع، فيكون تداول الأسهم والصكوك عبارة عن بيع لتلك الأعيان أو المنافع، وهذا ما نص عليه البند (ج) من العنصر الثالث، من الفقرة (٢) من أولاً من قرار المجمع رقم : ٣٠ (٤/٥) السالف الذكر، والذي جاء فيه : " إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع... " فهذا النص ينطبق على تلك الحالة، كما ينطبق أيضاً على حالة الخلطة مع غلبة الأعيان والمنافع^(٥).

^١ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

^٢ المعيار الشرعي للأوراق المالية ٢، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي)، الصادر بتاريخ: ١٤٢٥/٣/٣٠ هـ البند ١٧/٣.

^٣ المرجع السابق.

^٤ انظر المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار ٤، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ: ١٤٢٤/٣/٧ هـ البند ١/٢/٥

^٥ المرجع السابق.

وما نص عليه قرار المجمع نص عليه أيضا المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار^(١) ، فقد جاء فيه : (يجوز تداول الصكوك واستردادها إذا كانت تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات من أعيان أو منافع أو خدمات ، بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص وبدء النشاط) .

ثالثا: حكم تداول الأسهم والصكوك حال كون موجوداتها أعيانا موصوفة في الذمة:

إذا كانت الصكوك التي يراد تداولها ، قد أصدرت مقابل أعيان موصوفة في الذمة ، فإنه لا يجوز تداولها في هذه الحالة ، وذلك لاشتغال عملية التداول على بيع ما لم يقبض ، وهو لا يجوز^(٢) .

رابعا :حكم تداول الأسهم والصكوك حال كون موجوداتها ديونا محضه :

إذا تمحضت موجودات الأسهم والصكوك بعد بيعها ديونا ، فإنه في هذه الحالة يطبق عليها حكم التعامل بالديون ، لأنه بيع للدين بالنقد وهو لا يجوز باتفاق الفقهاء لاشتماله على الربا بنوعيه الفضل والنسيئة ، ومن ثم لا يجوز بيع هذه الأسهم أو الصكوك إلا بعد تحقق شروط بيع الدين. وهذا ما نص عليه البند (ب) من العنصر الثالث ، من الفقرة (٢) من أولا من قرار المجمع رقم : ٣٠(٤/٥) السالف الذكر ، والذي جاء فيه :

" إذا أصبح مال القراض ديوناً ، تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون"^(٣) .

وما نص عليه أيضا المعيار الشرعي للأوراق المالية^(٤) والذي جاء فيه : (لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها ديونا فقط ، إلا بمراعاة أحكام التصرف في الديون) .

وهو ما نص عليه أيضا المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار^(٥) ، والذي جاء فيه : (يجوز (يجوز تداول الصكوك واستردادها... أما قبل بدء النشاط فتراعى الضوابط الشرعية لعقد

^١ انظر المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار ١ ، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ: ١٤٢٤/٣/٧هـ البند ١/٢/٥ .

^٢ انظر أسواق الصكوك الإسلامية وكيفية الارتقاء بها ، للدكتور معبد الجارحي ، والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد ، بحث مقدم لندوة الصكوك الإسلامية : عرض وتقويم التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة ، بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي فيها ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ، خلال الفترة من : ١٠ - ١١/٦/١٤٣١هـ ، الموافق : ٢٤ - ٢٥/٥/٢٠١٢م ، ص: ٢٦٢٦ ، وانظر الصكوك قضايا فقهية واقتصادية للدكتور معبد الجارحي ، والدكتور عبد العظيم جلال أبو زيد ، بحث مقدم لمؤتمر الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، التي انعقدت بمدينة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة عام : ٢٠٠٩م ص: ٢٣ .

^٣ قرار المجمع السابق .

^٤ انظر المعيار الشرعي للأوراق المالية ٤ الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ: ١٤٢٥/٣/٣٠هـ البند ١٨/٣ .

^٥ انظر المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار ٥ ، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ: ١٤٢٤/٣/٧هـ البند ١/٢/٥ .

الصرف، كما تراعى أحكام الديون إذا تمت التصفية وكانت الموجودات ديونا أو تم بيع ما تمثله الصكوك بثمن مؤجل).

خامسا : حكم تداول الأسهم والصكوك حال كون موجوداتها خليطا من النقود والديون والأعيان والمنافع، وكان غالبها من الأعيان والمنافع:

إذا صارت الموجودات المراد تداولها خليطا من النقود والديون والأعيان والمنافع، وكانت الغلبة فيها للأعيان والمنافع، فإن الحكم فيها مثل الحكم الوارد في ثانيا وهو الجواز، وذلك بناء على أن الصكوك في هذه الحالة تمثل الأعيان أو المنافع، فيكون تداول الأسهم والصكوك عبارة عن بيع لتلك الأعيان أو المنافع كما سبق، وهو جائز، بناء على ما نص عليه البند (ج) من العنصر الثالث، من الفقرة (٢) من أولا من قرار المجمع رقم : ٣٠ (٤/٥) الصادر بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار السالف الذكر، والذي جاء فيه :

" إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب^(١) في هذه الحالة أعياناً ومنافع..."^(٢) .

وهو أيضا ما أخذ به : الملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٣) ، كما أخذ به الملتقى الفقهي الأول للهيئة الشرعية لشركة الراجحي^(٤) ، وأخذت به الندوة الفقهية للشركة الأولى للاستثمار^(٥) ، وكذلك ندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي^(٦) .

الفرع الثاني

حكم تداول الأسهم والصكوك

حال كون مكونات موجوداتها خليطا من النقود والديون والأعيان والمنافع،

وكانت الغلبة فيها للنقود والديون

سبق بيان أن القرار السابق للمجمع قد أرجئ الحكم في حالة ما إذا صارت مكونات موجودات الأسهم أو الصكوك خليطا من النقود والديون والأعيان، أو المنافع، أو

١ أي غالب موجودات الأسهم والصكوك .

٢ المرجع السابق.

٣ انظر توصيات الملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المنعقد بشأن ضوابط التداول في الأوعية الاستثمارية ، عمان .الأردن ٢٠٠٢ م .

٤ انظر توصيات الملتقى الفقهي الأول للهيئة الشرعية لشركة الراجحي، الذي انعقد بالطائف بتاريخ : ١٢ جمادى الأولى ١٤٢٢ هـ .

٥ انظر توصيات الندوة الفقهية للشركة الأولى للاستثمار ٥، التي انعقدت بالكويت بتاريخ : ٣١ - ١ نوفمبر ٢٠٠١ م .

٦ انظر توصيات الندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي، التي انعقدت في ماليزيا بتاريخ : ٣ - ٥ ربيع الآخر ١٤٢٢ هـ .

الخدمات، وكان غالب الموجودات أو أكثرها من النقود أو الديون ، أوهما معا فيها، حتى صدور لائحة تفسيرية تصدر بشأنها، وأنه حتى الآن لم تصدر تلك اللائحة.

كما سبق بيان أن عدم حسم المجمع لحكم هذه الحالة منذ ما يزيد على ربع قرن، أثار الخلاف بين العلماء والباحثين والمختصين في الشأن الاقتصادي، من حيث تحديد القواعد والضوابط الشرعية التي يجب اتباعها عند التداول في هذه الحالة، مما استدعي إعادة بحثها ومناقشتها في كثير من الندوات والملتقيات العلمية.

وفي البداية أقول: إن من يمعن النظر في الاختلافات المتعلقة بهذه المسألة يجد أن أسبابها تدورما بين: التحوط من الوقوع في الربا عند من يرون وجوب التحوط في المسائل الربوية، بناء على أن النقود والديون مقصودة للمشتري في هذه الحالة، وبين التيسير في التعامل بناء على أن النقود والديون غير مقصودة في هذه المعاملة، وذلك بالنظر إلى مصلحة المؤسسات والمساهمين وحملة الصكوك، لمنع توقف عملية التداول للأوراق المالية في المؤسسات المالية الإسلامية التي غالبا ما تكون موجوداتها من النقود والديون بسبب اعتمادها على المراجحات والتورق ونحوهما، لصعوبة تطبيق شروط الصرف وبيع الدين، عند من يرون الحفاظ على المصلحة الاقتصادية.

وإعمالا لهذا السبب، فهل يمكن أن نغض الطرف في هذه الحالة عن تحقق شروط بيع الدين والنقد، ومن ثم نقول بجواز البيع إعمالا للمصلحة الاقتصادية على حساب المصلحة الشرعية دون سبب واضح. أم نطبق أحكام بيع النقود والديون، حتى ولو ترتب عليها توقف التداول، لعدم توفر الشروط، وتطبيقا للقرار السابق للمجمع المبني على ضابط الغلبة، ومن ثم فلا نجزى البيع إلا بتحقق شروط الصرف، وشروط بيع الدين. أم أن هناك طريقا آخر يمكن ولوجه من خلال يسر الشريعة وصلاحياتها لكل زمان ومكان، يسهم في الرواج الاقتصادي المنضبط ويراعي المصالح الشرعية، ومقاصدها العليا ويغلبها. للجواب على ذلك أقول: للعلماء المعاصرين في الاقتصاد الإسلامي في ذلك اتجاهات مبنية على اعتبارات فقهية واقتصادية، أذكرها على النحو التالي:

الاتجاه الأول : الاعتبار في جواز التداول للغالب من مكونات الموجودات:

مبنى هذا الاتجاه على أن الحكم للأغلب في مكونات الموجودات، فإن كانت الأعيان أو المنافع هي الغالبة، كان لها حكم بيع الأعيان أو المنافع، وإن كانت النقود هي الغالبة كان لها حكم بيع الصرف، وإن كانت الديون هي الغالبة كان لها حكم بيع الديون، وهذا ما بني عليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي حكمه الوارد بخصوص التداول في قراره الصادر بشأن سندات المقارضة، السالف الذكر، والذي جاء فيه:

(إذا صار مال القراض موجودات متداولة مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون

الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع، أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة^(١).

قد يقول قائل إن قرار المجمع المذكور لم يحسم الحكم في المسألة، مما يعني إمكان الصيرورة إلى ضابط آخر يمكن من خلاله بيان حكم هذه الحالة.

للجواب على هذا أقول: رغم أن ظاهر قرار المجمع السابق الذكر لم يحسم الحكم في المسألة المعروضة، إلا أنه يدل بمفهومه على أن المجمع قد اعتمد ضابط الغلبة في بيان حكم التداول في سائر الحالات، مما يعني اعتماده في حكم الحالة الأخيرة، وعلى هذا فإن الإحالة إلى اللائحة التفسيرية المشار إليها في القرار لا تعني العدول عن العمل بضابط الغلبة المذكور كما فهم البعض، وإنما تعني في تقديري بيان حدود الغلبة، ووقت تحققها، وعليه يكون حكم التداول في الحالة الأخيرة التي غلبت فيها النقود أو الديون، هو أن جواز التداول مشروط بتطبيق شروط الصرف في حال غلبة النقود، وشروط بيع الدين في حال غلبة الديون، توضح هذا جملة: "فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية... الخ".

وهو أيضاً ما أخذ به الاتجاه الثاني لندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم^(٢)، فقد جاء في توصياتها بشأن التداول ما نصه: "الاتجاه الثاني: ويرى عدم جواز تداول الأسهم والصكوك والصناديق الاستثمارية، إذا كانت مكونات موجوداتها مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، مع كون الغالب نقوداً أو ديوناً.

وما عليه أصحاب هذا الاتجاه هو أيضاً ما عليه رأي بعض المشاركين في المؤتمر الفقهي الأول لمركز شوري للاستشارات الشرعية بالكويت^(٣).

دليل هذا الاتجاه:

إن التداول في حالة غلبة النقود، يؤدي إلى الوقوع في مبادلة النقد بالنقد، دون تحقق الضوابط الشرعية فيه، وهو ما نص على منعه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: (٤/٥/٣٠).

وأن التداول في حال غلبة الديون يؤدي إلى بيع الدين لغير من عليه، وهو ما نص على منعه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ١٠١ (٤/١١) الذي نص على: "أنه لا يجوز

^١ قرار المجمع السالف الذكر.

^٢ انظر توصيات ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة، بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي فيها، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، خلال الفترة من: ١٠ - ١١/٦/١٤٣١هـ، الموافق: ٢٤ - ٢٥/٥/٢٠١٢م.

^٣ انظر توصيات المؤتمر الفقهي الأول لمركز شوري للاستشارات الشرعية بالكويت، الذي انعقد بتاريخ: ٢٢/١٠/١٤٢٧، بشأن قاعدة التبعية في العقود وأثرها في الترخيصات الشرعية.

بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو غير جنسه لأنه من بيع الكائى بالكائى المنهي عنه شرعاً^(١). ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئاً عن قرض أو بيع آجل^(٢).

كما أن ما عليه الاتجاه الثاني في هذه التوصيات قد اعتمد في حكمه على ضابط الغلبة الذي اعتمد عليه القرار السابق للمجمع.

مناقشة هذا الاتجاه:

يمكن هذا الاتجاه بما يلي :

(١) إن الكثرة تطلق في اللغة على ما هو كثير حسب النظر والعرف دون ملاحظة النسبة المئوية بأن تزيد على: ٥٠٪ ، فالعرب يطلقون على الشيء أنه كثير، و لا يتصورون أنه أكثر من الباقي أو الآخر، وإنما يراد به أنه كثير في حد ذاته، فالكثير هو نقيض القليل، فما خرج عن كونه قليلاً فهو كثير دون ملاحظة النسبة المئوية^(٣)، جاء في لسان العرب والمعجم الوسيط : الكثرة نقيض القلة . وقوم كثير، وكثيرون ، والكثرة نماء العدد يقال: كثر الشيء يكثر كثرة فهو كثير ، وكثر الشيء - بتشديد الثاء - أي جعله كثيراً ، وأكثر الرجل أي كثر ماله . فالكثرة ضد القلة، والكثير هو ما لم يكن قليلاً حسب النظر والعرف والحال والمقام ، وأما التفاضل فهو يتم بلفظ الأكثر الذي هو من صيغ المفاضلة^(٤) ، ... وعلى هذا المعنى العام والعرفي يحمل حديث رسول الله ﷺ حينما قال لسعد : (الثلث والثلث كثير)^(٥) ، حيث لا يقصد به أن الثلث كثير بالنسبة للباقي، وإنما يقصد به أنه إنفاق كثير وتبرع كبير حسب العرف دن النظر إلى المقابلة بينهما، وإلا فالثلث هو يساوي حوالي ٣٣٪ والباقي حوالي: ٦٧٪، ولذلك إذا أريدت الزيادة فيستعمل لفظ الأكثر لهذه المفاضلة والمقابلة، فلو سرنا على هذا المعنى فيمكن القول: بأن الأعيان والمنافع

^١ حديث النهي عن بيع الكائى بالكائى أخرجه : الدارقطني في سننه انظر سنن الدار قطني ، لعلي بن عمرو أبو الحسن الدارقطني البغدادي المتوفى سنة : ٣٨٥هـ ، ص: ٧١ ج: ٣. دار المعرفة .

^٢ انظر توصيات ندوة الصكوك الإسلامية : عرض وتقويم التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة، بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي فيها، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، خلال الفترة من : ١٠ - ١١/٦/١٤٣١هـ، الموافق : ٢٤ - ٢٥/٥/٢٠١٢م.

^٣ انظر أثر ديون وتقود الشركة، أو المحفظة على حكم تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ، المشكلة والحلول ، دراسة فقهية اقتصادية ، للدكتور علي محيي الدين القره داغي . ص: ٥٢ وما بعدها . بحث مقدم لحلقة العمل حول لأئحة المكونات الشرعية لتداول الصكوك ووحدات الصناديق الاستثمارية ، المنعقدة بالتعاون المشترك بين مجمع الفقه الإسلامي بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية ، بمقر البنك بجدة ، ٢٠ صفر ١٤٢٨هـ الموافق : ١٠ مارس ٢٠٠٨م. وهو نفس البحث المقدم للندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل ، المنعقدة بتاريخ : ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق : ١٥/٥/٢٠١٢م.

^٤ لسان العرب ط. دار المعارف بالقاهرة (٣٨٢٧/٥) والمعجم الوسيط ط. قطر (٧٧٧/٢)

^٥ الحديث : أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الوصية باب الوصية بالثلث عن عامر بن سعد عن أبيه برقم : ١٦٢٨. الدكتور علي محيي الدين المرجع السابق ص: ٢٨، ٢٧.

والحقوق المعنوية لو بلغت الثلث أو تجاوزته فهي كثيرة وليست قليلة، وبالتالي يجوز إجراء العقود عليها دون ملاحظة قواعد الصرف والدين"^(١).

(٢) إنه لم ينظر إلى الشخصية الاعتبارية للشركة وما فيها من حقوق معنوية ذات قيمة معتبرة.

(٣) إن ملكية حامل السهم أو الصك ليست أصالة وإنما بطريق التبعية لملكته لحصة شائعة في الشخصية الاعتبارية، ومن ثم فلا يملك التصرف في هذه الأشياء، ولو زادت قيمة موجودات الشركة عن قيمة أسهمه فليس له حق المطالبة بالزيادة .

(٤) إنه جعل تملك النقود والديون والأعيان من خلال تملك الأوراق المالية بمنزلة تملكها بشكل مباشر، رغم أن ملكية المساهم أو المستثمر لموجودات الشركة أو الصندوق هي ملكية تبعية، تتبع ملكيته لجزء من الشخصية الاعتبارية التي تملك تلك الموجودات"^(٢).

الجواب عن المناقشة:

يمكن الجواب عن المناقشات السابقة بما يلي:

(١) إن هذا القول لا يتفق مع ما أقره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم: ٣٠(٥/٤) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار لأمرين:

(أ) إن الغلبة تعني في القرار زيادة أحد المتقابلين عن الآخر. وهذا المعنى هو ما تؤيده قواعد اللغة والعرف.

(ب) إن القرار قد استعمل مصطلح الغلبة لا الكثرة، وهناك فارق بينهما. حيث إن الكثرة لا تعني زيادة أحد الشئيين وإنما تعني أنه كثير ولو كان مقابله يزيد عليه، أما الغلبة فيه تعني زيادة أحد الشئيين عن الآخر كما سبق.

(٢) مع التسليم بأن الشخصية الاعتبارية للشركة وما فيها من حقوق معنوية لها قيمة معتبرة، إلا أن هذه القيمة ضئيلة جدا بالنسبة لقيمة الموجودات، وأن هذه القيمة حال التصفية أو الإفلاس أو تغيير النشاط غالبا ما تتلاشى ولا يعتد بها، كما أن التداول في حال بيع السهم أو الصك لا يسري عليها أو على جزء منها، إنما يسري على ما يمثله الصك أو السهم من قيمة مالية.

^١ الدكتور علي محيي الدين المرجع السابق ص: ٢٨، ٢٧.
^٢ انظر إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية، للدكتور يوسف الشبيلي، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية.

(٣) إن القول بأن ملكية حامل السهم أو الصك ليست أصالة وإنما بطريق التبعية لملكه لحصة شائعة في الشخصية الاعتبارية، ومن ثم فلا يملك... الخ هذا التكييف غير مسلم ومن ثم فلا يعتد به دليلاً، وهو مخالف لقرار المجمع.

(٤) إن تملك الأوراق المالية بدل عن تملك النقود التي تمثلها، والبدل يعطى حكم المبدل^(١).

الاتجاه الثاني : الاعتبار في جواز التداول للشخصية الاعتبارية أو الذمة المالية للشركة:

ومراد هذا الاتجاه أن المعول عليه في التداول هو الشخصية الاعتبارية للشركة، ولا عبرة لمكونات موجوداتها.

وجه هذا الاتجاه:

أن الورقة المالية جزء من الشخصية الاعتبارية للشركة، وليست حصة في مكونات موجوداتها، لأن الشخصية الاعتبارية هي التي تملك الموجودات وليس المساهمين^(٢)، أو أنها وثيقة تتيح لحاملها جملة من الحقوق، ومن ثم فلا عبرة بوجود النقود أو الديون في مكوناتها، لأنها تابعة^(٣).

مناقشة هذا الاتجاه :

يمكن مناقشة هذا الاتجاه بما يلي :

(١) إن القول بأن الورقة المالية ليست حصة شائعة في موجودات الشركة، وإنما هي جزء من الشخصية الاعتبارية، غير مسلم لأنه يخالف القرارات والفتاوى الشرعية التي قررت أن السهم حصة شائعة في موجودات الشركة^(٤).

(٢) إن الشخصية الاعتبارية والذمة المالية للشركة ليست هي المقصودة للمشتري إنما مقصوده الحقيقي غالباً هو الحصول على المال من خلال تملك الورقة، كما أن

^١ انظر القاعدة في: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن نجيم الحنفي المتوفى سنة: ٩٧٠، ص: ٣٨ ج: ٨، والقواعد لابن رجب الحنبلي عبد الرحمن بن أحمد رجب الحنبلي، القاعدة رقم: ١٤٣. شرح منظومة القواعد والأصول للشيخ محمد بن صالح بن عثيمين.

^٢ انظر الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، للدكتور محمد علي القري، بحث منشور في الدراسات الاقتصادية الإسلامية، العدد ٢ المجلد رقم: ٥، سنة ١٤١٩. وانظر توصيات الملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد بشأن ضوابط التداول في الأوعية الاستثمارية، عمان. الأردن ٢٠٠٢م، وتوصيات الملتقى الفقهي الأول للهيئة الشرعية لشركة الراجحي، التي انعقدت بالطائف بتاريخ: ١٢ جمادى الأولى ١٤٢٢هـ وتوصيات الندوة الفقهية للشركة الأولى للاستثمار، التي انعقدت بالكويت بتاريخ: ٣١ - ١ نوفمبر ٢٠٠١م، وندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي، التي انعقدت في ماليزيا بتاريخ: ٣ - ٥ ربيع الآخر ١٤٢٢هـ.

^٣ انظر مكونات الأسهم وأثرها على تداولها ص ٤٦، للدكتور حسين حامد حسان، بحث مقدم لندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي ن التي انعقدت في كوالالمبور في: ٣ - ٥ ربيع الآخر ١٤٢٢هـ.

^٤ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

الورقة قد أصدرت معبرة عما يمثلها في مكونات الشركة، وقدرت قيمة الورقة على هذا الأساس، والبدل يعطى حكم المبدل^١

(٣) إن القول بأن الورقة المالية ليست حصة شائعة في موجودات الشركة يعني عدم ملكية حامل السهم لأي جزء من مكونات الشركة، وهذا يعني أن ما يحصل عليه من ربح يأخذه دون مقابل، وهذا لا يصح.

(٤) إن القول بأن الورقة المالية وثيقة تتيح لحاملها جملة من الحقوق... يجب عليه بأن من أهم هذه حقوق الورقة، الحصول على ما يقابل الورقة من أموال عند بيعها أو تصفية الشركة.

الاتجاه الثالث : الاعتبار في جواز التداول للنشاط مطلقا (قاعدة الأصالة والتبعية):

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مقصود المتعاملين من شراء السهم أو الصك، هو نشاط الوعاء الاستثماري وأرباحه، وعليه يجوز التداول حال غلبة النقود والديون دون نظر لشروط الصرف وبيع الديون، وذلك بناء على أن الديون والنقود في الأوعية الاستثمارية تابعة مطلقا وليست مقصودة من المتعاملين^٢.

مناقشة هذا الاتجاه :

يمكن مناقشة هذا الاتجاه بما يلي :

(١) أن من يراجع الفتوى المشار إليها، يجد أنها ذكرت جواز بيع أسهم الشركات بنقود وديون، رغم ما فيها من نقود وديون ولم تذكر أن النقود والديون غالبية أو مغلوبة، وإن كان مفهوم الفتوى يفيد أنها مغلوبة.

(٢) إن نشاط الوعاء الاستثماري وأرباحه هو أمر معنوي لا يقصد لذاته، وإنما يقصد لما يمثله من أموال، ومن ثم فالنشاط لا يصلح أصلا بذاته.

(٣) إن نشاط الوعاء الاستثماري الذي يمكن أن يكون مقصودا للمشتري عند الشراء هو النشاط الإنتاجي فقط، وليس النقود والديون، أما النشاطات الأخرى فلا .

الاتجاه الرابع : الاعتبار لقاعدة الأصالة والتبعية:

هذا الاتجاه مبني على جعل نشاط الشركة وعملها وأغراضها المصرح بها في النظام الأساسي، هو الأصل المتبوع، والموجودات تابعة، فإن كان غرض الشركة ونشاطها هو العمل في تجارة الأعيان والمنافع والحقوق عن طريق العقود الشرعية كالمرابحة والاستصناع

^١ انظر هذه القاعدة في : مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشرييني المتوفى سنة : ٩٧٧هـ، ص: ٢/٢٠، دار الفكر.

^٢ هذا القول هو فتوى للشيخ محمد إبراهيم مفتي السعودية السابق رحمه . انظر فتاوى الشيخ محمد إبراهيم مفتي الديار السعودية السابق : ج٧ ص: ٤١ - ٤٣.

والإجارة ونحوها ، فإن الديون أو النقود الناتجة منها مهما كثرت لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل التجاري هو الأصل المتبوع المقصود وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل. فإن الديون أو النقود لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل هو الأصل المتبوع المقصود، وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل. ومن ثم فالتداول يجوز دون قيد أو شرط إلا شروط البيع العادي. أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في النقود أو الذهب والفضة، فإنه يشترط للتداول في هذه الحالة تحقق شروط الصرف. وإذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في الديون، فإنه يشترط للتداول تحقق شروط بيع الدين.

فإذا كان غرضها ونشاطها: التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق، فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون، شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها (أي ديون الشركة على الغير وحساباتها الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديوناً) بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها تابعة.

أما إذا كانت أغراض الشركة هي التجارة في العملات أو الصرافة أو بيع الديون وشرائها فقط فإن تداول أسهمها يحتاج إلى تطبيق قواعد الصرف، أو أحكام بيع الديون، وبناءً على ذلك فإن الأصل المتبوع في الشركات (التي تحدد أغراضها في التجارة من خلال عقود البيع والشراء والمرابحة والسلم والاستصناع والإجارة ونحوها الواقعة على السلع أو المنافع أو الحقوق) هو ذلك النشاط المتمثل في بيع موجودات الشركة، أو بقية العقود الأخرى، وما نتج من ذلك من تحقيق الأرباح. وأن الديون أو النقود ليست هي المقصودة أصالة من تلك الشركات لا من حيث أغراض الشركة ولا من حيث النشاط الفعلي للشركة ولا من حيث القصد العام للمساهمين أو المتعاملين مع الشركة فهم يقصدون حقيقة أنشطة الشركة وإنتاجها، ومن ثم الحصول على أرباحها.

أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات (الصرافة) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف.

وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون^(١).

١ وعليه أيضاً الفتوى الصادرة عن ندوة البركة رقم : ٢ / ٥ وتاريخ ١٣/٢/١٤٠٥ هـ ، وفتوى ندوة البركة رقم : ٢٠/٢/١٤٢٢ هـ ، وعليه التوصيات الصادرة عن ملتقى الراجحي الذي انعقد بتاريخ: ١٢/٥/١٤٢٢ هـ.

دليل هذا الاتجاه:

استدل أصحاب هذا الاتجاه بما يلي :

أولاً : بالسنة ومنها :

(١) ما روي أن رسول الله ﷺ قال : من باع عبداً و له مال ، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع^(١) .

وجه الدلالة من الحديث :

إن البيع في الحديث قد وقع على أصل العبد ، وجاء ماله ولو كان كثيراً أو قليلاً ذهباً أو فضه تبعاً له . حيث إن الحديث يدل بظاهره على جواز ذلك دون النظر إلى جنس الثمن لأن لفظ " مال " في الحديث يشمل جميع أمواله نقداً أو ديناً ، أو عرضاً قليلاً أو كثيراً كما يدل على أن مال العبد المباع مهما كان مقداره أو نوعه فهو تابع له .

(٢) ما روي أن رسول الله ﷺ قال : من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر ، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث:

إن الحديث يدل على جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحها تبعاً للنخل ، مع أنه لا يجوز بيعها وحدها لثبوت النهي عن ذلك .

(٣) ما ذهب إليه الحنابلة من أن " صلاح بعض ثمرة شجرة في بستان صلاح لها - أي للشجرة - وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد " وإنما صح مع ما بدا صلاحه تبعاً له^(٣) .

وبناء على ذلك يجوز تداول الأسهم أو الصكوك أو الوحدات الاستثمارية مهما كانت نسبة الديون أو النقود^(٤) بالشروط التالية :

شروط إعمال هذا الاتجاه :

(١) أن تحدد أغراض الشركة بأعمال التجارة والاستثمار أو الصناعة أو الزراعة من خلال العقود الواردة على السلع أو المنافع أو الحقوق ، أي أن لا تحدد أغراضها في الصيرفة ، أو بيع الديون .

^١ أخرجه أحمد في مسنده ، والدارمي في سننه ، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ، وعن جابر بن عبد الله وفيه سليمان دمشقي ، وهو ثقة ، بلفظ من باع عبدا وله مال فله ماله وعليه دينه إلا ان يشترط المبتاع انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد كتاب البيوع ص ١٠٧ ج ٤ . انظر سنن الدارمي كتاب البيوع ص ٢/٣٣٠ بلفظ من اشترى عبدا ولم يشترط ماله فلا شيء له . الجامع في العلل ومعرفة الرجال لأحمد بن حنبل برقم : ١٧ .

^٢ الحديث : أخرجه البخاري في صحيحه ، والإمام أحمد في مسنده ، عن ابن عمر رضي الله عنهما ، كما أخرجه ابن ماجة في سننه عن عبادة بن الصامت وابن عمر رضي الله عنهم ، انظر صحيح البخاري حديث رقم : ٥٩٢٩ .

^٣ انظر المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، لعبد الله بن أحمد بن قدامة ، ج : ٤ ص : ٦٣ ، ٧٢ ، وانظر الفروع وتصحيح الفروع لمحمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله المتوفى سنة ٧٦٢ هـ دار الكتب العلمية ج : ٤ ص : ٥٣ .

^٤ الدكتور يوسف الشيبلي المرجع السابق ص : ١٧ .

(٢) أن لا تقتصر موجودات الشركة أو الصندوق أو الصكوك على النقود والديون فيكون فيها موجودات مادية أو معنوية من أعيان ومنافع دون النظر إلى النسبة.

(٣) أن تكون أعمال البيع والشراء والاستصناع ونحوها هي المقصودة أصالة، وتكون الديون أو النقود قد أتت تابعة غير مقصودة، وإنما اقتضتها طبيعة أنشطة المؤسسة بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع، أي أن هناك قصداً تبعياً لها ضمناً^(١).

والمراد بالقصد المعتبر هو أن يكون محل التداول حصة في الوعاء الاستثماري للنشاط المشروع القائم أصالة على المتاجرة في السلع والخدمات غير المقتصر على التعامل في النقود المحضة والديون المحضة أما إذا كان محل التداول الديون - كما في سندات الديون - أو النقود فقط فلا يجوز تداولها إلا على ضوء ضوابط بيع الديون والنقود.

(١) أن تبدأ المؤسسة ممارستها أنشطتها في الأعيان والمنافع أما قبل ذلك فيكون التداول نقداً بالقيمة المدفوعة.

(٢) أن يتوقف التداول عند إعلان التصفية القانونية للمؤسسة .

(٣) لا يجوز أن يتخذ القول بالجواز ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع ، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول^(٢) .

وما عليه هذا الاتجاه هو ما أخذ به المعيار الشرعي الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (آ). وقد اشترط لإعماله ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة : ٣٠ ٪ من إجمالي مكونات الموجودات الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والنقد والدين.

^١ انظر توصيات الندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل ، المنعقدة بتاريخ : ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق : ٢٠١٢/٥/١٥م. انظر أثر ديون ونقود الشركة، أو المحفظة على حكم تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ، المشكلة والحلول ، دراسة فقهية اقتصادية ، للدكتور علي محيي الدين القره داغي . ص: ٥٤. بحث مقدم لحلقة العمل حول لأئحة المكونات الشرعية لتداول الصكوك ووحدات الصناديق الاستثمارية ، المنعقدة بالتعاون المشترك بين مجمع الفقه الإسلامي بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية ، بمقر البنك بجدة ، ٢٠ صفر ١٤٢٨هـ الموافق : ١٠ مارس ٢٠٠٨م. وهو نفس البحث المقدم للندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل ، المنعقدة بتاريخ : ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق : ٢٠١٢/٥/١٥م.

^٢ انظر أثر ديون ونقود الشركة، أو المحفظة على حكم تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية ، المشكلة والحلول ، دراسة فقهية اقتصادية ، للدكتور علي محيي الدين القره داغي . ص: ٥٢ وما بعدها . بحث مقدم لحلقة العمل حول لأئحة المكونات الشرعية لتداول الصكوك ووحدات الصناديق الاستثمارية ، المنعقدة بالتعاون المشترك بين مجمع الفقه الإسلامي بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية ، بمقر البنك بجدة ، ٢٠ صفر ١٤٢٨هـ الموافق : ١٠ مارس ٢٠٠٨م. وهو نفس البحث المقدم للندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل ، المنعقدة بتاريخ : ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق : ٢٠١٢/٥/١٥م. انظر توصيات الندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل ، المنعقدة بتاريخ : ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق : ٢٠١٢/٥/١٥م.

وهو ما أخذت به الندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل^(١) . والملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٢) .

وما عليه هذا الاتجاه، هو ما أخذ به المعيار الشرعي للأوراق المالية الذي نص على ما يلي : (إذا كانت موجودات الشركات مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون فيختلف حكم تداول أسهمها بحسب الأصل المتبوع وهو : غرض الشركة ونشاطها المعمول به^(٣) .

- هذا ورغم اتفاق أصحاب هذا الاتجاه على اعتبار النشاط أصلاً متبوعاً، إلا أن بعضهم ذهب إلى التفرقة بين نوعين من الأوراق المالية : النوع الأول : أوراق مالية تمثل حصصاً مشاعة في مشروع ذي نشاط متحرك، أي يتم تقليب موجوداته، من نقد إلى أعيان أو منافع، ثم نقد أودين وهكذا، ويشتمل هذا النوع على ما يلي :
 - الأسهم في الشركات المساهمة.
 - الوحدات الاستثمارية في الصناديق الاستثمارية.
 - صكوك المشاركة أو المضاربة، حيث توضع متحصلات الصكوك في وعاء استثماري.
 - حصص المشاركة في الودائع الاستثمارية.

وفي هذا النوع يعمل بقاعدة التبعية بالضوابط السابقة، وليس من شرط التبعية في هذه الحالة وجود الشخصية الاعتبارية، وإنما وجود النشاط المتجدد، إذ أن مقصود مشتري السهم أو الوحدة هو المشاركة في نشاط الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري وليس الحصول على النقد أو الدين الذي في موجوداتها^(٤) .

النوع الثاني : أوراق مالية تمثل حصة مشاعة في أصل من الأصول وليس في منشأة ذات

نشاط متجدد، أي لا يتم تقليب الموجودات، ويشتمل هذا النوع :

- (١) الصكوك غير صكوك المشاركة والمضاربة .
- (٢) محافظ التمويل، كأن يكون لدى شركة تمويل محفظة تمويل بالمراوحة، أي ديون مراوحة في ذمم الآخرين أو محفظة تمويل بالإجارة، أي لديها أصول مؤجرة على الآخرين^(٥) .

^١ انظر توصيات الندوة الفقهية الأولى لشركة الأولى للتمويل، المنعقدة بتاريخ: ١٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق: ٢٠١٢/٥/١٥م.

^٢ والملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد بشأن ضوابط التعامل في الأوعية الاستثمارية، باستضافة من البنك الإسلامي الأردني بتاريخ: ١٦ ربيع الآخر ١٤٢٣هـ الموافق: ٢٧ يونيو ٢٠٠٢م.

^٣ انظر المعيار الشرعي للأوراق المالية الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأبوية)، الصادر بتاريخ: ١٩/٣/٢٠١٤هـ البند ١٩/٣.

^٤ انظر إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية، للدكتور يوسف الشبيلي، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتممية.

^٥ انظر الدكتور الشبيلي المرجع السابق.

وعلى هذا فإن الديون أو النقود لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل هو الأصل المتبوع المقصود، وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل. ومن ثم فالتداول يجوز دون قيد أو شرط إلا شروط البيع العادي. أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في النقود أو الذهب والفضة، فإنه يشترط للتداول في هذه الحالة تحقق شروط الصرف. وإذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في الديون، فإنه يشترط للتداول تحقق شروط بيع الدين .

فإذا كان غرضها ونشاطها: التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق، فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون، شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة : ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها (أي ديون الشركة على الغير وحساباتها الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديونا) بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها تابعة.

أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات (الصرافة) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف.

وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون^(١) .

وهذا الاتجاه أيضا هو ما أخذت به الندوة الأولى لشركة الأولى^(٢) .

وهو ما أخذ به الملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٣) .

وهو ما عليه أكثر المشاركين في المؤتمر الفقهي الأول لمركز شوري للاستشارات الشرعية^(٤) .

وهو ما أخذ به الاتجاه الأول لندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم، والتي جاء فيها: "الاتجاه الأول: إذا كانت موجودات الأوراق المالية مختلطة من الأعيان والمنافع والحقوق والنقود والديون، وكانت الغلبة للنقود أو الديون، فيجوز تداولها عملاً بمبدأ التبعية، دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الديون، إذا كان النشاط الرئيس للشركة أو

١ وعليه أيضاً الفتوى الصادرة عن ندوة البركة رقم : ٢ / ٥ وتاريخ ١٣/٢/١٤٠٥هـ ، وفتوى ندوة البركة رقم : ٢٠/٢٠٠٥/٢/٥هـ ، وعليه التوصيات الصادرة عن ملتقى الراجحي الذي انعقد بتاريخ : ١٢/٥/١٤٢٢هـ.

٢ انظر البيان الختامي لندوة الأولى لشركة الأولى التي انعقدت بالدوحة عام : ١٤٢٤هـ الموافق : ٢٠٠٣م ، بشأن : أثر الديون والنقود على تداول الاسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية .

٣ الملتقى الفقهي الأول لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المنعقد بشأن ضوابط التداول في الأوعية الاستثمارية ، عمان . الأردن ٢٠٠٢م .

٤ المؤتمر الفقهي الأول لمركز شوري للاستشارات الشرعية بالكويت الذي انعقد بتاريخ : ٢٢/١٠/١٤٢٧ ، بشأن قاعدة التبعية في العقود وأثرها في التراخيص الشرعية .

الصندوق أو الوعاء الاستثماري هو في: المتاجرة بالأعيان أو المنافع أو الحقوق، مع مراعاة أن جواز التداول يكون بعد الشروع في العمل بنسبة لا تقل عن ١٠٪.

أدلة هذا الاتجاه :

استدل أصحاب هذا الاتجاه لما ذهبوا إليه من أن النقود والديون في مكونات موجودات الشركة تابعة لنشاط الشركة، بالأدلة التالية :

أولاً: ما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال : قال رسول الله ﷺ : (من باع عبدا له مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع)^(١) .

وجه الدلالة من الحديث:

استدل القائلون بجعل الاعتبار بالنشاط الذي يتجر في الأعيان والمنافع والحقوق بناء على : (قاعدة الأصالة والتبعية) بالحديث من وجوه:

(١) إن هذا الحديث أصل في قاعدة التبعية في المعاملات، فقد دل على أن المبيع إذا اشتمل على نقد واشترى بنقد ولم يكن النقد المخلوط مقصودا فلا يلتفت إليه، بمعنى أنه لا يجري على الصفقة حكم الصرف حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخلط الذي معه.

(٢) نقل عن ابن قدامة - رحمه الله - أن الحديث يدل على جواز بيع العبد بماله إذا كان قصد المشتري للعبد لا للمال، فيجوز البيع سواء كان المال معلوما أو مجهولا، من جنس الثمن أو من غيره، عينا كان أو دينا، وسواء كان مثل الثمن أو أكثر^(٢) . ومن المعلوم أن العبد لا يملك وأن المال الذي بيده مآله للمشتري، ومع ذلك جاز البيع مطلقاً بدون تقابض ولا تماثل حتى مع اتفاق النقدين، وحتى لو كان المال الذي معه أكثر من قيمة العبد^(٣) .

(٣) إن مقصود مشتري السهم أو الوحدة الاستثمارية هو المشاركة في نشاط الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري وليس الحصول على النقد أو الدين الذي في موجوداتها، وعلى هذا فمتى بدأت الشركة أو الصندوق في تشغيل أموال الاكتاب

^١ الحديث : أخرجه أحمد في مسنده ، والدارمي في سننه ، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ، وعن جابر بن عبد الله وفيه سليمان دمشقي ، وهو ثقة ، بلفظ من باع عبدا وله مال فله ماله وعليه دينه إلا ان يشترط المبتاع . انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد كتاب البيوع ص ١٠٧ ج ٤ . انظر سنن الدارمي كتاب البيوع ص ٢/٣٣٠ بلفظ من اشترى عبدا ولم يشترط ماله فلا شيء له . الجامع في العلل ومعرفة الرجال لأحمد بن حنبل برقم : ١٧ .

^٢ انظر المقنع لموفق الدين بن قدامة ، الروض المربع للشيخ منصور بن يونس البهوتي، ص: ١٣٥ ج: ٢ .
^٣ إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود والديون وضوابطها الشرعية، للدكتور يوسف الشبيلي، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم ، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز بجدة ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ، ص: ١٨ .

ولو بجزء يسير منها فتكون النقود والديون تابعة مهما كانت نسبتها إلى إجمالي الموجودات، ولا تجب مراعاة أحكام الصرف وبيع الدين^(١).

ثانياً : التطبيقات الشرعية لبيع الثمر وتبعية الحمل :

ثالثاً: القاعدة الفقهية : يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها^(٢).

مناقشة أدلة هذا الاتجاه:

يمكن مناقشة هذا الاتجاه بما يلي :

(١) أن اعتبار نشاط الشركة هو الأصل المتبوع ، والموجودات تابعة له، يعني أنه لا يلتفت إلى نسبة النقود والديون إلى باقي الموجودات، حيث إنها ستبقى تابعة حتى ولو تجاوزت الثلثين^٣.

(٢) إن الاستدلال بقول ابن قدامة - رحمه الله تعالى - : " أن الحديث دل على جواز بيع العبد بماله إذا كان قصد المشتري للعبد لا المال، فيجوز البيع سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عيناً كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر " غير مسلم لأن قصد المشتري في حالتنا هذه ليس للنشاط وإنما تملك الموجودات التي تحويها المنشأة. والقياس على العبد غير مستقيم، لأن العبد يقصد لذاته والنشاط لا يقصد لذاته ولا يمكن الاستفادة به بمفرده بعيداً عن الموجودات. كما أنه لا يعقل أن يكون مال العبد أكثر من ثمن العبد ولا يكون مقصوداً، إلا إذا كان شراء العبد بعينه غاية وضرورة بالنسبة للمشتري، كما يمكن القول بأن المشتري إذا كان يقصد العبد لا المال لم يشترط الحصول على المال عند الشراء

(٣) إن القول بأن الحديث دل على أن المبيع إذا اشتمل على نقدٍ واشتري بنقد ولم يكن النقد المخلوط مقصوداً فلا يلتفت إليه، بمعنى أنه لا يجري على الصفقة حكم الصرف، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخلط الذي معه. يجاب عليه بأن النقد هو المقصود الأصلي من التبادل في الأوراق المالية، كما أن حديث العبد لا يفيد معنى التبعية أصلاً، لأنه لم ينص لا بالعبرة ولا بالإشارة على تبعية مال العبد له في البيع، وإنما غاية ما يفيد هو: أن مال العبد يكون للبائع في حالة عدم اشتراطه من جانب المشتري، وإذا اشترطه المشتري يكون له، وفي هذه الحالة يكون مقصوداً في البيع وليس تابعاً.

^١ الدكتور يوسف الشبيلي المرجع السابق، ص: ١٦.

^٢ انظر القاعدة في الأشباه والنظائر للسيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي طبعة أولى سنة ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م، ص: ١٢١. الأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، دار الكتب العلمية، سنة ١٣١٩،

١٩٩٩م. ص: ٣٦٦، مجلة الأحكام العدلية

^٣ انظر المرجع السابق.

إن القول بأن مقصود مشتري السهم أو الوحدة الاستثمارية هو المشاركة في نشاط الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري وليس الحصول على النقد أو الدين الذي في موجوداتها، غير مسلم، لأن القصد أمر باطني لا يوقف عليه إلا بدليل أو قرينة تدل عليه، والقرينة في مسألتنا هذه، تدل على أن القصد هو الحصول على المال لأ المشاركة في النشاط، لأن الغاية الأهم للمشتري من الشراء هي الحصول على المال، يؤيد ذلك أن المشتري في الغالب يشتري دون معرفة لما يشتريه أو قبض له.

(٤) إن القول بجواز البيع حتى لو كانت أموال العبد (التابعة له) تزيد على ثمنه لا يستقيم مع ماهية التابع، لأمرين:

الأول : إن التابع بلفظه ومعناه يعني أنه لا يزيد على الأصل المتبوع في ذاته ولا في قيمته، وإلا انقلب الأصل تابعاً والتابع أصلاً.

الثاني : إنه لم يعهد في كتب الفقه أن يزيد التابع على المتبوع، ونشاط الشركة على العكس من ذلك، حيث إن قيمته في أي شركة أو مؤسسة غالباً ما تكون أقل بكثير من قيمة موجوداتها، وقبوله أصلاً يعني زيادة التابع على المتبوع.

(٥) إن قياس نشاط الشركات والصناديق والأوعية الاستثمارية على العبد، قياس مع الفارق، حيث إن العبد في الشراء مقصود لذاته، بخلاف النشاط في الشركات الذي لا يكون مقصوداً لذاته، كما أن النشاط شيء معنوي والعبد شيء مادي، ومن هنا يكون الفارق بينهما في القياس كبير. لأنه لم يعهد فقهاً أن يكون المتبوع شيئاً معنوياً والتابع شيئاً مادياً، لما فيه من مخالفة سنن القياس التي تتطلب أن يكون فيها المقيس مشاركاً للمقيس عليه في العلة من سائر الوجوه.

(٦) إن النشاط في أي مؤسسة شيء معنوي قيمته ليست مضطردة، ويظهر ذلك عند خسارتها، أو إفلاسها، أو تصفيتها، حيث لا تكون له قيمة عندئذ بل غالباً ما تتلاشى ولا يعتد بها، فكيف يكون متبوعاً.

(٧) إن الأصل الذي يجب أن يحتكم إليه في هذه الحالة هو ضابط الغلبة، إلا إذا كان هناك ما يبرر العدول عنه، كضعف أو انعدام شبهة الربا في البيع حال غلبة النقود، وعدم إمكان القول بأن التداول يمثل بيعاً للدين لغير من عليه في حال غلبة الديون. ومن ثم فإن العمل بمبدأ الأصالة والتبعية في غير النشاط الإنتاجي يتعارض مع قرار المجمع السابق الوارد في الصورتين الأوليين السابقتين للمسألة محل البحث، حيث إن المجمع قد بنى قراره فيهما على مبدأ الغلبة، ومن المنطقي أن يكون الحكم في هذه الصورة أيضاً مبنياً على نفس المبدأ، حتى يكون الحكم في الصورتين المتقابلتين قائم على مبدأ واحد، ومفهوم القرار يفيد ذلك، إلا بمبرر واضح.

(٨) إن أحاديث الربا^(١) بعموماتها وإطلاقاتها تمنع أن يتم التبادل بالطريق المذكور، فالقول بجواز التبادل في هذه الحالة تقييد وتخصيص لها دون دليل، فيكون تحكما.

(٩) إن القول بأن هذه المنشآت من شركات مساهمة وصناديق استثمارية لا تكاد تخلو من قيمة الرخصة التجارية، والتصاريح الرسمية... الخ، وافترض أنها نقد محض يكون نادراً أو معدوماً، وهذا الافتراض إنما يتصور قبل التأسيس الرسمي". غير مسلم، لأن الحديث عن حالة الغلبة لا على حالة تمحض النقود أو الديون، لأنها محسومة بالحكم بعدم الجواز.

(١٠) إن الاستدلال بما عليه العمل في المنشآت لا يعد دليلاً شرعياً يستدل به في مثل هذه المسائل لأنه قد يكون خطأ.

(١١) قد يقال إن معرفة غلبة أحد الأجناس على الآخر متعذرة لأن سرعة التبادل تصعب ذلك، أقول: إن مالا يمكن التحرز عنه معفو عنه في أحكام الشرع، وهذا يعني أنه طالما أمكن معرفة الغلبة للنقود أو الديون كان الحكم هو المنع من التداول، ومعرفة الغلبة ممكنة على الأقل نهاية كل يوم عمل، وإلا قيل إذا لم تستطع المؤسسة معرفة حالة الغلبة في أي وقت صرنا بصدد غرر فاحش وجهالة فاحشة من حيث كامل المعاملة وهو لا يجوز. كما أن التبادل أصلاً لا يخلو من غرر فلا يضاف إليه احتمال الوقوع في الربا.

(١٢) إن القول بجواز التبادل في حالة غلبة النقود والديون في النشاط غير الإنتاجي، يساعد على تبني المؤسسات لعمليات التبادل سهلة الحصول على الربح، والتي تعتمد على المداينات، كالمرايحات، ونحوها دون التعرض لمخاطر الاستثمار الإنتاجي التي تعود على المجتمعات بالخير، ولا يقتصر نفعها على أصحاب الأموال.

(١٣) إن أضعف ما يمكن قوله في هذه الحالة هو أن جواز التبادل حال غلبة النقود والديون في النشاط غير الإنتاجي، يورث شبهة الربا وشبهة الربا تعمل عمل الربا، وقد نهى الشرع عن ذلك بقول الرسول ﷺ: (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)^(٢).

^١ منها ما أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى.

^٢ الحديث: أخرجه أحمد، والنسائي، والترمذي، والبيهقي، والحاكم، والدارمي، وابن خزيمة عن الحسن بن علي سبط رسول الله ﷺ، قال حفظت من رسول الله ﷺ: دع ما يريبك... انظر المجتبى برقم: (٥٧١١)، وسنن الترمذي برقم: ٢٥١٨ وصححه الترمذي والألباني، وابن حبان والحاكم وابن خزيمة والذهبي، وانظر السنن الكبرى للبيهقي: برقم: ٥٢٢٠، ومسند أحمد برقم: ١٧٢٣، ١٧٢٩، وابن حبان برقم: ٧٢٢، وابن خزيمة برقم: ٢٣٤٨، والدارمي برقم: ٢٥٣٢، والبزار برقم: ١١٩٤، والطيالسي برقم: برقم ١١٧٨، وعبد الرزاق في مصنفه برقم: ٤٩٨٤، وأبو يعلى برقم: ٦٧٦٢، والطبراني في الكبير برقم: ٢٧٠٨، وانظر جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي مؤسسة الرسالة سنة ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م الحديث رقم: ١١١ ص ٢٧٨. وصححه الترمذي والألباني وابن حبان والحاكم وابن خزيمة والذهبي.

(١٤) إن الطريق الوحيد عندما يغلب على مكونات الموجودات في النشاط غير الإنتاجي، النقود والديون، هو وقف التداول تحريا للحل، والتوقف في تقديري لن يكون إلا مدة قصيرة. لأن المؤسسة إذا كانت تعتمد على تقليب أموالها لا على مبادلة الديون والنقود بطرق التحايل فلن تتوقف أنشطتها طويلاً ، لأنها سرعان ما تشتري بأموالها سلعا ومنافع.

الاتجاه الخامس: الاعتبار في جواز التداول هو: قصد المشتري :

هذا الاتجاه هو رأي الباحث، ومؤداه أن المعول عليه في هذه الحالة هو قصد المشتري ، فإذا علمنا أن قصد المشتري هو النقود أو الديون، في حالة غلبة النقود أو الديون على المكونات، قلنا بعدم صحة البيع (التداول) لما فيه من الحرمة ، وذلك لأن التداول في هذه الحالة يستدعي تحقق شروط صحة بيع النقد أو شروط صحة بيع الدين، وغالبا ما يصعب تحقيق هذه الشروط . ، أما إذا علمنا أن المشتري لا يقصد النقود أو الديون ، قلنا بجواز البيع.

لكن يثور تساؤل مؤداه ، كيف يمكن الوقوف على قصد المشتري وهو أمر باطني لا يمكن الإطلاع عليه .

الجواب : هو نعم قصد المشتري وهو أمر باطني لكن يمكن الإطلاع عليه من خلال نوع النشاط ، وذلك إذا كان نشاط الوعاء الاستثماري إنتاجيا ، بأن كان صناعيا أو زراعيا ، أو للإنتاج الحيواني أو نحو ذلك من الأنشطة الإنتاجية، ولا يزال يعمل وينتج وكان في الوعاء نقود أو ديون ، كان الاعتبار للنشاط ، ومن ثم يجوز التداول دون نظر لتحقيق شروط بيع النقد أو الدين، حتى ولو كانت النقود أو الديون هي الغالبة على مكونات الموجودات في فترة من الزمن.

وجه هذا الاتجاه:

لا يختلف اثنان في أن الغاية من جميع الأنشطة الاقتصادية. إنتاجية كانت أم تبادلية، هي الحصول على الربح المالي (النقد).

لكن ما تجب ملاحظة هو أنه في حالة ما إذا كان نشاط المؤسسة الاقتصادية أو الوعاء الاستثماري إنتاجيا ، (صناعيا أو زراعيا أو نحوهما) كانت غاية صاحب رأس المال هي الإنتاج أولا ، ثم الحصول على الربح بعد تسويق الإنتاج. وفي هذه الحالة لا يحصل صاحب رأس المال على العائد المالي إلا بعد المرور بعدة مراحل، أهمها: شراء المواد الخام للمصنع، ثم تصنيعها، ثم تسويقها في النشاط الصناعي، وفي النشاط الزراعي، لا يتحصل على العائد إلا بعد: زراعة الأرض والقيام على شؤونها حتى الحصاد، أو شراء الحيوانات المعدة للإنتاج وشراء الأعلاف، ثم العمل على الإنتاج عن طريق الحمل والولادة والتربية والتسمين في النشاط الحيواني، أو نحو ذلك، وفي خلال تلك المراحل هناك الكثير من

المستفيدين من العمال والمستهلكين، وغيرهما من الموردين والمسوقين. وفي كل هذه الأنشطة يتعرض المنتج للكثير من المخاطر.

أما في حالة النشاط غير الإنتاجي فإن الحصول على الربح غالبا ما يتم بمجرد شراء السلعة وبيعها. وفي الأسواق العالمية يتم الحصول على الربح حتى دون أن يرى المشتري المبيع أو يقبضه.

وعلى ما سبق لو حدث بيع لأسهم الشركة أو الصندوق أو الوعاء الإنتاجي، فإن نية المشتري لبعض الأسهم أو الصكوك غالبا ما تتوجه إلى المشاركة في الاستفادة من الإنتاج أولا للحصول على الربح، أو التوسع في الإنتاج حال شراء كل الشركة أو الصندوق أو الوعاء، وذلك بخلاف ما إذا كان النشاط تجاريا، فإنه في الغالب ما يكون التوجه ابتداء إلى العائد النقدي، ناهيك عن الصورية والتحايل الذي يقع للحصول على هذا العائد.

فلو كانت هناك نقود أو ديون في مكونات موجودات الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري الإنتاجي، وكانت غالبية في حال بيع الإنتاج مثلا، فإن التداول يكون جائزا، رغم عدم تحقق شروط بيع الدين أو النقد، لأنه في هذه الحالة لا يصدق القول بأن المشتري قد قصد شراء نقود بنقود، كما لا يصدق أنه تم بيع ديون لغير من هي عليه، أو أن المشتري قد قصد الحصول على النقود بمجرد الشراء، أو إنه قد قصد شراء الديون بدون تحقق شروطها، وهكذا، أما في حالة ما إذا كان النشاط غير إنتاجي فإن جميع هذه الظنون تظل قائمة. ولأن شبهة الربا قائمة في حالة النشاط غير الإنتاجي، أما في حالة النشاط الإنتاجي فلا، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما.

شروط إعمال هذا الاتجاه :

يشترط لإعمال هذا الاتجاه شرطا واحدا هو :

أن يكون التبادل حال كون الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري في مرحلة الإنتاج، لا قبل شراء أدوات الإنتاج، أو بعد التصفية.

ما يترتب على إعمال هذا الاتجاه:

من يمعن النظر في الأثر المترتب على الأخذ بهذا الاتجاه، يجده :

(١) يسهم بطريق غير مباشر في تحقيق مقاصد الشرع الحكيم من المال، وذلك بالنظر إلى المستفيدين من عملية الإنتاج، حيث إنهم في النشاط الإنتاجي بجانب أرباب الأموال، كثيرون، في حين أن المستفيد الأعظم في النشاط التبادلي هم أرباب الأموال.

(٢) يساعد المؤسسات المالية الإسلامية على التوجه إلى الربح عن طريق الإنتاج بدلا من الإغراق في المبادلات المالية التي غالبا لا تسهم في نهضة المجتمع المسلم.

(٣) يخرج المعاملة من دائرة الحرام، حال عدم تحقق الشروط الواجب تحققها شرعا.

(٤) يقلل من عمليات التحايل على شروط صحة المعاملات المالية .

وعلى هذا فإن التسامح في تحقق شروط بيع النقد وبيع الدين لغير من عليه، عند تداول الأسهم والصكوك التي تشتمل مكونات موجوداتها على نقود وديون، وغلبة النقود أو الديون أوهما معا عليها، إنما يكون بسبب ضعف شبهة الربا أو انعدامها في حال غلبة النقود على مكونات الموجودات، وبسبب عدم إمكان القول بأن التداول قد وقع على نقود بنقود حال غلبتها، أو ببيع ديون لغير من عليه حال غلبتها. أو القول بأن المشتري قد قصد من التداول الحصول على النقود، دون تحقق شروط صحة بيعها حال غلبتها، أو إنه قد قصد شراء الديون، دون تحقق شروط صحة بيعها حال غلبتها، أيضا الأخذ بهذا الرأي يقلل من عمليات التداول في المبادلات المالية، كما أن المصلحة العائدة من التداول في هذه الحالة لا تقتصر على أرباب الأموال، وإنما تعود على غالبية المجتمع.

المبحث الثاني

وقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه، ووقت تحقق ضابط التبعية وشروطه

سبق بيان أن قرار المجمع رقم: ٣٠ (٤/٥) الوارد بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار قد قرر في الفقرة (ج) من العنصر الثالث من أولاً ما نصه :

"ج - إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً، فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي سببها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة."

وهذا يعني أن القرار قد بنى الحكم في حالة غلبة الأعيان والمنافع على مكونات الموجودات، صراحة على ضابط الغلبة لأحد المكونات، وفي حالة غلبة النقود والديون ترك الحكم، للأحكام الشرعية التي سببها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع فيما بعد، وكما سبق فقد تعددت الآراء والاتجاهات حول المعيار الذي يجوز معه التداول في هذه الحالة، ورغم أن مفهوم قرار المجمع يعني اعتبار ضابط الغلبة في هذه الحالة أيضاً إلا أن الكثيرين من المختصين رأوا الجواز من خلال اعتبار ضابط الأصالة والتبعية، وبناء على هذا أرى أنه ينبغي معرفة وقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه، وكذلك معرفة وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه، وذلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول

وقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه

معرفة وقت تحقق الغلبة وشروطه،

يمكن بيانه على هذا النحو :

وقت تحقق الغلبة :

تعددت الاتجاهات في وقت تحقق الغلبة، وتبعاً لذلك تعددت الآراء في وقت تحققها، على النحو التالي :

القول الأول : ويرى أن الغلبة تتحقق حال بلوغ أحد مكونات الموجودات في الوعاء، نسبة الثلثين (٠/٠٦٦)^(١).

^١ للدكتور رفيق المصري، بحث مقدم لدورة المجمع الثالثة، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص: ٢٠٥١.

وعلى هذا فشرط تحقق الغلبة عند أصحاب هذا القول هو بلوغ نسبة الأعيان أو المنافع في مكونات موجودات الوعاء بمقدار: الثلثين (٠/٠٦٦).

القول الثاني: ويرى أن الغلبة تتحقق حال بلوغ أحد مكونات الموجودات في الوعاء، نسبة النصف: (٠/٠٥٠)^(١).

وبناء على هذا فشرط تحقق الغلبة عند أصحاب هذا القول هو بلوغ نسبة الأعيان أو المنافع في مكونات موجودات الوعاء بمقدار: النصف (٠/٠٥٠)^(٢).

القول الثالث: ويرى أن الغلبة تتحقق حال بلوغ أحد مكونات الموجودات في الوعاء، نسبة النصف: (٠/٠٥١)^(٣).

وعلى هذا فشرط تحقق الغلبة عند أصحاب هذا القول هو بلوغ نسبة الأعيان أو المنافع في مكونات موجودات الوعاء بمقدار: النصف + (١) (٠/٠٥١).

القول الرابع: ويرى أن الغلبة تتحقق حال بلوغ النسبة أحد المكونات الثلث أي ما يقرب من (٠/٠٣٠)^(٤).

وعلى هذا فشرط تحقق الغلبة عند أصحاب هذا القول هو بلوغ نسبة الأعيان أو المنافع في مكونات موجودات الوعاء بمقدار: الثلث.

رأي الباحث في المسألة:

من يمعن النظر في الآراء السابقة في وقت تحقق الغلبة وشروطه يلاحظ التالي :

أن القول الأول الذي يرى أن الغلبة تتحقق حال بلوغ أحد مكونات الموجودات في الوعاء، نسبة الثلثين (٠/٠٦٦)، هو المقبول لغة وفقها ومنطقا، لأن في العمل به خروجاً من عهدة الحرام (تبادل النقد بالنقد دون تحقق شروط الصرف، وبيع الدين لغير من عليه) بيقين. أما باقي الآراء فهي إما تورث شبهة الربا حال العمل بما ترى، كالقولين الثاني والثالث، وإما أنها تجافي الحقيقة والمنطق كالقول الرابع، الذي يرى الغلبة ببلوغ نسبة الأعيان والمنافع في مكونات الموجودات نسبة الثلث، حيث عن هذا القول يثير تساؤل مؤداه إذا كانت الغلبة تتحقق بالثلث فهل يقال للثلثين أنها مغلوبة أم أنه يمكن أن يكون هناك في وقت واحد غلبتان. وكان الأولى بهذا القول أن يجعل أن بلوغ نسبة النقود أو الديون نسبة الثلث تعتبر كثير، انطلاقاً من أن شبهة الربا تعمل عمل الربا.

^١ انظر الدكتور علي محيي الدين القره داغي المرجع السابق ص: ٥٢.

^٢ الدكتور أحمد بزيغ ياسين، بحث مقدم لدورة المجمع الثالثة، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص: ٢٠٤٧.

^٣ وما أشير على القول الثاني يثار على القول الثالث حيث إنه لا فرق بينهما من الأثر المترتب وهو وجود شبهة.

^٤ انظر معيار الأيوبي السابق الذكر.

المطلب الثاني وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه

حتى يمكن معرفة وقت تحقق التبعية وشروطه، أرى أنه من الضروري معرفة المراد بالغلبة .

المراد بالتبعية: التبعية أو التابع .

وبناء على هذا فما هو وقت تحقق الغلبة وما هي شروطه ، بيان ذلك على هذا النحو :

وقت تحقق التبعية، وشروطه:

سبق بيان أن الاتجاهات في ضابط التبعية قد تعددت، وتبعاً لتعدد الاتجاهات تعددت الآراء في وقت تحقق التبعية، على النحو التالي:

القول الأول : وذهب إلى القول بأن التبعية تتحقق بمجرد اشتغال الوعاء الاستثماري على أي قدر من الأعيان والمنافع أو الخدمات قل أو كثر، فمتى اشتمل الوعاء على أي قدر من الأعيان أو المنافع أو الحقوق كانت النقود والديون تابعة له.

ويشترط لتحقيق التبعية عند أصحاب هذا القول عدة شروط من أهمها :

- (١) ألا يكون النشاط الأصلي للوعاء في النقود أو الديون .
- (٢) ألا تتمحض مكونات موجودات الوعاء نقوداً أو ديوناً ، سواء قبل البدء في النشاط، أو بعد التصفية ، أو أثناء العمل.

القول الثاني : وذهب إلى القول بأن التبعية تتحقق تبعاً لنوع نشاط الوعاء الاستثماري، بمعنى أنه إذا كان النشاط يعمل في الديون الآجلة فالديون تكون أصلاً، وغيرها يكون تابعة لها، وإن كان يعمل في بيع النقود أو الذهب أو الفضة، كانت النقود أصلاً وكان غيرها تابعاً، وإن كان في أنشطة تجارية أو إنتاجية صناعية أو زراعية، كان النشاط أصلاً وكانت النقود والديون تابعة له.

وعلى هذا يكون الشرط لتحقيق تبعية النقود أو الديون للنشاط عند أصحاب هذا القول، هو أن يكون النشاط الأصلي للوعاء في الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الزراعية، أي لا يكون العمل الأصلي له في النقود أو الديون .

القول الثالث: وذهب إلى القول بأن التبعية تتحقق بكون النشاط الأصلي للوعاء الاستثماري في الأعيان أو المنافع.

ويشترط لتحقيق التبعية عند أصحاب هذا القول، ألا تقل نسبة الأعيان والمنافع في مكونات موجودات الوعاء عن الثلث.

القول الرابع : وهو للباحث ويرى أن تبعية النقود والديون لنشاط الوعاء تتحقق إذا كان أصل النشاط إنتاجيا. بأن كان يعمل في الصناعة أو الزراعة ، أو الإنتاج الحيواني.

ويشترط لتحقيق التبعية في هذه الحالة أن يتم التبادل حال كون الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري في مرحلة الإنتاج، لا قبل شراء أدوات الإنتاج، أو بعد التصفية.

رأي الباحث : سبق بيان أن الباحث يرى أن العبرة بالنشاط الإنتاجي، وأنه يجوز التداول إذا كان نشاط الوعاء إنتاجيا، حتى ولو كانت النقود أو الديون هي الغالبة، وعدم تتحقق شروط الصرف وبيع الدين، وقد اشترط لتحقيقه أن يتم التبادل حال كون الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري في مرحلة الإنتاج، لا قبل شراء أدوات الإنتاج، أو بعد التصفية. وقد علل ذلك بأنه في هذه الحالة لا يمكن القول بأن التداول قد وقع على نقود بنقود، أو ببيع ديون لغير من هي عليه. كما أنه عند الأخذ بهذا الاتجاه لا يمكن القول بأن المشتري قد قصد الحصول على النقود بمجرد الشراء، أو أنه قد قصد شراء الديون، أما في حالة ما إذا لم يكن النشاط إنتاجيا فلا. ولأن شبهة الربا عند التداول وغلبة النقود على مكونات موجودات الوعاء قائمة في حالة النشاط غير الإنتاجي، أما في حالة النشاط الإنتاجي فلا، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما.

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

خاتمة البحث

(١) أن التعريف المختار للسهم هو أنه ورقة مالية تمثل حصة شائعة في موجودات الشركة، وأن مالكة يعد مالكا ملكية مباشرة لتلك الموجودات ، وهذا التعريف هو الذي أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، في دورته السابعة .

كما أن التعريف للصكوك هو أنها :وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية موجودات (أعيان أو منافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والديون) قائمة فعلا ، أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب ، وتصدر وفق عقد شرعي، وتأخذ أحكامه . لأنها

(٢) كما تعرض البحث لبيان الفرق بين : الأسهم والصكوك ، وبين السندات ، من أهمها : أن السند حق على الشيوع في دين نقدي يكون ربويا على الأغلب، وبناء على ذلك يحصل حامل السند على فائدة ربوية مقابل الفائدة المدفوعة على السند .

بناء على ما سبق بيانه، يمكن استخلاص النتائج التالية :

أولا : أن البحث قد تعرض لبيات تعريف اسهم ، وبين أن المختار في تعريفه هو أنه ورقة مالية تمثل حصة شائعة في موجودات الشركة ، وأن مالكة يعد مالكا ملكية مباشرة لتلك الموجودات . و هذا التعريف هو الذي أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، في دورته السابعة .

ثانيا : كما تعرض لبيان تعريف الصك ، وبين أن المختار في تعريف الصكوك هو أنها :وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية موجودات (أعيان أو منافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والديون) قائمة فعلا ، أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب، وتصدر وفق عقد شرعي ، وتأخذ أحكامه .

ثالثا : كما تعرض البحث لبيان الفرق بين : الأسهم والصكوك، وبين السندات، من أهمها :

- أن حامل السند يحصل على فائدة ربوية مقابل الفائدة المدفوعة على السند ، وقد يكون سعر الفائدة ثابتا ، ومن ثم يكون دخل السند ثابتا ، وقد يكون متغيرا ، ومن ثم يكون الدخل من السند متغيرا، وعلى هذا تكون حيازة السهم وتجارته حرام ، لإفضائه إلى الربا المحرم .
- أما ما يحصل عليه حامل الصك، فهو ربح ناتج عن ملكيته المشاعة في الموجودات التي يمثلها الصك .

• أما بالنسبة لحامل السهم فإن له حقوقا مباشرة على إدارة الشركة ، وله صوت في تعيين الإدارة وعزلها ، كما أن له صوتا في إقرار الحسابات الختامية للشركة.

• كما أن السهم يمثل حصة على المشاع في موجودات أكثر من شركة مساهمة ، وذلك حين يكون السهم حصى في شركة قابضة ذات شركات قابضة.

رابعا : كما تعرض البحث لبيان المراد بتداول الأسهم والصكوك ، وذكر أن المراد به هو بيعها في السوق الثانوية بعد شرائها من قبل المكتتبين.

خامسا : أيضا تعرض البحث لبيان حالات تداول الأسهم والصكوك ، وحكم كل حالة ، وذلك على هذا النحو:

• أنه إذا كانت حصيلة الأسهم أو الصكوك التي يراد تداولها لا تزال نقودا لم تستخدم حصيلتها في الشراء لأعيان أو منافع ، فإنه يشترط لصحة بيعها في هذه الحالة تحقق شروط الصرف من: التقابض في المجلس ، والتماثل بين سعر البيع والقيمة الاسمية للصك أو السهم ، وذلك لأن الصكوك في هذه المرحلة ما زالت تمثل نقوداً فيكون بيعها للنقد ، وهو الصرف. وكذلك في حال ما إذا صارت حصيلتها بعد بيعها نقودا ، حيث لا يجوز بيعها إلا بمثل ما يقابلها في الموجودات.

• وأنه إذا صارت موجودات الأوراق المالية من الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية الأخرى التي يراد تداولها ، قد أصدرت مقابل أعيان موجودة أو منافع ، أو اشترت بها أعيان أو منافع. وبمعنى آخر إذا لم يكن في موجوداتها نقد أو دين ، مثل: صكوك الإجارة ، وبعض الأسهم والصناديق العقارية ، جاز تداولها في هذه الحالة عند تحقق شروط البيع العادية ، وهذا بلا خلاف ، وذلك لأن الأسهم والصكوك في هذه الحالة تمثل الأعيان أو المنافع ، فيكون تداول الأسهم والصكوك عبارة عن بيع لتلك الأعيان أو المنافع .

• أنه إذا كانت الصكوك التي يراد تداولها ، قد أصدرت مقابل أعيان موصوفة في الذمة ، فإنه لا يجوز تداولها في هذه الحالة ، وذلك لاشتغال عملية التداول على بيع ما لم يقبض ، وهو لا يجوز.

• أنه إذا تمحضت موجودات الأسهم والصكوك بعد بيعها ديونا ، فإنه في هذه الحالة يجب أن يطبق عليها حكم التعامل بالديون ، لأن البيع في هذه الحالة يمثل بيعا للدين بالنقد وهو لا يجوز باتفاق الفقهاء لاشتغاله على الربا بنوعيه الفضل والنسيئة ، ومن ثم لا يجوز بيع هذه الأسهم أو الصكوك إلا بعد تحقق شروط بيع الدين.

• أنه إذا صارت الموجودات المراد تداولها خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع، وكانت الغلبة فيها للأعيان والمنافع، فإن الحكم فيها هو الجواز، وذلك بناء على أن الصكوك في هذه الحالة تمثل الأعيان أو المنافع، فيكون تداول الأسهم والصكوك عبارة عن بيع لتلك الأعيان أو المنافع كما سبق، وهو جائز.

• أما إذا صارت مكونات موجودات الأسهم أو الصكوك خليطاً من النقود والديون والأعيان، أو المنافع، أو الخدمات، وكان غالب الموجودات أو أكثرها من النقود أو الديون، أوهما معاً فيها، إن للعلماء فيها اتجاهات من حيث تحديد القواعد والضوابط الشرعية التي يجب اتباعها عند التداول في هذه الحالة، مما استدعي إعادة بحثها ومناقشتها في كثير من الندوات والملتقيات العلمية. وأهم هذه الاتجاهات :

○ الاتجاه الأول : الاعتبار في جواز التداول للغالب من مكونات الموجودات، ومبنى هذا الاتجاه على أن الحكم للأغلب في مكونات الموجودات، فإن كانت الأعيان أو المنافع هي الغالبة، كان لها حكم بيع الأعيان أو المنافع، وإن كانت النقود هي الغالبة كان لها حكم بيع الصرف، وإن كانت الديون هي الغالبة كان لها حكم بيع الديون.

وذلك لأن التداول في حالة غلبة النقود، يؤدي إلى الوقوع في مبادلة النقد بالنقد، دون تحقق الضوابط الشرعية فيه.

وأن التداول في حال غلبة الديون يؤدي إلى بيع الدين لغير من عليه.

○ الاتجاه الثاني : الاعتبار في جواز التداول للشخصية الاعتبارية أو الذمة المالية للشركة. وذلك باعتبار أن الورقة المالية تمثل جزءاً من الشخصية الاعتبارية للشركة، وليست حصة في مكونات موجوداتها، لأن الشخصية الاعتبارية هي التي تملك الموجودات وليس المساهمين.

○ الاتجاه الثالث : الاعتبار في جواز التداول لنشاط الشركة مطلقاً (قاعدة الأصالة والتبعية): ومبنى هذا الاتجاه على أن مقصود المتعاملين من شراء السهم أو الصك، هو نشاط الوعاء الاستثماري وأرباحه، وعليه يجوز التداول حال غلبة النقود والديون دون نظر لشروط الصرف وبيع الديون، وذلك بناء على أن الديون والنقود في الأوعية الاستثمارية تابعة مطلقاً وليست مقصودة من المتعاملين.

○ الاتجاه الرابع : الاعتبار لقاعدة الأصالة والتبعية، وهذا الاتجاه مبني على جعل نشاط الشركة وعملها وأغراضها المصرح بها في النظام الأساسي، هو الأصل المتبوع، والموجودات تابعة، فإن كان غرض الشركة ونشاطها هو العمل في تجارة الأعيان والمنافع والحقوق عن طريق العقود الشرعية كالمراحة والاستصناع

والإجارة ونحوها ، فإن الديون أو النقود الناتجة منها مهما كثرت لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل التجاري هو الأصل المتبوع المقصود وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل. أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في النقود أو الذهب والفضة، فإنه يشترط للتداول في هذه الحالة تحقق شروط الصرف. وإذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في الديون، فإنه يشترط للتداول تحقق شروط بيع الدين. وقد اشترط أصحاب هذا الاتجاه لتحقيق ذلك شروطاً من أهمها :

١. أن تحدد أغراض الشركة بأعمال التجارة والاستثمار أو الصناعة أو الزراعة من خلال العقود الواردة على السلع أو المنافع أو الحقوق ، أي أن لا تحدد أغراضها في الصيرفة، أو بيع الديون.

٢. أن لا تقتصر موجودات الشركة أو الصندوق أو الصكوك على النقود والديون فيكون فيها موجودات مادية أو معنوية من أعيان ومنافع دون النظر إلى النسبة.

٣. أن تكون أعمال البيع والشراء والاستصناع ونحوها هي المقصودة أصالة، وتكون الديون أو النقود قد أتت تابعة غير مقصودة، وإنما اقتضتها طبيعة أنشطة المؤسسة بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع، أي أن هناك قصداً تبعياً لها ضمناً.

٤. أن تبدأ المؤسسة ممارسة أنشطتها في الأعيان والمنافع أما قبل ذلك فيكون التداول نقداً بالقيمة المدفوعة.

٥. أن يتوقف التداول عند إعلان التصفية القانونية للمؤسسة .

٦. لا يجوز أن يتخذ القول بالجواز ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع ، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول.

• هذا وأنه رغم اتفاق أصحاب هذا الاتجاه على اعتبار النشاط أصلاً متبوعاً، إلا أن بعضهم ذهب إلى التفرقة بين نوعين من الأوراق المالية :

النوع الأول : أوراق مالية تمثل حصصاً مشاعة في مشروع ذي نشاط متحرك، أي يتم تقليب موجوداته، من نقد إلى أعيان أو منافع، ثم نقد أودين وهكذا، ويشتمل هذا النوع على ما يلي :

○ الأسهم في الشركات المساهمة.

○ الوحدات الاستثمارية في الصناديق الاستثمارية.

○ صكوك المشاركة أو المضاربة، حيث توضع متحصلات الصكوك في وعاء استثماري.

○ حصص المشاركة في الودائع الاستثمارية.

وفي هذا النوع يعمل بقاعدة التبعية بالضوابط السابقة، وليس من شرط التبعية في هذه الحالة وجود الشخصية الاعتبارية، وإنما وجود النشاط المتجدد، إذ أن مقصود مشتري السهم أو الوحدة هو المشاركة في نشاط الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري وليس الحصول على النقد أو الدين الذي في موجوداتها.

النوع الثاني: أوراق مالية تمثل حصة مشاعة في أصل من الأصول وليس في منشأة ذات نشاط متجدد، أي لا يتم تقليب الموجودات، وأن هذا النوع يشتمل على:

(1) الصكوك غير صكوك المشاركة والمضاربة.

(2) محافظ التمويل، كأن يكون لدى شركة تمويل محفظة تمويل بالمرابحة، أي ديون مرابحة في ذمم الآخرين أو محفظة تمويل بالإجارة، أي لديها أصول مؤجرة على الآخرين.

(3) وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون.

هذا وقد تمت مناقشة الاتجاهات السابقة، واختار الباحث الاتجاه الخامس،

وبيانه:

○ الاتجاه الخامس: الاعتبار في جواز التداول هو: قصد المشتري: وهذا الاتجاه هو رأي الباحث، ومؤداه أن المعول عليه في هذه الحالة هو قصد المشتري، فإذا علمنا أن قصد المشتري هو النقود أو الديون، في حالة غلبة النقود أو الديون على المكونات، قلنا بعدم صحة البيع (التداول) لما فيه من الحرمة، وذلك لأن التداول في هذه الحالة يستدعي تحقق شروط صحة بيع النقد أو شروط صحة بيع الدين، وغالبا ما يصعب تحقيق هذه الشروط. أما إذا علمنا أن المشتري لا يقصد النقود أو الديون، قلنا بجواز البيع.

لكن يثور تساؤل مؤداه، كيف يمكن الوقوف على قصد المشتري وهو أمر باطني لا يمكن الإطلاع عليه.

والجواب: هو أنه رغم أن القصد أمر باطني لكن يمكن الإطلاع عليه من خلال نوع النشاط، وذلك إذا كان نشاط الوعاء الاستثماري إنتاجيا، بأن كان صناعيا أو زراعيا، أو للإنتاج الحيواني أو نحو ذلك من الأنشطة الإنتاجية،

وأنه يشترط لإعمال هذا الاتجاه هوأن يكون التبادل حال كون الشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري في مرحلة الإنتاج، لا قبل شراء أدوات الإنتاج، أو بعد التصفية.

سادسا : أيضا تعرض البحث لبيان وقت تحقق الغلبة، وبين الاتجاهات فيه، واختار الرأي القائل بأن الغلبة تتحقق حال بلوغ أحد مكونات الموجودات في الوعاء، نسبة الثلثين (٠/٠٦٦)، وذلك لأنه هو المقبول لغة وفقها ومنطقا، ولأن في العمل به خروجاً من عهدة الحرام (تبادل النقد بالنقد دون تحقق شروط الصرف، وبيع الدين لغير من عليه) بيقين.

سابعا : كذلك تعرض البحث لبيان وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه، وبين الاتجاهات فيه، واختار الرأي القائل بأن العبرة بقصد المشتري، وأن ذلك القصد تبين من خلال النشاط الإنتاجي للوعاء. أما في حالة ما إذا لم يكن النشاط إنتاجياً فلا. لأن شبهة الربا عند التداول وغلبة النقود على مكونات موجودات الوعاء قائمة في حالة النشاط غير الإنتاجي، أما في حالة النشاط الإنتاجي فلا، والحكم يدور مع العلة وجوداً وعدمًا.

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

د. أحمد عبد العليم عبد اللطيف أبو عليو



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

تقويم نقدي للقضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة

إعداد

الأستاذ المشارك الدكتور سعيد محمد بوهراوة
الدكتورة سلمى سيرلي والأستاذ شبانة محمود حسن
الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية
كوالالمبور. ماليزيا

المستخلص

هدفت هذه الورقة إلى بحث موضوع صكوك الإجارة. وقد ركزت على قضيتين فقهييتين طلب مجمع الفقه الإسلامي الموقر بحثهما وهما: **أولاً**: إصدار صكوك إجارة ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان، وثانياً: إصدار الصكوك وتداولها في إجارة الموصوف في الذمة.

وقد مهدت الورقة للقضيتين ببيان التحديات التي تواجهها الصناعة المالية الإسلامية لاسيما تلك المتعلقة بإدارة السيولة، وتمويل مشاريع التنمية التي تسهم في تمويل البنى التحتية للبلدان الإسلامية، الأمر الذي اقتضى حشد مدخرات كبيرة تنافس تلك التي تحشدتها المؤسسات المالية الوضعية من خلال سندات أو وثائق الاستثمار الربوية.

وتناول المبحث الأول فحص مصطلحات البحث محل الدراسة، حيث انتقدت بعض التعريفات المتداولة للصكوك الإجارة، واقترحت تعريفاً تضمن الأعيان والمنافع والخدمات. وبينت بعدها أنواع صكوك الإجارة مركزة على **صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان** حيث عرفت أنها "وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين مؤجرة أو وسيط مالي لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين مملوكة لحملة الصكوك إما ملكية قانونية أو ملكية اقتصادية (ملكية منفعة)، ويتعهد مالك العين بشرائها بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفق عليه مع حملة الصكوك عند البيع، أو يتعهد حملة الصكوك ببيعها لمن اشترت منه تلك الأعيان بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفقون عليه مع مالك العين عند البيع". **وصكوك إجارة الموصوف في الذمة** حيث عرفت أنها: "وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين أو منفعة أو خدمة موصوفة في الذمة أو وسيط مالي ينوب عنه (شركة ذات أغراض خاصة) لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين أو المنفعة أو الخدمة مملوكة لحملة الصكوك". وبحثت في المحور نفسه تطورات سوق الصكوك فبينت بأن إصداراتها تجاوزت سنة ٢٠١١م ٩٠ مليار دولار أمريكي، كما بينت أن نسبة صكوك الإجارة مثلت ٢٧٪ من مجموع الصكوك التي تم إصدارها في السنة نفسها.

أما المبحث الثاني، فقد خصص لبحث التحديات التطبيقية لإصدارات الصكوك أين، تم التركيز على أهم التحديات التطبيقية لصكوك الصكوك، وهي: **التحديات التسويقية، وتحديات وعي المستثمرين، وتحديات التصنيف، والتحديات القانونية المتعلقة بملكية الموجودات السيادية.**

وخصص المبحث الثالث لبحث القضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة المنتهية بالتمليك وإجارة الموصوف في الذمة، وقد تم بحث قضايا شرعية مشتركة منها قضية ملكية الأعيان المؤجرة ناقشت فيه الصكوك القائمة على الأصول (Asset Based)

والصكوك المدعومة بالأصول (Asset Backed)، بينت فيها أن أكثر من ٩٠٪ من الصكوك تعتمد الصكوك القائمة على الأصول أين لا يكون لحملة الصكوك أي حق على الأصول، وإنما يعتمدون كلياً على المنشئ وجدارته المالية في الدفع، إما من خلال موارده الداخلية أو من خلال قدرته على إعادة التمويل، وهو ما يعني أن صكوك الأعيان المؤجرة القائمة على الأصول لا تلبى مطلباً شرعياً مهماً وهو الانتقال الشرعي والقانوني للملكية الصك. وناقشت كذلك قضية بيع العين والمنفعة، ثم إعادة شراء المنفعة أين ناقشت خلاف العلماء في المسألة وهل المعاملة عينة أو بيع وفاء أو معاملة مشروعة، ورجحت جواز تأجير حملة الصكوك العين لبائعها بعد شرائها، إذا لم يؤل التأجير إلى تملكها لبائعها الأول. وناقشت الورقة كذلك الوعد الملزم بإعادة شراء المالك الأول للعين بعد التأجير فعرضت مذاهب العلماء وأدلتهم في المسألة، وقد رجحت فيها رأي المانع لشراء الأعيان المؤجرة بالقيمة الاسمية، لأن هذا الشرط وغيره من الشروط يجعل العملية مبادلة نقد معجل بنقد مؤجل أكثر منه. واقترحت الورقة في القضية نفسها وضع أحكام استثنائية لشراء مثل هذه الصكوك للحالات التي تكون لديها أزمة حادة في سيولة تهدد مصيرها، من خلال إصدار فتوى مشروطة أو مؤقتة من قبل الهيئات الشرعية تراعي الجانب الاستثنائي لهذه المؤسسات المالية الإسلامية.

أما المحور الثاني من المبحث الثاني، فقد درست فيه إصدار الصكوك وتداولها في إجارة الموصوف في الذمة، أين بينت أن الموصوف في الذمة في صكوك الإجارة إما أن يكون عينا إيجارية موعودا بإجارتها تكون غير موجودة عند التعاقد، أو منفعة عين موصوفة في الذمة يصدر فيها من سيملك هذه المنفعة صكوكا، أو خدمة موصوفة في الذمة يصدر فيها كذلك من سيملك هذه الخدمة صكوكا. أما حكم إصدار صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة وتداولها، فقد ردت فيه الورقة الاختلاف إلى اختلاف الفقهاء في الحكم الشرعي لإجارة العين الموصوفة في الذمة حيث منعها الحنفية، وأجازها الجمهور. وعرضت بعدها رأي من منع إصدار صكوك بها، وفندت هذا الرأي ورجحت جواز إصدار صكوك بها. وناقشت بعدها آراء العلماء في تداولها قبل تعيين العين إذا تم تحديد مواصفاتها بدقة، لأنها تمثل أصولاً موصوفة في الذمة يتم تسليمها إلى حملة الصكوك في آجال محددة ليؤجروها إلى المصدر إجارة تشغيلية أو إجارة منتهية بالتمليك، وهو ما يعطيها أحكام عقد السلم، وقد رجح البحث جواز التصرف في السلم بالبيع والشراء قبل قبضه، مع التنبيه على اعتبار ما يراه الاقتصاديون من مآلات التجويز، خاصة في مجال الآثار الاقتصادية. أما القضية الأخيرة في هذا المبحث فقد تناولت حكم إصدار صكوك ملكية المنافع الموصوفة في الذمة وتداولها، وقد رجحت فيه رأي جمهور العلماء بجواز إصدار صكوك ملكية منافع الأعيان المؤجرة الموصوفة في الذمة. وبحثت بعدها حكم تداولها حيث ناقشت رأي المانع

وهم الجمهور ورأي المجيزين وهم جملة من العلماء المعاصرين رجحت عقبتها جواز تداولها إستنادا إلى ما تم ترجيحه في مسألة تداول صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة. وختمت الورقة بعرض جملة من نتائج البحث، وقدمت بعض التوصيات والمقترحات لتعميق البحث في المسألة، وتقديم رأي فقهي يشارك في صياغته الفقيه والاقتصادي والمهني.

لقد شهدت الصناعة المالية الإسلامية في العقدین الأخيرین تحديات كبيرة تزامنت مع انتشارها العالمي وتوسع دائرة متعاملیها وزيادة موجوداتها. فقد ترتبت على توسع المالية الإسلامية تحديات تعلقت بإدارة سيولتها من حيث العرض والطلب، وكذا الاستجابة لمشاريع تمويل عمليات التنمية على الصعيدين الوطني والدولي من خلال تمويل حكومات وشركات ضخمة. وقد حتم عليها هذا الوضع الجديد التحرك للحصول على تدفقات نقدية تمويلية ضخمة. وبما أن المؤسسات المالية لا تستطيع الاستجابة لهذه التحديات بإصدار سندات دين قائمة على الربا كونها تضاد المبادئ الشرعية التي قامت على أساسها، تحتم عليها البحث عن بدائل إسلامية تؤدي الغرض نفسه دون الوقوع في الربا. وقد كللت جهود المؤسسات المالية وكذا المجامع الفقهية بتقديم بديل لهذه السندات الربوية تمثل في سندات إسلامية أو صكوك تلتزم الشريعة الإسلامية وتستجيب للطلب المتزايد للتمويلات الضخمة التي تتوافق مع الشريعة الإسلامية، وقد حظيت صكوك الإجارة ولا تزال بالتفضيل كونها تمثل أصولاً حقيقية ثابتة تسهم في الإنتاج الحقيقي لاقتصاد البلد، وتقدم للمشاريع التمويلية قيمة مضافة. غير أن هذه الصكوك واجهت في تطبيقاتها بعض الانتقادات، كما واجهت في تطويرها بعض الإشكالات. وهذه الورقة دراسة تقويمية نقدية لنوعين من صكوك الإجارة ارتأى مجمع الفقه الإسلامي الدولي بحثهما في دورته العشرين، وهما أولاً: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك وحكم إصدارها وتدوالها إذا انتهت بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان، وثانياً: حكم إصدار صكوك وتدوالها في إجارة الموصوف في الذمة، وسيتم بحث هذا الموضوع من خلال المباحث الآتية:

- المبحث الأول: تعريف الصكوك وتطور سوقها
- المبحث الثاني: تعريف صكوك الإجارة وبيان أنواعها
- المبحث الثالث: التحديات التطبيقية لإصدارات الصكوك
- المبحث الرابع: القضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة المنتهية بالتمليك وإجارة الموصوف في الذمة
- نتائج وتوصيات البحث

المبحث الأول تعريف صكوك الإجارة وأنواعها وتطورات سوق الصكوك

المطلب الأول تعريف صكوك الإجارة وأنواعها أولاً: تعريف الصك لغة واصطلاحاً

الصك لغة:

للصك في اللغة معانٍ متعددة يجمعها أصل واحد هو تلاقي شيئين بقوة وشدة، حتى كأن أحدهما يضرب الآخر^(١). وأصل اسم الصك فارسي ويطلق على الوثيقة المكتوبة مطلقاً، ومنها سميت كتب الأمراء التي يكتبونها لعمالهم بأرزاقهم وأعطياتهم صكوكاً^(٢)، وفي الحديث عن: (أبي هريرة أنه قال لمروان: أحللت بيع الربا، فقال مروان: ما فعلت؟ فقال أبو هريرة أحللت بيع الصكك وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى. قال فخطب مروان الناس فنهى عن بيعها قال سليمان فنظرت إلى حرس يأخذونها من أيدي الناس)^(٣). فالصك في اللغة اسم للوثيقة المكتوبة.

الصك في الاصطلاح الفقهي والمعاصر:

يطلق الفقهاء اسم الصك على الوثيقة التي توثق لمعاملة أو حق، مثل صك الوقف، وصك البيع وصك الإجارة، والمراد بها الوثائق التي تسجل تلك العقود وتفصيلاتها وشروطها وحقوق المتعاقدين.

وعرف مجلس الخدمات المالية الإسلامية الصكوك في المعيار رقم ٧ بأنها: شهادات يمثل كل صك منها حق ملكية لنسبة مئوية شائعة في موجودات عينية، أو مجموعة مختلطة من الموجودات العينية وغيرها، وقد تكون الموجودات في مشروع محدد أو نشاط استثماري معين، ويشترط أن يكون المشروع أو النشاط متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية^(٤).

وقد عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية صكوك الاستثمار بأنها: "وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص"^(٥).

(١) ابن فارس، مقاييس اللغة، ٢/٢٧٦.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ١٠/٤٥٦، الفيومي، المصباح المنير، ١/٣٤٥، قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، ٢/١٦.

(٣) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، ح رقم: ١٥٢٨، ٣/١١٦٢.

(٤) انظر المعيار في <http://www.ifsb.org/published.php>.

(٥) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، طبعة ٢٠١٠م، ص ٢٣٨.

ثانياً: تعريف صكوك الإجارة

عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية صكوك الإجارة بحسب أقسامها، حيث يتلخص منها بأنها: "وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها من المالك أو الوسيط لعين مؤجرة أو موعود باستئجارها، [أو منفعة عين موجود، أو منفعة عين موصوفة في الذمة، أو خدمة من طرف معين أو خدمة من طرف موصوف في الذمة] بغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاككتاب وتصبح العين مملوكة لحملة الصكوك"^(١).

أما مجمع الفقه الإسلامي الدولي فقد تبنى تعريف صكوك الإجارة الذي يذهب إلى أنها: "سندات ذات قيمة متساوية، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع ذات دخل"^(٢).

وتعريف المجمع لم يتناول صكوك إجارة الخدمات. وبناء على التعريفين السابقين يمكن تعريف صكوك الإجارة بأنها: "سندات ذات قيمة متساوية، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات ذات دخل".

ثالثاً: أنواع صكوك الإجارة

يمكن تقسيم صكوك الإجارة إلى أقسام ثلاثة: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة، صكوك ملكية المنافع، صكوك ملكية الخدمات. وفيما يأتي بيان هذه الأنواع مجملاً ثم بيان للنوعين محل البحث بتفصيل.

١- صكوك ملكية المنافع، وهي نوعان:

- صكوك ملكية المنافع من مصدر معين وفي هذه الحالة يملك حملة الصكوك منفعة العين التي يكون محلها معيناً بالرؤية والإشارة إليها أو نحو ذلك مما يميزه عن غيره.
- صكوك ملكية المنافع من مصدر موصوف في الذمة، وفي هذه الحالة يملك حملة الصكوك منفعة العين التي يكون محلها دينا متعلقاً بذمة المؤجر.

٢- صكوك ملكية الخدمات، وهي نوعان:

- صكوك ملكية الخدمات من مصدر معين، وفي هذه الحالة يملك حملة الصكوك خدمات يكون مصدرها معيناً بالرؤية والإشارة إليها أو نحو ذلك مما يميزه عن غيره.
- صكوك ملكية الخدمات من مصدر موصوف في الذمة، وفي هذه الحالة يملك حملة الصكوك خدمات يكون مصدرها دينا في ذمة المؤجر.

٣- صكوك ملكية الأعيان المؤجرة، وهي نوعان:

- صكوك الأعيان المؤجرة إما إجارة تشغيلية أو إجارة تنتهي بالتملك، وفي هذه الصورة يملك حملة الصكوك العين وإيرادها الإيجاري.

(١) المعايير الشرعية، ص ٢٣٨، ٢٣٩.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ج ٢، ص ٣٠٩.

• صكوك الأعيان الموعود بتأجيرها أو الموصوفة في الذمة، وفي هذه الحالة يملك حملة الصكوك ما سيتم إنجازها من عين مع إيراداتها الإيجارية.

وهذه الورقة ستقتصر على بحث نوعين من الصكوك وهما أولاً: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة المنتهية بالتمليك على مصدرها أو صاحب العين المصككة، وثانياً: صكوك إجارة الموصوف في الذمة. وفي الآتي بيان لهذين النوعين.

أ- صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان.

يمكن تعريف صكوك إجارة الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان بحسب تطبيقاتها المعاصرة بأنها: وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين مؤجرة أو وسيط مالي لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين مملوكة لحملة الصكوك إما ملكية قانونية أو ملكية اقتصادية (ملكية منفعة)، ويتعهد مالك العين بشرائها بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفق عليه مع حملة الصكوك عند البيع، أو يتعهد حملة الصكوك ببيعها لمن اشترت منه تلك الأعيان بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفقون عليه مع مالك العين عند البيع.

ويتم إصدار هذه الصكوك من خلال الخطوات الآتية:

- (١) يقوم المنشئ وغالباً ما يكون حكومة ببيع أصول يملكها بمقابل كأن يبيع أصولاً بمقابل مقداره ٥٠٠ مليون دولار على سبيل المثال.
- (٢) يقوم الوسيط المالي وغالباً ما يكون الشركة ذات غرض خاص ينشئها المصدر بإنشاء كيان لإدارة الأصول كما يقوم بإصدار صكوك إجارة لجمع مبلغ ٥٠٠ مليون دولار.
- (٣) يتم التصديق على الصكوك من قبل هيئة شرعية عالمية معترف بها.
- (٤) يتم إدراج الصكوك وتصنيفها من قبل وكالة تصنيف دولية.
- (٥) يقوم الوسيط المالي بتأجير الأصول للشركة البائعة للأصول لمدة عشر سنوات على أساس دفعات إيجارية سنوية.
- (٦) تأخذ الحكومة (المنشئ) مبلغ الصكوك وتدفع المستحقات الإيجارية عن فترات الإيجار المحددة - كل ستة أشهر في الغالب - إلى الشركة ذات الغرض الخاص.
- (٧) تقوم الشركة ذات الغرض الخاص بتوزيع مبلغ الإيجار بشكل دوري في شكل قسائم مدفوعة.
- (٨) تتعهد الحكومة أو الشركة المنشئة للصكوك بشراء الأعيان المؤجرة عند نهاية مدة الإيجار المحددة ويكون الشراء عادة بالقيمة الاسمية للصكوك.
- (٩) في نهاية المدة تقوم الشركة ذات الغرض الخاص ببيع الأصول إلى الشركة الأصلية بالسعر الأصلي غالباً، وبهذا تكون الأصول قد رجعت إلى مالكها الأصلي وهو الشركة الأصلية.

(١٠) تقوم الشركة ذات الغرض الخاص بدفع مبلغ البيع إلى حملة الصكوك، وبذلك يكون قد تم استرداد قيمة الصكوك.

صكوك إجارة الموصوف في الذمة

الموصوف في الذمة إما أن يكون عينا أو منفعة أو خدمة موعودا بتأجيرها. وعليه فيمكن تعريف صكوك إجارة الموصوف في الذمة بأنها وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين أو منفعة أو خدمة موصوفة في الذمة أو وسيط مالي ينوب عنه (شركة ذات أغراض خاصة) لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين أو المنفعة أو الخدمة الموصوفة في الذمة مملوكة لحملة الصكوك.

• وصورة صكوك إجارة الأعيان الموعود بتأجيرها أو الموصوفة في الذمة هي صورة إجارة الأعيان المعينة السابقة الذكر نفسها، غير أن الأعيان في هذه الصورة غير موجودة عند إبرام العقد.

هذا، ويشار إلى أن المنافع والخدمات الموعود بتأجيرها تتفق مع صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة إلا من حيث المحل، حيث تتعلق بالعين في إجارة الأعيان الموعود باستئجارها، وتتعلق بالمنفعة في إجارة المنافع الموصوفة في الذمة، وتتعلق بالخدمة في إجارة الخدمات الموصوفة في الذمة.

المطلب الثاني

تطورات سوق الصكوك

لقد شهدت سوق الصكوك في النظام المالي الإسلامي، نموا مطردا في العقد الماضي باستثناء سنة ٢٠٠٨م عندما شهدت انخفاضا حادا قدر بحوالي ٢١ مليار دولار، وقد أرجع المتخصصون آنذاك انخفاضها إلى الأزمة المالية العالمية، حيث كانت ندرة السيولة، ومنطق الانتظار والترقب من قبل المستثمرين السمة البارزة لتلك السنة. غير أنه في سنة ٢٠١٠م و٢٠١١م عاودت سوق الصكوك نشاطها في السوق المالي المحلي والعالمي، وعادت بقوة في حجم الإصدارات، والدول التي أسهمت فيها. وفي الآتي عرض مختصر لتطورات سوق الصكوك الإسلامية يتناول تقارير ثلاث مؤسسات متخصصة في متابعة سوق الصكوك: مؤسسة الخدمات المعلوماتية للمالية الإسلامية (IFIS)، وتقرير بيت التمويل الكويتي للربع الثالث من سنة ٢٠١١م، تقرير زاوية لإصدار الصكوك عن العام ٢٠١١م.

تقرير مؤسسة الخدمات المعلوماتية للمالية الإسلامية (IFIS)

اصدارات الصكوك للعام ٢٠١١ والرابع الأول من عام ٢٠١٢

2010		2011		٢٠١٠		
مجموع الصكوك المستحقة الأداء	مجموع الصكوك المصدرة	مجموع الصكوك المستحقة الأداء	مجموع الصكوك المصدرة	مجموع الصكوك المستحقة الأداء	مجموع الصكوك المصدرة	
72 16.5	72 16.5	321 36.0	678 67.4	184 19.2	697 44.6	ماليزيا عدد الاصدارات مليار دولار
3 4.1	3 4.1	13 12.5	30 13.1	2 2.2	25 2.9	دول الخليج العربي عدد الاصدارات مليار دولار
83 22.4	83 22.4	373 59.6	801 92.3	211 27.9	814 54.9	المجموع عدد الاصدارات مليار دولار

تقرير بيت التمويل الكويتي للربع الثالث من سنة ٢٠١١م

- بلغ مجموع إصدارات الصكوك في العام ٢٠١١، ٨٠١ إصدارا بقيمة ٩٢,٤ مليار دولار. وهذا يمثل ارتفاعا في الاصدارات بنسبة ٦٨٪ عن العام ٢٠١٠.
- استحوذت ماليزيا على نسبة ٧٣٪ من إجمالي إصدارات الصكوك في العام ٢٠١١. (مقارنة بـ ٨١,٢٪ في العام ٢٠١٠). بينما استحوذت دول الخليج على ١٤٪ من إجمالي الإصدارات العالمية للصكوك في العام ٢٠١١. (مقارنة بـ ٥٪ في العام ٢٠١٠).
- على مدى سنوات، حققت سوق الصكوك نموا سنويا يتراوح ما بين ١٠٪ - ١٥٪ لتصل إلى ما يقارب ١٧٠,٣ مليارات من إصدارات الصكوك المستحقة السداد بنهاية الربع الثالث من العام ٢٠١١. وقد شكل هذا الرقم حوالي ١٤,٣٪ من نسبة أصول المصرفية الإسلامية على المستوى العالمي.

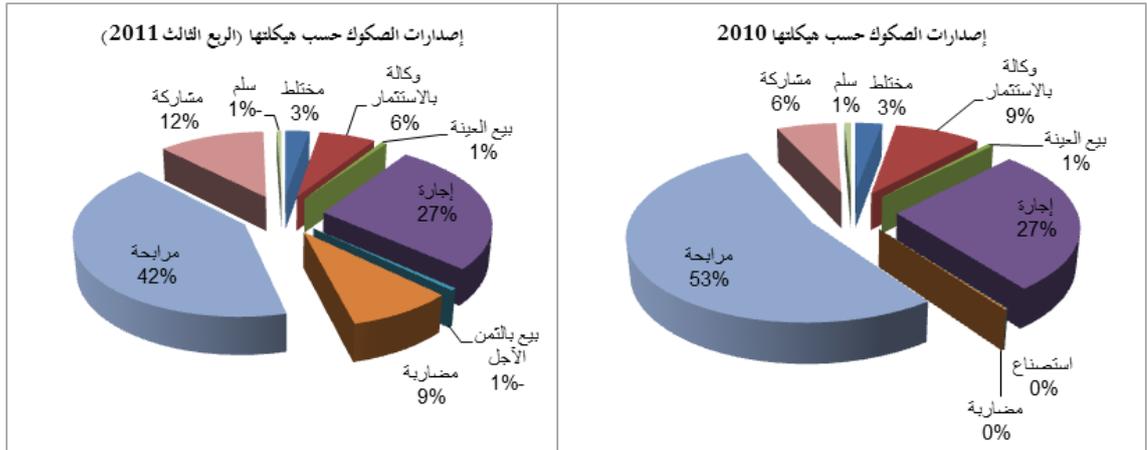
وأما الربع الرابع من العام ٢٠١١ فقد تم ترتيب إصدار عدد من الصكوك البارزة والتي من المتوقع أن تسهم بـ ١٦ مليار دولار في شكل إصدارات جديدة.^(١)

(١) بيت التمويل الكويتي، ٢١ أكتوبر ٢٠١١. تقرير عن إصدارات الصكوك العالمية. الربع الثالث ٢٠١١.

أكبر عشر إصدارات عالمية للصكوك

نوع الصكوك	الفترة (بالسنوات)	الحجم (بالمليون)	تاريخ الاصدار	العملة	الدولة	الهيكل	الصكوك	
سيادي	٣	٩,٠٦٢	يناير	ريال قطري	قطر	اجارة	الصكوك السيادية القطرية ٢٠١٤	١
سيادي	٥	١,٢٠٠	يوليو	دولار أمريكي	ماليزيا	وكالة	صكوك وكالة الدولية (تجزئة ١)	٢
شبه سيادي	٥	١,٠٢٥	اغسطس	درهم اماراتي	الإمارات	اجارة	صكوك نخيل ٤ (تجزئة ١)	٣
سيادي	٧	١,٠٠٠	نوفمبر	دولار أمريكي	اندونيسيا	اجارة	صكوك اندونيسيا العالمية ٢	٤
شركات	١٤	١,٠٠٠	اكتوبر	ريال سعودي	السعودية	مشاركة	صكوك شركة أرامكو السعودية للتكرير والبتروكيماويات	٥
سيادي	٣	٧٧٥	ديسمبر	روبية باكستاني	باكستان	إجارة	صكوك الإجارة للحكومة الباكستانية (تجزئة ٣)	٦
شبه سيادي	٥	٧٥٠	مايو	دولار أمريكي	السعودية	وكالة بالاستثمار	صكوك بنك التنمية الإسلامي (مسلسل ٧)	٧
سيادي	٧	٧٥٠	نوفمبر	دولار أمريكي	البحرين	إجارة	شركة CBB الدولية	٨
شركات	٥	٦٥٠	اغسطس	دولار أمريكي	الإمارات	وكالة	بنك الخليج الأول	٩
سيادي	٥	٥٣٠	ابريل	دينار بحريني	البحرين	إجارة	صكوك الإجارة (البحرين #١٧)	١٠

المصدر: بيت التمويل الكويتي، ٢١ اكتوبر ٢٠١١. تقرير عن إصدارات الصكوك العالمية. الربع الثالث ٢٠١١م



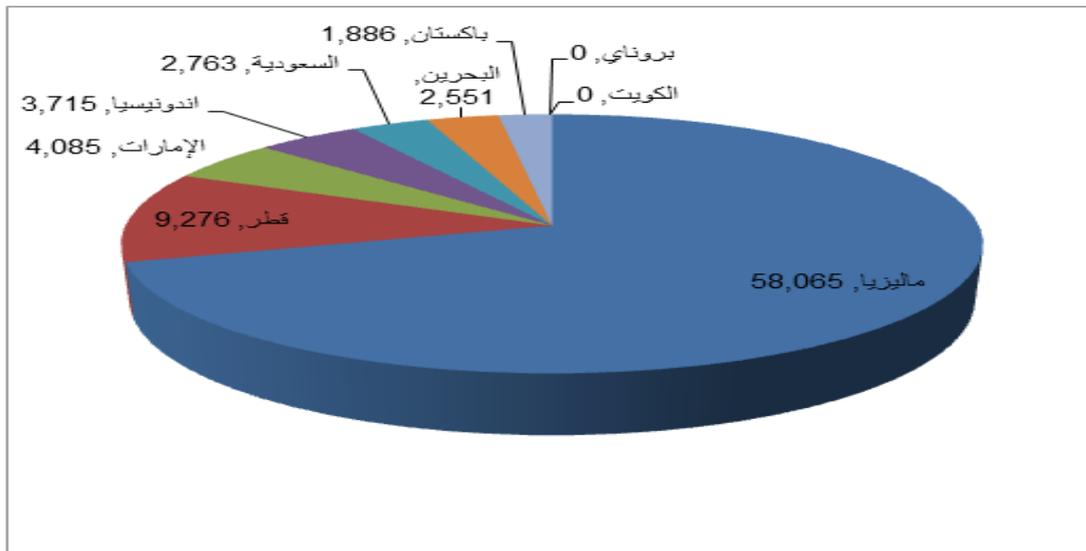
المصدر: بيت التمويل الكويتي، ٢١ أكتوبر ٢٠١١. تقرير عن الصكوك العالمية للربع الثالث من العام ٢٠١١.

تقرير زاوية لإصدار الصكوك عن العام ٢٠١١م

يمكن تلخيص تقرير زاوية لإصدار الصكوك في الآتي:

- تم إصدار صكوك عالمية بقيمة ٨٤,٤ مليار دولار بارتفاع بلغت نسبته ٦٢٪ عن العام الذي سبقه (٢٠١٠م).
- استحوذت ماليزيا على نسبة ٦٨,٧٪ من قيمة هذه الإصدارات، بينما استحوذ الشرق الأوسط وشمال أفريقيا على نسبة ٢٣٪.
- مزيد من الدول انضمت إلى نادي الدول المصدرة للصكوك كما تم استخدام مزيد من العملات في إصدارات الصكوك.
- ما زالت الصكوك السيادية والمحلية هي المهيمنة على سوق الصكوك.

إصدارات الصكوك حسب الدول (بالمليون دولار)



خلاصة

إن أهم ما يمكن أن نستخلصه من عرض تطورات إصدار الصكوك هو أن إصدارها شهد سنة ٢٠١١ نمواً سريعاً قارب ٧٠٪ من الصكوك المصدره سنة ٢٠١٠م، وقد تجاوزت الإصدارات ٩٠ مليار دولار أمريكي. كما يلاحظ أن نسبة صكوك الإجارة مثلت ٢٧٪ من مجموع الصكوك التي تم إصدارها في السنة نفسها، وقد توزعت هذه الصكوك على جل الدول التي أسهمت في إصدارات للصكوك.

المبحث الثاني التحديات التطبيقية لإصدارات الصكوك

قبل الخوض في بحث القضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة وبيان حكمها الشرعي، يتعين علينا بحث مختصر للتحديات التي تواجهها المؤسسات المالية عند إصدار الصكوك، وبحث إمكانية تأثيرها في الحكم الشرعي في إصدار وتداول هذه الصكوك لاسيما إذا كان هذا الحكم الشرعي مبنيا على أدلة ظنية اجتهادية. وأهم التحديات التي تواجه مصدري الصكوك تتناول الآتي:

المطلب الأول التحديات التسويقية

إن الغرض من إصدار الصكوك هو إيجاد بديل مالي للسندات الربوية المحرمة يلتزم أحكام الشريعة الإسلامية، ويدير السيولة في حالة الفائض والعجز بما يحقق مصلحة المتعاملين كما يحشد المدخرات ويوفر السيولة للمشاريع الضخمة لاسيما تلك التي تضطلع بها الحكومات لتشييد البنى التحتية. وبما أن المؤسسات المالية التي تتداول هذه الصكوك مؤسسات ربحية، فإنه لا يمكن إصدار صكوك وعرضها في السوق المالية إلا إذا توافرت هذه الصكوك على ميزات مالية تعدل أو تفوق تلك التي تقدمها المؤسسات المالية الربوية. وعليه فإن ما تضعه مؤسسات إصدار الصكوك في الاعتبار عند هندستها لهذه الصكوك، توفرها على ضمان رأس مال المتعاملين وتحقيق الربحية لهم، ولا شك أن صكوكا لا تضمن رأس المال ناهيك عن ضمان الفائدة، لا يكون لها في نظر المصدرين جدوى اقتصادية، لأنها لن تجد لها سوقا ولا مستثمرين يقبلون عليها.

المطلب الثاني تحديات وعي المستثمرين

إن نجاح هندسة الصكوك الإسلامية ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار المكتتبين وطالبي التمويل. وواقع السوق المالية الإسلامية يعيش معادلتين صعبين:

أولهما معادلة وعي المتعاملين الديني فيما يتعلق بالمعاملات الخالية من المخالفات الشرعية. وقد أثبتت بعض الدراسات وكذا ثبت بالتجربة الميدانية أن شريحة عريضة من العملاء لاسيما المؤسسات التي تستثمر في هذه الصكوك لا تضع الانضباط بالشرعية الإسلامية ضمن أولوياتها، وإنما تضع جانب ضمان رأس المال والربحية ضمن أولوياتها الاستثمارية، وقد أجري بماليزيا استبيان قبل خمس سنوات سئل فيه شريحة من المتعاملين فيما سئلوا عن اختيار مصرف الاستثمار فيما إذا أعطى المصرف الإسلامي فائدة أقل من المصرف الوضعي، أو مؤل بربحية أكثر من قرض المصرف الوضعي فكان جواب نسبة

كبيرة ممن لهم حسابات في مصارف إسلامية أنهم سيتحولون إلى المصارف الوضعية. فمعاملو المؤسسات المالية لا يدفعهم كلهم البعد الديني، وهو ما يحسب له مصدر الصكوك حسابهم عند هندستها.

وثاني المعادلتين أن المكتبتين في الصكوك الإسلامية ليسوا كلهم مسلمين، فبعض المؤسسات المالية الإسلامية في ماليزيا يتجاوز فيها المتعاملون غير المسلمين ٥٠٪، بل إن شريحة من الصكوك تتداول في الدول الغربية مثل لندن وأمريكا وغيرها من الدول، وهو ما يعني أن البعد التسويقي المنافس للمنتجات المالية أمر محوري لاستمرار هذه المؤسسات وبقائها، وهو ما يثير إشكالية واقع المؤسسات المالية الإسلامية، وأهدافها النظرية.

المطلب الثالث

تحديات التصنيف

إن نجاح إصدار الصكوك وتداولها بحكم ضغط الواقع المالي العالمي، وبحكم أن كثيرا منها موجه إلى السوق العالمية مرهون بتصنيفها العالي. ذلك لأن المستثمرين والمؤسسات المالية الراغبة في شرائها لا تقبل عليها إلا إذا حظيت هذه الصكوك بتصنيف عال و ضمانات مرضية. وبما أن التصنيف المعتبر عالميا تسيطر عليه وكالات عالمية ذات مقاربة وضعية مثل ستاندارز أند بورز وموديز وغيرهما... فإن هذه الوكالات تعتمد في تصنيفها للصكوك المعايير نفسها التي تعتمد في تصنيف السندات، حيث إن ما يهمها هو الجدارة الائتمانية لمصدر الصكوك، وكذا الضمانات التي يقدمها لحملة هذه الصكوك سواء تلك المتعلقة برأس المال أو العائد، وهذا من دون شك يمثل عائقا لمصدري الصكوك حيث إنهم إن لم يعتمدوا معايير هذه الوكالات سيكون تصنيف صكوكهم نازلا، وهو ما سيؤثر لا محالة في كفاءة هذه الصكوك، ومن ثم قدرتها على منافسة سوق السندات الربوية.

المطلب الرابع

التحديات القانونية المتعلقة بملكية الموجودات السيادية

من الإشكالات التي تواجهها صكوك الإجارة من حيث التطبيق العملي في الدول الإسلامية لاسيما دول مجلس التعاون الخليجي إشكالية نقل ملكية الموجودات لاسيما السيادية منها إلى المستثمرين الأجانب. ذلك أن هذه البلدان وإن نصت في إصداراتها لصكوك الأعيان المؤجرة أنه يمكن شراؤها من قبل المستثمرين المحليين والأجانب، غير أن قوانينها لا تسمح بتملك الأجانب لممتلكات هذه البلاد. وهو ما دفع بحكومات هذه البلدان إلى اللجوء إما إلى النص على أن هذه صكوك قائمة على الأصول **Asset-based Sukuk**، وأن الملكية الحقيقية للموجودات لم تنتقل إلى حملة الصكوك، أو إلى اللجوء إلى الوعد بشراء هذه الصكوك عند إطفائها. أضف إلى ذلك ضعف الأطر القانونية عند التحاكم بسبب

ضعف أو غياب إطار ناظم للحوكمة الشرعية لهذه الصكوك. وبالرغم من محاولة تدارك هذا الضعف من خلال إصدار معايير الحوكمة الشرعية للمؤسسات المالية لاسيما التي أصدرها مجلس الخدمات المالية الإسلامية IFSB أوهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAIOfI، وكذا التوجيهات الإرشادية التي أصدرتها بعض البنوك المركزي مثل البنك المركزي الماليزي. إضافة إلى غياب أطر التقاضي أو ضعف تفعيلها، ومراكز التحكيم الدولية المتخصصة في المعاملات المالية الإسلامية دفع بقانوني مصدري الصكوك إلى أن يهندسوا هذه الصكوك وفقا للقانون البريطاني أو القوانين المحلية، الأمر الذي أثر سلبا على الاستثمار في هذه الصكوك.

المبحث الثالث

القضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة المنتهية بالتمليك وإجارة الموصوف في الذمة

إن أهم ما يمكن الوقوف عليه في هذين النوعين من الإجارة من قضايا شرعية تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي فيها: هي: ملكية الأعيان المؤجرة، وبيع العين والمنفعة ثم إعادة شراء المنفعة، والوعد الملزم بإعادة شراء العين بعد التأجير، وأحكاماً أخرى سيأتي بيانها فيما يأتي:

المطلب الأول

ملكية الأعيان المؤجرة

من القضايا الفقهية الشائكة في صكوك الأعيان المؤجرة ما يتعلق بجهة ملكيتها. فمن يملك الأعيان المؤجرة حال الإجارة؟ ويثور إشكال ملكية الأعيان المؤجرة ومدى انتقالها إلى حملة الصكوك في صكوك الإجارة القائمة على الأصول (Asset-Based Sukuk) وهي تمثل أكثر من ٩٠٪ من صكوك الإجارة التي تم إصدارها خلافاً للصكوك المدعومة بالأصول (Asset Backed) التي تمثل نسبة قليلة جداً من مجموع هذه الصكوك.

ولتوضيح مسألة الصكوك القائمة على الأصول، والصكوك المدعومة بالأصول لابد من عرض مختصر لطبيعة هذين النوعين من الصكوك والتداعيات القانونية والشرعية التي تترتب عليهما.

لقد رسمت وكالة التصنيف موديز^(١) Moody's ومجلس الخدمات المالية الإسلامية **The Islamic Financial Services Board (IFSB)** ووكالة التصنيف الماليزية **RAM**. طبيعة العلاقة بين المصدر وحملة الصكوك من حيث الأصول مصدر التصكيك التي يغلب عليها منتج صكوك الإجارة، من خلال بيانها لنوعين من الصكوك.

فقد ميزت وكالة موديز في تقريرها عن الصكوك الصادر سنة ٢٠٠٦م بوضوح بين نوعين من الصكوك: **الصكوك المدعومة بالأصول (Asset- Backed Sukuk) والصكوك القائمة على الأصول (Asset- Based Sukuk)**.

فالصكوك المدعومة بالأصول هي تلك التي "يتمتع فيها المستثمرون بدعم الأصول محل العقد وضماتها، بحيث يتمتعون بشكل من أشكال الضمانات على الأصول. فهم بناء على هذا أفضل حالاً من الدائنين غير المضمونين. وتتناول هذه الضمانات الآتي:

- في حالة تعثر المصدر عن السداد أو صار معسراً، فإن حملة الصكوك بإمكانهم استرداد المخاطر التي يتعرضون لها من خلال السيطرة على الأصول وفي نهاية المطاف تحقيق القيمة منها.

(١) موديز هي إحدى أشهر وكالات التصنيف على المستوى العالمي، وهي مؤسسة أميركية مختصة بدراسة الجدارة المالية للشركات وتصنيفها من حيث هذه الجدارة.

• يتضمن تصكيك الموجودات **بيعا حقيقيا لها**، بحيث يقصى خطر الإفلاس عن المصدر، وكذا تنفذ الضمانات المرتبطة بعملية الإصدار.

وأما **الصكوك القائمة على الأصول** فهي الصكوك التي يتعهد منشئ الصكوك بشرائها من المصدر عند حلول الأجل أو بالتراضي على أجل مبكر بقيمة يتفقان عليها، وهي غالبا مساوية للقيمة الاسمية للصك، وعندئذ تكون القيمة السوقية الحقيقية للصك في الوعد بالشراء لا معنى لها بالنسبة لحملة الصكوك. ويميزها ما يلي:

• لا يكون لحملة الصكوك أي حق على الأصول، وإنما يعتمدون كليا على المنشئ وجدارته المالية في الدفع، إما من خلال موارده الداخلية أو من خلال قدرته على إعادة التمويل.

• إذا لم يستطع المنشئ الوفاء بالتزاماته بإعادة شراء الأصول، فلن يكون حملة الصكوك في موقف تفضيلي على أي دائنين، ولن يكونوا أيضا في موقف أضعف من الدائنين غير المضمونين.

• الوعد بالشراء يضع على قدم المساواة التزامات المنشئ اتجاه حملة الصكوك غير المضمونين بقطع النظر عن كونهم حملة من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية⁽¹⁾.

أما مجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB) فقد ميز في وثيقته الإرشادية رقم ٢ الصادرة عام ٢٠٠٥م في تقسيمه للصكوك بين نوعين رئيسيين من الصكوك وهي: **الصكوك القائمة على الأصول / الموجودات Asset-Based Sukuk** و**الصكوك المبنية على الاستثمار في رؤوس الأموال Equity-Based Sukuk**.

غير أنه تبين من واقع الصكوك الموجودة في السوق أن الشروط المسطرة في وثيقة مجلس الخدمات المالية الإسلامية غير متحققة في جميع الصكوك، بل إن أغلبية هياكل الصكوك الموجودة في السوق لا تعكس ملكية حقيقية لحملة الصكوك على هذه الأصول، الأمر الذي دفع بمجلس الخدمات المالية الإسلامية أن يصدر معيارا إضافيا سنة ٢٠٠٩م، وهو المعيار السابع حول متطلبات كفاية رأس المال بالنسبة للصكوك، والتصكيك والاستثمارات العقارية. ومما تناوله هذا المعيار، كفاية رأس المال بالنسبة لهيكل الصكوك غير المدعومة بالأصول (Non-Asset Backed Sukuk (ABS)، وتقديم إرشادات واضحة بالنسبة للأصول غير المستحقة للاندراج ضمن الصكوك المدعومة بالأصول. وهي إرشادات لا تختلف كثيرا عما جاء في تقسيم موديز لأنواع الصكوك، حيث خلص إلى أن **الصكوك المدعومة بالأصول** تقتضي التحويل الكامل للملكية القانونية بالنسبة للأصول محل العقد، أما **الصكوك القائمة على الأصول** فتقتضي تحويل ملكية المنفعة لحملة الصكوك والرجوع على المنشئ أو المصدر وليس على الأصول. وأن الصكوك المدعومة بالأصول تهتم بكفاءة الأصول على در

(١) انظر A Guide to Rating Islamic Financial Institutions - Moody's Investors Service April 2006 (97226)

الأرباح، بينما يهتم حملة الصكوك في الصكوك القائمة على الأصول بكفاءة المصدر أو المنشئ المالية وقدرته على السداد^(١).

بجانب وكالة موديز للتصنيف، ومجلس الخدمات المالية، فإن الوكالة الماليزية للتصنيف^(٢) RAM Holdings (Rating Agency Malaysia Berhad) قدمت نفس التعريف للصكوك المدعومة بالأصول والصكوك القائمة على الأصول.

بفحص بنود جملة من عقود صكوك الإجارة وغيرها، يتبين أن البنود المؤطرة للعقد وإن كانت تنص على أن حامل الصك هو المالك للمنفعة من الأصول التي قام عليها التصكيك؛ فإنها - لاسيما في محور عوامل المخاطر - تنص بالفعل على أنه ليس ثمة انتقال فعلي للملكية الأعيان من المنشئ إلى حملة الصكوك، وأن ما تم هو انتقال اسمي أو رمزي (nominal transfer) للملكية المنفعة لا للملكية الأصل، والدليل ذلك ما يلي:

- إن الصكوك لم تُزل من سجل المنشئ التجاري وميزانيته العمومية، وهو من الناحية القانونية دليل على استمرار ملكية هذه الأصول من قبل المنشئ، وهو ما يعني أنه في حالة إفلاسه، فإنه لن يكون لدائن أفضلية على آخر، وعليه يتساوى من الناحية القانونية الدائنون من حملة الصكوك القائمة على الأصول، وبقية الدائنين.
- إن غالبية عقود الصكوك القائمة على الأصول التي تم فحصها تنص في بند قيود العقد - عادة في قسم المخاطر - على أن انتقال الملكية من المنشئ إلى حملة الصكوك لم يتم. ومن أمثلة هذا التنصيص ما جاء في نشرة عرض صكوك المشاركة لمصرف أبو ظبي الإسلامي في أنه: "لا يملك حملة الصكوك الحق في التنفيذ على الأصول محل الائتمان، وإن حقوقهم تنحصر في التنفيذ ضد بنك أبو ظبي الإسلامي من خلال إلزامه بشراء نصيب الشريك المصدر في الأصول محل الشراكة بناء على شروط وثيقة الوعد بالشراء"^(٣).
- لا توجد العناية القانونية الواجبة^(٤) في بنود العقد المتعلقة بالمالك للأصول بعد التصكيك، بحيث لا ينص العقد على العلاقة التعاقدية التفصيلية بين المنشئ والمصدر وحملة الصكوك، وإذا علمنا أن الصكوك القائمة على الأصول لا تشتري ببيعا حقيقيا من وجهة نظر قانونية ومحاسبية، تبين بوضوح سبب غياب هذه العناية القانونية الواجبة.

^(١) انظر، المعيار رقم ٧ بند رقم ١٠، ص٤.

^(٢) رام هي الوكالة الماليزية للتصنيف، تأسست سنة ١٩٩٠م، وهي مختصة بتصنيف المؤسسات المالية المحلية وكذا العالمية.

^(٣) انظر، ص٩ و ١٠ (عوامل المخاطر) من نشرة عرض صكوك المشاركة لمصرف أبو ظبي الإسلامي.

^(٤) يقصد بالعناية الواجبة أو الاجتهاد الواجب Due Diligence الاستقصاء الذي يقوم به مشتر محتمل قبل اتخاذ قرار بالشراء أو بالاستثمار، أو كما هو في الولايات المتحدة عبارة عن استقصاء يقوم به تاجر أو سمسار قبل أن يبيع للمستثمرين أوراقاً مالية مُصدرة. انظر التمويل المنظم: مسرد مصطلحات عمليات التوريق ستاندارد أند بورز.

- يفرض المنشئ أو المصدر قيوداً على حملة الصكوك فيما يتعلق بالتصرف في الأصول، وهي قيود تخالف الشروط المحاسبية المنصوص عليها في المعايير المحاسبية الأمريكية وكذا البريطانية. محل الاحتكام القضائي عند النزاع. للبيع الحقيقي للأصول محل التوريق. وقد أظهرت هذه القيود حقيقة العلاقة بين حملة الصكوك والأصول، حيث تبين في مثل أزمة صكوك دار الاستثمار، وصكوك نخيل وصكوك الحزام الذهبي لمجموعة سعد حقيقة هذه العلاقة.
- لا يوجد الاجتهاد الواجب أو العناية الواجبة بجدوى المشروع الاقتصادية. فليس ثمة بحث في المشروع وجدواه الاقتصادية،¹ وتقديرات عوائده، وإنما فيه نص على الفائدة التقريبية للعوائد وهي عادة تعتمد (لايبور) في تقدير النسبة، وإن زادت أخذها المصدر أو المدير كحافز، وإن نقصت قدم المصدر أو المدير قرضاً يسترد، ولا يشترط أن تأتي التدفقات المالية من المشروع محل التصكيك، بل ولا يسأل حملة الصكوك المنشئ أو المصدر عن المشروع أساساً ولا يهتمون به، وهذا الأمر يعني أن المعاملة تعتمد على الوعد بالشراء زائد الربح الدوري في عوائد الصكوك، وهو ما يجعل البحث عن جدوى المشروع بدل المركز المالي للمنشئ أو المصدر غير مجد.

مما سبق يتبين أن صكوك الأعيان المؤجرة القائمة على الأصول لا تلبى مطلباً شرعياً مهماً وهو الانتقال الشرعي والقانوني للملكية الصك، وهو ما يجعل المعاملة توصف في أحسن أحوالها بأنها قرض ورهن للعين المؤجرة لحملة الصكوك يستفيدون من ريعها مدة القرض، ولا يحتاجون لإعادتها إلى صاحبها لأنها باقية معه، وهذه المعاملة يتناولها النهي عن بيع وسلف، وقاعدة كل قرض جر نفعاً فهو ربا.

المطلب الثاني

بيع العين والمنفعة ثم إعادة شراء المنفعة

من العناصر المكونة لعقد صكوك الإجارة اشتراط المنشئ تأجير العين بعد بيعها لحملة الصكوك. وقد اختلفت آراء العلماء في مشروعية هذه العملية.

الرأي الأول: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة على المذهب عندهم إلى تحريم اشتراط عقد الإجارة في عقد البيع، وعمدتهم في المنع نهي النبي عن بيعتين في بيع، وبيع وشرط.² ورأى بعض المعاصرين أن أقوى سبب في التحريم كون هذا العقد عينة في المنفعة، حيث يتم فيه بيع العين والمنفعة ثم يشتري بالشرط المنفعة دون العين، فإذا اشترطت إجارة العين بعد بيعها، فهذا يعني أن منفعة العين خرجت عن يد المالك ضمن عقد البيع بثمن حاضر، ثم

¹ جاء في نشرة الإصدار العاشر من صكوك الإجارة (مملكة البحرين) ٢٠٠٤م في في التعريف بالعين محل التأجير: (جزء من أرض مطار البحرين الدولي)، دون ذكر لمقدارها ولا المرافق التي ستحويها.

² انظر، ابن قدامة المغنى، ج٦، ص٣٣٣، وكشاف القناع، ج٣، ص١٨١، ونزبه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص٣٧٤، ٣٧٥.

رجعت المنفعة نفسها إليه بثمن مؤجل أعلى من الثمن الحاضر فتكون عينة في المنفعة. وقد ذكروا أن هذه الصورة تحكمها قاعدة مُدَّ عجوة المعروفة في مبادلة سلعة ونقد بنقد. ولا خلاف بين الفقهاء في منع المعاملة إذا كان النقد المفرد أقل من النقد المضموم للسلعة^(١).

الرأي الثاني: مذهب المالكية في المشهور في المذهب، وهو قول في مذهب الشافعية، ورواية عن الحنابلة، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم واختاره جمهور المعاصرين حيث ذهبوا إلى جواز اشتراط تأجير العين بعد بيعها، وأن كلا العقدين صحيح مع لزوم الشرط، وعدوه شرطاً لا يخالف مقتضى العقد؛ وعمدة جوازهم عموم الأدلة التي توجب الوفاء بالعقود والتي منها قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٢)، وحديث "المسلمون على شروطهم"^(٣) وحديث جابر رضي الله عنه أَنَّهُ أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى جَمَلٍ فَأَعْيَا فَأَرَادَ أَنْ يَسِيْبَهُ قَالَ: «فَلَحَقَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَعَا لَهُ وَضْرِبَهُ» قَالَ: «فَسَارَ سَيْرًا لَمْ يَسِرْ مِثْلَهُ» قَالَ: «أَتَبِيعُنِي بِأَوْقِيَةِ؟» وَالْأَوْقِيَةُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا» قَالَ: قَلْتُ: لَا قَالَ: «تَبِيعُنِي؟» فَبَعْتَهُ بِأَوْقِيَةٍ وَاسْتَشْتَيْتَ حَمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي، فَلَمَّا بَلَّغْنَا أَتَيْتَهُ بِالْجَمَلِ فَتَقَدَّنِي ثَمَنَهُ، ثُمَّ رَجَعْتَ فَأَرْسَلْتُ إِلَيْهِ فَقَالَ: «أَتَرَى أَنَّمَا مَا كَسَبْتَ لِأَخِي جَمَلِكَ، خُذْ جَمَلَكَ وَدِرَاهِمَكَ فَهَمَا لَكَ»^(٤).

وقد أخذ العلماء من هذا الحديث جواز البيع مع استثناء المنفعة، كما لو باع شخص داراً واستثنى سكنها شهراً أو سنة.

والذي يترجح لدينا في هذه المسألة جواز تأجير حملة الصكوك العين لبائعها بعد شرائها، إذا لم يؤل التأجير إلى تملكها إلى بائعها الأول، لأنه لا فرق في رأينا بين بيع العين واستثناء المنفعة لأجل، وبيع العين ثم شراء المنفعة لأجل والله أعلم.

المطلب الثالث

الوعد الملزم بإعادة شراء المالك الأول للعين بعد التأجير

الوعد بإعادة شراء صكوك الإجارة بعد التأجير من قبل البائع الأول يتناول الوعد بشرائها بقيمتها السوقية أو قيمة يتفقان عليها عند حلول أجل، أو الوعد بشرائها بقيمتها الاسمية أي بسعرها الذي بيعت به.

عامة العلماء والمجامع الفقهية على جواز الوعد بشراء صكوك الإجارة بالقيمة السوقية أو أية قيمة يتفقان عليها عند إطفاء الصكوك.

(١) انظر بحث الدكتور سامي السويلم: منتجات صكوك الإجارة، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية العدد الأول، سنة ٢٠١٠م، ص ١٠٠، والموسوعة الفقهية، ج ٢، ص ٣٨.

(٢) المائدة: ١.

(٣) أخرجه أبو داود وغيره، أبو داود، سنن أبي داود، كتاب في الأفضية، باب في الصلح، رقم ٣٥٩٤، ٣/٣٠٤. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. الترمذي، سنن الترمذي، ٣/٣٤٦.

(٤) النسائي، السنن الكبرى، كتاب السير، ضرب البعير، رقم ٨٧٦٦، ٨/١١٣.

أما شراؤها بالقيمة الاسمية فقد أجازته بعض الهيئات الشرعية في ماليزيا وبعض المعاصرين منهم حسين حامد حسان وعبد الستار أبو غدة، ومحمد علي القري. ومنعه جمهور العلماء وبه صدر نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) ١٤ - ١٩ المحرم ١٤٢٥هـ، الموافق له ٦ - ١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤م. ومما جاء فيه: " لا يجوز أن يضمن مصدر الصكوك أو مديرها أصل قيمة الصك أو عائده، وإذا هلكت الأعيان المؤجرة كلياً أو جزئياً فإن غرمها على حملة الصكوك"^(١) وجاء به نص معيار هيئة المحاسبة والمراقبة للمؤسسات المالية الإسلامية، ونصه: "يجوز أن يُصدر أحد أطراف الشركة وعدا ملزماً بشراء موجودات الشركة خلال مدتها أو عند التصفية بالقيمة السوقية، أو بما يُتفق عليه عند الشراء، ولا يجوز الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية"^(٢).

وقد استدلت المجيزون لهذا الشرط بأدلة^(٣) منها:

- إن الصكوك تمثل مجموعة من العقود المستوفية لشروطها، ومقتضياتها الشرعية، فلا وجه لتحريمها، واجتماعها بهذه الصيغة يختلف عن الربا، شريطة أن لا تخفي الصورة قرصاً ربوياً.
- المذهب المتبني لقاعدة "الأصل في العقود والشروط الإباحة" مذهب معتبر في المذاهب الفقهية، وقال به جملة من أكابر العلماء المعاصرين، حيث أجازوا الشروط التي لا تخالف مقتضى العقد، وتحقق مصلحة للمتعاقدين، وشرط شراء المصدر الصكوك بالقيمة الاسمية لا يخالف نصاً صريحاً ويحقق مصلحة المتعاقدين، بل يحقق مصلحة لطالبي السيولة.
- ثمة آثار تجيز مثل هذه الشروط منها: " أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية فاشتترطت عليه أنك إن بعتهأ فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فاستفتى في ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال له عمر: "لا تقربها وفيها شرط لأحد"^(٤)، وقد أوردوا ترجيح ابن قدامة لصحة الشرط^(٥).
- هذا الشرط لا يؤدي إلى العينة كما يزعم المانعون، لأن العينة لا تكون إلا في البيع بأجل والشراء بثمن حال حيث تكون السلعة رجعت إلى مالكتها فوراً. فإذا باع العميل العين قام باستئجارها إيجاراً يكون فيه سنوات فلا تتحقق العينة. والهيئات الشرعية

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة عشرة، ج٢، ص٣١٠.

(٢) المعايير الشرعية، ص١٧١.

(٣) انظر: محمد علي القري: أحكام ضمان الصكوك وعوائدها ص٦ وما بعدها. ويبحث حسين حامد حسان حول صكوك الاستثمار، على موقعه: <http://www.hussein-hamed.com/pagedetails.aspx?id=92>.

(٤) البيهقي، السنن الكبرى، جماع أبواب الخراج بالضمنان، باب الشرط الذي يفسد البيع، رقم ١٠٨٢٩، ٥٤٨/٥.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٢٢٨/٤.

التي أجازت هذا النوع من التأجير المنتهي بالتمليك اشترطت مرور فترة لا تقل عن سنة، وهذا مما يفقد العينة مفهومها وجوهرها، وهذا ما عبر عنه الفقهاء بـ "حوالة الأسواق" إذا تخلل بين البيعتين في سلعة واحدة بين طرفين فترة تحصل فيها حوالة الأسواق أو تتغير فيها العين.

• هذا الشرط يتفق ونص المعيار الشرعي رقم ٩ بند ٥\٨ لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ونصه "إذا كانت العين المؤجرة مشترة من المستأجر قبل إجارتها إليه إجارة منتهية بالتمليك، فلا بد لتجنب عقد العينة من مضي مدة تتغير فيها العين المؤجرة"^(١). وما دام شراء العين المؤجرة في صكوك إجارة الأعيان يكون بعد مضي مدة غير قصيرة لا تقل عادة عن خمس سنوات، فإن شراؤها بقيمتها الاسمية ليس فيه شبهة الربا.

أما المانعون لمثل هذا الشرط فقد استدلوا^(٢) إلى ما يأتي:

• إن الوعد الملزم من قبل المصدر أو المدير بشراء موجودات صكوك الإجارة بالقيمة الاسمية هو بمثابة ضمان رأس المال، وهو ممنوع شرعا. أما شراؤها بالقيمة السوقية، فإنه ليس فيه ضمان لهذه الصكوك.

• إن الوعد الملزم بشراء الأعيان المؤجرة بعد بيعها يصير المعاملة صورية، الغرض منها مبادلة نقد معجل بنقد مؤجل أكثر منه. ذلك لأن الأعيان لم تنتقل من المصدر فعلا، وإنما انتقلت بعقد صوري نتج عنه مبادلة نقد عاجل بنقد آجل أكثر منه.

• إن المعاملة في مجملها لا تختلف كثيرا عن صور بيع الوفاء أو بيع الثنيا أو غيرها من الأسماء، لأن في بيع الوفاء يقوم المحتاج للتمويل ببيع عقار بثمن نقدي ثم يستأجره من المشتري مدة معينة بأجرة متفق عليها، على أن البائع متى رد الثمن للمشتري، فإن الأخير يرد عليه العقار^(٣). بل إن بيع الوفاء المتضمن للإجارة من حيث الشكل أبعد عن الربا من صيغة البيع والتأجير المنتهي بالتمليك، لأن الأول فيه خيار عدم السداد، بخلاف الثاني القائم على الوعد الملزم. وهذا يعني أن المصدر للصكوك في حالة بيع الوفاء أو الاستغلال له الخيار في سداد رأس المال واسترجاع الأصل أو العين، أو عدم السداد، ومن ثم عدم استرداد العين. ويترتب على ذلك أن المصدر لا يتحمل مديونية في ذمته من الناحية المحاسبية^(٤).

(١) المعايير الشرعية، ص ١١٨.

(٢) انظر أدلتهم في: محمد تقي عثمانى، الصكوك وتطبيقاتها المعاصر، ونزيه حماد، في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ص ٣٩٤ وما بعدها.

(٣) انظر: أبحاث مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة السابعة، ج ٣.

(٤) سامي السويلم، منتجات صكوك الإجارة، ص ١٠٧.

- لو فتحنا هذا الباب لجاز لمديري المصارف الإسلامية أن يضمّنوا رأس مال المودعين بأن يتعهدوا بشراء حصصهم المشاعة في وعاء الاستثمار بقيمتها الاسمية، وبهذا ينتفي الفارق الوحيد بين ودائع المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية.
- إن مقاصد التشريع وأهداف الاقتصاد الإسلامي، تأبى مثل هذه العملية التي اجتمعت فيها معظم خصائص السندات الربوية، لأن الهدف النبيل الذي حُرّم من أجله الربا، هو أن يوزّع محصول العمليات التجارية والصناعية فيما بين الشركاء على أساس عادل. وآليات الصكوك المذكورة تهدم هذا الأساس كلياً، وتجعل الصكوك مشابهة للسندات الربوية سواء بسواء من حيث نتائجها الاقتصادية.
- إن المقصود من إنشاء المصارف الإسلامية هو أن تفتح آفاقاً جديدة للأعمال التجارية والمالية والمصرفية يسود فيها العدل الاجتماعي حسب المبادئ التي وضعتها الشريعة الإسلامية الخالدة لا أن تحاكي المنتجات الربوية بمسميات إسلامية.
- إن التمويل وسيلة للحصول على النقد، والنقد وسيلة للتبادل، وللحصول على السلع والخدمات. أما في الحيل الربوية فإن السلع والخدمات تصبح وسيلة للحصول على النقد والتمويل. فلا عجب بعد ذلك أن تصبح هذه الصيغ أقل كفاءة، وأقل جدوى من التمويل الربوي، فضلاً عن مناقضتها للمنطق الاقتصادي ولقاصد الشريعة الغراء.

رأينا في المسألة

من خلال عرض أدلة المجيزين وأدلة المانعين ترجح لدينا منع هذا الشرط لضعف أدلة المجيزين ولقوة أدلة المانعين.

فدعوى استيفاء العقود لشروطها دعوة تستقيم لو طبق كل عقد بمعزل عن العقد الآخر، أما إذا كانت العقود مترابطة لا تقبل الانفصال والتفكيك ومآلها مبادلة نقد معجل بنقد مؤجل أكثر منه فهو الربا المحرم.

ودعوى حوالة الأسواق قد تصلح مستنداً لو تم فعلاً نقل ملكية العين المؤجرة بجميع تبعاتها إلى حملة الصكوك. أما والعين باقية بيد مصدر الصكوك، وبنود العقد تحمل تبعات التخلف وغيرها على مستأجر العين وهو مصدر الصكوك، ورتبت الإجارة ثم إعادة البيع بحيث يضمن حملة الصكوك رأس المال والفائدة المرتبطة عادة باللايبور، ويضمن مصدر الصك بقاء العين، والنقد العاجل بنقد أجل أكثر منه، يكون الكلام عن حوالة الأسواق غير مستقيم.

وأما الأمثلة التي ساقها مؤيدو اشتراط الوعد بشراء العين، فهي أبعد من أن تصلح شاهداً، فمثال ابن مسعود رضي الله عنه مثلاً يتكلم عن اشتراط إعادة شرائها هو إن رغب

المشتري في بيعها، وقد يرغب المشتري في بيعها وقد لا يرغب، وقد تعرض عليه عند إرادة بيعها فيمتنع عن شرائها، لأنه اشترط الحق في شرائها من غير إلزام.

الشاهد أن هذه الأدلة لا تنهض في وجه أدلة المانعين لأن المانعين فحصوا هذا الشرط ضمن المنظومة الفقهية التي لاحظوا فيها ما يلي:

- إن الصكوك محل البحث صكوك قائمة على الأصول وليست مدعومة بالأصول، وهو ما يعني أن ملكية الأعيان المؤجرة لم تنتقل فعلا إلى حملة الصكوك.
- لا يكون في شرط تأجير البائع للعين من اليوم الأول من إصدار الصكوك شبهة قوية إذا كانت الإجارة تشغيلية. أما وإنها تنتهي بالتمليك للبائع الأول بالقيمة الاسمية مضافا إليها عوائد الإيجار التي تحدد من خلال مؤشر الفائدة اللابيو، لا يقوي فقط شبهة القرض بالفائدة، بل يجعلها في نظرنا واقعا، لاسيما وأن جل الصكوك تضع ضمن شروطها حلول أقساط الإجارة كلها عند تعثر المستأجر.

الحاصل أن هذا الشرط وغيره من الشروط يجعل العملية مبادلة نقد معجل بنقد مؤجل أكثر منه، وهو إن لم يكن الربا الصراح، فهو آخية الربا.

يبقى فقط إشكال يتعلق بمشروعية تداول مثل هذه الصكوك، إذا لم تجد المؤسسات المالية الإسلامية منتجات لإدارة السيولة غيرها في حالة الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، أو تكون لديها أزمة سيولة تهدد مصيرها، لاسيما في ظل النظام المصرفي الذي يطغى عليه البعد التقليدي الذي يسمح باحتياط نقدي يجعل المصارف معرضة في أي لحظة إلى أزمة سيولة، وهو ما يحتاج - عند النظر - إلى إصدار فتوى مشروطة أو مؤقتة من قبل الهيئات الشرعية تراعي الجانب الاستثنائي لهذه المؤسسات المالية الإسلامية في حالة أزمة حادة للسيولة والله أعلم.

والمخرج الوحيد في هذه المعاملة إن تعذر شراء الصكوك بالقيمة السوقية ضمان الطرف الثالث لقيمة هذه الصكوك والله أعلم.

المطلب الرابع

إصدار صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة وتداولها

الموصوف في الذمة في صكوك الإجارة - كما سبق بيانه - إما أن يكون عينا إيجارية موعودا بإجارتها، وتكون عادة ضمن مشروع بناء يصدر فيها من سيملك هذه العين صكوكا، أو منفعة عين موصوفة في الذمة يصدر فيها من سيملك هذه المنفعة صكوكا، أو خدمة موصوفة في الذمة يصدر فيها كذلك من سيملك هذه الخدمة صكوكا. وهذا المطلب سيقتر على بحث حكم إصدار النوعين الأولين وتداولهما.

وصورة هذه المسألة أن تكون العين الإيجارية (عمارة أو مصنعا مثلا) غير موجودة عند التعاقد، أو هي قيد الإنشاء^(١) فيطرح البنك الإسلامي أو من ينوب عنه من الوسطاء المشروع للاكتتاب عن طريق صكوك الإجارة التي تتناول عادة الاستصناع والإجارة، فتحدد مواصفات هذه العين بدقة تتناول مواصفات المبنى أو المرفق بهياكله وخدماته وتقديرات إيراداته الإيجارية.

ويمكن رد الاختلاف في مسألة إصدار صكوك الأعيان الموصوفة في الذمة الموعود باستئجارها إلى اختلاف الفقهاء في الحكم الشرعي لإجارة العين الموصوفة في الذمة حيث ذهبوا فيها مذهبين:

أولاً: مذهب الحنفية حيث منعوا إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة، لأن من شرط صحة الإجارة عندهم كون المؤجر معيناً، فلا يجوز عندهم في عقد الإجارة وروده على منفعة غير متعلقة بذات معينة.

ثانياً: مذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وهو جوازها في الجملة مع اختلافهم في اشتراط تسليم الأجرة في مجلس العقد لتصحيحها^(٢)، وهو ما لا أهمية له في بحث مسألة صكوك الإجارة في التطبيق المعاصر، لأنه لا يتصور إصدار المنشئ أو الوسيط المالي صكوك ملكية أعيان موصوفة في الذمة دون تقديم الأجرة.

أما حكم إصدار صكوك إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة، فزيادة على اختلاف العلماء فيما سبق تفصيله في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك لمن اشترت منه تلك الصكوك، فقد اختلف العلماء في إصدار صكوك ملكية الأعيان التي تتضمن المنفعة الموصوفة في الذمة أو الأعيان الموعود بتأجيرها.

فقد ذهب الدكتور نزيه حماد فيما يفهم من كلامه^(٣) إلى منع إصدار صكوك ملكية الأعيان التي تتضمن منفعة موصوفة في الذمة وتداولها نظراً لجهالة العين التي يمكن للمؤجر أن يقدمها للمستأجر. ذلك لأن طبيعة المنفعة المعقود عليها في إجارة الذمة لا تتعلق بعين محسوسة محددة بذاتها كما في إجارة الأعيان، ولكنها دين متعلق بذمة المؤجر، ويجزئه شرعاً تقديم أية عين تحتوي على تلك المنفعة الثابتة. واستدل بقول السرخسي: "جهالة المستحق بالعقد مفسدة للعقد"^(٤) وقوله: "الجهالة تمنع صحة التمليك"^(٥)، وقول الشوكاني:

(١) هذا النموذج العقدي معمول به بكثرة في ماليزيا حيث تجري فيها عقود المراجحات والإجارة والمشاركات، وتسمى

بالإنجليزية Under construction.

(٢) انظر موضوع إجارة الذمة في: الموسوعة الفقهية، مصطلح إجارة فصل أركان عقد الإجارة. وانظر كذلك نزيه حماد المرجع نفسه، حامد على ميرة، صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، ص ١٦٦ وما بعدها.

(٣) انظر: نزيه حماد، في فقه المعاملات المالية المعاصرة: قراءة جديدة، ص ٣٣٠.

(٤) السرخسي، المبسوط، ١١: ٢٥.

(٥) السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ص ٥٩.

" إن التراضي الذي هو المناط في صحة البيع والشراء ليس بمتحقق مع الجهالة"^(١) ، وقد أسس لقوله بمخالفة هذا التصكيك لمقتضيين اثنين هما: معلومية المنفعة العقود عليها الثابتة في ذمة المؤجر بالوصف المشروط في العقد حيث إجارة الذمة كالسلم في المنافع. والثاني الجهالة الفاحشة في العين التي يجزئ المؤجر تقديمها للمستأجر والتي يترتب على انتهاء إجارة الذمة بتمليكها للمستأجر خصومة ونزاع بين المتعاقدين لا سبيل إلى دفعها أو التحرز منها^(٢) .

القول الثاني: ذهب جمهور المعاصرين إلى جواز إصدار صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة وبه صدر قرارا مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وصدر به البند ٢/٥/١/٥ من معيار صكوك الاستثمار ضمن عنوان صكوك ملكية الموجودات المؤجرة ونصه: المصدر لتلك الصكوك بائع عين مؤجرة، أو عين موعود باستئجارها والمكتتبون فيها مشتررون لها، وحصيلة الاكتتاب هي ثمن الشراء..."^(٣) .

والذي يترجح لدينا قول الجمهور، لأن الدكتور نزيه حماد إذا كان يعني منع إصدار صكوك تمثل أعيانا موعودا بتأجيرها، فإن منعه لإصدار صكوك ملكية منافع موعود باستئجارها لاسيما إذا كان عقد الإجارة الأول إجارة ذمة ينبغي أن يكون من باب أولى وهو ما لم يقل به عند بحثه للملكية المنافع الموصوفة في إجارة الذمة.

الحاصل أن إجازة إصدار صكوك الأعيان الموعود بتأجيرها مع تقنيات تحديد المواصفات التي تكون الجهالة فيها ليست ذات بال، ويكون الغرر فيها يسيرا جدا هو ما نرجحه في هذه المسألة الفقهية.

أما تداول هذه الصكوك قبل تملك حملة الصكوك للأعيان التي تتضمن المنفعة، فقد منع تداولها جمهور العلماء حتى تتعين العين أو يتعين أكثرها، لأن العقد على هذه الأعيان يتم عادة من خلال عقود مركبة منها عقد المرابحة أو الاستصناع. وعليه تكون قيمة هذه الصكوك نقودا ما لم تتحول أو يتحول أكثرها إلى أعيان. وهو ما يمنع تداولها إلا بضوابط صرف النقود، لأن ذلك من قبيل بيع النقد بالنقد. وقالوا بأن تأجير منافع الأعيان الموصوفة في الذمة يؤدي إلى بيع الدين بالدين، كون العين والمنفعة تكون في حكم الدين، فلا يجوز إصدار الصكوك المتداولة بشأنها^(٤) .

وقد صدر بهذا معيار صكوك الاستثمار لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية البند رقم ٤/٢/٥ حيث جاء فيه: "يجوز تداول صكوك ملكية الموجودات

(١) نزيه حماد: في فقه المعاملات المالية المعاصرة: قراءة جديدة ص ٣٢١.

(٢) انظر، نزيه حماد: في فقه المعاملات المالية المعاصرة: قراءة جديدة

(٣) المعايير الشرعية، ص ٢٣٨.

(٤) انظر، على قره داغي: صكوك الإجارة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ج ٢، ص ٢٢٦.

المؤجرة، أو الموعود باستئجارها منذ لحظة إصدارها ومنذ تملك حملة الصكوك للموجودات وحتى نهاية الإصدار"^(١).

رأينا في المسألة

الذي نراه والله أعلم في مسألة تداول صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة جواز تداولها قبل تعين العين إذا تم تحديد مواصفاتها بدقة. ومستندنا في جواز تداولها أنها لا تمثل نقودا أو ديونا عند المكتتبين خلافا لصكوك المرابحة، وإنما تمثل أصولا موصوفة في الذمة يتم تسليمها إلى حملة الصكوك في آجال محددة ليؤجروها إلى المصدر إجازة تشغيلية أو إجازة منتهية بالتمليك. فالمنظومة العقدية التي تنظم هذه الصكوك وإن سميت صكوك إجازة، غير أنها تتناول عقد السلم بالنسبة للعلاقة التعاقدية بين المصدر وحملة الصكوك حيث يعدهم ببناء وتسليم العين إليهم في آجال محددة، وعقد الاستصناع بالنسبة للمصدر مع الصانع، والإجازة المنتهية بالتمليك بالنسبة لعلاقة المصدر مع حملة الصكوك بعد تسليم المبنى (المسلم) لحملة الصكوك. وبما أن اختلاف العلماء في التصرف في السلم بالبيع وغيره قبل قبضه اختلاف معتبر، وأن حجج من أجازوه من المالكية وابن تيمية وابن القيم وجهية، فالأوفق إجازة تداولها، غير أننا لا نرى تداولها إلا عند بداية الشروع في تحصيل العين الموعود باستئجارها، ويكون عادة بشراء الأرض مثلا أو الشروع في وضع حجر الأساس للبناء.

يبقى أن نؤكد على تنبيه ورد في بحث الدكتور معبد على الجارحي والدكتور عبد العظيم أبو زيد فيما يتعلق بتداول صكوك السلم، يتناول اعتماد ما يراه الاقتصاديون من مآلات التجويز، خاصة في مجال الآثار الاقتصادية التي قد تتجم عن احتمال وقوع مضاربات على السلع الأساسية، وكذا الحذر من أن يستخدم السلم كوسيلة للمقامرة على أسعار السلع في الأسواق، حتى لا يتضرر الاقتصاد من جراء المتاجرات المؤدية إلى عدم استقرار الأسواق"^(٢).

المطلب الخامس

إصدار صكوك ملكية المنافع الموصوفة في الذمة وتداولها

وصورة هذه المسألة تختلف عن المسألة السابقة، كونها لا تتعلق بعين موصوفة في الذمة، وإنما تتعلق بمنفعة موصوفة في الذمة مثل ملكية منفعة سكنى غرف فندقية لمدد زمنية معينة، وهذه الحالة يتم فيها تحديد العين محل المنفعة تحديدا دقيقا يرفع النزاع.

وقد ذهب جمهور العلماء كما سبق بيانه إلى جواز إصدار صكوك ملكية منافع الأعيان المؤجرة الموصوفة في الذمة وهو ما رجحناه. أما تداولها فقد ذهب العلماء فيه رأيين:

(١) المعايير الشرعية، ص ٢٤٤.

(٢) معبد على الجارحي عبد العظيم أبو زيد: أسواق الصكوك الإسلامية وكيفية الارتقاء بها، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم" التي انعقدت بجدة سنة ٢٠١٠م، ص ٢٧

الرأي الأول: منع تداولها وقد نص على هذا الرأي معيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية لصكوك الاستثمار حيث جاء في فقرة رقم ٨/٢/٥ ما نصه: "لا يجوز تداول ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين التي تستوفى منها المنفعة إلا بمراعاة ضوابط التصرف في الديون، فإذا تعينت جاز تداول الصكوك"^(١). وجاء كذلك في بحث الدكتور على القره داغي: "والذي نرى رجحانه أن تداول هذه الصكوك بالبيع والشراء إنما يجوز بعد قيام المصدر بتحويل الأموال المكتتبه (قيمة الصكوك) أو أكثرها إلى إجارة معينة. أما قبل ذلك فلا يجوز تداولها، لأنها في حقيقتها لا زالت نقودا لم تتحول كلها، أو أكثرها إلى أعيان مؤجرة، أو حتى منافع محققة"^(٢).

الرأي الثاني: أجاز تداول هذه الصكوك وهو ما رجحه نزيه حماد، وحسين حامد حسان وعبد الستار أبو غدة ومنذر قحف وغيرهم^(٣).

وقد احتجوا على ما ذهبوا إليه بأن تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة إنما هو حوالة للوفاء بالالتزام، وليس بيعا لنفس المنفعة الموصوفة في الذمة. واستدلوا كذلك بمثل من جعلها سلما في المنافع، وأنه يجوز على جملة من جعل إجارة عين موصوفة في الذمة سلم في المنافع.

ونميل إلى ترجيح جواز تداولها استنادا إلى ما تم ترجيحه في مسألة تداول صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة والله أعلم.

(١) المعايير الشرعية، ص ٢٤٤.

(٢) على محي الدين القره داغي: صكوك الإجارة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ٢٢٦.

(٣) انظر، حسين حامد حسان صكوك الاستثمار مرجع سابق، ومنذر قحف: أساسيات التمويل الإسلامي، ص ٢٣٨، ونزيه حماد: في فقه المعاملات المالية المعاصرة: قراءة جديدة ص ٣٣١.

نتائج البحث وتوصياته

يمكن تلخيص أهم ما توصل إليه البحث من نتائج فيما يأتي:

- إن التحديات التي تواجهها الصناعة المالية الإسلامية لاسيما تلك المتعلقة بإدارة السيولة، وتمويل مشاريع التنمية التي تسهم في تمويل البنى التحتية للبلدان الإسلامية، يقتضي حشد مدخرات كبيرة تنافس تلك التي تحشدتها المؤسسات المالية الوضعية من خلال سندات أو وثائق الاستثمار الربوية.
- إن التعريف المختار لصكوك الإجارة هو أنها: "سندات ذات قيمة متساوية، تمثل حصصاً شائعةً في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات ذات دخل".
- صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان هي "وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين مؤجرة أو وسيط مالي لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين مملوكة لحملة الصكوك إما ملكية قانونية أو ملكية اقتصادية (ملكية منفعة)، ويتعهد مالك العين بشرائها بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفق عليه مع حملة الصكوك عند البيع، أو يتعهد حملة الصكوك ببيعها لمن اشترت منه تلك الأعيان بقيمتها الاسمية أو السوقية أو سعر يتفقون عليه مع مالك العين عند البيع".
- صكوك إجارة الموصوف في الذمة هي: "وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين أو منفعة أو خدمة موصوفة في الذمة أو وسيط مالي ينوب عنه (شركة ذات أغراض خاصة) لغرض بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح العين أو المنفعة أو الخدمة مملوكة لحملة الصكوك".
- إن إصدارات سوق الصكوك لسنة ٢٠١١م تجاوزت ٩٠ مليار دولار أمريكي، مثلت صكوك الإجارة ٢٧٪ من مجموع الصكوك التي تم إصدارها في السنة نفسها.
- إن أهم التحديات التطبيقية لإصدار الصكوك تناولت التحديات التسويقية، وتحديات وعي المستثمرين، وتحديات التصنيف، والتحديات القانونية المتعلقة بملكية الموجودات السيادية.
- إن أهم القضايا الشرعية المتعلقة بصكوك الإجارة المنتهية بالتمليك وإجارة الموصوف في الذمة هي:

(أ) ملكية الأعيان المؤجرة التي تناولت الصكوك القائمة على الأصول (Asset Based) والصكوك المدعومة بالأصول (Asset Backed). ورجحت أن صكوك الإجارة القائمة على الأصول لا تنتقل فيها ملكية الأعيان إلى حملة الصكوك.

(ب) الراجح في بيع العين والمنفعة ثم إعادة شراء المنفعة جوازه ومن ثم جواز تأجير حملة الصكوك العين لبائعها بعد شرائها ، إذا لم يؤل التأجير إلى تملكها إلى بائعها الأول.

(ج) الراجح في الوعد الملزم بإعادة شراء المالك الأول للعين بعد التأجير رأي المانعين لشراء الأعيان المؤجرة بالقيمة الاسمية.

(د) إن أهم القضايا الشرعية المتعلقة بإصدار الصكوك وتداولها في إجارة الموصوف في الذمة هي:

أ حكم إصدار صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة وتداولها ، والراجح جواز إصدارها وتداولها.

ب حكم إصدار صكوك ملكية المنافع الموصوفة في الذمة وتداولها ، والراجح فيه رأي جمهور العلماء القائل بجواز إصدار صكوك ملكية منافع الأعيان المؤجرة الموصوفة في الذمة وتداولها.

أما التوصيات فيمكن إجمالها فيما يأتي:

- ضرورة إشراك الشرعيين والاقتصاديين والمهنيين في هندسة صكوك الاستثمار الإسلامية ، وذلك لضمان صياغة هذه الصكوك بما يجمع بين الانضباط الشرعي ، وأهداف الاقتصاد الإسلامي ، وحاجات المتعاملين.
- ضرورة تسريع تأسيس هيئات تصنيف إسلامية خالصة تعتمد في تصنيف الصكوك الانضباط الشرعي قبل الاعتبارات القانونية والتسويقية.
- تسهيل عقد لقاءات مشتركة تضم ممثلين عن المجامع الفقهية ووكلاء التصنيف وهيئات المحاسبة والمراجعة ، وكذا الأكاديميين ، وهو ما يمكن من فهم متكامل لمتطلبات إصدار صكوك الاستثمار الإسلامية ، ومن ثم إصدار صكوك تحظى بالقبول الدولي .

تسهيل والله الهادي إلى سواء السبيل والحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط ١، دت.
- أبو الحسين أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون. اتحاد الكتاب العرب، دط، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- حامد بن حسن بن محمد على ميرة: صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية (الرياض، دار الميمان للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٨م).
- الدكتور سامي السويلم "منتجات صكوك الإجارة"، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية العدد الأول، سنة ٢٠١٠م، ص ١٠٠، والموسوعة الفقهية.
- السرخسي أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- على قره داغي: صكوك الإجارة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- على محي الدين القره داغي: صكوك الإجارة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة عشرة العدد الخامس عشر ٢٠٠٤م.
- الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، دط، دت.
- قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، دار النفايس، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة عشرة العدد الخامس عشر ٢٠٠٤م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السابعة العدد السابع ١٩٩٢م
- محمد تقي عثمانى، الصكوك وتطبيقاتها المعاصر بحث مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي. الشارقة، ٢٠٠٩م.
- محمد على القرى، أحكام ضمان الصكوك وعوائدها بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقييم" التي انعقدت بجدة سنة ٢٠١٠م.
- معبد على الجارحي عبد العظيم أبو زيد: أسواق الصكوك الإسلامية وكيفية الارتقاء بها، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقييم" التي انعقدت بجدة سنة ٢٠١٠م.

- منذر قحف: أساسيات التمويل الإسلامي (ماليزيا: الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية، ط ١، ٢٠١١م)
- نزيه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، دمشق، دار القلم، ط ٢، ٢٠١٠م.
- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، البحرين: دط، ٢٠١٠م.

المراجع باللغة الإنجليزية

- A Guide to Rating Islamic Financial Institutions - Moody's Investors Service April 2006 (97226)
- Islamic Finance Information Services: <http://www.securities.com/ifis/>
- Resolutions of the Securities Commission Shariah Advisory Council، Kuala Lumpur، 2nd ed.
- The Islamic Financial Services Board (IFSB) <http://www.ifsb.org/published.php>
- <http://www.hussein-hamed.com/>



ندوة (الصكوك الإسلامية : عرض وتقويم)

المنعقدة في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة

خلال الفترة ١٠ - ١١ جمادى الآخرة ١٤٣١ هـ ، الموافق ٢٤ - ٢٥ مايو ٢٠١٠ م

بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي،

والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية

التوصيات

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

الرمانة



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد

إنه في يوم الاثنين ١٠ جمادى الآخرة ١٤٣١ هـ ، الموافق ٢٤ مايو ٢٠١٠ م ، وفي رحاب جامعة الملك عبد العزيز العتيدة بجدة (المملكة العربية السعودية) انعقدت ندوة : (الصكوك الإسلامية : عرض وتقييم) بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ومركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي كلية الاقتصاد والإدارة بجامعة الملك عبد العزيز ، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية ، بمشاركة جمع من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، وعدد من أساتذة جامعة الملك عبد العزيز ، وبعض المتخصصين في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، وبعض كبار الفقهاء والاقتصاديين من داخل المملكة العربية السعودية ومن خارجها .

وقد استمرت أعمال هذه الندوة على مدار يومين في سبع جلسات صباحية ومساءً ، قدم خلالها أربعة عشرة بحثاً ، تطرقت إلى دراسة خمسة محاور رئيسية في الموضوع ، نوقشت مناقشة مستفيضة ، وانتهت إلى التوصيات التالية :

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الأول

الصكوك الإسلامية : رؤية مقاصدية

- أولاً :** يجب أن يشتمل الحكم الشرعي بالجواز على تحقيق مقاصد الشريعة من حيث : سلامة العقد ، وخلوه من الحيل والصورية ، وسلامة ما يؤول إليه العقد من الناحية الشرعية .
- ثانياً :** لزوم التأكد من أن بُنية العقد وهيكلته تُحقق مقتضاه من حيث تحقق الملكية ، وما يترتب عليها من مُكنة التصرف ، وتحقيق القبض وما يترتب عليه من تحمل الضمان ، والمشاركة في العُرم والعُثم في حالات المشاركة .
- ثالثاً :** الحكم الشرعي بالجواز لا بد له من آليات لضبط التطبيق ومعالجة الخلل المتوقع .
- رابعاً :** يجب القيام بالمراجعة الدورية المهمة للتأكد من أن استخدام حصيلة الصكوك يتم في الغرض المحدد لإصدارها ، ومن تطبيق جميع مقتضيات العقود الخاصة بالصكوك .
- خامساً :** يجب أن تُحقق العقود والمستندات الخاصة بالصكوك الإسلامية الفروق الجوهرية للصكوك الشرعية عن السندات من حيث : التصميم والتركيب والتسويق والتسعير .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الثاني

إصدار وتداول الأسهم والصكوك وضوابطها الشرعية

أولاً : الإصدار :

أنواع التعهدات التي يقدمها مصدر الصكوك الإسلامية :

(١) التعهد الصادر من مُصدر الصكوك بشراء الأصول أو الأعيان أو الأسهم من حامل الصكوك بالقيمة الاسمية إذا كانت الصكوك تمثل أعياناً مشتراة من المتعهد بالشراء . أنواع :

١.١ . تعهد بالشراء في أجل محدد مسبقاً (أجل الصكوك) .

١.٢ . تعهد بالشراء في حالة تعثر المصدر .

١.٣ . تعهد بالشراء في حالة انخفاض القيمة السوقية للأصول أو الأعيان .

• والأنواع السابقة جميعها لا تجوز شرعاً لاستلزامها للعينة المحرمة شرعاً ، وسداً لذريعة الربا .

(٢) التعهد بغير القيمة الاسمية ، وهو أنواع :

٢.١ . بالقيمة السوقية وقت الشراء .

٢.٢ . بالسعر الذي يتم التراضي عليه وقت الشراء .

• وهذان النوعان يخضعان للنظر الاجتهادي والقرارات السابقة .

(٣) وفي كل الأحوال فإن التعهد قد يكون بشراء :

٣.١ . أصول باعها المصدر لحملة الصكوك ، لها حكم ما سبق في (١) .

٣.٢ . أصول أُشترت أو استصنعت من غير المصدر ، تخضع لأحكام المرابحة للأمر بالشراء أو الاستصناع بالوكالة .

(٤) وهذه التعهدات من حيث التوقيت أنواع :

٤.١ . إذا صدر التعهد قبل بيع الأصول على حملة الصكوك ، وهذه تتضمن العينة بالشرط والتعهد المسبق ، إذا كان في حالة ٣.١ السابقة .

٤.٢ . إذا صدر التعهد بعد بيع الأصول ، وهذا يخضع للدارسة بحسب وجود التواطؤ وعدمه .

(٥) كما أنها من حيث الاشتراط أنواع :

٥.١ . مشروطة صراحة في عقد بيع الأصول .

- ٥.٢ . مشروطة ضمناً في عقد البيع ، أو صراحة في الوثائق المصاحبة .
٥.٣ . غير مشروطة لا ضمناً ولا صراحة ولا بتواطؤ .

• والنوعان الأولان لهما حكم العينة المحرمة شرعا ، أما النوع الثالث فيخضع للدراسة .

**ثانياً : ضوابط تداول الأوراق المالية الإسلامية : (أسهم الشركات المتوافقة مع الشريعة .
صكوك الاستثمار . و وحدات الصناديق الاستثمارية) :**

يراعى عند تداول الأوراق المالية من أسهم أو وحدات استثمار أو صكوك استثمارية ما يلي :

مواضع الاتفاق : وهي تأكيد لما صدر به قرار المجمع رقم : (٤/٣/٣٠)

(١) إذا كانت موجودات الأوراق المالية نقوداً محضه ، فيجب مراعاة أحكام الصرف عند تداولها ، وإذا كانت موجوداتها ديوناً محضه ، فيجب مراعاة أحكام بيع الديون عند تداولها .

(٢) إذا كانت موجودات الأوراق المالية من الأعيان والمنافع والحقوق أو من بعضها وليس فيها نقود أو ديون ، فيجوز تداولها دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الديون .

(٣) إذا كانت موجودات الأوراق المالية مختلطة من الأعيان والمنافع والحقوق والنقود والديون ، وكانت الغلبة للأعيان والمنافع أو الحقوق ، فإنه يجوز التداول وفقاً للسعر المتراضى عليه .

موضع الخلاف :

إذا كانت الغلبة للنقود أو الديون ، ففي ذلك اتجاهان :

الاتجاه الأول :

إذا كانت موجودات الأوراق المالية مختلطة من الأعيان والمنافع والحقوق والنقود والديون وكانت الغلبة للنقود أو الديون ، فيجوز تداولها عملاً بمبدأ التبعية ، دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الديون ، إذا كان النشاط الرئيس للشركة أو الصندوق أو الوعاء الاستثماري هو في : المتاجرة بالأعيان أو المنافع أو الحقوق ، مع مراعاة أن جواز التداول يكون بعد الشروع في العمل بنسبة لا تقل عن ١٠٪ .

الاتجاه الثاني :

ويرى عدم جواز تداول الصكوك والأسهم والصناديق الاستثمارية ، إذا كانت مكونات موجوداتها مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع ، مع كون الغالب نقوداً

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

أو ديوناً ، لما في ذلك من الوقوع في مبادلة النقد بالنقد ، دون تحقق الضوابط الشرعية فيه ، وهو نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٤/٣/٣٠) ، ولما فيه من بيع الدين لغير من عليه ، وهو قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم قرار رقم: ١٠١(٤/١١) الذي ينص على : " أنه لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه لإفضائه إلى الربا ، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو غير جنسه لأنه من بيع الكالء بالكالء المنهي عنه شرعاً. ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئاً عن قرض أو بيع آجل.

رابعاً : في جميع ما تقدم لا يجوز تداول الأوراق المالية ، في الحالات التي يجوز التداول فيها ، إلا إذا كانت تمثل ملكية حقيقية للأصول محل التصكيك .

خامساً : يوصي المشاركون بمزيد من الدراسة في ندوات لاحقة لموضوع تداول الوحدات الاستثمارية في صناديق المراجعة .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الثالث

حكم إصدار الصكوك وتداولها في الإجارة خاصة الموصوفة في الذمة ، والإجارة المنتهية بالتمليك ، وإجارة العين لبائعها

إصدار صكوك تمثل أعياناً مؤجرة على أساس إجارة العين على بائعها مع الوعد بالتمليك :
له حالات :

(١) إذا وقع بدون شرط ، لا صريح ولا ضمني ، خضع للدراسة ، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي السابقة .

(٢) إذا وقع بالشرط ، الصريح أو الضمني ، فله حالان :

٢.١ أن يتضمن مبادلة نقد حاضر بمو أجل أكثر منه ، فله حكم العينة المحرمة شرعاً .

٢.٢ ألا يكون كذلك ، خضع للدراسة وفقاً لمباحث بيوع الآجال .

(٣) أن يقع التعهد في إحدى الحالتين الآتيتين :

٣.١ مع تغير العين . فهذا يخضع للدراسة .

٣.٢ بدون تغير العين . فهذا يخضع لأحكام العينة .

(٤) التعهد بالشراء (بالقيمة الاسمية أو بغيرها) في نهاية الإجارة (تراجع فقرة التعهدات ، توصيات المحور الثاني . أولاً : (١) .

إصدار صكوك تمثل إجارة الموصوف في الذمة :

(١) يجب التمييز بين نوعين :

١.١ إجارة عين موصوفة في الذمة ، لا خلاف في أن المنافع في هذه الحالة دين في ذمة المؤجر .

١.٢ إجارة عمل في الذمة ، سواء كان محل العمل موصوفاً أو معيناً ، فهذا يخضع للدراسة نظراً لوجود شرط العمل .

(٢) صيغة العقد هل هي بلفظ السلم أو الإجارة .

٢.١ مع تعيين الثمن ، يرجع الحكم إلى مسألة تعيين النقود بالتعيين .

٢.٢ بدون تعيين الثمن ، فيجب تعجيل الأجرة .

(٣) التداول :

٣.١ التداول لصكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين العين ، يخضع لأحكام السلم .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة .

٣.٢ التداول لصكوك إجارة الموصوف في الذمة بعد تعيين العين ، تراجع قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي السابقة .

صكوك الحقوق المعنوية :

- صكوك الحقوق المعنوية هي: "أوراق مالية محدّدة المدة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية حقوق معنوية، تخوّل مالكيها منافع، وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته".
- يجوز تصكيك الحقوق المعنوية؛ وذلك بتقسيمها إلى حصص متساوية، وتمثيلها في صيغة صكوك متداولة ، مبنية على هيكلية مشتملة على عقد شرعي أو مجموعة عقود، في صيغة استثمارية مدرة للربح، وطرحها للاكتتاب على مستثمرين، شريطة مراعاة جملة من الضوابط الشرعية ، من أهمها :
 - (١) أن يكون محل التصكيك حقاً معنوياً متقوماً شرعاً ، يصح بيعه والتصرف فيه.
 - (٢) ألا تشتمل هيكلية صكوك الحقوق المعنوية على حيلة ربوية محرّمة، مثل: الهيكلية القائمة على صيغة بيوع العينة، أو الهيكلية القائمة على صيغة بيع الأمانة -بيع الوفاء- .
 - (٣) ألا يكون بيع الحق المعنوي على حملة الصكوك بيعاً صورياً.
 - (٤) يجب أن يشارك حامل الصك في الغنم ، وأن يتحمل من الغرم بنسبة ما تمثله صكوكه من ملكية في الحق المعنوي محل التصكيك، ولا يجوز أن يقدم المصدر أو مدير موجودات الصكوك لحملة الصكوك ضماناً لأصل قيمة الصك إلا في حال تعديه أو تفريطه، كما لا يجوز أن يضمن لهم مقداراً محدداً من الربح.
 - (٥) أن لا يلحق الحق ضرراً بالناس أو بالبيئة .
 - (٦) أن يكون التسعير حقيقياً وليس مجرد تقدير جزائي صادر من جهة أخرى ، كما في حالة شراء الحق من جهة أخرى .
 - (٧) في حال تعهد مصدر الحق المعنوي بإعادة الشراء ، فإن ذلك يخضع لأحكام التعهد بإعادة الشراء المفصلة في المحور الثاني أعلاه .

حكم تداول صكوك الحقوق المعنوية:

إذا كان صك الحقوق المعنوية مستجمعاً للضوابط الشرعية للصكوك عموماً، ولضوابط صكوك الحقوق المعنوية خصوصاً، فالأصل جواز تداوله منذ إصداره؛ لأن هذا التداول يعدُّ بيعاً لحصة مشاعة في حق معنوي متقوم شرعاً .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

● في حالة بناء هيكله صكوك الحقوق المعنوية على شراء حق معنوي من مالكة -
جهة غير المصدر - ، ثم تأجيرها على المصدر إجارة تشغيلية ، أو إجارة منتهيةً
بالتملك ، فإن هذا الصك يجوز تداوله ؛ لأن التداول في هذه الهيكله يمثل بيعاً
لحصه مشاعه في أصل - وهو الحق المعنوي - .

● في حالة بناء هيكله صكوك الحقوق المعنوية على استئجار حق معنوي من مالكة
لمدة محددة ، ثم إعادة تأجير هذا الحق المعنوي على المصدر أو غيره مدة مماثلة لمدة
عقد الإجارة الأولى أو أقل منها بأجرة مؤجلة . فإنه لا يجوز تداول الصك في هذه
الهيكله إلا وفقاً لضوابط التصرف في الديون ، لأن منفعة الحق المعنوي -
المستأجرة - التي كان يمثلها الصك قد خرجت عن ملكية حملة الصكوك بعقد
التأجير الثاني - التأجير من الباطن - وأصبح الصك بعد ذلك يمثل ديناً ، وهو
الأجرة المؤجلة الواجبة في ذمة مستأجر منفعة الحق المعنوي من حملة الصكوك -
المصدر - .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع
الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الرابع

أحكام ضمان الصكوك وعوائدها ، ضمان الطرف الثالث ،

ضمان القيمة الاسمية والعائد ، الضمان بعوض

أولاً : التأكيد على ما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠/٣(٤/٣) الفقرتين (٤) و (٥) من العنصر الرابع، وما ورد في القرار ١٧٨(٤/١٩) الفقرات (١) و (٢) و (٣) من البند ثالثاً ، وما ورد في قرار المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية من عدم جواز ضمان مُصدر الصكوك للقيمة الاسمية ، أو العائد على الصكوك الإسلامية ، لما يؤول إليه ذلك من الربا والغرر ، ولأنه يفقد الصكوك الإسلامية أهم خصائصها التي تفرق بينها وبين السندات الربوية المحرمة .

ثانياً : منع تعهد المصدر بإعادة شراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية ، ولا مانع من أن يتم ذلك بالقيمة السوقية أو بما يتفقان عليه عند إعادة الشراء (إطفاء الصكوك) .

ثالثاً : العمل على تخفيض مخاطر الصكوك عن طريق الوسائل المشروعة المقررة من المجمع والهيئات العلمية مثل :

(١) تكوين مخصصات لمعالجة مخاطر نقص قيمة الصكوك أو عوائدها ، أو المشاركة في صناديق ذات أغراض مماثلة .

(٢) التأمين التكافلي المنضبط بالضوابط الشرعية .

رابعاً : دعوة الجهات التشريعية والتنظيمية إلى توفير البيئة القانونية الملائمة لإصدار الصكوك الإسلامية وتداولها ، لما في ذلك من أثر إيجابي على بيان الحقوق والالتزامات وتخفيض المخاطر ذات العلاقة بالصكوك الإسلامية .

خامساً : دعوة الجهات المنظمة للصناعة المالية الإسلامية والداعمة لها إلى السعي لدى مؤسسات التصنيف المحلية والعالمية لتصنيف الصكوك الإسلامية بحسب طبيعتها وشروطها الشرعية .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

المحور الخامس

إخفاق بعض إصدارات الصكوك : الأسباب والآثار نظرة شرعية

أولاً : توصيات عامة :

- التأكيد على ملكية الموجودات لحملة الصكوك ملكية حقيقية وقابلة للنفاذ ، ومستمرة إلى غاية الانتهاء من إطفاء الصكوك .
- الدعوة إلى حوكمة الهيئات الخاصة (SPV) جنباً إلى جنب مع مدير الصكوك .
- دعوة الدول الإسلامية إلى تطوير البنية الأساسية للتمويل الإسلامي بما يشمل :
 - إدراج التمويل الإسلامي في القانون المدني (التجاري) .
 - إدراج مفاهيم الصكوك الإسلامية ومتطلباتها في قوانين الأسواق المالية .
 - وضع تشريعات تضبط أعمال البنوك الإسلامية .
- الدعوة إلى إيجاد لجنة لدراسة آليات لحوكمة عمل الهيئات الشرعية .
- دعوة البنوك الإسلامية إلى التقليل من صيغ التمويل التي يترتب عليها ديون مثل : المرابحات والتورق .

ثانياً : مفهوم الإخفاق

عدم قدرة مصدر الصكوك على الوفاء بالتزاماته .

ثالثاً : أسباب الإخفاق

- (١) الأزمة المالية .
- (٢) التركيز على قطاع العقار .
- (٣) افتقار الصكوك إلى الكفاءة المطلوبة .
- (٤) استخدام حصيلة الصكوك في غير ما خصصت له .
- (٥) عدم مراعاة بعض تطبيقات الصكوك للضوابط الشرعية الصادرة عن المجامع الفقهية والمجالس والهيئات الشرعية .

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.

مقترحات للدراسة من خلال التوصيات

المحور الثاني :

محاوّر لدراسة الموضوع مستقبلاً :

تداول الأوراق المالية الإسلامية المتضمنة للنقود والديون والأعيان والمنافع لا تخلو من الحالات التالية :

(١) أن تتحقق تبعية النقود والديون للأعيان والمنافع ، فتطبق قاعدة التبعية .

(٢) ألا تتحقق التبعية ، ولها حالان :

٢.١ تحقق ضابط الغلبة ، وحينئذ يكون الحكم للغالب .

٢.٢ غياب ضابط الغلبة ، وحينئذ تطبق قاعدة الفصل بين الموجودات (حديث خبير).

يبقى البحث في :

• متى تتحقق التبعية وما هي ضوابطها ؟ .

• متى يتحقق ضابط الغلبة وما هي ضوابطه ؟ .

وبذلك يمكن تحديد الحالات المختلفة والجمع بين القواعد الشرعية على وجهها .

المحور الثالث :

٣.١ التعهد بشراء الصكوك مع تغير العين .

إصدار صكوك ثمثل إجارة الموصوف في الذمة :

١.٢ إجارة عمل في الذمة ، سواء كان محل العمل موصوفاً أو معيناً ، فهذا يخضع للدراسة نظراً لوجود شرط العمل .

المحور الرابع :

ثانياً : منع تعهد المصدر بإعادة شراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية ، ولا مانع من أن يتم ذلك بالقيمة السوقية أو بما يتفقان عليه عند إعادة الشراء (إطفاء الصكوك) .

المحور الخامس :

• دعوة البنوك الإسلامية إلى التقليل من صيغ التمويل التي يترتب عليها ديون مثل : المرابحات والتورق .

والله الموفق ؛؛

ملاحظة :

إن الأحكام الشرعية الواردة بهذه التوصيات تعبر عن رأي المشاركين في الندوة ، ولا تعبر عن رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ولا عن رأي المؤسسات المتعاونة ، إلا إذا تم إقرارها من مجلس المجمع في دورته القادمة.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حكم تداول الأسهم والصكوك وضوابطه الشرعية

في ضوء قاعدة الأصالة والتبعية

مع بيان وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه

ووقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه

« دراسة فقهية اقتصادية »

إعداد

أ.د. علي محيي الدين القره داغي

الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

ونائب رئيس المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه
ومن تبع هداة إلى يوم الدين وبعد

فلا يخفى أن عملية الاقتصاد المعاصر تسير بسرعة فائقة في عالم المال ، وأن الأفكار الاقتصادية تبعد في كل يوم جملة من الأساليب لتطوير الفكر المالي ، وعدداً من الأدوات لتسهيل عملية الدوران الاقتصادي ، وتبتكر كل الوسائل المتاحة لتسييل رؤوس الأموال بسرعة وسهولة ، وإن من هذه الوسائل الأسهم ، والسندات ، حيث يمكن تسييلها في السوق الأولية والثانوية بسهولة ، وتداولها دون معاناة ، ولذلك دخلت المصارف والشركات الإسلامية في هذا المجال فبالإضافة إلى أسهمها ، فإنها قد تقوم بإصدار سندات مشروعة نسميها بالصكوك ، وبترتيب أوعية استثمارية من خلال صناديق ، أو محافظ استثمارية تقسم أموالها على وحدات متساوية أو حصص متساوية ، حيث يشترك فيها في البداية عدد من المستثمرين فيكثبون فيها ، ثم يأتي دور التداول في الأسواق المالية ، أو حتى عن طريق مصدر هذه الصكوك ، أو الوحدات وحينئذ تقف أمام البنوك والشركات الإسلامية والمستثمرين المسلمين مشكلة وهي أن هذه الأسهم تتحول بعض موجوداتها إلى ديون ونقود ، وقد تزيد نسبتها منفردة أو مجتمعة على الأعيان والمنافع والحقوق ، فهل يطبق على ذلك قواعد الصرف في حالة زيادة النقود ، أو قواعد بيع الدين في حالة زيادة الديون وإذا طبقت هذه القواعد فستحول دون المرونة الممكنة في التداول بالبيع والشراء ، وحينئذ لا تستطيع هذه الأسهم أو الصكوك أن تؤدي دورها المنشود في الوصول بسهولة إلى السيولة .

هذه هي المشكلة التي تحتاج إلى حل ، وسوف نحاول جاهدين (بالاعتماد على الله وحده) أن نطرح عدة حلول لهذه المشكلة ونبذل جهدنا في تأصيلها ، مع مناقشة الآراء المطروحة في هذا المجال مركزين على قاعدة الأصالة والتبعية ، وضوابطها ، داعين الله تعالى أن يوفقنا ويسدد خطانا ويجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم إنه مولاي فنعم المولى ونعم النصير .

كتبه الفقير إلى ربه

أ.د. علي محيي الدين القره داغي

طرح المشكلة :

قبل أن نعرض المشكلة نبدأ بتعريف الأسهم والسندات المشروعة (الصكوك) الاستثمارية .

أولاً : الأسهم :

هي جمع سهم ، وهو لغة له عدة معان منها : النصيب ، وجمعه : " السُّهُمان " بضم السين ، ومنها العود الذي يكون في طرفه نصل يرمي به عن القوس ، وجمعه : " السهام " ، ومنها : بمعنى القدح الذي يقارع به ، أو يلعب به في الميسر ، ويقال : أسهم بينهم أي أقرع ، وسأهمه أي باراه ولاعبه فغلبه ، وسأهمه أي قاسمه وأخذ سهماً ، أي نصيباً ، جاء في المعجم الوسيط : (ومنه شركة المساهمة)^(١) .

وفي القرآن الكريم (فسأهم فكان من المدحضين)^(٢) ، أي قارع بالسهم فكان من المغلوبين^(٣) . والقانونيون يطلقون السهم مرة على الصك ، ومرة على النصيب ، فبالاعتبار الأول قالوا : السهم هو : صك يمثل جزءاً من رأس مال الشركة ، يزيد وينقص تبعاً لرواجها .

وبالاعتبار الثاني : قالوا : السهم هو نصيب المساهم في شركة من شركات الأموال ، أو الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة المثبت في صك له قيمة اسمية ، حيث تمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة ، وتكون متساوية القيمة^(٤) .

وقد عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره الرابع في دورة مؤتمره السابع : (السهم بأنه حصة شائعة في موجودات الشركة وأن شهادة السهم هي وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق في الحصة).

وتتميز الأسهم بكونها متساوية القيمة ، وان السهم الواحد لا يتجزأ ، وأن كل نوع منها - عادياً أو ممتازاً - يقوم - من حيث المبدأ - على المساواة في الحقوق والالتزامات وأنه قابل للتداول .

وليس من مهام هذا البحث الدخول في تفاصيل أنواع الأسهم وأحكامها^(١) ، وإنما الذي يعيننا أن حكم الإسهام من حيث المبدأ أنه مشروع ما لم يكن نشاط الشركة محرماً^(٢) .

(١) القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمعجم الوسيط مادة " سهم " .

(٢) سورة الصافات / الآية (١٤١)

(٣) النكت والعيون للماوردي ، ط.أوقاف الكويت (٤٢٦/٣) ، ويراجع: أحكام القرآن لابن العربي ، ط.دار المعرفة ببيروت (٦٢٢/٤)

(٤) يراجع: د.علي حسن يونس: الشركات التجارية ، ط.الاعتماد بالقاهرة ص٥٣٩ ، ود.شكري حبيب شكري ، وميشيل ميكالا : شركات الأشخاص ، وشركات الأموال علماً وعملاً ، ط.الاسكندرية ص١٨٤ ، ود. صالح بن زابن المرزوقي البقمي " الشركة المساهمة في النظام السعودي " ، ط . جامعة أم القرى ١٤٠٦ هـ ص٣٣٢ ، ود . أبو زيد رضوان : الشركات التجارية في القانون المصري المقارن ، ط . دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٨٩ م (ص ٥٢٦)

ثانياً : السندات : وهي من حيث المشروعية وعدمها نوعان :

أ . السند (التقليدي) الذي تصدره الحكومات ، أو الشركات بفوائد محرمة ، فهو في عرف الاقتصاد الحديث عبارة عن أوراق مالية متساوية القيمة قابلة للتداول ، تمثل الديون يتعهد مصدرها بدفع فائدة دورية في تاريخ محدد لحاملها ، وبعبارة أخرى فإن السند عبارة عن صك يمثل حقاً للمقرض . أي الدائن . له قيمة اسمية واحدة وهو قابل للتداول وغير قابل للتجزئة تقدمه الدولة أو الشركة للدائن لقاء قرض مؤجل يتم عن طريق الاكتتاب العام^٣.

وكما تصدر الحكومة السندات كذلك تصدرها بعض المؤسسات والشركات الخاصة في كثير من الدول حين تحتاج إلى أموال جديدة إما لرفع قدراتها ، أو للتوسع في مشاريعها.

والتكيف المتفق عليه عند الاقتصاديين للسندات هو أنها وثيقة بدين ، ولذلك يعامل مالكاها كمقرض ، وليس كصاحب سهم ، وتسري عليه القوانين المنظمة للعلاقة بين الدائن والمدين .

والسندات تشترك مع الأسهم في تساوي القيمة الاسمية لكل فئة ، وقابليتها للتداول سواء كانت اسمية ، أم للأمر، أم لحاملها ، وفي عدم قابليتها للتجزئة، غير أن السندات تتميز عن غيرها بالخصائص الآتية :

(١) أن السند يعتبر شهادة دين على الشركة ، وليس جزءاً من رأس المال كما هو الحال في الأسهم.

(٢) حصول صاحبه على الفائدة الدورية المقررة له دون النظر إلى أن الشركة ربحت ، أم خسرت ، أو كانت الأرباح كثيرة ١٩ .

(٣) عدم مشاركة صاحبه في إدارة الشركة .

(٤) تحديده بوقت محدد على عكس الأسهم ، وبالتالي يحصل صاحبه على قيمة سنده وفوائده في التاريخ الذي حدد له دون النظر إلى تصفية الشركة ، ومدده مختلفة أقصرها تسعون يوماً ، وبعضها يمتد إلى مائة عام ، على أن بعض السندات تستمر لحين قيام المصدر باستدعائها ، أو شرائها من السوق .

(١) يراجع بحثنا المفصل حول " الاستثمار في الأسهم وأحكامها " المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي
(٢) وقد صدر قرار من المجمع بذلك في دورته السابعة
(٣) يراجع : د . فوزي عطوي : القانون التجاري ، ط . دار العلوم العربية ، بيروت ١٩٨٦م (ص ٢٨٤) ، ود . جلال وفا محمددين : المبادئ العامة في القانون التجاري ، ط . الدار الجامعية بيروت ١٩٨٨م (ص ١٨٤)

(٥) يحصل حامله على ضمان خاص على بعض موجودات الشركة وقد يكون الضمان عاماً على أموالها ، ولذلك يحصل على حقه في حالات التصفية قبل أن يحصل حامل السهم على أي شيء^١.

حكم السندات :

(أ) السندات التقليدية محرمة باتفاق ، وصدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بحرمته في دورته السادسة (قرار رقم ٦٢ / ١١ / ٦) .

(ب) السندات المشروعة : وهي التي تسمى بصكوك المقارضة أو الإجارة ، أو المشاركة ، أو نحوها ، وهي البديل الإسلامي للسندات التقليدية، حيث صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة بمشروعية صكوك المقارضة إذا توافرت مجموعة من الشروط والضوابط (قرار رقم "٥"د / ٤ / ٨٨/٠٨).

الصكوك :

يقصد بها أداة استثمارية تقوم على تجزأة رأس المال على حصص متساوية ، وذلك بإصدار صكوك ملكية برأس المال على أساس وحدات متساوية القيمة ، ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس المال وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه^٢ .

المشكلة :

هذه الأسهم ، والصكوك المشروعة ، تمرّ بخمس مراحل :

المرحلة الأولى : التأسيس والاكتمال .

ففي هذه المرحلة يعتبر من يدفع القيمة الاسمية (أو جزءاً منها حسب لوائح الشركات) مشاركاً ، ويعتبر ما دفعه ثمن الأسهم التي اشترك بها ، أو بعض ثمنها ، ويصبح شريكاً بذلك القدر من الأسهم ، وهذا جائز شرعاً .

المرحلة الثانية : مرحلة ما بعد تجميع النقود وقبل أن تتحول إلى أعيان ومنافع

ففي هذه المرحلة لا يجوز للمشاركين أن يبيعوا أسهمهم ، أو صكوكهم ، أو وحداتهم الاستثمارية إلاّ مع تطبيق قواعد الصرف^٣ حسب قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٣٠(٤/٥) ، من ضرورة التماثل والتقابض في المجلس إن كان البيع بنفس النقد (مثل الريال القطري بالريال القطري) ومن ضرورة التقابض في المجلس إن كان بنقد آخر (مثل

(١) المراجع القانونية السابقة

(٢) يراجع قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠(٤/٥)

(٣) فقد ورد في ذلك أحاديث صحيحة منها ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن أبي صالح قال : (سمعت أبا سعيد الخدري يقول : (الدينار بالدينار ، والدرهم بالدرهم مثلاً بمثل ، من زاد أو أزداد فقد أربى) ووُرد بلفظ (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلاّ مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلاّ مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا غائباً بحاضر) انظر : صحيح البخاري (٣١/٢) ومسلم (٤٢/٥) وسنن النسائي (٢٢٢/٢) والترمذي (٢٣٤/١) وأحمد (٤/٣ ، ٥١ ، ٦١) وإرواء الغليل (١٨٩/٥)

بيع الريال بالدولار) ولكن يجوز بيعها بالعروض ، أما إذا كانت الحصص المقدمة ، أو أكثرها كانت أعياناً ومنافع وحقوقاً معنوية (حيث تجوز المشاركة بغير النقود أيضاً في القانون ، وكذلك في الفقه الإسلامي على الرأي الراجح)^١ ، وحينئذ لا يمنع التداول بطريق البيع العادي .

وليس في تطبيق قواعد الصرف في حالة كونها نقوداً حرج كبير ، إذ أنها مرحلة قصيرة متحملة ، وغالب الناس لا يدخلون في هذه الشركات أو المحافظ ليوم أو يومين .

المرحلة الثالثة : تحول النقود كلها أو معظمها إلى أعيان ومنافع وحقوق معنوية وظلت هذه النسبة باقية ، أي لم تزد نسبة النقود أو الديون منفردة ، أو مجتمعة على ٥٠% .

ففي هذه الحالة يجوز تداولها ، لأنها في حكم الأعيان والمنافع والحقوق التي يجوز بيعها والتصرف فيها ، كما صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠ (٤/٥).

المرحلة الرابعة : تحول السلع والأعيان والمنافع كلها أو معظمها إلى أثمان عاجلة (نقود) وأجلة (ديون) من خلال المراجعات والبيع الآجل ، وبالتقسيم ، حيث تتحول الأموال إلى نقود أو ديون للبنوك أو الجهة المصدرة لها .

ففي هذه الحالة لو نظرنا إلى موجودات تلك البنوك ، والصكوك لوجدنا أنها مختلطة من كل هذه الأشياء التي ذكرناها ، وقد تكون نقودها ، أو ديونها منفردة أو مجتمعة أكثر من الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية ، فأين الحل^٢ ؟

فإذا تعاملنا مع هذه القضية بنظرة كلية وبالجملة لا بالمفرد ونظرنا إلى مكوناتها نظرة كلية واحدة لربما نجد حلاً ، أو حلولاً لها ، وذلك لأن للاجتماع - كما يقول الإمام الشاطبي - تأثيراً في أحكام لا تكون في حالة الانفراد^٣ ، أما إذا نظرنا إليها نظرة انفرادية وعالجنا كل مكون من مكوناتها علاجاً فردياً خاصاً به بأن ننظر إلى الديون فإن كانت هي الغالبة فقلنا بضرورة تطبيق قواعد بيع الدين وهي قواعد صعبة غير مرنة لا تسمح إلا ببيعها بالأعيان ، أو بشروط صعبة مع خلاف كبير في جواز بيعها^٤. وكذلك الحال في النقود حيث إذا طبقنا عليها قواعد الصرف لحالت فعلاً دون الوصول إلى الهدف المنشود من سهولة تسهيل هذه الأموال وتداولها التداول المطلوب !!

(١) وهذا رأي المالكية ، وأحمد في رواية ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى ، يراجع : المدونة (٦٥/٥، ٦٦) والمغني لابن قدامة (١٧/٥)

(٢) يراجع كتابنا : أثر ديون ونقود الشركة ، أو المحفظة على حكم تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية (المشكلة والحلول) دراسة فقهية اقتصادية ، ط. المعهد الإسلامي للبحوث التدريب ، التابع لبنك التنمية

(٣) الموافقات للشاطبي (١٩٢/٣)

(٤) يراجع لمزيد من التفصيل في أحكام التصرف في الديون ، بحث الدكتور علي محي الدين القره داغي المقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الخامسة عشرة

هذه هي المشكلة التي يركز البحث على حلها دون التطرق إلى بقية شروط الأسهم والصكوك .

ما لا يدخل في موضوع البحث :

في هذه الحالة لا يتحقق الإشكال في صناديق الإجازات العادية ، ولا صناديق الإجازات مع الوعد بالتمليك في صورة المجازة ، ولا في صكوك الإجازات بنوعيتها ، ولا في أسهم شركات خاصة بالعقارات والسيارات والسفن ، والطائرات ، والمصانع ، ونحوها مما تبقى الأعيان أو معظمها فترة من الزمن ، ثم تباع بأثمان عاجلة تتحول فوراً إلى أعيان و سلع و منافع و حقوق معنوية .

وهكذا الأمر في الصكوك والوحدات الاستثمارية الخاصة بإنشاء صناديق خاصة لتلك السلع والأعيان المذكورة آنفاً ، حيث لا يرد عليها هذا الإشكال ، وكذلك الحال في حصص صناديق الأموال قصيرة المدة أو المؤقتة ما دامت لا تصل نسبة ديونها ، أو نقودها إلى النسب التي ذكرناها في الأسهم .

كما أن هذا الإشكال لا يرد على الصناديق أو الشركات المغلقة التي تصفى في آخر المدة مرة واحدة ، ثم يفتح الاشتراك فيها من جديد ، لأنه ليس هناك عملية تداول أثناء النشاط ، ولا بعده ، وإنما هو عبارة عن مشاركة ، ثم تصفية وردّ للأموال لأصحابها.

المرحلة الخامسة : مرحلة التصفية عند توقف نشاط الصكوك ، أو الصندوق ،

وحيث تكون معظم حقوقها ديوناً آجلة ، أو نقوداً ، وما بقي من الأعيان تباع لأجل التصفية ، ففي هذه المرحلة الأخيرة لا بدّ أن تطبق عليها قواعد الصرف ، وقواعد بيع الديون وهذه المرحلة (مرحلة التصفية) لا تدخل في نطاق البحث ، إذ للتصفية أحكامها الخاصة لا يتسع البحث للخوض فيها .

خلاصة المشكلة وتوضيحها :

بعد هذا العرض يمكن توضيح المشكلة وتلخيصها فيما يأتي :

أن الأسهم ، أو صكوك المضاربة ونحوها ، أو وحدات الصناديق تمثل حصة شائعة من موجودات الشركة وأنشطتها وحقوقها المادية والمعنوية والإدارية ، بالنسبة للأسهم أو من موجودات الصناديق والمحفظة وأنشطتها بالنسبة للوحدات ، أو من موجودات الصكوك ، وبما أن هذه الموجودات قد يتحول معظمها في بعض الأحيان ديوناً عند التعامل بالمرابحات ، والاستصناع ، أو تبقى نقوداً ، أو تحصل أثمانها بالنقود ، أو تكون مختلطة منهما فحينئذٍ تقع مشكلة فقهية عندما يراد بيع هذه الأسهم ، أو الصكوك ، أو

(١) علماً بأن هناك صناديق الاستثمار المغلقة تعتبر مؤسسات مالية تجمع المال من مساهميتها وتستثمره في مجموعة من الأوراق المالية وتصدر عدداً ثابتاً من أسهمها التي يتم تداولها في السوق .

الوحدات في هذه الحالة حيث يشترط فيه شروط بيع الدين في حالة كونها ديوناً ، أو شروط الصرف في حالة كونها نقوداً ، وهي شروط صعبة تحول دون التداول المطلوب .

وذلك لأن معظم أنشطة البنوك الإسلامية تكون في المراجحات الداخلية ، أو الدولية ، أو البيع الآجل ، أو الاستصناع بثمان آجل ونحو ذلك ، وكل هذه الأنشطة تتحول إلى ديون آجلة ، وبالتالي تكون معظم موجودات هذه البنوك ديوناً ، أو نقوداً ، وبما أن أسهمها تمثل هذه الديون والنقود أيضاً فهل يجوز تداولها بسهولة ؟

وكذلك فإن معظم الصناديق الاستثمارية تجعل نشاطها في شراء السلع والمعادن والسيارات ، ثم بيعها بالمراجحة ، أو البيع الآجل ، أو بالتقسيط ، وبالتالي تصبح أثمان هذه الصفقات ديوناً إضافة إلى النقود المحصلة شهرياً ، فتغلب حينئذٍ نسبة الديون والنقود على السلع والمعادن ، ففي حالة كون الصندوق مفتوحاً - أي يكون لأي أحد الحق في الدخول والخروج - يكون المستثمر الخارج بائعاً لوحداته ، والداخل مشترياً لها ، وحينئذٍ فهل يكون ذلك من باب بيع الدين الذي لا يجوز إلا بشروط صعبة ؟ أو من باب بيع النقد الذي يشترط فيه شروط الصرف ؟ .

هذه هي المشكلة التي تحتاج إلى الحلول الفقهية التي نذكرها في هذا البحث ، وهي الاعتبار بمبدأ الكثرة والغلبة ، أو الأصالة والتبعية ، أو من خلال التخارج ، أو الشخصية الاعتبارية .

وهي مشكلة ليست جزئية بسيطة ، بل هي كبيرة تحتاج إلى حل ، لا سيما إذا نظرنا إلى ميزانية البنوك والشركات الاستثمارية الإسلامية ، حيث تدل على أن معدل نسبة الديون الناتجة عن المراجحات والاستصناع ، والنقود تصل إلى ٩٧٪ بين أربعة بنوك وشركات إسلامية .

تحرير محل النزاع في المشكلة :

عندما تكون مكونات الأسهم ، أو الصكوك ، أو الوحدات الاستثمارية شيئاً واحداً مثل الأعيان ، أو الحقوق المعنوية ، أو الديون ، أو النقود ، فإن الحكم الشرعي عند بيعها وتداولها واضح ، لأنه يطبق على السهم ، أو الصك ، أو الوحدة الحكم الفقهي الخاص بذلك المكون بدون خلاف يذكر ، فإن كان عيناً فيطبق عليه أحكام بيع الأعيان ، وإن كان ديناً فيطبق عليه أحكام الدين ، وإن كان نقداً فيطبق عليه أحكام الصرف من القبض في المجلس والتماثل والمساواة إذا كان النقدان من جنس واحد ، أو القبض في المجلس فقط إذا كانا مختلفين^١ ، ولكن المشكلة عندما تكون مكونات الأسهم ، أو الصكوك ، أو الوحدات مشكلة من عدة أشياء ، فحينئذٍ يثور التساؤل حول مدى تطبيق أحكام بيع العين ، أو الدين ، أو النقد ، أو يكون الاعتبار بهذه الخلطة دون

(١) ينظر لمزيد من التفصيل لأحكام الدين ، بحث د. علي القره داغي .

النظر إلى مكوناتها ، أو حسب الغلبة والكثرة ، أو الأصالة أو التبعية ، وقد صدر قرار رقم ٣٠(٤/٥) من مجمع الفقه الإسلامي بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار نص على أنه :

(أ) إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف .

(ب) إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون .

(ج) إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه ، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع . أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة .

وهذا القرار لا يمنع بحث هذا الموضوع ، لأنه طلب وضع لائحة تفسيرية ، ولكن لم توضع إلى الآن ، كما أن القرار يضع معياراً مادياً محدداً للغلبة ، وبالتالي فهي يمكن التوسع في تفسيرها ، وهذا هو الهدف من البحث .

هل لهذه الحالة شبيه في التراث ؟

يرد تساؤل آخر حول مدى وجود شبيه في تراثنا الفقهي ، فهل نجد لخلطه مكونات السهم أو الصك ، أو الوحدة شبيهاً في الفقه الإسلامي ؟

للجواب عن ذلك نقول إن هذه المسألة قريبة أو شبيهة بالحالات التالية :

الحالة الأولى : مسألة تفريق الصفقة ١:

تحدث الفقهاء عن تفريق الصفقة ، وذكروا له صوراً نذكر ما يتعلق بموضوعنا بإيجاز وهو ما إذا جمعت صفقة البيع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه ، حيث اختلف الفقهاء فيه اختلافاً نوجز القول فيه بما يأتي :

ذهب الحنفية إلى تفصيل ، حيث ذهبوا إلى جواز تفريق الصفقة إذا جمع فيها ما يملكه وما لا يملكه كفرسه مع فرس غيره صح البيع ، وينفذ في ملكه بقسطه من الثمن ، ويبقى موقوفاً على الإجازة في ملك غيره ، أما إذا جمع فيها بين ميتة ، وحيوان حي ، أو مذبوح ، أو خل وخمر فيبطل فيهما إن لم يسم لكل واحد ثمناً عند أئمتهم الثلاثة ،

(١) التفريق في اللغة خلاف الجمع ، ويقال : فرقه إذا بدده ، وفي الاصطلاح يطلق على صفقة تشمل على مبيعين كثنوين أو دارين ، حيث لا يجوز تفريقها بالقبول في أحدهما ، ويطلق على الصفقة المشتملة على ما يجوز بيعه وما لا يجوز مثل بيع شاة وخنزير بمائة دولار فقد اختلف الفقهاء في ذلك . يراجع لتفصيل ذلك : فتح القدير - مع شرح العناية - (٨٩/٦ - ٩٠) وحاشية الدسوقي (١٥/٣) ومغني المحتاج (٤٠/٢ - ٤١) والمغني لابن قدامة (٢٦١/٤)

وإذا سمي لكل واحد منهما ثمناً صح فيما جاز بيعه البيع عند أبي يوسف ومحمد ، ولم يصح عند أبي حنيفة ، لأن المعقود عليه ليس محلاً للبيع ، في حين استدل الصحابان بان الفساد لا يتعدى المحل الفاسد ، إذ لا موجب لتعديه حيث انفصل كل منهما عن الآخر بتفصيل الثمن^١.

وذهب المالكية في المشهور إلى بطلان بيع حلال وحرام بصفقة واحدة إذا كان العاقدان أو أحدهما على علم بذلك ، وقيل يصح البيع فيما عدا المحرم بقسطه من الثمن^٢ ، أما إذا لم يعلما كأن باع خلاً وخمراً فبان أحدهما خمراً ، أو باع ذبيحتين فتبين أن إحداهما ميتة ، فللمشتري التمسك بالباقي بقسطه من الثمن ، ويرجع على البائع بما يخص الخمر ، أو الميتة من الثمن لفساد بيعه ، فأما لو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة يصح البيع فيهما على المشهور ، ولزمه في ملكه ووقف الملزوم في ملك غيره على إجازته ورده^٣.

وذهب الشافعية إلى نوع من التفصيل نذكر ما يخص الموضوع ، حيث له حالان :

الحال الأول : أن يقع التفريق في الابتداء ، وحينئذ ينظر : إن جمع بين شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع ، بطل العقد في الجميع ، وإن جمع بين شيئين ، وكل واحد منهما قابل لما أورده عليه من العقد صح العقد فيهما على تفصيل في الآثار^٤.

الحال الثاني : أن يقع التفريق في الانتهاء ، وهو قسمان :

أحدهما : أن لا يكون اختيارياً كمن اشترى خيلين ، فتلف أحدهما قبل قبضهما انفسخ البيع في التالف ، وفي الباقي طريقان : أحدهما على القولين في جمع فرسه وفرس غيره ، وأصحهما : القطع بأنه لا يفسخ لعدم العلتين .

الثاني : أن يكون اختيارياً كمن اشترى فرسين صفقة واحدة ، فوجد بأحدهما عيباً ، فهل له إفراده بالرد ؟ قولان : أظهرهما : ليس له ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، وعلى القول بجواز الرد ، فقام المشتري برد المعيب استرد قسطه من الثمن ، وعلى هذا القول لو أراد رد السليم والمعيب معاً فله ذلك على الصحيح^٥.

وذهب الحنابلة إلى التفصيل التالي يلخص فيما قال ابن قدامة في الكافي : (إذا باع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة كخل وخمر ، أو فرسه ، وفرس غيره ففيه روايتان : إحداهما : تفرق الصفقة ، فتجوز فيما يجوز بيعه بقسطه من الثمن ، ويبطل فيما لا يجوز ، لأن كل واحد منهما له حكم منفرد ، فإذا اجتمعا بقيا في حكمهما ، كما لو

(١) فتح القدير (٨٩/٦ - ٩٠)

(٢) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، ط. دار الغرب الإسلامي (٤٣٩/٢)

(٣) الشرح الكبير - مع حاشية الدسوقي - (١٥/٣) عقد الجواهر الثمينة (٤٣٩/٢)

(٤) يراجع : روضة الطالبين ط. المكتب الإسلامي (٤٢٠/٣ - ٤٢٥) حيث عقد له فصلاً مطولاً .

(٥) المرجع السابق (٤٢٢/٣ - ٤٢٣)

باع شقصاً وسيفاً ، والثانية يبطل فيهما ، لأنه عقد واحد جمع حلالاً وحراماً فبطل كالجمع بين الأختين ، ويحتمل أن يصح فيما يجوز فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كدار له ولغيره ونحوها ، والقفيزين المتساويين ، لأن الثمن فيما يجوز بيعه معلوم ، و يبطل العقد فيما عدا هذا^١ .

الحالة الثانية :

التصرف في تركة تشتمل على مكونات مختلفة مثل الديون والنقود والأعيان ونحوها حيث أجاز الفقهاء التخارج لبعض الورثة حيث ثبت أن (عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته تماضر بنت الأصبح في مرض موته ، ثم مات وهي في العدة ، فورثها عثمان رضي الله عنه مع ثلاث نسوة آخر ، فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفاً)^٢ وقد قال ابن عباس : (لا بأس بان يتخارج أهل الميراث من الدين يخرج بعضهم من بعض)^٣ .

ومن المعلوم أن الأصل في التخارج انه عقد صلح بين الورثة لاخراج أحدهم ، ولكنه يعتبر عقد بيع إن كان البديل المصالح عليه شيئاً من غير التركة ، ويعتبر عقد قسمة ومبادلة إن كان البديل المصالح عليه من مال التركة ، وقد يكون هبة أو إسقاطاً للبعض إن كان البديل المصالح عليه أقل من النصيب المستحق^٤ . كما أن الصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع^٥ .

وقد اختلف الفقهاء في التصالح بين الورثة في التركة إذا كان بعضها ديناً ، فذهب الحنفية إلى أن الصلح باطل في العين والدين ، ولكن ذكروا بعض الصور لتصحيح هذا الصلح ، جاء في الدر المختار : (وبطل الصلح أن أخرج أحد الورثة وفي التركة ديون بشرط أن تكون الديون لبقيتهم ، لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل...وصح لو شرطوا إبراء الغرماء منه أي من حصته ، لأنه تمليك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء ، أو قضاوا نصيب المصالح منه تبرعاً ، وأحالهم بحصته ، أو أقرضوه قدر حصته منه)^٦ .

ويفهم مما ذكره الحنفية أنهم أجازوا الصلح أو التخارج في حالة وجود الدين في التركة في الصور التالية وهي :

(أ) أن يشترط تبرأة المصالح للغرماء من حصته من الدين ، لأنه حينئذ يكون إسقاطاً ، أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين ، وهو جائز .

(١) الكافي ، ط.المكتب الإسلامي (٣١/٢ - ٣٢)

(٢) المصنف لعبدالرزاق ط.المكتب الإسلامي (٢٨٩/٨) ويراجع: فتح القدير (٣٤٨/٧-٣٤٩) والسراجية ص٢٣٦-٢٣٧

(٣) رواه عبدالرزاق في مصنفه (٢٨٩/٨)

(٤) يراجع فتح القدير (٤٠٩/٧) والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٠٩/٣)

(٥) يراجع شرح الخرشي (٢٠٠٤/٦) وروضة الطالبين (١٩٣/٤) وكشاف القناع (٣٧٩/٣)

(٦) الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٤٨١/٤)

(ب) أن يعجل الورثة قضاء نصيب المصالح من الدين متبرعين ويحيلهم بحصته^١.
والحنابلة يتفقون مع الحنفية في عدم جواز بيع الدين^٢.

وذهب المالكية إلى أنه يجوز بيع الدين لغير من عليه الدين بشروطه وعلى ذلك يجوز الصلح عن الدين الذي على الغير ، حيث يجوز بيع الدين ، ويمتنع الصلح عنه حيث يمتنع بيعه ، فيجوز الصلح عن الدين إذا كان الدين حيواناً أو عرضاً أو طعاماً من قرض بشرط أن يكون المدين حاضراً مقراً بالدين ، ومكلفاً.....^٣.

والشافعية أجازوا بيع الدين لغير من عليه الدين بشرط أن يكون المدين ملياً مقراً والدين حالاً مستقراً على تفصيل^٤.

الحالة الثالثة : مسألة مد عجوة ، أو مسألة بيع القلادة المكونة من الذهب والخرز :

فقد روى مسلم في صحيحه ، وأبو داود ، والترمذي والنسائي بسندهم عن فضالة بن عبيد الأنصاري يقول : (أتى رسول الله ﷺ وهو بخيبر ، بقلادة فيها خرز وذهب ، وهي من المغانم تباع ، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله ﷺ : (الذهب بالذهب وزناً بوزن) وفي رواية أخرى بلفظ : (لا تباع حتى تفصل) وفي رواية ثالثة لمسلم أيضاً بسنده عن حنش انه قال : كنا مع فضالة بن عبيد في غزوة فطارت لي ولأصحابي قلادة من ذهب وورق وجوهر ، فأردت أن اشتريها ، فسألت فضالة بن عبيد فقال : (انزع ذهبها فاجعله في كفة ، واجعل ذهبك في كفة ، ثم لا تأخذن إلا مثلاً بمثل ، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يأخذن إلا مثلاً بمثل)^٥.

قال الترمذي بعد ما رواه : (هذا حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم لم يروا أن يباع السيف محلياً ، أو منطقة مفضضة ، أو مثل هذا بدرهم حتى يميز ويفصل ، وهو قول ابن المبارك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وقد رخص بعض أهل العلم في ذلك من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم)^٦.

وهذه المسألة اشتهرت بين الفقهاء بمسألة مد عجوة ، وصورتها : باع شخص مد عجوة ودرهماً بمد عجوة ، أو بدرهمين ، وتشمل كذلك بيع سيف محلي بالذهب ، أو فضة بثمن جنسه ، حيث اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء :

- (١) الزيلعي (٥١/٥) والموسوعة الفقهية الكويتية (١٣/١١)
- (٢) المغني لابن قدامة (٦٥٩/٥)
- (٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣١٦/٣)
- (٤) روضة الطالبين (١٩٦/٤ - ١٩٧) ويراجع لمزيد من التفصيل : د. علي محي الدين القره داغي : أحكام التصرف في الديون ، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة .
- (٥) صحيح مسلم ، كتاب المساقاة (١٢١٣/٣ - ١٢١٤) والترمذي - مع تحفة الأحوذى - (٤٦٥/٤) وأبو داود - مع عون المعبود - (٢٠٠/٩)
- (٦) الترمذي - مع تحفة الأحوذى - (٤٦٥/٤ - ٤٦٦)

(١) ذهب الشافعية والحنابلة في المذهب^١ وهو مروى عن شريح ، وابن سيرين ، والنخعي^٢ إلى أنه لا يجوز بيع نقد بجنسه ، ومع أحدهما ، أو كليهما شيء آخر فلا يجوز بيع مد ودرهم بدرهمين ، أو بدرهم وثوب ، كما لا يجوز بيع شيء محلى بذهب أو فضة كسيف ، أو مصحف بجنس حليته .

ودليل هؤلاء حديث فضالة الصحيح السابق حيث ظاهر في الدلالة على ذلك ، كما استدلوا بأن ذلك العقد يؤدي إلى الجهل بالمماثلة المشروطة في بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، ولذلك أجازوا عند اختلافهما .

(٢) ذهب الحنفية ، والحنابلة في رواية وهو مروى عن الحسن ، والنخعي ، والثوري^٣ إلى جواز ذلك بشرط أن يكون بيعه بأكثر مما فيه من الذهب في حالة كون المبيع معه أو فيه الذهب ، أو بأكثر مما فيه من الفضة في حالة كون المبيع معه ، أو فيه الفضة ، ولا يجوز بمثله ، ولا بأقل منه ، لذلك يجوز بيع درهم (من الفضة) ومد عجوة أو ثوب بدرهمين (من الفضة) ولا يجوز بيعهما بدرهم واحد مثلاً أو أقل منه ، لأنه عند المساواة أو النقصان يتحقق التفاضل المنهي عنه في بيع الذهب بجنسه ، وبيع الفضة بجنسها ، وكذلك الزيادة مثل بيع درهم و ثوب بدرهمين ، يقابل الدرهم بالدرهم ، ويقابل الثوب بما بقي فلم تحدث فيه المخالفة المنهي عنها وقد علل الحنفية لتصحيح ذلك تعليلاً جميلاً وهو ان التعاقد بين الطرفين يحمل على الصحة ولا يحمل على الفساد ما دام حمله على الصحة ممكناً؛ وقد حمل الطحاوي الحديث السابق بأنه إنما نهى عنه ؛ لأنه كان في بيع الغنائم لئلا يغبن المسلمون في بيعها وذكر الخطابي أن قول الحنفية مخرج على القياس ، لأنه يجعل الذهب بالذهب سواءً ويجعل ما فضل عن الثمن بازاء السلعة.....^٤ .

(٣) وذهب مالك في الموطأ إلى أن من اشترى مصحفاً أو سيفاً أو خاتماً وفيه ذهب أو فضة ، بدنانير أو دراهم فإن اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير فإنه ينظر إلى قيمته ، فإن كان قيمة ذلك الثلثين ، وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به إذا كان يداً بيد ، ولا يكون فيه تأخير ، وما اشترى من ذلك بالورق نظراً إلى قيمته فإن كان قيمة ذلك بالثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به إذا كان ذلك يداً بيد ، ولم يزل على ذلك أمر الناس عندنا بالمدينة^٥ .

(١) روضة الطالبين (٣/٣٨٤ - ٣٨٦) وفيه تفصيل نافع والمغني لابن قدامة (٤/٣٩)

(٢) عون المعبود (٩/٢٠١)

(٣) فتح القدير (٦/٢٦٦) والمغني لابن قدامة (٤/٣٩) وتحفة الأحوذى (٤/٤٦٧) والموطأ (٣/٤١٦)

(٤) فتح القدير (٦/٢٦٦) وحاشية ابن عابدين (٤/٢٣٦)

(٥) تحفة الأحوذى (٤/٤٦٧)

(٦) عون المعبود (٩/٢٠٠)

(٧) الموطأ (٣/٤١٣ - ٤١٦)

وقال سحنون : (وقد أعلمتك بقول رببعة وما جوّز من ذلك ، وقوله : إذا كانت الفضة تبعاً ، وأن ذلك إنما أجاز للناس اتخاذه . أي اتخاذاً السيوف المحلى بالذهب أو الفضة - وأن في نزع مضره ، وأنه إذا كان تبعاً كانت الرغبة في غيره ولم تكن الرغبة فيه ، ولا الحاجة إليه ، وقد جوز أهل العلم ما هو أبين من هذا من بيع الثوب بدينار إلاّ درهماً أو درهمين إذا كان دفع الدراهم مع قبض الدينار ، لأنهم لم يروا ذلك رغبة في الصرف ، واستحسنوه واستثقلوا ما كثر من ذلك^١ ثم نقل القول بالجواز عن الحسن ، وإبراهيم النخعي ، حيث جاء في الموطأ : (وجوزه أيضاً إبراهيم النخعي مثل قول الحسن ، ولم يذكره إلاّ مسجلاً ، فذلك فيما يرى للناس فيه من المنافع ، ولما في نزع مضره ، ولأنه مأذون لهم في اتخاذه^٢) .

وقد رتب فقهاء المالكية على أن الأصل عندهم في هذه المسألة هو الحظر ، ولكنهم أجازوها بثلاثة شروط وهي :

- (أ) أن تكون تحليته مباحاً .
- (ب) أن يترتب على نزع الحلية ضرره .
- (ج) أن لا تزيد الحلية على الثلث ، حتى تكون تبعاً ، ثم اختلفوا هل يعتبر الثلث هذا حسب القيمة أو الوزن ؟ والمعتمد الأول^٣ .

والعلاقة واضحة بين مسألة السهم الذي تتكون مكوناته من النقود والديون وغيرها ، وبين مسألة مد عجوة ، وقد رأينا فيها خلافاً كبيراً بين العلماء والذي يظهر لنا رجحانه هو رأي الحنفية والمالكية ، وذلك لأن حديث فضالة واضح في دلالة بأن الغرض الأساس في القلادة هو الذهب ، وأن الخرز جاء تبعاً ، فالقلادة كانت ذهبية وفيها خرز ، وحديثنا حول ما كان الأصل فيها غير الذهب ، أو الفضة ، أو النقود .

الحالة الرابعة :

مسألة بيع العبد الذي يكون معه مال من النقود ، أو الجارية التي تشتري هي ومعها من الحلي من الذهب والفضة بالذهب ، أو بالفضة ، حيث لا يشترط في ذلك شروط

(١) الموطأ (٤١٦/٣)

(٢) الموطأ (٤١٦/٣)

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٤٠/٣) وبداية المجتهد (١٧٢/٢) ويراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٦١/٢٦) - (٣٦٢)

المصارفة ، فقد ورد في ذلك ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن ابن عمر قال :
(..ومن ابتاع عبداً ، وله مال ، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)^١ .

قال الحافظ ابن حجر : (ويؤخذ من مفهومه أن من باع عبداً ومعه مال وشرطه المبتاع أن البيع صحيح ، لكن بشرط أن لا يكون المال ربوياً فلا يجوز بيع العبد ومعه دراهم بدراهم قال الشافعي ، وعن مالك لا يمنع لإطلاق الحديث ، وكأن العقد إنما وقع على العبد خاصة ، والمال الذي معه لا مدخل له في العقد...)^٢ .

ويأتي تفصيل هذه المسألة ضمن حديثنا عن قاعدة الأصالة والتبعية .

والحلول المطروحة لهذه المشكلة هي :

هناك عدة حلول مطروحة يمكن تلخيص أهمها في ثلاثة حلول أساسية مطروحة للبحث والنقاش ، وهي :

الحل الأول : من خلال قاعدتي الكثرة ، والغلبة :

وهذا الحل مبني على اعتبار الكثرة أو الغلبة أساساً ومعياراً في حالة اختلاط النقود والديون والأعيان والمنافع ، فإذا كانت الأعيان أو المنافع أو هي معاً كثيرة أو غالبية في عناصر المبيع جاز التعامل به بيعاً وشراءً بغض النظر عن الأحكام الخاصة بنقد أو دين .

الفرق بين الكثرة والغلبة :

فرق بعض الباحثين أن الغلبة هي ما يقرب من الكل مثل الثمانين أو التسعين في المائة^٣ ، وأن الكثرة هي ما زاد عن ٥٠ ٪ .

ولم أرَ هذه التفرقة في اللغة ، بل جاء فيها : الأغلب هو الأكثر ، والأغلبية : الكثرة^٤ ، وجاء في المعجم الوسيط " الأغلبية الكثرة ، والأغلبية المطلقة في الانتخاب أو الاقتراع : أصوات نصف الحاضرين بزيادة واحد (محدثة) والأغلبية النسبية : زيادة أحد المرشحين في الأصوات بالنسبة إلى غيره. (محدثة)^٥ . وعرف التهانوي التغليب في الاصطلاح بأنه (إعطاء الشيء حكم غيره وقيل : ترجيح أحد المغلوبين على الآخر إجراء للمختلفين مجرى المتفقين)^٦ .

وأما الأكثر ففي اللغة هو ما فوق النصف ، والأكثرية الأغلبية ، والكثير : معظم الشيء وأكثره ، والكثرة نماء العدد ، والكثير نقيض القليل^٧ .

(١) صحيح البخاري (٨١/٢) وفتح الباري (٤٩/٥) ومسلم (١٧/٥) وسنن أب داود الحديث ٣٤٣٣ والنسائي (٢٢٨/٢) والترمذي (٢٣٥/١) والدارمي (٢٥٣/٢) وابن ماجه الحديث رقم ٢٢١١ وأحمد (٩/٢ ، ٨٢ ، ١٠٥) ويراجع : إرواء الغليل (١٥٧/٥)

(٢) فتح الباري (٥١/٥)

(٣) د . حسين حامد : بحثه السابق (ص ٤٣)

(٤) لسان العرب ، والقاموس المحيط / مادة " غلب "

(٥) المعجم الوسيط / ط . قطر (٢ / ٦٥٨)

(٦) كشاف اصطلاحات الفنون / مادة " غلب "

(٧) لسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمعجم الوسيط / مادة " كثر "

والخلاصة أن الكثرة تطلق في اللغة على ما هو كثير حسب النظر والعرف دون ملاحظة النسبة المئوية بأن تزيد على ٥٠٪ ، فالعرب يطلقون على الشيء أنه كثير ، و لا يتصورون انه أكثر من الباقي أو الآخر ، وإنما يراد به أنه كثير في حد ذاته ، فالكثير هو نقيض القليل ، فما خرج عن كونه قليلاً فهو كثير دون ملاحظة النسبة المئوية ، جاء في لسان العرب : الكثرة نقيض القلة . ووقوم كثير، وكثيرون ، والكثرة نماء العدد يقال: كثر الشيء يكثر كثرة فهو كثير ، وكثر الشيء - بتشديد الثاء - أي جعله كثيراً ، وأكثر الرجل أي كثر ماله^١ .

فالكثرة تعني ضد القلة ، والكثير هو ما لم يكن قليلاً حسب النظر والعرف والحال والمقام ، وأما التفاضل فهو يتم بلفظ الأكثر الذي هو من صيغ المفاضلة ، لذلك خصص العرب الأكثر لما هو فوق النصف^٢ ، فيقال هذا اكثر من هذا أي يتفوق عليه ، ويزيد عليه بأي زيادة ، وهذا يجري عادة في المقابلة بين شيئين متماثلين ، أو معدودين ، وقد يكون الشيء كثيراً بالنسبة لهذا ، وقليلاً بالنسبة لذلك ، وهذا ما استعمله القرآن الكريم حيث قال : ﴿ أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يَسْجُدُ لَهُ مِنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَمَنْ فِي الْأَرْضِ وَالشَّمْسُ وَالْقَمَرُ وَالنُّجُومُ وَالْجِبَالُ وَالشَّجَرُ وَالْدُّوَابُّ وَكَثِيرٌ مِّنَ النَّاسِ وَكَثِيرٌ حَقٌّ عَلَيْهِ الْعَذَابُ وَمَنْ يُهِنِ اللَّهُ فَمَا لَهُ مِنْ مُّكْرِمٍ إِنَّ اللَّهَ يَفْعَلُ مَا يَشَاءُ ﴾^٣ ، فاستعمل الكثير مرتين مرة للمساجد ، ومرة للمستحقين للعذاب من الكفرة والمشركين ، فكيف يتأتى ذلك ؟

للجواب عن ذلك أن المراد بالكثير هنا هو ما قاله ابن عباس في رواية عطاء : (وكثير من الناس يوحد وكثير حق عليه العذاب ممن لا يوحد)^٤ النص يفهم منه أن هذه الكثرة للفريقين ليست من باب المقابلة ، أي فالذين يسجدون سجدة الطاعة ، ويدخلون الجنة كثيرون ، وكذلك الذين يدخلون النار كثيرون أي ليسوا قليلين ، كما يقال للجيشين المتقابلين أنهما كثيران ، حيث لا يقصد بذلك إلا الكثرة العادية التي لا ينظر إليها المقابلة الحقيقية ، أو الكثرة العرفية أي أن ذلك كثير عرفاً .

وعلى هذا المعنى العام ، والعريف يحمل حديث رسول الله ﷺ حينما قال لسعد : (الثلث ، والثلث كثير)^٥ حيث لا يقصد به أن الثلث كثير بالنسبة للباقي ، وإنما يقصد به أنه انفاق كثير وتبرع كبير حسب العرف دون النظر إلى المقابلة بينهما ، وإلا فالثلث هو يساوي حوالي ٣٣٪ والباقي حوالي ٦٧٪ . ولذلك إذا أريد الزيادة فيستعمل لفظ الأكثر لهذه المفاضلة والمقابلة .

-
- (١) لسان العرب ط. دار المعارف بالقاهرة (٣٨٢٧/٥) والمعجم الوسيط ط. قطر (٧٧٧/٢)
(٢) المعجم الوسيط (٧٧٧/٢) ولسان العرب ، والقاموس المحيط مادة "كثر"
(٣) سورة الحج / الآية (١٨)
(٤) فتح القدير للشوكاني ط. عالم الكتب ببيروت (٤٤٣/٣) والتفسير الكبير للرازي ط. دار التراث العربي ببيروت (١٩/٢٣ - ٢٠)
(٥) الحديث رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (٣٦٣/٥ - ٣٦٩) ومسلم في صحيحه (١٢٥٠/٣) والترمذي في سننه مع التحفة (٣٠١/٦) والنسائي في سننه (٢٠١/٦) وان ماجه في سننه (٩٠٤/٢) ومالك في الموطأ ص ٤٧٦ .

فلو سرنا على هذا المعنى فيمكن القول بأن الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية لو بلغت الثلث ، أو تجاوزته فهي كثيرة وليست قليلة ، وبالتالي يجوز إجراء العقود عليها دون ملاحظة قواعد الصرف ، والدين .

ولكن بعض الفقهاء يذكرون النادر في مقابل الغالب ، حيث قالوا (العبرة بالغالب ، والنادر لا حكم له) ولكن أكثرهم عندما يذكرون النادر يصفون الغالب بالشايح فيقولون (العبرة بالغالب الشايح ، لا بالقليل النادر)^١ ، ولكنني أرى تفرقة وجيهة أخرى في نظري من جانب آخر ، وهو أن الكثرة للأعداد ، والماديات ، والغلبة للكيفيات ونحوها ، ولذلك يطلق الفقهاء غلبة الظن في كثير من الأحكام الفقهية وفي معظم أبواب الفقه مثل أبواب الطهارة ، والحيض ، والقبلة ، وأوقات الصلاة ، والشك في عدد الركعات ، وفي تمييز الفقير وغيره من أصناف الزكاة ، معرفة دخول شهر رمضان ، وطلوع الفجر ، وغروب الشمس للصائم إذا اشتبه عليه ذلك يحبس ونحوه ، وفي الحج إذا شك الحاج هل أحرم بالإفراد ، أو بالتمتع ، أو بالقران ، وفي مَنْ التبت عليه المذكاة بالميتة ، أو وجد شاة مذبوحة ببلد فيه من تحل ذبيحته من المسلمين وأهل الكتاب ، ووقع الشك من ذابحها ، وفي الدماء في باب القسامة ، ونحو ذلك^٢ .

وقصدي من هذا العرض أن الكثرة العددية معتبرة ، كما أن الغلبة الكيفية من حيث القوة أيضاً معتبرة ، إذن يمكن اعتبارهما قاعدتين معتبرتين بدل قاعدة واحدة .

حلّ اعتبار الكثرة من حيث الكم يتوزع على رأيين :

الرأي الأول : أن الكثرة إنما تتحقق بما زاد عن ٥٠٪ وهذا رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، في صكوك المقارضة من حيث المبدأ في قراره رقم ٣٠ (٤/٣) ، ولكن نصّ على إصدار لائحة تفسيرية عند خلط الديون والنقود والأعيان والمنافع ، ولكن مع الأسف الشديد لم تصدر منذ عام ١٩٨٨م إلى الآن ، ولعلها تصدر في هذه الدورة .

الرأي الثاني : أن الكثرة تتحقق إذا كانت الأعيان والمنافع والحقوق أكثر من ٣٠٪ ، وهذا ما نص عليه المعيار الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، رقم (٢١) في المادة (١٩/٣) : (إذا كانت موجودات الشركات مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون فيختلف حكم تداول أسهمها بحسب الأصل المتبوع وهو غرض الشركة ونشاطها المعمول به ، فإذا كان غرضها ونشاطها التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والحقوق عن نسبة ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها - أي ديون الشركة على الغير

(١) وهي إحدى مواد مجلة الأحكام العدلية / المادة ٤٢ ، ويراجع شرح القواعد الفقهية للزرقي (ص ١٨) والقواعد الفقهية الكبرى للعدلان (ص ٣٩٧)

(٢) يراجع الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦٣/٣١ - ٢٦٤)

وحساباتها الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديوناً - بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها حينئذ تابعة.

أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات (الصرافة) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون).

الأدلة على اعتبار قاعدتي الكثرة والغلبة :

هناك أدلة كثيرة من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية ، ثم من أقوال الفقهاء على اعتبار الكثرة والغلبة في كثير من المجالات الإسلامية ، ففي باب العقوبات الإلهية للأمم والشعوب وفي باب المعاصي أيضاً جرت سنة الله على اعتبار الكثرة والغلبة ، فالله تعالى لن يهلك قوماً وأكثرهم مصلحون كما أن العقوبة إذا نزلت بسبب الكثرة تعم ، فقال تعالى : ﴿ **وَأْتَقُوا فِتْنَةً لَا تُصِيبُنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً** ﴾^١ ، حيث يدل على أن الفتنة تنزل بسبب عصيان الأكثرية مع وجود الأقلية الصالحة ، وقد أكد ذلك الحديث الصحيح الذي رواه الشيخان عن زينب بنت جحش " رضي الله عنها " قالت : استيقظ النبي ﷺ من النوم محمراً وجهه وهو يقول : لا إله إلا الله ، ويل للعرب من شرّ قد اقترب ... قيل : أنهلك وفينا الصالحون ؟ قال : نعم إذا كثر الخبث)^٢.

ويدل على اعتبار الكثرة والغلبة الحديث الثابت عن الرسول ﷺ (إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث)^٣ فهذا الحديث يدل بوضوح على اعتبار الكثرة والغلبة وأن الماء إذا بلغ قلتين لا ينجس بملاقاته النجاسات ، أو بوقوعها فيه ، وما ذلك إلا للكثرة والغلبة إلا إذا تغير لونه ، أو طعمه أو ريحه ، فحينئذ حكم عليه بالنجاسة ، لأن الغلبة أصبحت للنجاسة وليست للماء الطاهر .

وإذا نظرنا إلى أصل الحلال والحرام لوجدناه يعود إلى باب التغليب والترجيح والكثرة فقد بين الله تعالى في الخمر والميسر أن فيهما الإثم والمنافع ، ولكن إثمهما أكثر وأكبر ولذلك حرمهما الله تعالى : ﴿ **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا** ﴾^٤ ، قال جماعة من المفسرين : (الإثم في الخمر ذهاب العقل ، والسباب والافتراء والإذابة ، والتعدي ... والمنفعة فيها : اللذة والنشوة والتجارة

(١) سورة الانفال الآية / (٢٥)

(٢) انظر صحيح البخاري - مع فتح الباري - كتاب الفتن (١١/١٣)

(٣) رواه الشافعي والخمسة والدارمي ، وصححه الطحاوي ، وابن خزيمة ، والحاكم ، والذهبي ، وابن حبان ، والنووي والعسقلاني ، يراجع مسند الشافعي بهامش الأم (٣/٦) ، ومسند أحمد (٢٣/٢ ، ٢٧) ، والترمذي (٢١٥/١) ، وابن ماجه (١٧٢/١) ، والنسائي (٤٢/١) ، وسنن أبي داود (١٠٣/١) ، والدارمي (١٥٢/١) ، وتلخيص الحبير (١٦/١ - ٢٠) ، ورواه الغليل للألباني (٦٠/١)

(٤) سورة البقرة / الآية (٢١٩)

فيها^١ ، يقول سيد قطب رحمه الله : (وهذا النص الذي بين أيدينا كان أول خطوة من خطوات التحريم ، فالأشياء والأعمال قد لا تكون شرّاً خالصاً فالخير يتلبس بالشرّ ، والشرّ يتلبس بالخير في هذه الأرض ولكن مدار الحل والحرمة هو غلبة الخير ، أو غلبة الشر ، فإذا كان الإثم في الخمر والميسر أكبر من النفع فتلك علة التحريم والمنع ، وإن لم يصرح هنا بالتحريم والمنع^٢ .

ومن جانب آخر أن ترتيب الأحكام الشرعية تقوم على هذه القوة وتسلسلها من حيث المصالح الدينية والدنيوية والمفاسد ، ففي قمة المصالح الفروض والواجبات ، ثم السنن والمباحات ، وفي قمة الفساد الشرك والكبائر ، والمحرمات والمكروهات كما أوضح ذلك الإمام العز بن عبد السلام ، والإمام الشاطبي^٣. فقد ذكر العز أن المصالح ضربان : أحدهما ما يثاب على فعله لعظم المصلحة من فعله ويعاقب على تركه لعظم المفسدة في تركه ... والثاني ما يثاب على فعله لوجود مصلحة دون مصلحة الواجب ولا يعاقب على تركه لعدم وجود مفسدة ... وكذلك رتب المفاسد منقسمة إلى الكبير ، والأكبر ، والمتوسط ، فالأنقص فالأنقص^٤ .

وكذلك الحال في فقه الموازنات وقاعدة الموازنات بين المصالح والمفاسد ، وداخل المصالح أنفسها ، أو المفاسد أنفسها ، كلها تقوم على أساس التغليب والترجيح بالكثرة والغلبة أو القوة والضعف ، والجلاء والخفاء^٥ .

وكذلك الأمر في ترجيح الحقوق وتقديم بعضها على بعض ، وقاعدة الوسائل والمقاصد ، والجزئيات والكلديات ، بل قواعد الترجيح عند التعارض في الأدلة والحقوق والأشياء كل ذلك يقوم على هذا الأساس^٦ ، وحتى القياس يقوم على غلبة شبه على شبه آخر^٧ ، وكذلك الأعراف إنما يرجح عرف على آخر إما باطراده وعمومه ، أو بغلبته ، وهي من قواعد المجلة بلفظ (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)^٨ .

قال القرافي : (اعلم أن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر وهو شأن الشريعة)^٩ .

-
- (٢) تفسير ابن عطية ط . قطر (٢٣٦/٢)
 - (٣) في ظلال القرآن ط . دار الشروق / بيروت (٢٢٩/١)
 - (٤) يراجع لمزيد من التفصيل : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ط . الريان ببيروت (١٨/١ ، ٤١ - ٤٥ ..) والموافقات للشاطبي
 - (٥) قواعد الأحكام (٤١/١ - ٤٥)
 - (٦) المصدر السابق (٤٦/١)
 - (٧) المصدر السابق نفسه
 - (٨) مختصر القواعد لابن دهب ط . قطر (٢١٠/١)
 - (٩) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ط . دار الغرب الإسلامي (١٧٩) ، وذكر لها أمثلة منها : " أنه لو باع أحدهم بدرهم أو دنانير ، وكانت مختلفة في المالية والرواج ينصرف البيع إلى أغلبها رواجاً "
 - (١) الفروق للقرافي ط . دار المعرفة / بيروت (١٠٤/٤)

وقصدي من ذلك أن رعاية الكثرة والقلّة ، والغلبة والقوة والضعف أصل عظيم من أصول هذه الشريعة فلا يجوز إنكاره ، كما أنه صالح لأن يبنى عليه ، لأنه يدخل ضمن الأصول الكلية والقواعد الكلية التي يمكن البناء عليها كما قال الشاطبي وغيره^١ .

وأجمع الفقهاء على أن ما غلب على طعم الماء وريحه ولونه من النجاسات ينجسه ، بل وقد ورد في ذلك حديث اسناده ضعيف رواه ابن ماجه بسنده عن أبي أمامة الباهلي (قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إن الماء لا ينجسه شيء إلا ما غلب على ريحه ، وطعمه ولونه)^٢ .

وقد قال ابن العربي (والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم)^٣ ، والواقع أن معظم القضايا الفقهية قد بينت على الغالب والأكثر ، بل الفقه نفسه هو الظن الغالب ، والاجتهاد أيضاً ترجيح ما يراه الراجح من بين عدة احتمالات أو آراء أو معان ، ولا يطالب المجتهد في الوصول إلى رأيه بأكثر من الظن الغالب ، والظن هو - كما قال الجرجاني - الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض ، أو بعبارة أخرى ترجيح أحد طرفي الشك^٤ ، وقد بنى الفقه كثيراً من الأحكام على الظن في مختلف أبوابه من العبادات إلى المعاملات والجنائيات ونحوها وذلك في باب الطهارة والنجاسات ، ودخول وقت الصلاة ، وجهة القبلة ، والخوف المرخص من صلاة الخوف ، وخوف المرض المرخص للإفطار والتميم وفي أوقات الصوم ونحو ذلك مما ذكرنا آنفاً^٥ .

قال القرطبي : (وأكثر أحكام الشريعة مبنية على غلبة الظن كالقياس وخبر الواحد ، وغير ذلك من قيم المتلفات وأروش الجنائيات)^٦ .

والغبين إنما يؤثر عند بعض الفقهاء إذا كان فاحشاً أي كثيراً ، وكذلك الغرر والجهالة ، ولذلك اغتفر عن الغبن اليسير ، والغرر اليسير ، والجهالة اليسيرة ، والنجاسة اليسيرة .

والإفلاس في الفقه الإسلامي إنما يحكم به عند جمهور الفقهاء إذا كثرت الديون أو غلبت على أموال المدين فمن كان له مال ولكن عليه ديون استغرقتة فيحجر عليه

(٢) يراجع في موضوع الأصول الكلية. الموافقات (٣٧/١)
(٣) سنن ابن ماجه، كتاب الطهارة (١٧٤/١) ، وفي الزوائد : اسناده ضعيف لضعف رشدين راوي الحديث وقال النووي : اتفق المحدثون على تضعيف هذا الاستثناء. وقال الشافعي : (ما قلت : إن هذا يروى عن النبي صلى الله عليه . وسلم لكن من قول العامة ، ولا أعلم بينهم خلافاً) ، انظر المجموع للنووي (١١٠/١) وتلخيص الحبير (١٥ - ١٤/١) ونصب الراية (٩٤/١ - ٩٥) وسبل السلام (١٨/١) ونيل الأوطار (٥٤/١) .
(٤) أحكام القرآن لابن العربي (١٨٠٤/٤)
(٥) انظر : لسان العرب ، والمصباح المنير ، والتعريفات / مادة : " ظن "
(٦) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٧٨/٢٩)
(٧) الجامع لأحكام القرآن ط . المصرية (٢٣٢/١٦)

عندهم ، وهذه الغلبة تتحقق بزيادة الديون على أمواله ولو كانت بنسبة قليلة جداً ، حيث نصوا على أن ماله إذا قصر عن ديونه بأية نسبة جاز للدائنين أن يطلبوا الحجر عليه^١ .

وأما القواعد الفقهية الواردة بلفظ الكثرة ، أو الأكثر فمقررة لدى فقهاء المذاهب كلها منها ما جاء في المبسوط للسرخسي " ١٩/٩ " (الأكثر ينزل منزلة الكمال ، والأقل تبع للأكثر) وفيه أيضاً " ٢٨/٢٥ " (يقام الأكثر مقام الكل) ، وفي البيان والتحصيل " ٣٠٦/٧ " (الأقل تبع للأكثر شائعاً كان أو غير شائع) ، وفي الحاوي للماوردي " ٣٦٦/٧ " (اليسير يكون تبعاً للكثير ، ولا يكون الكثير تبعاً لليسير) ، وفي قواعد العز " ١٥٧/٢ " (القليل يتبع الكثير في العقود) ، وفي المقنع " ٧٤٠ /٢ " (الأكثر قد أجري مجرى الكل) ، وفي كشف القناع " ٢٨١/١ " (الأكثر ملحق بالكل) ، ولذلك قال ابن العربي في الأحكام " ١٨٠٤/٤ " (والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم) .

وبلفظ الأغلب أيضاً جاءت مجموعة من القواعد منها ما جاء في مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ، اختصار الجصاص " ٤٤٣/١ " (الاعتبار بالأغلب) ، وفي المبسوط " ١٩٦/١٠ " (الحكم للغالب ، لأن المغلوب يصير مستهلكاً في مقابلة الغالب ، والمستهلك في حكم المعدوم) ، وفي التمهيد لابن عبد البر " ١٣٦/٨ " (بالأغلب من الأمور يقضي ، وعليه المدار ، وهو الأصل) ، وفي الحاوي للماوردي " ١٣٥/٥ " (النادر من الجنس يلحق بالغالب منه في الحكم) ، وفي المبدع لابن مفلح " ٥٤/٧ " (العبرة بالغالب) ، وفي زاد المعاد " ٤٢١/٥ " (الأحكام إنما هي للغالب الكثير ، والنادر في حكم المعدوم)^٢ .

ومن المعلوم أن تلك الكثرة والغلبة لم يربطهما الفقه الإسلامي بالزيادة على ٥٠٪ ولو بالنصف أو الواحد ، كما هو العرف في عالم الانتخابات اليوم ولذلك كان الفقهاء يطلقون في مقابل الكثير اليسير ، وفي مقابل الغالب النادر ، وقد أطلق الرسول ﷺ الكثرة على الثلث في حديث سعد حينما أراد أن يوصي بجميع أمواله ، ثم بالنصف ، ثم بالثلث ، فقال ﷺ : (الثلث والثلث كثير)^٣ ، ولذلك كان من رأي ابن عباس أن يصار إلى الربع حيث قال : (لو أن الناس عفاوا من الثلث إلى الربع فإن رسول ﷺ قال : الثلث والثلث كثير)^٤ .

ولذلك اختلف الفقهاء في معيار الكثرة والقلّة اختلافاً كثيراً ، ففي مجال الغبن الكثير المؤثر في لزوم العقد أو صحة العقد نجد اتجاهين : اتجاهاً يختار معياراً تحديدياً

(١) انظر لمزيد من التفاصيل : تكملة فتح القدير (٣٢٤/٧) ، وبدائع الصنائع (٤٤٧٢/٩) ، وبداية المجتهد (٢٨٤/٢) ، والكافي لابن عبد البر (٨٢٣/٢) ، والأم (١٧٦/٣) ، والروضة (١٢٧/٤) ، والغاية القصوى (٥١٤/١) ، والمغني لابن قدامة (٤٥٢/٤)

(٢) ويراجع بحث الأمانة السابق الإشارة إليه (ص ٤) ، وجمهرة القواعد الفقهية (٤٩٦/١ - ٤٩٧)

(٣) الحديث صحيح متفق عليه انظر صحيح البخاري (٣/١ ، ٤٩/٣٢٦) وسنن أبي داود الحديث ٢٨٩٤ وأحمد (١٧٦/١)

(٤) رواه مسلم عنه الحديث رقم (١٠٧٩)

جامداً مثل الثلث ، أو العشر ، واتجاهاً يختار معياراً مرناً وهو عرف التجار بالنسبة للمعاملات المالية^١.

وبالنسبة للأغلب أو الغالب أن بعض الفقهاء وضعوا له معيار العرف بصورة عامة وذلك بأن يكون العرف به جارياً بين الذين تعارفوه في أكثر أحوالهم ، ويكون جريانهم عليه حاصلًا في أكثر الحوادث لا تتخلف وبعضهم وصفوا الغالب بالشايخ وحينئذ جعلوا مقابله النادر الذي لا حكم له^٢.

وبصورة عامة يتجه المذهب المالكي إلى اعتبار ضبط القليل بالثلث وما زاد عليه يكون كثيراً حيث قال أبو عمران الفارسي : (والثلث آخر القليل وأول الكثير)^٣ ، وقال المازري : (الثلث قليل في مواضع من الشرع)^٤ ، وقد حكموا هذا الأصل في مواضع كثيرة منها الغبن اعتبروه كثيراً وفاحشاً إذا تجاوز الثلث^٥ ، ومنها بيع المحلى بالذهب أو الفضة حيث أجازوا بيعه بشروط منها أنها لا تتجاوز الحلية قدر الثلث^٦ ، وكذلك بيع ثمار البستان مع استثناء ثلثه أجازه مالك خلافاً للجمهور قال ابن عبد البر : (أما فقهاء الأمصار ... فكلهم يقول : إنه لا يجوز ... لأنه مجهول ، إلا مالك بن أنس فإنه أجاز ذلك إذا كان ما استثنى منه معلوماً ، وكان الثلث فما دونه في مقداره ومبلغه ، فأما أهل المدينة فعلى ما قال مالك : إنه الأمر المجتمع عندهم ... واحتج أصحابنا لذلك بأن ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن الثنيا^٧ ، فإنما ذلك في استثناء الكثير ... وأما القليل من الكثير فلا ، وجعلوا الثلث فما دونه قليلاً ...)^٨.

وإليه مال ابن قدامة وابن مفلح من الحنابلة حيث ذكرا أن : (الثلث في حد الكثرة وما دونه القلة)^٩.

واتجه بعض المعاصرين إلى أن القليل هو ما دون النصف وأن ما زاد على النصف فهو كثير حيث جاء هذا المعيار ضمن الضوابط الخاصة بصندوق المتاجرة بالأسهم العالمية للبنك الأهلي التجاري السعودي^{١٠} ، وهذا المعيار قد أخذ بالحسبان في الفتوى الصادرة من الهيئة الشرعية للبركة حول الصناديق الاستثمارية والإصدارات^{١١}.

-
- (١) يراجع لتفصيل الآراء وأدلتهم : مبدأ الرضا في العقود (٧٣٦/٢ - ٧٣٨) ومصادره المعتمدة .
 - (٢) د . صالح السدلان : القواعد الفقهية الكبرى (ص ٤٠٠) ، والنجار : العرف وأثره في التشريع (٢٠٥ ، ٤٠٧)
 - (٣) النظائر في الفقه المالكي (ص ٤٨)
 - (٤) شرح التلقين ، تحقيق محمد المختار السلامي (١٤٥/١)
 - (٥) أحكام القرآن لابن العربي (١٨٠٤/٤)
 - (٦) الشرح الصغير ، تحقيق مصطفى كمال وصفي (٦٢/٣)
 - (٧) رواه أحمد في مسنده (٣١٣/٣ ، ٣٥٦ ، ٣٦٤) ، ومسلم في صحيحه كتاب البيوع ، الحديث رقم (١٥٣٦) ، وأبو داود في البيوع ، الحديث رقم (٣٤٠٤) ، والنسائي (٢٩٦/٧)
 - (٨) الاستذكار ط . مؤسسة الرسالة (١٣٥ - ١٣٣/٥)
 - (٩) المغني لابن قدامة ، تحقيق د . عبدالفتاح الحلو ، ود . عبدالله التركي (١٧٩/٦ - ١٨٠) ، والمبدع (٧٦/٥)
 - (١) انظر البحث المعد بهذا الخصوص من المركز الوطني للاستثمارات الادارية للدكتور محمد القري (ص ٧)
 - (٢) بحث أمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي (ص٧) ، وفتاوى الهيئة الشرعية للبركة (ص ١٢) رقم (١/١)

غير أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي اعتمد الغالب دون تحديده بأية نسبة مما تُفهم منه الغلبة المطلقة حيث نصّ القرار رقم ٣٠ (٤/٥) على أنه (إذا صار مال القراض موجودات مختلفة من النقود والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضي عليه على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع ، أما إذا كان الغالب نقوداً ، أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية ...) ، ولكن لم تصدر هذه اللائحة إلى الآن .

وقد رجح الدكتور عبدالستار أبو غدة هذا الرأي ، واعتمد على مبدأ الغلبة المطلقة حيث قال في شرحه لمبدأ مراعاة الغلبة في الأعيان : (المقصود من هذا المبدأ أن يراعى العنصر الغالب في مكونات الأسهم المختلفة أي المركبة من نقود وديون وأعيان ومنافع ، فإذا كان الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع فإنه يسري حكمها على تلك المكونات وهو جواز التداول دون مراعاة التماثل أو التقابض..)^١ .

ومن الجدير بالإشارة إليه أن الحقوق المعنوية بما انها مال كما صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (قرار ٤٣ " ٥/٥ ") لا بدّ أن تحسب ضمن موجودات الشركة ، أو الصندوق وتضم إلى الأعيان والمنافع .

وقد ذكر الفقهاء أنه إذا بنى حكم على أمر غالب فإنه يبنى تماماً ، ولا يؤثر على عمومته واطرادته تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد ، أو بعض الأوقات ، أو بعض الأماكن^٢ . وبناء على ذلك جوز المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء ما في ذمته من غير جنس حقه لغلبة العقوق في الحقوق ، وقالوا ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه لغلبة الإضرار في الأزواج^٣ .

الترجيح :

الذي يظهر لي رجحانه هو التفرقة بين ما إذا كان ضمن موجودات الشركة أو الصندوق ديون ، أو نقود ، أو كلاهما معاً ، وبين أن يكون ضمن أنشطتهما محرمات من الربا ، ونحوه .

ففي الحالة الأخيرة بما أن الأصل هو أن لا يتعامل المسلم إلا في الحلال الطيب ، والكسب المشروع ، وأن إجازة التعامل والتداول في أسهم تلك الشركات التي نشاطها حلال ولكن تتعامل ببعض المحرمات كالربا كانت استثناء وخروجاً من الأصل العام عند جماهير المجيزين وهو استثناء اعتبر لأجل نوع من الحاجيات الماسة وعموم البلوى وغير ذلك مما ذكره المجيزون ، لذلك كله لا بدّ أن لا يعامل هذا الاستثناء معاملة الأصل ، ولا

(٣) بحثه عن مكونات الأسهم المقدم إلى الندوة العشرين للبركة (ص ٩)

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (١٨١) وشرح القواعد الفقهية الكبرى للسدلان (٣٩٧) ود . محمد الزحيلي :

القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ط . جامعة الكويت (٢٦٢)

(٥) الزرقاء : شرح القواعد الفقهية (١٨١)

يتحول إلى القاعدة ، ومن هنا فمعيار القليل فيه يجب أن يضيق عليه بقدر الإمكان بحيث لا يتعدى بأي حال من الأحوال الثلث ، فيكون الثلث كثيراً ، فلا يجوز حينئذ أن تكون الديون والقروض الربوية للشركة ، أو عليها تصل إلى الثلث ، وأن لا تزيد نسبة الفوائد إلى صافي الربح عن ٥٪ مع وجوب التخلص منها لأننا أمام محرم لا خلاف على حرمة ، وإنما الخلاف الكبير في مدى التسامح في قليله للأسباب السابقة وأما بالنسبة للديون والنقود فالذي أراه راجحاً هو معيار الكثرة والغلبة المطلقة ، وذلك لأن الديون أو النقود من حيث هي حلال كما أن التصرف فيها أيضاً من حيث المبدأ مشروع وإن كانت هناك شروط وقيود على التصرف فيها ولذلك فباب التسامح فيها أوسع استثناساً بما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية حينما تحدث عن الغرر وعن الربا ذكر أن الغرر منهي عنه ، لكن تحريم الربا في القرآن والسنة أشد ، ومفسدته أكبر من مفسدة الغرر ، فلذلك رخص في الغرر الذي تدعو إليه الحاجة ، والغرر اليسير ، كما أجاز الغرر التابع ، كما أن مالكاً وأحمد على الرغم من أنهما أكثر الفقهاء توسعاً في أبواب التابع للمعاملات المالية شديداً في الربا حق التشديد ومنع الاحتيال عليه بكل طريق ، في حين تسامحا في بعض أنواع الغرر في البيوع مما تمس الحاجة إليه^١ . ثم قال : (وإذا كانت مفسدة بيع الغرر هي كونه مظنة العداوة والبغضاء وأكل الأموال بالباطل فمعلوم أن هذه المفسدة إذا عارضتها المظنة الراجعة قدمت عليها ، ثم قال : (والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيع المحرم فكيف إذا كانت المفسدة منتفية)^٢ .

فهذه المقدمات ممهدة لما رجحته من التسامح في كون نسبة النقود ، أو الديون ، أو كليهما معاً كبيرة تصل إلى أكثر من ٥٠٪ وذلك لحاجة الناس إليهما ، وصعوبة تداول الأسهم والوحدات الاستثمارية إذا اشترط كونهما أقل من ٥٠٪ ، حيث رأينا أن معظم البنوك الإسلامية والشركات الاستثمارية تصل نسبة الديون الناتجة عن العقود الآجلة مع النقود إلى ٩٧٪ ، بل إننا لو شددنا في هذه المسألة لأدى إلى حرج شديد في التعامل مع أسهم البنوك الإسلامية والصناديق الاستثمارية ، ولا تخفى الحاجة الماسة إليها ، ناهيك عن المقاصد المعتمدة في تطويرها ، لأنها تؤدي إلى تطبيق الإسلام في جانبه الاقتصادي الذي يعتبر من أهم جوانبه.

هذا إذا كانت النقود ، أو الديون مقصودة مع الأعيان ، أما إذا كانت تبعاً ، أو غير مقصود بذاتها فإننا نرى . كما سيأتي . الاعتماد على ما هو المقصود أصالة دون النظر إلى قاعدة الكثرة ، والغلبة .

الخلاصة :

(١) مجموع الفتاوى (٢٩ / ٢٣ - ٢٧ ، ٣٦)
(٢) المصدر السابق (٢٩ / ٤٨ - ٤٩)

أولاً : لا شك أن قاعدتي الكثرة والغلبة معتبرة في الفقه الإسلامي ، ولهما تطبيقات كثيرة كما ذكرنا ولكنهما لا تحلان هذه المشكلة حلاً جذرياً .

ثانياً : أن السهم لا يمثل فقط الأصول ، أو موجودات الشركة المادية ، بل هي تشمل ما يأتي :

(أ) الموجودات المتداولة ، والموجودات الثابتة اللتين تظهر في الميزانية السنوية فقط مع المطلوبات.

(ب) العقود والامتيازات ، والاتفاقيات التي تلعب دوراً كبيراً في القيمة السوقية للسهم ، وفي إقبال الناس على الشركة ، مع أنها لا تدخل في القيمة الدفترية .

(ج) الإدارة الناجحة التي تعد من أهم عناصر الإنتاج في الاقتصاد المعاصر ، وهي ليست أعمال الموظفين ، وإنما هي القدرة على السبق ، والتخطيط ، والإبداع ، والتسويق الجيد ، والتحصيل الممتاز ، وتكوين قاعدة عريضة من عملاء الشركة والمتعاملين معها ، وبالتالي الوصول إلى سمعة ممتازة بالشركة ، وأما العمل ، أو أعمال الموظفين فهو الجانب التنفيذي الذي له دور آخر أيضاً في إنجاز الخطط والبرامج للشركة ، والإدارة والتنفيذ الجيد هما السبب في اختلاف ربحية شركة مع أخرى تتوافر لكلتيهما نفس العناصر الأساسية ، مع أن إحداها مربحاً أكثر ، وقيمة أسهمها السوقية أكبر.

(د) الحقوق المعنوية ، بما فيها حق الرخصة ، وبراءة الاختراع وحقوق الملكية والشهرة ، وكل ذلك لها دور عظيم في استعظام قيمة الأسهم السوقية .

فشركة مايكروسوفت التي تعتبر أثمان شركة في العالم (٤٠٠ بليون دولار) تعود قيمتها الأساسية إلى برامج الكمبيوتر التي لا يكلف تطويرها سوى مبالغ زهيدة قياساً للربح الذي تحققه .

وكذلك شركة بيبسي كولا - مثلاً - يدر اسمها وأسماء منتجاتها لها دخلاً على مستوى العالم^١ . ولذلك لا بد أن تدخل كل هذه المكونات في موجودات السهم عندما تنظر إلى ديونها ونقودها .

الحل الثاني : اعتبار قاعدة الأصالة والتبعية :

معنى الأصالة والتبعية :

الأصالة لغة : مصدر أصل بضم الصاد ، وأصل الشيء هو أساسه الذي يقوم عليه الشيء ، ومنشؤه الذي ينبت منه ، وجمعه أصول ، وأصول الفقه هي القواعد التي تبنى

(١) ورقة باسل النقيب في ندوة الأولى للاستثمار بالكويت ص ٥

عليها الأحكام ، ويقال : أصل الشيء - بفتح الصاد المشددة - أي جعل له أصلاً ثابتاً يبني عليه^١.

والفهاء يطلقون الأصل على عدة معان منها قولهم : إن الكفالة تشغل ذمة الأصيل والكفيل ، وأن الحوالة توجب براءة الأصيل عند جمهورهم^٢ ، ومنها الأصل كذا ؛ أي القاعدة العامة .

والتبعية نسبة إلى التبع ، من تبع الشيء تبعاً ، وتبوعاً ، أي سار في أثره أو تلاه ، أو اقتدى به^٣.

وفي الاصطلاح الفقهي يقصد بالأصالة والتبعية هو أن الأصالة يعنى بها : كون الشيء أساساً ومقصوداً بذاته وغير مرتبط بغيره ، وأن التبعية هي : كون الشيء مرتبطاً بغيره بحيث يدخل فيه ، أو لا ينفك عنه .

والخلاصة أنه يقصد بالأصالة هنا ما كان الشيء بذاته هو المقصود الأساس في العقد ، أو على الأقل يكون مقصوداً ، أي أن نية العاقدين كانت متجهة عليه أصالة ، فمثلاً الذي يشتري المنزل يكون قصده الأساس ما هو المعد للسكن دون ملحقاته من الأشجار ونحوها .

وأما التبعية فالمقصود بها هنا ما يدخل في الشيء تبعاً مثل الحمل بالنسبة لشراء الحيوان الحامل ، فالتبعية هي كون الشيء مرتبطاً بغيره إما ارتباطاً يتعذر انفراده مثل الحمل مع الحامل ، ولذلك تحصل ذكاة الجنين بذكاة أمه عند الجمهور أو يمكن انفصاله ولكن له ارتباط به عن متبوعه مثل مرافق المنزل ونحوها^٤.

وقد انبثقت عدة قواعد فقهية منها :

(أ) التابع تابع ، والتابع لا يفرد بالحكم ، وهي القاعدة التي ذكرتها مجلة الأحكام العدلية في مادتها ٤٨ والمقصود بذلك أن التابع المرتبط بمتبوعه لا يفرد بالحكم مثل الحمل فلا يجوز بيعه منفرداً ، ومما يذكر مع هذه القاعدة : (التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً) مثل زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض تكون تبعاً للمبيع ، ولا يقابلها شيء من الثمن ، ولكن لو اتلفها البائع

(١) يراجع : القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمعجم الوسيط ، مادة (أصل) .

(٢) يراجع : المبسوط (١٦٠/١٩) وجواهر الإكليل (١٨٠/٢) ومغني المحتاج (١٩٥/٢) والمغني (٥٢١/٤)

(٣) يراجع المصادر السابقة مادة (تبع)

(٤) يراجع معنى الأصالة والتبعية ، لغوياً في لسان العرب ، والقاموس المحيط / مادتي " أصل " و " تبع " ، ويراجع حاشية ابن عابدين (١٤/٣ ، ١٩٣/٥) ، والشرح الكبير مع الدرر المنثور (١١٤/٢) ، وحاشية البجيرمي على المغني (٢٥٥/٤) ، وكشاف القناع (٢١٩/٦) ، والموسوعة الفقهية الكويتية (٩٣/١٠) ، وشرح الحموي على الأشباه لابن نعيم (٢٣٤/١) .

سقطت حصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم الاستهلاك^١.

(ب) من ملك شيئاً ملك توابعه مثل ملحقات الدار والحمل .

(ج) التابع يسقط بسقوط المتبوع مثل إذا سقطت صلاة الفرض بالجنون سقطت سننها الراتب^٢. وإذا برئ الأصل برأ الكفيل .

(د) يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في المتبوع ، ومن فروعها : أن النسب لا تثبت ابتداءً بشهادة النساء أما لو شهدن بالولادة على الفراش فقد ثبت النسب تبعاً حتى ولو كانت الشاهدة القابلة وحدها^٣.

ومنها جواز رمي المسلمين الذين تترس بهم الكفار تبعاً ، ولا يجوز أصالة^٤ ، ومنها أن بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها جائز مع أصلها ، ولكن لا يجوز بيعها دونه ، لما في ذلك من الغرر ، قال ابن قدامه : (لأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها)^٥ .

الأدلة على اعتبار هذا الأصل :

يدل على اعتبار هذه القاعدة استقرار فروع الفقه الإسلامي وجزئياته ومسائله التي اعتبرت في عدد غير يسير منها رعاية الأصالة والتبعية .

ويدل على ذلك أيضاً الحديث الصحيح المتفق عليه الذي رواه الشيخان بسندهما عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع)^٦ ، فالحديث يدل بوضوح على جواز بيع ثمرة النخل مطلقاً (بدا صلاحها أم لا) إذا كانت تبعاً للنخل في حين أنه لا يجوز بيعها منفردة إلا بعد بدو صلاحها كما يدل على أنه لا ينظر عند بيع العبد الذي معه مال إلى نوعية ماله نقداً ، أو عرضاً ، أو ديناً ، أو ربوياً أو غيره ، فقد ذكر الحافظ ابن حجر أن إطلاق الحديث يدل على جواز بيعه ولو كان المال الذي معه ربوياً ، لأن العقد وقع على العبد خاصة ، والمال الذي معه تبع له لا مدخل له في العقد^٧ .

(١) الزرقاء (٢٨٥) ، ويراجع المنثور للزرکشي (٢٣٤/١)

(٢) المنثور للزرکشي (٢٣٥/١) ، والأشباه للسيوطي (١١٨) ، والحموي على ابن نعيم (١٥٥/١)

(٣) حاشية ابن عابدين (٦٢٦/٢) ، الشرح الكبير مع الدسوقي (١٨٨/٤) ، والأشباه للسيوطي (١٢٠) ، وكشاف القضاء (٤٣٦/٦)

(٤) د . محمد الزحيلي (٤٠٠) ، ومصادره .

(٥) المغني ، تحقيق د . الحلو (١٥٠ / ٦)

(٦) صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب المساقاة (٤٩/٥) ومسلم ، كتاب البيوع (١١٧٣/٣)

(٧) فتح الباري (٥١/٥)

وهذا رأي مالك حيث قال : (الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً ، أو عرضاً يُعلم أو لا يُعلم وإن كان للعبد المال من أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً)^١.

وكلام مالك هذا يدل على عدم اشتراط كون المال التابع أقل من ثمنه ، وفي هذا دلالة على عدم النظرة إلى الكثرة والقلّة عند كون الشيء تابعاً .

قال ابن القاسم ، عن مالك يجوز أن يشتري العبد وماله بدراهم إلى أجل وإن كان ماله دراهم ، أو دنانير ، أو غير ذلك من العروض^٢ . وفي هذا دلالة على عدم اشتراط أحكام الصرف ما دامت دراهمه ودنانيره وذهبه وفضته تبعاً للعبد حتى ولو كان ثمنه من نفس الجنس .

(أ) فعلى ضوء رأي مالك أنه لا يشترط لصحة ذلك البيع أن يكون القصد متجهاً نحو العبد فقط ، وإنما الحكم هو أنه إذا اشترى العبد ومعه مال أي مال بأي ثمن كان فإن العقد صحيح وأن ماله للمشتري إن اشترط وإلاّ فلسيده ، قال ابن عبد البر : (ويجوز عند مالك شراء العبد وإن كان ماله دراهم بدراهم إلى أجل وكذلك لو كان ماله ذهباً أو ديناً)^٣ .

وهذا قول الشافعي في القديم ، وأبي ثور وأهل الظاهر^٤ ، وقال الشاطبي : (فالحاصل أن التبعية للأصل ثابتة على الإطلاق)^٥ . وقد ذكر النووي أنه لو باع داراً بذهب ، فظهر فيها معدن ذهب ...صح البيع على الأصح ، لأنه تابع)^٦ .

(ب) وذهب عثمان البتي إلى رعاية القصد حيث قال : (إذا باع عبداً وله مال ألف درهم بألف درهم جاز إذا كانت الرغبة في العبد لا في الدرهم)^٧ .

وهذا هو المنصوص عن أحمد حيث ذكر الخرقى أن البيع صحيح وإن كان مع العبد مال أي مال بشرط أن يكون قصده للعبد ، لا للمال ، وهذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي - أي في القديم - وأبي ثور وعثمان البني ، فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به سواء كان ديناً أو عيناً وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر^٨ .

(١) الاستذكار لابن عبد البر (٢٢/١٩) .

(٢) المصدر السابق (٣٤/١٩)

(٣) الكافي لابن عبد البر (٣٣٦)

(٤) طرح التثريب في شرح التقريب للحافظ العراقي (١٢٣/٦)

(٥) الموافقات (١٦٣/٣ ، ١٧٤)

(٦) روضة الطالبين (٣٨٦/٣)

(٧) الاستذكار (٣٦/١٩)

(٨) المغني (٢٥٧/٦ - ٢٥٨)

(ج) وذهب إلى عدم صحة ذلك مطلقاً الحنفية ، والشافعي في الجديد ، لما فيه من الربا^١ ولحديث فضالة بن عبيد الأنصاري الذي اشترى قلادة فيها ذهب وخرز بذهب فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فأمر بنزع الذهب فقال : (الذهب بالذهب وزناً)^٢.

ولكن الحديث واضح في دلالة على أن شراء الذهب كان مقصوداً أصالة لفضالة فيختلف عن موضوع العبد ، ولا تعارض بينهما ، فمسألة مال العبد داخلة في التبعية التي لا جدال فيها .

ومما يتعلق بهذا الموضوع ما يسميه الفقهاء بمسألة " مد عجوة " وهي أن يبيع مالاً ربوياً . كالدراهم والدنانير . بجنسه ومعهما أو مع أحدهما ما ليس من جنسه ، مثل أن يكون غرضهما بيع دراهم بدراهم فيبيع كيلو من التمر مع عشرة دراهم بخمسة عشر درهماً مثلاً ، فهذا غير جائز وغير صحيح عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وأجازه الحنفية^٣.

ولكن شيخ الإسلام طبق على هذه المسألة أيضاً مسألة التبعية والأصالة ، ومسألة الحيل ، فقال : (وأما إن كان كلاهما مقصوداً كمد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم ، أو مدين ، أو درهمين ففيه روايتان عن أحمد ، والمنع قول مالك والشافعي ، والجواز قول أبي حنيفة وهي مسألة اجتهاد)^٤.

وقد فرق المالكية بين مسألة " مد عجوة " التي حرموها وبين بيع العبد الذي له مال من النقود والديون بالنقود ، مع أنهم أجازوه . كما سبق . بأن موضوع العبد داخل في باب التبعية ، لأن العبد هو المقصود بالبيع وليس ماله إضافة إلى أن الحديث الوارد فيه واضح الدلالة على الجواز مطلقاً ، وليس هناك دليل يقيد في نظرهم فيبقى على إطلاقه ، كما أن ذلك يحقق مصالح معتبره ، حيث قال الإمام أبو بكر بن العربي : (إن ما جاء في مال المملوك ينبنى على القاعدة العاشرة وهي المقاصد ، والمصالح التي تقتضي جوازه ، لأن المقصود ذاته ، لا ماله ، والمال وقع تبعاً)^٥.

الفرق بين قاعدة الغلبة والكثرة ، وقاعدة الندرة والغلبة وبين قاعدة التبعية :

ذكرنا في السابق الفرق بين الغلبة والكثرة ، والندرة ، حيث يتبين من ذلك أن الكثرة العددية معتبرة ، كما أن الغلبة الكيفية من حيث القوة أيضاً معتبرة ، إذن يمكن اعتبارهما قاعدتين معتبرتين بدل قاعدة واحدة ، يقول القرآني : (اعلم أن الأصل

(١) حاشية ابن عابدين (٢٣٩/٤) ، الغاية القصوى تحقيق د.علي القره داغي ط . دار الاصلاح (٤٦٧/١) ، وشرح

النووي لصحيح مسلم (١٩٢/١٠)

(٢) الحديث رواه مسلم في صحيحه (١٢١٣/٣) ، وأبو داود في سننه . مع عون المعبود . (٢٠٠/٩) والنسائي (٢٤٤/٧)

والترمذي . مع تحفة الاحوذى . (٤٦٥/٤)

(٣) الغاية القصوى (٤٦٧/١) ، ومجموع الفتوى (٢٩ / ٢٧)

(٤) مجموع الفتاوى (٢٨/٢٩)

(٥) القبس (٨٠٥/٢)

اعتبار الغالب وتقديمه على النادر ، وهو شأن الشريعة^١ ويقول ابن العربي : (والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم)^٢ .

وأما الفرق بين ما ذكر وبين قاعدة التبعية فهو أن التبعية أعم ، أي أن ما بينهما علاقة العموم والخصوص المطلق ، فقاعدة التبعية أعم من قاعدة القلة والكثرة ، والندرة والغلبة ، فالقليل تابع للكثير ، والنادر تابع للغالب كقاعدة عامة ، ولكن ليس كل تابع داخلاً في القليل ، أو النادر ، إذ أن التابع قد يتحقق بغير ذلك كما سيأتي .

الضابط الشرعي للتبعية الموجبة للترخيص :

بما أن التبعية أنواع فنتحاج إلى ذكر هذه الأنواع وضوابط كل نوع منها ومعياره ، فمنها :

(١) تبعية القليل للكثير ، فيكون ضابطها أن يكون التابع أقل عدداً من الكثير ، - كما سبق في قاعدة القلة والكثرة . .

(٢) تبعية النادر للغالب فيكون الضابط هو ندرة التابع وغلبة المتبوع . كما أشرنا إليها سابقاً . .

(٣) تبعية الجزء المتصل بالأصل المتبوع ومعيارها الاتصال الاندماجي وذلك مثل زكاة الجنين فإنها تحصل بزكاة أمه تبعاً لها عند جمهور الفقهاء (ما عدا الإمام أبا حنيفة)^٣ للحديث الصحيح المشهور : (زكاة الجنين زكاة أمه) رواه أبو داود بإسناد جيد ، والدارقطني والترمذي ، وابن ماجه ، وأحمد ، والدارمي ، والحاكم وقال (صحيح على شرط مسلم) ووافقه الذهبي ، ورواه آخرون بألفاظ مختلفة^٤ .
ومن أمثلة ذلك الحمل حيث يتبع أمه عند بيع الأم بلا خلاف^٥ .

(٤) تبعية الفرع للأصل حيث يتبع الطفل أباه في الإسلام وإن كانت أمه كافرة بالاتفاق^٦ .

(٥) تبعية بالقصد ، وضابطها ومعيارها هو القصد ، فالمقصود أصلاً وأساساً وأولاً هو المتبوع ، والذي لم يقصد أساساً ، أو كان قصده قد جاء ثانوياً فهو التابع كما هو الحال بالنسبة لبيع العبد ومعه مال من ذهب وفضة ، حيث إن القصد العام الأساسي

(١) الفروق للقرا في ط. دار المعرفة م بيروت (١٠٤/٤)

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١٨٠٤/٤)

(٣) حاشية ابن عابدين (١٩٣/١٤، ٥/٣) وجواهر الاكليل (٢١٦/١) وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١١٤/٢) وحاشية البجيرمي على الخطيب (٢٥٥/٤) وكشاف القناع (٢٠٩/٦).

(٤) يراجع : سنن أبي داود الحديث رقم ٢٨٢٨ ، والدارمي (٨٤/٢) والدارقطني ص ٥٤٠ ، والحاكم (١١٤/٤) والبيهقي (٣٣٤/٩) والترمذي (٢٧٩/١) وابن ماجه الحديث رقم ٣١٩٩ ، ومسند أحمد (٣١، ٥٣/٣) ويراجع إرواء الغليل (١٧٢/٨ - ١٧٣)

(٥) حاشية الحموي على ابن النجيم (١٥٤/١) وشرح الخرشي (٧١/٥) والدسوقي (٧٥/٣) والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧ والمنثور (٢٣٤/١) وكشاف القناع (١٦٦/٣) .

(٦) حاشية ابن عابدين (٣٤٨/٤) والدسوقي (٣٠٨/٤) ومغني المحتاج (٢٠٦/٤) والمغني (١٣٨/٨)

هو بيع العبد وشراؤه، وليس مقصود المشتري أو البائع هو شراء أموال العبد بدرجة أولى .

(٦) تبعية الشيء بسبب الشمولية العرفية ، ومعيارها العرف الجاري ، وهذه التبعية قد تناولها الفقهاء بالتفصيل عند حديثهم عن المبيع ، أو العين المؤجرة ، حيث يشمل البيع أصل المبيع وتوابعه ، حيث درج الفقهاء على أفراد فصل بعنوان : "بيع الأصول" ، يذكرون فيه ما يتبع هذه الأصول وهي : (الأرض ، والدور ، والبساتين.....) وما يتبعها ، فعند الحنفية يدخل في المبيع ما يلي :

(أ) ما يتناوله مدلول اسم المبيع بحيث يعتبر جزءاً من أجزائه ، فبيع الدار مثلاً يدخل فيه غرفها.

(ب) ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع بالنظر إلى الغرض من العقد عليه ، فبيع القفل يدخل معه المفتاح.

(ج) ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار ، بأن كان موضوعاً على وجه الدوام كبيع الدار تدخل فيه الأبواب والأحواض .

(د) ما جرى العرف ببيعه مع المبيع تابعاً له كالخطام بالنسبة للبعير .

والأصل في دخول هذه الأمور أو عدم دخولها في المبيع هو العرف وهو يختلف باختلاف البلاد ، ففي عرف مصر يدخل السلم المنفصل عن الدار فيها ، كما يدخل في عرف دمشق شرب الدار . بكسر الشين نصيب الماء . في حين أن القياس أن لا يدخل لعدم اتصاله^١ .

ويقول القرافي في الفرق بين قاعدة ما يتبع العقد عرفاً ، وقاعدة ما لا يتبعه : (..وبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر ..كما تندرج الحجارة المخلوفة فيها دون المدفونة إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها ، وقال الشافعي رضي الله عنه : لا يندرج في الأرض البناء الكثير ، ولا الغرس ، وعندنا يندرج في لفظ الدار الخشب المسمر ، والسلم المستقل ، ويندرج المعدن في لفظ الأرض دون الكنز ، لأن المعدن من الأجزاء..، وقال ابن حنبل : يندرج في الأرض البناء والغرس ، وفي لفظ الدار الأبواب والخوابي المدفونة ، والرفوف المسمرة وما من مصالحها دون الحجر المدفون ، لأنه كالوديعة...) ثم سرد كثيراً من هذه الأمثلة فقال : (وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد ، غير مسألة الثمار المؤبرة بسبب أن مدركها النص والقياس ، وما عداها مدركه العرف والعادة ، فإذا تغيرت العادة أو بطلت ، بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتاوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك....)^٢ .

(١) نشر العرف (١٣٦/٢)

(٢) الفروق للقرافي (٢٨٨/٣ ، ٢٨٣) ويراجع : المجموع للنووي (٢٦٨/١١) وكشاف القناع (٢٧٥/٣)

ومعنى تبعية هذه الأشياء للأصل المبيع أنها تدخل فيه بالثمن نفسه دون التصريح بها إلا إذا استثنى ما جاز استثنائه ، لأن بعض التوابع لا يجوز استثنائها لنهي الرسول ﷺ عن الثبأ إلا أن تُعلم^١.

أحكام التبعية :

ذكر الفقهاء للتبعية عدة أحكام ذكرها علماء القواعد على شكل قواعد منبثقة منها ، من أهمها:

١. من ملك الأصل ملك توابعه :

أي أن من ملك الأصول (مثل الدار ، و الأرض ، والبستان و...و...) بالبيع ، أو نحوه ملك توابعها فمن ملك الدار ملك ملحقات الدار وهكذا . كما سبق . .

٢. التابع لا يفرد بالحكم عن متبوعه^٢ :

والمراد بهذه القاعدة أن التابع الذي لا يستقل بنفسه بل يكون وجوده تبعاً لوجود متبوعه (أي يكون جزءاً أو كالجزء) لا يصلح أن يفرد بالحكم أي لا يصلح أن يكون محلاً مستقلاً في العقد لتعلق الحكم به كالجنين في بطن الحيوان ، حيث لا يصح أن يباع وحده ، ومع ذلك يجوز إقراره بالوصية والعقود دون أمه بشرط أن يولد حياً لستة أشهر^٣.

وعلى ضوء هذا الشرح أن هذا الحكم ليس عاماً لكل التوابع ، وإنما هو للتابع المتصل الذي هو جزء من الأصل ، أو كالجزء .

٣. التابع يسقط بسقوط المتبوع :

ذكر الزركشي أمثلة لذلك فقال : كمن فاتته صلاة في أيام الجنون لا يستحب له قضاء روايتها ، لأن الفرض سقط ، وكذلك من فاتته الحج يتحلل بالطواف والسعي ، ولا يتحلل بالرمي والمبيت ، لأنهما من توابع الوقوف ، وقد سقط فيسقط التابع^٤ ومنها ما نص الإمام الشافعي على أن الفارس إذا مات في أثناء الحرب سقط سهمه ، ولو مات الفرس استحق سهم الفرس ، والفرق أن الفارس متبوع ، فإذا فات الأصل والفارس تابع فإذا مات جاز أن يقع سهمه للمتبوع^٥.

(١) رواه مسلم في صحيحه كتاب البيوع (١١٧٥/٣) وأحمد (٢١٢/٣، ٢٥٦، ٢٦٤) وترجم البخاري باب ما يجوز من الاشتراط والثبأ في الإقرار ، وروى بعد ذلك بعض الآثار ، وحديث : (إن لله تسعة وتسعين اسماً ، مائة إلا واحدة...) فتح الباري (٣٥٤/٥) ويراجع لمزيد من التفصيل في الجانب الفقهي : حاشية ابن عابدين (٤٠/٤ - ٤١) والهداية (٢٥/٣) وجواهر الاكليل (٧/٢) ونهاية المحتاج (٤٤٥/٣) والمغني (١١٣/٤) وشرح منتهى الإرادات (١٤٨/٢)

(٢) يراجع : المنثور في القواعد للزركشي ط. أوقاف الكويت (٢٣٤/١)

(٣) حاشية ابن عابدين (٤١٨/٥) والدسوقي (٣٧٥/٤ - ٣٧٦) وشرح المحلى مع قليوبي وعميرة (١٥٧/٣ - ١٥٨)

(٤) وكشاف القناع (٣٥٦/٤)

(٥) المنثور في القواعد (٢٣٥/١)

(٥) المصدر السابق (٢٣٦/١)

وهذا الحكم خاص بما إذا كان التابع غير مقصود ، أما إذا كان مقصوداً أيضاً بذاته فلا يسقط بسقوط المتبوع كغسل العضد يشرع مع قطع اليد من فوق المرفق ، لأن تطويل الغرة مقصود بنفسه ، ولهذا لو بدأ به قبل غسل المرفق والساعد جاز ، غير أن الزركشي أشار إلى عدم دخوله في التبعية فقال : (لكن يمكن أن يقال : أن الاستحباب في العضد لم يكن على سبيل التبعية فإن الحكم متغاير ، وهو استحباب العضد ، ووجوب الغسل في الساعد)^١ .

ومن أمثلة الاستثناء من القاعدة ، أو من التابع المقصود أنه إذا بطل أمان رجال لم يبطل أمان نسائهم وصبيانهم ، ومنها الأخرس العاجز عن التلفظ بالتكبير ، فإنه يلزمه تحريك لسانه عند الحنفية والشافعية ، والقاضي من الحنابلة^٢ .

وعبر السيوطي وابن نجيم عن هذا الحكم من خلال قاعدة أخرى وهي : (الفرع يسقط إذا سقط الأصل) وجاء في شرح المجلة : ان هذه القاعدة مطردة في المحسوسات والمعقولات ، كالشجرة إذا ذوت ذوى ثمرها ، وكالإيمان بالله تعالى أصل ، وجميع الأعمال فروعها ، فإذا سقط الإيمان - والعياذ بالله تعالى - حبطت الأعمال ، لأن اعتبارها مبنى عليه ، ومن فروعها قولهم : إذا برئ الأصل برئ الضامن ، لأنه فرعه ، بخلاف العكس^٣ .

٤ . يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها :

عبر الإمام السيوطي عن هذه القاعدة بعدة عبارات توضح مدلولها بشكل أكبر ، وهي : (يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً) ، و(يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل) ، و(أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها) ثم قال السيوطي : (والعبارة الأولى أحسن وأعم).

ومن فروعها أن النسب لا يثبت بشهادة النساء ابتداءً ، ولكن لو شهدت بالولادة على الفراش ثبت النسب تبعاً حتى لو كانت الشاهدة في الولادة القابلة وحدها ، ومنها أن الوقف على نفسه لا يصح ، ولكن لو وقف على الفقراء ، ثم صار منهم استحق تبعاً^٤ .

ومما يستثنى من هذا الحكم أو هذه القاعدة أن الفاسق يجوز تقليده القضاء إذا ظن صدقه عند الحنفية ، لكن إذا قلد عدل ، ففسق في أثناء قضائه استحق العزل عندهم أيضاً^٥ .

(١) المنثور (٢٣٥/١)

(٢) الحموي على ابن نجيم (١٥٥/١) وروضة الطالبين (٢٩٩/١) والإنصاف (٤٣/٢)

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٩ والأشباه لابن نجيم مع الحموي (١٥٥/١) وشرح المجلة للأتاسي (١١٥/١)

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ط. دار الكتاب العربي ص ٢٣٢ - ٢٣٣ ، والحموي على ابن نجيم (١٥٦/١) وشرح مجلة الأحكام (١٣/١) وحاشية ابن عابدين (٦٢٦/٢) والدسوقي (١٨٨/٤) وكشاف القناع (٤٣٦/٦) .

(٥) فتح القدير (٤٥٤/٥) وشرح مجلة الأحكام (١٣٤/١)

٥. التابع لا يتقدم على المتبوع :

ومن أمثلة ذلك أنه لا يجوز تقدم المأموم على الإمام في الموقف ولا في تكبيرة الإحرام، والسلام^١ ويدل على ذلك الحديث الصحيح الذي رواه البخاري بسنده مرفوعاً (إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فإذا كبر فكبروا...) ^٢ ، وأنه لا يصح أن يتقدم الرهن قبل ثبوت الدين أو البيع ^٣ .

٦. التابع لا يكون له تابع :

ذكره الفقهاء بصيغة الجزم ، ولكن الزركشي ذكره بصيغة التردد فقال : (التابع هل يكون له تابع؟)

ومن فروع هذا الحكم أو القاعدة أنه لو قطع شخص الأصابع وحدها وجبت الدية ، فإن قطع اليد من الكوع لم يلزمه أكثر من الدية ، ويجعل الكف تبعاً للأصابع ، وإن قطع زيادة على ذلك لم يجعل تبعاً ، بل تلزمه للزيادة حكومة على قدرها ، لأن التابع لا يكون له تابع ^٤ .

ومنها هل يسن تكبير العيد خلف النوافل؟ والأصح : لا يسن ، لأن النفل تابع للفرائض ، والتابع لا يكون له تابع ^٥ .

ومما خرج عن هذه القاعدة توكيل الوكيل غيره دون الرجوع إلى موكله ، حيث ذكر الحنفية أن للوكيل أن يوكل في حقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه إليه (وهو باب المعاملات المالية) لأنه أصيل فيها فله أن يوكل فيها بلا إذن موكله ، وفرق المالكية بين الوكيل المفوض وغير المفوض ، حيث إن للوكيل المفوض أن يوكل على الأظهر ، وأما غير المفوض فليس له أن يوكل بلا إذن إلا في حالتين هما : أن لا يليق الفعل به ، أو أن يكون كثيراً يتعذر عليه القيام به وحده ، وقريب من هذا مذهب الشافعية ^٦ .

٧. العبرة بنية المتبوع لا التابع :

في حالة التبعية تكون العبرة بنية المتبوع حيث تكون نية التابع ملحقة به ، ففي حالة سفر الزوج والزوجة معاً ، والجندي التابع لأميره ، فإن المعتبر في السفر الذي يبيح لها القصر والفطر نية المتبوع دون التابع ، لأن نية المتبوع تتسحب على التابع فيعطى حكمه فتتبع المرأة زوجها ، والجندي أميره ، هذا عند الحنفية والحنابلة ، والشافعية وافقوهم في مسألة المرأة ، وخالفوهم في تبعية الجندي لأميره ^٧ .

(١) المنثور في القواعد (٢٣٦/١) ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٢١ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢ - ٢٢

(٢) صحيح البخاري - مع الفتح - (٥٨٤/٢)

(٣) المنثور في القواعد (٢٣٧/١)

(٤) المصدر السابق

(٥) المنثور في القواعد (٢٣٧/١ - ٢٣٨)

(٦) يراجع : حاشية ابن عابدين (٣٧١/٥) وجواهر الاكلیل (٢٧٠/٢) وروضة الطالبين (٢٨٢/٩) وكشاف القناع

(٤٦/٦) والموسوعة الفقهية مصطلح "الوكالة" وج ٩٩/١٠

(٧) حاشية ابن عابدين (٥٣٣/١ - ٥٣٤) وروضة الطالبين (٣٨٦/١) وكشاف القناع (٥٠٥/١)

وهذه القاعدة تدل أيضاً على أن التبعية تجري في النيات أيضاً كما جرت في غيرها ، يقول الكاساني: (والمعتبر في النية هو نية الأصل دون التابع ، حتى يصير العبد مسافراً بنية مولاه ، والزوجة بنية الزوج ، وكل من لزمه طاعة غيره كالسلطان وأمير الجيش ، لأن حكم التبعية حكم الأصل)^١ .

٨. التابع لا حصة له من الثمن :

والمراد بهذا أن التابع الذي يدخل في المبيع ولا يفرد بالبيع لا تخصص له حصة من الثمن ، وقد وضع الإمام محمد الشيباني أصلاً لهذا الموضوع فذكر أن : كل شيء إذا بعته وحده لا يجوز بيعه ، وإذا بعته مع أصله جاز ، فإذا استحق ذلك الشيء قبل القبض كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ، وكل شيء إذا بعته وحده جاز بيعه ، فإذا بعته مع غيره فاستحق ، كان له حصة من الثمن.

ثم إن محل دخول التابع في البيع ما لم يذكر ، فإن ذكر كان مبيعاً قصداً ، حتى لو فات قبل القبض بأفة سماوية تسقط حصته من الثمن^٢ .

٩. التابع مضمون بالاعتداء :

فإذا اعتدى على التابع وحده ، أو مع الأصل فإن ضمان الأصل لا يغني عن ضمان التابع ، فلو اعتدى على امرأة حامل فأسقطت جنينها ميتاً ففيه الغرة بالإجماع^٣ ، أما لو ماتت الأم أيضاً ففيه الغرة مع دية الأم عند الشافعية والحنابلة^٤ .

ومن أمثلة ذلك منافع المغصوب وغلته ، فإنها مضمونة أيضاً على الغاصب تبعاً للمغصوب عند جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية^٥ .

وأخيراً فإن بعض الفقهاء جمعوا هذه الأحكام أو هذه القواعد في قاعدة واحدة ، وهي (التابع تابع) على أساس أن هذه القاعدة تشمل كل هذه الأحكام التسعة^٦ ، قال السيوطي : (يدخل في هذه العبارة قواعد : الأولى : أنه لا يفرد بالحكم ، لأنه إنما جعل تبعاً ... ، الثانية : التابع يسقط بسقوط المتبوع ... الثالثة : التابع لا يتقدم على المتبوع ... الرابعة : يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها ..)^٧ .

(١) بدائع الصنائع (٢٩٠/١)

(٢) شرح المجلة للأناسي (١٥١/٢ - ١٥٣) والموسوعة الفقهية (١٠٠/١٠)

(٣) ابن عابدين (٣٧٧/٥) والدسوقي (٢٦٩/٤) وأسنى المطالب (٨٩/٤) والمغني (٧٩٩/٧)

(٤) مغني المحتاج (١٠٣/٤) والمغني (٨٠٤/٧ - ٨٠٦)

(٥) حاشية ابن عابدين (١٢٠/٥) وجواهر الاكليل (١٥٠/٢ - ١٥١) وروضة الطالبين (١٣/٥ - ١٥) وكشاف القناع (١١١/٤)

(٦) وهي القاعدة التي خصصت لها المجلة مادتها السابعة والأربعين ، ويراجع لمزيد من التفصيل : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٢٨

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٢٨ - ٢٣٣

تطبيقات قاعدة التبعية :

ذكرنا أن من أهم تطبيقات قاعدة التبعية هو أنه (يغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره) وقد شرحنا ذلك بإيجاز ، والآن نحاول تحديد نطاق هذا الاغتفار بموجب التبعية .

تحديد نطاق الاغتفار :

والمقصود بذلك أن التبعية تؤدي إلى الاغتفار في التعامل مع التابع ما لا يغتفر في المتبوع من حيث الصحة والفساد أو البطلان ، أو من حيث الحل والحرمة ، فمثلاً لا يجوز ولا يصح بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، ومع ذلك يجوز ويصح بيعها تبعاً للشجرة نفسها ، وكذلك لا يجوز بيع شيء فيه جهالة أو غرر ومع ذلك يجوز وجود الغرر تبعاً وهكذا...

أولاً : اغتفار الغرر في عقود المعاوضات المالية بسبب التبعية :

الغرر لغة : الخطر ، والخدعة ، وتعرض المرء نفسه أو ماله للهلكة ، وبيع الغرر : بيع ما يجهله المتبايعان ، أو ما لا يوثق بتسلمه كبيع السمك في الماء ، أو الطير في الهواء^١ .
وفي الاصطلاح عرفه الجرجاني بأنه : ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا^٢ .

وقد عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة لا يسع المجال لذكرها ، ولكن التعريف الجامع المانع هو التعريف الذي ذكره الجرجاني آنفاً ، وهو بذلك أعم من الجهالة عند جماعة من الفقهاء ، وبينهما عموم وخصوص عند آخرين^٣ .

والغرر قد يكون في وجود الشيء مثل بيع حمل الحمل (حبل الحبله) وقد يكون في الحصول مثل بيع السمك في الماء ، أو في المقدار مثل البيع بمبلغ من المال دون تحديده ، أو في الأجل مثل تحديد موعد المسلم فيه برجوع فلان من سفره .

والغرر يؤثر بالاجماع في البيع ونحوه من عقود المعاوضات المحضة ، ولا يؤثر في عقود التبرعات المحضة عند جماعة من الفقهاء ، منهم المالكية ، وكذلك يؤثر الغرر الكثير بالاتفاق ، واختلفوا فيما عداه^٤ .

وقد روى مسلم وأصحاب السنن بأسانيد كثيرة عن عدد من الصحابة بأن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر^٥ .

(١) القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمعجم الوسيط مادة "غرر"

(٢) التعريفات ، مصطلح "غرر"

(٣) يراجع لمزيد من التفصيل : الغرر وأثره في العقود ، للدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير ، ط.سلسلة صالح كامل ص ٥٥ - ٦٢

(٤) يراجع : الفروق للقرائفي (١٥١/١ ، ٢٦٥/٣) وبداية المجتهد (١٧٢/٢) والمجموع (٢٥٨/٩)

(٥) صحيح مسلم ، كتاب البيوع (١١٥٣/٣) الحديث رقم ١٥١٣ وأبو داود الحديث رقم ٢٣٧٦ ، والنسائي (٢١٧/٢) والترمذي (٢٣١/١) والدارمي (٢٥١/٢) وابن ماجه الحديث ٢١٩٤ والبيهقي (٢٦٦/٥)

وقد اختلف الفقهاء في نوعية هذه الإضافة فابن تيمية وابن القيم يريان أنها من باب إضافة المصدر إلى مفعوله^١ فيكون معناه : بيع شخص شيئاً فيه غرر ، على ضوء ذلك يكون الغرر المنهي عنه هو ما يكون في محل العقد ، وهذا غير دقيق ، لأن الغرر المنهي عنه المؤثر يشمل كذلك ما يرجع إلى الصفة التي وقع عليها العقد كبيع الحصة ، لذلك فالراجع هو أن الإضافة هي من باب إضافة المصدر إلى نوعه ، أو الموصوف إلى صفته ، وحينئذٍ يكون النهي عاماً للغرر في محل عقد البيع ، ولصيغة العقد^٢.

ومع أن الغرر مؤثر لكنه يغتفر تبعاً فيما يأتي :

(١) بيع الثمار قبل بدو صلاحها منهي عنه وغير صحيح للأحاديث الكثيرة الواردة في ذلك منها الحديث المتفق عليه عن ابن عمر أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها) ، وفي لفظ مسلم (نهى عن بيع الثمار حتى تزهو) أي حتى تحمر ، وفي لفظ آخر (لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ، وتذهب عنه الآفة . قال : يبدو صلاحه : حمرته وصفرتة)^٣.

وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء من حيث المبدأ وأن العلة في ذلك هو الغرر ، حيث لا يجوز بيع الثمر قبل أن يظهر على الشجرة أبداً ، ولا بعد ظهوره ولكن قبل بدو صلاحه ، غير أنه يجوز بيع الثمر في الحالتين الأخيرتين بشرط قطعه في الحال عند جمهور الفقهاء^٤ قال الحافظ ابن حجر : (إن المراد يبدو الصلاح قدر زائد على ظهور الثمرة ، وهي احمرارها واصفرارها ، وسبب النهي عن ذلك خوف الغرر لكثرة الجوائح فيها)^٥.

قال الحافظ ابن حجر : (واختلف السلف في قوله : "حتى يبدو صلاحها" هل المراد به جنس الثمار حتى لو بدا الصلاح في بستان من البلد مثلاً جاز بيع ثمرة جميع البساتين وإن لم يبد الصلاح فيها ، أو لا بد من من بدو الصلاح من كل بستان على حدة ، أو لا بد من بدو الصلاح في كل جنس على حدة ، أو في كل شجرة على حدة ؟ على أقوال :

والأول : وهو الاكتفاء ببدا الصلاح في جنس الثمار في البلد دون الحاجة إلى بدو الصلاح في جميع بساتينه . هو قول الليث ، وهو عند المالكية بشرط أن يكون الصلاح متلاحقاً .

(١) تراجع : نظرية العقد ص ٢٢٤ و ٢٢٧ ، وزاد المعاد (٢٦٦/٤) والشيخ الصديق الضرير : المرجع السابق ص ٨٢
(٢) الشيخ الصديق الضرير : المرجع السابق نفسه
(٣) صحيح البخاري - مع الفتح - (٣٩٤/٤) ومسلم (١١/٥) وأبو داود الحديث ٣٣٦٨ والنسائي (٢٢٠/٢) والترمذي (٢٣١/١) والبيهقي (٣٠٢/٥ - ٣٠٣) وأحمد (٥/٢، ٧، ٦٢، ٦٣)
(٤) حاشية ابن عابدين (٣٨/٤) والبحر الزخار (٣١٥/٣) والقوانين الفقهية ص ٢٥٢ وحاشية الدسوقي (١٧٦/٣) والأم (٤١/٣) والمغني (٨١/٤) وكشاف القناع (٢٨١/٣) ويراجع لمزيد من التفصيل : الصديق الضرير : المرجع السابق ص ٣٨١
(٥) فتح الباري (٣٩٧/٤)

والثاني : هو ضرورة بدو الصلاح في كل بستان ، هو قول أحمد ، وعنه رواية كالرابع .

والثالث : وهو بدو الصلاح في كل جنس على حدة ، هو قول الشافعية^١ ، ويمكن أن يؤخذ ذلك من التعبير ببدا الصلاح ، لأنه دال على الاكتفاء بمسمى الازهار من غير اشتراط تكامله فيؤخذ منه الاكتفاء بزهو بعض الثمرة ، وبزهو بعض الشجرة مع حصول المعنى ، وهو الأمن من العاهة...ولو قيل بإزهاء الجميع لأدى إلى فساد الحائط ، أو أكثره، وقد منّ الله تعالى بكون الثمار لا تطيب دفعة واحدة ليطول زمن التفكه بها^٢.

وهناك قول خامس وهو أنه يكفي ببدا صلاح ثمرة شجرة واحدة بل ببعضها لجواز البيع ، وهو قول لأحمد ، حيث جاء في كشف القناع ما نصه : (وصلاح بعض ثمرة الشجرة في بستان صلاح لها - أي للشجرة - وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد ... وإنما صح مع ما بدا صلاحه تبعاً له)^٣.

ومع ذلك فإن بيع الثمار قبل بدو صلاحها تبعاً لشجرتها جائز بالاتفاق ، وكذلك الحمل لا يجوز بيعه منفرداً ، ولكنه يجوز تبعاً للحامل اعتماداً على الحديث الصحيح المتفق عليه : (من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع....)^٤ يقول الحافظ ابن حجر : (وقد استدل بمنطوقه على أن من باع نخلاً وعليها ثمرة مؤبرة لم تدخل الثمرة في البيع بل تستمر على ملك البائع ، وبمفهومه على أنها إذا كانت غير مؤبرة أنها تدخل في البيع وتكون للمشتري وبذلك قال جمهور العلماء، وخالفهم الأوزاعي وأبو حنيفة ، فقالا :تكون للبائع قبل التأبير وبعده ، وعكس ابن أبي ليلى فقال : تكون للمشتري مطلقاً...^٥ .

ثم قال الحافظ : (والجمع بين حديث التأبير ، وحديث النهي عن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح سهل بان الثمرة في بيع النخل تابعة للنخل ، وفي حديث النهي مستقلة ، وهذا واضح جداً)^٦ .

وقد ذكر جمهور الفقهاء أيضاً أن الشفعة لا تثبت في الثمار من حيث هي ، ولكنها تثبت في الثمر إذا بيع مع أصله الداخل في بيع العقار^٧ .

(١) تراجع : حاشية ابن عابدين (٣٧/٤) وحاشية الدسوقي (١٧١/٣) ومغني المحتاج (٨٦/٢) وكشاف القناع (٢٧٩/٣) والمغني (٧٤/٤)
(٢) فتح الباري (٣٦٩/٤)
(٣) كشاف القناع (٢٨٧/٣)
(٤) سبق تخريجه
(٥) المصادر الفقهية السابقة
(٦) فتح الباري (٤٠٢/٤ - ٤٠٣)
(٧) تكملة فتح القدير (٣٢٦/٨ ، ٣٢٧) وتبيين الحقائق (٢٥٢/٥) وحاشية الدسوقي (٤٨٠/٣) ومغني المحتاج (٢٩٦/٢ - ٢٩٧) ونهاية المحتاج (١٩٣/٥) وكشاف القناع (١٤٠/٤)

ثانياً : اغتفار ربا البيوع تبعاً :

من المتفق عليه بين الفقهاء أنه في حالة بيع الذهب والفضة ، والحنطة ، والشعير ، والتمر ، والملح يشترط التماثل (أي عدم أي زيادة) والتقابض يداً بيد (أي استلام البديلين في المجلس) إذا بيع أحد هذه الأشياء بجنسها (كبيع الذهب بالذهب مثلاً) كما يشترط التقابض في المجلس فقط إذا بيع أحدها بغير جنسها (كبيع الذهب بالفضة مثلاً) وبذلك وردت أحاديث صحيحة منها : ما رواه البخاري ومسلم بسندهما عن ابن عمر مرفوعاً بلفظ : (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا غائباً بناجز)^١ .

ومنها حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً لدى مسلم بلفظ (الذهب بالذهب) ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي سواء في الربا)^٢ .

وعلى ضوء ذلك اتفق الفقهاء على الحكم السابق^٣ ومع ذلك لم يشترط بعض هذه الشروط في حالة التبعية اعتماداً على الحديث الصحيح المتفق عليه بلفظ : (...ومن ابتاع عبداً ، وله مال ، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)^٤ .

حيث يدل على أنه لا ينظر عند بيع العبد الذي معه مال إلى نوعية ماله : نقداً ، أو عرضاً ، أو ربوياً أو غيره فقد ذكر الحافظ ابن حجر : (أن إطلاق الحديث يدل على جواز بيعه ولو كان المال الذي معه ربوياً ، لأن العقد وقع على العبد خاصة ، والمال الذي معه تبع له لا مدخل له في العقد)^٥ .

وتصوير ذلك أن يتم بيع العبد (ذكر أو أنثى) ومعه كمية من الذهب أو الفضة (كحلي أو غيره) بالذهب نفسه أو بالفضة ، وحينئذ لا يشترط تقابض البديلين في المجلس ولا تماثلهما .

وهذا رأي مالك حيث قال : (الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً ، أو عرضاً يُعلم أو لا يُعلم وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً)^٦ .

- (١) صحيح البخاري مع الفتح (٤/٣٧٩ - ٣٨٣) ومسلم (٣/١٢٠٨ - ١٢١٢) ومسند الشافعي ص ٤٨ ، ٥١ ، ٦٢ ، وأحمد (٤/٣ ، ٤٩/٥) والمستدرک (٢/٤٣) وسنن أبي داود - مع العون - (٩/١٩٨ - ١٩٩) وابن ماجه (٢/٧٥٧ - ٧٥٨) والترمذي (١/٢٣٣) والنسائي (٧/٢٤٠ - ٢٤٥) والسنن الكبرى (٥/٢٧٦)
- (٢) صحيح مسلم (٣/١٢٠٨ - ١٢٠٩)
- (٣) يراجع لمزيد من التفصيل حول الربا : فتح القدير - مع العناية - (٥/٢٧٤) وبدائع الصنائع (٧/٣١١٥) والبحر الرائق (٦/١٢٧) وحاشية ابن عابدين (٥/١٧١) وحاشية الدسوقي (٣/٤٧) وبداية المجتهد (٢/١٢) والروضة (٣/٢٧٧) ونهاية المحتاج (٤/٤٢٨) والمجموع (٩/٤٠٠) والمغني (٤/٥٠ - ٧)
- (٤) سبق تخريجه
- (٥) فتح الباري (٥/٥١)
- (٦) الموطأ ، ط. الشعب ص ٣٧٨ والاستذكار لابن عبد البر (١٩/٣٢)

وكلام مالك هذا يدل على عدم اشتراط كون المال التابع أقل من ثمنه ، وفي هذا دلالة على عدم النظرة إلى الكثرة والقلّة عند كون الشيء تابعاً .

قال ابن القاسم ، عن مالك يجوز أن يشتري العبد وماله بدراهم إلى أجل وإن كان ماله دراهم ، أو دنانير ، أو غير ذلك من العروض^١ . وفي هذا دلالة على عدم اشتراط أحكام الصرف ما دامت دراهمه ودنانيره وذهبه وفضته تبعاً للعبد حتى ولو كان ثمنه من نفس الجنس .

(أ) فعلى ضوء رأي مالك أنه لا يشترط لصحة ذلك البيع أن يكون القصد متجهاً نحو العبد فقط ، وإنما الحكم هو أنه إذا اشترى العبد ومعه مال أي مال بأي ثمن كان فإن العقد صحيح وأن ماله للمشتري إن اشترط وإلاّ فلسيده ، قال ابن عبد البر : (ويجوز عند مالك شراء العبد وإن كان ماله دراهم بدراهم إلى أجل وكذلك لو كان ماله ذهباً أو ديناً)^٢ .

وهذا قول الشافعي في القديم ، وأبي ثور وأهل الظاهر^٣ ، وقال الشاطبي : (فالحاصل أن التبعية للأصل ثابتة على الإطلاق)^٤ . وهو رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية^٥ ، وقد ذكر النووي أنه لو باع داراً بذهب ، فظهر فيها معدن ذهب...صح البيع على الأصح ، لأنه تابع)^٦ .

(ب) وذهب عثمان البتي إلى رعاية القصد حيث قال : (إذا باع عبداً وله مال ألف درهم بألف درهم جاز إذا كانت الرغبة في العبد لا في الدرهم)^٧ .

وهذا هو المنصوص عن أحمد حيث ذكر الخرقى أن البيع صحيح وإن كان مع العبد مال أي مال بشرط أن يكون قصده للعبد ، لا للمال ، وهذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي - أي في القديم - وأبي ثور وعثمان البني ، فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به سواء كان ديناً أو عيناً وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر^٨ ، وهو المختار عند الشيخ تقي الدين^٩ .

(١) المصدر السابق (٣٤/١٩)

(٢) الكافي لابن عبد البر (٣٣٦)

(٣) طرح الشريب في شرح التقريب للحافظ العراقي (١٢٣/٦)

(٤) الموافقات (١٦٣/٣ ، ١٧٤)

(٥) الاختيارات ص ١٢٨ وحاشية المقنع (٧٢/٢)

(٦) روضة الطالبين (٣٨٦/٣)

(٧) الاستذكار (٣٦/١٩)

(٨) المغني (٢٥٧/٦ - ٢٥٨)

(٩) حاشية المقنع (٧٢/٢)

(ج) وذهب إلى عدم صحة ذلك مطلقاً الحنفية ، والشافعي في الجديد ، لما فيه من الربا^١

وقد استدل المانعون بحديث فضالة بن عبيد الأنصاري ، حيث روى مسلم وغيره بسندهم عن علي بن رباح اللخمي يقول : سمعت فضالة بن عبيد الأنصاري يقول : أتى رسول الله ﷺ وهو بخيبر ، بقلادة فيها خرز وذهب ، وهي من المغانم تباع ، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة ، فنزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله ﷺ : (الذهب بالذهب وزناً بوزن) وفي رواية لمسلم بلفظ (لا تباع حتى تفصل)^٢ .

وفي رواية لأبي داود ، والطحاوي ، والدراقطني ، والبيهقي بسند جيد عن حنش عن فضالة بن عبيد ، وفيها قال النبي ﷺ : ((لا حتى تميز بينه ، وبينه)) (أي بين الذهب والخرز) فقال (أي الرجل الذي أراد بيعه) : إنما أردت الحجارة ، فقال النبي ﷺ : (لا حتى تميز بينهما...)^٣ .

قال الخطابي : (في هذا الحديث نهى عن بيع الذهب بالذهب مع أحدهما شيء غير الذهب ، وممن قال : إن هذا البيع فاسد : شريح ، ومحمد بن سيرين ، والنخعي ، وإليه ذهب الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وسواء عندهم كان الذهب الذي هو الثمن أكثر من الذهب الذي هو مع السلعة أو أقل...)^٤ .

كما استدلوا بأن بيع الشيء الربوي ومعه غيره بجنسه من غير فصل يؤدي إلى الجهل بالتمائل ، أو العلم بالتفاضل ، وكلاهما مبطل للعقد .

ورد المجيزون هذا الاستدلال بترجيح حديث : (من ابتاع عبداً.....) لأنه أقوى سنداً ، ولكن التحقيق أن الأمر لا يحتاج إلى ذلك لعدم وجود تعارض بين الحديثين الصحيحين ، ومن المعلوم أن الجمع بين الدليلين أولى من إلغاء أحدهما ، إذ حديث العبد واضح في أن مال العبد قد جاء تبعاً ، ولذلك لم ينظر إليه ، بل نظر إلى العبد نفسه ، وطبق عليه الأحكام الخاصة ببيع العبيد ، ولا ينظر إلى ماله من حيث طبيعته وجنسه ونوعه ، وأحكامه الخاصة به .

وأما حديث فضالة بن عبيد فظاهر ، بل نص في أن المقصود الحقيقي أصالة هو الذهب ، وأما الخرز أو الحجارة فتبع له ولذلك لم يسمع الرسول ﷺ لادعاء الشخص : لأنه يتعارض مع القصد الواضح البين من العملية ، وبالتالي فلا تعارض بين الحديثين أصلاً .

(١) حاشية ابن عابدين (٢٣٩/٤) ، الغاية القصوى تحقيق د.علي القره داغي ط.دار الاصلاح (٤٦٧/١) : وشرح النووي لصحيح مسلم (١٩٢/١٠)

(٢) صحيح مسلم كتاب المساقاة ، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب (١٢١٣/٣) وسنن أبي داود - مع عون المعبود - (٢٠٠/٩) والنسائي (٢٤٤/٧) والترمذي - مع تحفة الأحوذى - (٤٦٥/٤)

(٣) سنن أبي داود - مع العون - (٢٠٠/٩) والطحاوي (٢٣٦/٢) والدارقطني ص ٢٨٩ - ٢٩٠ والبيهقي (٢٩٣/٥)

(٤) عون المعبود (٢٠١/٩)

وأما ما قالوه من الجهل بالتمائل ، أو العلم بالتفاضل فهذا غير وارد في حالة التبعية لأن العقد في حقيقته وارد على الأصل وجاء التابع تبعاً .

وقد ذكر القاضي أبو بكر بن العربي أن ما جاء في مال المملوك مبني على قاعدة المقاصد والمصالح ، وذلك لأن قاعدة الربا وأحكامه تمنع من شراء العبد الذي معه ذهب - مثلاً - بذهب ، وقاعدة المقاصد والمصالح تقتضي جوازه وهي التي تم تغليبها بناءً على حديث العبد ، لأنه إنما المقصود منه ذاته ، لا ماله ، وإنما ماله وقع تبعاً ، وقال ابن تيمية : (إن كان المقصود هو البيع الجائز ، وما فيه من مقابلة ربوي بربوي آخر وهو داخل على وجه التبعية ، كبيع الغنم بالغنم وفي كل منها لبن وصوف .. وبيع دار مموهة بذهب .. ونحو ذلك فهذا الصواب فيه أنه جائز كما هو المشهور من مذهب أحمد وغيره ، ثم أشار إلى حديث العبد)^٢ .

ذكر ابن شاس : ما يفيد أن التبعية لا تخضع لمبدأ اعتبار القلة أو الكثرة ، فلا حرج إذاً أن يكون التابع أكثر في قيمته أو كميته من المتبوع الأصل ، وذلك لقاعدة : الأتباع تعطى حكم المتبوعات)^٣ .

وقال المازري : (كون الشيء متبوعاً يرفع عنه حكم التحريم المختص .. وأورد مسائل منها حلية السيف التي هي تبع لنصله فيحرم بيعها بجنسها ولا يحرم ذلك وهي مضافة إلى السيف)^٤ .

ومن التطبيقات في هذا المجال ما أجازه جماعة من الفقهاء من بيع السيف المحلى بجنس الحلية ، جاء في الاختيارات : (وظاهر مذهب أحمد جواز بيع السيف المحلى بجنس حليته ، لأن الحلية غير مقصودة)^٥ ، وذلك لأن المقصود بالبيع السيف ، وليس الحلية ، وإنما الحلية دخلت تبعاً .

وأجاز مالك ذلك على التفصيل الآتي قائلاً : (من اشترى مصحفاً ، أو سيفاً ، أو خاتماً ، وفي شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير ، أو دراهم ، فإن ما اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير ، فإنه ينظر إلى قيمته ، فإن كانت قيمة ذلك الثلثين ، وقيمة ما فيه من الذهب الثلث ، فذلك جائز لا بأس به إذا كان يداً بيد ، ولا يكون فيه تأخير ، وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر إلى قيمته ، فإن كان قيمة ذلك الثلثين ، وقيمة ما فيه من الورق الثلث ، فذلك جائز لا بأس به إذا كان ذلك يداً بيد ، ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا)^٦ .

(١) القبس شرح الموطأ (١٠٥/٢)

(٢) مجموع الفتاوى (٤٦٥/٢٩)

(٣) عقود الجواهر (٣٨٠/٢ - ٣٨١)

(٤) شرح التلقين (٤٣٢/١)

(٥) الاختيارات ص ١٢٨

(٦) الموطأ ص ٣٩٤ ، ويراجع عون المعبود (٢٠١/٩)

وذكر ابن شاس حالة الاختلاط بين أحد النقيدين (الذهب والفضة) وبين غيرهما من السلع كالسيف المحلى بفضة يباع بفضة ، ولا يخلو أن تكون فضته تبعاً ، أو نصله .

فإن كانت فضته تبعاً فالمشهور أنه جائز ومنعه محمد بن عبدالحكيم ، والقولان على الاختلاف في الأتباع : هل تعطى حكم متبوعاتها أم لا ؟

ثم ذكر قولين في التأجيل متفرعين على القول بالجواز في المسألة السابقة ، وهما المنع وهو المشهور ، وهو على إعطاء التبع قسطاً من الثمن ، والجواز ، وهو رأي سحنون ، فلم يعطه قسطاً من الثمن^١ .

تطبيق هذه القاعدة على الأسهم والصكوك :

إذا أردنا تطبيق هذه القاعدة على الأسهم والصكوك التي تتكون من الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية ، والديون والنقود فنرى أننا أمام ثلاثة آراء فقهية في موضوع وجود نقود ونحوها من الأموال الربوية مع الأعيان غير الربوية .

الرأي الأول : للحنفية والشافعي في الجديد حيث يرون منع ذلك .

الرأي الثاني : لأحمد وبعض التابعين حيث يرون الاعتبار بالقصد فإن كان قصد المشتري الأعيان غير الربوية وجاءت الأموال الربوية تبعاً وعرضاً فهذا جائز ، وإلا فغير جائز.

الرأي الثالث : رأي مالك ومن معه من أهل المدينة حيث يرون أن العبد - مثلاً - ما دام هو محل العقد من حيث هو فإن شراؤه بنقد ، أو غيره جائز ولو كانت معه نقود وذهب وفضة ونحوها من الأموال الربوية حتى ولو كانت هذه الأموال أكثر من غيرها ، لأنها جاءت تبعاً ، ولأن الحديث الوارد فيه عام ، أو مطلق لم يخص ، أو يقيد بأي شيء ، والتخصص ، أو التقييد بدون دليل معتبر غير جائز ، كما أنهم جمعوا بين هذا الحديث ، وحديث فضالة بن عبيد بأن حديث العبد وارد في كون العقد وارداً على العين أصالة ، وأن ما معه من الأموال جاء تبعاً ، وحديث فضالة حلَّ العقد فيه أصلاً على الذهب - كما سبق.

وعلى هذا الرأي أن التبعية لا تخضع لمبدأ اعتبار القلة أو الكثرة ، فلا حرج إذن أن يكون التابع أكثر من قيمته أو كميته من المتبوع الأصل (فالأتباع يعطى حكم المتبوعات)^٢ .

وهذا الرأي يحل هذه المشكلة تماماً ، وهذا ما أفتى به من المتأخرين العلامة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ مفتي الديار السعودية سابقاً رحمه الله حيث سئل عن التعامل بأسهم الشركات التي تتكون من نقود وديون لها وعليها ، ومن قيم وممتلكات وأدوات

(١) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ط. دار الغرب الإسلامي (٢/٣٨١)

(٢) عقد الجواهر الثمينة (٢/٣٨٠) ، وبحث الأمانة (١٦)

مما لا يمكن ضبطه بالرؤية ولا بالوصف حيث استشكل السائل القول بجواز بيع تلك السهام لعدم جواز بيع الدين في الذمم . فأجاب رحمه الله بقوله : (فلا مانع من بيعها بشرط معرفة الثمن ، وأن يكون أصل ما فيه الاشتراك معلوماً ، وأن تكون أسهمه منها معلومة أيضاً ، فإن قيل : إن فيها جهالة ، لعدم معرفة أعيان ممتلكات الشركة وصفاتها؟

فيقال : إن العلم في كل شيء بحسبه ، ثم ذكر بأن العلم بذلك من خلال نشراتها السنوية وميزانياتها تحقق المعرفة الكلية الممكنة ، وأن " تتبع الجزئيات في مثل هذا فيه حرج ومشقة ، ومن القواعد المقررة أن المشقة تجلب التيسير ، وقد صرح الفقهاء - رحمهم الله - باغتفار الجهالة في مسائل معروفة في أبواب متفرقة مثل جهالة أساس الحيطان ، وغير ذلك .

فإن قيل : إن في هذه الشركات نقوداً ، وبيع النقد بنقد لا يصح إلا بشرطه .

فيقال : إن النقود هنا تابعة غير مقصودة ، وإذا كانت بهذه المثابة ، فليس لها حكم مستقل ، فانتفى محذور الربا ، كما سيأتي في حديث ابن عمر .

فإن قيل : إن للشركة ديوناً في ذمم الغير ، أو أن على تلك السهام المبيعة قسطاً من الديون التي قد تكون على أصل الشركة ، وبيع الدين في الذمم لا يجوز إلا لمن هو عليه بشرطه .

فيقال : وهذا أيضاً من الأشياء التابعة التي لا تستقل بحكم ، بل هي تابعة لغيرها ، والقاعدة : أنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً ، ويدل على ذلك حديث ابن عمر مرفوعاً (من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)^١ ، فعموم الحديث يتناول مال العبد الموجود والذي له في ذمم الناس ، ويدل عليه أيضاً حديث ابن عمر الآخر : (من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع) متفق عليه ، ووجه الدلالة أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يجوز ، لكن لما كانت تابعة لأصلها اغتفر فيها ما لم يغتفر لو كانت مستقلة بالعقد .

ومما يوضح ما ذكر أن هذه الشركات ليس المقصود منها موجوداتها الحالية ، وليست زيادتها أو نقصها بحسب ممتلكاتها وأقيامها الحاضرة ، وإنما المقصود منها أمر وراء ذلك وهو نجاحها ومستقبلها وقوة الأمل في إنتاجها والحصول على أرباحها المستمرة غالباً . وبما ذكر يتضح وجه القول بجواز بيعها على هذه الصفة والله أعلم^٢ .

(١) رواه مسلم وغيره

(٢) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد ابن إبراهيم ، جمع وترتيب محمد بن عبدالرحمن بن قاسم (٤١/٧ - ٤٣)

توضيح لهذا الرأي :

لا شك أن التبعية أنواع - كما ذكرنا - من أهمها :

(١) تبعية القلة للكثرة ، وتبعية اليسارة والندرة للغلبة ، كما قال ابن شاس : (اليسارة لها حكم التبعية ، والمشهور أن الأتباع لا تراعى)^١ ، وقال الباجي : (الثلث وما دونه في حكم التبعية)^٢ قال ابن شاس : (ما هو التبعية ؟ فيه ثلاثة أقوال : أحدها : الثلث ، والثاني : أنه دون الثلث ، وهما على ما تقدم في عد الثلث يسيراً أو كثيراً ، وحكى القاضي أبو الوليد عن بعض أصحابنا العراقيين أن النصف تبع ، وبالزيادة عليه يخرج عن حد التبعية)^٣.

وهذا النوع خارج عن موضوع بحثنا .

(٢) التبعية بالقصد أن يكون الاعتبار للقصد الأساس للعاقدين وهذا هو رأي أحمد الذي ذكرناه ، وهو يحل جزءاً كبيراً من المشكلة ، ولكنه يرد هنا تساؤل حول الأسهم ووحدات الصناديق : فما هو الذي يجعل أصلاً متبوعاً ، وما هو التابع في تداولها ؟ للإجابة عن ذلك هنالك عدة احتمالات من أهمها^٤:

الاحتمال الأول : المقصود في الشركات المساهمة هو نشاطها وإنتاجها ، ومن ثم الحصول على أرباحها ، ومقتضى ذلك أن تعتبر الديون والنقود تابعة غير مقصودة ، ولا ينظر إلى الأحكام الخاصة بها في حالة انفرادها ، وهذا ما قرره الشيخ محمد بن إبراهيم في فتواه في الشركات المساهمة ، ويمكن أن يقال ذلك في الصناديق .

الاحتمال الثاني : أن تعد الأعيان والمنافع والقيمة المعنوية التي اشتملت عليها الشركة أو الصندوق هي المقصودة مهما كانت نسبتها ، وتكون النقود والديون تابعة لها ، وهذا ما توجه إليه الدكتور عبدالستار بصد حديثه حول مبدأ التبعية . ولكن ألا يرد على هذا أنه لم لا يكون المقصود هو النقود أو الديون في الموجودات ؟ أو ليس الناس أحرص على تحصيل النقود وما في حكمها من الديون المستحقة الحالة في ذمم الأولياء من قصدهم الأعيان أو المنافع ؟

وأما الاحتمال الثاني فقد ورد عليه التساؤل المعقول من أمانة هيئة الرأجي ، ومن جانب آخر فإن ابن شاس قد أثار هذا الموضوع بقوله : (فإن قلنا بأن الاتباع مقصودة في

(١) عقد الجواهر الثمينة (٣٦٣/٢)

(٢) المنتقى (٢٦٩/٤)

(٣) عقد الجواهر الثمينة ط. دار الغرب الإسلامي (٣٧٨/٢)

(٤) ب حث أمانة شركة الرأجي حول تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود ص ٢٣-

العقود منعنا هذا البيع " الذي كان فيه المطعومات " وإن قلنا : الاتباع لا حصة لها من الثمن ، وأنها غير مقصودة في العقود جاز البيع وإن كان فيه الربا (١) .

بل إن الإمام المازري ذكر بأنه لا يخفى على أحد أن التجار يقصدون إلى جعل الثمن عوضاً من جميع ما عقدوا عليه قلّ أو جل ، ويجعلون لكل جزء منه حصة من الثمن (٢) .

لذلك فالذي يظهر لنا رجحانه هو الاحتمال الأول ولما سنذكره أيضاً في الفقرة اللاحقة .

(٣) اعتبار كون الشيء أصلاً تبعاً باعتبار إطلاق اللفظ على المبيع الأصلي ، وأن الاتباع لم تذكر في العقد أصالة دون النظر إلى القصد الجزئي ، فالحديث السابق دلّ على أن العقد ورد على العبد ، فكل ما هو من أمواله التي اشترطها المشتري أن تكون له في مقابل الثمن لا شك أنها مقصودة له ولذلك اشترطها ، وإلا فكيف يشترط شيئاً غير مقصود له ؟

وهكذا الأمر فمن اشترى سيفاً محلاً بالذهب مع أن قيمة الحلية قد تكون اضعافاً مضاعفة أمام قيمة نفس السيف ، لكن العقد وقع على السيف ، ولم يقع على الحلية أصالة .

وهكذا الأسهم أو الصكوك حيث يشتريها الإنسان ليس باعتبار الديون والنقود ، وإنما باعتبار أنه جزء ، أو حصة شائعة من تلك الشركة المشتملة على أنشطة متنوعة كما في الاحتمال الأول .

وقد أوضح الإمام المازري رحمه الله أن النظر مقصور على الأصالة والتبعية ، دون النظر إلى العقود ، حيث لا يوجد تاجر لا يقصد هذه الأجزاء ، وجاء توضيحه في مسألة جواز الإجارة على إمامة الصلاة على أنها تبع للإجارة على الأذان حيث قال : (وإذا قلنا بجواز الإجارة على الصلاة ، على أنها تبع للإجارة على الأذان ، فتعذر على المستأجر الإمامة ووفى بالأذان فهل يحط من الإجارة بسبب عجزه عن الإمامة أم لا ؟ ، اختلف المتأخرون ، فمنهم : من يقدر أن التبع لا حصة له من الثمن، ولا يحط من الإجارة شيئاً، ومنهم من يقدر أن للتبع حصة من الثمن ، فيحط من الإجارة ما قابله .

واعلم أن المسائل الواردة في هذا الأصل مختلف جوابها . فالمذهب في من اشترى عبداً له مال ، أو شجراً مثمراً ، إن استحقاق المال من العبد وجائحة الثمرة لا تستوجب حطيطة من الثمن ، ولو استحققت حلية السيف التي هي تبع لنصله ، أو أحقر سلعة من صفقة فيها سلع ، لحط من الثمن بقدر المستحق ... ، وأما العبد فمالك له وإنما وقعت المعاوضة على أن يقر البائع ملكه في يده وقد أقره ، فلهذا لم يؤثر الاستحقاق ، وقد قال بعض المتأخرين : الأولى أن يحط من الثمن قدر ما يعلم أن المشتري زاده في الثمن ، لتحمل العبد

(١) عقد الجواهر الثمينة (٢/٣٩٩)

(٢) شرح التلقين بتحقيق الشيخ السلامي (١/٤٣٢ - ٤٣٣)

بماله وفوته به ، كما إذا تعذر على المرأة الجهاز ، حط من الصداق قدر ما زاده الزوج لأجله ، وإن كان الزوج لا يملكه ولا يملك انتزاعه ، وهو في حكم التبعية ولكن زاد في الصداق لحصول تجمل الزوجة .

واعلم أنه لا يخفى على أحد أن التجار يقصدون إلى جعل الثمن عوضاً من جميع ما عقدوا عليه قل أو جل ، ويجعلون لكل جزء مما اشتروه حصة من الثمن تابعاً كان أو متبوعاً ، فالمخالفة ههنا لا معنى لها ، لأنها كالمخالفة في أمر محسوس .

وإنما يفتقر إلى الاعتبار ما قاله أصحابنا من أن كون الشيء تبعاً يرفع عنه حكم التحريم المختص به إذا انفرد في مسائل ، منها حلية السيف التي هي تبع لنصله ، فيحرم بيعها بجنسها ، ولا يحرم ذلك وهي مضافة إلى السيف إلى غير ذلك مما في معناه ، وما قالوه أيضاً من استحقاق التبعية في الصفقة ، لا يوجب للمشتري رد جميعها^١ .

فقوله الأخير يدل على أن حكم التحريم إن وجد يرتفع مع كون الشيء تبعاً ، وهذا هو المقصود ، وبذلك لا ينظر إلى الأسهم إلى نسبة هذه المكونات ما دامت تبعاً . هذا والله أعلم .

وهناك تطبيقات كثيرة معاصرة لقاعدة التبعية منها شراء بعض الأجهزة الالكترونية المتطورة مع صيانتها بثمن محدد ، حيث لو لم ننظر إلى قاعدة التبعية لوجدنا أن جزءاً (قد يكون كبيراً) مقابل عمل مجهول وهو الصيانة التي تتضمن العمل ، وقطع الغيار التي لم تعرف عند العقد .

وكذلك من تطبيقاتها ان بعض الشركات التقنية قد تباع بعض الأجهزة الالكترونية المتطورة بثمن معلوم متفق عليه بين المتعاقدين، ويعقد إلى جانب ذلك عقد صيانة لمدة عشر سنوات مثلاً تلتزم بموجبه بالقيام بأعمال الصيانة الدورية، وبيع ما يتلف من قطع الغيار مع تركيبها، وإصلاح ما يظهر من خلل في عمل الأجهزة على الفور، ونحو ذلك من أمور لا تخلو من الغرر الكثير، والتي لولا التزام الشركة بها بعقد الصيانة التبعي لما أقدم المشتري على شراء تلك الأجهزة منها ، وقد تكون قيمة الصيانة أكثر بكثير من قيمة الأجهزة ، ومع ذلك فالتبعية متحققة لأن الصيانة تابعة لها^٢ .

الحل الثالث : عن طريق التخارج

والتخارج لغة مصدر تخارج ، والتخارج تفاعل من الخروج ، فيقال تخارج الشركاء أي تمّ بينهم التخارج ، كأنه يخرج كل واحد من شركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع ، وتخرج القوم إذا خرج كل واحد منهم نفقة على قدر نفقة صاحبه ، وهو التناهد^٣ ، وفي

(١) شرح التلقين / الصلاة ومقدماتها ، تحقيق الشيخ محمد المختار السلامي (٤٣٢/١ - ٤٣٣)
(٢) د. نزيه حماد : تعقيبه على بحث امانة الراجحي السابق الإشارة إليه المقدم إلى الملتقى الفقهي الأول ص٩
(٣) لسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمعجم الوسيط مادة "خرج"

حديث ابن عباس أنه قال : (يتخارج الشريكان وأهل الميراث)^١ ، قال أبو عبيد في تفسير رأي ابن عباس : (يقول إذا كان المتاع بين ورثة لم يقسموه ، أو بين الشركاء وهو في يد بعضهم دون بعض فلا بأس أن يتبايعوه وإن لم يعرف كل واحد نصيبه بعينه ولم يقبضه البائع ، قال : ولو أراد رجل أجنبي أن يشتري نصيب بعضهم لم يجز حتى يقبضه البائع قبل ذلك)^٢ .

فعلى ضوء تفسير أبي عبيد هذا فالتخارج هو نوع من التبايع بين الشركاء والورثة يتسامح فيه عن الجهالة وعن عدم القبض في حين لا يتسامح بمثل هذا في البيع فيما بين غيرهم .

وهناك تفسير آخر وهو ما رواه عبدالرزاق الصنعاني بسنده عن ابن عباس حيث قال : (لا بأس بأن يتخارج القوم في الشركة تكون بينهم ، فيأخذ بعضهم من الذهب الذي بينهم ، يأخذ هذا عشرة نقداً ، ويأخذ هذا عشرين ديناراً)^٣

وهذا التفسير يدل على أن التخارج غير البيع ، وإنما هو تصالح يغتفر فيه عن الزيادة والنقصان ولا تطبق عليه قواعد الصرف ، بل ورد في رواية الزهري بسنده عنه بلفظ (فيأخذ هذا عشرة دنانير نقداً ويأخذ هذا عشرة دنانير ديناراً)^٤ ، وهذا نص في عدم التماثل ، وعدم التقابض ، مما يدل على أن التخارج بين الشركاء والورثة يتسامح فيه ذلك ، وهذا يؤكد أن للاجتماع والاختلاط أثراً لا يوجد في حالة الانفراد ، كما أنه يتسامح في غير البيع من التخارج والتصالح ما لا يتسامح فيه .

وهناك رواية أخرى عن الثوري بسنده عن ابن عباس أنه قال : (لا بأس أن يتخارج الشريكان فيأخذ هذا ديناراً ، وهذا عيناً ، فإن توى لأحدهما لم يرجع على صاحبه)^٥ .

وقال عبدالرحمن بن مهدي : (التخارج أن يأخذ بعضهم الدار وبعضهم الأرض ، قال شمر : قلت لأحمد : سئل سفيان عن أخوين ورثا صكاً من أبيهما فذهبا إلى الذي عليه الحق فتقاضاه ، فقال : عندي طعام ، فاشترى مني طعاماً بما لكما عليّ ، فقال أحد الأخوين : أنا أخذ نصيبي طعاماً وقال الآخر : لا آخذ إلا الدراهم فأخذ أحدهما منه عشرة أقفزة بخمسين درهماً نصيبه ، قال جائز ، ويتقاضاه الآخر ، فإن توى ما على الغريم رجع الأخ على أخيه بنصف الدراهم التي أخذ ، ولا يرجع بالطعام ، قال أحمد : لا يرجع عليه بشيء إذا كان قد رضي به ، والله أعلم)^٦ .

-
- (١) المصنف للحافظ أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، نشر المكتب الإسلامي ببيروت (٢٨٨/٨)
 - (٢) لسان العرب (١١٢٦/٢) ، وفتح الباري (٤٦٥/٤)
 - (٣) المصنف (٢٨٨/٨)
 - (٤) لسان العرب (١١٢٦/٢)
 - (٥) صحيح البخاري رواه تعليقاً . ولكن وصله ابن أبي شيبة انظر فتح الباري (٣١٠/٥)
 - (٦) لسان العرب (١١٢٦/٢) ، انظر فتح الباري (٣١٠/٥)

وأما التخارج في الاصطلاح الفقهي فخصصته الموسوعة بالإرث حيث قالت : (هو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم بشيء معلوم)^١ ، ولا دليل على هذا التخصيص لا في اللغة ولا في الفقه ، أما اللغة فقد رأينا أن لفظ التخارج يطلق على التصالح فيما بين الورثة ، أو بين الشركاء سواء كانت الشركة في ملك أو عقد .

وأما الفقه فقد رأينا أن ابن عباس (رضي الله عنهما) قد استعمله في التخارج بين الشريكين إضافة إلى الورثة ، كما استعمله الحسن ، والثوري ، ومعمّر ، وإبراهيم النخعي وعطاء ، وابن سيرين^٢ .

وعلى ضوء ذلك فالتخارج هو خروج أحد المشتركين ، أو أكثر. سواء كان شركة ملك أو عقد . عن حقه بمال بالتراضي بينهما .

وهذا التعريف يشمل الورثة الذين هم مشتركون في الإرث شركة ملك ، كما يشمل الشركاء الآخرين سواء كانت الشركة شركة عنان ، أو مفاوضة ، أو مضاربة ، أو أبدان ، أو وجوه ، أو نحو ذلك ، كما يشمل أصحاب الأسهم والمشاركين في الصناديق الاستثمارية عن طريق الوحدات الاستثمارية ، وكذلك أصحاب الصكوك المشروعة .

التكييف الفقهي للتخارج وحكمه الشرعي :

التخارج نوع من الصلح ، أو بعبارة أدق فهو أخص منه لأن التخارج خاص بالتخارج بين الشركاء والورثة في الأموال في حين أن الصلح أعم من ذلك ، ولذلك فجميع الأدلة الدالة من الكتاب والسنة على مشروعية الصلح تدل على مشروعية التخارج ، ولذلك ترجم البخاري في كتاب الصلح : باب الصلح بين الغرماء وأصحاب الميراث والمجازفة في ذلك ، وقال ابن عباس : (لا بأس أن يتخارج الشريكان فيأخذ هذا ديناً ، وهذا عيناً ، فإن توى لأحدهما لم يرجع على صاحبه) ، ثم روى بسنده حديث جابر بن عبد الله في أداء ديون أبيه^٣ ، وقد شرح الحافظ ابن حجر لفظ " والمجازفة في ذلك " ، فقال : (أي عند المعاوضة ... ، ومراده أن المجازفة في الاعتياض عن الدين جائزة وإن كانت من جنس حقه وأقل ، وأنه لا يتناوله النهي ، إذ لا مقابلة من الطرفين)^٤ ، وقوله " توى " بفتح التاء وكسر الواو أي هلك ، والمراد أن يفلس من عليه الدين ، أو يموت ، أو يجحد فيحلف حيث لا بينة ففي كل ذلك لا رجوع لمن رضي بالدين^٥ .

ثم ذكر البخاري باب الصلح بالدين والعين ، فروى بسنده عن كعب بن مالك أنه تقاضى ابن أبي حذرد ديناً كان عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد فارتفعت أصواتهما

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (٥/١١)

(٢) تراجع المصنف لعبدالرزاق الصنعاني (٢٨٨/٨ - ٢٨٩)

(٣) صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب الصلح (٣١٠/٥)

(٤) فتح الباري (٣١٠/٥)

(٥) فتح الباري / كتاب الحوالة (٤٦٥/٤)

حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته فخرج رسول ﷺ إليهما حتى كشف سجن حجرته فنادى : كعب بن مالك ، فقال : يا كعب ، فقال : لبيك يا رسول ، فأشار بيده أن ضع الشطر ، فقال كعب : قد فعلت يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ قم فاقضه ^١.

والحديث يدل على التصالح بين الدائنين ، وبأن يتخارج المدين عن دينه بأداء النصف ، وتنازل الدائن عن نصفه الآخر ، قال ابن بطال : (اتفق العلماء على أنه إن صالح غريمه عن دراهم بدراهم أقل منها جاز إذا حلّ الأجل) ^٢.

قال الحافظ ابن حجر : (والحديث يدل على جواز سؤال المدين الحطيطة من صاحب الدين - خلافاً لمن كرهه من المالكية - واعتلّ بما فيه من تحمل المنّة ، وقال القرطبي : لعل من أطلق كراهته أراد أنه خلاف الأولى ، وفيه هبة المجهول) ^٣.

ومما هو مرتبط بهذا الموضوع مسألة " ضع وتعجل " أي أن الدائن يقول لمدينه : احسم جزءاً من الدين ، ولكن تعجل بأداء الدين ، أو يقول المدين للدائن : احسم ١٠٪ من دينك وأتعجل لك الباقي ، فيوافق الطرف الآخر ، وقد أجازته مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة مسألة " ضع وتعجل " إذا لم تكن مشروطة قال العلامة ابن السبكي : (إن جرى بشرط بطل ، وإن لم يشترط بل عجل بغير شرط وأبرأ الآخر وطابت بذلك نفس كل منهما فهو جائز وهذا مذهبنا ، وقد رويت آثار في الإباحة والتحريم يمكن تنزيلها على ما ذكرناه من التفصيل) ^٤. أي الفرق بين المشروط وغيره.

جواز المجازفة في الربويات وفاء لا ابتداء :

ترجم البخاري " باب إذا قاص ، أو جازفه في الدين تمراً أو غيره " ثم روى بسنده عن جابر بن عبد الله : (أن أباه قد توفيت وترك عليه ثلاثين وسقاً لرجل من اليهود فاستظره جابر فأبى ، فكلم جابر رسول الله ﷺ ليشفع له إليه ، فجاء رسول الله ﷺ فكلم اليهودي ليأخذ تمر نخله بالتّي له فأبى ... ثم قال لجابر: جدّ له ، فأوف له الذي له ...) ^٥.

قال المهلب : (لا يجوز عند أحد من العلماء أن يأخذ من له دين تمر من غريمه تمراً مجازفة بدينه لما فيه من الجهل والغرر ، وإنما يجوز أن يأخذ مجازفة في حقه أقل من دينه إذا علم الآخذ ذلك ورضي) ، قال الحافظ بن حجر معلقاً على هذا الشرح : (وكأنه أراد بذلك الاعتراض على ترجمة البخاري ، ومراد البخاري ما أثبتته المعترض ، لا ما نفاه ، وغرضه بيان أنه يغتفر في القضاء من المعاوضة ما لا يغتفر ابتداءً ، لأن بيع الرطب بالتمر لا يجوز في غير العرايا ، ويجوز في المعاوضة عند الوفاء ، وذلك بين في حديث الباب ، فإنه ﷺ

(١) صحيح البخاري - مع الفتح - (٣١١ / ٥)

(٢) فتح الباري (٣١١ / ٥)

(٣) فتح الباري (٣٠٩ / ٥)

(٤) فتاوى ابن السبكي ط . دار المعرفة بيروت (٣٤٠ / ١)

(٥) صحيح البخاري ، كتاب الاستقراض (٦٠ / ٥)

سأل الغريم أن يأخذ تمر الحائط وهو مجهول القدر في الأوساق التي هي له وهي معلومة ، وكان تمر الحائط دون الذي له كما وقع في التصريح بذلك في كتاب الصلح من وجه آخر ، وفيه : (فأبوا ولم يروا أن فيه وفاء وقال ابن المنير : (بيع المعلوم بالمجهول مزابنة فإن كان تمرأ نحوه فمزابنة وربما ، لكن اغتفر ذلك في الوفاء ، لأن التفاوت متحقق في العرف فيخرج عن كونه مزابنة)^١ .

وإضافة إلى هذه الأدلة فيمكن أن يستأنس للتخارج أيضاً ما روي أن عبدالرحمن بن عوف طلق زوجته تماضر بنت الأصبع الكلبية في مرض موته ، ثم مات وهي في العدة فورثها عثمان مع ثلاث نسوة أخر ، فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثلاثين ألفاً (...)^٢ .

وتلك الأدلة السابقة تدل بوضوح على أن الصلح أو التخارج يتسامح فيه وبما لا يتسامح في البيع العادي ، كما أنه يغتفر في الوفاء ما لا يغتفر في الابتداء ، فقد رأينا أن هذه الأدلة دلت بوضوح على ما يأتي :

(١) جواز الحطيطة من الدين عند الوفاء ، وجواز " ضع وتعجل " مع أن ذلك لا يجوز ابتداءً أن يعطى مبلغاً بأقل منه بالإجماع ، في حين دلّ حديث كعب بن مالك على خروجه من الدين بالنصف فقط .

(٢) جواز المجازفة والتخمين في الأموال الربوية مثل التمر ونحوه في الوفاء والقضاء كما في حديث جابر . وهذا لا يجوز في غيره .

(٣) دلّ قول ابن عباس على التخارج بين كل شريكين بما يتراضيان به ، حيث تدلّ أقواله على أنه يجوز لأحد الشركاء عند التخارج أن يأخذ أقل من حقه من الشركة ، أو أكثر من حقه منها ويخرج منها من النقود والديون وغيرهما ، لأن المخارطة مصالحة وهي جائزة على الأقل وعلى الأكثر ولا تطبق عليها قواعد الصرف ونحوها^٣ .

هل التخارج أو الصلح عقد مستقل ؟

لا شك أن التخارج نوع من الصلح ، وهل هو عقد مستقل ؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن عقد الصلح (ومنه التخارج) ليس عقداً مستقلاً قائماً بذاته في شروطه وأحكامه ، بل هو متفرع عن غيره في ذلك ، بمعنى أنه تسري عليه أحكام أقرب العقود إليه شبيهاً بحسب محتواه .

(١) فتح الباري (٦٠/٥)

(٢) رواه عبدالرزاق في مصنفه ط . المكتب الإسلامي (٢٨٩/٨) ويراجع فتح القدير لابن همام (٤٠٩/٧) ، الإصابة في معرفة الصحابة (٥٤٤/٧)

(٣) موسوعة فقه عبدالله ابن عباس ، للدكتور محمد رواس قلعه جي/ ط . جامعة أم القرى (٢٧٠/١)

وعلى ضوء ذلك فالصلح إذا كان عن مال بمال فهو في حكم البيع ، والصلح عن مال بمنفعة إجارة ، والصلح عن نقد بنقد صرف ، أو له حكم الصرف ، والصلح عن مال معين بمال موصوف في الذمة في حكم السلم ، والصلح في دعوى الدين على أن يأخذ المدعي أقل من المطلوب يعتبر هبة ببعض الحق وإبراء عن الباقي .

وثمره هذا التكييف أنه حينئذ تطبق على الصلح أحكام ذلك العقد الذي هو في حكمه من حيث الشروط والآثار ، وهذا مبني على أن الاعتبار في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالصور والألفاظ والمباني^١ .

والذي يظهر لي رجحانه أن الصلح عقد مستقل وإن كان له شبهة في بعض أنواعه ببعض العقود ، كما هو الحال في الإجارة حيث فيها معنى بيع المنفعة ، ومع ذلك فهي عقد مستقل له أحكامه وشروطه الخاصة ونتائجه وآثاره ، وذلك لما يأتي - بإيجاز - :

(١) أن الصلح له معناه الخاص في اللغة والعرف فليس هناك شبهة أو تداخل بينه وبين العقود التي ذكرها ، وحتى في الفقه الإسلامي لم يعرف الصلح بأنه بيع ، أو صرف ، أو إجارة ، وإنما له تعريف خاص وهو : (معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم ، ويتوصل بها إلى التوافق بين المختلفين)^٢ .

قال النووي : مبيناً أن مثل هذه التعاريف للصلح ليست حاداً جامعاً (فسر الأئمة بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين ، وليس هذا على سبيل الحد ، بل أرادوا ضرباً من التعريف)^٣. وقد ذكر النووي رحمه الله أن الصلح يخالف البيع في صور ، وذكر منها خمساً^٤ ، كما أن بعض المحققين من الفقهاء لم يستطيعوا الجزم بأن الصلح بيع مثلاً وإنما قالوا : له شبهة بالبيع^٥ وهذا لا ينكر ولكن لا يجعله نفس المشبه به .

(٢) فإذا كان الصلح مختلفاً عن البيع وبقية العقود من حيث المعنى اللغوي ، والعرفي ، والشعري فكيف يكون تبعاً لها ، بل إن القرآن الكريم قد عمم معناه حيث قال العلماء في تفسير قوله تعالى : (لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة ، أو معروف ، أو إصلاح بين الناس)^٦. قال ابن رشد : (الجد) وهذا عام في الدماء والأموال والأعراض ، وفي كل شيء يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين ... وهو من نوافل الخير المرغوب فيها المندوب إليها ...)^٧ .

(١) تبين الحقايق (٣١/٥ - ٣٣) ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٠٩/٣) ، وشرح الخرشي (٢/٦ - ٤) ، وروضة الطالبين (١٩٣/٤ - ١٩٤) ، والمغني (٥٣١/٤ ، ٥٣٤) ، وكشاف القناع (٣٧٩/٣) ، والموسوعة الفقهية (٣٢٧/٢٧) .

(٢) المغني (٥٢٧/٤)

(٣) الروضة (١٩٤/٤)

(٤) روضة الطالبين (١٩٤/٤)

(٥) المقدمات الممهدة لابن رشد ط . دار الغرب الإسلامي (٥١٨/٢)

(٦) سورة النساء / الآية (١١٤)

(٧) المقدمات الممهدة لابن رشد ط . دار الغرب الإسلامي (٥١٥/٢ - ٥١٦)

وقد خصص معظم كتب السنة كتاباً ، أو أبواباً خاصة بالصلح فهذا الإمام البخاري عقد كتاباً خاصاً بالصلح وذكر فيه أربعة عشر باباً يشمل واحداً وثلاثين حديثاً ، وافقه مسلم على تخريجها سوى حديث واحد ، كما شمل ثلاثة آثار عن الصحابة ومن بعدهم^١ ، وقد تضمنت هذه الأحاديث مجموعة من الأحكام تختلف عن أحكام البيع ، وغيره ، بل قد صرح الفقهاء بعمومية الصلح قال ابن قدامة (ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه ، أو لا يجوز)^٢ .

(٣) ومن جانب آخر فإن للصلح خصوصية حيث يقوم على حسم النزاع عن طريق التراضي بالمعروف ، ولذلك كان الرسول ﷺ يشير إلى المتخاصمين بالصلح فإن أيبا حكم عليهما بالحكم البين^٣ .

وقد عقب الرسول ﷺ حينما سمع صوت الخصوم بالبواب أحدهما يستترفق الآخر ويطلبه بالتصالح والآخر يقول " لا والله لا أفعل " ، فخرج رسول الله ﷺ فقال : (أين المتألى على الله : لا يفعل المعروف ؟) فقال أنا يا رسول الله ، فله أي ذلك أحب^٤ .
فالصلح يقوم على المعروف والخير والتنازل على عكس بقية العقود المالية ، أو غيرها التي تقوم على أساس المساومة والحقوق المتقابلة .

(٤) إن قولنا باستقلالية عقد الصلح لا يتعارض مع تشابه بعض أنواعه مع بعض العقود الأخرى في بعض الأحكام .

(٥) أن الأصل في استحداث العقود الجديدة والشروط هو الإباحة لا الحظر عند جمهور الفقهاء كما أثبتناه في رسالتنا الدكتوراه^٥ .

ويترتب على هذا التكييف أنه ينبغي أن ينظر إلى الصلح باعتباره عقداً مستقلاً وليس تبعاً ، وحينئذ يكون له شروطه الخاصة ، وأحكامه وآثاره الخاصة دون إخضاعه لشروط أي عقد آخر إلا إذا كان هذا قد دلّ على أن أنه شرط للصلح .

وبهذا التكييف نستطيع أن نزيل كثيراً من الشروط الخاصة بتلك العقود المشابهة ، التي أدت إلى إخضاع الصلح لها تعسفاً ، كما سنرى .

شروط صحة التخرج :

هناك شروط متفق عليها ، وشروط مختلف فيها قابلة للنقاش ، فمن الشروط المتفق عليها ما يأتي :

- (١) صحيح البخاري - مع الفتح - (٥ / ٢٩٧ - ٣١١)
- (٢) المغني (٥٤٥ / ٤)
- (٣) المصدر السابق (٣٠٩ / ٥)
- (٤) صحيح البخاري مع الفتح (٣٠٧ / ٥)
- (٥) يراجع : مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة ، ط . دار البشائر الإسلامية / بيروت (٢ / ١١٨٦ - ١١٩٦)

الشرط الأول : أن يكون المتخارجان مكلفين لهما أهلية الأداء .

الشرط الثاني : أن يكون المال المتخارج منه مملوكاً لهما ، أو أن يكون لهما ولاية شرعية أو قضائية ، أو عقدية ، فالأب أو الجد أو الوصي له الحق في التخارج فيما يخص أموال الأولاد ولكن فيما له حظ في المولى عليه ، وكذلك الوكيل ولكن في حدود الوكالة .

الشرط الثالث : أن يكون المتخارج منه مما يصح الاعتياض عنه ، أما إذا كان لا يصح الاعتياض عنه فلا يصح التخارج عليه ، ولا الصلح عنه^١ .

وأما الشروط المختلف فيه فهي :

الشرط الأول : أن يكون محل التخارج معلوماً هذا عند المالكية والشافعية ، وذلك لأنه بمثابة البيع وإن كان في صورة الصلح وبيع المجهول لا يجوز .

وأما الحنابلة فقالوا : يصح الصلح عن المجهول سواء كان عيناً ، أو ديناً إذا كان مما لا سبيل إلى معرفته ، فأما ما يمكنهما معرفته أو الذي هو عليه كتركة موجودة فلا يصح الصلح عليه مع الجهل ، لأنه إنما أحيل مع الجهل للحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام ، قال أحمد في الرجل يصلح على الشيء ، فإن علم أنه أكثر منه لم يجز إلا أن يوقفه عليه إلا أن يكون مجهولاً لا يدري ما هو ؟ ونقل عنه عبدالله إذ اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا ، فإن عرف قيمة دقيق الحنطة ودقيق الشعير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله إلا أن يصطلحا على شيء ويتحالا^٢ .

ولم يشترط الحنفية العلم بالمتخارج منه إذا كان لا يحتاج إلى القبض والتسليم ، وأما إذا كان محتاجاً إليه فلا بد من العلم ، لأن جهالة البديل حينئذ تؤدي إلى النزاع^٣ .

والذي نرى رجحانه هو عدم اشتراط العلم بمحل التخارج ما دام العلم به عسيراً فيه حرج ، لأن الصلح أو التخارج غير البيع الذي يقوم على المساومة وذلك لأن التخارج أساسه على التراضي والمسامحة ، لكنه لا يجوز أن يخفى أحدهما معلومات عن المتخارج عنه من حيث الصفات والكيف والكم ونحوهما ، لأن ذلك يؤدي إلى الغش والتحايل .

ويدل على ذلك ما رواه أحمد وأبو داود بسندهما عن أم سلمة قالت : (أتى رسول الله ﷺ رجلان يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بيّنة إلا دعواهما ، فقال رسول الله ﷺ : (إنكم تختصمون إليّ ، وإنما أنا بشر ... فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار ...) فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما حقي لأخي ،

(١) تبين الحقائق (١١٣/٦) ، ومواهب الجليل للحطاب (٨٥/٥) ، وروضة الطالبين (٢٨١/٤) ، وشرح المنتهى

الارادات (٢٦٥/٢) ، والمغني ط . الرياض الحديثة (٥٤٥/٤) ، والموسوعة الفقهية (٣٥١ . ٣٥٠/٢٧)

(٢) المغني لابن قدامة ط . الرياض الحديثة (٥٤٢/٤ - ٥٤٤)

(٣) قرة عيون الأخبار (١٥٤/٢) ، ومجلة الأحكام العدلية المادة (١٥٤٧)

فقال رسول الله ﷺ (أما إذ قلتما ، فاذهبا ، فاقتسما ، ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحل كل واحد منكما صاحبه) وفي رواية أبي داود بلفظ (ثم استهما ، وتحالا)^١ . وقوله " ثم استهما " أي اقتربا لتعيين الحصتين إن وقع التنازع بينكما ليظهر أي القسمين وقع في نصيب كل منهما ، وليأخذ كل واحد منكما ما تخرجه القرعة من القسمة ، قاله القاري " وقوله " ثم تحالا " بتشديد اللام ، أي ليجعل كل واحد منكما صاحبه في حل من قبله بإبراء ذمته)^٢ .

ويدل على ذلك الأثر الذي ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه وحكمه في مسألة تماضر ، وخروجها عن حقها في الإرث بمبلغ من المال .

والحديث هذا رواه أحمد ، كما رواه أبو داود والمنذري وسكتا عنه ، ولكن في اسناده أسامة بن زيد بن أسلم المدني مولى عمر ، قال النسائي وغيره ليس بالقوي ولكن بعض نقاد الحديث قالوا : إنه صالح ، قال البخاري : (ضعف علي بن المديني عبدالرحمن بن زيد ، وأما أخواه أسامة وعبدالله فذكر عنهما صلاحاً) علماً بأن من قال ليس بالقوي قال من جهة الحفاظ وليس من جهة الدين ، ولذلك روى عنه ابن المبارك وابن وهب ، والضبي وغيرهم^٣ .

ولذلك ينهض الحديث حجة على هذا الموضوع ولا سيما أن أصل الحديث - كما يقول الشوكاني - في الصحيحين ؛ .

والحديث يدل على جواز الصلح عن المعلوم والمجهول والتحليل منهما ، كما قال الحافظ مجد الدين عبدالسلام بن تيمية حيث ترجم في أول أبواب الصلح : باب جواز الصلح عن المعلوم والمجهول والتحليل منهما ، ثم ذكر الحديث السابق^٥ .

ثم إن الصلح هذا في حقيقته إسقاط حق فصح في المجهول كالعقاق والطلاق ، قال ابن قدامة : (ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وإمكان أداء الحق بعينه، فلأن يصح مع الجهل أولى، وذلك لأنه إذا كان معلوماً فلهما طريق إلى التخلص وبرائة أحدهما من صاحبه ومع الجهل لا يمكن ذلك ، فلو لم يجز الصلح أفضى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه)^٦ .

واستدلال المانعين بأنه بيع مردود ، بأن التخرج (أو الصلح) ليس بيعاً ، ولا في معنى البيع ، وإنما هو في حقيقته إبراء وإسقاط ، وحتى لو كان في معنى البيع فإن البيع تتسامح

-
- (١) الحديث رواه أحمد في مسنده (٣٢٠/٦) ، وأبو داود في سننه - مع عون المعبود كتاب لقضاء - (٥٠٢/٩)
 - (٢) عون المعبود (٣٠٥/٩)
 - (٣) تهذيب التهذيب لابن حجر ط. دار صادر بيروت (٢٠٧ / ١)
 - (٤) نيل الأوطار (٤٢٦/٦)
 - (٥) المنتقى مع شرحه نيل الأوطار (٤٢٦/٦)
 - (٦) المغني (٥٤٣/٤)

فيه الجهالة ما دامت لم تؤد إلى النزاع ، والتخارج مبناه على تراضي الطرفين فكيف يؤدي ذلك إلى المنازعة ، قال ابن قدامة : (ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع ، وإنما هو إبراء ، وإن سلمنا كونه بيعاً فإنه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان ... وما مأكوله في جوفه ، ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال صاحب الطعام لمتلفه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم ، أو بهذا الثوب صح) ١ .

الشرط الثاني : التقابض في المجلس إذا كان التخارج بالنقود من الطرفين كالتخارج عن أحد النقدين بالآخر ، وكذا فيما إذا اتفق محل التخارج من الطرفين طعاماً ، أو تتوافر فيه علة الربا فإن جمهور الفقهاء اشترطوا التقابض في المجلس من حيث المبدأ وإن اختلفوا في التفاصيل وقد عللوا هذا الاشتراط بأن الصلح حينئذ بيع وصرف فيجب توافر شروطه فيه ، ولكن الذي يرد على ذلك أنه لو كان حينئذ بيعاً وصرفاً لاشتراط التماثل أيضاً مع أنه لا يشترط التماثل عندهم كما يقول لو كان على رجل ألف درهم ، فصالح عليه فخرج بخمسمائة درهم فهذا جائز عند الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ٢ .

إذ هو أخذ لبعض حقه وإسقاط لباقيه ، وإبراء للمدعى عليه عن بعض الدين ، وهذا ما جاء في المادة ١٠٤٤ من مرشد الحيران حيث نصت على أن (لرب الدين أن يصالح مديونه على بعض الدين ، ويكون أخذاً لبعض حقه وإبراء عن باقيه) .

ولا يختلف الحكم عند الحنابلة إلا أنهم اشترطوا أن تكون البراءة مطلقة من غير شرط ، أما لو قال : أبرأتك عن النصف على أن توفيني ما بقى بطل ، لأنه ما أبراه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته واشترطوا كذلك في رواية بأن يكون ذلك بلفظ الإبراء دون لفظ الصلح ٣ .

والشافعية أجازوا بألفاظ الإبراء والحط ونحوهما ، كالإسقاط والهبة ، والترك ، والاحلال والتحليل ، والعفو والوضع ، ولا يشترط عندهم القبول على المذهب سواء قلنا إن الإبراء تملك أم إسقاط ٤ .

وعدم اشتراط التماثل في الصلح محل اتفاق لأنه إنما يكون صلحاً إذا كان فيه تنازل وتسامح ، وقد وردت بذلك أحاديث منها حديث كعب بن مالك الذي أشار إليه النبي ﷺ أن يضع الشطر من دينه قال : قد فعلت .. ٥ . وإنما قصدي من ذلك أن الصلح له طبيعة خاصة لا ينبغي فرض تكييف آخر عليه ، فالصلح ليس بيعاً وإن كان فيه بعض الشبه في بعض أنواعه .

-
- (١) المغني (٤ / ٥٤٣ - ٥٤٤)
 - (٢) البحر الرايق (٧ / ٢٥٩) ، ومواهب الجليل (٥ / ٨٢) ، وروضة الطالبين (١٩٥ - ١٩٦) ، ونهاية المحتاج (٤ / ٣٧٤) ، والمغني لابن قدامة (٤ / ٥٣٥)
 - (٣) المغني لابن قدامة (٤ / ٥٣٥)
 - (٤) روضة الطالبين (٤ / ١٩٥ - ٤٩٦) نهاية المحتاج (٤ / ٣٧٤)
 - (٥) الحديث في صحيح البخاري سبق تخريجه

ومن جانب آخر أين قبض الدين في حالة الصلح وهو في الذمة ؟ وأين الخوف من الربا والزيادة ، والمتخارج يخرج بحطيطه ونقص ؟

والخلاصة أن مسألة التقابض في المجلس لا تشكل مشكلة بالنسبة للتخارج في الأسهم ، والوحدات الاستثمارية ، لأنها ليست نقوداً محضة في موضوعنا هذا ، وما دامت ليست نقوداً محضة فإن التخارج منها بالتراضي جائز دون مراعاة التقابض في المجلس إلا إذا كان القصد التحايل على أحكام الصرف فهذا غير جائز ، فقد أجاز ابن تيمية مسألة "مد وعجوة" إذا لم يكن القصد منها التحايل كما سبق .

الشرط الثالث : توافر شروط بيع الدين عند التخارج من الديون، هذا ما اشترطه جماعة من الفقهاء، ولا أرى لذلك وجهاً لأنه حينئذٍ ليس بيعاً للدين، وإنما هو صلح وإبراء وإسقاط، فلنذكر بعض ما قاله الفقهاء في هذا المجال حيث إن الصلح عن الدين نوعان: صلح إسقاط وإبراء وحطيطه، و صلح معاوضة .

فالأول هو الذي يجري على بعض الدين المدعى وله صور منها :

(أ) أ . أن يكون الدين حالاً فيصالحه مثلاً على الألف الحال على خمسمائة حالة وهذا جائز عند الجمهور كما ذكرناه في الشرط السابق .

وهذا أكبر دليل على أن هذا ليس بيع الدين، لأنه لو كان بيع الدين لما جاز النقص، لأنه يؤدي إلى الربا قطعاً .

(ب) أن يكون الدين مؤجلاً فيصالحه على خمسمائة معجله ، وهذا ما يسمى بمسألة "ضع وتعجل" وهي غير جائزة عند الجمهورن وجائزة عند ابن عباس رضي الله عنه ، وإبراهيم النخعي ، وزفر من الحنفية ، وأبي ثور من الشافعية ، وهو مروى عن عبد الله بن عمر ، وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ، وعن محمد بن سيرين ، والحسن البصري ، وابن المسيب والشعبي رحمهم الله^١ وهذا رواية عن أحمد اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية ، والعلامة ابن القيم^٢ .

وقد قال ابن القيم في سبب جوازه : (لأن هذا عكس الربا ، فإن الربا يتضمن الزيادة في أحد العوضين في مقابلة الأجل ، وهذا يتضمن براءة ذمته من بعض العوض في مقابلة سقوط الأجل فسقط بعض العوض في مقابلة سقوط بعض الأجل فانتفع به كل واحد منهما ، ولم يكن هذا ربا لا حقيقة ولا لغة ولا عرفاً ... ولا يخفى الفرق الواضح بين قوله : (إما أن تربي ، وإما أن تقضي) وبين قوله : (عجل لي وأهب لك مائة) ، فأين أحدهما من الآخر ، فلا نص في تحريم ذلك ولا إجماع ، ولا قياس صحيح)^٣ .

(١) يراجع : أحكام القرآن للجصاص ط . مصر (١٨٦/٢) ، مصنف عبدالرزاق (٧٤٧١/٨) ، ويراجع بحث الشيخ

تقي الدين العثماني المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابق (٤٤/٢)

(٢) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي (ص ١٣٤) ، وأعلام الموقعين ط . السعادة بالقاهرة (٣٧١/٣)

(٣) أعلام الموقعين (٣٧١/٣)

ولا أدخل في تفاصيله حيث حسمه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (٧/٢/٦٦) الذي نصّ على أن (الحطيطة من الدين المؤجل لأجل تعجيله سواء كانت بطلب الدائن ، أم المدين " ضع وتعجل " جائزة شرعاً لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناءً على اتفاق مسبق وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية ...) .

(ج) أن يكون الدين حالاً فيصالحه على التأجيل فقط مع بقاء الدين بحاله وهو أيضاً محل خلاف بين الفقهاء حيث أجازته جماعة منهم الحنفية ، ومنعه الآخرون^١ .

(د) أن يكون الدين حالاً كآلف دينار فيصالحه على الحط والتأجيل ، أي يدفع له بعد سنة مثلاً خمسمائة دينار فقط ، وهذا جائز عند الحنفية ، والمالكية ، وبعض الحنابلة^٢ وأما عند الشافعية والأصح عند الحنابلة فيصح الإسقاط دون التأجيل^٣ . وقد ذكر ابن تيمية وابن القيم أن صحة الإسقاط والتأجيل هو الصواب^٤ .

وغرضي من ذلك أن قواعد بيع الدين لم تطبق في هذه الحالات ، وكل ذلك يدل على أن الصلح أو التخارج ليس بيعاً في كل الأحكام ، والشروط ، وأنه مبني على التسامح والتبرع والمعروف فيغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره وقد روى أنه عرض على سيدنا علي "رضي الله عنه" موضوع فقال : (هذا حرام ، ولولا أنه صلح لفسخته)^٥ . والمقصود أن بعض التصرفات لو لم تصغ على أساس الصلح كانت غير مشروعة ، أو باطلة ، أما مع الصلح فيصح كما في موضوع الديون والنقود ونحوها ، وقد ذكرنا الأحاديث والآثار السابقة التي رواها البخاري وغيره والتي تدل على بعض التصرفات عن طريق الصلح لولاه لما صحت عن طريق غيره كالبيع ونحوه .

وقد ذكر الفقيه الحنفي أبو جعفر - مخالفاً لجمهور الحنفية - أن التخارج إذا كانت أعيان التركة مجهولة والصلح على المكيل والموزون جائز ، لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس ، وإن كان فيها فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك الجنس في التركة أقل مما وقع عليه الصلح فلا يلزم الربا ، واحتمال أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو مثله احتمال الاحتمال ففيه شبهة الشبهة فليست معتبرة ، وقد صحح هذا القول الزيلي وقاضيخان^٦ ، وجاء في الفتاوى الهندية : (ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح

(١) شرح المجلة للأناسي (٥٦٤/٤) ، والبحر الرائق(٢٥٩/٧) ، ونهاية المحتاج(٣٧٤/٤) ، والروضة(١٩٥/٤-١٩٦) ، وشرح منتهى الإرادات (٢٦١/٢) ، والموسوعة الفقهية (٣٣٣/٢٧) .
(٢) البحر الرايق (٢٥٩/٧) ، والتاج والاكليل (٨٢/٥) ، وأعلام الموقعين (٣٧٠/٣) .
(٣) جاء في الروضة (١٩٦/٤): ولو صالح من ألف حال على خمسمائة مؤجلة فهذا ليس من المعاوضة في شيء، بل هو مسامحة من وجهين: أحدهما: حط خمسمائة، والثاني: وعد لا يلزم فله المطالبة بالباقي في الحال، ويراجع شرح منتهى الإرادات (٢٦١/٢) .
(٤) أعلام الموقعين (٣٧٠/٣) .
(٥) المعيار للونشريسي ط . أوقاف المغرب (٥٠٠/٦) .
(٦) الفتاوى الهندية (٢٦٨/٤) ، والبحر الرائق (٤٩/٥ - ٥٢) .

دراهم ودنانير أيضاً ، صحَّ الصلح كيفما كان ، ولكن يشترط التقابض كذا في الكافي^(١) .

وذكر المالكية صوراً للتخارج عندما تكون التركة مشتملة على عرض وفضة وذهب وصالح الورثة أحدهم عن إرثه مثل الزوجة ، فإن الصلح جائز في عدة حالات لا يسع المجال لذكرها هنا^(٢) .

التخارج عن ديون التركة :

عندما تكون بعض التركة ديوناً على الناس ، وصالح الورثة أحدهم على أن يخرجوه من الدين بمقابل فقد اختلف الفقهاء :

أولاً : مذهب الحنفية إلى أن الصلح باطل في العين والدين ، لكنهم صححوا بعض صورته ، منها :

(أ) أن يشترط الورثة أن يبرئ المتخارج الغرماء من حصته من الدين ، لأنه حينئذٍ يكون إسقاطاً ، أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز .

(ب) أن يجعل الورثة قضاء نصيب المتخارج من الدين ، ويحيلهم بحصته^(٣) .

ثانياً : والحنابلة في المشهور عندهم مثل الحنفية في عدم جواز بيع الدين لغير من عليه الدين ، ولكن يصح إبراء المدين منه ، أو الحوالة به عليه^(٤) .

ثالثاً : والمالكية أجازوا التخارج والصلح عن الدين الذي على الغير بنفس شروط بيع الدين للغير^(٥) ، وكذلك الأمر عند الشافعية على المعتمد عندهم^(٦) .

التخارج كحل :

فقد تطرق الدكتور حسين حامد إلى هذا الحل حيث قال : (يرى بعض الفقهاء انه يجوز تخارج أحد الورثة من التركة في مقابل عوض يؤخذ من التركة أو غيرها، وهذا تصرف في حصة شائعة من مجموع مالي بعوض، ولا فرق بين السهم الذي يمثل حصة شائعة في مجموع مالي يشتمل على الديون والنقود ، وبين التخارج من التركة باتفاق الورثة ، ولم يثر القائلون بجواز التخارج موضوع اشتغال التركة على ديون ونقود ، ونسبة هذه إلى بقية عناصر الشركة من الأعيان والمنافع)^(٧) .

(١) الفتاوى الهندية (٢٦٨/٤)

(٢) جواهر الإكليل (١٠/٢) ، والموسوعة الفقهية (١٠/١١)

(٣) البحر الرائق (٥١/٥)

(٤) المغني (٤ / ٥٣١ - ٥٣٢) حيث ذكر أن بعض الأصحاب أجازوا ذلك .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣١٦/٣)

(٦) روضة الطالبين (٤ / ١٩٥ - ١٩٧)

(٧) بحثه السابق : مكونات الأسهم واثرها على تداولها (ص ٣٧)

ويلاحظ على هذا أن جمهور الفقهاء اشترطوا شروط التقابض في المجلس عندما يكون التخارج عن النقد بنقد ، أو عن الأموال الربوية بأموال ربوية . كما سبق . وتطرق المالكية إلى حالة اشتغال التركة على عرض وفضة وذهب ، وصالح الورثة أحدهم عن إرثه كزوجة مثلاً مات زوجها فصالحها الابن على حقها من التركة فإن الصلح جائز في عدة حالات من أهمها :

(أ) إذا أخذت ذهباً أو فضةً من التركة قدر حصتها منهما كصلحها بعشرة دنانير والذهب ثمانون عند الفرع الوارث ، أو أربعون عند عدمه والذهب حاضر وكذلك الحال في الفضة فإن ذلك جائز ، ولا يختلف الحكم إن أخذت أقل من حصتها منهما ، لأنه حينئذ يكون الباقي هبة منها للورثة .

(ب) إذا أخذت ذهباً من التركة زائداً على حظها ديناراً واحداً فقط كصلحها بأحد عشر ديناراً من الثمانين الحاضرة فيجوز إن كانت التركة من عرض ونقد حاضرة وليست غائبة ، ولا ينظر حينئذ إلى الدراهم قلّت أو كثرت ، وتكييف هذه المسألة على أساس أنها أخذت نصيبها من الدنانير (وهي عشرة) وباعت لباقي الورثة حظها من الدراهم والعرض بالدنانير الزائدة ، فجميع ما فيه من البيع والصرف دينار واحد وهذا جائز ، لأنه لا يجوز عند المالكية اجتماع البيع والصرف في أكثر من دينار .

(ج) إذا أخذت من ذهب التركة أكثر من دينار جاز هذا التخارج إن قلّت الدراهم التي تستحقها عن صرف دينار ، أو قلّت قيمة العروض التي تستحقها عن صرف دينار ، أو قلّت الدراهم والعروض معاً عن صرف دينار .

هذا إذا كان بدل التخارج من التركة نفسها ، أما لو كان من غيرها وصالحها الورثة في المثال السابق بذهب من غير ذهب التركة ، أو بفضة من غير فضة التركة فلا يجوز هذا الصلح مطلقاً قلّ ما أخذته من نصيبها أو كثر لأنه ربا¹ .

والخلاصة أن الفقهاء أثاروا ذلك بالتفصيل ، ولم يغفلوا عن شرط التقابض في المجلس إذا كان الصلح أو التخارج فيه نقد بنقد، أو في الأموال الربوية ، مثل البيع، وكذلك لم يغفلوا عن أحكام الدين من حيث المبدأ عندما يكون التخارج في الديون، كما سبق ذلك بالتفصيل مع بعض الخلاف في بعض التفاصيل .

التخارج هل يحل هذه المشكلة ؟

ومن الجدير بالتنبيه عليه أن عملية التخارج الفقهي ليست حلاً ملزماً يمكن الركون عليه دائماً ، وذلك لأنه تصالح يتم بين الطرفين لحل النزاع بين الطرفين ودياً ولا يمكن إجبارهما على القبول ، حيث يبقى حقهما في اللجوء إلى القضاء البيّن إن لم يرتض

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣١٥-٣١٦)

أحد الطرفين بذلك التخارج ، ولكن عند التراضي يأتي الحل،- هذا إذا يجعل ذلك العقد - ويأتي السؤال: هل يشترط في التخارج ما يشترط في البيع ؟

فإذا كان جوابنا عن ذلك بنعم فإن التخارج لم يحقق لنا أي حلّ ، وإذا كان جوابنا بغير ذلك فيمكن أن يكون حلاً لهذه الحالة .

وقد ذكرنا رأي جمهور الفقهاء في أن التخارج في حالة المعاوضة بيع ، وفي حالة كون محل التخارج من النقود صرف ، ومن الأموال الربوية لا بدّ من ملاحظة التقابض وهكذا ، وحينئذٍ عدنا إلى قواعد البيع والشراء ، وعدنا إلى نقطة البداية التي نحن نبحث عنها جميعاً .

ولكن الحل في نظري هو في رأي بعض الفقهاء الذين خالفوا الجمهور في القواعد السابقة ، مثل ابن عباس "رضي الله عنهما" الذي يظهر مما رواه عنه عبدالرزاق الصنعاني وغيره أنه لا يشترط هذه الشروط ما دام الأمر قائماً على التخارج، لأن مبناه على التراضي والإبراء فقد قال: (لا بأس بأن يتخارج القوم في الشركة بينهم ، فيأخذ بعضهم من الذهب الذي بينهم ، يأخذ هذا عشرة نقداً، ويأخذ هذا عشرين ديناراً) ^١ . وفي رواية أخرى قال ابن عباس : (لا بأس بأن يتخارج أهل الميراث من الدين يخرج بعضهم من بعض) ^٢ ، وفي رواية أخرى عنه : (لا بأس أن يتخارج الشريكان فيأخذ هذا ديناً ، وهذا عيناً) ^٣ .

وصنيع البخاري يؤيد هذا الرأي ويختاره حيث ترجم البخاري : باب الصلح بين الغرماء وأصحاب الميراث والمجازفة في ذلك ، ثم ذكر قول ابن عباس هذا ، وقد قال الحافظ ابن حجر في شرحه للباب (والمجازفة في ذلك أي عند المعاوضة ومراده أن المجازفة في الاعتياض عن الدين جائزة وإن كانت من جنس حقه وأقل ، وأنه لا يتناوله النهي ، إذ لا مقابلة بين الطرفين) ^٤ .

وقد ذكرت من خلال العرض السابق عدة أدلة وأقوال كلها تؤيد ما ذهبنا إليه من أن التخارج (الصلح) عقد مستقل ليس تبعاً للبيع ونحوه ، وإن كانت هناك مشاركة في بعض الأحكام وأن التخارج إذا كان حقيقياً وليس للتحايل على الربا وأحكام الصرف والدين جائز دون اشتراط التقابض في المجالس ، أو أحكام بيع الديون إذا توافرت الشروط الأساسية التي ذكرتها في بداية العرض .

(١) المصنف (٢٨٨/٨) وروى مثله سعيد بن منصور ومن طريق البيهقي في السنن الكبرى (٦٥/٦)

(٢) المصنف (٢٨٩/٨)

(٣) صحيح البخاري - مع الفتح - حيث رواه معلقاً ، ولكن قال الحافظ أن قول ابن عباس هذا وصله ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٠/٥)

(٤) المصدر السابق نفسه

(٥) فتح الباري (٣١١/٥)

وعلى ضوء ذلك يمكن أن يكون التخارج حلاً مستقلاً آخر لمشكلة مكونات الأسهم من النقود ، أو الديون دون النظر إلى النسبة من حيث القلة والكثرة ، ولا النظر إلى الأصالة والتبعية .

ولكن التخارج يحتاج إلى تراضي الطرفين في الأخير وإبراء كل واحد منهما ذمة الآخر ، في حين أن اعتبار الأصالة والتبعية لا يحتاج إلى أي إجراء ، وكذلك الحال في مسألة الكثرة والتبعية .

فائدة مهمة :

إن فقهاءنا العظام " رحمهم الله " استعملوا مصطلحات دقيقة التزموا بها كقاعدة عامة ، مثل البيع ، والصلح ، والاعتياض ، والإبراء ، والإسقاط ، فقد يمنعون التصرف في الشيء على أساس البيع ، في حين يجيزون التصرف فيه على أساس الصلح أو الإبراء ، أو الاعتياض عنه بطريق آخر .

فقد ذكر العلامة خالد الأتاسي شارح مجلة الأحكام العدلية : (أنه إذا كانت الحقوق المجردة لا يجوز بيعها عند الحنفية ، فإنهم يجيزون الاعتياض عنها عن طريق الصلح ...)^١ هذا والله أعلم .

(٣) شرح المجلة (١٢/٢)

الخلاصة

لقد ناقش البحث عدة طروحات لحل هذه المشكلة ، وتوصل إلى أن الحل الناجع يكمن فيما يأتي :

(١) رعاية مبدأ الأكثرية أو الأغلبية.

وهذا المبدأ يحتمل أمرين :-

(أ) رعاية مبدأ الأكثرية والغلبة المطلقة ، أي أنه إذا كانت الديون والنقود أكثر من ٥٠٪ فلا يجوز تداول أسهمها أو حصصها إلا مع مراعاة قواعد بيع الديون إذا كان الغالب الديون ، وقواعد الصرف إذا كان الغالب هو النقود ، وكذلك إذا كانت الأعيان والمنافع والحقوق أكثر من ٥٠٪ فإنه يجوز تداول أسهمها .

(ب) الاعتبار بالكثرة العرفية ، أي ما يعد في العرف كثيراً مثل الثلث ، حيث " الثلث كثير " وهنا اختلفت الأنظار هل تعتبر الديون والنقود التي بلغت الثلث تعد كثيرة ؟ أو تعتبر الأعيان والمنافع والحقوق التي بلغت الثلث كثيرة..؟

ونستبعد الاحتمال الثاني (ب) لأن فيه تحكماً ، وليس فيه معيار منضبط ، فما دمننا نحتكم إلى قاعدة الأكثرية والغالبية فإن ما زاد على ٥٠ هو المعيار المنضبط.

وقد توصل البحث إلى أن قاعدة الأكثرية مع أنها قاعدة معتبرة في الفقه لكنها لا تحل هذه المشكلة في المؤسسات المالية التي تتعامل بالعقود الآجلة كالمراجحات والاستصناع ، لأن ميزانيات أكثرها تتضمن من النقود والديون الناتجة عن العقود الآجلة أكثر من ٩٠٪.

(٢) رعاية قاعدة الأصالة والتبعية .

وهي قاعدة فقهية معتبرة في الفقه الإسلامي ، وانبثقت منها عدة قواعد وتفرعت منها فروع كثيرة متناثرة في مختلف أبواب الفقه وبناء على ذلك أنه إذا كان المقصود الأساسي من الموجودات هو الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية فإن تداول أسهمها أو صكوكها أو وحداتها الاستثمارية جائز.

وقد رأينا أن جميع الندوات التي شاركنا فيها قد توصلت إلى اعتبار قاعدة الأصالة والتبعية ، وأن الحل الناجع يكمن فيها ، وحينئذ يكون التداول جائزاً ما دامت المنافع والأعيان والحقوق هي المقصودة أصلاً ، ولا ينظر حينئذ إلى مقدار الديون والنقود ولا إلى نسبتها - قلة أو كثرة -

غير أنه يثير التساؤل حول الأصل المتبوع ؟ هل هو السلع والمنافع ؟ أو هو القيمة المعنوية ؟ أو هو منفعة الأجير أو المضارب ؟ أو هو مجموعة أمور ؟ كل ذلك يحتاج إلى تحرير وتأصيل.

ولتأصيل ذلك توصل البحث إلى أن الأصل المتبوع هو نشاط الشركة وعملها وأغراضها المصرح بها في النظام الأساسي فإن كان غرض الشركة ونشاطها هو العمل في تجارة الأعيان والمنافع والحقوق عن طريق العقود الشرعية كالمرايحة والاستصناع والإجارة ونحوها ، فإن الديون أو النقود الناتجة منها مهما كثرت لا تؤثر في تداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمل التجاري هو الأصل المتبوع المقصود وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل.

أما إذا كانت أغراض الشركة هي التجارة في العملات أو الصرافة أو بيع الديون وشرائها فقط فإن تداول أسهمها يحتاج إلى تطبيق قواعد الصرف، أو أحكام بيع الديون، وبناءً على ذلك فإن الأصل المتبوع في الشركات (التي تحدد أغراضها في التجارة من خلال عقود البيع والشراء والمرايحة والسكّم والاستصناع والإجارة ونحوها الواقعة على السلع أو المنافع أو الحقوق) هو ذلك النشاط المتمثل في بيع موجودات الشركة ، أو بقية العقود الأخرى ، وما نتج من ذلك من تحقيق الأرباح . وأن الديون أو النقود ليست هي المقصودة أصالة من تلك الشركات لا من حيث أغراض الشركة ولا من حيث النشاط الفعلي للشركة ولا من حيث القصد العام للمساهمين أو المتعاملين مع الشركة فهم يقصدون حقيقة أنشطة الشركة وإنتاجها ، ومن ثم الحصول على أرباحها.

وحتى من الجانب العملي فإن هذه الشركات إذا تحققت لها نقود أو حصلت الديون أعادت استثمارها في البيع والشراء والعقود الواردة على السلع والمنافع والحقوق، في حين أن الأصل المتبوع في الشركات التي تحدد أغراضها في بيع الديون، أو العملات أو الصيرفة هو ذلك النشاط المتمثل في تحقيق تلك الأغراض التي تتجه الشركة لتحقيقها ، ونجعلها محور نشاطها .

ويدل على ذلك الجمع بين الأحاديث الواردة في هذا الشأن فحديث فضالة بن عبيد الأنصاري (الذي رواه مسلم والذي نهى فيه الرسول ﷺ عن بيع القلادة التي فيها خرز إلا بنزع الخرز، ثم بيع الذهب وحده) يدل على أن الرسول أوجب النزع، لأن البيع كان وارداً على الذهب أصالة، وجاء الخرز تبعاً، ولم يعتد الرسول بكلام السائل: أنه يريد الحجر، لأن القصد الظاهر في القلادة متجه نحو الذهب فهو الأصل المقصود، مما يعطي للقصد العام الأهمية القصوى، وأما الحديث الصحيح المتفق عليه "من باع عبداً وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع" ففيه أن البيع قد وقع على أصل العبد، وجاء ماله ولو كان ذهباً أو فضة (كثيراً أو قليلاً تبعاً) ، حيث يدل الحديث بظاهره على جواز ذلك دون النظر إلى جنس الثمن لأن لفظ "مال" في الحديث يشمل جميع أمواله نقداً كان أو

ديناً ، أو عرضاً قليلاً أو كثيراً كما يدل على أن مال العبد المباع مهما كان مقداره أو نوعه فهو تابع له .

وكذلك الحال في الحديث الصحيح المتفق عليه بلفظ " من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر ، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع " حيث يدل على جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحها تبعاً للنخل ، مع أنه لا يجوز بيعها وحدها لثبوت النهي عن ذلك .

ومن تطبيقات ذلك ما ذهب إليه الحنابلة من أن " صلاح بعض ثمرة شجرة في بستان صلاح لها - أي للشجرة - وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد " وإنما صح مع ما بدا صلاحه تبعاً له^١ وعلى ضوء ذلك يجوز تداول الأسهم أو الصكوك أو الوحدات الاستثمارية مهما كانت نسبة الديون أو النقود بالشروط التالية :-

(١) أن تحدد أغراض الشركة بأعمال التجارة والاستثمار أو الصناعة أو الزراعة من خلال العقود الواردة على السلع أو المنافع أو الحقوق ، أي أن لا تحدد أغراضها في الصيرفة ، أو بيع الديون .

(٢) أن لا تقتصر موجودات الشركة أو الصندوق أو الصكوك على النقود والديون فيكون فيها موجودات مادية أو معنوية من أعيان ومنافع دون النظر إلى النسبة.

(٣) أن تكون أعمال البيع والشراء والاستصناع ونحوها هي المقصودة أصالة ، وتكون الديون أو النقود قد أتت تابعة غير مقصودة وإنما اقتضتها طبيعة أنشطة المؤسسة بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع ، أي أن هناك قصداً تبعياً لها ضمناً.

والمراد بالقصد المعتبر هو أن يكون محل التداول حصة في الوعاء الاستثماري للنشاط المشروع القائم أصالة على المتاجرة في السلع والخدمات غير المقتصر على التعامل في النقود المحضنة والديون المحضنة أما إذا كان محل التداول الديون - كما في سندات الديون - أو النقود فقط فلا يجوز تداولها إلا على ضوء ضوابط بيع الديون والنقود.

(٤) أن تبدأ المؤسسة ممارسة أنشطتها في الأعيان والمنافع أما قبل ذلك فيكون التداول نقداً بالقيمة المدفوعة.

(٥) وأن يتوقف التداول عند إعلان التصفية القانونية للمؤسسة .

(٦) لا يجوز أن يتخذ القول بالجواز ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع ، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول.

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم وأن أكون قد وفقت من الوصول إلى ما أصبو إليه . فهو حسبي ، فنعم المولى ونعم النصير ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين .

(١) كشف القناع (٣/٣٨٧) ويراجع المغني (٦/١٥٦)



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

حكم تداول الأسهم والصكوك وضوابطها الشرعية مع بيان ضابط التبعية وشروطه، ووقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه

إعداد

أ.د. عبد الرحمن بن عبد الله السند
الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء بالرياض
الخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه
أجمعين، وبعد:

أود أن أسجل - في بداية هذه الورقة - الرغبة في التأكيد على أهمية الإفادة من
اجتماع أهل العلم والمهتمين بالنوازل المعاصرة التي تحتاج إلى إبداء رأي شرعي، وذلك لأن
اجتماعهم على طاولة واحدة مع تباعد أوطانهم وكثرة أعمالهم ليس بالأمر اليسور، ولذلك
فإن الإصرار على الإفادة المثلى من ذلك يعد ضرورة بحثية عصرية.
ومن أبرز ما يحقق ذلك:

- (١) اختيار المسألة محل البحث بشكل محدد وواضح؛ لتلا يذهب البحث والنقاش إلى
نقاط محسومة أو ليست مهمة، وهذه مسؤولية الجهات المنظمة التابعة لمؤسسات
الاجتهاد الجماعي. وقد أحسنت أمانة المجمع - إلى حد كبير - في هذا الموضوع
بتضييق دائرة البحث والنقاش في (ضابط التبعية والغلبة)، لكون أصل المسألة
مسبوق بالبحث والدرس، فالمسألة تفريعات كثير منها محسوم.
- (٢) الاقتصاد في الكتابة في المسألة وعدم التوسع، لتلا يخرج البحث عن مقصوده،
مع أهمية تتبع ورصد ما سبق في المسألة من اجتهادات فردية وجماعية في الموضوع؛
ليسهم ذلك في إنضاج الموضوع وتحريره بشكل أمثل، وهذه مسؤولية الباحثين
المستكبين. وأرجو أن تكون هذه الورقة أنموذجاً لذلك.

هذا وينتظم البحث في مقدمة، وتمهيد، وستة مباحث، وخاتمة.

- المقدمة.
- التمهيد.
- المبحث الأول: تصور المسألة وتحريرها.
- المبحث الثاني: مدرك الخلاف في المسألة.
- المبحث الثالث: الاجتهادات الفردية السابقة في المسألة.
- المبحث الرابع: الاجتهادات الجماعية السابقة في المسألة.
- المبحث الخامس: ضابط التبعية والغلبة.
- المبحث السادس: استثناءات من المسألة.
- الخاتمة (مشروع القرار).

التمهيد

لا يشك فقيه معاصر ومهتم بالعمل المصرفي والمالي بأهمية هذا الموضوع وضرورة حسمه، لما يترتب عليه من آثار عميقة في السوق المالي الإسلامي. فلا تخلو الأوراق المالية الإسلامية (الأسهم والصكوك) التابعة لأوعية استثمارية من نقود أو ديون تكون من ضمن موجوداتها، بغض النظر عن نوع نشاطها، وبغض النظر عن قدر الأعيان والمنافع والحقوق فيها، وبغض النظر عن قدر تلك الديون والنقود.

إذا تقرر هذا؛ فإن من الآثار المترتبة على اختيار قول من الأقوال في هذه المسألة، القول بتأثير تلك النقود والديون على تداول الأسهم والصكوك والحكم بمنع تداولها، وحينئذ كساد السوق المالي الإسلامي، بل بالغ بعضهم بأن هذا يؤول إلى القضاء على فكرة العمل المصرفي الإسلامي، وذلك لأن القول بتطبيق ضوابط التعامل بالنقود يعني التعامل بأحكام الصرف، وأبرزها: التماثل (إذا بيع بجنسه)، والتقابض. كما أن القول بتأثير الديون يجعل ذلك من قبيل بيع الدين، وعامة الفقهاء على المنع منه. ومن أجازة فقد جعل له ضوابط يتعذر تطبيقها عملياً في تداول الأسهم والصكوك، ومن أبرزها: أن يكون بمثل الثمن لئلا يربح فيما لم يضمن، وألا يكون الدين وعوضه من جنس ربوي واحد؛ للزوم التقابض حينئذ، والقبض غير متحقق في الدين.

وبهذا تبرز أهمية بحث هذا الموضوع وعرضه على العلماء والفقهاء في هذا المجمع الإسلامي الفقهي الكبير.

المبحث الأول تصور المسألة وتحليله

على الرغم من صدور عدة اجتهادات جماعية وفردية في الموضوع، إلا أن كثيراً منها افتقر إلى تحرير مفاصل المسألة.

المطلب الأول صورة المسألة

هي: أثر الديون والنقود "المختلطة" بالأعيان والمنافع والحقوق على تداول الأوراق المالية، فلا يشمل البحث: الديون المتمحضة ولا النقود المتمحضة في الوعاء الاستثماري.

المطلب الثاني مفاصل المسألة

- (١) هل هي مؤثرة؟
- (٢) متى يتحقق تأثيرها؟
- (٣) ما الأثر المترتب على ذلك؟

ويبدو من خطاب استكتاب أمانة المجمع، أنه قد حسم النقطة الأولى بكونها مؤثرة، وهذا ما عليه غالب الاجتهادات الجماعية التي صدرت في هذه المسألة، مع وجود اجتهادات فردية لا ترى التأثير إطلاقاً.

كما يظهر من خطاب الاستكتاب الرغبة في حسم النقطة الثانية فقط. مع إغفال التأكيد على حسم النقطة الثالثة أيضاً على الرغم من أهميتها، ولتوقف المجمع في النقطة الثالثة تحديداً، حتى خرجت صياغة القرار فضفاضة - بعد طول نقاش - أملاً في تحرير المسألة، وكان ذلك قبل أكثر من ٢٥ عاماً، حيث جاء في القرار ٣٠ (٤/٥) بتاريخ ١٤٠٨/٦/٢٣ هـ: (أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة).

وقد اشتمل القرار على النتائج الآتية:

- (١) أن الديون والنقود مؤثرة.
- (٢) أن التأثير يتحقق بالغلبة. وهذا يحتاج إلى ضابط أكثر تحريراً، وهو ما جاء في خطاب الاستكتاب.
- (٣) ما الأثر المترتب على ذلك؟ جاءت الصياغة بأن تراعى "الأحكام الشرعية" بلا تفصيل.

فما المراد بالأحكام الشرعية في هذه الحال؛ هل يمنع التداول مطلقاً؟ أم يجوز بشروط؟ أم يختلف الأمر بحسب الحال فيكون الحكم للأغلب مطلقاً¹ مع التأكيد على أن صورة المسألة هي في الديون والنقود "المختلطة" بالأعيان، وليست النقود "المحضة" فتطبق حينئذ أحكام الصرف ولا إشكال، ولا الديون "المحضة" فتطبق حينئذ أحكام بيع الدين ولا إشكال.

¹ مكونات الأسهم وأثرها في التداول، د. عبدالستار أبو غدة ٤٢/٢ - بحوث في المعاملات.

المبحث الثاني مدرك الخلاف في المسألة

مدرك الخلاف في المسألة هو: هل الديون والنقود مقصودة في التعامل؟

فبعضهم يرى أن الديون والنقود غير مقصودة في التعامل، ولذا أجاز التداول مطلقاً وجعلها تابعة في كل الأحوال، وبعضهم رأى احتمال قصدتها في بعض الأحوال؛ فجعل للجواز ضوابط في ذلك.

(١) فإن كانت النقود والديون غير مقصودة في التعامل؛ فيجوز تداول الأوراق المالية - والحال هذه - باتفاق الفقهاء.

فقد حكى الاتفاق على جواز بيع ما فيه الربا بغير جنسه ومعه من جنسه ما يبيع به إذا كان غير مقصود. قال ابن قدامة: (لا أعلم فيه خلافا).^١

وأصله ما جاء في الصحيحين من حديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع).^٢

فالمال غير مقصود بغض النظر عن قدره أو جنسه (سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عينا كان أو دينا، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر)^٣ كما قرر ذلك الموفق ابن قدامة.

(٢) أما إذا كانت الديون والنقود مقصودة في التعامل؛ فيجري عليها حينئذٍ خلاف الفقهاء في المسألة المشهورة عند بعضهم بمسألة: "مد عجوة ودرهم".

وأصلها ما جاء في صحيح مسلم من حديث فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال: اشترت يوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً، فيها ذهب وخرز، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: (لا تباع حتى تفصل).^٤

وأشير بإيجاز إلى خلاف الفقهاء في مسألة "مد عجوة ودرهم" على أقوال:

القول الأول: المنع، وهو قول الشافعية والحنابلة.^٥

القول الثاني: الجواز؛ إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره. وهو قول الحنفية.^٦

القول الثالث: الجواز؛ إذا كان الربوي تابعاً. وهو قول المالكية.^٧

^١ المغني ٩٦/٦.

^٢ أخرجه البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

^٣ المغني ٢٥٧/٦ - ٢٥٨.

^٤ أخرجه مسلم (١٥٩١).

^٥ شرح مسلم ١٨/١١ - ١٩، الحاوي ١١٣/٥، المغني ٩٢/٦ - ٩٥.

^٦ رد المحتار ٢٦٥/٥، ٢٦٦.

^٧ بداية المجتهد ١٩٧/٢.

القول الرابع: الجواز؛ ما لم يكن حيلة على الربا. ومن علامات انتفاء الحيلة: أن يكون المفرد أكثر، أو يكون الربوي تابعاً. وهو رواية في مذهب الحنابلة، اختارها ابن تيمية^١.

والقول الرابع هو الأرجح؛ توفيقاً بين حديث العبد وحديث القلادة، وهو يجمع القول الثاني والثالث، وهو الأقرب للمقصود الشرعي من المعاملات.

^١ (مجموع الفتاوى ٢٨/٢٩، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٨، ٤٦٢، ٤٦٤ الاختيارات ص ١٨٩).

المبحث الثالث الاجتهادات الفردية السابقة في المسألة

من باب استكمال النظر ورصد الجهود السابقة في المسألة، يحسن الإشارة إلى أقوال المعاصرين في هذه المسألة، ويمكن إجمالها في اتجاهين^١:

- الاتجاه الأول: القول بعدم تأثيرها مطلقاً.
- الاتجاه الثاني: القول بعدم تأثيرها بقيد.
- الاتجاه الأول: القول بعدم تأثيرها مطلقاً.
- الاتجاه الأول: القول بعدم تأثيرها مطلقاً.

وبالتالي فهذا الاتجاه لا يحتاج أساساً للبحث في متى يتحقق التأثير؟ ولا حتى في الأثر المترتب عليه؟ وسيكون الموضوع - المدرج في جدول أعمال دورة المجمع هذه - حينئذ من الترف العلمي بالنسبة له.

وقد قال بهذا الاتجاه بعض المعاصرين، على اختلاف بينهم في (المناطق) الذي انطلق منه في اجتهاده.

- (١) فمنهم من يرى الجواز مطلقاً؛ انطلاقاً من أن المقصود هو نشاط الوعاء الاستثماري وأرباحه؛ فتكون الديون والنقود حينئذٍ تابعة مطلقاً. وهذه فتوى محررة للشيخ محمد ابن إبراهيم للملك سعود رحمه الله قبل أكثر من ٥٠ سنة^٢.
- (٢) ومنهم من يرى الجواز مطلقاً؛ انطلاقاً من كون الورقة المالية ليست حصة في موجودات الوعاء - كما استقرت عليه عامة الاجتهادات الجماعية والفردية^٣ - ، وإنما هي حصة في الشخصية الاعتبارية للوعاء الاستثماري، وحينئذٍ فيجوز التداول مطلقاً بغض النظر عن موجوداتها؛ لكونها تابعة مطلقاً.

(١) وثم اتجاه ثالث بتأثيرها مطلقاً، فيمنع التداول مطلقاً إلا إذا تمحض الوعاء الاستثماري للأعيان، ويرى ذلك الصديق الضريب. ينظر: مكونات الأسهم وأثرها في التداول، د. عبدالستار أبو غدة ٤٤/٢ - الهامش. ولم أر من وافقه عليه.

(٢) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (مفتي الديار السعودية ورئيس قضااتها في وقته ت١٣٨٩هـ) ٤١/٧ - ٤٣، ومما جاء في الفتوى: (فإن قيل: إن في هذه الشركات نقوداً، وبيع النقد بنقد لا يصح إلا بشرطه. فيقال: إن النقود هنا تابعة غير مقصودة... فإن قيل: إن للشركة ديوناً في ذمم الغير، أو أن على تلك السهام المبيعة قسطاً من الديون التي قد تكون على أصل الشركة، وبيع الدين في الذمم لا يجوز إلا لمن هو عليه بشرطه. فيقال: وهذا أيضاً من الأشياء التابعة التي لا تستقل بحكم بل هي تابعة لغيرها... ومما يوضح ما ذكر أن هذه الشركة ليس المقصود منها موجوداتها الحالية، وليست زيادتها أو نقصها بحسب ممتلكاتها وأقيامها الحاضرة، وإنما المقصود منها أمرٌ وراء ذلك وهو نجاحها ومستقبلها وقوة الأمر في إنتاجها والحصول على أرباحها المستمرة غالباً، وبما ذكر يتضح وجه القول بجواز بيعها على هذه الصفة).

(٣) ومنها قرار المجمع، ومعيار الأيوبي، وفتوى ندوة البركة، وغالب الاجتهادات الفردية من أهل العلم والباحثين.

(٤) أول من أثار هذا التكليف هو د.سامي حمود رحمه الله كما في مجلة المجمع ٢٠٤٦/٣/٤، ٢٠٦١، وبسطه ونشره د.محمد القرني في بحثه: الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة ص٥٠، وكذا د.يوسف الشبيلي في بحثه: حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس ص٦، ١٠، وبه صدر قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد بالرياض كما سيأتي، وكذا د.أسامة اللاحم في بحثه: بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة ٧٧٨/٢.

(٣) ومنهم من يرى الجواز مطلقاً؛ انطلاقاً من كون الورقة المالية ليست حصة في موجودات الوعاء أيضاً، وإنما هي وثيقة تتيح لحاملها جملة من الحقوق^١، وحينئذ فيجوز التداول مطلقاً بغض النظر عن موجوداتها؛ لكونها تابعة مطلقاً.

(٤) ومنهم من يرى الجواز مطلقاً تخريجاً على مسألة التخارج بين الورثة والشركاء، التي يكون فيها معاوضة على مال مقابل ما قد يشتمل على نقود وديون^٢.

• الاتجاه الثاني: القول بعدم تأثيرها بقيد.

وهذا قال به كثير من المعاصرين، على اختلاف بينهم في (القيد) الذي انطلق منه في اجتهاده.

(١) فمنهم من يرى قيد الغلبة.

وأبرز من يرى ذلك قرار المجمع الصادر قبل ٢٥ عاماً، كما سيأتي، وعليه دار نقاش أعضائه.

وقد كانت فكرة اشتراط هذا القيد (الغلبة) في حقيقة الأمر هي تحديد معيارٍ للقصد والتبع (كما في القيد التالي)، لأن التابع لا يتصور إلا أن يكون مغلوباً^٣.

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى صعوبة تطبيق هذا القيد وتعذر^٤، وهو ما قررته بعض الاجتهادات الجماعية^٥، فضلاً عن آثاره التي تؤدي إلى منع تداول أسهم البنوك الإسلامية؛ لأن غالبها من النقود والديون^٦. مما جعل أكثر الاجتهادات تتجه للقيد التالي:

(٢) قيد القصد.

وهذا يختلف عن الاتجاه الأول القائل بعدم تأثير الديون والنقود مطلقاً لكونها غير مقصودة، لأن هذا الرأي يرى احتمال قصدها في بعض الأحوال، وحينئذ اشترط هذا القيد. أما الاتجاه الأول فلا يرى احتمال قصد الديون والنقود وارداً.

وبعض الاجتهادات الجماعية اتجهت لهذا الرأي، منها: فتوى ندوة البركة، وملتقى الراجحي كما سيأتي.

(٣) ومنهم من يرى قيد القصد والغلبة معاً. وأخذ بهذا معيار الأيوبي كما سيأتي.

(٤) ومنهم من يرى قيد القصد إذا كان ظاهراً، وقيد الغلبة إذا كان القصد خفياً. وأخذ بهذا قرار مؤتمر مركز شوري كما سيأتي.

^١ كحق الحصول على الربح المتحقق من الورقة المالية، وحق المشاركة في التصويت على قرارات الجمعية العمومية، وحق المشاركة في موجودات الوعاء عند التصفية.

^٢ مكونات الأسهم وأثرها على تداولها، د.حسين حامد ص ٤٦.

^٣ مجلة المجمع ٢٠٦١/٣/٤، ٢٠٦٨، الربا للمترك ص ٣٧٤، مكونات الأسهم وأثرها على تداولها، حامد ص ٣٧، وعبدالستار ص ٣٩، ٥٤.

^٤ مجلة المجمع ٢٠٤٩/٣/٤. والقول بأن التابع لا يكون إلا مغلوباً غير مسلم، فالعبرة بالقصد لا القدر، وتقدم كلام ابن قدامة.

^٥ مجلة المجمع ٢٠٥٤/٣/٤ - الصديق الضيرير. وينظر: الشخصية الاعتبارية للقري ص ٣٨ - ٣٩.

^٦ فتوى ندوة البركة، توصية ملتقى الراجحي، كما سيأتي.

^٧ مجلة المجمع ٢٠٤٦/٣/٤، ٢٠٦٠ - ٢٠٦١.

المبحث الرابع الاجتهادات الجماعية السابقة في المسألة

لقد صدرت جملة من الاجتهادات الجماعية في هذه المسألة، ومنها:

(١) ما جاء في توصيات ندوة سندات المقارضة وسندات الاستثمار التي أقامها المجمع مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية بتاريخ ١٤٠٨/١/٩هـ: (العنصر الثالث: أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك تصرفاً من المالك في ملكه مع مراعاة الضوابط التالية:

(i) إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف .

(ب) إذا أصبح مال القراض ديوناً يطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول النقود بالنقود .

(ج) إذا صار مال القراض موجودات مختلفة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضي عليه وطبقاً للأحكام الشرعية، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع).

(٢) قرار المجمع ٣٠ (٤/٥) بتاريخ ١٤٠٨/٦/٢٣هـ بشأن: سندات المقارضة وسندات الاستثمار: (العنصر الثالث: أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:

(i) إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف .

(ب) إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول التعامل بالديون.

(ج) إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضي عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة. وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصولياً في سجلات الجهة المصدرة).

(٣) وأحال قرار المجمع ١٧٨ (١٩/٤) الأخير في الشارقة بشأن: الصكوك - وذلك فيما يتعلق بتداولها- للقرار السابق.

(٤) وفي قرار المجمع ١٣٧ (١٥/٣) بشأن: صكوك الإجارة، جاء فيه فيما يتعلق بالتداول: (٧/ يجوز للمستأجر الذي له حق الإجارة من الباطن أن يصدر صكوك إجارة تمثل حصصاً شائعة في المنافع التي ملكها بالاستئجار بقصد إجارتها من الباطن، ويشترط لجواز ذلك أن يتم إصدار الصكوك قبل إبرام العقود مع المستأجرين، سواء تم الإيجار بمثل أجرة الإجارة الأولى أو أقل منها أو أكثر، أما إذا أبرمت العقود مع المستأجرين، فلا يجوز إصدار الصكوك؛ لأنها تمثل ديوناً للمصدر على المستأجرين). وفي آخر القرار أوصى المجمع بدراسة تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة.

(٥) المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار الصادر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ ١٤٢٤/٣/٧هـ في البند ١/٢/٥: (يجوز تداول الصكوك واستردادها إذا كانت تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات من أعيان أو منافع أو خدمات، بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك وبدء النشاط، أما قبل بدء النشاط فتراعى الضوابط الشرعية لعقد الصرف، كما تراعى أحكام الديون إذا تمت التصفية وكانت الموجودات ديوناً، أو تم بيع ما تمثله الصكوك بثمن مؤجل).

(٦) المعيار الشرعي للأوراق المالية الصادر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الصادر بتاريخ ١٤٢٥/٣/٣٠هـ في البنود الآتية:

- (١٧/٣) - لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها نقوداً فقط، سواء في فترة الاكتتاب، أو بعد ذلك قبل أن تزاوِل الشركة نشاطها، أو عند التصفية إلا بالقيمة الاسمية وبشرط التقابض.
- (١٨/٣) - لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها ديوناً فقط إلا بمراعاة أحكام التصرف في الديون.
- (١٩/٣) - إذا كانت موجودات الشركات مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون فيختلف حكم تداول أسهمها بحسب الأصل المتبوع وهو: غرض الشركة ونشاطها المعمول به:

(أ) فإذا كان غرضها ونشاطها: التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق؛ فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون؛ شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها (أي ديون الشركة على الغير وحساباتها

الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديوناً) بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها حينئذ تابعة.

(ب) أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات (الصرافة) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف.

(ج) ج- وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو: التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون).

(٧) جاء في البيان الإيضاحي الشهير للمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة (الأيوفي) بتاريخ ١٤٢٩/٢/٨هـ بشأن: الصكوك في البند (ثانياً) منه: (لا يجوز أن تمثل الصكوك القابلة للتداول: الإيرادات أو الديون، إلا إذا باعت جهة تجارية أو مالية جميع موجوداتها، أو محفظة لها ذمة مالية قائمة لديها، ودخلت الديون تابعة - للأعيان والمنافع - غير مقصودة في الأصل).

(٨) فتوى ندوة البركة ٥/٢ بتاريخ ١٤٠٥/٢/١٣هـ: "يجوز الاتفاق على بيع حصص أو أسهم في شركة ذات موجودات حقيقية^١ ليست مقتصرة على الديون والنقود أو أحدهما".

(٩) فتوى ندوة البركة ٢/٢٠ بتاريخ ١٤٢٢/٢/٥هـ وموضوعها: مكونات الأسهم وأثرها على تداولها: (بعد الاطلاع على ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠ (٤/٥) من أنه "إذا كان الغالب (في موجودات الصكوك) نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع"، وهذه اللائحة لم توضع حتى الآن. وحيث اشتملت أوراق العمل المقدمة في هذا الموضوع على مبادئ شرعية عديدة، بديلة عن مبدأ الغلبة، في حالة اشتغال الوعاء الاستثماري (من شركات أو صناديق أو صكوك) على أعيان ومنافع وديون ونقود؛ فإن المبدأ الذي يُلائم أوضاع تلك الأوعية الاستثمارية - التي يتعذر عليها تطبيق مبدأ غلبة الأعيان والمنافع على الديون والنقود - هو مبدأ: اعتبار ما هو مقصود من التعامل، وإلحاق ما هو تابع له. وعليه: فإنه يجوز التداول في أسهم الشركات أو وحدات الصناديق أو الصكوك الاستثمارية، بالسعر المتراضى عليه إذا اشتملت أصولها على أعيان (موجودات مادية ومعنوية) ومنافع وديون ونقود دون نظر إلى نسبة كل منها، ما دامت الديون والنقود غير مقصودة بالتعامل؛ بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع، ولم تتحمض تلك الأوعية في النقود مثل الأوعية الاستثمارية قبل مزاولتها في الأعيان والمنافع أو قبيل تصنيفها، أو أن يكون نشاطها في الذهب والفضة والعملات فيطبق عليها حينئذ أحكام الصرف، أو أن

(^١) بأن تكون كثيرة. مكونات الأسهم وأثرها في التداول، د.عبدالستار أبو غدة ٤٧/٢.

تتحمض تلك الأوعية في الديون فيطبق عليها أحكام بيع الديون، كما في قرار الجمع. والمراد بالقصد المعتبر هو: أن يكون محل التعاقد: حصة في الوعاء الاستثماري للنشاط المشروع القائم أصالةً على الموجودات السلعية والخدمية غير المقتصر على التعامل في النقود المحضة والديون المحضة. ولا يجوز تطبيق مبدأ "أن العبرة بالقصد" للتحايل واتخاذ ذريعة لتصكيك الديون وتداولها. ومما يستدل به لهذا المبدأ حديث بيع العبد الذي له مال إذا اشترطه المشتري، والتطبيقات الشرعية العديدة لمبدأ التبعية مثل تبعية الثمر قبل بدو الصلاح للشجر المبيع، وتبعية الحمل للذئبة المبيعة وغيرها مما يكون تابعاً غير مقصود بالعقد بالقصد الأساسي).

(١٠) توصيات ملتقى الراجحي وموضوعه: تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود، بتاريخ ١٢/٥/١٤٢٢هـ: (وبعد الدراسة والمناقشة أوصى المشاركون بما يلي:

(أ) يجوز تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود بناءً على قاعدة التبعية وأن العبرة بالقصد وما عداه فتبع؛ ويدل لذلك ما يلي:

- عموم النصوص الدالة على أنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها، مثل حديث بيع العبد الذي له مال، وبيع الحمل مع أمه، وبيع الثمرة التي لم يبدُ صلاحها مع الأصل، وغير ذلك من الأمثلة الفقهية العديدة.
- أن هذا الرأي يعد الأقرب إلى تحقيق مقصود الشارع من إباحة التعامل فيما تحققت فيه شروط الإباحة، كما أن في الأخذ به سداً لحاجة المسلمين المقتضية للتعامل في أسهم الشركات المساهمة ووحدات الصناديق الاستثمارية.

• أن هذا الرأي يعد أقرب الآراء إلى إمكانية التطبيق.

(ب) الجواز المذكور في الفقرة السابقة مشروط ببداية نشاط الشركات المساهمة والصناديق الاستثمارية؛ لتلا يؤدي القول بذلك إلى فتح باب الصورية وتداول النقود والديون، كما أنه مشروط باستيفاء الشروط الأخرى لجواز التعامل بالأسهم والوحدات ككون النشاط المتعامل به مباحاً.

(ج) وعلى القول بهذا الرأي فهل يشترط في التابع أن يكون أقل من المتبوع؟.

(١١) قرار المؤتمر الفقهي الأول لمركز شوري للاستشارات الشرعية بالكويت، في موضوع: قاعدة التبعية في العقود وأثرها على الترخيصات الشرعية، بتاريخ ٢٢/١٠/١٤٢٧هـ: (من أهم التطبيقات المعاصرة لقاعدة التبعية: يغتفر في تداول أسهم الشركات والصناديق الاستثمارية - بعد ممارستها لنشاطها - اشتغال موجوداتها أو محافظتها على نقود وديون تزيد على الأعيان والمنافع والحقوق المالية إذا ظهر بدلالة العرف السائد أن المقصود أصالة (الذي يهدف إليه المتعاقدون أو أغلبيتهم من الشراء) هو نشاطها التجاري بالشراء والبيع والإجارة والاستصناع

والسلم وغير ذلك من العقود الواردة على السلع والمنافع. أما إذا كان ما هو مقصود أصالة وما هو مقصود تبعاً لدى المتعاقدين خفياً بدلالة العرف، فإنه يرجع في تحديد ذلك إلى ضابط القلة والكثرة، وهو أن الأقل تبع للأكثر في الأحكام، وفي هذه الحالة إذا كانت الديون والنقود أقل من الأعيان والمنافع والحقوق، فإن تداولها مغتفر بموجب التبعية، وإن كانت أكثر منها بحيث تزيد على ٥٠٪ من مجموع الموجودات فإنها تكون محظورة التداول. وإلى هذا الرأي اتجه أكثر المشاركين في المؤتمر، بينما رجح بعضهم وجوب الالتزام بضابط القلة والكثرة في جميع الأحوال).

(١٢) قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي بالرياض (٥١٥) بتاريخ ١٣/٦/١٤٢٣هـ بشأن صندوق استثماري يستثمر في السلع والعقارات في الأسواق المحلية بالبيع الآجل لها، وفيه: (لا يجوز تداول وحدات الصندوق إلا بعد بدء نشاطه واستمرار مزاولته لهذا النشاط في موجوداته الاستثمارية في الأعيان من السلع والعقارات ونحوها، وعليه فلا يجوز التداول خلال فترة الاكتتاب إلا بمراعاة أحكام الصرف، كما لا يجوز التداول عند توقف نشاط الصندوق نهائياً، كالتوقف للتصفية؛ إذا كان في موجوداته ديون ونقود؛ إذ يجب أن تراعى هنا أحكام الصرف وشروطه وأحكام بيع الدين).

(١٣) قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد بالرياض (٤٥) بتاريخ ١٠/٨/١٤٢٦هـ بشأن صندوق استثماري يستثمر في المعادن الدولية بالبيع الآجل لها، وفيه: (يجوز بيع وحدات صناديق المعادن وإن اشتملت على نقود وديون؛ لأن للصندوق شخصية حكومية، والنقود والديون تابعة للشخصية الحكومية التي يؤثر فيها عوامل أخرى؛ ككفاءة مدير الصندوق، والتصاريح الرسمية لإقامة الصندوق، والعلاقات التعاقدية مع الجهات الاستثمارية وغيرها).

(١٤) قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء بالرياض (١٤٢) بتاريخ ٢٦/١٢/١٤٣٠هـ بشأن صندوق استثماري يستثمر في المعادن الدولية بالبيع الآجل لها، وفيه: (لا يجوز تداول وحدات الصندوق إلا بعد مزاولته للنشاط في موجوداته الاستثمارية).

وكذا قرارها (٣٥٧) بتاريخ ١٧/٢/١٤٣٣هـ بشأن صكوك هيئة الطيران المدني السعودي، وقد تمثلت أصول الصكوك في: منافع هبوط مطارات الرياض وجدة والدمام التي استأجرها حملة الصكوك من المصدر بما لا يقل عن ٥١٪ من رأس مال الصكوك؛ بغرض استغلالها، إضافة لدين سينشأ من شراء حملة الصكوك معادن وبيعها بالأجل على المصدر بما لا يزيد ثمنها عن ٤٩٪ من رأس مال الصكوك. وجاء القرار بمنع الاستثمار لجملة من الاعتبارات الشرعية، كان منها: (أن تداول الصك بهذه الهيكلية يشتمل على تداول ما لا يصح تداوله شرعاً وهو الدين؛ لأن دين المرابحة أحد المكونات الرئيسيين لموجودات الصك، ودين المرابحة

هنا لا يصح أن يعد تابِعاً؛ لأنه مقصود أصالة وقد أنشئ ابتداءً مرة واحدة، ولم يكن متولداً من أنشطة متجددة تتقلب فيها الموجودات من ديون وأصول).

المبحث الخامس ضابط التبعية والغلبة

إذا تقرر جميع ما تقدم، فإن القائلين بالجواز - سواء من الاجتهادات الفردية أو الجماعية - بقيد القصد أو الغلبة، قد اختلفوا في ضابط هذا القيد، ومدى تحققه.

المطلب الأول ضابط التبعية

(١) بعضهم يرى الضابط: هو نشاط الوعاء. فإن كان في البيوع الآجلة فالديون أصيلة، وإن كان في الأنشطة المصرفية فالنقود أصيلة، وإن كان في نشاط زراعي أو تجاري أو عقاري أو صناعي؛ فالديون والنقود تابعة غير مقصودة^١.

(٢) وبعضهم يرى الضابط: هو مجرد اشتغال الوعاء على أعيان ومنافع وحقوق - ولو قل قدرها- ، فلا يصح أن يتمحض الوعاء للنقود أو الديون، أو يكون نشاط الوعاء في النقود أساساً (الذهب والفضة والعملات) أو نشاطه في الديون أساساً. ووجه اعتبار القصد للأعيان بغض النظر عن قدرها، دون قصد النقود أو الديون - حتى ولو كانت كثيرة أو غالبية- ، هو: أن الغرض من الوعاء أساساً هو الاستثمار والاسترباح؛ بتحويل النقود إلى أعيان وبيعها وتقليبها طلباً للربح^٢.

وهذا هو الظاهر من فتوى ندوة البركة، وتوصية ملتقى الراجحي، كما سبق.

(٣) وبعضهم يرى الضابط: هو نشاط الوعاء بأن يكون في الأعيان والمنافع على ألا تقل عن الثلث. وهذا ما ذهب له معيار الأيوبي^٣.

جاء في المستند الشرعي للمعيار: (مستند جواز تداول أسهم الشركات المشتملة على نقود أو ديون دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون ولو كانت أكثر من النصف؛ هو أنها تابعة، ويغتنر في التوابع ما لا يغتنر في غيرها، لكن إذا كانت الأعيان والمنافع أقل من الثلث فإنه لا يجوز تداول الأسهم إلا بمراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون؛ لأن الأعيان والمنافع في هذه الحالة قليلة، فلا يمكن اعتبار الديون والنقود تابعة لها، فتكون مقصودة بالعقد أصالة، فيشترط فيها الشروط التي تشترط فيها لو كانت مفردة).

^١ الخدمات الاستثمارية في المصارف، د.يوسف الشبيلي ٨٧/٢. وتغير اجتهاد الباحث كما في بحثه: حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس، وسبق الإشارة لقوله.

^٢ مكونات الأسهم وأثرها في التداول، د.عبدالستار أبو غدة ٤٩/٢.

المطلب الثاني ضابط الغلبة

- (١) فبعضهم قيده بالثلث (٣٠٪) وهذا ما ذهب إليه معيار الأيوبي كما سبق.
- (٢) وبعضهم قيده بالثلثين (٦٦٪) ويدعم ذلك ما جاء عن بعض الفقهاء عند تعذر التمييز بين الربوي وغيره فيقدر بالثلثين^١.
- (٣) وبعضهم قيده بالنصف (٥٠٪)^٢، ورفضه آخرون^٣.
- (٤) وبعضهم قيده بالأغلبية المطلقة ٥١٪ (وهي النصف + ١)، وهذا كالضابط السابق من حيث النتيجة.

^١ مجلة المجمع ٢٠٥١/٣/٤، ٢٠٧٠ - رفيق المصري.
^٢ مجلة المجمع ٢٠٤٧/٣/٤ - أحمد بزيغ ياسين رحمه الله.
^٣ مجلة المجمع ٢٠٥٠/٣/٤، ٢٠٥٤ - عمر زهير حافظ، الصديق الضرير.

المبحث السادس استثناءات من المسألة

ينبغي التأكيد على أن جميع الخلاف فيما يتقدم يخرج منه مسائل (وهذا يرد فقط على الاتجاه الثاني في أصل المسألة الذي يرى تأثير الديون والنقود، ولا يرد على الاتجاه الأول الذي ينفي الأثر مطلقاً) وهذه المسائل هي:

- (١) إذا لم يبدأ الوعاء في نشاطه كما في مرحلة اكتتاب الشركات.
 - (٢) إذا توقف الوعاء عن نشاطه كما في مرحلة التصفية.
 - (٣) إذا كان وجود الديون والنقود أصلاً في نشاط الوعاء، وإنما جيء بالأعيان والمنافع والحقوق حيلة لغرض التداول فقط. وهذا شائع في تطبيقات الصكوك تحديداً.
- وقد قرر استثناء هذه المسائل قرار المجمع في دورته التاسعة عشر في الشارقة، ومعيار الأوراق المالية للمجلس الشرعي للأيوبي، وفتوى ندوة البركة.
- وهو المتماشي مع ما سبق ترجيحه في مسألة مد عجوة ودرهم، بأن التداول يجوز ما لم يكن حيلة على الربا.

غير أن للباحث رأياً فيما يتعلق بمنع تداول وحدات الوعاء قبل بدء نشاطه، فهذا متجه فيما يتعلق بالصناديق الاستثمارية (الرسمية وغير الرسمية "الشخصية")، فإنه في مرحلة جمع رأس المال، والحكم بأن التعامل في هذه المرحلة هو تعامل بالنقود ظاهر جداً.

أما ما يتعلق بالشركات المساهمة فلا يظهر القول بمنع تداول أسهمها ولو لم تبدأ في نشاطها؛ ذلك أن القول بجواز تداولها لكون موجوداتها من النقود تابعة - في هذه المرحلة أيضاً - للشركة ونوع نشاطها، أقوى من القول بالحكم بالتعامل بالنقود.

الخاتمة (مشروع القرار)

- (١) يجوز تداول أسهم الشركات - التي لها ذمة مالية مستقلة - مطلقاً، حتى ولو كان قبل بدء نشاطها، أما الصناديق الاستثمارية (الرسمية وغير الرسمية) فلا يجوز تداول وحداتها قبل بدأ نشاطها أو عند توقفه؛ لأنها في هذه المرحلة نقود متمحضة.
- (٢) يجوز تداول الأوراق المالية المشتملة على أعيان ومنافع وحقوق معنوية ونقود وديون، بغض النظر عن قدر أي منها، ولا يؤثر اشتغال الموجودات على تلك النقود والديون؛ باعتبارها حينئذٍ تابعة غير مقصودة.
- (٣) لا يجوز التحايل على الربا بخلط أعيان منافع وحقوق (غير مقصودة ابتداءً) مع ديون أو نقود (محمضة) في موجودات الوعاء، أو كان نشاط الوعاء أساساً في النقود أو الديون؛ وذلك لغرض التداول.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

أحكام إصدار وتداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة وصكوك الإجارة مع الوعد بالتمليك على من اشترت منه

إعداد

د. يوسف بن عبد الله الشبيلي
أستاذ الفقه المشارك بالمعهد العالي للقضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ، أما بعد :

فهذا بحث في حكم إصدار الصكوك وتداولها في إجارة الموصوف في الذمة ،
وحكم إصدار صكوك إجارة مع وعد بالتمليك على من اشترت منه .

وقد قسمته إلى أربعة مباحث :

- المبحث الأول: التعريف بصكوك الإجارة الموصوفة في الذمة وأنواعها
- المبحث الثاني: حكم إصدار صكوك في إجارة الموصوف في الذمة وتخريجها الفقهي.
- المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بصكوك الإجارة الموصوفة في الذمة.
- المبحث الرابع: حكم إصدار صكوك إجارة مع وعد بالتمليك على من اشترت منه.

أسأل الله أن يجنبنا الزلل ويوفقنا لما يرضيه من القول والعمل.



المبحث الأول التعريف بصكوك الإجارة الموصوفة في الذمة وأنواعها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول التعريف بصكوك إجارة الموصوف في الذمة:

الصكوك في اللغة: جمع صك، بمعنى الكتاب، ويجمع على: أصك وصكوك وصكاك^(١).

والصكوك في الاصطلاح المالي: أوراق مالية متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص^(٢).

وتعرف الإجارة بأنها: "عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معينة أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم بعوض معلوم"^(٣).

ومن هذا التعريف يتبين أن الإجارة -من حيث محل العقد- تنقسم إلى قسمين:

الأول: الإجارة الواردة على منافع الأعيان، كإجارة الدور والدواب.

والثاني: الإجارة الواردة على منافع الأشخاص، كالخياطة والكتابة، ونحوها.

فالقسم الأول قد تكون فيه العين المؤجرة معينة كآجرتك هذه الدار، أو موصوفة في الذمة كآجرتك سيارة بهذه الصفات، وأما القسم الثاني فبالنظر إلى المنفعة (العمل) فهي لا تكون إلا موصوفة، وبالنظر إلى الشخص (الأجير) أو محل العمل فقد يكون معيناً أو غير معين؛ ولذا ذهب بعض أهل العلم إلى تقسيم الإجارة إلى ثلاثة أقسام بالنظر إلى أن إجارة الأعمال لا تكون إلا موصوفة.

قال ابن مفلح: "الإجارة أقسام: إجارة عين معينة فهي كالمبيع، وتفسخ بتعطل نفعها ابتداءً، أو دواماً فيما بقي، وإجارة عين موصوفة في الذمة فيشترط صفات السلم، ومتى غصبت أو تلفت أو تعيبت لزمه بدلها، فإن تعذر فللمكثري الفسخ، وتفسخ بمضي المدة إن كانت إلى مدة، وعقد على منفعة في الذمة، في شيء معين أو موصوف، كخياطة، ويشترط ضبطه بما لا يختلف".^٤

^١ القاموس المحيط، مادة (صكك) ص ١٢٢٢، المصباح المنير ص ٢٤٢.

^٢ المعايير الشرعية/ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار صكوك الاستثمار ص ٢٨٨.

^٣ الروض المربع ٢٩٣/٥، وهو تعريف الحنابلة وينظر تعريفات الإجارة في المذاهب الأخرى في المبسوط ٧٤/١٥، مواهب الجليل ٣٩٠/٥، مغني المحتاج ٤٠٢/٢.

^٤ الفروع ٤٤٠/٤

وتختلف إجارة الموصوف في الذمة عن إجارة المعين من أوجه عدة، منها^(١) :

- (١) في عقد إجارة الموصوف يجوز إبرام العقد قبل تملك المؤجر للعين المؤجرة على الصحيح من أقوال أهل العلم بخلاف إجارة المعين.
- (٢) لا يفسخ العقد بهلاك العين المؤجرة في إجارة الموصوف بل تستبدل بمثلها بخلاف إجارة المعين.
- (٣) لا يثبت خيار العيب في إجارة الموصوف، ولكن تستبدل المنفعة بمثلها، بينما في إجارة المعين يثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والإمضاء عند وجود العيب.
- (٤) ومما سبق يمكن تعريف صكوك إجارة الموصوف في الذمة بأنها: "وثائق متساوية القيمة قابلة للتداول وتمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان مؤجرة موصوفة في الذمة أو منافع أو خدمات"^(٢).

المطلب الثاني

أنواع صكوك إجارة الموصوف في الذمة

من التعريف السابق لصكوك إجارة الموصوف في الذمة يتبين أنها على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: صكوك ملكية الأصول المؤجرة:

وهي تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان موصوفة في الذمة تكون مؤجرة أو موعوداً باستئجارها، فحملة الصكوك هم المؤجرون لموجودات تلك الصكوك. وقد تكون الإجارة هنا تشغيلية أو منتهية بالتمليك.

والنوع الثاني: صكوك ملكية المنافع:

وهي تمثل حصصاً شائعة في ملكية منافع أعيان موصوفة في الذمة، تكون مستأجرة لصالح حملة الصكوك، أي أن حملة الصكوك هنا مستأجرون لتلك المنافع؛ كأن تؤجر شركة طيران طائرات موصوفة لحملة الصكوك، فقيمة الإصدار يمثل أجرة تلك الطائرات، وأصول الصكوك هي تلك المنافع الموصوفة.

والنوع الثالث: صكوك ملكية الخدمات:

وهي تمثل حصصاً شائعة في ملكية منافع (خدمات) موصوفة في الذمة لجهة معينة أو موصوفة في الذمة، فهذه الصكوك من قبيل إجارة الأعمال وليس الأعيان، والجهة المتعهدة بالمنفعة (الأجير) قد تكون معينة وقد تكون موصوفة في الذمة، ومن ذلك صكوك الخدمات التعليمية أو الطبية الموصوفة سواء حددت الجهة المنفذة كجامعة أو مستشفى بعينه أم لم تحدد؛ إذ تعد هذه الإجارة موصوفة في الذمة لكون المنفعة كذلك، بصرف النظر عن تعيين الجهة المنفذة من عدمه.

^١ ينظر: بدائع الصنائع ٤/١٧٤، المغني ٥/٣٠٥، مغني المحتاج ٤/٥١٤.

^٢ ينظر: صكوك الإجارة ص ٥٩، صكوك الإجارة خصائصها وضوابطها ص ١.

المبحث الثاني

حكم إصدار صكوك إجارة الموصوف في الذمة وتخريجها الفقهي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

حكم إجارة الموصوف في الذمة

اتفق أهل العلم على جواز عقد الإجارة من حيث الجملة^(١)؛ والأصل في ذلك قول الله تعالى - في استئجار الظئر - : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾^(٢). وقوله - في قصة موسى - : ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ﴾^(٣). ومن السنة أحاديث كثيرة منها ما ثبت عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الدليل خريتا^(٤).

ويرى عامة أهل العلم - كما سبق - أن الإجارة تصح معينة وموصوفة في الذمة، ونسبة القول بعدم جواز إجارة الموصوف في الذمة إلى فقهاء الحنفية غير دقيقة، بل المنصوص عليه في مصنفاتهم الجواز؛ قال السمرقندي: " فأما هلاك المستأجر، فإن كان شيئاً بعينه يبطل، وإن كان بغير عينه بأن وقعت الإجارة على دواب بغير عينها للحمل أو الركوب وسلم إليه الدواب، فهلكت فعلى المؤجر أن يأتي بغيرها ليحمل المتاع، وليس له أن يفسخ؛ لأنه لم يعجز عن وفاء ما التزمه بالعقد، وهو حمل متاعه إلى موضع كذا"^(٥).

وقال الكاساني: " وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها فسلم إليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الإجارة وعلى المؤجر أن يأتيه بغير ذلك؛ لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد؛ لأن الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة"^(٦).

والحنفية وإن كانوا يرون أن المنافع ليست أموالاً إلا أنهم يجيزون عقد الإجارة - الذي هو عقد على منافع - استحساناً^(٧).

١ البحر الرائق ٣٣/٨، شرح الخرشني ٢٨/٧، المجموع شرح المهذب ١٥/١٠٠، المغني ٥/٣٠٥

٢ سورة الطلاق، الآية (٥).

٣ سورة القصص، الآية (٢٧).

٤ أخرجه البخاري في كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام وعامل النبي ﷺ يهود خيبر، برقم ٢١٤٤.

٥ تحفة الفقهاء ٢/٣٦١

٦ بدائع الصنائع ٤/٢٢٣

٧ بدائع الصنائع ٤/١٧٤

المطلب الثاني

حكم تصكيك الأعيان أو المنافع الموصوفة في الذمة

التصكيك للأعيان والمنافع الموصوفة يعني: تقسيم الأصول الموصوفة في الذمة من أعيان مؤجرة أو منافع أو خدمات إلى حصص متساوية تمثل كل منها حصة مشاعة في العين أو المنفعة أو الخدمة بغرض بيعها للمستثمرين.

وحيث إن التصكيك يعكس ما يمثله من موجودات فهو يأخذ حكمها حلاً وحرمة؛ فإذا كانت تلك الأعيان والمنافع والخدمات مباحة فتصكيكها مباح أيضاً، وإذا كانت محرمة كالأعيان المؤجرة لأغراض محرمة، أو المنافع والخدمات فيما هو محرم شرعاً، فهذه يحرم تصكيكها؛ إذ الصك يأخذ حكم الأصل الذي يمثله.

وبالنظر إلى الأنواع الثلاثة السابقة لصكوك الإجارة فإنه يمكن تكييف عملية التصكيك على النحو الآتي:

- (١) كيف تصكيك الأعيان المؤجرة على أنه بيع لتلك الأعيان، فالبايع هو المصدر، والمشتري هم حملة الصكوك. وحصيلة الاكتتاب هي ثمن الشراء. وقد نص أهل العلم على جواز بيع العين المؤجرة من غير المستأجر، بشرط ألا يؤثر على حق المستأجر في استيفاء منفعته من العين، ولا تنفسخ به الإجارة^(١).
- (٢) وتصكيك المنافع الموصوفة يكيف على أنه من إجارة الموصوف في الذمة فالمؤجر هو مصدر الصكوك وهو المالك للأعيان الموصوفة، والمكتتبون في الصكوك هم المستأجرون، وحصيلة الاكتتاب هي الأجرة، أي أن حملة الصكوك يملكون منافع تلك الأعيان الموصوفة في الذمة بغنمها وغرمها، ويشترط في هذه الصكوك ما يشترط في إجارة الموصوف في الذمة من حيث كون الأعيان المؤجرة مما تنضبط بالوصف، وأن توصف وصفاً مجلياً يدفع الجهالة والغرر، وغيرها من الشروط.
- (٣) وأما تصكيك الخدمات فيكيف على أنه من الإجارة على الأعمال، فالمصدر هو الأجير - أي المتعهد بتقديم الخدمة الموصوفة - والمكتتبون هم المستأجرون، وحصيلة الاكتتاب هي الأجرة.

المطلب الثالث

التخريج الفقهي لعقد إجارة الموصوف في الذمة وعلاقته بالاستصناع والسلم

يتفق عقد إجارة الموصوف في الذمة مع عقدي الاستصناع والسلم في المنافع في أن العقود عليه في كل منها موصوف في الذمة.

ويختلف عقد إجارة الموصوف في الذمة عن عقد الاستصناع من أوجه:

^١ نهاية المحتاج ٨٠/٣، كشاف القناع ٣١/٤.

الأول: أن المعقود عليه في الإجارة منفعة موصوفة سواء أكانت منفعة عين أو منفعة عمل، بينما المعقود عليه في الاستصناع العين المستصنعة.

والثاني: في الإجارة لا يملك مشتري المنفعة (المستأجر) العين، بينما في الاستصناع يملك المشتري (المستصنع) العين المستصنعة.

والثالث: في الإجارة الموصوفة على عمل تكون العين من المستأجر والعمل من الأجير، بينما في الاستصناع تكون العين والعمل من الصانع.

والرابع: الإجارة الموصوفة ترد على منفعة الأدمي وغيره، بينما الاستصناع يرد على الأشياء التي تدخلها الصنعة فقط.

ويختلف عقد الإجارة الموصوفة عن السلم من أوجه:

الأول: أن المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة فقط دون العين، بينما في السلم قد يكون المعقود عليه عيناً موصوفة أو منفعة موصوفة وهو السلم في المنافع.

والثاني: الأصل في السلم أن يكون تسليم العين أو المنفعة الموصوفتين مؤجلاً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام - في السلم - : " إلى أجل معلوم" (١) ، م ولذا اختلف أهل العلم في حكم السلم الحال، بينما الإجارة قد تكون منجزة وقد تكون مضافة إلى زمن في المستقبل، والغالب فيها أن تكون منجزة.

ولما سبق من الفروق فلا يصح إلحاق الإجارة الموصوفة بعقد الاستصناع ولا بعقد السلم في المنافع، بل هي عقد قائم بذاته يختلف في طبيعته وخصائصه وأحكامه عن كل منهما.

^١ أخرجه البخاري في كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم برقم (٢١٢٦)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب السلم برقم (١٦٠٤) من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - .

المبحث الثالث

الأحكام المتعلقة بصكوك الإجارة الموصوفة في الذمة

وفيه مطالب:

المطلب الأول

التصرف في صكوك الإجارة الموصوفة وعلاقته بالتصرف في الدين:

وفيه فرعان:

الفرع الأول

تأجيل الأجر

يتجه بعض الباحثين إلى تخريج صكوك الإجارة الموصوفة على أنها صكوك مديونية وليست صكوك ملكية، باعتبار أن الأعيان أو المنافع التي تمثلها لها حكم الديون، وبنوا على ذلك عدم جواز تأجيل الأجرة التي تمثل العائد لحملة الصكوك سواء في صكوك الأعيان المؤجرة أو صكوك المنافع، وكذلك عدم جواز تأجيل دفع الاككتاب الذي يمثل الأجرة في صكوك المنافع؛ لأن ذلك كله من بيع الدين بالدين.

وهذه المسألة مبنية على حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة. وللفقهاء فيها ثلاثة أقوال:

القول الأول: وجوب تسليم الأجرة في مجلس العقد. وهو قول الشافعية^(١).

وحجتهم: أنها سلم في المنافع، فيشترط فيها ما يشترط في السلم.

ويناقش: بأن الإجارة الموصوفة تختلف عن السلم في المنافع. وقد سبق بيان تلك الفروق، فلا يصح قياسها عليه، وعلى فرض التسليم فلا يلزم أن تأخذ أحكام السلم من كل وجه؛ فالإجارة وإن كانت بيع منفعة إلا أنها ليست كالبيع من كل وجه. قال ابن القيم: "وإن قدر دخول الإجارة في لفظ البيع العام وهو بيع المنافع فحقيقتها غير حقيقة البيع وأحكامها غير أحكامه"^(٢).

والقول الثاني: وجوب تعجيل الأجرة إلا إذا شرع المستأجر في استيفاء المنفعة. وهو قول المالكية^(٣).

وحجتهم: أن تأجيل الأجرة مع تأخر الاستيفاء يجعله من الكائي بالكائي.

ويناقش: بأن الحديث الوارد في النهي عنه لا يثبت. قال ابن تيمية: "بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ولا إجماع"^(٤). والإجماع المحكي في المسألة إنما يصح في بعض صورته لا

^١ مغني المحتاج ٢/٤٣٠
^٢ إعلام الموقعين ٢/٢٤٠
^٣ حاشية الدسوقي ٣/١٩٦
^٤ مجموع الفتاوى ٢٠/٥١٢

كلها، فقد وقع في كثير من صوره خلاف؛ ولذا قال ابن السبكي: "أما إذا لم يثبت -أي الحديث- فالإجماع لا يمكن التمسك به مع وجود الخلاف في هذه الصورة الخاصة فإنه يؤول هذا إلى تفسير بيع الدين بالدين المجمع على منعه..أن يكون للرجل على الرجل دين فيجعله عليه في دين آخر"^(١).

والقول الثالث: التفرقة بين ما إذا أجري العقد بلفظ السلم أو السلف فيشترط تسليم الأجرة في مجلس العقد، وأما إذا عقدت بغير هذين اللفظين فلا يشترط. وهو قول الحنابلة^(٢).

وحجتهم: أن العقد بلفظ السلم أو السلف له حكم السلم في المنافع، فيشترط فيه ما يشترط في السلم.

ويناقش: بأن المعنى في الصورتين واحد؛ فلا يؤثر اختلاف الألفاظ، والعبرة في العقود بالمقاصد لا بالألفاظ.

ولم أقف على قول الحنفية في المسألة.

والأظهر هو جواز تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف؛ لما يلي:

الأول: أنه لم يثبت في تحريم ابتداء الدين بالدين نص ولا إجماع يشمل جميع صورته؛ ولذا جوز منه ما تدعو إليه الحاجة كالاتصناع والتوريد والمقاوله ونحوها.

والثاني: أن المنافع تختلف عن الأعيان، فهي مؤجلة بطبيعتها لكونها تحدث شيئاً فشيئاً، فلا يصح قياسها عليها، وما يتمتع في بيع الأعيان لا يلزم مثله في المنافع؛ لاختلافهما. قال الزيلعي: "الإجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة؛ ولهذا قلنا: تتعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدوثها"^(٣).

والثالث: القياس على ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من جواز إجارة المعين المضافة إلى زمن مستقبل من غير شرط تسليم الأجرة في الحال^(٤)؛ أي مع تأجيل البدلين، مع اتفاقهم على منع بيع العين المعينة مؤجلة التسليم؛ سواء عجل الثمن أم لا؛ وذلك لأن المنفعة يتعذر قبضها دفعة واحدة؛ ولذا يتسامح في تأجيل استيفائها أو استيفاء أجرتها ما لا يتسامح في بيع الأعيان. والله أعلم.

وبناء على ما سبق فيجوز في صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة دفع العوائد لحملة الصكوك على دفعات سواء في صكوك الأعيان المؤجرة التي يملكها حملة الصكوك

^١ تكملة المجموع ٢/٢١٥٧.

^٢ شرح المنتهى ٤/٢٩.

^٣ تبين الحقائق ١٥/٥٦.

^٤ الميسوط ١٦/٢٠، الإنصاف ٦/٤٢.

ويؤجرونها على الغير، أو في صكوك المنافع والخدمات الموصوفة التي يستأجرها حملة الصكوك ثم يؤجرونها من الباطن للغير، وكذا يجوز أن يكون الاكتتاب في الصكوك -وهو يمثل الأجرة المدفوعة من حملة الصكوك للمصدر- على دفعات.

الفرع الثاني

تداول صكوك الإجارة الموصوفة

تداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة له أربع حالات:

الحال الأولي: أن تكون أصول الصكوك أعياناً مكتملة مؤجرة، فتداولها في هذه الحال جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون؛ لأن المعقود عليه هو الأعيان المؤجرة وليس الدفعات الإيجارية.

والحال الثانية: أن تكون أصول الصكوك منافع أو خدمات قد تم تأجيرها للغير، فقد يقال بتحريم تداولها حينئذ، وهذا ما أخذ به المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة¹؛ لأن الصكوك تمثل الدفعات الإيجارية المستحقة مقابل تلك المنافع، والأجرة لها حكم الدين، فتجب مراعاة أحكام التصرف في الديون عند التداول، وأما المنفعة فقد ملكها المستأجر.

وقد يقال: بجواز التداول حتى وإن كانت مؤجرة للغير، ولا تأخذ حكم الدين؛ لأن الأجرة ليست ديناً مطلقاً، فهي لا تستحق إلا بعد استيفاء المنفعة، أي أن المنفعة المستحقة للمستأجر الثاني مضمونة على المستأجر الأول، وفي مقابلها استحق الأجرة، فحامل الصك عندما يبيع الصك فقد باعه محملاً بالمنفعة المضمونة التي بها يستحق الأجرة، فهو قد ربح فيما يضمن، بخلاف من يبيع ديناً مطلقاً فإنه يربح فيما لا يضمن، ولذا لو انسخ عقد الإجارة لأي سبب فتسقط الأجرة وتبقى تلك المنافع هي ما تمثله تلك الصكوك من موجودات.

والأظهر هو القول الأول؛ لأن الأجرة وإن لم تكن كالدين المضمون إلا أن مبادلتها بنقود حالة يشتمل على ربا الفضل والنسيئة، فتحرم لذلك.

والحال الثالثة: أن تكون أصول الصكوك أعياناً موصوفة يتم تأجيرها وهي تحت الإنشاء أو قيد التصنيع أو التوريد، أو تكون الأصول منافع أو خدمات موصوفة ولم تؤجر للغير، فينظر:

(١) فإن كانت هذه الأعيان أو المنافع تتبع لأصل معين؛ مثل أن تكون مباني موصوفة يتم إنشاؤها على أرض معينة، أو خدمات تعليمية أو طبية أو اتصالات أو رحلات طيران من شركة معينة، فيجوز تداول الصكوك حينئذٍ دون مراعاة أحكام الصرف أو

¹ المعايير الشرعية: معيار الصكوك الإسلامية.

التصرف في الديون؛ عملاً بقاعدة التبعية؛ إذ إن تعيين الأرض أو الشركة المتعهدة بالخدمة يرفع عن هذه الأصول أن تكون ديناً.

(٢) وأما إن كانت لا تتبع لأصل معين، كسيارات أو معدات قيد التوريد أو التصنيع، أو خدمات غير مقيدة بجهة بعينها، فتداول الصكوك حينئذ يأخذ حكم بيع المسلم فيه قبل قبضه، والجمهور على المنع^(١)، وحكي الإجماع فيه؛ لحديث: "إذا أسلفت في شيء فلا تصرفه إلى غيره"^(٢). ويرى المالكية الجواز^(٣)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية إذا باعه بمثل الثمن أو دونه لا أكثر، لئلا يربح فيما لم يضمن، ورد على من حكي الإجماع وقال: "مذهب مالك أنه يجوز بيعه من غير المستسلف، كما يجوز عنده بيع سائر الديون من غير من هو عليه، وهذا أيضاً إحدى الروايتين عن أحمد.. وهذا القول أصح وهو قياس أصول أحمد"^(٤). وهذا القول هو الأظهر وأما الحديث المروي فلا يصح إسناده، وعلى هذا فيجوز تداول الصكوك إذا كان الثمن الذي تتداول به أقل من قيمة تلك الأعيان والمنافع الموصوفة، وهذا هو الأغلب إذ كان التداول بالسعر الحال؛ إذ يكون عادة أقل من قيمة الأعيان والمنافع المؤجلة.

الحال الرابعة: أن تكون أصول الصكوك مختلطة من أعيان ومنافع ومعها نقود أو ديون، كالفترات الأولى أو الأخيرة من عمر الصكوك التي يتوقع فيها وجود النقدية، أو قد تستثمر بعض أموال الصكوك في مرابحات، ونحو ذلك.

وقبل بيان حكم هذه الحال أشير إلى أبرز الاتجاهات المعاصرة في ضابط ما يجوز تداوله من الصكوك التي تكون موجوداتها مختلطة:

الاتجاه الأول: اعتبار الشخصية الاعتبارية، فإذا كان لمحافظة الصكوك شخصية اعتبارية فتكون موجوداتها تابعة للشخصية الاعتبارية، وعلى هذا فيجوز بيعها دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الدين بصرف النظر عن الأغلب من موجوداتها؛ أما إذا لم يكن لها شخصية اعتبارية فتأخذ حكم الأغلب من الموجودات^(٥).

ويناقش: بأن ربط الحكم بالشخصية الاعتبارية ليس عليه دليل، وهو مصطلح قانوني وليس وصفاً شرعياً منضبطاً، بل لم تعرف الشخصية الاعتبارية وتستقر أحكامها إلا في العصور المتأخرة.

الاتجاه الثاني: الأخذ بمبدأ الخلطة، أي أن موجودات الصكوك إذا اشتملت على أعيان ونقود وديون فالحكم للأعيان مطلقاً، اكتفاءً بمبدأ الخلطة، فلا تجب مراعاة

^١ رد المحتار ٣٠٦/٧، الحاوي الكبير ٢٣٥/٥، المغني ٢٠١/٤.

^٢ أخرجه أبو داود ٢٧٦/٣، والبيهقي في السنن الكبرى ٣٠/٦. وقال البيهقي: فيه عطية العوفي لا يحتج به. وقال ابن حجر: أعله أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان بالضعف والاضطراب. تلخيص الحبير ٢٥/٣.

^٣ شرح الخرشي ٢٢٧/٥.

^٤ مجموع الفتاوى ٥٠٦/٢٩.

^٥ الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، ١٥ / ٢ / ٥.

أحكام الصرف وبيع الدين ولو كانت النقود أو الديون هي الغالبة. وإلى هذا ذهب نذوة البركة الثانية^(١).

ويناقش: بأن النقد والدين إذا كانا مقصودين في الصفقة فالذي دلت عليه السنة الصحيحة وجوب مراعاتهما وعدم إهمالهما ولو مع اختلاطهما بالأعيان. يدل على ذلك ما روى فضالة بن عبيد - رضي الله عنه - قال: أتى النبي ﷺ يوم خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز، وهي من المغانم تباع، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله ﷺ: ((الذهب بالذهب وزناً بوزن))^(٢). ووجه الدلالة: أنه أمر بنزع الخرز وإفراد الذهب ليتمكن بيعه، ولو جاز بيعه مع الخرز -دون مراعاة أحكام الصرف- لما احتاج إلى وزنه، ثم قال: ((الذهب بالذهب وزناً بوزن)) فنبه بذلك إلى أن علة إفراده بالبيع أن يتحقق فيه الوزن بالوزن، أي وجوب مراعاة الصرف^(٣).

الاتجاه الثالث: الأخذ بمبدأ الغلبة، أي أن الحكم للأغلب، فإن كانت الأعيان هي الغالبة فيجوز البيع دون مراعاة أحكام الصرف وبيع الدين، وإلا فلا، وهذا ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(٤).

الاتجاه الرابع: الاعتبار بالكثرة، فإذا كانت الأعيان تزيد على ٣٠٪ من موجودات المحفظة أو الصكوك مقارنة بالموجودات الأخرى من نقود أو ديون، فيجوز تداولها، وإن كانت أقل من ذلك فتجب مراعاة أحكام الصرف وبيع الدين عند البيع. وهذا ما أخذ به المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٥).

والذي يترجح للباحث أن يفرق بين نوعين من الصكوك:

النوع الأول: صكوك إجارة يتم فيها تقليب المال بتملك أعيان أو منافع ثم تأجيرها، وما يتحصل من سيولة يقلب في أوعية استثمارية متنوعة فهذه يجوز تداولها، بعد البدء في النشاط، بصرف النظر عن نسبة الأعيان أو المنافع إلى النقود والديون إعمالاً لقاعدة التبعية؛ لأن موجودات الصكوك تابعة للنشاط الذي هو في تملك الأعيان والمنافع وتأجيرها. والأصل في ذلك ما روى ابن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال: ((من باع عبداً له مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع))^(٦) فهذا الحديث أصل في قاعدة التبعية في المعاملات. ووجه الدلالة منه: أن الحديث دل على أن المبيع إذا اشتمل على نقدٍ واشتري

^١ الفتاوى الاقتصادية ص ١٥ ، صناديق الاستثمار الإسلامية ص ٤٨.

^٢ أخرجه مسلم (كتاب المساقاة / باب بيع القلادة فيها ذهب وخرز برقم ١٥٩١) وأبو داود (كتاب البيوع / باب في حلية السيف تباع بالدرهم - برقم ٣٣٥١) والترمذي (كتاب البيوع / باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز برقم ١٢٥٥) والنسائي (كتاب البيوع / باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب - برقم ٤٥٧٣) .

^٣ ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٢٦٧/٦ ، المغني ٩٤/٦ .

^٤ مجلة المجمع الدورة الرابعة ٢١٦٣/٣ .

^٥ المعايير الشرعية: معيار الأوراق المالية.

^٦ أخرجه البخاري (كتاب المساقاة / باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل) ومسلم (كتاب البيوع / باب من باع نخلاً عليها ثمر برقم ١٥٤٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

بنقد، ولم يكن النقد المخلوط مقصوداً فلا يلتفت إليه، بمعنى أنه لا يجري على الصفة حكم الصرف، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخلط الذي معه. قال ابن قدامة -رحمه الله- : "الحديث دل على جواز بيع العبد بماله إذا كان قصد المشتري للعبد لا للمال... فيجوز البيع سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عيناً كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر^(١) .

ومن المعلوم أن العبد لا يملك وأن المال الذي بيده مآله للمشتري، ومع ذلك جاز البيع مطلقاً بدون تقابض ولا تماثل حتى مع اتفاق النقيدين (المال الذي معه، والثمن الذي يشتري به العبد) ، وحتى لو كان المال الذي مع العبد أكثر من قيمة العبد نفسه.

ولا يشكل على هذا الحديث حديث القلادة - المتقدم - فإن الذهب الذي في القلادة مقصود للمشتري بخلاف المال الذي مع العبد. وهذا أحسن ما قيل في الجمع بين الحديثين.

والنوع الثاني: صكوك ليس فيها تقليب للمال وإنما تمثل موجوداتها في فترة من الفترات أعياناً أو منافع موصوفة لا يتم تقليبها، فهذه يجوز تداولها إذا كانت نسبة الأعيان والمنافع فيها تبلغ الثلث أخذاً بمبدأ القلة والكثرة.

المطلب الثاني

تأجير الأعيان والمنافع الموصوفة وهي قيد الإنشاء أو التوريد

في بعض تطبيقات صكوك الإجارة تكون أصول الصكوك أعياناً موصوفة كمباني يتم إنشاؤها بأموال الصكوك أو معدات يتم توريدها على مراحل، ومن ثم تأجيرها على المصدر، وقد يتفق على أن تبدأ الإجارة من تاريخ الطرح أي قبل اكتمال المشروع أو التوريد، وما يدفعه المصدر الذي هو المستأجر من دفعات يكون تحت الحساب، ولا تستحق الأجرة إلا بعد تمكن المستأجر من الانتفاع أي بعد اكتمال الإنشاء أو التصنيع. فهذه الصكوك يرى البعض تحريمها؛ لأمرين:

الأول: أن أخذ الأجرة في هذه المرحلة يشبه أن يكون أجرة على النقود (متحصلات الاكتتاب) وليس أجرة مقابل الانتفاع بالأعيان.

والثاني: أن الأعيان الموصوفة إذا كانت على أرض معينة فتأخذ حكم إجارة المعين لا الموصوف؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في السلم: "أما من تمر حائط بني فلان فلا"^(٢) . والمعين لا تجوز إجارته قبل تملكه.

والأظهر جواز إجارة الأعيان الموصوفة ولو كانت قيد الإنشاء على أرض معينة؛ فتعين الأرض لا يلزم منه تعيين ما عليها من المباني؛ لأن المباني وقع العقد عليها بأوصافها لا

^١ المغني ٦/٢٥٨ .

^٢ أخرجه ابن ماجه (برقم ٢٢٨١) من حديث عبد الله بن سلام -رضي الله عنه- . وضعفه الألباني في إرواء الغليل

بأعيانها. ولو قيل بأنها تأخذ حكم المعينات للزم مثل ذلك في عقود المقاولات، ومن المعلوم أن العقود عليه في عقد المقابلة موصوف في الذمة مع أن محل التنفيذ معين؛ ولذا يصح عقد المقابلة مع أن المواد غير مملوكة للمقاول عند التعاقد، وما ذاك إلا لأنها في حكم الموصوف لا المعين.

وأما الحديث المروي فلا يثبت، والقول بأن فيه شبهاً بتأجير النقود غير مسلم؛ إذ الإجارة على الأعيان لا النقود.

وإذا تقرر أن هذه الأصول تأخذ حكم الموصوفات ولو كانت على أرض معينة فإنه يجوز تأجيرها ولو قبل اكتمالها أو تملكها؛ بناءً على ما ذهب إليه أهل العلم من جواز إجارة الموصوف قبل تملكه؛ قياساً على البيع الموصوف^(١).

وشرط جواز الإجارة :

الأول: أن تكون الأعيان موصوفة في الذمة، وأن تطبق عليها أحكام إجارة الموصوف.

والثاني: أن تكون دفعات الإجارة قبل اكتمال المشروع تحت الحساب، فإذا انفسخ العقد قبل اكتمال المشروع وتمكن المستأجر من الانتفاع فترد العوائد التي أخذها حملة الصكوك للمستأجر (المصدر). وتغير حملة الصكوك بسبب التداول لا يمنع من ثبوت حق المستأجر في استرجاع الدفعات المدفوعة قبل التمكن من الاستيفاء من حملة الصكوك الموجودين حين انفساخ العقد، حتى وإن كانت تلك الدفعات الموزعة قد أخذها غيرهم من حملة صكوك سابقين؛ عملاً بمبدأ التخارج بين الشركاء، حيث إن مشتري الصك يشتره محملاً بغنمه وغممه.

المطلب الثالث

أحكام الصيانة والضمان لأصول صكوك الإجارة

تتنوع المسؤولية عن الأعيان المؤجرة والمنافع المستأجرة في الصكوك بحسب نوع الضرر الذي يلحق بها. ولا خلاف على أن ما يحدث من ضرر بسبب تعدي المستأجر أو تفريطه أنه من ضمانه، فيتحمل مسؤوليته تجاه المؤجر.

وفيما عدا ذلك تكون المسؤولية بحسب الأنواع الآتية:

النوع الأول: الصيانة التشغيلية العادية:

وهي الصيانة التي تحتاج إليها العين لاستمرار منفعتها بحسب العرف. ويشمل هذا النوع:

^١ فتح العزيز ٢٢٦/٩، نهاية المحتاج ١٨٨/٤، تهذيب السنن ١٥٨/٥.

(١) الصيانة الناشئة بسبب الاستعمال المعتاد، فالأصل أن المسؤولية عن هذه الصيانة على المستأجر؛ لأنها بسبب استعماله، كما نص على ذلك أهل العلم. قال ابن قدامة: "وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع، كتسليم مفاتيح الدار والحمام؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع...وما كان لاستيفاء المنافع، كالحبل والدلو والبكرة، فعلى المكري" (١).

(٢) الصيانة الوقائية الدورية، وهي أعمال محددة تتم في آجال معلومة يتم فيها تغيير بعض الأجزاء، وضبط وتجديد البعض الآخر، فهذه الصيانة الوقائية وإن كان الأصل فيها أنها على المؤجر إلا أنه يجوز تحميلها على المستأجر بالشرط؛ لأنها عمل منضبط والغرر فيه يسير (٢).

والقاعدة في هذا النوع من الصيانة -أي الصيانة التشغيلية- أنها تشمل كل ما يمكن ضبطه بالوصف أو المقدار أو العرف في العقد؛ سواء أكانت الصيانة مجرد عمل أم كانت عملاً ومواد، فهذه الصيانة يجوز تحميلها بالشرط على المؤجر أو المستأجر، فإن لم يكن هناك شرط فيرجع إلى العرف، فإن لم يكن ثم عرف فالأصل أن الصيانة الناشئة عن الاستعمال على المستأجر، والصيانة الوقائية على المؤجر.

النوع الثاني: الصيانة الأساسية:

وهي: الصيانة التي يتوقف عليها بقاء أصل العين بحسب العرف. وتشمل نوعين من الصيانة:

- (١) صيانة الأعطال الطارئة، وهي ما ينبغي عمله لمواجهة ما يطرأ من أعطال فنية أساسية على الأعيان المؤجرة أثناء سريان عقد الإجارة.
- (٢) صيانة العيوب المصنعية والهندسية، وهي العيوب التي تظهر في العين المؤجرة لخلل في التصنيع أو في البناء ونحو ذلك.

ولا خلاف بين أهل العلم على أن الأصل في هذا النوع -أي الصيانة الأساسية- أنه واجب على المؤجر؛ لأنه مما يلزم لأصل الانتفاع لا لكماله، ولا يضمنه المستأجر إلا في حال تعديه أو تفريطه، فإن شرط في العقد أن يغرم المستأجر هذه الأعمال فهو شرط باطل عند جمهور أهل العلم (٣)، وعن الإمام أحمد رواية أن هذا الشرط صحيح (٤)؛ لقول النبي ﷺ: "المسلمون على شروطهم" (٥). والقول الأول هو الأرجح؛ لأن في هذا الشرط غرراً فاحشاً، إذ

^١ المغني ٢٦٥/٥ الفروع ٤٤٩/٤.

^٢ المبسوط ١٥٧/١٥ المدونة ٥١٥/٣ مجلة مجمع الفقه ١١/٢/١٦٧.

^٣ المبسوط ١٥٧/١٥، حاشية الدسوقي ٤٨/٤ تحفة المحتاج ١٢٧/٦ شرح المنتهى ٢٦/٢.

^٤ الشرح الكبير على المقنع ٤٩٣/١٤.

^٥ أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف -رضي الله عنه- في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح برقم (١٢٧٢) وأبو داود من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- في كتاب الأفضيه، باب في الصلح برقم (٣١٢٠)، والدارقطني من حديث عائشة -رضي الله عنها- بزيادة ((ما وافق الحق)) ٢/٣. وهو حديث صحيح بمجموع طرقه. تعليق التعليق ٢٨٠/٣، فتح الباري ٤٥١/٤.

يؤدي إلى جعل الأجرة ما سمي في العقد مع نفقات الصيانة المجهولة، فيؤدي إلى جهالة الأجرة، والعلم بها شرط لصحة الإجارة، فضلاً عن أن هذا الشرط إذا كان في صكوك إجارة تمويلية فإنه يقوي القول بأن عقد الإيجار صوري وأن حقيقته بيع تقسيط.

النوع الثالث: ضمان هلاك العين المؤجرة:

ويشمل تحمل المسؤولية عن تلف العين كلياً أو جزئياً بغير فعل المستأجر، كالكوارث الطبيعية والسرقة والحريق ونحو ذلك.

ولا خلاف بين أهل العلم على أن الأصل في هذا الضمان أنه على المؤجر، وأن يد المستأجر يد أمانة، فلا يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط، فإن شرط عليه الضمان مطلقاً فهو شرط باطل عند عامة الفقهاء؛ لما فيه من الغرر، والمستأجر على خطر، فقد تسلم العين فيغتم النقص في الأجرة بسبب ضمانه، وقد تهلك هلاكاً كلياً بجائحة أو غيرها فيغرم^(١)، وعن الإمام أحمد رواية أخرى بجواز هذا الشرط كالمسألة السابقة^(٢). والقول الأول هو الأرجح؛ لما سبق.

المطلب الرابع

تحميل المستأجر في صكوك الإجارة عبء إثبات عدم التعدي والتفريط:

تبين مما سبق أن تحميل المستأجر الصيانة الأساسية وضمن التلف محرم؛ لما فيه من الغرر الفاحش، ولما فيه من الإضرار بالمستأجر، وأنه لا يتحمل منها إلا ما كان بتعديه أو تفريطه، إلا أنه في الصكوك قد يتعذر على حملة الصكوك بصفتهم مؤجرين أو وكيلهم إثبات تعدي المستأجر أو تفريطه عند استعماله - أي المستأجر - للعين المؤجرة؛ لكون المستأجر ينفرد باستعمال العين بعيداً عن نظر المؤجر، وأي تلف يقع على العين - ولو كان لسوء استعمال - فمن الطبيعي أن يدعي عدم تعديه أو تفريطه، لما جبلت عليه النفس الإنسانية من إنكار ما عليها. ودفع الضرر عن المستأجر ينبغي ألا يكون بتحميله على المؤجر؛ فلا ضرر ولا ضرار.

ومن الوسائل المطروحة في هذه المسألة لتقليل مخاطر المؤجر: تحميل المستأجر عبء إثبات عدم التعدي والتفريط، وذلك بأن يتضمن عقد الإجارة في الصكوك شرطاً بأن أي ضرر أو تلف أو عطل يقع في العين المؤجرة فالأصل أن يتحملة المستأجر، ما لم يُثبت عدم تعديه أو تفريطه في وقوع ذلك الضرر، كأن يثبت وقوع كوارث كونية، أو شهادة أهل الخبرة بأن الضرر كان لخلل مصنعي أو عيب هندسي، أو شهادة الجهات الأمنية بأن الحريق لم يكن بتفريط من المستأجر، ونحو ذلك من القرائن.

^١ المبسوط ١٥٧/١٥ حاشية الدسوقي ٤٨/٤ مغني المحتاج ٤٤٤/٣ المغني ٣١٢/٥.

^٢ الشرح الكبير مع الإنصاف ٤٩٣/١٤.

والمسوغ لجواز هذا الشرط ما فيه من المصلحة وصيانة أموال الناس، وسد ذريعة الفساد وإهمال الأموال للعلم بعدم الضمان.

ولهذه المسألة نظائر متعددة مما ذكره الفقهاء المتقدمون - ولاسيما فقهاء المالكية - بتضمين يد الأمانة لوجود التهمة أو للمصلحة العامة، ومن ذلك:

(١) ما ذهب إليه فقهاء المالكية من تضمين الصناع؛ للمصلحة العامة، صيانة لأموال الناس من الضياع^(١).

(٢) تضمين الراعي المشترك والسمسار للتهمة، فالمشهور في مذهب الإمام مالك وغيره من الأئمة عدم تضمين الأجير المشترك من غير الصناع، كالراعي المشترك والسمسار، وخالف في ذلك جمع من فقهاء المالكية، وقالوا بتضمينهم للتهمة^(٢).

(٣) تضمين المودع للتهمة، فالأصل في المودع عدم تضمينه، ولكن ذهب الفقيه المالكي ابن حبيب الأندلسي إلى تضمين صاحب الحمام ما يدعي هلاكه أو ضياعه من ثياب الناس المودعة لديه لجريان العادة بخيانته^(٣).

(٤) مطالبة من يدعي خلاف الظاهر بالبينة ولو كان الأصل يشهد له^(٤)، كما لو ادعت المرأة على زوجها الحاضر أنه لا ينفق عليها، فالأصل يقضي بعدم الإنفاق، والظاهر المستفاد من قرائن الحال يقضي بأنه ينفق عليها، فذهب فقهاء المالكية إلى تغليب الظاهر، فتطالب المرأة بالبينة على عدم الإنفاق؛ لأنها تدعي خلاف الظاهر.

فالمسوغات التي حملت الفقهاء المتقدمين على القول بتضمين يد الأمانة في المسائل السابقة، ما لم تقم البينة على عدم التعدي أو التفريط؛ متحققة في صكوك الإجارة؛ فوقوع الضرر مظنة التهمة في حق المستأجر لكونه يستقل بالعين المؤجرة، ولما في ذلك من المصلحة العامة بحفظ أموال الناس من الإهمال بداعي عدم تحمل الضمان.

وقد أخذ بهذا الرأي - أي جواز نقل عبء الإثبات على عدم التعدي والتفريط إلى المستأجر - مؤتمر المصارف الإسلامية المنعقد بالكويت عام ٢٠٠٩.

وينبغي أن يعلم أن تحميل المستأجر عبء الإثبات لا يعني تحميله مسؤولية الضمان، فبينهما فرق، إذ المقصود من مطالبته بالإثبات أنه إن أتى بالبينة أو بقرائن مقبولة على عدم تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه، وإن لم يأت بالبينة فعليه الضمان؛ لقيام التهمة، بينما تحميله مسؤولية الضمان تعني مطالبته بالضمان على كل الأحوال ولو أثبت أن الضرر وقع بغير تقصير منه.

^١ بداية المجتهد ٢٣١/٢ البهجة شرح التحفة ٢٨٢/٢.

^٢ كشاف القناع عن تضمين الصناع ص ١١٣.

^٣ كشاف القناع عن تضمين الصناع ص ٩٦.

^٤ الفروق ٧٥/٤ و ١١٢/٤.

المطلب الخامس التأمين على أصول صكوك الإجارة

التأمين على أصول صكوك الإجارة جائز بشرطين:

الأول: أن يكون تأميناً تعاونياً.

والثاني: أن يتحمل مسؤولية التأمين المؤجر؛ لأنه المالك لتلك الأصول فيكون ضمانها عليه؛ إذ الضمان يتبع الملك، ولا يجوز جعلها على المستأجر، ولكن لا مانع من أن تضمن الدفعات الإيجارية على المستأجر تكلفة أقساط التأمين التي يدفعها المؤجر لشركة التأمين، ولا مانع كذلك من أن يوكل المؤجر المستأجر في التعاقد مع شركة التأمين على أن يكون المؤجر هو من يتحمل مسؤولية التأمين، بحيث لو قصرت شركة التأمين في التعويض فيتحمل المؤجر الهلاك، ولا يجوز أن ينص في العقد على خلاف ذلك. وإذا تغيرت قيمة أقساط التأمين خلال فترة التأجير فيتحملة المؤجر وليس له أن يزيد الأجرة على المستأجر بدون موافقته.

المطلب السادس العائد المتغير (الأجرة المتغيرة) في صكوك الإجارة

الأصل في عقد الإجارة أن تكون الأجرة محددة من بداية العقد، ولا تتغير بمضي المدة وحتى انتهاء العقد، إلا أنه في عقود الإيجار طويلة الأجل قد يتفق على جعل الأجرة متغيرة، بحيث تربط بمؤشر معلوم متغير، كما لو كان هناك مؤشر قياسي للتأجير العقاري، فتتغير الأجرة بتغير المؤشر.

وفي صكوك الإجارة التمويلية حيث يكون الغرض هو التمويل وليس الإجارة التشغيلية فإن الأجرة المتغيرة تكون في الغالب مربوطة بمؤشرات التمويل، كمؤشر التمويل بالدولار (LIBOR) ومؤشر التمويل بالريال (SIBOR).

ويتخرج حكم الإجارة بأجرة متغير على ما ذكره أهل العلم في مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته؛ إذ الأجرة فيه متغيرة، ولأهل العلم فيه قولان:

القول الأول: التحريم. وهو قول الحنفية باستثناء استئجار الظئر -أي المرضع- بطعامها وكسوتها، وقول الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد^(١).

وحجة هذا القول: أن من شروط صحة الإجارة العلم بالأجرة، وهي مجهولة هنا^(٢).

^١ بدائع الصنائع ٤/١٩٣، تبيين الحقائق ٥/١٢٧، مجمع الأنهر ٢/٣٨٦، أسنى المطالب ٢/٤٠٤، نهاية المحتاج ٥/٢٦٧، الإنصاف ١٤/٢٧٨.

^٢ الشرح الكبير على المقنع ١٤/٢٧٧.

والقول الثاني: الجواز. وهو قول المالكية، ورواية عن أحمد، وهي المذهب عند الحنابلة^(١).

استدل أصحاب هذا القول: بأن الله أباح استتجار الظئر بطعامها وكسوتها بقوله: **﴿وَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾**^(٢)، فيقاس عليه غيره؛ ولأن الأجرة وإن لم تكن معلومة عند العقد إلا أن لها عرفاً يرجع إليه عند التنازع^(٣).

وهذا القول هو الراجح؛ لقوة أدلته، وبه أخذ المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وأكثر الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية. ففي معيار الإجارة: "يجوز أن تكون الأجرة بمبلغ ثابت أو متغير بحسب أي طريقة معلومة للطرفين.. وفي حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم. ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط"^(٤).

وعلى هذا فيجوز أن يكون عائد صكوك الإجارة متغيراً بناءً على تغير الأجرة بحسب مؤشر معلوم، سواء أكان مؤشراً عقارياً أم تمويلياً أم غير ذلك بالضوابط الآتية:

الأول: أن تكون أجرة الفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم عند العقد.

والثاني: أن يكون المؤشر منضبطاً، بحيث لا يكون تفاوته -زيادة أو نقصاناً- كبيراً.

والثالث: أن يكون المؤشر ظاهراً معلوماً للعاقدين، فلا يصح اعتماد مؤشر خفي، مثل معدل عوائد استثمارات المصدر، أو معدل عوائد الودائع لدى البنك الممول ونحو ذلك.

^١ التاج والإكليل ٥٢٧/٧ و ٥٦٨/٧، منح الجليل ٤٦٥/٧، شرح الخرشي ١٣/٧، الأخبار العلمية ص ٢٢١، الفروع ٤٢٢/٤، الإنصاف ٢٧٨/١٤، كشاف القناع ٥٥١/٣.

^٢ سورة البقرة، الآية (٢٣٣)

^٣ الشرح الكبير على المقنع ٢٧٨/١٤، شرح المنتهى ١٧/٢.

^٤ المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك ص ١٣٨.

المبحث الرابع

صكوك ملكية الأعيان المؤجرة مع وعد بالتملك على من اشترت منه

هذا النوع من الصكوك له صورتان:

الصورة الأولى: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتملك على من اشترت منه.

والصورة الثانية: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة على غير من اشترت منه مع وعد بالتملك على من اشترت منه.

وفيما يلي بيان حكم هاتين الصورتين:

الصورة الأولى: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتملك^(١) على من اشترت منه:

في هذا النوع تستخدم حصيلة الاكتتاب في الصكوك في شراء أصل مملوك للمصدر، ثم يؤجر الأصل على المصدر إجارة منتهية بالتملك. والغالب أن يكون مجموع الدفعات الإيجارية أكثر من الثمن النقدي الذي اشترت به العين، وتعرف هذه المعاملة ب(إجارة العين لمن باعها إجارة تمويلية).

وللعلماء المعاصرين في هذه المعاملة اتجاهان:

الاتجاه الأول: تخريجها على مسألة عكس العينة: يقصد بالعينة في اصطلاح الفقهاء: بيع سلعة إلى أجل ثم شراؤها من المشتري بأقل من ثمنها نقداً^(٢).

وعكسها: أن يشتري سلعة نقداً ثم يبيعها بالأجل على من اشترت منه بثمن أعلى. قال ابن القيم - رحمه الله - : ((هو كمسألة العينة سواء، وهو عكسها صورة، وفي الصورتين قد ترتب في ذمته دراهم مؤجلة بأقل منها نقداً، لكن في إحدى الصورتين: البائع هو الذي اشتغلت ذمته، وفي الصورة الأخرى: المشتري هو الذي اشتغلت ذمته، فلا فرق بينهما))^(٣).

^١ يعرف الإيجار المنتهي بالتملك (التمويلي) بأنه: عقد يقوم فيه المؤجر (الممول) بإيجار أصل رأسمالي على المستأجر بحيث يملك المستأجر منفعة الأصل طيلة مدة الإجارة مقابل دفعات إيجارية دورية، مع احتفاظ المؤجر بملكية الأصل وحتى نهاية العقد، ويقترن العقد بوعد من المؤجر بتملك الأصل للمستأجر بعد انتهاء عقد الإجارة. وتملك الأصل في نهاية عقد الإجارة التمويلية قد يكون بوعد بالبيع أو بوعد بالهبة أو بهبة معلقة على سداد الدفعات الإيجارية. ينظر: المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك.

^٢ فتح القدير ٢٢٣/٦، مواهب الجليل ٤٠٤/٤، حواشي الشرواني ٣٢٢/٤، شرح المنتهى ١٥٨/٢.

^٣ تهذيب السنن ١٠٧/٥، وينظر: المغني ٢٦٣/٦، حاشية الدسوقي ٨٨/٣، بلغة السالك ٤٧/٢، كشاف القناع ١٨٦/٣.

ولا خلاف بين أهل العلم على أنه إذا كان العقد الثاني مشروطاً في العقد الأول فيحرم؛ سواء في العينة أو عكسها. قال ابن رشد: "وأما إذا قال: اشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبيعه مني إلى أجل، فهو عندهم لا يجوز بإجماع"^(١).

وأما إذا كان ذلك عن مواطأة أو عرف من غير شرط فقد اختلفوا على قولين:
القول الأول: الجواز. وهذا مذهب الشافعية^(٢)، والظاهرية^(٣).

واستدلوا بعموم قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٤)، فیدخل بيع العينة في عموم ما أحله الله، ولم يأت تفصيل تحريمه في كتاب ولا سنة^(٥)، وبما روى أبو هريرة وأبو سعيد الخدري - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ استعمل رجلاً على خبير فجاءه بتمر جنيب، فقال له: ((أكل تمر خبير هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله، إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: ((لا تفعل، بع الجمع بالدرهم، ثم اشتر بالدرهم جنيباً))^(٦).

ووجه الدلالة في قوله: ((بع الجمع ثم اشتر جنيباً)) فلم يفرق بين أن يشتري من المشتري أو من غيره^(٧).

نوقش: بأن قوله: ((ثم اشتر بالدرهم جنيباً)) مطلق، والمطلق لا يشمل، ولكن يشيع، فإذا عمل به في صورة سقط الاحتجاج به فيما عداها، ولا يصح الاستدلال به على جواز الشراء ممن باعه تلك السلعة بعينها^(٨). أي فيجب حمله على صورة البيع الصحيح^(٩).

والقول الثاني: التحريم، وإلى هذا ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(١٠)، والمالكية^(١١)، والحنابلة^(١٢).

واستدلوا بما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: ((إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا

١ بداية المجتهد ١١٦/٢، وينظر: تكملة المجموع ١٥٧/١٠، المحلى ٤٧/٩.

٢ أسنى المطالب ٤١/٢، نهاية المحتاج ٤٧٧/٣، حاشية الجمل ٦٨/٣.

٣ المحلى ٤٧/٩.

٤ البقرة: ٢٧٥ و.

٥ الحاوي الكبير ٣٥١/٦، المحلى ٤٧/٩.

٦ أخرجه البخاري (كتاب البيوع / باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه برقم ٢٢٠١) ومسلم (كتاب المساقاة / باب بيع الطعام مثلاً بمثل برقم ١٥٩٣).

٧ الحاوي الكبير ٣٥٣/٦، المنهاج شرح صحيح مسلم للنووي ٢١/١١، فتح الباري ٤٠١/٤.

٨ فتح الباري ٤٠١/٤.

٩ إعلام الموقعين ٢٣٥/٣.

١٠ فتح القدير ٣٢٣/٦، العناية ٣٢٣/٦، البحر الرائق ٢٥٦/٦.

١١ المقدمات المهدات ٣٩/٢، مواهب الجليل ٤٠٦/٤، بلغة السالك ٤١/٢.

١٢ المغني ٢٦١/٦، الإنصاف ١٩٢/١١، شرح المنتهى ١٥٨/٢.

ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم))^(١). فدل الحديث على أن التبائع بالعينه سبب للإذلال، ولا يكون ذلك إلا لأمر محرم^(٢). ولأن العينة حيلة ظاهرة على الربا؛ فإن المتعاقدين لم يعقدا على السلعة بقصد تملكها ولا غرض لهما فيها بحال، وإنما الغرض: مائة بمائة وعشرين^(٣).

والراجح تحريم بيع العينة إذا كان ثمة عادة أو مواطأة على إعادة بيع السلعة للبائع الأول، أما إذا وقع ذلك اتفاقاً من غير مواطأة فالأظهر الجواز، كأن يشتري سلعة بالأجل ثم يبيعه في المزاد نقداً ويكون البائع الأول من بين المساومين، وقد ذهب الإمام أحمد إلى مثل هذا في مسألة مشابهة، فقال: ((لو باع من رجل دنانير بدراهم، لم يجز أن يشتري بالدراهم منه ذهباً، إلى أن يمضي ويبتاع بالورق من غيره ذهباً فلا يستقيم، فيجوز أن يرجع إلى الذي ابتاع منه الدنانير فيشتري منه ذهباً))^(٤).

وبناء على ما سبق فقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه من المعاصرين إلى تخريج صكوك الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه على أنها صكوك عينة؛ إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا فرق بين أن تعود ملكية تلك الأعيان إلى المالك الأول (المصدر) بالبيع أو بالإجارة المنتهية بالتمليك، فنتيجة كلا العقدين واحدة، والوعد بالتمليك كالمواطأة بل هو أقوى، بل إن جمهور الفقهاء القائلين بتحريم العينة يرون تحريم العقد الثاني ولو بلا مواطأة. جاء في تبيين الحقائق^(٥) في معرض حديثه عن العينة: " ولو اشتراه من من لا تجوز شهادته له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه...وكذا لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف درهم فباعه ثم أراد الوكيل أن يشتري العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لم يجز...وكذا لو اشترى من وارث مشتره بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث"

وفي حاشية الدسوقي^(٦) في شروط بيوع الآجال التي تتطرق إليها التهمة، ومنها العينة: " وأن يكون المشتري ثانياً هو المبيع أولاً، وأن يكون البائع ثانياً هو المشتري أولاً أو من تنزل منزلته، والبائع أولاً هو المشتري ثانياً أو من تنزل منزلته، والمنزل منزلة كل واحد وكيله سواء علم الوكيل ببيع الآخر أو شرائه أو جهله."

(١) أخرجه أحمد ٨٤/٢، وأبو داود (كتاب البيوع والإجازات / باب النهي عن العينة برقم ٣٤٦٢) والبيهقي (٣١٦/٥) من طرق متعددة لا يخلو كل منها من مقال إلا أنها باجتماعها يقوي بعضها بعض فيرتقي الحديث إلى رتبة الاحتجاج، وقد صحح الحديث: ابن تيمية، وابن القيم (إعلام الموقعين ١٧٨/٣) وابن القطان (نصب الراية ١٧/٤) وقال: ابن حجر في بلوغ المرام (ص ١٧٧): رجاله ثقات. وصححه الشوكاني (نيل الأوطار ٢٩٨/٦) والألباني (السلسلة الصحيحة ١٦/١).

(٢) نيل الأوطار ٢٩٩/٦.

(٣) تهذيب السنن ١٠١/٥.

(٤) إعلام الموقعين ٢٤٢/٣، الفروع ١٦٧/٤. والمذهب: أنه في حال التواطؤ يفسد العقدان جميعاً وبدونه يفسد العقد الثاني فقط. الفروع ١٧٠/٤، كشف القناع ١٨٥/٣.

(٥) ٥٤/٤. وينظر: بدائع الصنائع ١٩٩/٥.

(٦) ٧٧/٣. وينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٩٥/٥.

وفي كشف القناع^(١) : " ومن باع سلعةً بنسيئةٍ أي بئمن مؤجلٍ أو بئمنٍ حالٍ لم يقبضه صح الشراء، حيث لا مانع وحرم عليه - أي : على بائعها - شراؤها ولم يصح منه شراؤها نصاً بنفسه أو بوكيله بنقدٍ من جنس الأول أقل مما باعها به بنقدٍ - أي حال - أو نسيئة ولو بعد حل أجله.. وإن قصد بالعقد الأول العقد الثاني بطلاً أي: العقدان".

الاتجاه الثاني: جواز صكوك الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه : ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يصح تخريج هذه الصكوك على مسألة العينة أو عكسها، فهي تختلف عنهما من عدة أوجه:

الأول: أن العقد الثاني في عكس العينة بيع آجل، بينما في هذه الصكوك إجارة مع الوعد بالتمليك، والإجارة تختلف في خصائصها وأحكامها عن البيع.

والثاني: في العينة وعكسها لا تبقى العين في ضمان المشتري إلا لفترة قصيرة، وهي فترة ما بين العقدين وهي لا تتجاوز لحظات، ولذا لا يلتفت إلى قيمتها ولا صفاتها؛ لأن مقصوده النقود، بينما في صكوك الإجارة تبقى الأصول في ملك حملة الصكوك وضمانهم لفترة طويلة قد تمتد لسنوات قبل إرجاعها للمصدر، فالمخاطر على حملة الصكوك في هذه المعاملة أعظم بكثير من مخاطر المشتري في مسألة العينة وعكسها، وهذه المخاطر حقيقية، وبها استحقوا الربح لقوله عليه الصلاة والسلام: "الخراج بالضمان"^(٢).

والثالث: أن عودة الأصول إلى المصدر في الصكوك محتملة وليست مؤكدة، ففي حال إفلاس المصدر أو تعثره في سداد دفعات الإجارة أو إخلاله بالالتزامات في عقد الإجارة أو هلاك الأصول يفقد الحق في استعادة تلك الأصول بخلاف عكس العينة فإن السلعة ترجع للبائع الأول قبل وفاء الدين الذي عليه، فلو تعثر أو أفلس فلا يؤثر ذلك على تملكه لها.

الترجيح : يتضح من العرض السابق أن صكوك الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تشبه من بعض الأوجه عكس العينة، وتختلف عنه من أوجه أخرى؛ ولذا فإن إلحاقها به من كل وجه أو استبعاد ذلك من كل وجه غير مسلم.

والذي يترجح أنه إذا كان التملك اللاحق بالقيمة السوقية عند التملك أو بما يتفق عليه العاقدان عند التملك فتصح وليست من العينة أو عكسها، وأما إذا كان بقيمة محددة سلفاً، فينظر:

^١ ١٨٥/٢. وينظر: المغني ٢٦٣/٦.

^٢ أخرجه أبو داود في (كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً) برقم: ٣٥٠٨، والترمذي في (كتاب البيوع / باب فيمن يشتري العبد فيشغله ثم يجد به عيباً) برقم ١٢٨٥، والنسائي في (كتاب البيوع/ باب الخراج بالضمان) ٢٢٣/٧، وابن ماجه في (كتاب التجارات/ باب الخراج بالضمان) برقم ٢٢٤٣ من حديث عائشة - رضي الله عنها - وهو حديث صحيح، انظر: إرواء الغليل ١٥٨/٥.

(١) فإن كانت العين بحالها لا تتغير فلا تصح؛ لأنها حيلة على التمويل الربوي.

(٢) وأما إن كان التمليك بعد مدة يغلب على الظن أن تتغير فيها صفة الأعيان المؤجرة أو قيمتها بين عقد الإجارة وموعد التمليك فتصح، فقد نص أهل العلم في بيع العينة على أنه إذا تغيرت صفة العين أو قيمتها فليس من العينة. قال في المبسوط: "وكذلك لو دخل في المبيع عيب ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول؛ لأن الملك لم يعد إليه على الهيئة التي خرج عن ملكه فلا يتحقق فيه ربح ما لم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان النقصان بقدر ذلك أو دونه"^(١).

وفي الشرح الكبير للدردير: " (كتغيرها) أي السلعة المباعة المقومة تغيراً (كثيراً) حال شرائها بزيادة كسمن، أو نقص كهزال، فتجوز الصور كلها"^(٢).

وفي شرح المنتهى: " (إلا إن تغيرت صفته) أي المبيع مثل أن كان عبداً فهزل أو نسي صنعة أو عمي ونحوه، فيجوز بيعه بدون الثمن الأول ويصح"^(٣).

الصورة الثانية: صكوك ملكية الأعيان المؤجرة على غير من اشترت منه مع وعد بالبيع (إطفاء الصكوك) على من اشترت منه:

وفي هذه الصكوك تستخدم محصلة الاكتتاب في شراء أصول مملوكة للمصدر ومؤجرة للغير مع وعد من حملة الصكوك بإعادة بيعها على المصدر في زمن لاحق، وعائد حملة الصكوك هو الأجرة المحصلة من مستأجري تلك الأصول.

وهذه الصورة لها حالتان:

الحال الأولى: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة السوقية أو بما يتفق عليه في حينه:

فهذه الصكوك بهذه الصورة جائزة، ولا تعد من العينة ولا عكسها؛ لأن العينة وعكسها يكون الثمن في العقد الثاني فيهما مرتبطاً بزيادة أو نقصاناً بالثمن في العقد الأول، ومن هنا اعتبرنا حيلة على الربا؛ لأن الزيادة المؤجلة مضمونة، أما إذا كان العقد الثاني بحسب سعر السوق فليس من العينة؛ لأن السعر قد يزيد أو ينقص، شريطة أن يكون العقد الثاني بعد مضي مدة تتغير معها صفة العين المباعة.

والحال الثانية: أن يكون الوعد بالبيع بثمن محدد:

فهذه الحال ترد على وجهين:

الوجه الأول: أن يكون الوعد بالبيع (إطفاء الصكوك) بمثل الثمن الأول (القيمة الاسمية):

^١ المبسوط ١٢٣/١٣.

^٢ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٨٢/٣.

^٣ شرح منتهى الإرادات ٢٥/٢. وينظر: كشاف القناع ١٨٥/٣.

فهذه الصكوك تخرج على بيع الوفاء. وبيع الوفاء في اصطلاح الفقهاء: البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه^(١).

وهذه التسمية هي المشتهرة عند فقهاء الحنفية، ويسميه المالكية بيع الثيا، والشافعية بيع العهدة، والحنابلة بيع الأمانة^(٢).

وقد اختلف فيه أهل العلم، فذهب بعض متأخري الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء جائز مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أن المشتري لا يملك بيعه.

وحجتهم: أن الناس تعارفوا عليه وتعاملوا به لحاجتهم إليه؛ فراراً من الربا، فيكون صحيحاً وإن كان مخالفاً للقواعد؛ لأن القواعد تترك بالتعامل^(٣).

وذهب المالكية والحنابلة ومقدمو الحنفية والشافعية إلى أنه بيع فاسد؛ لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري شرط يخالف مقتضى العقد، ولأن البيع بهذا الشرط لا يراد منه انتقال الملك حقيقة، وإنما يقصد منه الربا المحرم، وهو إعطاء المال إلى أجل، ومنفعة المبيع هي الربح، فهو في حقيقته قرض بعوض^(٤).

والراجع حول القول الثاني لأن حقيقته قرض وليس بيعاً، والعين رهن بيد المشتري فلا يملك بيعها ولا الانتفاع بها، ولو شرط الانتفاع صار قرضاً جرنفعاً، فيحرم لذلك؛ إذ العبرة في العقود بمعانيها وحقائقها لا بألفاظها^(٥).

وبناء على ذلك فيعد هذا النوع من الصكوك محرماً.

وقد يقال: بأن ثمة فرقاً بين هذه الصكوك وبيع الوفاء من جهة أن هذه الصكوك تجمع بيعاً مع وعد من طرف واحد، بينما بيع الوفاء يجمع بيعاً وشرطاً، إلا أن الذي يظهر أن هذا الفرق غير مؤثر؛ لأمرين:

الأول: في بيع الوفاء لا يلزم البائع برد الثمن، فغايته أنه إذا لم يرد الثمن لم يرد المشتري إليه العين، فالإلزام فيه من طرف واحد.

والثاني: أن الوعد إذا كان معلقاً على شرط - كما في هذه المسألة - يكتسب قوة الشرط من حيث الإلزام والتعهد. وقد نص فقهاء الحنفية على ذلك، كما في القاعدة الفقهية: "المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة"^(٦). ويقول الشيخ مصطفى الزرقاء - رحمه

^١ تبين الحقائق ١٨٤/٥، البحر الرائق ٨/٦.

^٢ رد المحتار ٢٨٠/٥، مواهب الجليل ٣٧٣/٤، نهاية المحتاج ٤٣٣/٣، كشاف القناع ١٤٩/٣.

^٣ البحر الرائق ٨/٦، رد المحتار ٢٨٠/٥.

^٤ رد المحتار ٢٨٠/٥، مواهب الجليل ٣٧٣/٤، نهاية المحتاج ٤٣٣/٣، كشاف القناع ١٤٩/٣.

^٥ ينظر: تبين الحقائق ١٨٤/٥، رد المحتار ٢٨٠/٥، كشاف القناع ١٤٩/٣.

^٦ درر الحكام ٧٧/١.

اللّه- : " فقهاء الحنفية لاحظوا أن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط، فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد، ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد فيصبح حينئذٍ ملزماً لصاحبه"^(١).

الوجه الثاني: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية مع عائد محدد:

كأن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية مع عائد ٥٪ تحسب على أساس سنوي.

فهذه الصكوك بهذه الصورة تُخرج على مسألة عكس العينة التي سبق بيانها، وهي: أن يبيع سلعةً بنقدٍ ثم يشتريها بأكثر منه نسيئة.

وقد سبق ذكر الخلاف وترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تحريم بيع العينة وعكسها؛ لأنها حيلة على الربا.

وقد ذهبت بعض الهيئات الشرعية إلى جواز هذه الصكوك^(٢)، ولعل مستندهم في ذلك أن الوعد هنا ملزم من طرف واحد -وهو المشتري (حملة الصكوك)-، أي أن تنفيذ الوعد بالبيع مرهون بطلب الموعد وهو البائع (المصدر)، فلو رأى في تاريخ التنفيذ أن القيمة السوقية للأصول المؤجرة أقل من القيمة الموعد بها فلن ينفذ، مما يعني أن البيع الثاني محتمل وليس حتمياً.

والراجح أنه حتى مع كون الوعد ملزماً من طرف واحد فإن هذه المعاملة تخرج على عكس العينة؛ فقد سبق أن العينة محرمة بالإجماع في حال وجود شرط في العقد الأول بالدخول في العقد الثاني، أما إذا كان ذلك عن مواطأة أو عرف فهذا هو محل الخلاف، والجمهور على التحريم، وهو الراجح، ووجود الوعد دليل المواطأة.

والحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

^١ المدخل الفقهي العام ١٠٢٢/٢.

^٢ معالجة تعثر المؤسسات المالية باتفاقية إعادة الشراء ص١٦.

أبرز نتائج البحث

- (١) تعرف صكوك إجارة الموصوف في الذمة بأنها: وثائق متساوية القيمة قابلة للتداول وتمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان مؤجرة موصوفة في الذمة أو منافع أو خدمات.
- (٢) يجوز تصكيك الأصول الموصوفة في الذمة من أعيان أو منافع أو خدمات إذا كانت تلك الأصول تستخدم في أغراض مباحة.
- (٣) عقد إجارة الموصوف في الذمة عقد مستقل بذاته يختلف عن الاستصناع والسلم في المنافع، فلا يصح أن تجري عليه جميع أحكامهما.
- (٤) يجوز تأجيل الأجرة في صكوك إجارة الموصوف في الذمة، ولا يعد ذلك من ابتداء الدين بالدين.
- (٥) تداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة له حالات:

الأولى: إذا كانت الصكوك تمثل أعياناً مكتملة مملوكة لحملة الصكوك فيجوز تداولها دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون.

والثانية: إذا كانت تمثل أعياناً قيد الإنشاء أو التصنيع أو التوريد أو تمثل منافع أو خدمات موصوفة ولم تؤجر للغير؛ فإن كانت تلك الأعيان أو المنافع أو الخدمات تابعة لأصل معين كمباني موصوفة تقام على أرض معينة أو خدمات شركة معينة، فيجوز تداولها حينئذ دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون، وأما إن لم تكن تابعة لأصل معين كمعدات قيد التوريد أو التصنيع أو خدمات غير مقيدة بجهة بعينها، فتأخذ حكم بيع المسلم فيه قبل قبضه، وهو جائز بشرط أن يباع الصك بمثل ثمن العين أو المنفعة الموصوفة أو أقل لئلا يربح فيما لم يضمن.

والثالثة: إذا كانت تمثل منافع أو خدمات قد تم تأجيرها فلا يجوز تداولها.

والرابعة: إذا كانت موجودات الصكوك مختلطة ما بين أعيان ومنافع ونقود وديون، فإن كانت موجودات الصكوك يتم تقليبها في نشاط تتغير معه تلك الموجودات فيجوز تداولها حينئذ دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون عملاً بقاعدة التبعية، وأما إن كانت تلك الموجودات ثابتة ولا يتم تقليب النقود والديون في شراء الأعيان والمنافع فيجوز تداولها شريطة أن تبلغ نسبة الأعيان والمنافع الثلث أو أكثر من تلك الموجودات عملاً بقاعدة القلة والكثرة.

(٦) يجوز تأجير الأعيان الموصوفة وهي تحت الإنشاء على أرض معينة بشرط أن تطبق عليها أحكام إجارة الموصوفة، وأن تكون الأجرة المدفوعة قبل اكتمال المشروع وتمكن المستأجر من الانتفاع تحت الحساب.

(٧) يجب أن يتحمل المؤجر الصيانة الأساسية وضمنان هلاك الأصول المؤجرة، ولا يجوز تحميلها على المستأجر بالشرط، وأما الصيانة التشغيلية فيتحمّلها المستأجر ويجوز تحميلها على المؤجر بالشرط.

(٨) يجوز أن يتضمن عقد الإجارة شرطاً بنقل عبء إثبات عدم التعدي أو التفريط فيما يلحق الأصول المؤجرة إلى المستأجر.

(٩) يجوز التأمين على الأصول المؤجرة بشرط أن يكون تأميناً تعاونياً، وأن يتحمّله المؤجر، وله أن يضمن دفعات الإجارة عند تقديرها في ابتداء العقد تكلفة التأمين.

(١٠) لا يفسخ عقد الإجارة بهلاك الأصول المؤجرة إجارة موصوفة في الذمة ويجب على المؤجر توفير بديل مماثل لها ما لم يتعذر إيجاد البديل فيفسخ العقد حينئذ.

(١١) يجوز إصدار صكوك بملكية أعيان مؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه إذا كان التمليك بالقيمة السوقية لتلك الأعيان أو بما يتفق عليه في حينه، أو إذا كان التمليك بعد مضي مدة تتغير فيها صفة العين أو قيمتها في المدة ما بين عقد الإجارة وموعد التمليك.

(١٢) صكوك ملكية الأعيان المؤجرة على غير من اشترت منه مع وعد بالبيع (إطفاء الصكوك) على من اشترت منه لها ثلاث حالات:

الأولى: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة السوقية أو بما يتفق عليه في حينه فهذه جائزة.

والثانية: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية فهذه تخرج على بيع الوفاء.

والثالثة: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية وعائد محدد فهذه تخرج على مسألة عكس العينة.

قائمة المراجع

- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
- أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، دار إحياء التراث العربي.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، مكتبة الرياض الحديثة.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبي الحسن المرادوي، مطبوع مع الشرح الكبير.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، ط الثانية.
- بداية المجتهد، محمد بن رشد القرطبي الأندلسي، دار الكتب الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد الصاوي المالكي، دار المعرفة، ١٤٠٩هـ.
- البهجة في شرح التحفة، علي التسولي، دار الكتب العلمية، ط الأولى، ١٤١٨هـ.
- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العيدري، دار الكتب العلمية.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، ط الثانية.
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي الهيتمي، دار إحياء التراث العربي.
- تقويم معالجة تعثر المؤسسات المالية باتفاقية إعادة الشراء، د. محمد عود الفزيع، ضمن أبحاث المؤتمر العاشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ٢٠١٠م.
- تكملة المجموع شرح المذهب، علي بن عبد الكافي السبكي، دار الفكر.
- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبي الفضل شهاب الدين العسقلاني، دار أحد.
- تهذيب السنن، لابن قيم الجوزية، مطبوع مع مختصر سنن أبي داود، دار المعرفة.

- الجامع الصحيح ، لأبي عبد الله محمد البخاري ، المطبعة السلفية ، ١٤٠٠هـ.
- حاشية الجمل على شرح المنهج ، سليمان الجمل ، مؤسسة التاريخ العربي.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، شمس الدين محمد بن أحمد الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية.
- الحاوي الكبير ، لأبي الحسن الماوردي ، المكتبة التجارية ، ١٤١٤هـ.
- حواشي الشرواني على تحفة المحتاج ، عبد الحميد الشرواني ، دار إحياء التراث العربي ، مطبوع مع تحفة المحتاج.
- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، محمد أمين الشهير بابن عابدين ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ.
- سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيئاً من فقها وفوائدها ، محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٥هـ.
- سنن ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد القزويني ، دار الفكر.
- سنن أبي داود ، لأبي داود سليمان السجستاني ، دار الحديث ، ط الأولى ، ١٣٩٣هـ.
- سنن الترمذي ، أبي عيسى محمد الترمذي ، المكتبة الإسلامية.
- سنن الدارقطني ، علي بن عمر الدارقطني ، دار المعرفة.
- السنن الكبرى ، الحافظ أبي بكر أحمد البيهقي ، دار المعرفة ، ١٤١٣هـ.
- سنن النسائي ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٩هـ.
- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ، أبي عبد الله محمد بن الخرشي ، دار صادر .
- الشرح الصغير ، أحمد بن محمد الدردير ، مطبوع بهامش بلغة السالك لأقرب المسالك.
- شرح منتهى الإرادات ، منصور البهوني ، دار الفكر.
- صحيح مسلم أبي الحسين مسلم النيسابوري ، المكتبة الإسلامية.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، مكتبة الرياض الحديثة.
- فتح القدير ، كمال الدين محمد عبد الواحد ، دار إحياء التراث العربي.
- الفروع ، شمس الدين ابن مفلح ، عالم الكتب ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٥هـ .

- القاموس المحيط ، الفيروز آبادي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٧هـ .
- كشاف القناع عن متن الإقناع ، منصور البهوتي ، مكتبة نزار الباز ، ط الثانية ، ١٤١٨هـ .
- المبسوط ، شمس الدين السرخسي ، دار المعرفة ، ١٤١٤هـ .
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، دار القلم ، دمشق ، ١٤١٨هـ .
- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، منصور عن طبعة الإفتاء .
- المحلى ، أبي محمد علي بن حزم ، دار الآفاق الجديدة .
- المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقاء ، دار الفكر ، الطبعة التاسعة ، ١٩٦٧ .
- المدونة ، مالك بن أنس ، دار الكتب العلمية .
- المصباح المنير ، أحمد الفيومي المقرئ ، مكتبة لبنان ، ١٩٨٧ .
- المعايير الشرعية ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، ١٤٢٨هـ .
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، شمس الدين الشربيني ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ .
- المغني ، موفق الدين أبي محمد ابن قدامة المقدسي ، دار إحياء التراث العربي .
- المقدمات الممهדות لبيان ما تضمنته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمّهات مسائلها المشكلات ، ابن رشد القرطبي ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ .
- المنتقى شرح الموطأ ، سليمان الباجي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ .
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، ١٣٨٩هـ ، للإمام النووي .
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، محمد بن محمد الخطاب ، دار الفكر .
- نصب الرأية لأحاديث الهداية ، جمال الدين الحنفي الزيلعي ، إحياء التراث العربي ط الثالثة ، ١٤٠٧هـ .
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٤هـ .
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، محمد الشوكاني ، مكتبة الكليات الأزهرية .

- الهداية شرح بداية المبتدي، برهان الدين أبي الحسن المرغيناني، مطبوع مع فتح القدير.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة وصكوك منافع الأعيان المؤجرة لمن باعها تأجيراً منتهاً بالتمليك

إعداد

د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة

عضو لجنة الأسواق المالية

الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.
أما بعد:

فقد شرفني معالي أمين عام مجمع الفقه الإسلامي الدولي الأستاذ الدكتور/ أحمد خالد بابكر بدعوته الكريمة بطلب مشاركتي في الدورة العشرين لمؤتمر مجلس المجمع من خلال بحث علمي في موضوع: "حكم إصدار الصكوك وتداولها في إجارة الموصوف في الذمة، وحكم إصدار صكوك بملكية الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تلك الأعيان".

وقد استلهمت من الله سبحانه العون والتوفيق في إعداد بحث يعالج محاور هذا العنوان يستجمع التأصيل الفقهي والمعالجة العملية لجوانبه مع مراعاة أصول البحث العلمي في تحريره.

هذا وستشتمل هذه الدراسة على مباحث ثلاثة، تفصيلها على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف موجز بالصكوك.

المبحث الثاني: حكم إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة وتداولها.

المبحث الثالث: حكم إصدار "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتمليك لمن اشترت منه تلك الأعيان" وتداولها.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أشكر صاحب الفضيلة د/ سامي السويلم على تفضله بقراءة مسودة هذا البحث، وإثرائه بنفيس ملاحظاته وإضافاته وتعليقاته، ومناقشة كثير من مسأله مع الباحث والتي كان لها أبلغ الأثر في هذا البحث ونتائجه، كما أشكر أخي الشيخ عبدالرحمن السعدي الذي أوقفني على بعض نصوص الفقهاء ذات العلاقة بموضوع البحث وعلى استفادتي من مناقشة بعض المسائل معه.

وصلى الله وسلم على نبينا وحبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،

د. حامد بن حسن بن محمد علي ميرة

الرياض ١٠/٠٦/١٤٣٣هـ

HamedMerah@gmail.com

المبحث الأول

تعريف موجز بالصكوك^(١)

تعريف الصكوك

يمكن تعريف الصكوك بأنها: (أوراق مالية محدّدة المدة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو نقود أو ديون أو مزيج منها، تخوّل مالكيها منافع، وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته).

شرح التعريف:

• "أوراق مالية": استهلال التعريف ببيان كون الصكوك نوعاً من أنواع الأوراق المالية، يُغني عن تعداد خصائص الأوراق المالية في التعريف؛ إذ إن من خصائص التعريفات الاختصار غير المخلّ.

هذا وإن من أبرز خصائص الأوراق المالية التي تشتمل الصكوك عليها، ما يأتي:

(١) أنها ذات قيمة متساوية عند إصدارها: وإن مما يترتب على مبدأ تساوي قيمة الصكوك المساواة في الحقوق التي يمنحها الصك؛ كالتساوي في الأرباح الموزعة، والتساوي في الالتزامات التي يرتبها الصك على مالكه.

(٢) عدم قابليتها للتجزئة: عدم قابلية الصك للتجزئة تعني عدم جواز تعدد مالك الصك في مواجهة المصدر؛ وعليه فإن اشتراك اثنين أو أكثر في ملكية صك واحد نتيجة لإرث أو هبة أو وصية لا يسري في مواجهة المصدر على الرغم من صحته؛ وعليه فإنه يتحتم على ملاك الصك أن ينتخبوا أحدهم كي يمثلهم أمام الجهات الرسمية، ويتولى الحقوق المتصلة بالصك تجاه المصدر، ويُعد هذا الشخص هو المالك الوحيد للصك أمام المصدر.

(٣) قابليتها للتداول: وتُعد هذه من أهم خصائص الصكوك، كما إن هذه الخصيصة تعطي الصك مرونة كبيرة في أسواق الأوراق المالية؛ لأنها تتيح لمالكه حرية التنازل عنه لغيره، وسهولة تسييله دون الحاجة للحصول على قبول أو موافقة من المصدر أو غيره من الجهات الحكومية.

- "محدّدة المدة": قيد يُخرج الأسهم؛ إذ إن الأسهم ورقة مالية غير محددة المدة.
- "تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان": وذلك كصكوك الأعيان المؤجرة.
- "أو منافع": وذلك كصكوك منافع الأعيان المعينة والموصوفة في الذمة.

(١) للاستزادة فيما يتعلق بعنوان هذا المبحث، ينظر: صكوك الإجارة، للباحث ص: (٤٣ - ٥٩، ٨٧ - ٨٩)، عقود التمويل المستجدة، للباحث ص: (٣٢١ - ٣٣٢).

- "أو خدمات": وذلك كصكوك خدمات الجهات المعينة أو الموصوفة في الذمة.
- "أو نقود": وذلك كحال صكوك المضاربة أو المشاركة أو الاستصناع قبل شراء الأصول، إلا إن تداولها في هذه الحال له ضوابط خاصة.
- "أو ديون": وذلك كصكوك المرابحة والسلم، إلا إن تداولها في هذه الحال له ضوابط خاصة.
- "أو مزيج منها": وهذا كحال كثير من أنواع الصكوك -كصكوك المشاركة والمضاربة- ؛ إذ قد تكون موجودات الصكوك مشتملة على أصول ومنافع ونقود وديون، إلا إن تداولها في هذه الحال له ضوابط خاصة.
- "تخول مالکها منافع وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته": فيه بيان لجزء من ماهية الصكوك وحقيقتها؛ إذ إن ملكية حامل الصك لحصة مشاعة في عين أو منفعة أو خدمة أو مزيج منها، الهدف منه الحصول على عوائد ناتجة عن هذه الملكية. كما إن هذه الملكية - لكونها في صك شرعي وليس سنداً ربوياً - تخول صاحبها الحصول على أرباح، فإنها تلقي على كاهله ما قد يترتب على هذه الملكية من مسؤوليات وواجبات (العُثم بالغرْم).

أوجه الاتفاق بين الصكوك والسندات

- (١) كلاهما أوراق مالية متداولة، غرضهما الأساس هو التمويل.
- (٢) من خلال الصكوك أو السندات يمكن أداء وتنفيذ كثير من الوظائف الاقتصادية المهمة، كالتحكم في حجم السيولة النقدية، وتمويل الأغراض المختلفة.
- (٣) تُصنّف الصكوك والسندات -بشكل عام- بأنها أوراق مالية ذات استقرار كبير، ومخاطر متدنية.

أوجه الاختلاف بين الصكوك والسندات

- (١) الصك يمثل حصة شائعة في العين أو الأعيان أو المنافع المصككة، أو في العقود والأعيان المدرة للربح والمُمثّلة في صيغة صكوك متداولة، في حين أن السند التقليدي يمثل قرضاً في ذمة مصدره.
- (٢) عوائد الصكوك (في الأعم الأغلب) ليست التزاماً في ذمة المصدر، وإنما عوائد الصكوك ناشئة عن ربح أو غلة العقود التي بُنيت هيكله الصكوك عليها؛ فلو كان الصك صكاً أعيان مؤجرة فعائد الصك متحقق من الأجرة التي يدفعها مستأجر الأعيان المصككة، وإن كان صكاً مضاربة فعائد الصك يتحقق من ربح المضاربة والمتاجرة في المجال الذي أُصدرت الصكوك لأجله، بينما عوائد السندات إنما هي التزام من المقرض (مصدر السند) وهي ثابتة في ذمته يلزمه الوفاء بها في مواعيد

استحقاقها؛ وعليه فيكون عائد السند التقليدي زيادة في القرض؛ ويكون بذلك من الربا المحرم.

(٣) من الأهمية بمكان الإشارة إلى أن من أنواع السندات التقليدية المحرمة ما يُسمى بالسندات المدعّمة بأصول "asset backed securities"، والفرق بينها وبين الصكوك: أن الصكوك ورقة مالية تمثل أصولاً، وأما هذا النوع من السندات التقليدية الـ "asset backed securities" فهي أوراق مالية تمثل ديناً في ذمة المصدر موثقاً برهن وضمنان هو الأصول؛ وعليه فحق حامل الصك مقتصر على الأصول التي تمثلها الصكوك فحسب، بينما هذا النوع من السندات حق حامله متعلق بذمة المصدر، والأصول ضمان ورهن.

وباستعراض ما سبق من فروق وآثار تتميز الصكوك عن السندات بكون السندات ورقة مالية محرمة، والصكوك ورقة مالية مباحة مهيكله بناءً على عقود شرعية.

الفروق بين الصكوك والأسهم

(١) الصكوك (بشكل عام) ورقة مالية قليلة المخاطر، بينما الأسهم ورقة مالية ذات مخاطر عالية.

(٢) لما كانت الصكوك أداة ماليةً غرضها تمويل المصدر؛ فإنها - في الأعم الأغلب - تكون مؤقتة ولها تاريخ استحقاق "إطفاء"، بينما الأسهم ورقة مالية غير مؤقتة.

المبحث الثاني

حكم إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة وتداولها

تعريف موجز بمنافع الأعيان الموصوفة في الذمة

بادئ ذي بدء وقبل الشروع في بيان حكم عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، فإنه ومن الأهمية بمكان التوطئة ببيان أقسام الإجارة باعتبار ما ترد إليه، حتى يتحرر موضع المسألة محل البحث.

تتقسم الإجارة باعتبار ما ترد إليه إلى قسمين رئيسين:^(١)

القسم الأول: الإجارة الواردة على عمل

وهي العقد التي يستحق فيها المستأجر عملاً موصوفاً يثبت في ذمة المستأجر (الأجير). على أن لا يكون تنفيذ التزام المستأجر يقتضي قيامه بتسليم نفسه أو عين معينة، أو موصوفة للمستأجر، بل يقتضي قيامه بعمل محدد في شئ معين أو موصوف، سواء عمله بنفسه أم بواسطة غيره. إلا أنه هو المسؤول عن أداء العمل للمستأجر.

ويصح أن يقال: إن فحوى هذا القسم ما اصطاح الفقهاء على تسميته بالأجير المشترك. وقد جلى الإمام ابن قدامة - رحمه الله - هذا المعنى بقوله: "والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين. كخياطة ثوب، أو بناء حائط، و حمل شئ إلى مكان معين، أو على عمل لا يستحق جميع نفعه فيها؛ كالكحال، والطبيب. سمي مشتركاً، لأنه يتقبل أعمالاً لاثنتين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم".^(٢)

القسم الثاني: الإجارة الواردة على منافع الأعيان

وهي الإجارة التي يستحق فيها المستأجر منفعة عين معينة أو موصوفة. وقد تكون هذه العين المستأجرة حيواناً كما لو استأجر دابةً لمدة يوم ليحرث بها أرضه، أو آلة كأن يستأجر سفينة أو طائرة، أو عقاراً كأن يستأجر داراً ليسكنها سنة ونحو ذلك.

وعليه فإن الإجارة الواردة على منافع الأعيان نوعان:

النوع الأول: الإجارة الواردة على منفعة عين معينة، سواء أعينت بالإشارة أم بالوصف، ويتعلق حق المستأجر بمنفعة العين المعينة المعقود عليها لا سواها.

النوع الثاني: الإجارة الواردة على منفعة عين موصوفة في الذمة: ويتعلق حق المستأجر فيها بمنفعة عين موصوفة في ذمة المؤجر، لا بعين معينة، ولا بعمل في ذمة المؤجر، وقد

^(١) ينظر في تقسيم الإجارة بهذا الاعتبار: الفتاوى الهندية (٤/٤٦٢)، والمنتقى شرح الموطأ للباقي (٦/٥٥٢)، وروضة الطالبين للنووي (٤/٢٤٨)، وحاشية قليوبي وعميرة (٢/٦٧-٦٨)، والفروع لابن مفلح (٧/١٦٠)، وشرح منتهى الإرادات (٤/٢٨).

^(٢) المغني لابن قدامة (٨/١٠٣).

تكون هذه العين المستأجرة الموصوفة في ذمة المؤجر: عقاراً، أو جماداً، أو آلة، أو حيواناً، كأن يقول المستأجر للمؤجر: استأجرت منك جهازاً صفته كذا وكذا - وصفاً نافياً للنزاع- لمدة كذا وكذا.

وعليه فإن هذا النوع -الإجارة الواردة على منفعة عين موصوفة في الذمة- هو محل البحث.

التعريف بصكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

ما من هيكله صك إلا وتشتمل على مجموعة من العقود الشرعية، إلا إن العقد الذي يصنّف الصك عليه (ويسمى به غالباً) هو العقد الذي ينشأ عنه عائد الصك وربحه؛ وعليه فإن عقد (إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة) قد يكون أحد العقود التي تشتمل عليها هياكل كثير من الصكوك، إلا أننا لا نطلق على صك ما بأنه (صك منافع أعيان موصوفة في الذمة) إلا إذا كان عقد (إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة) هو العقد الرئيس في هيكله الصك، والذي تنتج عنه عوائده.

تعريف صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

بناءً على ما سبق من مقدّمة فإنه يمكن تعريف صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة بأنها: (أوراق مالية محدّدة المدة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية منافع أعيان موصوفة في الذمة، تخوّل مالكيها منافع، وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته).

كأن تقوم جهة بطرح صكوكٍ تمثل ملكية الانتفاع بأعيان موصوفة في الذمة، وتبيّن في هذه الصكوك تفاصيل هذه المنفعة، والعين محل الانتفاع وصفاً دقيقاً، ومدة الانتفاع -بدايةً ونهايةً-، وشروط هذا الانتفاع.

تصوير صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

أن تقوم شركة من شركات التطوير العقاري بالتخطيط لإنشاء وحدات سكنية موصوفة وصفاً دقيقاً، ثم تقوم بتمثيل ملكية الانتفاع بسكنى هذه الوحدات السكنية الموصوفة وصفاً دقيقاً في صكوك متساوية القيمة وتطرحها للاكتتاب العام، وتبيّن فيها مدة الانتفاع وتاريخ ابتدائه وانتهائه، ونحو ذلك من التفاصيل التي لها أثر في الثمن (الأجرة)؛ وبذلك يكون:

- (١) مصدر هذه الصكوك: مؤجر - بائع منفعة - عين موصوفة في الذمة.
- (٢) المكتتبون في الصكوك: هم مستأجرون لمنافع هذه العين الموصوفة في الذمة.
- (٣) حصيلة الاكتتاب: هي الأجرة.
- (٤) وبذلك فإن حملة الصكوك يملكون منافع هذه الأعيان الموصوفة في الذمة على الشيوع؛ لهم غنمها وعليهم غرمها.

ملاحظة:

إن المتأمل في الطبيعة الفنية للصكوك، وسماتها ووظائفها، وكونها ورقة مالية متداولة غرض مصدرها التمول بحصيلتها، وغرض المكتتب فيها (من السوق الأولية) أو مشتريها (من السوق الثانوية) الاستثمار لمدة محددة، في ورقة مالية مخاطرها معلومة المقدار، وذات عائد يتناسب مع حجم هذه المخاطر.. إلخ؛ يمكنه أن يصل إلى نتيجة مفادها أن (صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة) - بالتعريف والتصوير الموضح أعلاه - مجرد تنظير بعيد عن الواقع الفني لسوق الصكوك، ولذلك لا يعلم الباحث وجود تطبيقات لما سبق من تنظير؛ حيث إن المستثمر في الصكوك (بالمعنى الفني الاصطلاحي) لا غرض له في منافع أعيان موصوفة في الذمة، وإنما غرضه الاستثمار في ورقة مالية محددة المدة ذات مخاطر منخفضة، وعوائد محددة المدة.

عقد (إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة) في هياكل الصكوك

رغم ما سبق بيانه من كون عقد (إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة) ليس ملائماً لأن تبني عليه هيكل الصكوك (بحيث يكون هو العقد الذي ينتج عنه عائد الصك)، إلا إنه عقد ذو أهمية كبيرة في الواقع العملي لهيكل الصكوك؛ حيث تشتمل عليه هياكل كثير من الصكوك (وبالأخص صكوك الأعيان المؤجرة)؛ لأنه يمكن من خلال تضمينه في الهيكل معالجة بعض أنواع المخاطر وتخفيضها.⁽¹⁾

ولبيان حقيقة ذلك سيضرب الباحث مثلاً تصويرياً لصكوك ملكية أعيان مؤجرة، تشتمل هيكلته على عقد (إجارة منافع أعيان موصوفة في الذمة)، مع بيان أثره في تخفيض بعض مخاطر الصك.

مثال:

- شركة طيران ترغب في إصدار صكوك لتمويل حصولها على أسطول طائرات قيمتها مليار ريال.
- يجمع مدير الإصدار قيمة الإصدار (المليار ريال) من المستثمرين (المكتتبين في الصكوك) ليشتري بها أسطول الطائرات من الشركة المصنعة بالمواصفات المحددة من شركة الطيران.
- يبرم مدير الإصدار عقداً (عقد استصناع) مع الشركة المصنعة للطائرات لصناعة خمس طائرات يتم تسليمها بعد ٣٠ شهراً.
- لكون الطائرات غير موجودة فيتعذر على حملة الصكوك (من خلال وكيلهم مدير الإصدار) أن يؤجروا الطائرات محل الصنع من شركة الطيران (التمول، المصدر)؛ لأنه يكون بهذا الاعتبار تأجير معدوم، وهو محرم باتفاق الفقهاء.

(1) ستأتي الإشارة لها في المثال أدناه.

• وفي المقابل تكون المخاطر على حملة الصكوك عالية جداً لو انتظروا حتى انتهاء صنع الطائرات ليؤجروها من شركة الطيران؛ حيث إنهم سيكونون عرضة لنكول شركة الطيران عن وعدها بالاستئجار، بالإضافة إلى مخاطر تقلب الأسعار بناء على تغير الأوضاع الاقتصادية، وهذه المخاطر العالية تتعارض مع الطبيعة الفنية للصك؛ وعليه فإنهم يلجؤون إلى إبرام عقد إجارة منافع أعيان موصوفة في ذمتهم، محله طائرات موصوفة مطابقة لوصف الطائرات محل الاستصناع (مع الشركة المصنعة) - دون الربط بين العقدين - ؛ لمدة عشر سنوات تبدأ مدة الانتفاع بعد ثلاثين شهراً، بأجرة مقدارها مليار ومئتي مليون ريال مقسطة على عشرة أقساط سنوية مقدار كل منها ١٢٠ مليون ريال.

حكم إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة يبنى حكمه بشكل رئيس على ما قرره الفقهاء من حكم إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، والتي اتفقت المذاهب - في الجملة - من الحنفية،^(١) والمالكية،^(٢) والشافعية،^(٣) والحنابلة^(٤) على مشروعيتها.

(١) تحرير قول الحنفية في حكم "إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة"

ذهب الحنفية إلى مشروعية إجارة المنافع في الذمة، إلا إنهم يرون هذا العقد حالاً لا يتأجل بالتأجيل؛ وذلك لأمر أبرزها: أنهم يرون أن المنافع لا تثبت في الذمة، حيث يقول الإمام السرخسي: "لأن الدين ما يثبت في الذمة، والمنافع لا تثبت في الذمة" المبسوط (١٥ / ١٤٠)، ولكونهم يرون الحيوان لا يثبت في الذمة في المعاضات، فالحيوان لا يصلح إلا أن يكون معيناً..؛ لأن الحيوان لا يثبت دينا في الذمة" المبسوط (١٥ / ١٢٧). وعليه فإنهم وإن اتفقوا مع الجمهور - من المالكية والشافعية والحنابلة - في مشروعية إجارة المنافع في الذمة، وفي أهم أثر من آثارها - وهو: أن العقد لا يفسخ بهلاك العين محل الانتفاع، وإنما يلزم المؤجر أن يقدم للمستأجر عيناً أخرى مطابقة للوصف مكانها - ، إلا إنهم وخلافاً للجمهور لا يرونها سلماً في المنافع؛ لأنها عقد حال ولا يثبت دينا مؤجلاً في الذمة.

وقد علق د/ سامي السويلم على ذلك تعليقا نفيساً جاء فيه: "هذه الإجارة ليس فيها تأجيل العين المؤجرة، بل فيها ضمان استبدالها لو هلكت، وفرق بين الأمرين، لأن ضمان الاستبدال ليس شغلاً للذمة (بالمصطلح المحاسبي ضمان الاستبدال التزام مشروط contingent liability ولا يسجل في قائمة الميزانية، بخلاف الدين فهو التزام غير مشروط ويسجل ضمن قائمة الميزانية. وهذا يبين سبق الفقه الإسلامي لهذه المفاهيم العميقة قبل ألف سنة؛ وبهذا يتبين الفرق بين هذه الإجارة وبين السلم، فالسلم يشترط فيه عندهم تأجيل المسلم فيه، بل لا يكون السلم إلا مؤجلاً، وهنا لا يشترط بل لا يجوز تأجيل العين محل الإجارة، لأنه لو تأجلت مع كونها مضمونة في الذمة أصبح سلماً في المنافع، ولا يجوز السلم في المنافع لأن المنافع لا تثبت دينا في الذمة على أصولهم".^١ يقول الكاساني - رحمه الله - : "لو كان المستأجر عبداً أو ثوباً أو حلياً أو ظرفاً أو دابة معينة فهلك، أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة أو للقصارة؛ بطلت الإجارة لما قلنا، وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها، فسلم إليه دواب فقبضها، فماتت لا تبطل الإجارة، وعلى المؤجر أن يأتيه بغير ذلك؛ لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد؛ لأن الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة، وإنما تسلم العين ليقوم منافعها مقام ما في ذمته، فإذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه أن يعين غيرها" بدائع الصنائع (٤ / ٢٢٣).

• قوله: "الإجارة على دواب بغير أعيانها"، وقوله: "فالعقد يقع على منافع في الذمة" نص في تقرير مشروعية إجارة المنافع في الذمة.

• وإن ما يقطع الشك باليقين تفرعه على مشروعية (إجارة المنافع في الذمة) ذكر أحد أهم مقتضياتها وما تفرقت به عن إجارة الأعيان المعينة، وهو وجوب بدل العين المؤجرة إذا تلفت في (إجارة المنافع في الذمة) بخلاف إجارة العين التي يفسخ العقد بهلاكها.

وبنحوه نص السمرقندي في تحفة الفقهاء (٢ / ٣٦١)، وابن مازة في المحيط البرهاني (٧ / ٥٠٩)، وابن عابدين في رد المحتار (٩ / ١٣٣)، والفتاوى الهندية (٤ / ٥٢٢) وغيرها.

مناقشة من نسب للحنفية القول بمنع "إجارة المنافع في الذمة":

نسبت بعض البحوث والدراسات المعاصرة إلى المذهب الحنفي منع إجارة المنافع في الذمة، وعللوا نسبتهم المنع إلى المذهب الحنفي بما يأتي:

أولاً: منع إجارة المنافع في الذمة عند الحنفية فرعٌ عن أصلهم، وهو أن المنافع لا تعتبر أموالاً؛ لأن المال عندهم هو: "ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة" لم: (١٢٦) من مجلة الأحكام العدلية. يقول السرخسي في المبسوط (٧١/٥): "وعندنا المنافع ليست بمال متقوم؛ وعليه فإن المنافع غير قابلة للإحراز والادخار، إذ هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً، وأنا فأناً، وتنتهي بانتهاء وقتها، وما يحدث منها غير ما ينتهي. يقول الزيلعي في تبيين الحقائق (١٣٢/٥): "ولأن العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها". وبناءً على عدم اعتبارهم المنافع أموالاً فإنهم لم يجيزوا إجارة المنافع في الذمة.

المناقشة:

- عدم التسليم بكون جميع الحنفية على القول بعدم مالية المنافع، بل إن القول بماليتها مطلقاً قول في المذهب الحنفي كما نص على ذلك السرخسي في المبسوط بقوله: "هذا على الطريق الذي يقول بالمنفعة مال وإن كان دون العين، .. وعلى الطريق الذي يقول ليس بمال..". (١٣٧ / ١٥)، وابن نجيم في البحر الرائق (٢١٧ / ٢) إذ يقول: "والمال كما صرح به أهل الأصول ما يتملّ ويدخر للحاجة، وهو خاص بالأعيان فخرج تملك المنافع..؛ لأن المنفعة ليست بعين متقومة. ا.هـ. وهذا على إحدى الطريقتين، وأما على الأخرى من أن المنفعة مال فهو عند الإطلاق منصرف إلى العين"، وقال ابن مازة في المحيط البرهاني (١١١ / ٤): "إن أجر أو استأجر فهو جائز؛ لأن الإجارة تجارة، لأن التجارة مبادلة مال بمال والمنافع مال".
- إن التأمّل في المواضع التي نص فيها أئمة الحنفية على كون المنافع ليست مالاً، ويقارنها مع مواضع أخرى نصوا فيها على كون المنافع مالاً، ويجمع ذلك إلى الفروع الفقهيّة التي جعلوا فيها المنافع أموالاً متقومة يمكنه أن يصل إلى نتيجة ملخصها: أنهم عدوا المنافع ليست أموالاً متقومة في الأصل، لكنهم استثنوا المنافع في عقد الإجارة (سواء أكانت إجارة أعيان أم منافع في الذمة) وعدوها مالاً متقوماً على سبيل الاستثناء وخلافاً للقياس.

يقول الشيخ مصطفى الزرقا -رحمه الله- في المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ص: (٢١٥): "فذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن المنافع في الأصل لا تدخل في حيز الأموال، وإنما هي ملك، وبهذا جاءت المادة (١٢٥) من المجلة. ووجه نظرهم في هذا أن المنفعة ليست شيئاً مادياً موجوداً، وإنما هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمن؛ فلا تعتبر ثروة من المال لأنه لا يمكن فيها الإحراز والادخار. وعن هذا وضع الاجتهاد الحنفي نظريته المشهورة: (إن المنافع ليست ذات قيمة في نفسها، وإنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الإجارة على خلاف القياس للحاجة)؛ فلا تقوّم المنافع في غير الإجارة عند الحنفية؛ لأن القاعدة أن ما أورد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه" ا.هـ.

هذا ويؤكد هذه النتيجة جملة من نصوص أئمة الحنفية، منها على سبيل المثال: قول الإمام السرخسي -رحمه الله-: "فأما بالعقد يثبت للمنفعة حكم الإحراز والتقوم شرعاً بخلاف القياس، وكان ذلك باعتبار إقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة لأجل الضرورة والحاجة" المبسوط، (٧٩ / ١١)، وينظر: (٧١ / ٥)، (١٣١ / ١٥)، (١٥١)، ويقول الإمام فخر الدين الزيلعي - رحمه الله - في تبيين الحقائق (١٥٣ / ٢): "المنافع ليست بمال، وإنما تتقوم بالعقد أو شبهة العقد للضرورة، وفيما لو يوجد فيه العقد أو شبهته لا يتقوم"، وقال في موضع آخر: "المنافع ليست بمال مطلقاً وإنما تصير مالا بعقد الإجارة" (١١٩ / ٦).

ثانياً: يشترط لصحة الإجارة عند الحنفية كون المؤجر عيناً معينة. جاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٤٤٩): "يلزم تعيين المأجور بناءً عليه لا يصح إيجار أحد الحانوتين من دون تعيين أو تمييز؛ وعليه فإجارة المنافع الموصوفة التي لا تتحدد فيها العين محل الانتفاع غير جائزة على أصول المذهب الحنفي.

المناقشة:

منع كون محل الانتفاع إحدى عينين دون تعيين أو تمييز إنما هو في إجارة منافع الأعيان المعينة، وهو ما يتفق فيه المذهب الحنفي مع الجمهور؛ لكون ذلك مشتملاً على الجهالة والغرر التي يجب نفيها عن المعقود عليه في عقد إجارة المعين؛ وذلك بخلاف المعقود عليه في إجارة المنافع في الذمة، والتي ينتفي الغرر فيها بكونها مما ينضبط بالوصف عادة، وأن ينص العاقدان عند التعاقد على صفات العين محل الانتفاع التي تختلف بها الأجرة عادة. وقد نصت دواوين الفقه الحنفي على جواز هذا النوع من أنواع الإجارة، بل إن مجلة الأحكام العدلية نفسها قد أشارت إلى حكم هذا النوع في المواد (٥٤٠، و٥٤١) وغيرها.

ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤)، والمنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي (٥٥٢/٦).

كما اتفق الفقهاء على كون إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة عقداً صحيحاً لازماً أبرز الفروق بينه وبين إجارة منافع الأعيان المعينة كون المنفعة محل التعاقد ديناً ثابتاً في ذمة المؤجر، لا ينفسخ العقد بهلاك العين محل الانتفاع، وإنما يلزم المؤجر أن يقدم للمستأجر عيناً أخرى مطابقة للوصف مكانها.

إلا إن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة قد نصوا على أن إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة سلمٌ في المنافع؛ وعليه فجوازها منوطٌ بتوفر شروط السلم فيها،^(٣) ومن أهم هذه الشروط:

- (١) أن تكون العين المؤجرة مما ينضبط بالوصف.
 - (٢) وصف العين المؤجرة وصفاً مُجلياً يدفع الجهالة والغرر.
 - (٣) تحديد موعد استيفاء العين المؤجرة.
 - (٤) تعجيل تسليم الأجرة؛ وذلك بناء على اشتراط تعجيل تسليم رأس مال السلم.
- إلا إن هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء، سيعرضه الباحث تدليلاً وترجيحاً في المبحث التالي.

حكم تعجيل دفع الأجرة في إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

اختلف المعاصرون في حكم كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر إذا كان محل التعاقد منفعة عينٍ موصوفة في الذمة، وذلك على قولين:

القول الأول: ذهب بعض المعاصرين مثل: أ.د. علي القره داغي،^(٤) والدكتور عبدالستار أبوغدة^(٥) إلى عدم اشتراط كون الأجرة حالة إذا أبرم عقد إجارة منفعة العين الموصوفة في الذمة بلفظ الإجارة، وأما إذا عُقد بلفظ السلم فاشتراطوا لصحة العقد تسليم الأجرة في مجلس العقد، وهو القول الذي رجحه المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية،^(٦) والهيئة الشرعية لمصرف الراجحي في السعودية.^(٧)

(١) ينظر: حاشيتا قليوبي وعميرة (٦٩/٣ - ٧٠) إلا أن الشافعية ومع قولهم بجواز إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة فإنهم قد استثنوا العقار والسفينة فمنعوا إجارتها موصوفة في الذمة لأنها لا تثبت ديناً في الذمة عندهم، وأما بعض العقار وبعض السفينة فيجوز إجارتها موصوفاً في الذمة.

(٢) ينظر: كشاف القناع للبهوتي (٢٥٢/٣)، ومطالب أولي النهى للرحبياني (٦١٣/٣).

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ للباقي (٥٥٢/٦ - ٥٥٤)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٦٩/٣)، مطالب أولي النهى للرحبياني (٦١٣/٣).

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢٢٥ / ٢).

(٥) ينظر: التطبيقات العملية للإجارة الموصوفة في الذمة ص: (٨٦، ٨٨).

(٦) حيث جاء في الفقرة: (٥/٣) من المعيار: (٩) "معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك" ما نصه: "يجوز أن تقع الإجارة على موصوف في الذمة وصفاً منضبطاً، ولو لم يكن مملوكاً للمؤجر (الإجارة الموصوفة في الذمة) ..، ولا يشترط فيها تعجيل الأجرة ما لم تكن بلفظ السلم أو السلف..".

(٧) ينظر: القرار ذو الرقم: (٦٦٣) الصادر في ٢٨/٠٢/١٤٢٦هـ.

ما بُني عليه القول الأول:

إن أبرز ما علل به أصحاب هذا القول ما ذهبوا إليه من عدم اشتراط كون الأجرة حالة: ما ذهب إليه الشافعية في وجهٍ مرجوح،^(١) والحنابلة في وجهٍ^(٢) من اشتراط القبض وتسليم الأجرة في مجلس العقد إذا عُقدت الإجارة على منافع الأعيان الموصوفة في الذمة بلفظ السلم، وأما إذا عُقدت بلفظ الإجارة فلا يشترط لصحتها تسليم الأجرة في مجلس العقد.^(٣)

مناقشة:

يناقش ما سبق من أوجه عدة، أبرزها أربعة، تفصيلها على النحو الآتي:

أولاً: من فرق من الفقهاء بين انعقاد العقد بلفظ السلم أو بلفظ الإجارة (فمَنَعَ التفرق قبل تسليم الأجرة في المجلس في الأولى وأجازها في الثانية) لا يعني -على القولين كليهما- جواز كون الأجرة ديناً مؤجلاً ثابتاً في ذمة المستأجر مع كون العين الموصوفة محل الانتفاع ديناً مؤجلاً ثابتاً في ذمة المؤجر، بل ذلك ممنوع على القولين كليهما؛ لأنه من الكاليء بالكاليء، سواء أتم بلفظ السلم أم بلفظ الإجارة، وإنما ما أجاز بعض الفقهاء عقده بلفظ الإجارة دون لفظ السلم ما إذا كانت الأجرة محددة ومعينة في مجلس العقد لكنهما تفرقا قبل قبضها؛ فهذه الصورة التي تنتفي فيها علة الكاليء بالكاليء هي التي اختلفت فيها مدارك الاجتهاد بين تغليب اللفظ (الإجارة) فيجوز التفرق مع عدم القبض، أو تغليب المعنى (السلم) فيحرم التفرق عن المجلس مع عدم تمام القبض وتسليم الأجرة؛ لأن عقد السلم واجبٌ تسليم رأس المال فيه في المجلس قبل التفرق.^(٤)

والسر في ذلك: أن تعيين الأجرة في المجلس (حتى ولو لم يتم تسليمها فيه) يخرجها عن كونها ديناً في الذمة؛ لأن "المعين لا يستقر في الذمة، وما تقرر في الذمة لا يكون معيناً"^(٥) معيناً؛^(٥) وبذلك فإنها تخرج عن كونها من قبيل بيع الدين بالدين (أو الكاليء بالكاليء) المنهي عنه والمجمع على تحريمه.

ثانياً: بإنعام النظر في مدونات الفقه الشافعي في المواضع التي حُرِّ فيها حكم بيع الموصوف في الذمة، وإجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، وجمع نصوصهم في ذلك بعضها إلى بعض، وحمل المجمل فيها على المبين، والمطلق على المقيد يظهر جلياً أن

(١) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ٢٥١)، أسنى المطالب للأنصاري (٢/ ١٩٧).

(٢) ينظر: الكافي لابن قدامة (٣/ ٣٩٢ - ٣٩٣)، الإنصاف للمرداوي (١٤/ ٢٧٦).

(٣) جاء ضمن "مستند الأحكام الشرعية" الملحق بالمعيار: (٩) "معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك" الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة ما نصه: "مستند جواز الإجارة لعين موصوفة في الذمة...، ولا يشترط تعجيل الأجرة فيها على أحد قولين للشافعية والحنابلة".

(٤) خلافاً للمالكية الذين أجازوا تأخير تسليم رأس مال السلم عن مجلس العقد يومين أو ثلاثة؛ لأن ما قارب الشيء يأخذ حكمه - وهذا من باب التسامح والرخصة والاستثناء وليس أصالة - .

(٥) إيضاح المسالك للونشريسي، ص: (١٣٩)، وفي السياق نفسه يقول القرافي: "أعلم أن المعينات المشخصات في الخارج، المرتبات بالحس لا تثبت في الذم" الفروق (٢/ ٢٥١).

الشافعية متفقون على منع كون الأجرة ديناً مؤجلاً في الذمة (سواء أكانت بلفظ السلم أم بلفظ الإجارة)؛ لأن ذلك من بيع الكالئ بالكالئ المجمع على تحريمه،^(١) وأما ما اختلفوا فيه (وورد عندهم وجهان في حكمه) فهو: هل يشترط قبض الأجرة في المجلس أم لا (مع كونها على القولين كليهما معينة وليست في الذمة)؟ فأجاز بعضهم التفرق قبل تمام قبض الأجرة المعينة إن أبرم العقد بلفظ الإجارة دون لفظ السلم تغليباً للفظ - أي لأن لفظ (السلم) يقتضي التسليم في المجلس؛ فإذا نصَّ على السلم ثم لم يتحقق التسليم كان ذلك مناقضاً لمقصد العقد، وهو ما ينتفي في حال إبرامه بلفظ الإجارة -، ومنهم من منع التفرق مطلقاً قبل تمام القبض وتسليم الأجرة في المجلس سواء أتم العقد بلفظ السلم أم بلفظ الإجارة؛ تغليباً للمقصد والمعنى. ونصوص أئمة الشافعية التي توضح هذا الفهم كثيرة متظافرة، من أبرز أمثلتها:^(٢)

- يقول الإمام العمراني -رحمه الله- : "وما عقد من الإجارة على منفعة في الذمة.. وتتعد هذه الإجارة بلفظ السلم، .. وتتعد بلفظ الإجارة.. ولا يجوز أن تكون الأجرة هاهنا مؤجلة؛ ل: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن الكالئ بالكالئ»، و(الكالئ بالكالئ): هو بيع النسيئة بالنسيئة، ولأن هذه الإجارة في معنى المسلم فيه، ورأس مال السلم لا يصح أن يكون مؤجلاً. وهل يشترط هاهنا قبض الأجرة في المجلس قبل أن يتفرقا؟ ينظر فيه: فإن عقد الإجارة بلفظ السلم.. اشترط قبض الأجرة قبل أن يتفرقا، كما قلنا في السلم. وإن عقد بلفظ الإجارة.. ففيه وجهان: أحدهما: لا يشترط قبضه في المجلس قبل التفرق اعتباراً باللفظ. والثاني: يشترط قبضه قبل التفرق، وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق اعتباراً بالمعنى، ومثل هذين الوجهين الوجهان في قبض رأس مال السلم في المجلس إذا عقد السلم بلفظ البيع".^(٣)

(١) هذه المنهجية في الجمع بين نصوص المذهب، ورد متشابهها ومجملها إلى محكمها ومفصلها سلكها علماء كبار وأئمة من السلف ومن المعاصرين. ومن أمثلتها في المسألة محل البحث عند المعاصرين ما حكاه د/ العياشي فداد عن الفقيه الشيخ أ.د/ الصديق الضيرير بقوله: بيع موصوف في الذمة بصيغة البيع.. إذا كان الثمن مؤجلاً فهو بيع الكالئ بالكالئ، ولكن نظراً لانعقاده بلفظ البيع فقد حكى بعض الفقهاء نصوصاً يفهم منها التفرقة بين انعقاد البيع بهذه الصورة بلفظ البيع أو لفظ السلم ..، وقد أورد د/ أحمد علي عبدالله في بحثه عبارة مطولة من حاشية الشرقاوي في المذهب الشافعي.. أنصها: (ويبوع الصفات، أي يبيع الأعيان في الذمم المشتمل على ذكر الصفات، لكن إن عقد بلفظ البيع صح تأجيل كل من المبيع والثمن، أو بلفظ السلم صح تأجيل المثلث فقط).. قام الشيخ الضيرير بقراءة هذا النص من خلال نصوص الشافعية الأخرى التي تمنع تأجيل البدلين؛ لما يؤدي إليه من بيع الدين بالدين، وإن كان يُقرُّ بأن العبارة يمكن أن يفهم منها تأجيل البدلين معاً، لكن الذي يتسق مع نصوص الشافعية في كتبهم هو تقييدها بما يمنع الدين بالدين. ولعل ما اتجه إليه الشيخ الضيرير في تأويل =عبارة الشرقاوي سائلة الذكر هو الأوجه، إذ كما نقل عن الشرقاوي ذاته في الموضوع نفسه عبارات أخرى تقيّد هذه العبارة المطلقة، بتعيين أحد البدلين في المجلس. ينظر: البيع على الصفة، د/ العياشي فداد، ص: (٥٩ - ٦٠) - بتصرف يسير - .

(٢) ينظر: دراسات في أصول المداينات، د/ نزيه حماد ص: (٢٤٦ - ٢٤٨).

(٣) البيان (٧/ ٣٣٤ - ٣٣٥).

● كذلك فقد أورد الإمام زكريا الأنصاري -رحمه الله- القولين فيما إذا عُقدت بلفظ الإجارة؛ الأول منهما: اعتبار اللفظ (الإجارة أو البيع) فلا يجب التقابض في المجلس، والثاني: اعتبار المعنى (وهو كونها سلماً فيجب القبض في المجلس)، ثم قال: "لكن على الأول (يجب تعيين رأس المال) في المجلس إذا كان في الذمة؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين، .. (لا القبض في المجلس) فلا يجب"^(١) فعلى القولين كليهما لا يجوز كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر.

● وبمثل ما سبق نصّ جمعٌ من أئمة الشافعية: كالنووي في روضة الطالبين^(٢)، والعبادي والشربيني في حاشيتيهما على الفرر البهية^(٣)، والرملي في نهاية المحتاج^(٤) - رحمة الله على الجميع - .

ثالثاً: ما قيل في تحرير مذهب الشافعية يمكن قول مثله في تحرير مذهب الحنابلة: حيث إن المتأمل في مدونات الفقه الحنبلي في المواضع التي نصت على التفريق بين إبرام العقد بلفظ السلم أو بلفظ الإجارة^(٥) (سواء أكان ذلك في سياق أحكام إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة أو بيع الأعيان الموصوفة في الذمة)، وجمع بعضها إلى بعض، ورد متشابهها^(٦) إلى محكمها، وضبطها بالقواعد العامة المتفق عليها في المذهب^(٧) يمكنه القول: بأنه لا مستمسك في مذهب الحنابلة لمن يقول بجواز كون الأجرة ديناً مؤجلاً ثابتاً في ذمة المستأجر مع كون العين الموصوفة محل الانتفاع ديناً مؤجلاً ثابتاً في ذمة المؤجر، سواء أبرم العقد بلفظ السلم أو بلفظ الإجارة، بل ذلك ممنوع على القولين كليهما؛ لأنه من الكاليء بالكاليء، وإنما ما أجاز بعض الحنابلة عقده بلفظ الإجارة دون لفظ السلم ما إذا كانت الأجرة^(٨) محددة ومعينة في مجلس العقد وليست ديناً في الذمة، ولكنهما تفرقا قبل قبضها (فيكون الخلاف في القبض في المجلس من عدمه، مع الاتفاق بين القولين كليهما على منع كونها ديناً مؤجلاً في الذمة).

وإن مما يؤكد ذلك جملة من نصوص أئمة المذهب، سيعرض الباحث شيئاً من أبرز أمثلتها، مع المناقشة:

● قال ابن مفلح -رحمه الله- في الفروع: (وبيع موصوفٍ غير معين يصح في أحد الوجهين اعتباراً بلفظه، .. حكمه كالسلم، ويعتبر قبضه أو ثمنه في المجلس، في

(١) أسنى المطالب (٢/ ١٢٤).

(٢) (٤/ ٢٥٠ - ٢٥١).

(٣) (٣/ ٥٤).

(٤) (٤/ ١٨٨).

(٥) أو بلفظ (البيع) في بيع العين الموصوفة في الذمة.

(٦) مثل: ما جاء في الكافي لابن قدامة (٣/ ٣٩٢ - ٣٩٣)، والإنصاف للمرداوي (١٤/ ٢٧٦).

(٧) كتحرير الكاليء بالكاليء.

(٨) أو (الثن) في عقد بيع العين الموصوفة في الذمة.

وجه. وفي آخر: لا؛ فظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه، وظاهر المستوعب وغيره: يعتبر، وهو أولى، ليخرج عن بيع دين بدين^(١)، ثم علق المرادوي على ذلك بقوله: (الوجه الأول لأي: وجوب قبض الثمن في المجلس] هو الصحيح..، والوجه الثاني: اختاره القاضي، وهو ظاهر ما جزم به في المستوعب في أول باب السلم، فإنه قال: الثالث ما لفظه لفظ البيع ومعناه معنى السلم، كقوله: اشتريت منك ثوبا من صفته كذا وكذا بهذه الدراهم، ولا يكون موجوداً ولا معيناً، فهذا سلم، وبحوز التفرق فيه قبل القبض، اعتباراً باللفظ دون المعنى.^(٢) انتهى. ولكن يحتمل قوله (بهذه الدراهم) أن القبض يحصل في المجلس والله أعلم. قال المصنف هنا على هذا الوجه: ظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه، وظاهر المستوعب وغيره: يعتبر، وهو أولى، ليخرج من بيع دين بدين، انتهى. وهو كما قال، والظاهر أنه عنى بظاهر المستوعب ما نقلناه عنه.^(٣)

يظهر مما سبق أنه حتى على القول المرجوح في المذهب -قول القاضي- الذي ذهب إلى جواز عدم قبض الثمن في المجلس إن أبرم العقد بلفظ البيع دون السلم: أنه يجب تعيين الثمن في المجلس حتى لا يكون العقد من الكاليء بالكاليء، وقد جلى الإمام المرادوي الصورة ودفع ما قد يتوهم من فهم كلام ابن مفلح في حكاية القول المرجوح - الذي يرى عدم اشتراط القبض في المجلس - دفع عن هذا القول ما قد يتوهم من عدم اشتراط تعيين الثمن في المجلس، ونفاه جلياً، ووضح أن المقصود بالخلاف هو مجرد اشتراط القبض في المجلس أم لا، وأما عدم تعيين الثمن في المجلس (صورة الكاليء بالكاليء) فهي ممنوعة على القولين كليهما دونما شك -والله أعلم- .

• وقد أوضح الإمام ابن مفلح رحمه الله في (النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر) ما أجمله في (الفروع)، حيث قال: "فعلى الصحة لأي: صحة بيع الموصوف في الذمة] قيل: يجوز التفرق قبل القبض كبيع العين. فعلى هذا ينبغي أن يشترط التعيين وهو ظاهر ما في المستوعب لأنه قال: كقوله: اشتريت منك ثوبا من صفته كذا وكذا بهذه الدراهم، ولا يكون المبيع موجوداً ولا معيناً؛ وذلك لأنه بالتعيين لأي: بتعيين الثمن] يخرج عن أن يكون بيع دين بدين وهو علة المنع، صرح بها في الكافي وغيره، وقد قطعوا بأنه لا يجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بدين".^(٤)

• هذا وإن كان ما سبق من نصوص في تقرير منع كون الثمن ديناً مؤجلاً في الذمة في بيع الموصوف في الذمة ينطبق على حكم إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، فإن

(١) (١٤٥/٦ - ١٤٦)، وبنحوه نص ابن قدامة في المغني (٦/ ٣٤ - ٣٥).

(٢) ينظر: المستوعب للسامري (١/ ٦٩٤).

(٣) تصحيح الفروع (٦/ ١٤٦)، وبنحوه في الإنصاف (١١/ ١٠٤).

(٤) (١/ ٢٩٣ - ٢٩٤).

الباحث -ولمزيد تأكيد- سيورد طرفاً من نقول الحنابلة في حكم إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، ومنها:

• قال الرحيباني في مطالب أولي النهي: "وشرط استقصاء صفات سلم في عين (موصوفة بذمة)، .. وإن جرت إجارة على عين موصوفة بذمة (بلفظ سلم)، كأسلمتك هذا الدينار في خدمة عبد صفته كذا، وقبل المؤجر (اعتبر قبض أجره بمجلس) جرى فيه عقد، لئلا تصير بيع دين بدين (و) اعتبر (تأجيل نفع) إلى أجل معلوم، وإن كان بلفظ الإجارة جاز التصرف قبل القبض"^(١) حيث نصَّ على كون الأجرة معيّنة في مجلس العقد، ثم حكى الخلاف في حكم اشتراط قبض الأجرة في المجلس إن أبرم العقد بلفظ الإجارة دون السلم.

• وقال البهوتي في شرح المنتهى: "وإن جرت إجارة على موصوف بذمة (بلفظ) سلم كأسلمتك هذا الدينار في منفعة عبد صفته كذا وكذا لبناء حائطٍ مثلاً، وقيل المؤجر (اعتبر قبض أجره بمجلس) عقد؛ لئلا يصير بيع دين بدين، (و) اعتبر (تأجيل نفع) إلى أجل معلوم كالسلم، فدل أن السلم يكون في المنافع كالأعيان، فإن لم تكن بلفظ سلم ولا سلف لم يعتبر ذلك"^(٢) وعليه فتعيين الأجرة في المجلس ومنع كونها ديناً مؤجلاً في الذمة متفق عليه في القولين كليهما، وأما من فرق بين لفظ السلم ولفظ الإجارة فلم يشترط الإقباض في المجلس في حال الإجارة مراعاة لمقاصد العقود.

رابعاً: إن مما يعزز ما ذكر - في أوجه المناقشة الثلاثة المبينة أعلاه- كون الشافعية والحنابلة^(٣) الذين قالوا بجواز عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة بلفظ الإجارة (دون السلم) مع عدم تمام قبض الأجرة في المجلس إذا تمَّ تعيينها في المجلس، أنهم يرون أن النُّقود تتعيَّن بالتعيين خلافاً للحنفية والمالكية؛^(٤) وبذلك فإنه ينتفي عنها علة الكاليء بالكاليء المجمع على تحريمها؛ فيكون سبب المنع عند من أجازها منهم بلفظ الإجارة ومنعها بلفظ السلم، أن السلم لا يكفي فيه مجرد انتفاء الكاليء بالكاليء، بل يجب مع ذلك تمام التسليم في المجلس لورورد النص بذلك، ولتجنب مخالفة مقتضى العقد؛ فالسلم مشتق من التسليم، بخلاف ما لو عقدت بلفظ الإجارة فإنه لا يجب فيها تمام القبض في المجلس وتجاوز بمجرد انتفاء الكاليء بالكاليء عنها وذلك بتعيين الأجرة في المجلس.^(٥)

(١) (٣/ ٦١٣ - ٦١٤).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٤/ ٢٨ - ٢٩).

(٣) ينظر: الوسيط للغزالي (٣/ ١٥٠)، قواعد ابن رجب "تقرير القواعد وتحريم الفوائد" (٣/ ٣٢٢).

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٥)، الفروق للقرافي (٣/ ٣٨٤ - ٣٨٥).

(٥) ينظر: منتجات صكوك الإجارة، د/ سامي السويلم ص: (٢٠ - ٢١).

القول الثاني: تحريم كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر مطلقاً إذا كانت المنفعة ديناً مؤجلاً موصوفاً في ذمة المؤجر، سواء أتم العقد بلفظ السلم أم بلفظ الإجارة، ونُسب ذلك للحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية والحنابلة^(٣).

ورجحه بعض المعاصرين مثل: د/ عبدالرحمن الأطرم،^(٤) والدكتور/ سامي السويلم،^(٥) وبه صدرت توصيات ندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم)^(٦) التي نظمها نظمها مجمع الفقه الإسلامي والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في جدة بحضور جمع من العلماء والمتخصصين.^(٧)

دليل القول الثاني:

نقل جمعٌ من أهل العلم (كالإمام أحمد، وابن المنذر، وابن العربي، وابن رشد الحفيد، وابن قدامة، والنووي، وابن تيمية، والسبكي، والشوكاني - رحمة الله على الجميع -)^(٨) الإجماع على تحريم الكاليء بالكاليء.

والكاليء بالكاليء هو كل دينٍ ثبت في ذمة المدين دون أن يقبض في مقابله ما ينتفع به.^(٩)

(١) سبق وأن حرر الباحث تفصيلاً قول الحنفية في حكم إجارة المنافع في الذمة، والذي تبين من خلاله أنهم يرونه عقداً حالاً لا تكون المنافع فيه ديناً مؤجلاً في ذمة المؤجر، بل يجب عندهم تعجيل تسليم الأعيان محل الانتفاع؛ وعليه فإذا كانت الأعيان المؤجرة (محل الانتفاع) حاضرة، لم يضر تأجيل دفع الأجرة أو تعجيلها؛ وبذلك تحرم عندهم الصورة التي تكون فيها المنافع ديناً مؤجلاً موصوفاً في ذمة المؤجر مع كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر، وهو ما يتسق مع الأصل المجمع عليه في منع الكاليء بالكاليء - والله أعلم - .

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (٣/٧)، مع الأخذ بالاعتبار كونهم جَوَزُوا تأخير تسليم أجرة العين الموصوفة في الذمة إلى ثلاثة أيام وأن ذلك في حكم التسليم في مجلس العقد؛ لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه.

(٣) ينظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ٢٥١)، أسنى المطالب للأنصاري (٢/ ١٢٤)، الكافي لابن قدامة (٣/ ٣٩٢ - ٣٩٣)، الإصناف للمرداوي (١٤/ ٢٧٦)، مع التنبيه إلى أن الشافعية في وجه مرجوح، والحنابلة في وجه قد ذهبوا إلى عدم اشتراط تسليم الأجرة المعينة والمحددة في المجلس إذا أبرم العقد بلفظ الإجارة بخلاف ما إذا عقد بلفظ السلم.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢/ ٢٩٨).

(٥) يقول فضيلته: "وعلى كل تقدير فلا خلاف بين الفقهاء في أن النوع الثاني، وهو إجارة عين موصوفة في الذمة ليس فيها عمل، أنه دين في الذمة، فيأخذ حكم السلم، وإنما وقع الخلاف حول صيغة العقد إذا تعين الثمن"، منتجات صكوك الإجارة ص: (٢٠).

(٦) عقدت الندوة في رحاب جامعة الملك عبدالعزيز في جدة خلال الفترة ١٠ - ١١/٠٦/١٤٣١هـ الذي يوافق ٢٤ - ٢٥/٠٥/٢٠١٠م بتنظيم مشترك بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، ومركز (معهد) أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز.

(٧) حيث نصت الفقرة (٢.٢) المدرجة تحت عنوان (إصدار صكوك تمثل إجارة الموصوف في الذمة) على أنه يجب تعجيل الأجرة إذا لم يتم تعيين الثمن. ص: (٦) من توصيات الندوة.

(٨) ينظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٠٦، ٤١٠)، والإشراف لابن المنذر (٦/ ٤٤)، والقبس لابن العربي (٢/ ٨٣٦)، وبداية المجتهد لابن رشد (٣/ ١٧٣٣)، والمجموع للنووي (٩/ ٥٠١)، ونظرية العقد لشيخ الإسلام ص: (٢٣٥)، وتكملة المجموع للسبكي (١٠/ ١٠٦)، ونيل الأوطار للشوكاني (٥/ ١٧٧، ٢٣٢).

(٩) قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، د/ سامي السويلم ص: (١١٥).

وعليه فيحرم التعاقد على كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر مع كون المعقود عليه منفعة عين موصوفة مؤجلة في ذمة المؤجر؛ لأن العقد بهذا الاعتبار يكون صورة من صورة الكاليء بالكاليء المحرّم (من صور ابتداء الدين بالدين، أو الواجب بالواجب)؛ فوجب كون الأجرة حالة لنفي هذه العلة.

مناقشة دليل القول الثاني:

نوقش الدليل السابق من أوجه، أبرزها:

أولاً: ذهب بعض الفقهاء إلى إجازة بعض الصور والمسائل مع اشتغالها على صورة الكاليء بالكاليء، ومنها: ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة^(١) من جواز الإجارة المضافة إلى المستقبل مع جواز كون الأجرة مؤجلة فيها؛ وبذلك يكون العوضان كلاهما مؤجلين (كاليء بكاليء)؛ وعليه فتكون إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة مع كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر مثلها في الحكم والاستثناء من عموم الكاليء بالكاليء.

ثانياً: الاعتراض بالإجارة على عمل موصوفٍ في الذمة "الإجارة في الذمة" من جهة جواز تأجيل الأجرة في ذلك، بل عدّ بعض الفقهاء ذلك هو الأصل.

يقول البهوتي -رحمه الله- : "ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه المستأجر وإن وجبت بالعقد، وعلى هذا وردت النصوص، ولأن الأجير إنما يوفى أجره إذا قضى عمله؛ لأنه عوض فلا يُستحق تسليمه إلا مع تسليم العوض، كالصداق والثلثين"^(٢).

الإجابة عن المناقشة:

أجيب عن المناقشات الواردة على دليل القول الثاني بما يأتي:

أولاً: ليس كل ما أُجّل فيه البدلان كان من الكاليء بالكاليء،^(٣) والمحرّم إنما هو الكاليء بالكاليء فحسب، لا كلُّ ما أُجّل فيه البدلان.^(٤)

ويتضح الفرق من خلال تأمل صورة عقد الإجارة المضافة للمستقبل؛ فالمنفعة المعقود عليها متعلقة بعين معينة ينفسخ العقد بتلفها أو تعذر الانتفاع بها؛ وعليه فالمعقود عليه ليس ديناً في ذمة المؤجر، إذ "المعينات المشخصات في الخارج، المرثيات بالحس لا تثبت في الذمم"^(٥) و"المعين لا يستقر في الذمة، وما تقرر في الذمة لا يكون معيناً"^(٦)؛ وبذلك تخرج الإجارة المضافة للمستقبل عن كونها ديناً بدين (كالتأ بكاليء)، وذلك بخلاف العقد

(١) ينظر: المسبوط للسرخسي (١٥ / ١٣١)، وكشاف القناع للبهوتي (٢ / ٢٤٨).

(٢) كشاف القناع (٣ / ٢٧٧).

(٣) كل كاليء بكاليء مؤجل البدلين، ولكن ليس كل مؤجل البدلين كالتأ بكاليء.

(٤) ينظر: دراسات في أصول المداينات، د/ نزيه حماد ص: (٢٦٣)، وقضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، د/ سامي

السويلم ص: (١١٦ - ١١٨).

(٥) الفروق للقراي (٢ / ٢٥١).

(٦) إيضاح المسالك للونشريسي، ص: (١٣٩).

على منفعة عين موصوفة مؤجلة في ذمة المؤجر، فالمعقود عليه (العين محل الانتفاع) دينٌ ثابت في ذمة المؤجر، فإذا كانت الأجرة كذلك ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر صار العقد من الكاليء بالكاليء المحرم بلا شك.

ثانياً: كما إن مما يجلي ما ذكر من أنه ليس كلُّ عقدٍ لم يتم قبض عوضيه في المجلس صار من الكاليء بالكاليء ما فصله الشيخ ابن عثيمين -رحمه الله- بقوله: "المؤجل بمؤجل .. لا يصح؛ لأنه بيع كاليء بكاليء، .. فإن تأخر القبض بدون تأجيل، مثل أن يقول: اشتريت منك مائة صاع بر بمائة ريال ولم يسلمه، على أن يأتي به العصر أو الغد أو بعد غد لكن الثمن غير مؤجل هل يصح أم لا؟ المذهب: لا يصح، .. ولكن الصحيح أن هذا صحيح، والمحظور أن يكون كل منهما مؤجلاً، أما إن لم يكن فيه تأجيل فإنه لا يشترط القبض، إلا شيئاً واحداً لا بد فيه من القبض، وهو بيع الربوي بجنسه".^(١)

ثالثاً: أما الإجارة على عمل إذا كنت الأجرة فيها مؤجلة فقد اشترط الفقهاء مباشرة الشروع في العمل عقب العقد؛ حتى لا يكون العقد من الكاليء بالكاليء.

ومن أمثلة ذلك قول الإمام أبي الوليد ابن رشد (الجد): "الإجارة على عمل شيء .. على قسمين؛ أحدهما: أن يكون العمل مضموناً في ذمة الأجير. والثاني: متعيناً في عينه. فأما إذا كان مضموناً في ذمته، فلا يجوز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع في العمل؛ لأنه متى تأخراً جميعاً كان الدين بالدين، فلا يجوز إلا تعجيل أحد الطرفين، أو تعجيلهما جميعاً"^(٢) وقد تتابعت مدونات الحنابلة في النص على اشتراط ذلك، ومن أبرز أمثلتها، ما نص عليه البهوتي في الكشاف بقوله: "الضرب الثاني: عقد على منفعة في الذمة في شيء معين أو موصوف مضبوط بصفات، كالسلم فيشترط تقديرها بعمل، أو مدة كخياطة ثوب وبناء دار وحمل إلى موضع معين؛ ليحصل العلم بالمعقود عليه، ويلزم الأجير الشروع فيه - أي فيما استؤجر - عقب العقد".^(٣)

الترجيح:

الذي يظهر للباحث رجحانه -والله أعلم بالصواب- القول بعدم جواز كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر، إلا أن تتعين العين محل الانتفاع مع تمكين المستأجر من الانتفاع بها (حتى ولو لم يقبضها المستأجر)، وذلك لأمر عدة، أبرزها الآتي:

(١) نص جمعٌ من الفقهاء على الترخيص بتأجيل تسليم الأجرة إن تعينت العين محل الانتفاع، ومُكِّن المستأجر من الانتفاع بها؛ لأنه ينفي عن التعاقد صورة الكاليء بالكاليء. ومن أمثلة ذلك:

(١) الشرح الممتع (٥٠/٩ - ٥١).

(٢) البيان والتحصيل (٤٠٩ / ٨ - ٤١٠).

(٣) (٣ / ٢٥٢)، وينظر: الفروع لابن مفلح (٧ / ١٦٣)، إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهي للبهوتي (٤ / ٣١١)، التوضيح في الجمع بين المقنع والتفقيح للشويكي (٢ / ٧٤٠)، الإنصاف للمرداوي (١٤ / ٣٧٥، ٥٠٨).

قال الشيخ عليش المالكي -رحمه الله- : "وأما كراء الدابة المضمونة والراحلة المضمونة فهو أن يقول أكتري منك دابة أو راحلة، فيجوز بالنقد، وإلى أجل إذا شرع في الركوب، فإن لم يشرع فيه واكتري كراءً مضموناً إلى أجل كالمكتري للحج في غير إبانة، فلا يجوز إلا بتعجيل جميع الأجر كالسلم".^(١)

(٢) منهجية التوفيق بين نصوص الفقهاء ومنع تناقضها مع الأصول المجمع عليها -كمنع الكاليء بالكاليء- أولى من محاولة اجتزاء نص من سياقه، أو قول مشتبه دون رده إلى النصوص المحكمة في المذهب، وهو ما سلكه الباحث في تحرير قول الحنفية والشافعية والحنابلة في المسألة.

حكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة

يمكن تقسيم بيان حكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة على مرحلتين:

المرحلة الأولى: ما قبل تعيين العين المؤجرة والتمكين من الانتفاع بها
اختلف المعاصرون في حكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين محل الانتفاع وتمكن المستأجر من الانتفاع بها على قولين:

القول الأول: يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين التي تستوفى المنفعة منها. وهو الذي رجحه أ.د/ نزيه حماد،^(٣) وأ.د/ حسين حامد حسان،^(٤) ود/ منذر قحف.^(٥)

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: تداول صك ملكية منفعة عين موصوفة في الذمة إنما هو حوالة للوفاء بالالتزام وليس بيعاً لنفس المنفعة الموصوفة.^(٥)

مناقشة:

العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ فتداول الصك في هذه المرحلة إنما هو بيع له؛ بدليل أخذ المتداول عوضاً عن ذلك، وإمكانية استرباحه فيه. وأما تسميته حوالة بالوفاء، أو غير ذلك فلا يغير من حقيقة العقد شيئاً.

الدليل الثاني: إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة مما اتفقت المذاهب الأربعة على القول بجوازه؛^(٦) وعليه فإذا جاز للمؤجر بيع منفعة عين معدومة بالوصف المنضبط مقابل ما

(١) منح الجليل، (٧/ ٥٠٢).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢/ ٣٥).

(٣) ينظر: صكوك الاستثمار أ.د/ حسين حامد حسان ص: (٤٠)، (٦٠).

(٤) ينظر: سندات الإجارة والأعيان المؤجرة د/ منذر قحف ص: (٥٥ - ٥٦).

(٥) ينظر: المرجع السابق ص: (٥٦).

(٦) كما سبق بيان ذلك تفصيلاً.

يدفعه المستأجر من أجرة، فما المانع أن يقوم مالك الصك بإعادة تأجير هذه المنفعة الموصوفة في ذمته للمستأجر الثاني؛ وذلك لأنه قد قام بمثل ما قام به الأول ولا فرق؛ فلماذا أجزتموه للأول ومنعتموه للثاني.

مناقشة:

لو كان متداول الصك ينشئ عقداً جديداً بمنافع عين موصوفة في ذمته هو لا ارتباط لها بالأول البتة لكان ما جاء في هذا الدليل متجهاً، لكن الواقع أن متداول "صك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة" إنما يبيع الدين (المنفعة الموصوفة) المستحقة له في ذمة المصدر (المؤجر الأول) بمثل صفاتها وأجل تسليمها المرقوم تفصيلاً في نشرة الإصدار، وتبرأ ذمته تجاه مشتري الصك بمجرد استلامه الثمن، ويكون حق مشتري الصك الجديد متعلقاً بذمة المصدر (المؤجر الأول)؛ مما يجلي أن تداول الصك في هذه الحال إنما هو تداول للدين (المنفعة الموصوفة في ذمة المصدر).

الدليل الثالث: لما كان من المتقرر جواز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان المعينة، فإنه يجوز كذلك تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة ولا فرق؛ لأن المنافع المعلومة قابلة للبيع - بعقد الإجارة - ، وكذلك التداول - إعادة التأجير - سواء أكان عقد الإجارة الأول وارداً على عين معينة أم موصوفة في الذمة. إذ لا فرق بين كون المنفعة التي ترد عليها الملكية بعقد الإجارة متعلقة بعين محددة بذاتها، وبين كونها متعلقة بذمة المؤجر طالما أنها محددة بالوصف المنضبط، مبيّنة على نحو تتحقق معها المعلوماتية المشترطة لصحة بيعها وتداولها.^(١)

مناقشة:

لا يُسَلَّم بالتسوية بين إجارة الأعيان المعينة وبين الأعيان الموصوفة في الذمة في هذا السياق؛ فالأولى يتعلق حق المستأجر فيها بعين معينة يملك منفعتها فجاز له إعادة بيعها (التأجير من الباطن)، بينما حق المستأجر في الثانية دين متعلق بذمة المؤجر، فإذا لم يتعين محل الانتفاع بقي حق المستأجر ديناً في ذمة المؤجر، وتبعاً لذلك يكون تصرف المؤجر فيه محكوماً بضوابط التصرف في الديون. كالفرق بين تصرف من يملك عيناً معينة، وبين من يملك عيناً (مسلماً فيها) موصوفة في ذمة البائع (المسلم إليه)، فالأولى عين والثانية دين حتى يتم قبضها، ولا يجوز التصرف فيها إلا بضوابط التصرف في المسلم فيه قبل قبضه.

القول الثاني: لا يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين وتمكين المستأجر من الانتفاع بها، إلا بضوابط التصرف في الديون. وإلى هذا القول ذهب جمع من المعاصرين، مثل: أ.د/ علي محي الدين القرة داغي،^(٢) والدكتور/

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢/ ٣٥).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢/ ٢٢٦، ٢٣٦).

عبدالرحمن الأطرم،^(١) والدكتور/ عبدالستار أبوغدة،^(٢) والمجلس الشرعي لهيئة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.^(٣)

أدلة القول الثاني:

(٥) الدليل الأول: "تأجير المنافع الموصوفة في الذمة يؤدي إلى بيع الدين بالدين؛ لأن المنفعة إذا كانت تستوفى من موصوف في الذمة فهي في حكم الدين؛ فلا يجوز إذاً إصدار الصكوك المتداولة بشأنها".^(٤)

مناقشة:

(٦) ليست كل صور بيع الدين مما يُتفق على تحريمها، بل إن لبيع الدين صوراً عدة حكى جمعٌ من أهل العلم جوازها عند انتفاء علل التحريم عنها (كالربا والغرر وريح مالم يضمن ..)، مثل: جواز بيع الدين النقدي المؤجل من غير من عليه الدين بسلعة معينة حاضرة،^(٥) وجواز بيع المسلم فيه قبل قبضه،^(٦) وهي^(٧) نظيرة لحكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة.

(٧) الدليل الثاني: لا يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة؛ وذلك لأن قيمة الصك قبل تعيين العين محل الانتفاع تكون نقوداً؛ فلا يجوز تداولها إلا بضوابط الصرف؛ لأن ذلك من قبيل بيع النقد بالنقد.^(٨)

مناقشة:

(٨) يناقش هذا الدليل بعدم التسليم بأن صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة قبل تعيين العين محل الانتفاع تمثل نقداً، بل هي تمثل ديناً (المنافع الموصوفة الثابتة في ذمة المؤجر)، وأما النقد (الأجرة) المدفوعة في مجلس العقد فقد انتقلت من ملك المستأجر إلى ملك المؤجر؛ وعليه فحكم تداول الصكوك في هذه المرحلة يكون حكمه

(١) ينظر: المرجع السابق (٢ / ٢٩٨).

(٢) ينظر: التطبيقات العملية للإجارة الموصوفة في الذمة ص: (٧٨).

(٣) ينظر: الفقرة (٨/٢/٥) من المعيار: (١٧) "معييار صكوك الاستثمار"، ص: (٣١٩).

(٤) مسودة مشروع المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار ص: (٢٠)، و ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٢٩٨).

(٥) ذهب الشافعية - في وجه عندهم - ، والإمام أحمد في رواية اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم إلى جواز بيع الدين المؤجل من غير من هو عليه بثمن حال دون التفريق بين دين السلم وغيره. (ينظر: المنثور للزرخشني (٢ / ١٦١)، والإنصاف للمرداوي (١٢ / ٢٩٦)، ومجموع الفتاوى (٢٩ / ٥٠٦)، وإعلام الموقعين (٥ / ٢٣٣). وقد ذهبت المجامع الفقهية إلى ترجيح جواز هذا الصورة من بيع الدين، ومن أمثلة ذلك: ما نص عليه قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره ذي الرقم: ١٥٨ (١٧/٧) الذي نص على الآتي: "من صور بيع الدين الجائزة: بيع الدائن دينه لغير المدين في إحدى الصور التالية: .. بيع الدين بسلعة معينة".

(٦) سيأتي تفصيل حكم بيع المسلم فيه قبل قبضه.

(٧) أي: مسألة بيع المسلم فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه.

(٨) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٢٢٦).

حكمُ بيعِ المسلمِ فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه، والذي ذهب بعض أهل العلم إلى جوازه بضوابط.^(١)

الراجع:

الذي يظهر للباحث رجحانه - والله أعلم بالصواب - عدم جواز تداول "صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة" - قبل تعيين العين محل الانتفاع وتمكين المستأجر من الانتفاع بها - إلا وفق ضوابط بيع المسلم فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه.^(٢)

وقد رجحت هذا القول ندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقييم)^(٣) التي نظمتها مجمع الفقه الإسلامي والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في جدة بحضور جمع من العلماء والمتخصصين،^(٤) كما نصَّ بعض الفقهاء عليه، ومن ذلك ما جاء في حاشية الجمل على منهج الطلاب، وفيه: "ويشترط في إجارة الذمة إن عقدت بلفظ إجارة أو سلم تسليم الأجرة في المجلس كرأس مال السلم؛ لأنها سلم في المنافع، .. ويمتنع فيها الاستبدال أي عن الأجرة وكذا عن المنفعة قبل تسليم الدابة".^(٥)

(١) سيعرض الباحث لها في سياق هذه المسألة.

(٢) اختلف الفقهاء في حكم بيع "المسلم فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه" على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور أهل العلم من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى تحريم بيع المسلم فيه قبل قبضه مطلقاً. ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٢١٤ / ٥)، تحفة المحتاج، الهيتمي (٤ / ٥)، كشاف القناع، البهوتي (٣٢ / ٣).
القول الثاني: بينما ذهب المالكية إلى جواز بيع المسلم فيه من غير المسلم إليه قبل قبضه بمثل رأس المال أو أقل أو أكثر شريطة أن يكون المسلم فيه ليس طعاماً. ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر (١٥٨ / ٢٠ - ١٥٩).

القول الثالث (والراجع من وجهة نظر الباحث): ما ذهب إليه الإمام أحمد في رواية اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم من جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه (طعاماً كان أو غيره) دون استرباح (أي بمثل ثمنه أو أقل)؛ حتى لا يكون ذلك من ربح مالم يضمن. وقد أجابوا عن أدلة المخالفين، واستدلوا بما له وجاهة واعتبار في النظر.

ومن أبرز ما استدلوا به: ما جاء عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنه قال: (إذا أسلفت في شيء إلى أجل، فإن أخذت ما أسلفت والإخذ عوضاً أنقص منه، ولا تبيع مرتين) -أخرجه عبدالرزاق في المصنف وغيره-، فهو قول صحابي حجة ما لم يخالف، ولا يُعرف له في الصحابة مخالف. كما إنهم عدوه من جنس الاستيفاء لا المعاوضة، حيث يقول ابن القيم: "وأما ما في الذمة فالاعتياض عنه من جنس الاستيفاء، وفائدته: سقوط ما في ذمته عنه، لا حدوث ملك له؛ فلا يقاس بالبيع الذي يتضمن شغل الذمة، فإنه إذا أخذ منه عن دين السلم عرضاً أو غيره، أسقط ما في ذمته؛ فكان كالمستوي في دينه لأن بدله يقوم مقامه، ولا يدخل هذا في بيع الكالء بالكالء بحال. والبيع المعروف هو أن يملك المشتري ما اشتراه، وهذا لم يملكه شيئاً بل سقط الدين من ذمته، ولهذا لو وفاه ما في ذمته لم يقل إنه باعه دراهم بدراهم بل يقال وفاه حقه بخلاف ما = لو باعه دراهم معينة بمثلها فإنه بيع" شرح سنن أبي داود، ابن القيم (٣٥٧ / ٩)، وينظر: مجموع الفتاوى (٥٢٠ / ٢٩ - ٥١٧)، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، البعلبي ص: (١٩٣).

(٣) عقدت الندوة في رحاب جامعة الملك عبدالعزيز في جدة خلال الفترة ١٠ - ١١ / ٠٦ / ١٤٣١هـ الذي يوافق ٢٤ - ٢٥ / ٠٥ / ٢٠١٠ م بتتظيم مشترك بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، ومركز (معهد) أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز.

(٤) حيث نصت الفقرة (٣.١) المدرجة تحت عنوان (إصدار صكوك تمثل إجارة الموصوف في الذمة) على الآتي:
"التداول لصكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين العين يخضع لأحكام السلم". ص: (٦) من توصيات الندوة.

(٥) (٢٢٧/٣).

المرحلة الثانية: ما بعد تعيين العين المؤجرة والتمكين من الانتفاع بها : إذا تعيّن العين محل الانتفاع، ومُكّن المستأجر من الانتفاع بها فيجوز تداول الصكوك في هذه الحال، حتى لو لم يقبض المستأجر العين.

إذ الحكم في تداول الصكوك في هذه المرحلة -وفق وجهة نظر الباحث- ينبني على الراجح من خلاف الفقهاء في حكم إجارة العين المستأجرة لغير المؤجر قبل قبضها، والذي ترجّح للباحث فيها القول بالجواز.^(١) وهو قول في مذهب الحنفية،^(٢) والمذهب عند المالكية،^(٣) وقول لبعض الشافعية،^(٤) والراجح في مذهب الحنابلة.^(٥)

ومن أبرز ما يُستدل به لهذا القول:

(١) الأصل في المعاملات الحل والإباحة، ولا يوجد مانع شرعي من إجارة المستأجر للعين المؤجرة قبل قبضها.

(٢) لما كان المعقود عليه في الإجارة هو منفعة العين المستأجرة لا رقبته، ترتب على ذلك فروق مهمة بين أحكام البيع والإجارة منها: أن قبض العين المستأجرة لا ينتقل به ضمان العين إلى المستأجر؛ وعليه فلم يقف جواز التصرف في العين المستأجرة على القبض، بخلاف بيع العين قبل قبضها.^(٦)

(٣) الذي يملكه المستأجر بموجب عقد الإجارة هو منفعة العين لا رقبته، وبمجرد تعيّن العين وتمكن المستأجر من الانتفاع تكون المنافع مضمونة عليه، بحيث إنه لو لم ينتفع بها لتلفت من ملكه ووجب عليه دفع ثمنها (الأجرة)، وعليه فإنه يجوز له إعادة تأجيرها والربح فيها، وذلك بخلاف رقبة العين المؤجرة فهي ليست ملكه، وتبعاً لذلك ضمانها ليس عليه سواء أقبضها أم لم يقبضها. وحول هذا المعنى يقول ابن القيم - رحمه الله- : "فإن المستأجر لو عطل المكان وأتلف منفعه بعد قبضه لتلف من ضمانه؛ لأنه قبضه القبض التام، ولكن لو انهدمت الدار لتلفت من مال المؤجر لزوال محل المنفعة فالمنافع مقبوضة، ولهذا له استثنائها بنفسه وبنظيره وإيجارها والتبرع بها. ولكن كونها مقبوضة مشروط ببقاء العين فإذا تلفت العين زال محل الاستيفاء

(١) لكون المسألة غير داخلة في صلب البحث فسيعرض الباحث في هذه المسألة القول الراجح فيها مع أبرز أدلته فحسب، ولرأى كامل الخلاف مع التدليل والمناقشة ينظر: صكوك الإجارة لحامد ميرة ص: (١٣١ - ١٣٧).

(٢) ينظر: حاشية بن عابدين - رد المحتار على الدر المختار - (١٢٥/٩)، الفتاوى الهندية (٤/٤٧٨ - ٤٧٩).

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ (٦/٥٥٠)، الكافي لابن عبد البر (١/٣٧٠).

(٤) ينظر: حاشية البجيرمي على شرح منهل الطلاب (٣/١٦٦)، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي (٣/١٤٦_١٤٧).

(٥) رجح هذه الرواية المرادوي في الإنصاف بقوله: "ظاهر كلام المصنف جواز إيجارها سواء كان قبضها أو لا وهو صحيح وهو المذهب على ما اصطلاحناه وقدمه في الفروع" (١٤/٣٣٨ - ٣٣٩)، وينظر: تصحيح الفروع للمرادوي (٧/١٦٩)، والكشاف للبهوتي (٣/٢٤٥)، ومطالب أولى النهى للرحبياني (٣/٦١٧).

(٦) ينظر: المغني لابن قدامة (٨/٥٦)، مطالب أولى النهى للرحبياني (٣/٦١٧).

فكانت من ضمان المؤجر، وسر المسألة: أنه لم يريح فيما لم يضمن وإنما هو مضمون عليه بالأجرة".^(١) وقد رجح هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية.^(٢)

مناقشة:

لما كان حق مستأجر العين المعينة متعلقاً بمنافعها دون غيرها دالاً على ملكه لها، جاز له إعادة بيعها (التأجير من الباطن)، وذلك بخلاف "عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة" الذي يتعلق حق المستأجر فيه بذمة المؤجر (وليس بمنافع عين ما)؛ وعليه فإنه حتى وإن أقبضه المؤجر عيناً لينتفع بها فحقه لا يزال في ذمة المؤجر دون العين التي قبضها، ولذلك فهو لا يملك ما يصح له أن يعيد بيعه (التأجير من الباطن).

إجابة عن المناقشة:

مع الاتفاق بأن مستأجر منافع الأعيان الموصوفة في الذمة ولو تسلّم عيناً موافقة للوصف ليستوفي منافعها فإن حقه يظل متعلقاً بذمة المؤجر، فإن من الفقهاء من نصّ على أنه يثبت للمستأجر (اختصاص) بالعين التي قبضها ليستوفي منافعها، ومن أهم ما أورده من آثار لهذا الاختصاص: أنه يجوز للمستأجر أن يعيد تأجير هذه العين التي تحت يده، وأنه لا يحق للمؤجر أن يبدلها بغيرها إلا بإذنه.

ومن أمثلة ذلك: قول الإمام النووي -رحمه الله- : "وإن كانت الإجارة على الذمة، وسلّم دابة وتلفت لم يفسخ العقد، وإن وجد بها عيباً لم يكن له الخيار في فسخ العقد، ولكن على المؤجر إبدالها. ثم الدابة المسلمة عن الإجارة في الذمة وإن لم يفسخ العقد بتلفها، فإنه ثبت للمستأجر فيها حق الاختصاص، حتى يحوز له إحارتها. ولو أراد المؤجر إبدالها، فهل له ذلك دون إذن المستأجر؟ وجهان. أصحهما عند الجمهور: المنع، لما فيها من حق المستأجر. والثاني قاله أبو محمد واختاره الغزالي: إن اعتمد باللفظ الدابة، بأن قال: أجزتك دابة صفتها كذا، لم يجز الإبدال. وإن لم يعتمدها، بل قال: التزمت إركابك دابة صفتها كذا، جاز".^(٣)

(١) حاشية ابن القيم على السنن (٤١١/٩).

(٢) ينظر: مجموع فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٦٨/٣٠).

(٣) روضة الطالبين، (٤/ ٢٩٥)، وينظر: التاج والإكليل للمواق (٧/ ٥٥١)، ومنح الجليل لعليش (٧/ ٥٠٢).

المبحث الثالث

حكم إصدار صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتمليك لن اشترت منه تلك الأعيان

التعريف بصكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتمليك لن اشترت منه تلك الأعيان

تُعَدُّ هذه الصيغة إحدى أبرز هياكل الصكوك محل التطبيق، والتي يمكن تلخيص هيكلتها في كون المصدر يبيع أصلاً (أو مجموعة أصول عنده) من حملة الصكوك بثمن حال (ثمن الصكوك)، ثم يعيد استئجار الأصل الذي باعه منهم تأجيراً مقترناً بوعده بالتمليك، أو يستأجرها منهم مع إصداره وعداً ملزماً بإعادة شراء الأصل -الذي باعه منهم، والذي استأجره منهم طوال مدة الصك- بالقيمة الاسمية للصك.

هذا وإنَّ تصميم أقساط الإجارة في هذه الصيغة يتم وفق إحدى الآليتين الآتيتين:

الأولى: Bullet-payment Sukuk سداد أصل قيمة الصكوك^(١) بأكمله عند إطفاء الصكوك (أي في القسط الأخير، أو ثمن إعادة شراء الأصل)، وسداد الأرباح فقط في أقساطٍ دورية (coupons) طوال مدة عقد الإجارة (مدة الصكوك).

الثانية: Amortizing Sukuk توزيع سداد أصل قيمة الصكوك والربح على جميع أقساط الإجارة طوال مدة الصكوك؛ بحيث يكون المصدر قد أتم دفع أصل مديونية الصك مع عوائده بشكل متفرق طوال مدة الصك.

خلاصة هذه الهيكلة أن حامل الصك قد دفع قيمة الصك، وضمن له مصدره استرداده من خلال التعهد بشراء الأصل المؤجر بقيمته الاسمية عند الإطفاء، أو الاسترداد.

حكم إصدار "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتمليك لن اشترت منه تلك الأعيان" وتداولها

اختلف المعاصرون في حكم هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب إلى جواز هذا النوع من أنواع الصكوك بعض المعاصرين، مثل: د/ عبدالستار أبو غدة،^(٢) وأ.د/ حسين حامد حسان.^(٣)

(١) ما يسمى بالإنجليزية Principal.

(٢) ينظر: تعقيب د/ عبدالستار أبو غدة على بحث إجارة العين لمن باعها.

(٣) ينظر: تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها. أ.د/ حسين حامد حسان.

دليل القول الأول:

أفاض القائلون بالإباحة في تفصيل مفاده أن هذه الصكوك إنما هي مجموعة من العقود والوعود المستوفية لشروطها، ومقتضياتها الشرعية؛ فلا وجه لتحريمها لأن الأصل في العقود والشروط الإباحة والحل.

ثم إن اجتماعها بهذه الصيغة مغاير للقرض بزيادة؛ إذ البيع ثم الإجارة ثم الشراء ليس في حقيقته قرضاً ولا يُماثل القرض؛ وذلك لما بين القرض والإجارة من البون الشاسع، والفرق الكبير في الشروط والأحكام والمقتضيات.^(١)

المناقشة:

يناقش ما تقدم بأن العقود المركبة المجتمعة وإن كانت آحادها صحيحة ومشروعة فإنها إذا اجتمعت وتركبت على وجه محرم أو يؤول إلى محرم فإنها تحرم باعتبار ما آلت إليه، ولا أدل على ذلك من تحريم الصحابة والتابعين وجماهير علماء الأمة للعينة التي تتركب من عقدين صحيحين مشروعين، ولكن لما كان اجتماعهما على وجه يؤول إلى محرم منعها سلف الأمة وفقهاؤها.

وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي -رحمه الله- : "لأن الاستقراء من الشرع عرف أن للاجتماع تأثيراً في أحكام لا تكون في حالة الانفراد ... فقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف، وكل واحد منهما لو انفرد لجاز، .. وذلك يقتضى أن للاجتماع تأثيراً ليس للانفراد، واقتضاؤه أن للانفراد حكماً ليس للاجتماع".^(٢)

القول الثاني:

ذهب إلى تحريم هذا النوع من الصكوك جمع من المعاصرين، منهم: أ.د/ الصديق الضرير،^(٣) والشيخ عبد الله بن بيّه،^(٤) وأ.د/ نزيه كمال حماد،^(٥) وأ.د/ علي السالوس.^(٦) وقد رجح هذا القول وصدرت به قرارات وتوصيات مجموعة من محافل الاجتهاد الجماعي

(١) ينظر: المرجع السابق ص: (٥ - ١٠)، وتعقيب د/ عبدالستار أبو غدة على بحث إجارة العين لمن باعها ص: (٤ - ٩).

(٢) الموافقات للشاطبي (١٩٢/٣).

(٣) ينظر: تعقيب على بحث اشتراط الإجارة في عقد البيع ص: (١٢).

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٣٠١).

(٥) ينظر: إجارة العين لمن باعها: (٩ - ١٤).

(٦) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٢٨١).

مثل: الهيئة العليا للرقابة الشرعية في السودان،^(١) وندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقييم)،^(٢) وندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة ٢٠١١.^(٣)

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بالتحريم بأدلة عدة، منها:

الدليل الأول:

هذه الصيغة محرمة لكونها ضرباً من ضروب العينة^(٤) التي ذهب إلى تحريمها جماهير أهل العلم من السلف والخلف، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة (أي القول بتحريم العينة).^(٥)

وبيان ذلك أن "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه" عبارة عن منظومة عقدية متكاملة ومتراصة صيغت لتحقيق هدف تمويلي محدد يتلخص في أن المتمول - المصدر - قد باع أصلاً يملكه من الممول - حملة الصكوك - بثمن نقدي حال، ثم استعاد ملكيته ممن باعه منه بثمن مؤجل مقسط يزيد عن الثمن الحال.^(٦)

(١) وذلك في فتاها المؤرخة في ١٤٢٥/١٢/٢٣ الذي يوافق ٢٠٠٥/٢/٢م، والتي صدرت بعد دراسة الموضوع تفصيلاً في سلسلة اجتماعات استعرضت فيها جملة من البحوث والمداولات المجمعية، وبعد التأمل والنظر رأت الهيئة تحريم هذه الصيغة، ومما نصت عليه في قرارها: "إجارة العين لمن باعها اجارة منتهية بالتملك لا تحوز؛ لأنها عكس العينة، وعكس العينة لا يحوز للأسباب المانعة للعينة، وهو ربا الديون، وفي هذا التصرف استحلال للربا باسم البيع، وتطبيق لقاعدة الملكية: ما خرج من اليد وعاد إليها لغو".

(٢) عقدت في جامعة الملك عبدالعزيز بجدة خلال الفترة ١٠ - ١١/٦/١٤٣١هـ بتنظيم مشترك مع مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ومما جاء في توصياتها: "التعهد الصادر من مصدر الصكوك بشراء الأصول أو الأعيان أو الأسهم من حامل الصكوك بالقيمة الاسمية إذا كانت الصكوك تمثل أعياناً مشتراة من المتعهد بالشراء أنواع: .. في أجل محدد مسبقاً (أجل الصكوك)، .. أو في حالة تعثر المصدر، .. أو في حالة انخفاض القيمة السوقية للأصول أو الأعيان، والأنواع السابقة جميعها لا تحوز شرعاً؛ لاستلزامها للعينة المحرمة شرعاً، وسداً لذريعة الربا"، و: "منع تعهد المصدر بإعادة شراء الأصول المؤجرة بقيمتها الاسمية، ولا مانع من أن يتم ذلك بالقيمة السوقية أو بما يتفقان عليه عند إعادة الشراء (إطفاء الصكوك)".

(٣) نظمتها البنك الأهلي التجاري في جدة بتاريخ: ١٨ - ١٩/١/١٤٣٣هـ، والتي خصصت للنظر في مواضيع متعلقة بالصكوك، وحضرها عدد من العلماء والباحثين في الفقه والاقتصاد الإسلامي. ومما جاء في توصياتها: "لا يجوز شرعاً لمصدر الصكوك أن يحصر حق بيعها في البيع له إذا كان ذلك بالقيمة الاسمية للصك"، و: "لا يجوز شرعاً التزام المصدر أو تعهده أو وعده وعداً ملزماً بشراء أصول الصكوك بثمن محدد ابتداءً (ومنه القيمة الاسمية) عند انتهاء أجل الصكوك (الإطفاء) أو في تاريخ الاسترداد أو في حال تعثر المصدر عن السداد، أو في حال انخفاض القيمة السوقية للأصول أو غيرها؛ لأن التزام الأمين بشراء موجودات الأمانة من شأنه أن يؤول إلى ضمان الأمين، وذلك يخالف أصلاً شرعياً مجمعاً عليه وهو أن الضمان يناه في مقتضى عقود الأمانة سواء جاء ذلك من خلال شرط شرطه رب المال على الأمين أو من خلال التزام الأمين وتطوعه بالضمان".

(٤) ذكر الفقهاء لبيع العينة صوراً عدة، إلا إن المقصود ببيع العينة عند الإطلاق هو: "أن يبيع سلعةً بثمن مؤجل، ثم يشتريها ممن باعها منه نقداً قبل حلول الأجل بأقل من ثمن البيع الأول".

أما الصورة المذكورة أعلاه فهي داخلة تحت تعريف عكس العينة، وهو: "أن يبيع سلعةً بثمن حال ثم يشتريها ممن باعها منه بثمن مؤجل أكثر من الثمن الأول"، وهي مثل العينة في الحكم لانتفاء الفارق.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٩٨ - ١٩٩)، ومواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٩٣ - ٢٩٤)، والإنصاف للمرداوي (١١/ ١٩١).

(٦) ينظر: إجارة العين لمن باعها أ.د. نزيه حماد ص: (٩ - ١١)، (١٢)، وفتوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية في السودان الصادرة في ١٤٢٥/١٢/٢٣هـ.

مناقشة:

نوقش ما سبق بأوجه عدة، منها:

- (١) أن العينة المحرمة قد ذكر أهل العلم لتحقيق التحريم فيها شروطاً؛ يثبت التحريم بوجودها وينتفي بانتفائها، ومن هذه الشروط: ألا يتغير المبيع تغيراً يكون نقص الثمن من أجله. والصورة التي بين أيدينا من صكوك الإجارة يفصل العقد الثاني فيها عن العقد الأول مدة طويلة - كخمس أو عشر سنوات - هي كفيلة بحوالة الأسواق وتغيير حال المبيع، ثم إنه قد فصل بين البيعة الأولى والثانية عقدٌ أجنبي طويل الأمد؛ وعليه فإنه ينتفي وصف العينة عن صكوك الإجارة بهذا الاعتبار.^(١)
- (٢) كما إن كثيراً من صور "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه" تتم من خلال عقد بيع بثمن حال، ثم عقد إجارة لهذه العين المبيعة، ثم عقد شراء بثمن حال للعين ذاتها؛ فأين العينة من عقدي بيع حالين؟^(٢)
- (٣) كما إن حملة الصكوك يتحملون مخاطر الأصل المصكك أثناء سريان مدة الإجارة - باعتبارهم مؤجراً - فلو هلكت العين أو تلفت انفسخ عقد الإجارة، وتبعاً لذلك فلن يضمن المصدر رأس مال حملة الصكوك؛ وبذلك يظهر الفرق بين هذه الصورة وبين بيوع العينة.^(٣)

إجابة عن المناقشة:

يجاب عن المناقشة السابقة بأوجه عدة، منها:

- (أ) العينة لم تحرم لذاتها وإنما لكونها ذريعة وحيلة على الربا. ولذلك فإذا وُجد في عقدٍ ما حرمت العينة له فإنه يحرم؛ وعليه فإنه وإن قيل - تنزلاً - بأن هذه الشروط قد انتقت فإن هذه الصيغة من صيغ صكوك الإجارة صيغةٌ ظاهرةٌ كونهما ذريعةً إلى الربا؛ وعليه فإنها تحرم.
- (ب) ثم إن الفقهاء إنما ذكروا من الشروط ما يظهر معه انتفاء الحيلة، كأن تتغير العين تغيراً يكون منقصاً لقيمتها نقصاناً بيناً يُذهب ما صيغت العينة لأجله من التوصل والتوصل للزيادة المحرمة من أجل الأجل؛ وهو ما لا ينطبق على هذه الصيغة من الصكوك.
- (ج) وأما ما ذكر من مضي مدة طويلة - كخمس سنوات أو عشر - بين العقدين فهو أمر غير مؤثر، ولا ينفي الحيلة الربوية عن هذه الصيغة من صيغ صكوك الإجارة؛ لأن

(١) ينظر: اشتراط الإجارة في عقد البيع د/ عبدالله العمار ص: (٤٣)، تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها لفضيلة الشيخ محمد تقي العثماني ص: (١ - ٢).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٢٩١).

(٣) ينظر: تعقيب أ.د/ حسين حامد حسان على بحث إجارة العين لمن باعها لفضيلة أ.د/ نزيه حماد.

العوض الثاني محدد مسبقاً، والزيادة -الأجرة- محددة سلفاً مع تعهد وضمن كامل من المصدر باستمرار الإجارة ثم الشراء بالحالة التي تكون العين عليها وبالثمن المعلوم المحدد سلفاً.

(د) وفي هذا المقام يحسن نقل كلام نفيس لابن القيم - رحمه الله - حول هذه المسألة يقول فيه: "ومن الحيل الباطلة المحرمة التحيل على جواز مسألة العينة، مع أنها حيلة في نفسها على الربا وجمهور الأئمة على تحريمها. وقد ذكر أرباب الحيل لاستباحتها عدة حيل منها: أن يحدث المشتري في السلعة حدثاً ما تنقص به أو تتعيب؛ فحينئذ يجوز لبائعها أن يشتريها بأقل مما باعها، ومنها: أن تكون السلعة قابلة للتجزؤ فيمسك منها جزءاً ما ويبيعه بقيمتها. ومنها: أن يضم البائع إلى السلعة سكيناً أو منديلاً أو حلقة حديد أو نحو ذلك فيملكه المشتري ويبيعه السلعة بما يتفان عليه من الثمن. ومنها: أن يهبها المشتري لولده أو زوجته أو من يثق به فيبيعه الموهوب له ما باعها فإذا قبض الثمن أعطاه للواهب، ومنها: أن يبيعه إياها نفسه من غير إحداث شيء ولا هبة لغيره لكن يضم إلى ثمنها خاتماً من حديد أو منديلاً أو سكيناً ونحو ذلك، .. ولا ريب أن العينة على وجهها أسهل من هذا التكلف وأقل مفسدة، وإن كان الشارع قد حرم مسألة العينة لمفسدة فيها فإن المفسدة لا تزول بهذه الحيلة، بل هي بحالها وانضم إليها مفسدة أخرى أعظم منها وهي مفسدة المكر والخداع واتخاذ أحكام الله هزواً وهي أعظم المفسدتين".^(١)

(هـ) كما إن ما دُكر: "من تحمل حملة الصكوك لمخاطر العين أثناء سريان مدة الصك؛ فلو هلكت العين أو تلفت خسروا رأس مالهم" غير دقيق في كثير من هياكل هذا النوع من أنواع الصكوك؛ إذ تنص نشرات إصدار كثير من هذه الصكوك على أن المصدر يلتزم -أو يتعهد، أو يعد وعداً ملزماً- بشراء أصول الصكوك بقيمتها الاسمية عند انتهاء مدة الصكوك (الإطفاء)، أو عند وقوع أي من الحالات الطارئة (بالحال التي تكون الأصول عليها)، ويذكرون في العادة منها هلاك العين أو تلفها ونحو ذلك؛ مما هو في حقيقته ضمان لرأس مال حملة الصكوك في حال انتهاء الصكوك أو إنهاؤها^(٢)

(١) إعلام الموقعين (٣/ ٢٨٨).

(٢) ومن أمثلتها: صكوك الإجارة الصادرة عن شركة نخيل الإماراتية في ديسمبر ٢٠٠٦م، حيث نصت على أن المصدر يتعهد بشراء الأصول المؤجرة بحالتها التي تكون عليها عند الشراء، وجميع الثمن (الذي تشتمل عناصر تحديد مبلغه على مبلغ مساوٍ للقيمة الاسمية للصكوك) أياً كانت هذه الحالة، ودون أي ضمان من المؤجر لها أو للملأمة الأصول لغرض المقصود منها، أو لصلاحياتها للاستخدام أو غيره، وذلك إلى الحد الأقصى الذي يسمح به القانون. ينظر نشرة الإصدار الخاصة بهذا الإصدار، ص: (١٣، ٩٠، ١٢٤)، نقلاً عن: تعهد الأمين المصدر للصكوك بشراء أصولها، د/ أسيد الكيلاني ص: (١٣١).

(و) ثم إنه على فرض التسليم بكون حملة الصكوك (الدائن) يتحملون مخاطر العين المؤجرة، فإن ذلك لا يكفي لنفي الحيلة الربوية المحرمة عنها؛ إذ إن بعض صور الربا الصريح نفسه والحيل عليه تشتمل على مخاطر (مخاطر العين أو مخاطر الريح)، ولم ينف ذلك الربوية عنها، ومن أمثلة ذلك: لو باع شخص دراهم نقداً بدنانير مؤجلة، فهي ربا بالنص والإجماع مع كون هذه الصورة تشتمل على مخاطر تتعلق بتذبذب سعر الصرف في المستقبل؛ مما قد يجعله يخسر جزءاً ليس باليسير من رأس ماله.

كذلك: العينة الإيجارية (التي تتلخص في أن يؤجر شخص عيناً بأجرة مؤجلة، ثم يعيد استئجارها بأجرة حالة أقل منها) التي نص الفقهاء على حرمتها^(١) رغم أن الدائن يتحمل مخاطر العين مدة عقد الإجارة، كما إن الأجرة المؤجلة غير مضمونة لكون ملكه لها غير مستقر؛ فلو هلكت العين انفسخ العقد ولم يستحق ما يوازي المدة الباقية من الأجرة، ومع ذلك فقد نص أهل العلم على كونها عينة محرمة.^(٢)

الدليل الثاني:

اشترط جمع من أهل العلم ممن قال بجواز إجارة العين المستأجرة لمالكها، ألا يكون ذلك حيلة على الربا.

ومن ذلك قول الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: "وجاز استئجار المالك المؤجر لداره أو دابته مثلاً منه - أي من المستأجر - إلا لتهمة سلف جر منفعة كإيجاره بعشرة لأجل واستئجارها بثمانية نقداً".^(٣)

ويقول البهوتي في كشف القناع: "وتصح إجارة العين المؤجرة لغير مؤجرها، وتصح لمؤجرها بمثل الأجرة وبزيادة على الأجرة التي استأجر بها.... ولو لم يقبض المستأجر المأجور سواء أجره لمؤجره أو غيره..... مالم تكن إجارته لمؤجره بزيادة حيلة كعينة، بأن أجرها بأجرة حالة نقداً، ثم أجرها بأكثر منه مؤجلاً؛ فلا يصح لما سبق في مسألة العينة".^(٤)

ويقول المرادوي في الإنصاف: "الذي ينبغي، أن تقيّد هذه المسألة فيما إذا أجرها لمؤجرها بما إذا لم يكن حيلة؛ فإن كان حيلة لم يجز قولاً واحداً، ولعله مراد الأصحاب، وهي شبيهة بمسألة العينة وعكسها".^(٥)

وبذلك يتبين أن المنع من الحيلة على الربا ممنوع سواء أكان في صورة بيع أم إجارة، وهو ما ينطبق على "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه".

(١) سيسرد الباحث شيئاً من نقول أهل العلم في تصويرها وحكمها في الدليل الثاني من أدلة المحرمين.

(٢) ينظر: منتجات صكوك الإجارة، د/ سامي السويلم ص: (٧).

(٣) (٩/٤ - ١٠).

(٤) (٢٤٥/٣).

(٥) (٣٤٠ / ١٤).

الدليل الثالث:

إن المتأمل في بعض صور "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه"^(١) في صورتها العقدية المركبة المتكاملة يظهر له أنها صورة من صور معاملة نص جماهير أهل العلم - متقدمو الحنفية،^(٢) وبعض الشافعية،^(٣) والمالكية على المذهب عندهم،^(٤) والحنابلة^(٥) - على تحريمها وإبطالها، والتشنيع على مرتكبها، وهي ما يسميها الحنفية: ببيع الوفاء، والمالكية: بيع الثياب، والشافعية: بيع العهدة، والحنابلة: بيع الأمانة، وتسمى بأسماء أخرى كبيع الرجاء... وغيره.^(٦)

ومحصلة ما قاله أهل العلم في المراد بها: أن يتواطأ طرفان على أن يقرض أحدهما الآخر مبلغاً من المال، على أن يدفع المقرض عيناً - كعقار - إلى المقرض ينتفع بها أو بعلتها حتى يرد المقرض ما اقترضه.

هذا وإن هذه الصيغة من صيغ الصكوك ينطبق عليها هذا الوصف وزيادة؛ وذلك لأن مصدر الصكوك - في حقيقة الأمر وواقعه - قد اقترض من حملة الصكوك مبلغ الإصدار، ودفع إليهم عيناً (أو أعياناً) ينتفعون بعلتها (وهو أقساط الإجارة التي يدفعها لهم، باعتباره مستأجراً)، حتى وفائه بما التزم به من سداد القرض بعد انتهاء مدة الإصدار.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : "إذا كان المقصود أن يأخذ أحدهما من الآخر دراهم، وينتفع المعطي بعقار الآخر مدة مقام الدراهم في ذمته، فإذا أعاد الدراهم إليه أعاد إليه العقار، فهذا حرام بلا ريب وهذا دراهم بدراهم مثلها ومنفعة الدار وهو الربا البيّن...، وما يظهره من بيع الأمانة الذي يتفقون فيه على أنه إذا جاءه بالثمن أعاد إليه المبيع؛ هو باطل باتفاق الأئمة سواء شرطه في العقد أو تواطأ عليه قبل العقد على أصح قولي العلماء، والواجب في مثل هذا أن يُعاد العقار إلى ربه والمال إلى ربه ويعزز كل من الشخصين إن كانا علماً بالتحريم والقرض الذي يجز منفعته...، وأما صورة: وهو أن يتواطأ على أن يبتاع منه العقار بثمن ثم يؤجره إياه إلى مدة، وإذا جاءه بالثمن أعاد إليه العقار؛ فهذا المقصود أن المعطي شيئاً أدى الأجرة مدة بقاء المال في ذمته، ولا فرق بين أخذ المنفعة وبين عوض المنفعة الجميع حرام."^(٧)

(١) والتي يتم تصميمها بحيث يتم سداد أصل قيمة الصكوك بأكمله عند إطفاء الصكوك (أي في القسط الأخير، أو ثمن إعادة شراء الأصل)، وسداد الأرباح فقط في أقساط دورية طوال مدة عقد الإجارة (مدة الصكوك).

مثالها: أن يبيع المصدر من حملة الصكوك أصلاً يملكه بمائة مليون ريال حالة، ثم يستأجره منهم بمليون ريال في السنة لمدة عشر سنوات (مدة الإصدار)، مع التزام المصدر (أو تعهده، أو وعده وعداً ملزماً) بإعادة شراء هذه العين بقيمتها الاسمية (المائة مليون) عند الإطفاء، أو عند إنهاء الإصدار لتلف العين أو هلاكها أو غير ذلك.

(٢) ينظر: تبين الحقائق، الزيلعي (٥/ ١٨٣ - ١٨٤).

(٣) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي (٢/ ١٥٧).

(٤) ينظر: مواهب الجليل، الحطاب (٦/ ٢٤٢).

(٥) ينظر: كشاف القناع، البهوتي (٢/ ٤٦٢).

(٦) ينظر: في فقه المعاملات المالية والمصرفية، د/ نزيه حماد ص: (٣٣٨ - ٣٣٩).

(٧) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٣٣ - ٣٣٥).

ويقول الإمام الشوكاني - رحمه الله - : "بيع الرجاء يقع على صورٍ، منها ما يُقطع ببطلانه، وهو ما كان المقصود منه التوصل إلى الزيادة على المقدار الذي وقع فيه القرض، وذلك نحو أن يريد الرجل أن يستقرض مائة درهم إلى أجل ولكن المقرض لا يرضى إلا بزيادة، فيريد الخلوص من إثم الزيادة في القرض فيبيع منه أرضاً بتلك الدراهم، ويجعل له الغلة ينتفع بها عوضاً عن المائة التي أقرضها، وليس المراد البيع والشراء الذي أذن الله فيه، بل ليس المراد إلا ذلك القرض ...، فإذا كان المقصود بالبيع هو ما قدمنا فلا صحة له؛ لأنه لم يقع التراضي بين المتبايعين الذي شرطه الله بعد الانسلاخ، وإنما أراد حيلة يحلان بها ما حرم الله، فيضرب بها في وجوههما، ويحكم ببطلان البيع، ويرد الغلات المقبوضة، ورد الثمن بصفته بلا زيادة ولا نقصان".^(١)

مناقشة:

لا نسلم أن "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه" تنطبق عليها صورة بيع الوفاء، حيث إن بيع الوفاء يعطي المالك (المقترض) الحق في استرداد العين إذا أعاد سداد قيمة الشراء الأولى (مبلغ القرض)، وهو ما ينتفي عن "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتملك لمن اشترت منه"؛ لأن استرداد المصدر فيها للأصول يتم من خلال عقد بيع يتم بالتراضي؛ والمصدر إنما وعد وعداً ملزماً بإعادة شراء الأصول، وهذا الوعد قد ينكل به الواعد، وقد لا يستخدمه الموعود، فكل هذه الأمور واردة وقائمة سواء طبقت أو لم تطبق؛ وبذلك يتبين الفرق بين كون شراء الأصول يتم من خلال مجرد وعد ملزم، أم من خلال حق لازم للمقترض باسترداد العين إذا سدد القرض.^(٢)

إجابة عن المناقشة:

يجاب عن المناقشة أعلاه بأوجهٍ، من أبرزها:

أولاً: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فسواء أتم استرداد الأصول بقيمتها الاسمية من خلال عقد، أم التزام، أم تعهد، أم وعد ملزم فالحقيقة والنتيجة في ذلك واحدة.

وإن مما يؤكد ذلك أن التنظير للقول بالإلزام بالوعد بعيدٌ - في كثير من الأحيان - عن واقعه التطبيقي في المنتجات البنكية المعاصرة؛ حيث إن كثيراً ممن يرى الإلزام بالوعد قضاءً يقول: إن "أثر الإلزام بالوعد...: إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".^(٣) ولكنك تجد الواقع العملي لما يسمى (وعداً ملزماً) في تطبيقات الصكوك بعيدٌ عن هذا التنظير، إذ تجد صياغة ذلك في العقود

(١) عقود الزبرجد ص: (٢٢٥ - ٢٢٦)، نقلاً عن إجارة العين لمن باعها أ. د. / نزيه حماد ص: (١٢).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١٥) (٢ / ٢٩١).

(٣) من نص القرار ٤٠ - ٤١ (٥/٢، و٥/٣) الصادر عن الدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي التي عُقدت في الكويت عام ١٤٠٩هـ.

تكون في جُمَلٍ جازمة حاسمة لا تدع مجالاً لاحتمال (مثل: يتعهد المصدر تعهداً جازماً غير مشروط وغير قابل للنقض بشراء أصول الصكوك ..).

ثانياً: على فرض التسليم بوجود الفرق - المذكور في المناقشة - بين بيع الوفاء وبين هذا النوع من الصكوك، فيقال: بأن بيع الوفاء أقل حرمة وأبعد عن صريح الربا من هذه الصيغة من صيغ الصكوك من أوجه، منها: أن بيع الوفاء يتضمن الخيار بين إعادة السداد واسترداد العين تبعاً لذلك وبين عدم السداد واسترداد العين، بخلاف هذه الصيغة من الصكوك التي تتضمن وعداً ملزماً للمصدر بشراء أصول الصكوك عند الإطفاء؛ وعليه فيكون مديناً (محاسبياً) في الثانية ولا يكون كذلك في الأولى (صورة بيع الوفاء)،^(١) كما إن المستأجر في بيع الوفاء يكون طرفاً أجنبياً، بينما في هذه الصيغة من الصكوك يجتمع للمصدر كونه بائعاً للأصول ومستأجراً لها.

الدليل الرابع: لا خلاف بين العلماء في كون يد المستأجر على العين المؤجرة يد أمانة؛ وضمان العين المستأجرة على مالها - المؤجر - ما لم يتعد المستأجر أو يفرض.^(٢) وعليه فإذا كان تضمين الأجير ممنوعاً لكونه أميناً، فكذلك يجب منع تعهده بشراء العين المؤجرة التي تحت يده بثمن محدد المقدار ابتداءً (كالتعهد بشراء الأصول بالقيمة الاسمية)، لما يؤدي إليه هذا التعهد من ضمان لما هو مؤتمن عليه.^(٣)

مناقشة:

مع التسليم بمنع تضمين المستأجر للعين المؤجرة إلا أن التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية ليس ضماناً، بل ولا يصح قياسه على اشتراط تضمين المستأجر لما بينهما من فروق كثيرة، من أهمها: أن الضمان يلزم بضمان أصول الصكوك في حال الهلاك (الكلي) أو التلّف (الهلاك الجزئي) أو الخسارة (نقص القيمة التجارية)، وليس كذلك التّعهد بالشراء بالقيمة الاسمية. ففي حال الهلاك الكلي يتعذر تنفيذ التعهد بالشراء لانعدام محله، أما الضمان فيكون للهالك. وفي حال التلّف الجزئي فإن التعهد بالشراء يقتصر تنفيذه على ما لم يتلف من الأصول، حيث يُشترى بحصته من الثمن، أما الضمان فيكون للتلّف، وفي حال الخسارة مع بقاء الأصول على حالها فإن التعهد بالشراء يلزم المصدر بشراء الأصول بالثمن المحدد لا بجبر نقص القيمة كما في الضمان.^(٤)

(١) ينظر: منتجات صكوك الإجارة، د/ سامي السويلم ص: (١٢).

(٢) وقد نقل الاتفاق على ذلك جمع من أهل العلم. ومنهم: الكاساني في بدائع الصنائع إذ يقول: "لا خلاف في أن المستأجر أمانة في يد المستأجر" (٢١٠/٤)، وابن قدامة في المغني ناقلاً ذلك عن الإمام أحمد إذ يقول: "قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يُسأل عن الذين يكرّون المظل أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرقة أو بذهاب هل يضمن؟ قال: أرجو ألا يضمن، وكيف يضمن إذا ذهب؟! لا يضمن، ولا نعلم في هذا خلافاً؛ وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة" (١١٣/٨ - ١١٤)، والسرخسي في المبسوط (١٦٢/١٥).

(٣) ينظر: تعهد الأمين المصدر للصكوك بشراء أصولها، والموقف الفقهي منه، د/ أسيد الكيلاني ص: (١٠٩ - ١١٥).

(٤) ينظر: (دراسة حول موضوع بعض جوانب الصكوك المعاصرة)، بحث للدكتور: حسين حامد حسان، منشور في موقعه الرسمي على شبكة الإنترنت: www.hussein-hamed.com

الإجابة عن المناقشة:^(١)

أجيب عن المناقشة المبينة أعلاه من أوجه عدة، أبرزها الآتي:

أولاً: إن المتأمل في الواقع العملي للصكوك اليوم يتبين له أن الفارق المذكور في المناقشة أعلاه من حيث عدم شمول التعهد بالشراء للهلاك الكلي إنما يصح نظرياً، وأما الواقع العملي للتعهد بالشراء المطبق في كثير من هياكل الصكوك اليوم فإنه ينفي هذا الفارق؛ فتعهد المصدر بشراء الأعيان المؤجرة (التي باعها من حملة الصكوك) بقيمتها الاسمية مهما كان حالها عند الشراء منصوص بعض نشرات إصدار الصكوك.^(٢)

ثانياً: على التسليم بأن التعهد بشراء الأصول المؤجرة (أصول الصكوك) لا يسري في حال هلاك الأصول هلاكاً كلياً لا يبقى لها معه أثر مادي - ولو شيئاً من حطام يصح أن يكون محلاً للشراء - ، ومع كون هذا الفرض نادر الوقوع (والنادر لا حكم له) فإن شروط تنفيذ التعهد بالشراء - وفق الواقع التطبيقي للصكوك اليوم - ، يقي من الوصول إلى هذه الحال، حيث إن مجرد وقوع أي تغييرات في الظروف الاقتصادية أو النقص في أصول الصكوك يعد من الحالات التي يتعهد المصدر بشراء أصول الصكوك عند وقوعها، ويحق لحملة الصكوك بمجرد وقوع بدايات أو بوادر لذلك أن يطلبوا من المصدر تنفيذ تعهده بشراء أصول الصكوك، قبل أن يستفحل الأمر ويزداد النقص والضرر اللاحق بأصول الصكوك، ويصل بها إلى الهلاك التام الذي يمحقها دون أثر.

ثالثاً: ثم إنه إن سلم بكون التعهد بالشراء يستثني حال الهلاك الكلي، فإن من المتقرر أن التعهد بالشراء يعد أداة لجبر الخسارة وتعويض النقص في قيمة أصول الصكوك في حال انخفاض قيمتها عن القيمة الاسمية مع بقائها في حالتها المادية الكاملة دون تلف أو هلاك، وهو بذلك يكون نوعاً من الضمان الجزئي الصريح الذي لا يجوز تحميله على المستأجر أو اشتراطه عليه.

الراجع:

بناء على ما سبق من عرض القولين وأدلتهم، وما ورد عليهما من المناقشة فإن الذي يظهر للباحث رجحانه -والله أعلم بالصواب- القول بعدم جواز التزام المصدر أو تعهده أو وعده وعداً ملزماً بإعادة شراء أصول الصكوك التي باعها من حملة الصكوك بثمن نقدي إذا كان هذا الالتزام (أو الوعد الملزم) بثمن محدد ابتداءً (ومنه القيمة الاسمية)، سواء أكان تنفيذ الالتزام محددًا بتاريخ معين (كتاريخ إطفاء الصكوك أو انتهائها)، أم

^(١) الإجابات عن المناقشة المدرجة أدناه مستفادة بتصرف من: تعهد الأمين المصدر للصكوك بشراء أصولها، د/ أسيد الكيلاني ص: (١١٥ - ١٢٠).

^(٢) سبقت الإشارة إلى أن من أمثلتها: صكوك الإجارة الصادرة عن شركة نخيل الإماراتية في ديسمبر ٢٠٠٦م، والتي نصت على أن المصدر يتعهد بشراء الأصول المؤجرة بحالتها التي تكون عليها عند الشراء، وبجميع الثمن المتفق عليه أياً كانت هذه الحالة، نقلاً عن: المرجع السابق ص: (١٣١).

بحال تعثر المصدر، أم بحال انخفاض القيمة السوقية للأصول أو الأعيان؛ وعليه فإجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتمليك لا تجوز، والتي من أبرز صورها:

- أن يبيع المصدر أصلاً من حملة الصكوك بـثمنٍ نقدي، ثم يستأجر الأصل منهم بأجرة مقسطة، ثم يتعهد (أو يلتزم أو يعد وعداً ملزماً) بإعادة شراء الأصل (الذي باعه منهم) بقيمته الاسمية (بمثل ما اشتروه به) عند إطفاء الصكوك أو انتهائها أو غيرها من الحالات الطارئة.
- أن يبيع المصدر أصلاً من حملة الصكوك بـثمنٍ نقدي، ثم يستأجر الأصل منهم تأجيراً منتهياً بالتمليك بأجرة مقسطة موزعة على مدة الإصدار مجموع أقساطها يزيد عن الثمن النقدي الذي دفعه حملة الصكوك.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أحمدده سبحانه وتعالى حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه على ما امتن به عليّ وتفضل من إتمام هذا البحث، فما كان فيه من صواب فمنه سبحانه وحده لا شريك له، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان. وأستغفر الله وأتوب إليه.

هذا وقد توصل الباحث إلى جملة من النتائج، أبرزها ما يأتي:

(٩) مشروعية عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، وشروطه:

اتفقت المذاهب - في الجملة - من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على مشروعية عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، وعلى كونه عقداً صحيحاً لازماً أبرز الفروق بينه وبين إجارة منافع الأعيان المعينة كون المنفعة محل التعاقد ديناً ثابتاً في ذمة المؤجر، لا يفسخ العقد بهلاك العين محل الانتفاع، وإنما يلزم المؤجر أن يقدم للمستأجر عيناً أخرى مطابقة للوصف مكانها.

كما نص الجمهور - من المالكية والشافعية والحنابلة - على أن إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة سلم في المنافع؛ وعليه فجوازها منوط بتوفر شروط السلم فيها، ومن أهم هذه الشروط:

(ب) أن تكون العين المؤجرة مما ينضبط بالوصف.

(ج) وصف العين المؤجرة وصفاً مجلياً يدفع عنها الجهالة والغرر.

(د) تحديد موعد استيفاء العين المؤجرة.

(هـ) أما وجوب تعجيل تسليم الأجرة في مجلس العقد فسيأتي تفصيل حكمه في الفقرة الآتية.

(١) حكم قبض الأجرة في مجلس العقد في عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة

إذا أبرم عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة بلفظ السلم فيجب قبض الأجرة في مجلس العقد، وأما إن أبرم بلفظ الإجارة فلا يجب قبضها في مجلس العقد إلا إنه يحرم أن تكون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر. فإذا تعينت العين محل الانتفاع ومُكن المستأجر من الانتفاع بها (حتى ولو لم يقبضها المستأجر) فيجوز في هذه الحال أن تكون الأجرة ديناً مؤجلاً في الذمة، وذلك لأمر عدة، أبرزها الآتي:

• كون الأجرة ديناً مؤجلاً في ذمة المستأجر مع كون المعقود عليه منفعة عين موصوفة مؤجلة في ذمة المؤجر؛ صورة من صورة الكاليء بالكاليء الذي

حكى جمع من أهل العلم الإجماع على تحريمه (من صور ابتداء الدين بالدين، أو الواجب بالواجب)؛ فوجب كون الأجرة حالة لنفي هذه العلة.

• نص جمع من الفقهاء على الترخيص بتأجيل تسليم الأجرة إن تعينت العين محل الانتفاع، ومُكِّن المستأجر من الانتفاع بها؛ لأنه ينفي عن التعاقد صورة الكاليء بالكاليء.

(٢) تعريف صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة: (هي أوراق مالية محددة المدّة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية منافع أعيان موصوفة في الذمة، تخوّل مالكيها منافع، وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته). كأن تقوم جهة بطرح صكوك تمثل ملكية الانتفاع بأعيان موصوفة في الذمة، وتبين في هذه الصكوك تفاصيل هذه المنفعة، والعين محل الانتفاع وصفاً دقيقاً، ومدة الانتفاع -بدايةً ونهايةً- ، وشروط هذا الانتفاع.

(٣) حكم إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

يجوز إصدار صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة إذا استوفيت شروط صحة عقد إجارة منافع الأعيان الموصوفة في الذمة التي سبق بيانها في الفقرتين: (١) ، (٢) أعلاه.

(١) حكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة:

• لا يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيّن العين محل الانتفاع وتمكين المستأجر من الانتفاع بها، إلا وفق ضوابط بيع المسلم فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه.

• إذا تعيّن العين محل الانتفاع، ومُكِّن المستأجر من الانتفاع بها فيجوز تداول الصكوك في هذه الحال، حتى لو لم يقبض المستأجر العين.

(٢) حكم إصدار "صكوك ملكية الأعيان المؤجرة تأجيراً منتهياً بالتمليك لمن اشترت منه تلك الأعيان" وتداولها:

• لا يجوز التزام المصدر أو تعهده أو وعده وعداً ملزماً بإعادة شراء أصول الصكوك - التي باعها من حملة الصكوك بثمن نقدي ثم استأجرها منهم - إذا كان هذا الالتزام (أو الوعد الملزم) بثمن محدد ابتداءً (ومنه القيمة الاسمية)، سواء أكان تنفيذ الالتزام محددًا بتاريخ معين (كتاريخ إطفاء الصكوك أو انتهائها)، أم بحال تعثر المصدر، أم بحال انخفاض القيمة السوقية للأصول أو الأعيان؛ وعليه فإجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتمليك لا تجوز؛

لكونها حيلةً ظاهرةً على الربا، بعض صورها شبيهة بعكس العينة وأخرى ببيع الوفاء المحرّم. ومن أبرز صورها:

- أن يبيع المصدر أصلاً من حملة الصكوك بثمانٍ نقدي، ثم يستأجر الأصل منهم بأجرة مقسطة، ثم يتعهد (أو يلتزم أو يعد وعداً ملزماً) بإعادة شراء الأصل (الذي باعه منهم) بقيمته الاسمية (بمثل ما اشتروه به) عند إطفاء الصكوك أو انتهائها أو غيرها من الحالات الطارئة.
- أن يبيع المصدر أصلاً من حملة الصكوك بثمانٍ نقدي، ثم يستأجر الأصل منهم تأجيراً منتهياً بالتملك بأجرة مقسطة موزعة على مدة الإصدار مجموع أقساطها يزيد عن الثمن النقدي الذي دفعه حملة الصكوك.

قائمة المراجع والمصادر

- (١) **إجارة العين لمن باعها**، د/ نزيه حماد، ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع نظمه مصرف الراجحي في الرياض خلال الفترة ٢٣ - ٢٤/١٠/١٤٢٤هـ.
- (٢) **الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية**، علاء الدين البعلي، تحقيق: أحمد الخليل، دار العاصمة - الرياض - .
- (٣) **إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى**، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: حسين الحربي، رسالة ماجستير (غير مطبوعة)، جامعة أم القرى ١٤١٩ - ١٤٢٠هـ.
- (٤) **الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار**، الإمام بن عبد البر، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار قتيبة - بيروت - ، ط: الأولى ١٤١٤هـ.
- (٥) **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، الإمام زكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.
- (٦) **اشتراط الإجارة في عقد البيع وأهم تطبيقاتها المعاصرة**، د/ عبدالله العمار، ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض خلال الفترة ٢٣ - ٢٤/١٠/١٤٢٤هـ.
- (٧) **الإشراف على مذاهب العلماء**، أبوبكر محمد بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د/ أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة، ط: الأولى ١٤٢٥هـ.
- (٨) **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، الإمام بن قيم الجوزية، تحقيق: مشهور بن حسن سلمان، دار ابن الجوزي - الدمام - ، ط: الأولى ١٤٢٣هـ.
- (٩) **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** (مطبوع على هامش المقنع)، علاء الدين أبو الحسن المرادوي، تحقيق: د/ عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- (١٠) **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبدالله مالك**، أحمد بن يحيى الونشريسي، تحقيق: الصادق الغرياني، دار ابن حزم - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٧هـ.
- (١١) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الإمام بن نجيم الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، ط: الثانية.

- (١٢) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، أبو الوليد محمد بن رشد، تحقيق: د/ عبدالله العبادي، دار السلام - القاهرة - ، ط: الأولى ١٤١٦هـ.
- (١٣) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الإمام الكاساني، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: الثانية ١٣٩٤هـ
- (١٤) **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، الإمام أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني، اعتنى به: قاسم النوري، دار المنهاج - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢١هـ.
- (١٥) **البيان والتحصيل**، أبو الوليد بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي - بيروت - ، ط: الثانية ١٤٠٨هـ.
- (١٦) **البيع على الصفة للعين الغائبة وما يثبت في الذمة**، د/ العياشي فداد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية - جدة - ، ط: الأولى ١٤٢١هـ.
- (١٧) **التاج والإكليل في شرح مختصر خليل**، (مطبوع على حاشية مواهب الجليل) محمد العبدري الشهير بالمواق، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب - الرياض - .
- (١٨) **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، فخر الدين الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي مصورة عن ط: المطبعة الكبرى الأميرية - القاهرة - ١٣١٣هـ.
- (١٩) **تحفة الفقهاء**، الإمام السمرقندي، دار الكتب العلمية - بيروت - ، ط: الأولى، ١٤٠٥هـ.
- (٢٠) **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى - مصر - .
- (٢١) **تصحيح الفروع**، (مطبوع بهامش الفروع)، الإمام المرداوي، تحقيق: د/ عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- (٢٢) **التطبيقات العملية للإجارة الموصوفة في الذمة**، د/ عبدالستار أبوغدة، بحوث ندوة البركة ٣٠ للاقتصاد الإسلامي، مجموعة البركة المصرفية - جدة - ١٤٣٠هـ.
- (٢٣) **تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها**، أ.د/ الصديق الضيرير، ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض خلال الفترة ٢٣ - ٢٤ / ١٠ / ١٤٢٤هـ.

- (٢٤) **تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها**، د/ عبدالستار أبو غدة، ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض خلال الفترة ٢٣- ٢٤/١٠/١٤٢٤هـ.
- (٢٥) **تعقيب على بحث اشتراط الإجارة في عقد البيع**، أ.د/ حسين حامد حسان، ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض خلال الفترة ٢٣- ٢٤/١٠/١٤٢٤هـ.
- (٢٦) **تعهد الأمين المصدر للصكوك بشراء أصولها والموقف الفقهي منه**، د/ أسيد الكيلاني، ضمن أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة، التي نظمتها البنك الأهلي التجاري في جدة خلال ١٨- ١٩/١/١٤٣٣هـ.
- (٢٧) **تقرير القواعد وتحرير الفوائد**، الإمام بن رجب، تحقيق: مشهور سلمان، دار ابن عفان - الدمام - .
- (٢٨) **التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح**، الإمام الشويكي، تحقيق: د/ ناصر اليمان، المكتبة المكية.
- (٢٩) **حاشية ابن القيم على سنن أبي داود** (مطبوع على حاشية عون المعبود) تحقيق: عبدالرحمن عثمان، المكتبة السلفية - المدينة المنورة - ، ط: الثانية ١٣٨٨هـ.
- (٣٠) **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية "عيسى البابي الحلبي وشركاه".
- (٣١) **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين**، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط: الثالثة ١٣٧٥هـ.
- (٣٢) **دراسات في أصول المداينات**، د/ نزيه حماد، دار الفاروق - الطائف - ط: الأولى ١٤١١هـ.
- (٣٣) **دراسة حول موضوع بعض جوانب الصكوك المعاصرة**، أ.د/ حسين حامد حسان، منشور في موقعه الرسمي على شبكة الإنترنت: www.husseinhamed.com
- (٣٤) **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، الإمام ابن عابدين، تحقيق: عادل عبدالموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب-الرياض- ١٤٢٣هـ.
- (٣٥) **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، يحيى بن شرف الدين النووي، تحقيق: عادل أحمد عبدالموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب - الرياض - ١٤٢٣هـ.

- (٣٦) **سندات الإجارة والأعيان المؤجرة**، د/ منذر قحف، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، ط: الأولى ١٤١٥هـ.
- (٣٧) **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، الشيخ محمد العثيمين، دار ابن الجوزي - الدمام - ، ط: الأولى ١٤٢٨هـ.
- (٣٨) **شرح مختصر خليل**، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار الفكر للطباعة - بيروت - .
- (٣٩) **شرح منتهى الإرادات "دقائق أولي النهى لشرح المنتهى"**، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: د/ عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢١هـ.
- (٤٠) **صكوك الإجارة**: دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، حامد ميرة، دار الميمان - الرياض - ، ط: الأولى ١٤٢٩هـ.
- (٤١) **صكوك الاستثمار**، أ.د/ حسين حامد حسان، بحث مقدم لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية.
- (٤٢) **عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية**، دراسة تأصيلية تطبيقية، د/ حامد بن حسن ميرة، دار الميمان - الرياض - ، ط: الأولى ١٤٣٢هـ.
- (٤٣) **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، زكريا الأنصاري، بهامشه حاشيتا العبادي والشرييني، المطبعة الميمنية.
- (٤٤) **الفتاوى الفقهية الكبرى**، الإمام شهاب الدين بن حجر الهيتمي، دار الفكر - بيروت - .
- (٤٥) **الفتاوى الهندية**، الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند، تصحيح: عبداللطيف حسن عبدالرحمن، دار الكتب العلمية - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢١هـ.
- (٤٦) **الفروع**، الإمام بن مفلح، تحقيق: د/ عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- (٤٧) **الفروق**، الإمام القرافي، تحقيق: عمر القيام، مؤسسة الرسالة - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- (٤٨) **في فقه المعاملات المالية والمصرفية**، د/ نزيه حماد، دار القلم - دمشق - ط: الأولى ١٤٢٨هـ.

- (٤٩) **القبس في شرح موطأ مالك ابن أنس**، أبو بكر بن العربي، تحقيق: د/ محمد ولد كريم، دار الغرب الإسلامي - بيروت - ، ط: الأولى ١٩٩٢م.
- (٥٠) **قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي**، د/ سامي السويلم، دار كنوز إشبيليا - الرياض، ط: الأولى ١٤٣٠هـ.
- (٥١) **الكافي**، الإمام بن قدامة، تحقيق: د/ عبدالله التركي، دار هجر - مصر، ط: الأولى ١٤١٧هـ.
- (٥٢) **كشاف القناع عن متن الإقناع**، الشيخ منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: محمد أمين الضناوي، دار عالم الكتب - بيروت - ، ط: الأولى ١٤١٧هـ.
- (٥٣) **المبسوط**، شمس الدين محمد السرخسي، دار المعرفة - بيروت - .
- (٥٤) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي** ، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي - جدة - .
- (٥٥) **المجموع شرح المذهب**، الإمام النووي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد - جدة - .
- (٥٦) **مجموع فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية**، جمع: عبدالرحمن بن قاسم العاصمي.
- (٥٧) **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، أبو المعالي برهان الدين محمود بن مازة البخاري الحنفي، تحقيق: عبدالكريم الجندي، دار الكتب العلمية - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٤هـ.
- (٥٨) **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة**، مصطفى الزرقا، دار القلم - دمشق - ، ط: الأولى ١٤٢٠هـ.
- (٥٩) **المستوعب**، الإمام نصير الدين السامري، تحقيق: أ.د/ عبدالملك بن دهيش، ط: الثانية ١٤٢٤هـ.
- (٦٠) **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، الإمام الرحيباني، المكتب الإسلامي ببيروت، ط: الثانية ١٤١٥هـ.
- (٦١) **المعايير الشرعية ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م**، المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - البحرين - .
- (٦٢) **المغني**، الإمام بن قدامة المقدسي، تحقيق: د/ عبدالله التركي و د/ عبدالفتاح الحلو، دار عالم الكتب - الرياض - ، ط: الثالثة ١٤١٧هـ.

- (٦٣) **منتجات صكوك الإجارة**، د/ سامي السويلم، بحث مقدّم لندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقييم، التي نظّمها مجمع الفقه الإسلامي في جدة خلال الفترة ١٠ - ١١/٠٦/١٤٣١هـ.
- (٦٤) **المنتقى شرح موطأ مالك**، القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: حمد عطا، دار الكتب العلمية - بيروت - ، ط: الأولى ١٤٢٠هـ.
- (٦٥) **المنثور في القواعد**، الإمام بدر الدين الزركشي، تحقيق: د/ تيسير فائق أحمد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - ، ط: الأولى ١٤٠٢هـ.
- (٦٦) **منح الجليل شرح مختصر خليل**، الشيخ محمد عيش، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٩هـ.
- (٦٧) **الموافقات**، الشاطبي، تحقيق: مشهور سلمان، دار ابن عفان - الخبر - ، ط: الأولى ١٤١٧هـ.
- (٦٨) **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، الحطّاب، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب - الرياض - .
- (٦٩) **نظرية العقد**، شيخ الإسلام ابن تيمية، دار المعرفة - بيروت - .
- (٧٠) **النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر** (مطبوع بهامش المحرر)، الإمام بن مفلح، دار الكتاب العربي - بيروت - .
- (٧١) **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، الرملي، دار الكتب العلمية - بيروت - ، ط: الثالثة ١٤٢٤هـ.
- (٧٢) **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، الإمام الشوكاني، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - .
- (٧٣) **الوسيط في المذهب**، الإمام الغزالي، تحقيق: أحمد إبراهيم، دار السلام - القاهرة، ط: الأولى ١٤١٧هـ.



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

قواعد الغلبة والتبعية في المعاملات المالية وتطبيقاتها في تداول الأسهم والوحدات والصكوك

إعداد

الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم
نائب مدير المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
البنك الإسلامي للتنمية بجدة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد.

فقد سبق في مناسبات متعددة مناقشة ضوابط تداول الأسهم من حيث مكوناتها وتضمنها للنقود والديون، وصدرت أبحاث وكتابات عديدة حول الموضوع. وهو من القضايا الشائكة التي تلتبس فيها المسائل وتتزاحم بشأنها القواعد الشرعية على نحو ليس باليسير، وصدقت أمانة الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي حين أشارت إلى أن هذه القضية: "من معضلات المسائل"^(١).

ولما طلبت أمانة مجمع الفقه الإسلامي الموقر إعداد بحث حول "حكم تداول الأسهم والصكوك وضوابطه الشرعية، مع بيان وقت تحقق ضابط التبعية وشروطه، ووقت تحقق ضابط الغلبة وشروطه"، لم يكن هناك مفر من العودة مرة أخرى لاقتحام هذه الغابة الشائكة والمضي في الطرق المتشابكة التي طالما سببت الحيرة والقلق في الماضي. لكن الله تعالى بفضل من هذه المرة باجتياز أهم العقبات للوصول إلى الهدف المنشود، في ظني على أقل تقدير، على نحو لم يكن متوقعا. وزاد الأمر عجباً حين استقرت كل أجزاء الأحجية تقريبا في مكانها الصحيح، الواحدة تلو الأخرى، بشكل يثير الدهشة. ومع الإيمان بعظمة الفقه الإسلامي لكن المرء يجد نفسه أمام قمة جديدة تتميز بما فيها من الروعة والتناسق والإبداع. هذا التناسق الفريد مما يمتنع على العقول البشرية، مهما بلغت من العلم والحدة والذكاء، أن تصل إليه لولا صدور أئمة الفقه الإسلامي عن شريعة سماوية كاملة، لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها.

فالفقه الإسلامي في الحقيقة بناء شامخ وإن تعددت جوانبه وتنوعت مداخله واختلفت مظاهره. لكن هذا البناء السامق لا يستطيع أن يبصره من وقف عند الفروع الجزئية والمسائل الفردية، ونظر إلى الخلاف الفقهي كما لو كان سلسلة مباريات لا بد أن تنتهي بخروج المغلوب أو الفوز بالنقاط. هذا التباين بين المنهجين ألمح إليه الإمام أحمد بن إدريس القرافي رحمه الله حين قال في مقدمة كتابه القيم "الفروق":

"ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت فيها خواطره واضطربت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها. ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لأندرجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب... فبين المقامين شأواً بعيد وتفاوت شديد"^(٢).

(١) أمانة الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي "تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على نقود وديون"، ص ٦١.
(٢) الفروق، ج ١ ص ٣.

وأصدق ما يكون هذا المعنى في قضايا المعاملات المالية المعاصرة، فهي كثيرة ومتنوعة ولا تنتهي تطبيقاتها. فمن أراد أن يضبط أحكامها فلا بد له من أصول وقواعد كلية تجسد حكمة التشريع ومناسبته لأحكام هذه الجزئيات. وهذا لا يتم إلا بإعمال القواعد والأصول الشرعية على وجهها وتنزيلها منزلتها. ومن هنا تظهر قيمة علم الفروق الذي اعتنى به العلماء على مر العصور، إذ به تتبين منازل القواعد ومواقع الأصول ويزول ما قد يظهر بينها من تعارض، وبذلك تأتلف أحكام الشريعة وتتناسب، كما قال القرأ في رحمه الله. فليس الفقه ضرب أقوال الأئمة بعضها ببعض، ولا هو أخذ ببعض قواعد الشريعة دون البعض الآخر. بل الفقه، عين الفقه، هو منهج الراسخين في العلم الذين: ﴿ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَنْبَابِ ﴾^(١).

وقد استعنت الله تعالى وحصرت البحث في فصول:

- (١) مقدمة حول القواعد الحاكمة لتبادل النقود والديون، تتضمن قواعد التبعية والغلبة
- (٢) تطبيق القواعد على أسهم الشركات.
- (٣) تطبيق القواعد على وحدات الصناديق.
- (٤) تطبيق القواعد على الصكوك.
- (٥) خاتمة.

وقد ركزت البحث على صلب المسائل وتجنبت إعادة ما طرحته الأبحاث السابقة، ولم أتوسع في التعاريف والنقول لوفرة المصادر التي عُنيت بها. أسأل الله تعالى العون والتوفيق والسداد لي ولكل مسلم، فهو سبحانه نعم المولى ونعم النصير^(٢).

(١) آل عمران : ٧ .

(٢) أشكر أخي د. خالد المزيني على الملاحظات التي تفضل بها على نسخة سابقة من البحث.

(١)

قواعد تداول النقد

مبادلة نقد بنقد، في وجود الأجل أو عدمه، وفي وجود سلعة أخرى وفي عدمها، يخضع لمجموعة من القواعد هي نصوص أحاديث نبوية، على قائلها أفضل الصلاة وأتم التسليم:

(١) حديث الأصناف الستة: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطى فيه سواء"، رواه مسلم، وهو حديث متواتر^(١).

(٢) حديث القلادة، وفيه أن فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال: اشتريت يوم خيبر قلادة بأثني عشر ديناراً فيها ذهب وخرز، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: "لا تباع حتى تفصل"، رواه مسلم.

(٣) حديث النهي عن سلف وبيع، رواه الخمسة.

(٤) حديث العبد له مال، قال ﷺ: "من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع"، متفق عليه.

الحديث الأول يبين شروط مبادلة النقد بالنقد. أما الثاني فيبين حكم مبادلة النقد بالنقد كلاهما حاضراً في وجود سلعة أو عين خلاف النقد. والحديث يبين أن مبادلة نقد بنقد وسلعة يقتضي تمييز النقد المضموم أو المصاحب للسلعة عن السلعة بحيث يتم استيفاء شرط "يداً بيداً مثلاً بمثل سواء بسواء" في النقد، ثم تباع السلعة بقيمتها. وهذا هو أصل قاعدة مدَّ عَجوة، كما سيأتي.

الحديث الثالث يتناول صورة مدَّ عَجوة فيما لو تأجل النقد من إحدى الجهتين بما يجعلها تدخل في سلف وبيع.

أما الحديث الرابع فيتناول بيع المملوك له مال مع عدم الفصل أو التمييز بينهما وفق حديث القلادة، على خلاف بين العلماء في ذلك.

وحديث الأصناف الستة هو الأصل، ثم إذا اجتمع نقد مع سلعة أو منفعة، فهناك حالات يشترط فيها التمييز بناء على حديث القلادة، وهناك حالات لا يشترط فيها التمييز، وفق حديث العبد ذي المال. والتفريق بين هذين النوعين من الحالات من مواطن الإشكال في هذه القضية. والأصل هو الجمع بين الأدلة وتنزيل كل منها على وجهها، ولا يلجأ للترجيح إلا عند امتناع الجمع.

(١) انظر شرح معاني الآثار ج ٤ ص ٦٥ و ٦٩، شرح الزرقاني ج ٣ ص ١١٢.

قاعدة مُدَّ عَجْوَة^(١)

ليس كل اجتماع لنقد مع سلعة يجعل أحدهما تابعاً للآخر. فمن باع حافظة نقد جلدية بها نقد فيجب أن يميز مقدار النقد الذي بها، بحيث يتحقق شرط التقابض والتساوي بين النقد في الحافظة والنقد في الثمن، ويتحدد ثمن المحفظة خالية من النقد بناء على ذلك. وكذلك لو وضع نقداً وبضاعة في كيس أو سلة لم يكن ذلك موجباً للاستثناء من أحكام الصرف الثابتة بحديث الأصناف الستة. بل لا يوجد الاستثناء إلا عند ثبوت التبعية بين الأشياء المجتمعة كما سيتضح لاحقاً. وما لم تثبت علاقة التبعية فالأصل هو العمل بحديث القلادة وقاعدة مُدَّ عَجْوَة.

وحديث القلادة لا يشترط الفصل لذات الفصل، والله أعلم، وإنما المقصود هو التمييز بين النقد وبين السلعة، ولذلك ورد في رواية أبي داود للحديث: "لا حتى يميز بينه وبينه". وإنما ذكر الفصل لأن الذهب يباع بالوزن، ولا يمكن أن يعرف الوزن حتى يفصل الذهب من بقية القلادة. أما إذا كان يباع بالعدد، أو في حالة النقود الورقية، فيكفي تمييز النقد ومعرفة مقداره بدقة، سواء فصل أو لم يفصل.

وحديث القلادة هو الأساس لقاعدة مُدَّ عَجْوَة، التي تقتضي أن مبادلة نقد بنقد وسلعة يوجب أن يكون النقد المفرد أكبر من النقد المضموم للسلعة، بحيث يكون النقد مقابل النقد يداً بيد سواء بسواء، ثم الزائد مقابل السلعة. كما لو اشترى شخص مثلاً كتاباً بثلاثين ريالاً، ودفع الثمن مائة، فتكون مبادلة بين مائة ريال وبين سلعة (الكتاب) معها سبعون ريالاً.

فالنقد المفرد (المائة) أكبر من النقد المضموم للسلعة (سبعين)، فتكون المبادلة جائزة على الأرجح، لأن المائة تتضمن سبعين، فتكون السبعين مقابل السبعين يداً بيد، والثلاثين مقابل الكتاب^(٢).

١٠٠ ريال = كتاب + ٧٠ ريال
مبادلة نقد مقابل سلعة ونقد

بخلاف ما لو كان النقد المفرد مساوياً أو أقل من النقد المضموم للسلعة، فهذه ممنوعة باتفاق الفقهاء، ومن الممتنع أن تكون مقبولة عند العقلاء إلا إذا كان النقد الزائد إما مؤجلاً فيدخله الربا كما سيأتي، أو احتمالياً كما في جوائز السحب، فيكون من الميسر.

^(١) انظر بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩٦ - ١٩٧، المغني ج ٦ ص ٩٢ وما بعدها، الموسوعة الفقهية، ج ١١ "تخارج"، و ج ٢٢ "ربا".
^(٢) إذا وجدت سلعة في الجهتين، يتم خصم قيمة إحدى السلعتين من النقد المقابل، ثم الكلام في الباقي كالقلم في وجود سلعة واحدة.

ومن هذا الباب ما ذكره الفقهاء من جواز بيع السيف المضرب بفضة أو الدار المموهة بالذهب، مقابل فضة (دراهم) أو ذهب (دنانير). فحقيقة الأمر أن هذه الإضافات تؤثر في ثمن السلعة (السيف أو الدار) وتكون معتبرة في تقييم المبيع، كما نبه على ذلك العلامة المازري رحمه الله^(١)، ولهذا ينبغي مراعاة قاعدة مدّ عجوة في مثل هذه الصور، إلا إذا دخل التأجيل فتطبق قاعدة الأغلبية.

قاعدة الأغلبية

قاعدة مدّ عَجْوَة تتناول مبادلة النقد من الجهتين حاضراً. فإذا دخل التأجيل من إحدى الجهتين كانت من باب سلف وبيع^(٢). وذلك أن النقد المؤجل مقابل ما يساويه من النقد الحاضر يكون سلفاً، بينما يكون الباقي من النقد مقابل السلعة بيعاً^(٣).

والقاعدة في هذا الباب، كما قال شيخ الإسلام، أنه إذا كان المقصود الأول هو السلف، والبيع منفعة مشروطة فوق السلف، حرم قطعاً. أما إذا كان المقصود أساساً هو البيع، وجاء السلف (بدون زيادة) لتسهيل حصول البيع، كما في مسألة "قرض الأكار"^(٤) وإقراض المدين (مجاناً) ليوفي دينه من بيع سابق، فالأقرب هو الجواز^(٥)، لأن السلف هنا جاء ضمناً ووسيلة لإتمام البيع. فالمقصود الأول هو البيع وهو مشروع، فيكون السلف المجاني وسيلة لتحقيق المشروع، ولا حرج في ذلك. وفلسفة التمويل الإسلامي هي أن يكون التمويل تابِعاً وخادماً للتبادل، فإذا وجد القرض الحسن تابِعاً للبيع فلا محذور فيه. والممنوع شرعاً هو أن يكون المقصود الأول هو السلف، فيصبح البيع حينئذ بمثابة الفائدة المستترة على القرض.

ويمكن تحديد معيار التمييز بين الحالتين بالنظر إلى قيمة القرض، أي إلى رأسماله، مقارنة بثمن المبيع: فإن كان ثمن المبيع أقل من رأسمال القرض كان دليلاً على أن المقصود هو القرض لأنه هو الأكثر. مثال ذلك لو تأجل مبلغ ١٠٠ ريال في مثال الكتاب السابق، فتصبح مبادلة لمائة مؤجلة مقابل ٧٠ حاضرة وكتاب.

١٠٠ ريال مؤجلة == كتاب حاضر + ٧٠ ريال نقداً
١٠٠ ريال حاضرة == كتاب حاضر + ٧٠ ريال مؤجلة
سلف وبيع والسلف أكبر من الثمن

(١) شرح التلقين ج ١ ص ٤٣٢ - ٤٣٣، عن "قواعد التبعية" للندوي، ص ٤٣ - ٤٤. وقارن الشرح الكبير مع الإنصاف، ج ١٢ ص ٨٤ و ٨٧.

(٢) أشار لذلك شيخ الإسلام ابن تيمية في القواعد النورانية، ص ٢٠٣.

(٣) إذا تأجل النقد من الجهتين، أجرينا مقاصة بين القدر المشترك من النقد المؤجل من الجهتين، ثم الكلام في الباقي كالقوام في التأجيل من إحدى الجهتين.

(٤) الأكار هو المزارع، فإذا طلب المزارع قرضاً ليقوم بالمزارعة اجتمع السلف والبيع.

(٥) المغني ج ٦ ص ٤٤٠، الشرح الكبير مع الإنصاف ج ١٢ ص ٣٥١ - ٣٥٢.

ففي هذه الحالة يصبح رأسمال القرض، وهو ٧٠ ريالاً، أكبر من ثمن الكتاب، وهو ٣٠ ريالاً^(١)، فيكون المقصود هو السلف فيمنع سداً للذريعة. وكذلك لو كانت المائة حاضرة والسبعين مؤجلة، فيكون البائع قد اقتترض ٧٠ وباع بـ ٣٠، فإن رأسمال القرض أكبر من ثمن المبيع فيكون المقصود هو القرض لأنه الأكثر. فإذا كان القرض هو الأكثر كان هو المقصود الأول بالضرورة، وفقاً لقاعدة: "الأقل يتبع الأكثر"^(٢)، فيدخل في النهي.

وما سبق هو بافتراض أن ثمن السلعة هو الثمن المعتاد لها في غياب السلف. أما إذا كان الثمن يتأثر بوجود السلف، فيزيد إن كان المشتري هو المقترض، أو ينقص إن كان البائع هو المقترض، فهذا دليل على الزيادة مقابل السلف فيدخل في المحذور، بغض النظر عن حجم القرض مقارنة بثمن المبيع.

ويتبين مما سبق أن قاعدة المنع من سلف وبيع أضيق من قاعدة مدّ عَجوة، فإن مدّ عَجوة تسمح بكون النقد المضموم للسلعة أكبر من ثمن السلعة، كما في مثال الكتاب السابق. لكن لما كان النقد من الجهتين حاضراً فإن المبادلة تنتهي إلى بيع وصرف بشروطه، فلا يدخله الربا سواء كان المقصود الأول هو البيع أو الصرف. بخلاف ما إذا دخل التأجيل ففي هذه الحالة لا يجوز أن يكون المقصود الأول هو السلف لأن هذا يجعل المبادلة محل تهمة بسلف جر نفعاً، وهو محرم تحريم مقاصد، بخلاف ربا الفضل فهو محرم تحريم وسائل، ويغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد، كما سيأتي.

اجتماع البيع مع الصرف المؤجل

ما سبق يتناول اجتماع البيع مع السلف، وهو مبادلة النقد بمثله مؤجلاً. أما إذا اجتمع البيع مع الصرف المؤجل، أي مبادلة نقد مقابل نقد آخر مؤجل، وذلك كما لو اشترى شيئاً مضرباً بفضة، بذهب مؤجل، فهل تجوز المعاملة أو لا؟

الفرق بين هذه الصورة وبين اجتماع السلف والبيع أن السلف مفرداً دون زيادة جائز شرعاً، والإشكال إنما هو في اجتماعه مع البيع. أما هنا، فالصرف المؤجل بين جنسين مختلفين ممنوع بالنص والإجماع لما فيه من ربا النساء، وهو انتفاء التقابض فيما شرط فيه "يداً بيد". وهذا الفرق يوجب أن يكون هناك فرقاً في تطبيق قاعدة الأغلبية في هذه الحالة.

والأقرب والله أعلم هو تقييد قاعدة الأغلبية هنا بألا يتجاوز مقدار المحذور الثلث. وذلك أن العلماء في مناسبات متعددة يجعلون الثلث فما دونه من اليسير. واشترط المالكية الثلث في جواز شراء السيف المضرب بالفضة بذهب أو فضة. ومن الفقهاء من أجاز في هذه الحالة أن يكون الثمن مؤجلاً^(٣).

(١) إذا أغفلنا اعتبار الأجل في ثمن الكتاب، وهو لا يؤثر على النتيجة.

(٢) البيان والتحصيل ج ٧ ص ٣٠٦، الفتاوى ج ٢٥ ص ١٣، عن "قواعد التبعية ومدى أثرها في العقود المالية" علي الندوي، ص ٨-٩.

(٣) وهو قول ربيعة وسحنون خلافاً للمالك. انظر المدونة ج ٣ ص ٤١٥، البيان والتحصيل ج ٧ ص ١٧٨.

وكذلك أجازوا كراء الأرض فيها شجر أقل من ثلث الأرض^(١)، مع أن كراء الشجر لا يجوز إفراده عند جماهير العلماء، لكونه يتضمن بيع الثمر قبل أن يخلق، كما سيأتي.

ويلاحظ أن الصرف المؤجل محرم لما فيه من ربا النساء. وربي النساء أحد عنصرَي ربا النسيئة. فربي النسيئة يتكون من أمرين: فضل ونساء. فحرم الشرع المطهر الأمرين منعاً من الوقوع في ربا النسيئة المقصود بالتحريم. لكن تحريم ربا النساء أكد من تحريم ربا الفضل^(٢)، لأن كل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء، بينما العكس غير صحيح، إذ يجوز التفاضل بين الذهب والفضة مثلاً ولا يجوز النساء. لكن ربا النساء مجرداً ليس هو المقصود بالتحريم، بدليل جواز القرض الحسن مع تضمينه لربي النساء^(٣).

وإذا كان كذلك فما كان محرماً تحريم وسائل جاز فيه والله أعلم تطبيق قاعدة "يغتفر ضمناً ما لا يغتفر استقلالاً"^(٤)، إذ يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد^(٥). فيغتفر ربا النساء إذا كان تبعاً، كما هو قول من أجاز شراء السيف المحلى بالفضة بذهب مؤجل. أما ربا النسيئة فلا يجوز مطلقاً، سيراً كان أو كثيراً، وهو مفسد للمعاملة.

وكذلك بيع الثمر قبل أن يخلق، حرم لما فيه من الغرر، والغرر يغتفر منه اليسير، فإذا انضم إلى المعاملة ما يجبر الغرر أو يخفف منه جاز، ولهذا جاز كراء الأرض فيها شجر أقل من الثلث.

وحاصل ما سبق هو جواز انضمام الصرف المؤجل إلى البيع ولكن بشرط أن يكون أقل من الثلث، بخلاف اجتماع السلف والبيع فيكتفى بحد النصف. وبهذا يمكن الجمع بين أقوال العلماء في الحد الأقصى لليسير، حيث تراوحت ما بين النصف والثلث^(٦). فيعتبر النصف لما جاز استقلالاً، والثلث لما حرم استقلالاً وكان تحريمه تحريم وسائل.

ويتم تطبيق القاعدة في هذه الحالة كما يلي:

يتم احتساب قيمة العملة الحاضرة وفق سعر الصرف الحاضر بين العملتين، ويقدر من خلال ذلك حجم السلف مقارنة بالبيع، فإن كان رأسمال السلف يبلغ ثلث المجموع منع، وإلا جاز. فلو كانت المبادلة مثلاً ٣٥٠ ريال مؤجلة مقابل سلعة و ١٠ جنيهات نقداً، وافترضنا أن سعر الصرف الحاضر بين الريال والجنيه مثلاً هو ٧ ريالات للجنيه الواحد، فهذا يعني أن المعاملة تصبح ٥٠ جنيهاً مؤجلة مقابل سلعة و ١٠ جنيهات نقداً. فإذا كان ثمن السلعة هو ٤٠ جنيهاً، صار رأسمال القرض (١٠ جنيهات) أقل من ثلث المجموع (٥٠

^(١) راجع بحث الندوي "قواعد التبعية" ص٣٦ - ٣٧.

^(٢) المغني ج٦ ص٦١.

^(٣) ولهذا السبب منع جمهور الفقهاء اشتراط التأجيل في القرض. وإنما استثنى القرض من ربا النساء لأنه يراد به الإرفاق وليس المعاوضة. انظر الفروق للقرا في ج٤ ص٢.

^(٤) المنثور للزرکشي ج٣ ص٣٧٨، عن "قواعد التبعية" ص٢٤.

^(٥) جمهرة القواعد الفقهية، قاعدة ٢٦٤٤.

^(٦) "قواعد التبعية" ص٩ - ١٠.

جنيهاً)، فتكون المبادلة جائزة. ولا حرج في اعتبار الأجل في ثمن المبيع، لكن لا يجوز اعتبار الأجل على القرض لأنه ربا.

اجتماع البيع مع بيع الدين

إذا كان أحد النقدين في مبادلة نقد بنقد وسلعة، في ذمة طرف ثالث، تضمنت المبادلة بيعاً للدين على غير من هو عليه. فالبايع يبيع ديناً له على طرف ثالث بثمن حاضر. ويعد هذا بيعاً وليس قرضاً بسبب اختلاف الذمة المالية بين الدائن (البايع) والمدين.

وبيع الدين النقدي على غير المدين بنقد محرم لما فيه من ربا النساء، وهو اختلال شرط "يداً بيد" المنصوص عليه في الحديث. فإذا باع نقداً مؤجلاً على طرف ثالث بنقد حاضر ولو مع التساوي فهو محرم بالنص والإجماع^(١).

وسبق أن تحريم ربا النساء من باب تحريم الوسائل، فتسري عليه قاعدة يفتقر ضمناً ما لا يفتقر استقلالاً. ويتم تطبيق هذه القاعدة بمعياري الكم. فإن كان النقد الحاضر أقل من ثلث المجموع كانت الغلبة للبيع، فتجوز والله أعلم بالمبادلة، وإلا دخلت في النهي. وإذا كان الدين المؤجل بعملة أخرى، فيتم تقييمها بسعر يومها لتقدير نسبة الدين، كما سبق.

الفرق بين قاعدة مدّ عجوة وقاعدة الأغلبية

قاعدة مدّ عجوة تتناول مبادلة نقد بنقد (من جنسه أو مغاير له) كلاهما حاضراً في وجود سلعة أو منفعة. أما إذا تأجل أحد النقدين، فتتطبق قاعدة الأغلبية. وقاعدة الأغلبية أضيق من قاعدة مدّ عجوة كما سبق، لأنه يجوز في مدّ عجوة ما لا يجوز عند تأجيل النقد ومن ثم اجتماع السلف والبيع. و ما كان ممنوعاً بقاعدة مدّ عجوة، إذا كان النقد حاضراً من الجهتين، فهو ممنوع من باب أولى عند تأجيل أحدهما بقاعدة سلف وبيع. لكن ليس كل ما جاز في مدّ عجوة جاز في سلف وبيع.

وإذا اختلف جنس النقدين في صيغة سلف وبيع، أو كان أحد النقدين في ذمة طرف ثالث، صارت المبادلة متضمنة لربا النساء، وهو محرم تحريم وسائل. فينبغي أن يشترط في هذه الحالة ألا يتجاوز مقدار المعاملة المحرمة ثلث المجموع، بحيث تظل تابعة من حيث المقدار للبيع المشروع استقلالاً.

^(١) المغني ج٦ ص٦٢. وهذا خلاف ما شاع لدى المعاصرين من جواز بيع دين المرابحة بالقيمة الاسمية نقداً.

(٢)

قاعدة التبعية

التبعية علاقة خاصة بين شيئين. وهي علاقة موضوعية أي مستقلة عن ميول الأشخاص ورغبتهم حين التعاقد. فليست الرغبة هي التي تنشئ هذه العلاقة، بل هي علاقة سابقة على الرغبة. ومجرد كون الشخص يريد شيئاً لا يجعله تابعاً ولا متبوعاً، كما سنرى، وإن كانت المقاصد معتبرة بلا ريب. لكن القصد لا ينشئ التبعية التي نحن بصدددها، كما سيتضح لاحقاً.

ويمكن من خلال الاستقراء أن نميز أهم أنواع علاقات التبعية:

(١) علاقة السببية

علاقة الجنين بأمه، والثمر مع الشجر، والزرع مع الأرض، يمكن وصفها إلى حد كبير بالسببية. فالأم سبب أساسي لوجود الجنين ونموه، فهي التي تغذيه وتحميه إلى أن يولد ويستقل بنفسه، وإن كان هذا لا ينفي وجود أسباب أخرى بطبيعة الحال. وكذلك الحال في الثمر مع الشجر، والأرض مع الزرع. ومن قواعد الشريعة إقامة السبب مقام المسبب، قال الشاطبي رحمه الله: "إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب، قصد ذلك المسبب أو لا"^(١). فمن اشترى الدابة الحامل فقد ملك السبب فيملك بذلك المسبب وهو الجنين، سواء قصد المشتري الجنين أو لم يقصده. ولا يضر أن يكون المشتري قاصداً للجنين لأن قصد المسبب نتيجة طبيعية لقصد السبب كما أن قصد السبب يستتبع قصد المسبب.

وكذلك القول في الثمر الذي لم يتم تلقيحه على الشجر، فاشترطه من قبل المشتري دليل على قصده كما قال العلماء^(٢). ولكن قصد المسبب يستلزم قصد السبب، وهذا يقتضي تملك المشتري لأصل الثمر وهو الشجر. ولهذا جاز شراء الثمر قبل بدو الصلاح مع أصوله، والجنين مع أمه، والزرع الذي لم يشتمد مع الأرض، لأن المشتري بذلك يملك السبب مع المسبب وليس المسبب وحده^(٣).

أما شراء المسبب وحده، كالثمر قبل بدو الصلاح، دون الأصل، فهو يجعل المشتري غير قادر على التحكم في مخاطر التلف والفساد التي يتعرض لها الثمر والتقليل منها نظراً لأنه لا يملك الأصل. وليس لدى البائع ما يكفي من الحوافز لرعاية الثمر وتعاهده لأنه قد

(١) الموافقات ج ١ ص ٣٣٥.

(٢) الاستذكار ج ١٩ ص ٣٥-٣٦، عن "قواعد التبعية"، الندوي، ص ٤١. وقد صرح ابن رشد الجد رحمه الله بأن "ما جاز اشتراطه جاز القصد إليه" المقدمات ج ٣ ص ٣٩. ونقل في الإنصاف أن "الحمل" له قسط من الثمن (ج ١١ ص ٣٠٧ مع الشرح الكبير).

(٣) يلاحظ في حالة بيع الشجر وعليه ثمر قبل بدو صلاحه، أن اشتراط البائع للثمر يستوجب أن يكون العمل على البائع وليس على المشتري. وذلك أن الثمر حدث في ملك البائع فاستثاؤه إنما هو إبقاء لما كان في ملكه. وإذا كان في ملكه فهو الذي يقوم على الثمر ويتعاهده. فإذا استثناه حين بيع الشجر، لزم أن يكون البائع مسؤولاً عن تعاهد الثمر، وإلا كان هذا بيعاً للثمر قبل بدو الصلاح.

باعه على المشتري. فيكون شراء الثمر قبل بدو الصلاح وشراء الجنين في بطن أمه، استقلالاً، من الغرر الفاحش لأن احتمالات سلامتها مجردة عن رعاية أصولها منخفضة مقارنة باحتمالات التلف. أما إذا اشترى الأم مع الجنين والشجرة مع الثمر فقد ملك بذلك السبب الذي يمكنه من خلاله تقليل المخاطر والسيطرة عليها، فينتفي مصدر الغرر في المسبب. وفوق ذلك لو تلف المسبب، الثمر أو الجنين، فيمكن غالباً إيجاد بديل عنه من خلال الأصل. فيكون انضمام السبب إلى المسبب موجباً لاغتفار الغرر الفاحش في المسبب، لأمرين: السيطرة على مخاطر التلف والقدرة على تقليلها، وإمكانية تعويضه فيما لو تلف.

• منافع العين

ويندرج ضمن أمثلة هذا النوع من التبعية علاقة المنفعة بالرقبة. فالمنفعة لا تقوم بنفسها بل هي إما عرض أو تتولد من عين، أشبه ما يكون بالثمر مع الشجر. فالرقبة أو العين سبب للمنفعة، ولهذا تكون المنفعة تابعة لها. لكن الفرق بين المنفعة وبين الثمر أن المنفعة تتولد من استعمال العين دون حاجة لعمل إضافي لإيجادها، كمنفعة السكنى في البيت، ومنفعة الركوب للسيارة. فهذه المنافع تلازم أعيانها، ولا يتطلب الأمر سوى استعمال العين ليتم الانتفاع بها. بينما تتعرض الثمرة لمخاطر كثيرة، وتتطلب القيام على الأصل ورعايته وتعاهده لكي يتحقق غالباً حصول الثمر. ولهذا جازت إجارة العين، وهي بيع منافع العين مستقبلاً، لأن تولد المنافع من العين متيقن أو شبه متيقن، بخلاف بيع الثمر قبل تخلقه فهو منهي عنه شرعاً^(١).

والفرق بين المنافع المستقبلية للعين وبين الثمر المستقبلي للشجر، مع أن كليهما منافع مستقبلية، هو أن الثمر يعتمد وجوده على رعاية الأصل وتعاهده، بخلاف منافع الأعيان، فهي لا تتطلب ذلك. ولهذا جاز بيع منافع العين المستقبلية ولم يجز بيع الثمر المستقبلي، كما سيأتي. لكن العين تظل هي المتبوع في الحالين، ولذلك من استأجر عيناً، بيتاً مثلاً أو سيارة، وتعذر عليه الانتفاع بها انفسخ العقد بلا نزاع^(٢). وهذا يؤكد أن المنافع تابعة للعين فإذا هلكت العين انفسخ العقد. بخلاف من اشترى عيناً ثم تلفت في يده بعد إتمام العقد والقبض، فهي تتلف على ضمان المشتري.

ونظراً لأن المنافع تابعة للعين، جاز شراء العين المؤجرة بأجرة مؤجلة ولو كانت الأجرة أعلى من قيمة العين. فقد يكون العقار مؤجراً مثلاً بمائة ألف لمدة ٥ سنوات، بينما قيمة العين بعد التأجير خمسون ألفاً. ومع ذلك يجوز شراء العقار بخمسين ألفاً محملاً بالأجرة المؤجلة مائة ألف، كما يجوز شراء العبد ذي المال ولو كان ماله أكبر من ثمنه مستقلاً.

(١) سيأتي تفصيل هذه المسألة ص ٢٠.

(٢) الفتاوى ج ٣٠ ص ٢٦٧.

(٢) الاختصاص

النوع الثاني من العلاقات هو الاختصاص، بمعنى أن أحد الشئيين يختص بالآخر وإن كان من حيث الأصل مستقلاً عنه، كاختصاص مال الشخص بصاحبه، وهذا أحد أهم خصائص الملكية^(١).

ويدخل في هذا النوع اختصاص مال العبد به. وهذا الاختصاص يجعل مال العبد تابعاً له. وبناء على التبعية فلا تجري أحكام الربا بين ثمن العبد ذي المال وبين ماله، فيجوز شراؤه بذهب نقداً ومؤجلاً ولو كان مال العبد ذهباً أو فضة حالاً أو مؤجلاً، أقل أو أكثر. وأخذ بهذا من الأئمة مالك وأحمد والشافعي في القديم. بينما ذهب أبو حنيفة والشافعي في الجديد إلى أن مال العبد ليس تابعاً، فيجري عليه حديث القلادة وقاعدة مدِّ عَجوة^(٢). والسبب هو خلافهم في كون العبد يملك أو لا يملك. فمن قال يملك قالوا بالتبعية إذا كان المقصود العبد وليس المال، واعتبروه ملكاً غير مستقر. ومن قال: لا يملك، قالوا يجب انتفاء الربا بين الثمن ومال العبد^(٣).

والجمع بين القولين يرجع إلى بقاء علاقة الاختصاص بعد الشراء. وهذا ما صرح به الفقهاء من المالكية والحنابلة. قالوا إن المشتري إذا كان مقصوده إبقاء مال العبد بيده جاز دخول المال تبعاً، أما إذا كان يقصد مال العبد فيجب مراعاة أحكام الصرف بين الثمن والمال. قال ابن قدامة رحمه الله: "ومعناه أنه لا يقصد بالبيع شراء المال، إنما يقصد بقاء المال لعبدته وإقراره في يده. فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به، سواء كان معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عيناً كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر"^(٤).

وبهذا يمكن الجمع بين القولين، فقاعدة الأغلبية تُطبق إذا لم يكن المشتري يريد إبقاء اختصاص العبد بماله، فتنتفي حينئذ علاقة التبعية بين العبد والمال، فيجب اعتبارهما شئيين مستقلين. أما إذا كان المشتري سيبقي علاقة الاختصاص، فيظل المال مختصاً للعبد ومن ثم تابعاً له، فلا تجري قاعدة الأغلبية حينئذ.

ويتبين مما سبق أنه لا تعارض بين أن يكون الشيء مقصوداً وتابعاً في الوقت نفسه. فمن اشترط مال العبد عند شرائه على أن يكون باقياً بيد العبد، فقد قصد دخول المال في الصفقة، وإن كان بشرط بقاءه بيد العبد وتحت تصرفه. ومصلحة المشتري في ذلك قد تكون في تخفيض تكاليف العبد ومؤنته على السيد، وقد تكون الوجهة بكون المملوك غنياً، وقد يكون في خراج العبد وإيراداته إذا كان تاجراً، وقد تكون غير ذلك.

^(١) انظر الملكية للعبادي ج ١ ص ١٥٠.

^(٢) طرح التثريب ج ٦ ص ١٢٣، "قواعد التبعية" الندوي، ص ٢٨.

^(٣) المغني ج ٦ ص ٢٦٠، "أثر الديون" علي قرة داغي، ص ٤٠ - ٤١.

^(٤) المغني ج ٦ ص ٢٥٧ - ٢٥٨، وانظر المعلم بفوائد صحيح مسلم ج ٢ ص ٢٦٨، بحث أمانة مصرف الراجحي، ص ٤٠.

فلمشتري مصلحة في اشتراط مال العبد مع بقاء المال بيد الأخير. وبهذا يتبين أن عبارة الفقهاء "جائز إذا لم يقصد مال العبد" يراد بها قصد السيد حيازة المال والتصرف فيه وعدم إبقائه بيد العبد بعد شرائه. وإذا تحررت المصطلحات وتحدد المعنى ظهر اتفاق العلماء في حقيقة الأمر على الأصول والقواعد التي تدور عليها الأحكام.

• إنشاء علاقة الاختصاص

اختصاص العبد بالمال نشأ بقرار من السيد بتملكه المال ومنحه سلطة التصرف والانتفاع به. ويمكن أن تنشأ علاقة الاختصاص أيضاً من خلال الوقف. فلو أوقف شخص مالاً على جامعة مثلاً أو على مدرسة، أصبح المال مختصاً بالجامعة ومن ثم تابعاً لها. كما يمكن أن تنشأ علاقة الاختصاص من خلال تخصيص القرض أو التمويل بعقار أو مصنع مثلاً، كما يحصل من صناديق الإقراض المتخصصة، العقارية أو الصناعية. فيكون القرض خاصاً لبناء عقار معين، برهن العقار نفسه. ففي هذه الحالة يُعد القرض والله أعلم تابعاً للعقار، فإذا باع المالك العقار يبيعه محملاً بالقرض الذي عليه. وهذه الصورة لا تخضع لقاعدة الأغلبية لوجود التبعية من خلال الاختصاص.

(٣) علاقة الصفة بالموصوف.

النوع الثالث من التبعية هو تبعية الصفة للموصوف. وهذا أقوى أنواع التبعية في الحقيقة لأن الصفة لا تستقل بنفسها فهي عرض لا يقوم بذاته بل لا بد من شئ تقوم به. بخلاف النوعين السابقين، حيث يوجد شيئان متميزان عن بعضهما لكنهما مرتبطان بنوع من أنواع العلاقة التبعية.

وأمثلة هذا النوع كثيرة، فالأجير الماهر مثلاً أعلى من الأجير غير الماهر، مع أن المهارة صفة وليست شيئاً مستقلاً. فالصفات تؤثر في قيم الأعيان وإن كانت لا تستقل بذاتها بل هي تابعة لها.

ومن أهم أمثلة هذا النوع الأجل والضمان. فالثمن المؤجل ليس مماثلاً للثمن الحال، كما أن السلعة المؤجلة ليست مماثلة للسلعة الحاضرة. والأصل المدرّ للدخل أعلى قيمة مما ليس كذلك، والأصل المعرض لخطر الخسارة ليس كالأصل المضمون. فاحتمالات الربح والخسارة من الصفات التي تؤثر في قيمة الأصل ولها اعتبار في الثمن أو العوض طالما كانت ضمن بيع أو مبادلة مشروعة أصلاً، لكنها لا يجوز أن تستقل بالمعاوضة. فاستقلال الأجل بالمعاوضة هو الربا، واستقلال الخطر بالمعاوضة هو القمار والغرر المحض، والجميع محرم بالنص والإجماع. فالزمن والخطر عوامل تابعة بطبيعتها ولذلك لا تستقل بالمعاوضة، فضلاً عن أن تكون متبوعة.

• خصائص المتبوع

في الأمثلة السابقة نجد المتبوع، كالشجر والعبد والأرض والعقار، يستقل بالبيع شرعاً، ولا ينطوي ذلك على محذور بوجه ما، إنما المحذور في التابع فيما لو استقل. فالمتبوع

لا يستمد مشروعيتها من التابع لأن هذا يناقض كونه متبوعاً، بل هو مستقل بالمشروعية. ويبقى الكلام في مدى صحة علاقة التبعية بينه وبين ما لا يستقل بالبيع أو لا يباع إلا بقيود، فإن صحت العلاقة جاز بيع الأخير تبعاً. وهذا الضابط أساس في تقويم تداول الأسهم والصكوك والوحدات، كما سيأتي.

الفرق بين قاعدة الأغلبية وقاعدة التبعية

قاعدة الأغلبية تخضع لضابط مقدار النقد الذي تحتويه المبادلة، فهي قاعدة "كمية" إن صح التعبير. وهذا هو الحال أيضاً في قاعدة مُدَّ عجوة. أما قاعدة التبعية فتخضع لطبيعة العلاقة المنشئة للتبعية. وفي ثبوت علاقة التبعية فلا عبرة بالكم مجرداً. فالتبعية إذن قاعدة "نوعية" وليست "كمية"، بينما قاعدة الأغلبية وقاعدة مُدَّ عجوة كلاهما قواعد كمية.

ويلاحظ أيضاً أن العلماء قد يستخدمون لفظ التبعية في سياق قاعدة الأغلبية، كقولهم "الأقل يتبع الأكثر" (راجع ما سبق ص ٦) ونحوها. فهذه التبعية مقيدة بالكمية، وليست هي التبعية النوعية التي تضمنها حديث العبد وحديث النخل ذي الثمر ونحوها. وفي هذه الحالة يكون للقصد أثر كبير في تمييز التابع من المتبوع. أما في التبعية النوعية فالقصد لا يحدد التابع من المتبوع، بل التبعية تثبت قبل وجود القصد. وقد يكون المقصود هو المتابع وليس المتبوع. فالقصد إنما يؤثر في التبعية الكمية وليس التبعية النوعية. وإذا أطلق وصف "التبعية" هنا فالمراد هو التبعية النوعية.

ومع أن التبعية علاقة نوعية وليست كمية، إلا أن قيمة المتبوع المالية تتأثر بقيمة التابع. فقيمة العبد مثلاً تتأثر بقيمة ما عنده من المال. ومقتضى هذا التأثير أن القيمة السوقية (أو العادلة) للمتبوع لا يمكن أن تصبح ضئيلة في مقابل قيمة التابع، لأن هذه القيمة تعكس قيمة المتبوع. وعليه فإن التبعية النوعية تقتضي حصول قدر من التوازن بين التابع والمتبوع من حيث القيمة، فلا يكون المتبوع ضئيلاً أو قليلاً مقارنة بالتابع، والله أعلم.

خلاصة

- (١) قواعد الشريعة المطهرة تنظم التبادل في وجود نقد من جهتي المبادلة.
- (٢) إذا انفرد النقد في الجهتين فيجب تطبيق أحكام الصرف. وإذا انضم إلى أحد البدلين عين، وكان النقد حاضراً من الجهتين، فتطبق قاعدة مُدَّ عجوة ما لم تثبت تبعية النقد للعين.
- (٣) في غياب التبعية فإن تأجيل النقد من إحدى الجهتين يوجب تطبيق قاعدة الأغلبية.
- (٤) التبعية علاقة موضوعية بين التابع والمتبوع، سابقة على التبادل، ولا تنشأ بمجرد قصد المتعاملين حين التبادل. فقد يكون المتبوع هو المقصود من المبادلة، وقد يكون التابع هو المقصود.
- (٥) التبعية قد توجد من خلال:

- السببية، بحيث يكون المتبوع سبباً في وجود أو بقاء المتبوع، كما في تبعية الثمر للشجر، والجنين لأمه.
- الاختصاص، بحيث يكون التابع مختصاً بالمتبوع، كما في تبعية المال للعبد.
- تبعية الصفة للموصوف، فالصفة عرَض، والعرَض لا يقوم بذاته بل بغيره، فيكون تابعاً للعين التي يقوم بها، كما في تبعية الأجل للبدل المؤجل، وكما في تبعية الضمان للبدل المضمون.

(٣)

أسهم الشركات

مع تطور التعاملات والعلاقات المالية والاقتصادية، أصبح من الممكن أن يوجد أصل إنتاجي، عقار أو مصنع أو مزرعة أو متجر مثلاً، وله حساباته المالية، سواء من حيث الحقوق (ديون في ذمم العملاء) أو الالتزامات (ديون للموردين). هذه العلاقة بين المصنع أو المزرعة أو المتجر، وبين الحسابات المالية، هي علاقة اختصاص: فالمال يختص بهذا المصنع أو هذه المزرعة، بحيث يُنفق منه على الموظفين والعاملين وعلى المواد الأولية والمدخلات، كما يتم منه وفاء الديون التي عليه للموردين والممولين.

علاقة الاختصاص قد تنشأ بأكثر من طريقة. وقد سبق أن القرض إذا حُصص بعقار معين ثبتت علاقة اختصاص، ومن ثم تبعية القرض للعقار. كما يمكن أن تنشأ علاقة اختصاص من خلال الوقف. فإذا أوقف شخص مالا على أصل معين، فإن المال يصبح مختصاً بهذا الأصل وبذلك يكون المال تابعاً له. في هذه الحالة فإن بيع الأصل مع ما يختص به من أموال لا تجب فيه مراعاة شروط الصرف بين ثمن البيع وبين المال التابع له. لكن يجب ملاحظة أن الأصل، وهو المتبوع أو من يختص به المال، يجوز بيعه استقلالاً دون شروط الصرف، وهذا هو الذي سمح بالتجاوز عن شروط الصرف بالنسبة للمال، إذ التابع له حكم المتبوع.

المنشآت الربحية

المنشأة الربحية، سواء كانت شركة مساهمة أو شركة مغلقة أو مؤسسة تجارية أو غيرها، كيان يراد منه تحقيق الربح^(١). والربح لا يحصل إلا بتوليد سلع وخدمات يتم بيعها بأكثر من تكلفتها ليحقق الربح، وهذا هو ما يطلق عليه "تقليب المال" في المصادر الفقهية^(٢). ويعبر فقهاء المالكية عن ذلك بلفظ "الإدارة"، ويطلقون وصف التاجر "المدير" على التاجر الذي يدير السلع ويحركها ليحصل على الربح. وأصل هذا اللفظ مأخوذ من القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾^(٣). والتجارة كما تكون في السلع والأعيان تكون في المنافع أيضاً، وهو ما يعبر عنه بالخدمات.

وهذا "التقليب" وهذه "الإدارة" تتطلب جملة من المستلزمات، كالأجهزة والمعدات وغيرها، ليتم تحقيق الربح. فتحقيق الربح يتطلب عملاً بشرياً هو الإدارة بالاصطلاح المعاصر، ويتطلب جملة من الأعيان والمنافع المستخدمة لتقليب السلع والخدمات من أجل

^(١) هذا لا يمنع أن تكون المنشأة ذات أهداف اجتماعية وغير ربحية. لكن إذا ثبتت مشروعية التصرف في وجود هدف الربح، فمشروعية التصرف في وجود الأهداف الأخرى من باب أولى.

^(٢) حيث عرفوا التجارة بأنها "تقليب المال بالمعاوضة لغرض الربح". انظر مثلاً مغني المحتاج ج ١ ص ٥٨٦.

^(٣) البقرة: ٢٨٢.

الحصول على الربح. مجموع هذه الأمور، الإدارة والمنافع والأعيان التي تستلزمها، يمكن وصفه بأنه "رأس المال الفعلي".

فرأس المال الفعلي المسؤول عن تشغيل المنشأة ومن ثم إنتاج السلع والخدمات التي تحقق المنشأة الربح ببيعها. وفي المقابل فإن رأس المال المحاسبي⁽¹⁾ هو مجرد الفرق بين الموجودات والمطلوبات. وهو مفهوم محاسبي بحت ولا يتضمن أي علاقة اقتصادية بين رأس المال وبين إنتاج السلع والخدمات.

رأس المال الفعلي

سبق أن رأس المال الفعلي هو مجموع الإدارة والأعيان والمنافع اللازمة لإنتاج وتداول السلع والخدمات التي تمثل مصدر الربح للمنشأة التجارية. فهو مجموعة العناصر البشرية والمادية اللازمة لتشغيل المنشأة وتحقيق الهدف من وجودها وهو الربح.

ويمكن التمييز بين رأس المال الفعلي وبين السلع والخدمات التي تنتجها المنشأة، من جهتين:

(١) إن رأس المال الفعلي ثابت مقارنة بالسلع والخدمات. ذلك أن الربح لا يتحقق إلا بإنتاج وبيع هذه السلع والخدمات، ومن ثم خروجها من ملك المنشأة. أما رأس المال الفعلي فهو باق على ملك المنشأة.

(٢) إن رأس المال الفعلي هو أداة "التقليب" التي هي مصدر الربح. أما السلع والخدمات فهي محل التقليب أي هي التي يتم تقليبها، أي تداولها وبيعها على العملاء لتحصيل الربح.

وبهذا يتبين أنه ليس كل موجودات الشركة من الأعيان والمنافع تدرج ضمن رأس المال الفعلي. فالمخزون على سبيل المثال ليس من وسائل توليد السلع والخدمات وإنما هو نتيجة لذلك.

لاحظ أن كل عنصر من عناصر رأس المال الفعلي قابل للتداول استقلاً. ولو كان بعض العناصر لا يقبل التداول استقلاً، لكان بعض رأس المال الفعلي تابعاً وبعضه متبوعاً وهو ما يناقض كونه متبوعاً. لكن هذه العناصر، مع كونها تستقل بالمعاوضة، قد لا تكون متبوعة لو استقل كل منها لوحده. لكنها عندما اجتمعت مع بقية العناصر على النحو الذي يحقق الربح أصبح الجميع متبوعاً.

من المهم توضيح أن رأس المال الفعلي يختلف بحسب طبيعة المنشأة ونشاطها. فالأعيان والمنافع اللازمة لتحقيق الربح بالنسبة لشركة في مجال الاتصالات مثلاً تختلف عن تلك اللازمة لشركة في مجال البتروكيماويات، وتلك تختلف عن شركة تعمل في مجال

(١) . Accounting capital

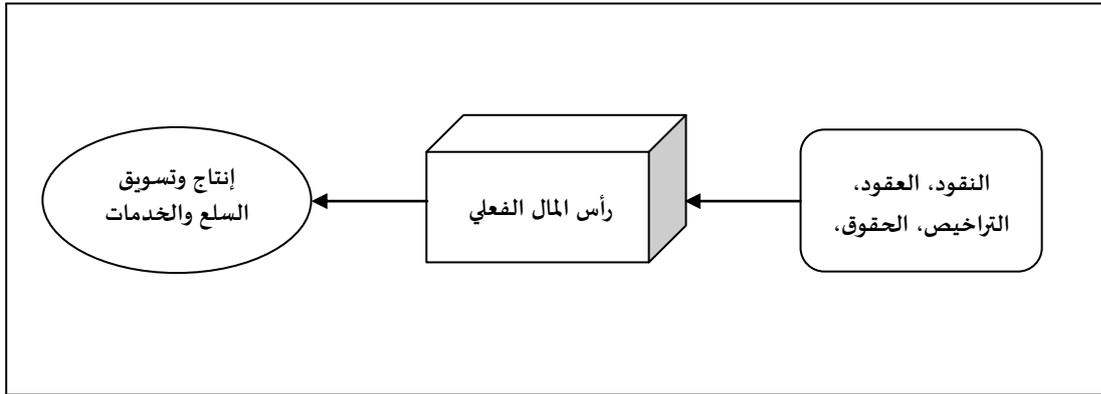
المنتجات الزراعية أو في الخدمات المالية. السبب أن الربح يتحقق من بيع السلع والخدمات التي تنتجها المنشأة، وهذه السلع والخدمات بدورها تختلف بحسب طبيعة المنشأة وأغراضها، ويختلف تبعاً لذلك مجموع الأعيان والمنافع اللازمة لتوليد هذه السلع والخدمات. فليس رأس المال الفعلي شيئاً واحداً لكل المنشآت، بل يختلف بحسب طبيعتها وأهدافها.

والمقصود أن رأس المال الفعلي مع موجودات المنشأة يقوم مقام العبد مع المال. فكما أن العبد هو المتبوع والمال تابع، فرأس المال الفعلي هو المتبوع وما عداه من موجودات المنشأة تابع. فرأس المال الفعلي هو النظير المعاصر للعبد في المنشآت الربحية.

معياري التابع والمتبوع في المنشأة الربحية

بما أن المنشأة (الشركة أو المؤسسة) يراد بإيجادها الربح، ولا تتراد لذاتها أو لمكوناتها، فليس من العسير تحديد التابع والمتبوع من مكونات المنشأة. وسبق أن الربح إنما يتحقق بالعمل والإدارة وما تستلزمه من الأعيان والمنافع، وهو ما يُطلق عليه "رأس المال الفعلي" كما سبق. لكن ينبغي ملاحظة أن رأس المال الفعلي لكي يكون متبوعاً يجب أن يكون قادراً بالفعل على توليد هذه السلع والخدمات، بأن تبدأ الشركة أو المنشأة مرحلة الإنتاج وتحقيق الإيرادات.

أما بقية موجودات المنشأة، كالنقود والعقود والتراخيص وما إلى ذلك، فهي أقرب إلى أن تكون من مدخلات الإنتاج التي يقوم رأس المال الفعلي بتوظيفها وتشغيلها من أجل توليد وتسويق السلع والخدمات ومن ثم تحقيق الربح (انظر الشكل أدناه).



دور رأس المال الفعلي في تحويل مدخلات الإنتاج إلى سلع وخدمات وتسويقها لتحقيق الربح

وبناء على ذلك فإن النقود والعقود والتراخيص ونحوها، مع كونها ذات قيمة في نفسها، لكنها لا تصلح أن تكون هي المتبوعة، لأنها ليست هي التي تقوم بإنتاج السلع والخدمات، وإنما يقوم بهذه المهمة رأس المال الفعلي، وهو الإدارة وما تستلزمه من آلات وأنظمة وأجهزة (أعيان ومنافع)، بحيث يستغل الوسائل والإمكانات المتاحة لإنتاج السلع والخدمات، وتسويقها وبيعها ومن ثم تحقيق الأرباح.

• أسهم المصارف

وبناء على ما سبق فإن المنشأة إذا كانت تملك رأس المال الفعلي الخاص بها، وكان رأس المال الفعلي هذا مما يجوز بيعه وتداوله استقلالاً عن بقية موجودات المنشأة، فيجوز بيع المنشأة وشراؤها، سواء كانت منشأة تجارية أو صناعية أو مصرفية، لا فرق في ذلك طالما ثبتت التبعية لرأس المال الفعلي الذي تتطلبه أعمال المنشأة. وبالرغم من أن المصارف تعتمد على النقود والديون، فتشتري وتبيع العملات مصارفة، وتشتري سلعاً وتبيعها بالأجل، لكن هذا لا ينفي أن عماد المصرف هو رأس ماله الفعلي، وهو المتبوع. ولو فرض أن العبد ذي المال مأذون له بالتجارة ويشغل بأعمال الصيرفة، لجاز بيعه بماله مع ثبوت التبعية، كما سبق، ولا يؤثر في ذلك كونه يشغل بالصيرفة أو غيرها.

فالنقود بالنسبة للمصرف هي مدخلات الإنتاج، أما الديون فهي مخرجات الإنتاج التي تسبق تحقيق الأرباح عندما تنض هذه الديون. فالنقود والديون في المصارف لا يمثل أي منها الأساس المتبوع وهو رأس المال الفعلي القادر على توظيف النقد من خلال العقود الشرعية إلى أصول مالية ومن ثم إلى أرباح. رأس المال الفعلي هو العمل والإدارة البشرية وما تستلزمه من أعيان ومنافع وأجهزة وآلات وأنظمة، تستطيع مجتمعة استثمار وتشغيل رأس المال النقدي لتوليد الربح.

فإذا كان رأس المال الفعلي مما يجوز بيعه وشراؤه استقلالاً، وتحققت قدرته على التشغيل والإنتاج، صار هو المتبوع وما عداه تابعاً. فيجوز بناء على ذلك تداول أسهم المصارف والمؤسسات المالية ولو كان غالب موجوداتها نقوداً وديوناً لأن العبرة في المتبوع وثبوت علاقة التبعية.

الشخصية الاعتبارية

"الشخصية الاعتبارية" هي أمر افتراضي بحت عند القانونيين، ولهذا توصف بأنها "خيال قانوني"^(١). فهي أمر لا وجود له في الأعيان وإنما توجد في الأذهان، ووظيفتها في حقيقة الأمر هي إثبات علاقة اختصاص بين موجودات المنشأة وبين رأس المال الفعلي.

لكن لا يمكن أن تكون الشخصية الاعتبارية هي المتبوع. إذ من الممتع أن تكون الأشياء التي لا توجد إلا في الأذهان هي الأصل المتبوع، والأشياء الموجودة في الواقع الفعلي هي التابع، لأن الأول ليس له وجود حقيقي بحسب التعريف^(٢). فما يوجد في الخارج هو الأصل، وما لا يوجد إلا في الذهن تابع لما في الخارج. وإذا كان كذلك فالشخصية الاعتبارية لا يمكن أن تكون متبوعة بل هي تابعة. لكن ثمرة الشخصية الاعتبارية أمران:

(١) Legal fiction؛ "المؤسسة ذات الغرض الخاص"، محمد القري، ص ٨، *Encyclopædia Britannica* (2010).
(٢) ولهذا صرح الفقهاء بأن "الذمة"، وهي أمر افتراضي، من توابع الشخصية، فهي تتبع الإنسان وليست متبوعة، ولهذا لا ذمة للجنين. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤ ص ٥٢ - ٥٣.

(١) إنشاء علاقة اختصاص بين الأشياء الموجودة في الخارج، كما بين الأصول الإنتاجية وبين الأموال والحسابات المالية.

(٢) قصر المسؤولية المالية في حدود الأصول والأموال الموجودة. فإذا استدان الشخصوية الاعتبارية فإنها تلتزم بالوفاء بقدر موجوداتها، ولا تتعدى المسؤولية المالية إلى غيرها، سواء إلى أشخاص طبيعيين أو اعتباريين.

وسبق أن الوصف الأول يمكن الوصول إليه بصيغ أخرى مثل الوقف أو التخصيص ابتداءً. أما الثاني فيمكن أن ينشأ بشرط تقييد الدين برهن الأصول فحسب. فمن استدان وشرط أن وفاء الدين لا يكون إلا من أصول محددة ورضي بذلك الدائن، فهو في الحقيقة قد أنشأ ذمة مالية مستقلة.

ولا يوجد ما يمنع في الفقه الإسلامي من قبول فكرة "الشخصية الاعتبارية" لأن هذه الفكرة تنتهي عملياً إلى مجموعة من الشروط^(١)، والأصل في الشروط الحل. فالفقه الإسلامي يتمتع بمرونة وسعة كبيرة، وقد سبق غير من الأنظمة بمراحل في تأسيس فكرة "الذمة المالية". فالشخصية الاعتبارية لا تعدو أن تكون امتداداً طبيعياً للمرونة والثراء الذي استتم به التراث الفقهي الإسلامي.

• "غرض الشركة" و"النشاط"

تكرر في عدد من الكتابات أن المتبوع في الشركة هو "غرض الشركة" أو "النشاط" الذي تقوم به الشركة^(٢). والغرض من الشركة لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال رأس المال الفعلي، ونشاط الشركة لا يعدو أن يكون نشاط رأس المال الفعلي في توليد الربح. وسبق أن رأس المال الفعلي يختلف من شركة لأخرى بحسب أهدافها وطبيعتها نشاطها.

ولا يخفى أن الغرض مجرداً إنما يوجد في الأذهان ولا يوجد في الأعيان، فلا يمكن أن يكون هو المتبوع، وإنما المقصود والله أعلم هو الأداة اللازمة لتحقيق الغرض وممارسة النشاط، وهو رأس المال الفعلي، وهو الذي يحول الغرض من فكرة في الذهن إلى حقيقة على أرض الواقع.

وبهذا التمييز يجاب عن الإشكال الذي يتكرر في هذا المقام: هل المتبوع هو الأعيان والمنافع من موجودات الشركة، أو هو الغرض والنشاط؟ أو هو الشخصية الاعتبارية؟

والجواب إن المتبوع هو رأس المال الفعلي، وهو جزء من الأعيان والمنافع التي تملكها الشركة، اللازم لتشغيلها ولتحقيق أغراضها وممارسة نشاطها. وهذا الجزء لا يتحدد بالكمية (بحيث يتحدد بالثلث مثلاً أو النصف من موجودات الشركة) وإنما يتحدد بالوظيفة التي يؤديها. أما الغرض والنشاط فهو عبارة تحتاج إلى توضيح: إن كان المقصود

(١) "أثر الديون ... على تداول الأسهم والصكوك" علي قرة داغي، ص ٣٧.

(٢) انظر بحث أمانة مصرف الراجحي، ص ٦١، والمعيان الشرعي (٢١) حول الأوراق المالية، فقرة ١٩/٣.

هو الإدارة وما تستلزمه من أعيان ومنافع، فهذا هو رأس المال الفعلي، وإن كان وصفاً ذهنياً مجرداً فما في الأذهان لا يصلح أن يكون متبوعاً، كما سبق.

الشركات تحت التأسيس

الشركات تحت التأسيس هي شركات لم تبدأ بعد مرحلة التشغيل ولم تبدأ إنتاج السلع والخدمات التي تدر لها الدخل. فهي شركات لها شخصية اعتبارية وتملك عدداً من الموجودات، من النقود وغيرها، لكنها لم تملك بعد رأس المال الفعلي الذي يولد السلع والخدمات التي هي مصدر الربح. وبناء على ما سبق، فالعبرة ليست بالشخصية الاعتبارية مجردة، بل بالقدرة الفعلية على توليد السلع والخدمات التي وجدت الشركة لإنتاجها. فإذا لم توجد هذه القدرة فإن بيع أسهم هذه الشركات يكون بيعاً لمتبوع لم يكتمل بعد ولم تتحقق فيه صفات التبعية.

فالشركة في هذه المرحلة بمثابة الجنين أو الزرع الذي لم يشتد والثمر الذي لم يبد صلاحه، ولا يجوز من ثم بيعه استقلالاً. فبيعها في هذه الحالة بمثابة بيع العبد الجنين الذي له مال^(١). فالجنين لا يصح بيعه استقلالاً، فكيف يكون متبوعاً؟ ولذلك لا تثبت تبعية المال له بسبب ضعف مقومات التبعية. فإذا كانت علاقة التبعية غير مكتملة في هذه الحالة، فبيع الجنين يدخله محذوران:

(١) الغرر من جهة ارتفاع درجة المخاطر.

(٢) الربا من جهة أن البيع في هذه الحال يؤول في الحقيقة إلى بيع المال نظراً

لعدم جواز بيع الجنين.

وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح، والحكمة من ذلك هي أن الثمر قبل أن تظهر عليه بوادر النضج يكون عرضة للتلف والفساد بدرجة كبيرة، فمن يشتريه يكون معرضاً لاحتمال خسارة ما دفعه دون مقابل.

فالشركات تحت التأسيس هي شركات لم تتحقق فيها بوادر "النضج الاقتصادي" إن صح التعبير، ولهذا سميت: تحت التأسيس، فهي أشبه ما يكون بالجنين الذي لم يولد بعد، أو بالزرع قبل أن يشتد. وهي في هذه المرحلة عرضة للخسارة أو التعثر لأسباب كثيرة. فشرء وبيع أسهم الشركة في هذه المرحلة يكون مبنياً على أمل الربح الذي لم توجد بعد مقوماته الحقيقية على أرض الواقع. ولهذا نجد أن الأنظمة في دول العالم تمنع المؤسسين من بيع أسهمهم في الشركات تحت التأسيس إلا بعد مضي فترة محددة (في النظام الأمريكي مثلاً ستة أشهر، وفي النظام السعودي سنتان). السبب هو خشية استرباح المؤسسين قبل وجود المقومات الحقيقية للربح، ثم قد يتبين بعد ذلك فشل الشركة، وتكون النتيجة ضياع أموال المستثمرين.

(١) اختلف العلماء هل تثبت ملكية الحمل للمال بمجرد وجود السبب (موت الموروث)، أو بعد خروجه حياً. انظر الإنصاف بحاشية الشرح الكبير ج ١٨ ص ٢٠٥.

وهذا حصل كثيراً في الماضي وليس مجرد افتراضات خيالية. ولا داعي لأن نبعد كثيراً، ففي فترة أسهم شركات الإنترنت في أواخر التسعينيات الميلادية، طرحت أسهم شركات عديدة، وتم تداولها بأسعار تتجاوز مئات الدولارات، ثم بعد أن انهار السوق أصبحت قيمة السهم لا تتجاوز بضع سنتات. ووفقاً للإحصائيات فإن ٥٠٪ من الشركات التي طرحت للتداول في أواخر التسعينات هبطت أسعارها إلى أقل من دولار واحد في ٢٠٠٢م^(١). والسبب ببساطة أن معظم هذه الشركات كانت تحت التأسيس ولم تبدأ مرحلة الإنتاج الفعلي الذي يضمن حداً أدنى من قيمة الشركة.

وهذا يعني أن المستثمرين لم يساهموا من أجل القيمة الحقيقية لهذه الشركات، بل أملاً في وجود مستثمرين آخرين سيشترون منهم، وهؤلاء يطمعون فيمن بعدهم، وهكذا، حتى إذا تناقص عدد المستثمرين دفع الآخرون الثمن حين انهيار السوق. وهذا النمط من كسب المال يسمى التسلسل الهرمي أو نظام بونزي (Ponzi scheme) وهو خسارة محققة للأجيال المتأخرة من المستثمرين. وهذا الأسلوب يجعل السوق مجرد مبادلة لمال بمال دون اعتبار لحقيقة ما يتم بيعه وشراؤه، ويصبح السوق ككل نظاماً صنفياً لا يحقق أي قيمة مضافة للاقتصاد بل أشبه ما يكون بكازينوهات القمار.

قيمة الحقوق والتراخيص القانونية

القول بأن الشركات تحت التأسيس تملك أصولاً ذات قيمة، مثل دراسات الجدوى أو العقود أو الحقوق أو الامتيازات ونحوها، لا يغير من حقيقة الأمر شيئاً. لأن المستثمر لا يدخل في الشركة ليحصل على هذه العقود أو الحقوق أو التراخيص مستقلة، بل أملاً في الربح الذي تنتجه الشركة بمجملها، وبناءً عليه يتم تسعيرها في السوق. تماماً كما أن الثمر قبل بدو الصلاح له قيمة في نفسه وليس عديم القيمة. ولكن من يشتريه بشرط بقاءه على الشجر لا يطمع في القيمة الحالية للثمر قبل صلاحه، بل يأمل في قيمته السوقية بعد الصلاح. ولهذا لو اشترى الثمر قبل بدو الصلاح بشرط القطع جاز باتفاق العلماء. فعلم أن العبرة هي بالمقصود من الشراء، وأن النهي ينصب على من كان مقصوده القيمة بعد الصلاح.

والفرق بين قيمة الثمر بشرط القطع وقيمه بشرط بقاءه إلى النضج يعادل الأرباح المتوقعة من بيعه بعد نضجه، وهو ما قد يطلق عليه "القيمة المعنوية". لكن هذه القيمة المعنوية أو المتوقعة يجب أن تكون تابعة ولا تكون مستقلة فضلاً عن أن تكون متبوعة. ولذلك يجوز اعتبارها بعد بدو الصلاح ولا يجوز قبل بدو الصلاح. لأن توقعات الربح يجب أن تستند إلى عوامل حقيقية على أرض الواقع، وهي هنا تحقق بدو صلاح الثمر.

(١) . Partnoty (2003), *Infectious Greed*, p. 269

ونظير ذلك بيع الحبوب والبذور، فهو جائز بالإجماع. لكن إذا بُذرت هذه الحبوب في الأرض فلا يجوز بيعها إلا بعد أن يشتد الزرع باتفاق العلماء أيضاً. والفرق بين الأمرين هو حال المبيع والهدف من الشراء: فمن يشتري الحب أو البذر مستقلاً يشتري ما يمكن الانتفاع به مستقلاً، لكن من يشتري البذر بعد بذرته فهو يشتري في الحقيقة الزرع أو الشجر الذي ينتجه البذر وليس البذر مجرداً. والفرق بين قيمة البذر مجرداً وبين قيمته بعد بذرته تعادل الربح المتوقع من بيع الزرع بعد اشتداده. وكما هو الحال في الثمر، يجب أن تكون توقعات الربح مستتدة إلى أصول حقيقية لكي يجوز اعتبارها شرعاً، ولذلك اشترط اشتداد الزرع ليصح البيع.

والشركات التي لا تمارس نشاطاً حقيقياً ولا تملك رأسمال فعلي يولد الربح شأنها شأن الثمر قبل بدو الصلاح والزرع قبل أن يشتد. ولو كان شراء هذه الشركات بشرط تفكيك أصولها كما في حال التصفية، لجاز ذلك كما جاز شراء الثمر قبل بدو الصلاح بشرط القطع. لكن إذا كان المقصود هو الشركة باعتبارها مصدراً للربح وجب الانتظار إلى حين بدء التشغيل وإدراج الدخل وظهور بواذر الصلاح الاقتصادي، كالثمر والزرع سواء بسواء. وهذا يقتضي عدم جواز تداول أسهم الشركات تحت التأسيس، اللهم إلا وفق قاعدة الأغلبية إذا اقتضى الأمر.

الخلاصة

- (١) رأس المال الفعلي للمنشأة الربحية هو مجموع الإدارة والأعيان والمنافع اللازمة لإنتاج وتسويق السلع والخدمات من أجل الحصول على الربح. ولذا فيجوز استقلاله بالمعاوضة.
- (٢) رأس المال الفعلي هو المتبوع من بين موجودات الشركة، وما عداه فهو تابع له. ولا يلزم لكي تثبت هذه التبعية وجود شخصية اعتبارية.
- (٣) الشخصية الاعتبارية مجرد افتراض ذهني لا وجود له في الخارج، ولذلك لا يمكن أن تكون متبوعة.
- (٤) لا فرق بين المنشآت المصرفية وغيرها في معيار التبعية أعلاه، ولذلك يجوز بيع وشراء أسهم المصارف الإسلامية متى ملكت رأس المال الفعلي وفق ما سبق.
- (٥) الشركات تحت التأسيس بمثابة الجنين والثمر قبل بدو الصلاح، ولذلك فإن رأس المال الفعلي لم يكتمل بما يؤهله للمعاوضة فضلاً عن أن يكون متبوعاً. وهذا يقتضي عدم جواز تداول أسهم الشركات تحت التأسيس، إلا وفق قاعدة الأغلبية إذا تطلب الأمر.

والله أعلم.

(٤)

وحدات الصناديق

من السهل حدوث اللبس بين الصندوق الاستثماري وبين الشركة المساهمة. فكلاهما من صور الشركة، وكلاهما يصدر شهادات ملكية شائعة متساوية القيمة، وكلاهما يراد به الربح.

مفهوم الصندوق الاستثماري

الصندوق الاستثماري يندرج ضمن ما يسمى "برامج الاستثمار الجماعي"^(١). ووفقاً لمجلس الخدمات المالية الإسلامية، فإن برنامج الاستثمار الجماعي يجمع أموال المستثمرين في وعاء، قد يكون له شخصية قانونية وقد لا يكون، على أن يتم امتلاكه بوحدة أو أسهم متساوية القيمة. وتشكل الوحدات أو الأسهم حقوق ملكية في موجودات الصندوق على الشيوع، وبموجب ذلك يستحق المستثمرون المشاركة في أرباح هذه الموجودات وتحمل خسائرها^(٢).

كما تنص وثيقة المجلس على أن البرنامج مستقل مالياً عن المؤسسة المالية التي أنشأته أو التي تديره. وتوضح الاختلاف بين "المستثمرين في البرنامج"، وبين "المنظمين أو المشغلين للبرنامج"^(٣)، وهذا الاختلاف قد يؤدي إلى تناقض في المصالح بين الجهتين.

ولا إشكال أن هذا المفهوم للصندوق الاستثماري لا يشمل الشركة المساهمة. فالشركة المساهمة لا تتدرج ضمن "برامج الاستثمار الجماعي" لأن "مشغل"^(٤) الشركة مملوك لها، بخلاف مشغل الصندوق فهو جهة مستقلة. ومن هنا يمكن توضيح أهم الفروق بين الصندوق الاستثماري وبين الشركة المساهمة.

الفرق بين الوحدات والأسهم

الصندوق الاستثماري يتم تأسيسه عادة من قبل بنك أو مؤسسة مالية، ويقوم البنك المؤسس عادة بإبرام جميع الاتفاقيات اللازمة، ويتولى إما بنفسه أو من خلال مؤسسة مالية أخرى، إدارة وتشغيل الصندوق، ويستخدم لهذا الغرض أصوله الثابتة وأنظمتها الفنية والتقنية. وليس للمشاركين في الصندوق أي سلطة على كل هذه الجوانب لأنهم لا يملكون البنك المؤسس أو المدير والمشغل للصندوق.

وفي ظل هذا النظام لا يملك المشاركون أو ملاك الوحدات رأسمال الصندوق الفعلي، بغض النظر عن وجود شخصية اعتبارية أو كيان قانوني للصندوق. فسواء وجد للصندوق

(١) Collective Investment Scheme (CIS).

(٢) "المبادئ الإرشادية لضوابط برامج الاستثمار الجماعي الإسلامي"، يناير ٢٠٠٩، فقرة ٥ و ٦. □
IFSB (2009) Guiding Principles on Governance for Islamic Collective Schemes, para. 5 & 6.

(٣) CIS Investors and CIS Operators.

(٤) Operator.

شخصية أو لم يوجد ، فالمشتركون لا يملكون إدارة الصندوق وما تستلزمه هذه الإدارة من أعيان ومنافع، وهو رأسماله الفعلي. وهذا بخلاف المساهمين في الشركة الذين يملكون كل هذه الجوانب ولهم السلطة الكاملة عليها.

ويمكن توضيح أهم الفروق بين المشتركين وبين المساهمين فيما يلي:

- (١) لا يملك المشتركون في الصندوق تغيير مدير الصندوق أو فصله أو عزله، أو عزل أي من الموظفين ذوي العلاقة في البنك الذي يدير الصندوق، في حين يملك مساهمو الشركة تغيير الإدارة بكاملها وفصلها وعزلها.
- (٢) لا يحق للمشاركين تغيير استراتيجية استثمار أصول الصندوق وسياسته المالية أو تعديلها، بينما يملك المساهمون ذلك كله.
- (٣) لا يملك المشتركون الأصول الثابتة المستخدمة في إدارة الصندوق، أو مكونات رأس المال الفعلي للصندوق، في حين يملك المساهمون رأسمال الشركة الفعلي وجميع أصولها.
- (٤) لا يحق للمشاركين تعديل أي من الاتفاقيات القانونية التي أبرمها مؤسس الصندوق، ولا يحق لهم تغيير الأطراف الذين تعاقد معهم الصندوق، مثل الجهة الحافظة أو الاستشاري أو الجهة التسويقية. بينما يحق للمساهمين تعديل جميع الاتفاقيات التي أبرمتها الشركة، وفق الأنظمة السائدة.

باختصار، فإن المشتركين لا يملكون مدير الصندوق أو "مشغل الصندوق"، بينما يملك المساهمون إدارة الشركة وكل جوانبها التشغيلية والمالية. فالمشتركون أو ملاك وحدات الصندوق لا يملكون رأس المال الفعلي للصندوق، سواء كان له شخصية اعتبارية أو لم يكن. فهم لا يملكون المتبوع والأصل الذي ينبغي أن تتبعه سائر الموجودات. وإذا كان كذلك فهم لا يملكون سوى التابع ولا يملكون المتبوع. ولذا فإن بيع وحدات الصندوق هو بيع للتابع مجرداً ومستقلاً عن المتبوع، فلا تسري عليه قاعدة التبعية، بل تسري عليه قاعدة الأغلبية وفق ما سبق. فالفرق الجوهرى بين الوحدات والأسهم هو أن الأسهم تمثل حصة شائعة في التابع والمتبوع، بينما الوحدات تمثل حصة شائعة في التابع فحسب.

استئجار المتبوع

قد يقال: إن المشتركين في الصندوق وإن كانوا لا يملكون إدارة الصندوق ورأسماله الفعلي، لكنهم يستأجرونه ويملكون منفعه. فهم بذلك كما لو استأجروا العبد وملكوا منفعه وإن لم يملكوا عينه. فما المانع من أن يكون المتبوع هو المنافع وليس الأعيان؟

والجواب من جزئين: الأول هو استنتاج موقف الفقهاء في هذه القضية من أقوالهم في حكم استئجار البساتين. الثاني في التفريق بين أنواع ملكية المنافع.

• استئجار البساتين

جماهير الفقهاء من المذاهب الأربعة لا يجيزون استئجار البساتين التي فيها الشجر الكثير. وذلك أن الإجارة بيع للمنافع، ومن أهم منافع الشجر الثمر، فيكون استئجار البستان ذي الشجر الكثير (إذا كان لمدة طويلة نسبياً) بيعاً للثمر قبل وجوده، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع السنين^(١)، وهو ما يقتضي النهي عن بيع الثمر قبل تخلقه^(٢).

وبناء على ذلك فإن ملكية منافع البستان، بما في ذلك منافع الأرض ومنافع الشجر، لا تجعل الثمر تابعاً، مع أن الثمر تابع للشجر، والشجر تابع للأرض. ومع ذلك فملكية منافع الأرض والشجر لا تعطي المستأجر الحق في امتلاك الثمر قبل تخلقه. فلازم قول الفقهاء في هذه المسألة أن ملكية منافع الأصل لا تستلزم ملكية توابع الأصل. وهذا التعليل يقتضي فيما يبدو أن استئجار العبد لا يجعل ماله يدخل تبعاً. ويُفهم من ذلك أن التبعية عند الجمهور لا تثبت في حالة الإجارة.

ويؤكد هذه النتيجة ما سبق من كون المنفعة تابعة للعين (ص ١٠). فمن يشتري المنفعة (وهو المستأجر) يكون قد اشترى التابع وليس المتبوع. فمن يستأجر الشجر يملك منفعه، بما في ذلك الثمر. فالثمر وسائر منافع الشجر الأخرى، كالظل ونحوه، جميعها تابعة. وإذا كانت التوابع تستوي من حيث تبعيتها للأصل المتبوع، لم يصلح أن يكون بعضها متبوعاً وبعضها تابعاً، بل جميعها تابعة للأصل وهو الشجر. وعليه فإن استئجار الأصل تملك لتابع وليس لمتبوع، فتنتفي علاقة التبعية. وإذا انتفت التبعية صارت إجارة الشجر شراء محضاً للثمر قبل تخلقه، وهو منهي عنه شرعاً.

بينما ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية، وحكاه عن السلف، رحمة الله على الجميع، إلى جواز إجارة البساتين، مستدلاً بما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه لما توفى أسيد بن حضير رضي الله عنه وكان عليه دين، قبل غرماءه أرضه سنين، وفيها النخل والشجر، فوفى دينه من القبالة. وهذا مما أقره عليه علماء التابعين، وهو كالإجماع من السلف كما يقول شيخ الإسلام^(٣).

ولا تعارض في الحقيقة بين ما ذهب إليه شيخ الإسلام وحكاه عن السلف، وبين ما ذهب إليه الأئمة الأربعة، رضي الله عن الجميع: فإن شيخ الإسلام يشترط لصحة هذه الإجارة أن يكون المستأجر هو المسؤول عن رعاية الشجر وسقيه وتعاهده. أما لو كان هذا العمل على مسؤولية المالك، فهذا يصبح بيعاً محضاً للثمر، وهذا هو المنهي عنه إذا كان قبل بدو الصلاح، وهو بيع السنين إذا كان قبل تخلق الثمر أصلاً^(٤). وكل ما نهى عنه النبي ﷺ من بيع المعدومات، مثل بيع السنين والملاقيح والمضامين وحبل الحبلة، إنما هو أن

^(١) متفق عليه. وانظر: القواعد النورانية لابن تيمية، ص ٢٠٠.

^(٢) وهذا يدل على أن الأئمة الأربعة جميعاً يأخذون بالمآلات ولا يكتبون بالظاهر من العقود.

^(٣) القواعد النورانية ص ٢٠٠.

^(٤) جامع المسائل ج ٦ ص ٤١٠، ٤١١، ٤٢١.

يشتري المشتري تلك الأعيان التي لم تُخلق بعد، ويقوم البائع على أصولها وهو الذي يستنتجها ويستثمرها، ثم يسلم للمشتري النتاج والثمرة، وهذا هو الذي كان أهل الجاهلية يفعلونه. وهو يتضمن الميسر والقمار وأكل المال بالباطل^(١). وإذا كان مقصود المستأجر هو بيع الثمر بربح، ولم يعمل في الأرض بمنفعته وماله، فهو طلب الربح من غير صناعة ولا تجارة وهذا هو الربا^(٢).

وبهذا الضابط يجتمع القولان : فإذا كان المستأجر غير مسؤول عن العمل بل المسؤول عنه غيره، لم يحل له استئجار الشجر والبساتين على النحو السابق، لأنه إما من ربح ما لم يضمن إذا كان سيبيع الثمر قبل وجوده بربح فيكون من الربا، أو من الغرر الفاحش إذا أبقاه ولم يبيع الثمر. فإن كان المستأجر هو المسؤول عن العمل ويقوم مقام المالك جاز ذلك.

وأما التعليل بأن المنافع تابعة للعين والمستأجر يملك المنافع التابعة ولا يملك المتبوع، فهذا صحيح، لكن الثمر هنا متوقف على العمل ورعاية الأصل وتعهده. فإذا تولى المستأجر مسؤولية الأصل، فإن الثمر يصبح تابعا لهذا العمل، فيصح دخوله تبعا في العقد. فالثمر أصبح تابعا للعمل والإدارة البشرية وليس لبقية منافع الشجر، فلا توجد علاقة تبعية بين المنافع بعضها مع بعض. وهذا بخلاف المنافع التي لا تتوقف على العمل، كمنافع العقار والأعيان مما تتولد فيه المنافع تلقائياً تقريباً ولذلك لا يُنهي عن بيعها مستقبلاً، كما سبق (ص ١٠).

• منافع الصندوق

إذا أخذنا برأي شيخ الإسلام ومن وافقه، فهل ينطبق هذا على المشتركين في الصندوق الاستثماري؟ هل يملك المشتركون منافع رأس المال الفعلي للصندوق بما يجعلهم بمثابة من يستأجر الشجر ويتولى مسؤولية العمل والقيام على الشجر؟

لو كان المشتركون يملكون منافع رأس المال الفعلي للصندوق ملكية تامة فقد يكون ذلك صحيحاً. لكن حقيقة الأمر أنهم يملكون الانتفاع بإدارة الصندوق ورأسماله الفعلي، ولكنهم لا يملكون المنافع. وفرق كبير بين ملك الانتفاع وبين ملك المنفعة، كما أوضح ذلك العلماء.

الفرق بين تملك الانتفاع وتمليك المنفعة

قال القرأفي رحمه الله: "الفرق الثلاثون بين قاعدة تملك الانتفاع وبين قاعدة تملك المنفعة. فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالأجارة، وبغير عوض كالعارية. مثال الأول سُكنى المدارس والرباط والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق ومواضع النُسك

(١) جامع المسائل ج ٦ ص ٤١٤.

(٢) القواعد النورانية ص ٢٠٩، ٢١٤ - ٢١٥. وحقيقة الأمر أنه يكون قد ربح ما لم يضمن وبذلك يدخل في الربا.

كالمطاف والمسعى ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك، وكذلك بقية النظائر المذكورة معه. وأما مالك المنفعة فكمن استأجر داراً أو استعارها، فله أن يؤاجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة على الوجه الذي ملكه. فهو تملك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة أو شهدت به العادة في العارية"^(١).

وذكر القرافي من أمثلة القاعدة القراض، حيث يقتضي عقد القراض أن رب المال ملك من العامل الانتفاع لا المنفعة، وكذلك الحال بالنسبة للعامل في المساقاة والمغارسة"^(٢). ونحو ذلك قال ابن قدامة رحمه الله: "وللمضارب أن يأخذ مضاربة أخرى إذا لم يكن فيه ضرر على الأول بأن لا يشتغل عن النظر في أمواله، لأنه عقد لا يملك به منفعه كلها فلم يمنع عقداً آخر كالوكالة"^(٣). وهذا يدل على أن منافع المضارب ليست مملوكة بالكامل لرب المال، إذ يحق للمضارب أن يأخذ مضاربة أخرى، بشرط عدم الإضرار بالأولى.

وهذا هو حال المشتركين في الصندوق مع مدير الصندوق، سواء كان العقد مضاربة أو وكالة بعوض، لأنه في الحالين يحق للمدير أو المضارب أن يدير صناديق أخرى، كما هو الواقع. فالمشتركون إذن لا يملكون منافع المضارب أو مدير الصندوق كاملة، ولا يتصرفون فيها تصرف الملاك، بل هم مجرد مستفيدين منها ولكن ليس لهم سلطة عليها، كما سبق. وهذا يبين أن المشتركين يملكون الانتفاع فقط ولا يملكون منافع إدارة الصندوق ورأسماله الفعلي. ويؤكد هذه النتيجة:

الفرق بين الأجير الخاص والمشارك

الفرق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع هو جوهر الفروق التي ذكرها العلماء بين الأجير الخاص والأجير المشارك. قالوا: "الأجير الخاص منفعته مملوكة مدة الأجرة، والأجير المشترك منفعته غير مملوكة"^(٤). وقد بلغ الفقهاء من الدقة أن بينوا أن الأجير المشترك يملك مكونات رأس المال الفعلي، "مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه، والقصار والخياط في دكانيهما." أما لو دعا شخص الخباز ليخبز في داره (أي دار المستأجر)، أو الخياط ليخيط في بيته، كان في حكم الأجير الخاص"^(٥). ويترتب على ذلك أن الأجير المشترك يضمن ما يقع من فعله عند جماهير العلماء، سواء تعدى أو لم يتعد. أما الأجير الخاص فلا يضمن إلا إذا تعدى، سواء كان من فعله أو فعل غيره"^(٦).

^(١) الفروق ج ١ ص ١٨٧، ونحوه في بدائع الفوائد ج ١ ص ٣.

^(٢) الفروق ج ١ ص ١٨٨.

^(٣) الكافي ج ٣ ص ٣٥٢. ويجوز تعدد رب المال قال جمهور الفقهاء، انظر: الموسوعة الفقهية ج ٣٨ ص ٦٨.

^(٤) الشرح المتمتع ج ١٠ ص ٧٧.

^(٥) المغني ج ٨ ص ١٠٤.

^(٦) المغني ج ٨ ص ١٠٣ - ١٠٤، الشرح المتمتع ج ١٠ ص ٧٦ - ٨٤.

وترتيب الضمان هنا هو عينُ الفقه، لأن المستأجر لما لم يملك منفعة الأجير ولا آلاته، لم يكن قادراً على أن يتحكم بالمخاطر التي يتعرض لها الأجير ولا يستطيع السيطرة عليها، فلذا لم يكن مسؤولاً عن عمل الأجير المشترك. وهذا يتفق مع ما سبق (ص ١٠) من جواز بيع الجنين مع أمه وعدم جواز بيعه وحده، وكذلك بيع الثمر قبل بدو الصلاح مع الشجر وعدم جوازه وحده. فعلة الجواز هي قدرة المشتري من خلال ملك الأصل (الأم والشجر) على أن يتحكم في مخاطر الفرع (الجنين والثمر)، فهو الذي يرضى الأصل ويتعاهده ويعتني به. وهنا لما لم يملك المستأجر منفعة الأجير كاملة ولا آلاته ولا معداته، أي لم يملك منافع رأس المال الفعلي، لم يملك السيطرة على مخاطر عمله، فلا يكون مسؤولاً عن عمل الأجير المشترك. فيكون الأخير ضامناً إلا لما كان بغير فعله، كآفة سماوية أو كارثة عامة. أما إذا ملك المستأجر المنفعة والآلة في حالة الأجير الخاص، فقد تمكن المستأجر من التحكم في مخاطر العمل، فلا يضمن الأجير حينئذ إلا بالتعدي والتفريط.

وبحسب التعريف، فإن رأس المال الفعلي هو مجموع الأعيان والمنافع المستخدمة في توليد السلع والخدمات لتحقيق الربح. ووفقاً لما سبق ففي حالة الأجير المشترك لا يملك المستأجر منافع رأس المال الفعلي، فلا يحق لهم المعاوضة عليها. وهذا يقتضي انتفاء التبعية في حق المستأجر في هذه الحالة. وهذا هو الحاصل في الصناديق الاستثمارية، إذ مدير الصندوق من جنس الأجير المشترك وليس الأجير الخاص. فالمدير يقوم بالإدارة في ملكه هو وأجهزته وأدواته التي لا يملكها المستثمرون. ولأنهم لا يملكون منافع المدير فهم لا يملكون المعاوضة عليها، وهو الفرق الذي أكدته القرابة فيما سبق. فإذا باع المستثمر وحداته في الصندوق فإنه لا يبيع معها منافع المدير لأن الأخير ليس أجيراً خاصاً بل مشتركاً. فإذا كانت منافع المدير وآلاته ومعداته هي المتبوع، لم تكن داخلة في الوحدات حين بيعها. فالوحدات إذن تتضمن التابع ولا تتضمن المتبوع.

فإذا قلنا إن مدير الصندوق بمثابة العبد ذي المال، فإن هذا "العبد" حاله مع المشتركين حال الأجير المشترك وليس الأجير الخاص. فهم لا يقومون مقام السيد مع العبد، بل حالهم معه حال النّد مع النّد، فلا يمكن أن يكون المشتركون قد ملكوا المتبوع ولو على وجه الإجارة. فإذا كان كذلك لم يملك المستثمرون المتبوع، وهو مجموع الإدارة وما تستلزمه من الأعيان والمنافع اللازمة لتحقيق الربح. وهذا يؤكد ما سبق أن وحدات الصناديق تمثل التابع ولا تمثل المتبوع فلا تسري على تداولها قاعدة التبعية.

وبناء على ما سبق فلو استأجر شخصٌ مزرعةً بحيث يقوم مقام المالك في المسؤوليات والحقوق، جاز العقد عند شيخ الإسلام ومن أخذ بقول السلف، ولم يجز عند جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة^(١). ثم لو أن هذا الشخص أنشأ صندوقاً استثمارياً على غرار

(١) إلا إذا قيدنا قول الجمهور بما انتفى منه مسؤولية العمل، فيؤول القولان إلى النتيجة نفسها وهي هنا الجواز.

الصناديق السائدة لاستثمار أموال المشتركين في الصندوق في المزرعة، لم يصح هذا العقد عند الجميع. لأن المشتركين في الصندوق لا يملكون منافع المزرعة بل حق الانتفاع فحسب، وهذا لا يجعلهم في مقام المالك وينفي عنهم ملكية المتبوع، فيكون شراء للثمر قبل وجوده.

الخروج من المضاربة

بناء على ما ذكره العلماء، فإن المضارب ليس أجييراً خاصاً، لأنه يحق له أن يأخذ مضاربة أخرى ما لم يُضَرَّ بالأولى، فهو في حكم الأجير المشترك حتى لو لم يكن كذلك بالفعل، لأن العبرة هي أن رب المال لا يملك جميع منافع المضارب بالعقد.

وإذا ثبت أن المضارب ليس أجييراً خاصاً، فإن رب المال إذا أراد الخروج من المضاربة وبيع حصته على طرف ثالث، فإنه لا يملك أن يعاوض على منافع المضارب لأن الأخير ليس أجييراً خاصاً ولأن رب المال لم يملك منافعه بل ملك الانتفاع بعمله فحسب. وعليه فبيع رب المال حصته جائز بشرط جواز مبادلة الثمن بمكونات مال المضاربة، ولا مدخل هنا للتبعية لانتهاء ملكية رب المال لمنافع المضارب.

لكن لو فرض أن صاحب المال استأجر شخصاً لإدارة المال وتثميته، ومكَّ بذلك منافعه ومنافع آلاته مدة العقد، ثم أراد أن يبيع هذا الاستثمار، فيصح هنا والله أعلم اعتبار التبعية بشروط:

- (١) أن يملك المشتري منافع الأجير باعتباره أجييراً خاصاً، ويملك كذلك منافع الأعيان والمنافع اللازمة لعمل المدير (المكاتب والأجهزة والمعدات ونحوها)، وليس مجرد ملك الانتفاع.
- (٢) أن يستمر المدير (الأجير الخاص) في إدارة الاستثمار وفق العقد الأول، ويقوم المشتري مقام البائع في تنفيذ العقد.
- (٣) أن تكون مدة عقد المدير كافية في الغالب لتضييض الربح حقيقة.
- (٤) إذا قرر المشتري تغيير المدير أو عزله فيجب عليه تعيين بدله إلى أن يتم تضييض المال حقيقة.

أما الشرط الأول فهو ضروري لتحقيق التبعية، كما سبق. وأما بقية الشروط فهي ضرورية لكي يكون المقصود من الشراء هو الاستمرار في الاستثمار إلى حين الوقت المتوقع لتضييض المال، وليس المقصود هو تصفية المضاربة والحصول على المال مستقلاً عن الإدارة، كما قرره العلماء في تبعية مال العبد. ويحق للمشتري عزل المدير إذا تطلب الأمر، لكن يجب عليه تعيين بدلاً له حتى لا يكون المقصود هو الحصول على المال. فاشتراط بقاء المدير أو تعيين بدله هو نظير اشتراط بقاء العبد، كما سبق، بحيث يكون البيع للتابع والمتبوع معاً وليس للتابع فحسب.

وإذا تحققت هذه الشروط فإن المشتري يكون قد ملك منافع رأس المال الفعلي، وهو منافع المدير ومنافع الأعيان اللازمة لعمله، وهي التي تتبعها أموال الاستثمار. فيجوز حينئذ والله أعلم ببيع الاستثمار بغض النظر عن مكونات الموجودات على أساس استمرار علاقة التبعية بعد البيع.

ضمان المضارب

المناقشة السابقة تستدعي التعرض لقضية ضمان المضارب المشترك التي أثارها د. سامي حمود رحمه الله، واتكأ عليها لتضمين المصارف الإسلامية لحسابات المودعين الاستثمارية، باعتبار المصرف أجيراً مشتركاً ومن ثم يضمن الأموال^(١). وغفل رحمه الله أن الفقهاء اعتبروا المضارب من الأساس مضارباً مشتركاً، كما سبق من كلام القرافي وابن قدامة حول حق المضارب في أخذ أموال مضاربة أخرى إذا لم تضر بالأولى. فإذا كان كذلك، وكان الفقهاء مصرحين بوضوح بمنع تضمين المضارب، علم أن العلماء يمنعون تضمين المضارب المشترك دون تردد. فكل مضارب فهو في الأصل مشترك، وفي الوقت نفسه لا خلاف في منع تضمين المضارب ما لم يفرض أو يتعدى.

وأحد أهم الفروق بين الأجير المشترك، كالصئاع ونحوهم، وبين المضارب المشترك أن الأجير يتعامل مع أموال عينية لا تستهلك بالعمل، بل يراد تعديلها أو تحويلها بما يلائم طلب العميل (المستأجر). أما المضارب (ومن في حكمه) فيتعامل مع أموال مثلية (النقود) لا يمكن العمل فيها إلا باستهلاكها. فتضمين المضارب للمال المثلي الذي لا يمكن العمل إلا باستهلاكه يؤدي بالضرورة إلى تحول المال إلى قرض في ذمة المضارب. فإذا انضم إلى ذلك اشتراط العمل ونسبة من الربح، كان سلفاً بزيادة مشروطة، وهو محرم بالنص والإجماع.

أما الأجير المشترك الذي قضى الخلفاء رضي الله عنهم بتضمينه، فهو يعمل في أموال عينية لا تستهلك بالعمل. ثم إن التضمين إنما يؤول إلى التزامه بعين مصنوعة على صفة محددة في الذمة، مقابل أجر يدفعه له المستأجر. فالعقد لا ينتهي إلى قرض بل إلى بيع، وإنما يتحمل الأجير بدل العين لو تلفت بفعله.

لكن يمكن أن يُستدل بقضاء الخلفاء رضي الله عنهم على أن المضارب المشترك أو مدير الصندوق يضمن نتائج عمله هو وليس أداء الأسواق. فلو وجدت خسارة بسبب عطل في أجهزة المصرف أو مدير الصندوق، فإن المصرف و الصندوق يضمنان في هذه الحالة، والله أعلم.

الخلاصة

(١) المشتركون في الصندوق الاستثماري لا يملكون مشغل الصندوق ومديره ومتطلبات الإدارة من الأجهزة والأعيان والمنافع اللازمة للاستثمار. فهم بذلك لا يملكون رأس

(١) تطوير الأعمال المصرفية، ص ٣٩٩ - ٤٣٢، وانظر في نقد الرأي الودائع المصرفية النقدية، ص ٣٢٠ - ٣٢٣.

المال الفعلي للصندوق، وإنما يملكون على الشئوع الأموال التي يديرها مدير الصندوق.

(٢) المشتركون أيضاً لا يملكون منافع مدير الصندوق ورأسماله الفعلي، وإنما يملكون الانتفاع بها فحسب. ولذا فليس لهم المعاوضة على هذه المنافع. وإذا كانت هذه المنافع هي المتبوع، فإن تداول وحدات الصندوق حينئذ لا يتضمن المتبوع بل الأموال التابعة فحسب. ولذا فإن تداول وحدات الصناديق يخضع لقاعدة الأغلبية وليس لقاعدة التبعية، والله أعلم.

(٥)

الصكوك

ليس من الصعوبة التعرف على ضوابط تداول الصكوك بعد معرفة ضوابط الأسهم والوحدات. فالصكوك لا تخلو إما أن تمثل ملكية رأس المال الفعلي للأصول كما هو الحال في الأسهم، أو ليس كذلك كما في وحدات الصناديق.

من الناحية الفنية فإن الصكوك تندرج ضمن التعريف العام لبرامج الاستثمار الجماعي، وإن كانت عادة يتم مناقشتها على نحو مستقل^(١). الصورة الشائعة للصكوك تمثل الصكوك ملكية مشاعة فيما يسمى "مؤسسة أو مركبة ذات غرض خاص"^(٢)، لهذا الغرض نحتاج أن نتطرق إلى طبيعة هذا النوع من المؤسسات.

المؤسسة ذات الغرض الخاص

هي مؤسسة أو مجرد هيكل قانوني يهدف إلى تملك موجودات أو أصول من أجل إصدار أوراق مالية مقابلها. وهي شائعة جداً لغرض التسييد securitization في الصناعة التقليدية، واستخدمت على نحو مشابه لإصدار الصكوك الإسلامية. وتنتهي هذه المؤسسة بانتهاء الغرض منها، ولهذا وصفت بأنها ذات غرض خاص.

وتسجل قانونياً على شكل رصد أو ترست trust، أو صندوق استثماري، أو شركة ذات مسؤولية محدودة، أو غيرها من الصيغ القانونية. لكن ينص في أهدافها على الأغراض المرادة منها، وأهمها حفظ الموجودات المراد تصكيكها أو توريقها. ولهذا ليس لهذه المؤسسة نشاط اقتصادي، وليست سوى وعاء قانوني لتسجيل الموجودات باسمها^(٣). "ليست المؤسسة ذات الغرض الخاص في الواقع أكثر من "رزمة" وثائق محفوظة لدى الجهة المعنية تثبت وجودها القانوني"^(٤).

وإذا كانت المؤسسة ذات الغرض الخاص ليس لها أي نشاط اقتصادي، بل مجرد وعاء لحفظ موجوداتها، علم أنها لا تملك رأسمال فعلي تكون هذه الموجودات تابعة له. بل واقع الأمر أن المؤسسة نفسها تابعة لهذه الموجودات وليس العكس. وإذا كان هناك أي خدمات إدارية أو استثمارية تتم لموجودات المؤسسة فإنما تتم من خلال جهة أخرى (غالباً الجهة التي انتقلت منها موجودات الصكوك للمؤسسة، وهي المحتاجة للتمويل).

وفي حال تأسيس المؤسسة ذات الغرض الخاص على شكل صندوق فإن الصكوك تمثل وحدات ملكية هذه المؤسسة. ونظراً لأن المؤسسة ليس لها رأسمال فعلي، فإن

(١) مجلس الخدمات المالية الإسلامية، "المبادئ الإرشادية لضوابط برامج الاستثمار الجماعي الإسلامي"، فقرة ٦.

(٢) وتعرف بـ Special Purpose Vehicle or SPV.

(٣) "المؤسسة ذات الغرض الخاص" محمد القري، ص ١١؛ "الشركات ذات الغرض الخاص" حامد ميرة، ص ٨. وأشكر د. حامد الذي أمدني بمصادر هذا الموضوع.

(٤) "المؤسسة ذات الغرض الخاص" محمد القري، ص ١٢.

الصكوك لا تشمل سوى الموجودات، ولا تتحقق فيها تبعية بوجه ما. أما إذا كانت المؤسسة على شكل وقف (trust) فالصكوك لا تمثل حتى ملكية هذه المؤسسة. فالصكوك لا تمثل أكثر من ملكية الموجودات على أحسن تقدير.

وعليه فإن تداول الصكوك يكون جائزاً بشرط جواز مبادلة الثمن بمكونات الموجودات وفقاً لقاعدة الأغلبية كما هو الحال في وحدات الصناديق.

خاتمة

جاءت قواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بتداول النقد إذا اجتمع مع سلع أو منافع، على ثلاثة أنحاء:

- (١) قاعدة مُدَّ عَجوة.
- (٢) قاعدة الأغلبية.
- (٣) قاعدة التبعية.

ومن المقرر في أصول الشريعة الإسلامية وجوب العمل بالقواعد والأدلة الشرعية جميعها على الوجه الذي جاءت به، وعدم اللجوء إلى الترجيح إلا إذا امتنع الجمع.

وتطبيق هذه القواعد على الصور المعاصرة للأوراق المالية، سواء الأسهم أو الوحدات أو الصكوك، لم يكن بالأمر اليسير. فهناك تشابه وتداخل بين هذه الصور، كما أن هناك تشابهاً وتداخلاً بين القواعد نفسها. ولهذا كانت قضية التبعية والتفريق بينها وبين الغلبة وبين مُدَّ عَجوة من القضايا الشائكة و"من معضلات المسائل" كما سبق.

وقد كانت هذه الورقة محاولة للجمع بين القواعد الثلاث بما يحقق العمل بالأدلة الشرعية على وجهها، وتطبيقها على التعاملات المعاصرة بما يحقق مقاصد التشريع وأهداف الاقتصاد الإسلامي، قدر الاستطاعة.

وأهم النتائج التي توصل إليها البحث ما يلي:

- (١) أسهم الشركات من حيث المبدأ تخضع لقاعدة التبعية، والمتبوع هو مجموع الإدارة البشرية وما تستلزمه من الأعيان والمنافع، وهو ما يمكن تسميته "رأس المال الفعلي".
- (٢) الشركات تحت التأسيس تأخذ حكم الجنين والزرع قبل أن يشتد، فلا يجوز بيعها وتداولها في هذه المرحلة، إلا وفق قاعدة الأغلبية إذا اقتضى الأمر.
- (٣) وحدات الصناديق الاستثمارية تمثل الأموال التابعة، ولا تتضمن رأس المال الفعلي المتبوع. فيكون تداول الوحدات حينئذ خاضعاً لقاعدة الأغلبية.
- (٤) الصكوك تأخذ حكم الوحدات لأنها تمثل الأموال التابعة وليس المتبوعة، فتخضع أيضاً لقاعدة الأغلبية.

والله تعالى أعلم وأحكم، وصلى الله تعالى وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه وأتباعهم بإحسان إلى يوم الدين.

والحمد لله رب العالمين

المصادر

❖ البحوث

- أمانة الهيئة الشرعية، "تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود"، الملتقى الفقهي الأول، مصرف الراجحي، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.
- القرني، محمد، "المؤسسة ذات الغرض الخاص"، دراسة مقدمة إلى هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، د.ت.
- ميرة، حامد، "الشركات ذات الغرض الخاص ودورها في إصدار الصكوك"، ورقة عمل مقدّمة إلى ندوة الجوانب الشرعية والقانونية والفنية في تطبيقات الصكوك: الإشكالات والحلول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
- الندوي، علي، "قواعد التبعية ومدى أثرها في العقود المالية"، دراسات اقتصادية إسلامية، م١٤، ذو الحجة ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ص١-٦١.

❖ الكتب

- أثر الديون ونقود الشركة أو المحفظة على تداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية، علي محيي الدين قرة داغي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
- بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، عبد الستار أبو غدة، شركة دلة البركة، ج٢، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
- بدائع الفوائد، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، ت علي العمران، دار عالم الفوائد، ١٤٢٤هـ.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد)، دار المعرفة، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
- البيان والتحصيل، محمد بن أحمد بن رشد (الجد)، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.
- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حمود، مطبعة الشرق، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
- جامع المسائل، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، ت محمد عزيز شمس، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي، المجموعة السادسة، ١٤٢٢هـ.
- جمهرة القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
- شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد الطحاوي، ت محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، ترقية يوسف المرعشلي، عالم الكتب، ١٤١٤هـ ١٩٩٤م.

- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي الزرقاني، المطبعة الخيرية، د.ت.
- الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، وبحاشيته الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرادوي، ت عبد الله التركي، هجر للطباعة والنشر، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.
- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، ١٤٢٦هـ.
- طرح التثريب شرح كتاب التقريب، عبد الرحيم بن الحسين العراقي وابنه ولي الدين، جمعية النشر والتأليف الأزهرية، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- الفروق، أحمد بن إدريس القرافي، دار المعرفة، د.ت.
- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.
- الكافي، محمد بن عبد الله بن قدامة المقدسي، ت عبد الله التركي، هجر للطباعة والنشر، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.
- المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم، مطبعة السعادة، ١٣٢٣هـ.
- المعلم بفوائد مسلم، محمد بن علي المازري، ت محمد الشاذلي النيفر، المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدراسات، ١٩٨٨م.
- المغني، محمد بن عبد الله بن قدامة المقدسي، ت عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن الخطيب الشربيني، عناية محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
- الملكية في الشريعة الإسلامية، عبد السلام العبادي، مكتبة الأقصى، ١٣٩٤هـ، ١٩٧٤م.
- الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، حسن عبد الله الأمين، دار الشروق، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار ١٨٨ (٢٠/٣)

بشأن

استكمال موضوع الصكوك الإسلامية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: **الصكوك الإسلامية**، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

وبعد اطلاعه أيضاً على التوصيات الصادرة عن ندوة: **الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم**، التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في رحاب معهد أبحاث الاقتصاد الإسلامي (جامعة الملك عبد العزيز) بالتعاون معه ومع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب (عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية) خلال الفترة ١٠ - ١١ جمادى الآخرة ١٤٣١هـ، الموافق ٢٤ - ٢٥ مايو ٢٠١٠م، مع الأخذ في الاعتبار ما أصدره المجمع في القرار ١٧٨ (١٩/٤) بشأن الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها في دورته التاسعة عشرة، وغيره من القرارات، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يأتي:

أولاً: ضوابط عامة:

- (١) يجب أن تحقق الصكوك الإسلامية مقاصد التشريع من حيث: تعزيز التنمية ودعم النشاطات الحقيقية وإقامة العدالة بين الطرفين.
- (٢) يجب أن تحقق العقود الخاصة بالصكوك مقتضاها من حيث ثبوت الملكية شرعاً وقانوناً، وما يترتب عليها من القدرة على التصرف وتحمل الضمان. كما يجب خلو العقود من الحيل والصورية، والتأكد من سلامة ما تزول إليه من الناحية الشرعية.

(٣) يجب أن تتضمن وثائق الصكوك الآليات اللازمة لضبط التطبيق والتأكد من خلوه من الحيل والصورية ومعالجة الخلل المحتمل. كما يجب القيام بالمراجعة الدورية للتأكد من سلامة استخدام حصيلة الصكوك في الغرض المحدد لإصدارها، ومن تطبيق جميع مقتضيات العقود على الوجه المقصود شرعاً.

(٤) يجب أن تستوفي الصكوك الإسلامية الفروق الجوهرية بينها وبين السندات الربوية من حيث الهيكلة والتصميم والتركييب، وأن ينعكس ذلك على آليات تسويق الصكوك وتسعيها.

ثانياً: التعهدات:

(١) لا يجوز للمضارب أو الشريك أو الوكيل أن يتعهد بأي مما يأتي:

(i) شراء الصكوك أو أصول الصكوك بقيمتها الاسمية أو بقيمة محددة سلفاً بما يؤدي إلى ضمان رأس المال أو إلى نقد حال بنقد مؤجل أكثر منه. ويستثنى من ذلك حالات التعدي والتفريط التي تستوجب ضمان حقوق حملة الصكوك.

(ب) إقراض حملة الصكوك عند نقص العائد الفعلي على الصكوك عن المتوقع بما يؤدي إلى سلف وبيع أو قرض بفائدة. ويجوز تكوين احتياطي من الأرباح لجبر النقص المحتمل.

(٢) يجوز التحوط من مخاطر رأس المال في الصكوك وغيرها، من خلال التأمين التعاوني أو التكافلي المنضبط بقواعد الشريعة المطهرة.

ثالثاً: إجارة الأصل على بائعه:

لا يجوز بيع أصل بثمن نقدي بشرط أن يستأجر البائع هذا الأصل إجارة مقرونة بوعد بالتملك بما مجموعه من أجرة وثمن يتجاوز الثمن النقدي، سواء كان هذا الشرط صريحاً أو ضمناً، لأن هذا من العينة المحرمة شرعاً، ولذا لا يجوز إصدار صكوك مبنية على هذه الصيغة.

رابعاً: إجارة الموصوف في الذمة:

(١) يجوز إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة بما لا يخالف قواعد المعاملات الشرعية، ويجوز إصدار صكوك مبنية على ذلك.

(٢) يتركز إشكال هذه الصيغة في أمرين:

(i) حكم تأجيل الأجرة عن مجلس العقد.

(ب) حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل الإجارة.

ويوصي المجمع أن تقوم أمانة المجمع بتشكيل فريق من العلماء والخبراء لدراسة هذه الصيغة في ضوء ما سبق وتقديم دراسة مفصلة قبل انعقاد المجمع في دورته القادمة.

خامساً: تداول الأوراق المالية، من صكوك أو أسهم أو وحدات؛

(١) إذا تمحضت موجودات الورقة المالية للنقود أو الديون، فيخضع تداولها لأحكام الصرف أو بيع الدين.

(٢) إذا تمحضت موجودات الورقة المالية للأعيان أو المنافع أو الحقوق، فيجوز التداول بالسعر المتفق عليه.

(٣) إذا كانت موجودات الورقة المالية خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع والحقوق، فلها حالان:

(i) أن تكون النقود والديون تابعة لما يصح أن يكون متبوعاً، وتكون الورقة المالية متضمنة للملكية المتبوع، فيجوز حينئذ تداول الورقة المالية دون مراعاة نسبة النقود والديون إلى الموجودات.

(ب) انتفاء تبعية النقود والديون أو عدم تضمين الورقة المالية للملكية المتبوع. فيخضع التداول حينئذ لأحكام الغلبة.

(٤) إذا كانت الشركة أو المشروع الذي تمثله الورقة المالية لم يبدأ العمل الفعلي أو كان تحت التصفية، فيخضع التداول لأحكام الغلبة.

(٥) ظهر من خلال البحوث المقدمة أن التبعية قد تثبت من خلال ملكية المشغل، أو العمل، أو النشاط. كما ظهر اتساع معيار الغلبة. ونظراً للحاجة لتحديد معايير التبعية وتحرير حالاتها، وتحديد معايير الغلبة وتحرير حالاتها، يوصي المجمع أن تقوم أمانته بتشكيل فريق من العلماء والخبراء لدراسة هذه المعايير في ضوء ما سبق وتقديم دراسة مفصلة قبل انعقاد المجمع في دورة قادمة.

سادساً: أثر القرارات على العقود السابقة؛

(١) القرارات التي تصدر عن المجمع تسري من حين صدورها ولا تؤثر على ما سبقها من العقود ومن جملتها الصكوك التي صدرت باجتهاد أو فتوى معتبرة شرعاً.

(٢) الواجب على المسلمين إتباع الشريعة المطهرة في جميع شؤونهم وأعمالهم بحسب الوُسع والطاقة لقوله تعالى: ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾ (التغابن: ١٦) ، وقوله جل شأنه: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (البقرة: ٢٥٨) ، وما عدا ذلك فإن الله تعالى يعفو عما عجز عنه المكلفون. ويجب على المسلمين السعي المستمر لرفع العجز والتخلص من أحكام الضرورة لتكتمل حكمة الشريعة وتستقيم حياة المجتمع المسلم على ما شرع الله تعالى.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الالتزام بالصيانة

إعداد

د. أحمد محمد أحمد بخيت

أستاذ الفقه المقارن بجامعة بني سويف والبحرين

تمهيد وتقسيم :

بعد حمد الله تعالى ، ثم الصلاة والسلام على نبيه الأمين وصحبه الغر الميامين ، وآله الأطهار الطيبين ، فإنني أعالج في هذه الصفحات أحكام واحدة من نوازل عصرنا ، عصر الآلات المعمرة ، والأجهزة الدقيقة ، والتقنيات الفائقة ، والكثافة الرأسمالية ، والمنافسات المحمومة ، والاتصال فائق السرعة ، والحرص الشديد على تثوير الخدمات ، مع تقليل النفقات ، وتعظيم العائد ، وخفض الفاقد ، ورفع الكفاءة ، وتأمين الاستعمال ، بمتابعة صيانة الأجهزة والمنشآت ، وتحديث البرامج والتقنيات ، في إطار ما يعرف بنظم الصيانة والتحديث .

ومهمة المجالس الفقهية في مجابهة تلك النازلة أن تكييف تلك الأعمال التي تتعلق بصيانة الأجهزة والمعدات والمنشآت ، وتحديثها ، وتحديث برامج تشغيلها ، كاشفة عن الحكم الشرعي في كل ذلك ، مبينة حالات المشروعات وقيودها ، وأسباب الحظر ومستثنياتها .

ومجمع الفقه الإسلامي في دورته الحالية يستكمل ما سبق أن بحثه وناقشه من بحوث حول مسألة (الصيانة) في دور انعقاد مؤتمره الحادي عشر بالمنامة ، وقد انتهى مجلس المجمع الموقر إلى القرار ١٠٣ (١١/٦) الذي عرف عقد الصيانة ، واستعرض صورته التي أبرزتها البحوث المقدمة ، وقيد مشروعيتها هذا العقد بأن تُعَيَّن الصيانة تعيينا نافيا للجهالة المؤدية للنزاع ، وتُبيَّن المواد متى كانت على الصانع ، ويُشترط تحديد الأجرة في جميع الأحوال .

وقد شرفنتي أمانة المجمع باستكتابي في المسألة محل النظر ، مقترحة أن يكون عنوان البحث (استكمال عقود الصيانة) ومع امتناني بتكليفها شخصي ، وتقديري لمقترحها ، فإنني إذ تأملت محاور الموضوع ، ويغلب أن تكون - مع ما سبق بحثه - صورا للتحمل بالصيانة ، غلب على رأبي أن التعبير (الالتزام بالصيانة) هو الأعم والأنسب ، تأسيسا على أن الصيانة قد تكون أثرا نوعيا ، أو غاية أساسية أبرم العقد من أجلها^(١) وبعبارة أخرى : هي مقتضى العقد الذي ورد على عمل الصيانة تحديدا ، أو تكون التزاما عقديا زائدا على المقتضى ، وإن كان يؤكد ، أو جرى به عرف ، أو ورد به شرط ،

^(١) في هذا المعنى يقول العلامة الشيخ مصطفى أحمد الزرقا - رحمه الله - المدخل الفقهي العام ١/ ٥١٧ تحت التفرقة بين الالتزامات العقدية والحكم الأصلي للعقد ، يقول " أما الحكم الأصلي فهو الأثر النوعي للعقد ، أو هو الغاية الحقوقية الأساسية التي شرع ذلك العقد ليكون طريقا مشروعاً للوصول إليها ، وذلك كانتقال الملكية بعوض في عقد البيع ، وبلا عوض في الهبة ، وكتملك المنافع مؤقتا بعوض في الإجارة يتضح بذلك أن الحكم الأصلي لعقد هو الذي يعتبر موضوعا لذلك العقد حين التعاقد أما الالتزامات التي ينشئها العقد فهي كل تكليف بفعل أو امتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر ، كتسليم المبيع ، وضمن العيب ، وأداء الثمن ، ونحو ذلك ... " اهـ مع اختصار يسير.

والراجع في التصنيف^(١) أن الالتزام أعم من العقد ، فما الأخير إلا أحد الأسباب المنشئة له ، لذا آثرت أن يكون العنوان (الالتزام بالصيانة) ليعم كافة صورها .

كما رأيت أن أستعرض بإيجاز مشروعية الصيانة قبل استعراض الحكم في جزئيات هذه المعاملة ، على أن يسبق كل ذلك التعريف ب (الالتزام بالصيانة) والإشارة إلى أوجه الاتفاق والاختلاف بينه وبين ما يشبهه أو يقاربه من التصرفات الأخرى ، والتتويه بالدراسات السابقة في الموضوع .

وعلى ذلك يأتي هذا البحث في فصلين ومشروع قرار :

الفصل الأول : في تعريف الالتزام بالصيانة وتحريره ، والدراسات السابقة فيه ، ومشروعية الصيانة .

الفصل الثاني : أحكام الالتزام بالصيانة في صورته المختلفة .

مشروع القرار

(١) في استخلاص معنى كل من التصرف والعقد والالتزام - في اللغة والعرف الفقهي - كلام طويل محله نظرية العقد والبعوث ذات الصلة ، ولعل الراجع من القول في تحديد معاني الثلاثة والعلاقة بين كل منها والآخر أنها تتشابه بالإطلاق العام بل تترادف ، وتتفاوت بالإطلاق الخاص ، فبه يدخل العقد والالتزام في عموم التصرف ، ويعتبر الالتزام أعم من العقد ، كما يعتبر أثراً لكل من التصرف والعقد ، فكلاهما يعتبر سبباً منشئاً للالتزام . انظر إن شئت . مقدمة الشريعة الإسلامية للباحث . نشر دار النهضة العربية ٢٠٠٧ ص ٣٧١ - ٣٧٨ .

الفصل الأول

في تعريف الالتزام بالصيانة وتحريره ، والدراسات السابقة فيه ، ومشروعية الصيانة

المبحث الأول

التعريف ب(الالتزام بالصيانة) والتفرقة بينه وبين ما يشته به من المعاملات

المطلب الأول

تعريف الالتزام بالصيانة

الالتزام بالصيانة مركب من مصطلحي "الالتزام" و "الصيانة" ولكل من شقيه تعريف على الانفراد ، ونجتهد في وضع تعريف لهذا المركب .

أولاً : الالتزام :

الالتزام مصدر الفعل التزم الشيء يلزمه لزماً ولزوماً ولزاما ولزامة ولزامة ولزمانا : أي ثبت ودام عليه ولم يفارقه ، قال ابن فارس : اللام والزاي والميم أصل واحد صحيح يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائما .^(١)

والتزم الأمر : أي أوجبه على نفسه ، ويقال لما بين باب الكعبة والحجر الأسود الملتزم لأن الناس يعتقدونه ، أي يضمونه إلى صدورهم.^(٢)

وحاصل ما تقدم أن الالتزام في اللغة يدل على الإثبات والإيجاب والدوام .

ومن (الإيجاب) أخذ أكثر المعاصرين تعريف الالتزام اصطلاحاً ، فقالوا : هو إيجاب الإنسان على نفسه أمراً جائزاً شرعاً^(٣) فإن وجب عليه بغير اختياره فهو إلزام ، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن قدامة " الإنسان لا يلزمه شيء إلا بإلزام أو التزم ، ولم يرد الشرع بإلزامها - يعني المختلعة - هذا ، ولا هي التزمت له " ^(٤) ، ولعل الأصح أن الإلزام أعم من الالتزام ، وأنه منه بمنزلة السبب من المسبب ، أما أنه أعم فلأنه يكون بإيجاب الشخص على نفسه ، وبإيجاب غيره عليه^(٥) وأما أنه بمنزلة السبب فلأنه يتقدم الالتزام في وجوده^(٦) وقد حرص الشيخ مصطفى الزرقا على تجريد الالتزام من مصدره (في التعريف) ليعم

^(١) معجم مقاييس اللغة ٢٤٥/٥ .

^(٢) راجع : لسان العرب ، القاموس المحيط ، المصباح المنير ، مادة (ل ز م) والنظم المستعذب لابن بطال ، بهامش المهذب للشيرازي ٢١٣/١ .

^(٣) راجع الموسوعة الفقهية الكويتية ١٤٥/٦ .

^(٤) المغني - بتحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو ٢٩٠/١٠ .

^(٥) انظر مثلاً : تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ضمن فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك للشيخ محمد عيش بتسويق على نايف الشحود . نسخة المكتبة الشاملة ص ١٧٨ .

^(٦) انظر أستاذنا الدكتور عبد الناصر العطار . نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية ص ٢٣ وما بعدها .

الأمرين فقال : هو كون الشخص مكافأ بفعل أو بامتناع عن فعل لمصلحة غيره ، فإن كان مصدره العقد فالمراد به : كل تكليف بفعل أو امتناع يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة الآخر ، غير أنه يسمى عنده حكماً أصلياً متى كان هذا التكليف هو موضوع العقد الرئيس ، وإن لزم تبعاً فهو التزام عقدي^(١) .

ثانياً : الصيانة

الصيانة في اللغة : الحفظ والوقاية ، يقال : صان الشيء صوناً وصيانة : حفظه في مكان أمين ، وصان عرضه : وقاه مما يعيبه ، واسم الفاعل منه : صائن ، واسم المفعول : مصون ، ومصان ، فيقال : ثوب مصون : خال من العيب ، وعرض مصان : مبراً من سوء السمعة^(٢) .

وتكاد بحوث دور الانعقاد الحادي عشر ، وكذا كلمات الأفاضل المتداخلين ، وهو ما أكده قرار مجلس المجمع رقم ١٠٣ (١١/٦) تطبق على أن الصيانة مصطلح فقهي/قانوني محدث ، بل على أن المعاملة ذاتها محدثة ، ولم يسبق لسلفنا من الفقهاء بحثها " والقول بأن عقد الصيانة موجود سابقاً على قول بعض المعقبين لا أساس له ، نعم عقد الصيانة مشابه لبعض العقود التي أوردوها من وجوه ويختلف معها في وجوه أخرى"^(٣) . وهو النفي الذي أكده فضيلة الدكتور منذر قحف الذي تعقب مأجوراً مصطلح الصيانة في معاجم التعاريف الفقهية ، وخلص إلى القول إنه " لم ترد كلمة صيانة في التعريفات الفقهية لمحمد عميم الإحسان ، ولا في أنيس الفقهاء للقونوي ، ولا في التدقيق على مهمات التعريف للمناوي ، ولا في تحرير ألفاظ التبييه للنووي ، ولا في الدر النقي لابن عبد الهادي ، ولا في التعريفات للجرجاني ، ولا في الكليات لأبي البقاء الحسيني الكفوي"^(٤) .

وعندي أن غياب الاسم لا يعني غياب المسمى ، ومن ثوابت المنهج الفقهي أن " العبرة بالمعاني لا بالمباني " وقد تكلم الفقهاء عن أعمال هي من قبيل الصيانة المناسبة لموضوعها وزمانها ، غير أنهم اصطالحوا عليها بألفاظ أخرى ، كـ " المرمة " و " العمارة " و " التجديد والترميم"^(٥) .

(١) المدخل الفقهي العام ٢ / ٥١٤ - ٥١٧ .

(٢) انظر : المصباح المنير ، ومختار الصحاح . مادة (ص و ن) والمعجم الوجيز ، مادة صان .

(٣) من تعقيب الشيخ عوض على البحوث المقدمة لمحور (عقود الصيانة) مجلة المجمع ع ١١ - ٢ / ٢٦١ ، وسيادته يعترض على كلام الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان ومنه : إن الفقه الإسلامي تضمن هذا الموضوع ، لكن ليس بالصورة التي نعايشها الآن . المجلة ١١ / ٢ / ٢٥٧ .

(٤) مجلة المجمع ١١ / ٢ / ١٤٧ حاشية .

(٥) فقي الدر المختار وتوير الأبصار (بحاشية ابن عابدين ط الأميرية) ٥ / ٤٩ " وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها وإصلاح الميزاب ، وما كان من البناء على رب الدار ، وكذا كل ما يخل بالسكنى " وقد تكررت ألفاظ : العمارة ، والترميم ، والإصلاح في مواضع من كتاب الإجارة بشرح ابن عابدين ، ونحو ذلك نجده في مواضع من كلام القرائي في الذخيرة ، - بتحقيق محمد حجي ، ط دار الغرب الإسلامي - كقولته مثلاً (٥ / ٤٩٣) : " في الكتاب يجوز اشتراط الترميم من الكراء ، ويمتنع ما زاد عن الكراء من عنده ، ... وفي الكتاب : على رب الدار كنس المرحاض ، وإصلاح الواهي حتى يتمكن من المنفعة ، ويمتنع اشتراطه (يعني المكتري) عليه إصلاح

ولعل الدكتور قحف لم يقف على اللفظة في معجم لغة الفقهاء للدكتور رواس قلعجي وحامد قنبيي ، وقد عرفا الصيانة بأنها " مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها لأداء الأعمال المرادة منها " (١) وهو المعنى الذي تشير إليه عبارات السلف المنوه بها في الحاشية ، بل إن عبارة الدكتور قحف في تعريف الصيانة تلتقي مع هذا التعريف في كثير من مفرداته (٢) .

ثالثا : الالتزام بالصيانة :

مع تعدد صور التحمل بالصيانة ، واختلاف تكييفاتها ، ووضوح ذلك للأفاضل مقدمي بحوث دور الانعقاد الحادي عشر فإنهم حدوا الصيانة بإنها عقد ، إلا الشيخين التسخيري والترابي اللذين عرفا الصيانة بأنها : الاتفاق في عقد مستقل أو ضمن عقد معين بين الشركة أو المتخصص ، وبين صاحب المال للقيام بخدمات الإصلاح والمراقبة ، لمدة معينة ، لكي يبقى صالحا للاستفادة المطلوبة في مقابل أجره معينة (٣) .

ومع ما يرد على هذا التعريف من ملاحظات تنال من ضابطي الجمع والمنع كشرطين في التعريف المنطقي فإنه يمتاز على التعريفات الأخرى بإدراج صور الصيانة المختلفة في التعريف ، وبملاحظة هذه الصور المتعددة ، وباعتبار معنى كل من الالتزام والصيانة ، وفق التحديد السالف الذكر ، أرى أن الالتزام بالصيانة هو : تعهد مؤقت أساسه العقد أو الالتزام العقدي بالقيام بمجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على حالتها الصالحة لأداء المنفعة المطلوبة منها ، بصفة دورية أو طارئة ، وعلى ما يتفق الطرفان في شأن الأجر والخامات والأدوات .

حيث نحاول أن نبرز الطبيعة الزمنية لهذا الالتزام ، ونشير إلى تعدد مصادره ، وأن محله الجوهرى هو العمل الذي غايته بقاء العين المتعهد بصيانتها صالحة لتحقيق الغرض منها ، وهذا العمل قد يلزم دوريا ، أو بمناسبة طروء العطل أو الاختلال ، أما ما عدا القيام

البيوت كلما احتاجت إليه ، لأنه مجهول " . ونحوه في شرح الخرشي على مختصر خليل - ط محمد افندي مصطفى بمصر - ٥٠/٥ ، وفي الإنصاف للمرداوي (بتحقيق محمد حامد الفقي) ٦٧ / ٦ - ٦٨ : " قال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ، : للمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التي يحتاج إليها المكان المأجور وليس له إجباره على التجديد ، على الصحيح من المذهب ، وقيل : بلى " ، وفي روضة الطالبين للنووي (بتحقيق علي معوض ، وعادل عبد الموجود) ٢٨٣ / ٤ ... " ما تحتاج إليه الدار المكراة من العمارة ، وهو ثلاثة أضرب : أحدها : مرممة لا تحتاج إلى عين جديدة ، كإقامة جدار مائل ، وإصلاح منكسر ، وغلق تعسر فتحه ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر ، بل هي من وظيفة المؤجر ... " وفي الحسبة على الفرانين يقول الشيرازي في نهاية الرتبة ص ٢٥٥ " ويأمرهم بإصلاح المداخن ، وتنظيف بلاد الفرن في كل ساعة ، من اللباب المحترق ، والشرر المتطاير ، والرماد المتناثر ، لئلا يلصق في أسفل الخبز منه شيء " وأدل من كل ذلك على المعنى ما رواه أبو يوسف في الخراج ص ٨٩ عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه من قوله : وانظر الخراب فإن أطاق شيئا فخذ منه ما أطاق ، وأصلحه حتى يعمر " . ، وانظر : د محمد عثمان شبير . صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية ، ضمن بحوث فقهية وقضايا اقتصادية معاصرة ج ٢ ص ٧٤١ وما بعدها .

(١) معجم لغة الفقهاء - ط ١٩٨٨ - ص ٢٧٩ .

(٢) ونص عبارته - مجلة المجمع ١٤٧ / ٢ / ١١ - " أما معناها العريفة المستخلص من عقود الصيانة فإنها تعني : إصلاح الشيء المعمر كلما طرأ عليه عطل أو أذى ، من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه " .

(٣) انظر : مجلة المجمع ١٢٦ / ٢ / ١١ .

بالصيانة فإنه يتحدد حسب ما يترضى عليه الطرفان ، لاسيما أجر الصيانة وأثمان الخامات وقطع الغيار .

المطلب الثاني

الالتزام بالصيانة وما يشته به من المعاملات

الالتزام بالصيانة تعهد بالقيام بعمل أو مجموعة أعمال ، فإن كان مصدره التزاما عقديا فإنه يشابه ضمان العيوب الخفية ، ولا يبعد أن يراه بعضهم من قبيل صفتين في صفقة ، وإن كان مصدره الاشتراط في العقد اشتهه باشتراط عقد في عقد ، أو عُدَّ شرطا مقترنا بالعقد ، وإن كان العمل هو موضوع الالتزام الرئيس أعتبر عقد إجارة أعمال ، ومن هذا القبيل أيضا أن يرد الالتزام على التشغيل أصلا ، وتكون الصيانة تبعا .

وبمراعاة ما يخالط العمل من تعهد بتوريد قطع الغيار ، أو التحمل بما يلزم من خامات يمكن القول بأننا إزاء بيعتين في بيعة ، إجارة وبيع ، أو استصناع .

ولأن المعقود عليه من العمل وقطع الغيار وخامات الصيانة مما جهل قدره وقت العقد ، فإن بعض الباحثين يعد الالتزام بالصيانة من الجعل ، أو الوعد بجائزة .

وبمراعاة أن غرض صاحب المال من التعهد بالصيانة هو ضمان استمرار صلاحية العين لتحقيق الغرض المنشود منها ، وعدم التعطل ، وخفض النفقات ، يشبه الالتزام بالصيانة عقد التأمين على الأشياء .

ولكن عند تدقيق النظر في الالتزام بالصيانة ، وفق ما يجري عليه العمل في الواقع ، يتأكد أن هذا الالتزام ، باعتبار موضوعه وغايته ، التزام محدث ، يمثل تطورا لعقود والتزامات عقدية متنوعة ، استوجبه اتساع دور الآلات الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان ، والتطورات الكبيرة في فن البناء وما يلزمه من آلات وأجهزة ، وما يدعمه من تقنية معقدة ، تقتضي استمرار المحافظة على تشغيلها وعملها المستمر^(١) .

والتسليم بالحدثة معتبر في الفكر القانوني اعتباره في الفقه الإسلامي ، ومن ثم اختلفت أقوال الشراح في تأسيس الالتزام بالصيانة ، خصوصا الالتزام بصيانة المبيع ، فأدخله البعض في نطاق الالتزام بالتسليم ، وأسسوه آخرون على مبدأ حسن النية ، وبناء فريق ثالث على أساس ضمان العيوب الخفية ، واعتبره بعضهم من مستلزمات عقود بيع

(١) في هذا المعنى : د. منذر قحف . مجلة المجمع ١١/٢/١٥٤ ، وفي المعنى ذاته يقول الشيخ محمد مختار السلامي - المجلة ١٢/٢/١١ " عقد الصيانة عقد حادث لا عهد للفقهاء به ، ومن الجهد الضائع التقريب عن رأي الفقهاء السابقين فيه ، لأن هذا العقد تابع لدخول الآلة في الإنتاج ، ولا اعتماد الآلة على الطاقة المحركة لدواليبها ، وللتسلسل الرابط بين أجزاء الآلة ، ثم لدخول عامل جديد هو الإلكترونيك في الضبط والدقة والتيسير " . ويقول الدكتور محمد الأمين الضيرير - المجلة ١١/٢/١٠٦ " ولا يوجد تعريف في الفقه ولا القانون لعقد الصيانة ، لأنه لا يوجد عقد بهذا الاسم ، لا في الفقه ولا في القانون ، فهو من العقود المستحدثة التي تحتاج إلى تكييف قانوني وتكييف فقهي ، وتعريف "

بعض الأجهزة والآلات الحديثة التي تتسم بالخطورة والتعقيد والدقة الفنية ، وأسسته بعض الأحكام القضائية على أساس الالتزام بضمان السلامة ، وتشير بعض النصوص القانونية إلى إمكانية رده إلى الضمان الاتفاقي أو الشرط^(١) ، أو ما اشتهر بخدمة ما بعد البيع^(٢) .

وقد كفتنا البحوث المقدمة لدور الانعقاد الحادي عشر وتعقيبات السادة المتداخلين عليها عبء استظهار التمايز بين الالتزام بالصيانة وكل من هذه المعاملات والالتزامات المذكورة ، ومن ثم فإننا نحيل إليها ، ونذكر فقط بأثر توافق الالتزام بالصيانة مع أي من هذه المعاملات والالتزامات ، أو اختلافه عنه ، في تقرير مشروعية هذا الالتزام ، أو عدم مشروعيتها ، وهو ما سنأتي إليه في الفصل التالي .

المبحث الثاني

الدراسات السابقة في الصيانة ومشروعيتها

المطلب الأول

الدراسات السابقة في الصيانة

استكتابي في مسألة الصيانة كان استكمالاً لما سبق أن بحثه خبراء مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، وناقشه مجلسه في دور انعقاده الحادي عشر ، وقد قدمت في هذا الدور خمسة بحوث ، سبقتها مجموعة من الأوراق قدمت إلى الندوة الفقهية الرابعة لبنك التمويل الكويتي ١٩٩٥/١٤١٦ ، ولحققتها بعض الأعمال البحثية من أطروحات وبحوث أكاديمية ، فضلاً عن فتاوى بعض أهل العلم ، ومقالات موجزة لبعض طلابه .

وقد ساءني ألا أتمكن من الاطلاع على أطروحة الدكتور فهد بن عبد العزيز (الالتزام بالصيانة - دراسة تأصيلية تطبيقية) والمقدمة إلى كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، (نوقشت في ١٨/١١/١٤٢٨) وتقع حسب ثبت موضوعاتها المتاح على موقع الفقه الإسلامي / الكشاف الفقهي / كشاف الرسائل ، في أكثر من ٨٢٠ صفحة ، وأحسب أنها المعالجة التي تحيط بالقضية جملة وتفصيلاً ، فقد استقرأ الباحث أحكام الصيانة في مختلف المعاملات ، وبين حقيقة الالتزام بها ، وأسبابه ، وأنواعه ، وأركانها ، وضوابطه ، وآثاره ، وآثار الإخلال به ، فضلاً عن تطبيقاته في المنقول وغير المنقول ، وعلى ما بلغني من بعض الثقات فإنها لم تنشر بعد .

^(١) انظر في استعراض الاتجاهات الفكرية القانونية في تأسيس الالتزام بصيانة المبيع بحث الدكتور ممدوح محمد علي مبروك . الالتزام بصيانة الشيء المبيع ، دراسة مقارنة بين القانون المدني (المصري والفرنسي) والفقه الإسلامي . نشر دار النهضة العربية (ن ت) ص ١١ - ٢٤ .

^(٢) راجع : د. جابر محجوب . خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة . نشر مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت ١٩٩٥ ص ٨

ولكني وقفت بفضل الله وتيسيره على بحث الدكتور ممدوح محمد علي مبروك المعنون : الالتزام بصيانة الشيء المبيع . دراسة مقارنة في القانون المدني (المصري والفرنسي) والفقهاء الإسلامي ، ويقع في ١٦٩ صفحة ، نشر دار النهضة العربية (مصر) ، وهو بحث متميز في بابه لولا أنه اقتصر على الالتزام بصيانة المبيع ، ويفضله في رأيي مصنف الباحث بدر بن عبد الله الجدوع ، المعنون : خدمات ما بعد البيع وأحكامها في الفقه الإسلامي ، لولا أن المتاح منه على صفحة الملتقى الفقهي / بحوث فقهية / معاملات / البيوع ، لا يشمل المؤلف كله .

وقد عقد الشيخ خالد بن عبد الله الفصل السابع من فصول بحثه (الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي) الثمانية لدراسة الضمان والصيانة الترخيبيان ، وهي خطة تتسق وكون الصيانة من خدمات ما بعد البيع ، التي تُرغب بها الشركات المنتجة زبائنهم في اقتناء منتجاتها ، وتفضيلها على منتجات الشركات المنافسة .

أما الدكتور الشيخ عبد الرحمن العايد فعالج (الصيانة) كأحد تطبيقات عقد المقاوله ، وهي عنده " إجارة وارده على عمل الإنسان ، فإن تعاقدنا على أن رب العمل يملك منفعة الصائن طوال مدة العقد فالصيانة حينئذ إجارة الأجير الخاص ، وإن تعاقدنا على أنه لا يملك ذلك فهي إجارة الأجير المشترك ، وكون الصائن يحصل على أجره ولو لم يعمل يمكن حلها بأن يقال : إن الأجرة حينئذ تكون على الصيانة الدورية ، وهي معلومة مسبقا ، وما طرأ من خلل يخص له أجرة خاصة تحسب فيها قيمة القطع المستبدلة وساعات العمل ، ولا تكون هذه الأجرة داخله في الأجرة المتفق عليها مسبقا " (١) .

ومن المعالجات الجزئية بحث الدكتور محمد بن سليمان الأشقر ، الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجرة ، وبحث الدكتور محمد عثمان شبيب ، صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف ، والبحثان منشوران ضمن (مجموعة بحوث فقهية وقضايا اقتصادية معاصرة) للشيخين الفاضلين وآخرين ، والبحثان قدما للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي .

وضمن بحوث العدد الثلاثين (س ١١ ، شعبان ١٤١٧ ، ديسمبر ١٩٩٦) من مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية / ج الكويت ، بحث الدكتور أحمد الحجوي الكردي ، المعنون عقود الصيانة ، وفيه خير كثير .

وفضلا عن بضع فتاوى ، كفتوى الشيخ سامي السويلم ، والشيخ عبد الله بن جبرين ، والأستاذ الشيخ صالح بن فوزان الفوزان ، والشيخ محمد حسن الددو ، تتعلق بحكم الالتزام بالصيانة فإن المادة الأهم التي يتيسر لي الرجوع إليها - الآن - هي تلك

(١) د. عبد الرحمن العايد . عقد المقاوله . الرسالة العلمية رقم ٥١ ضمن سلسلة مشروع وزارة التعليم (السعودية) ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م . ص ٣٧٧ .

البحوث المقدمة لمؤتمر مجلس الفقه الإسلامي ، دور الانعقاد الحادي عشر ، وما دار حولها من مداخلات ومناقشات وردود ، وجميعها مثلت القاعدة التي بنى عليها مجلس المجمع قراره رقم ١٠٣ (١١/٦).

المطلب الثاني مشروعية الصيانة

في كتاب الله تعالى قوله : ﴿ هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُجِيبٌ ﴾^(١) ، ومنه أخذ المفسرون الأمر بالعمارة بجميع أنواعها^(٢) و" أن يؤخذ كل شيء بقانون تمييزه الخاص الذي تتقاد به غلته ، وتبلغ عليه أقصى ما يقدر لها من مضاعفة الكم ، وتحسين النوع " ^(٣) . ومن ذلك إصلاح الخرب ، وحفظ الأموال ، والحفظ يكون بقطع التلف ، وإدامة النفع ، فانقطاع النفع تلف حكما^(٤) .

ومن الوسائل إلى مضاعفة الكم ، وتحسين النوع ، فضلا عن دوام النفع تعهد المسخرات " بالصيانة والتقوية والتحسين ، لاسيما ما كان منها صناعيا ، فإن ذلك ضرب من احترام النعمة ، أو هو أثر احترامها وتقديرها ، وشكر المنعم بها ، ويقابل ذلك أن إهمالها ضرب من الجهل بها وبأثرها في مقومات الأمة ، وهو لا يفضي إلى انقطاع منفعتها فحسب ، بل يجر إلى ضعف الأمة وذهاب الدولة " ، وقد قرر القرآن هذه السنة - بأثرها الإيجابي والسلبي - واضحة جلية في قصتي داود وسليمان (عليهما السلام) من جانب ، وأهل سبأ من جانب آخر ، فال داود يصونون نعم الله بما يكفل استمرار منفعتها لا يفترن ، يدل على هذا أن سليمان عليه السلام مات متكئا على عصاه ، ولم يتبين العمال من الجن وفاته إلا بسقوطه بعد أن أكلت دابة الأرض منسأته ، أما أهل سبأ فأهملوا السدود والخزانات والقناطر حتى تخربت ، فكان جزاؤهم كما قال المولى سبحانه : ﴿ فَأَعْرَضُوا فَأَرْسَلْنَا عَلَيْهِمْ سَيْلَ الْعَرِمِ وَبَدَّلْنَاهُمْ بِجَنَّتَيْهِمْ جَنَّتَيْنِ ذَوَاتِ أُكُلٍ خَمْطٍ وَأَثَلٍ وَشَيْءٍ مِّنْ سِدْرٍ قَلِيلٍ ﴿٥﴾ ذَلِكَ جَزَيْنَاهُمْ بِمَا كَفَرُوا وَهَلْ نُجَازِي إِلَّا الْكَفُورَ ﴾^(٥)^(٦) .

وعن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: (إن الله حرم عليكم : عقوق الأمهات ، ووأد البنات ، وامنع وهات ، وكره لكم : قيل وقال ، وكثرة

(١) هود : ٦١
(٢) انظر مثلا : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥٦/٩ . التحرير والتوير للطاهر بن عاشور - ط الدار التونسية ١٩٨٤ - ١٠٨ / ١٢ .
(٣) البهي الخولي . الثروة في ظل الإسلام - ط رابعة - ص ٣٣ ، وفي معالم السنن للخطابي ٨٢٩/٣ " مبنى الحفظ على العرف والعادة " .
(٤) قال الكاساني في البدائع ٤٤ / ٩ وما بعدها : التلف حكما : حدوث معنى في الشيء يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة " وفي المغني لابن قدامة " تعطيل المنفعة إتلاف لها " .
(٥) سبأ : ١٢ ، ١٣ .
(٦) انظر : الثروة في ظل الإسلام ص ٣٥ وما بعدها ، في ظلال القرآن لسيد قطب - ط ٣٢ - ٢٩٠٠ / ٥ وما بعدها .

السؤال ، وإضاعة المال) ^(١) قال النووي : "وأما إضاعة المال فهو صرفه في غير وجوهه الشرعية وتعرضه للتلف ، وسبب النهي أنه فساد والله لا يحب المفسدين ، ولأنه إذا أضع ماله تعرض لما في أيدي الناس " ^(٢) ، وقد نهى الله عن إتيان السفهاء المال لأنهم لا يحسنون حفظه ولا تثميره ، ويدفع إليهم متى رشدوا ، قال بعض أهل اللغة : الرشد تثمير المال وإصلاحه ^(٣) وعن عمر رضي الله عنه قال " لا يقل شيء مع الإصلاح ، ولا يبقى شيء مع الفساد" ^(٤) وعن الإمام أحمد بن حنبل قال : قليل المال تصلحه فيبقى ... ولا يبقى الكثير مع الفساد ^(٥) .

وحفظا لمقصد الإسلام في حفظ الأموال وتثميرها ، عامة كانت أو مملوكة لأصحابها ، كانت المسئولية عن إعمار الأملاك أوجب من الحرص على تحصيل العوائد السريعة ، وقد كتب علي رضي الله عنه إلى مالك الأشتر يقول " ... وليكن نظرك في عمارة الأرض أبلغ من نظرك في استجلاب الخراج ، لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة ، ومن طلب الخراج بغير عمارة أخرج البلاد ، وأهلك العباد ، ولم يستقم أمره إلا قليلا ... حتى يقول : ولا يتقلن عليك شيء خففت به المؤونة عنهم ، فإنه ذخر يعودون به عليك في عمارة بلادك وتزيين ولايتك " ^(٦) وكتب عمر بن عبد العزيز لعامله " وانظر الخراب ؛ فإن أطاق شيئا فخذ منه ما أطاق ، وأصلحه حتى يعمر " ^(٧) .

وقد فطن فقهاؤنا إلى وجوب القيام على صيانة الملك الخاص كما يجب صون المال العام ، فكلفوا المحتسبين أن يمنعوا كل ما فيه ضرر بالمال ، لاسيما ما كان منه موجها لنفع العامة ، فيمنع المحتسب من قطع حصرم الفاكهة قبل أن تطيب ، لأنها تطلب في حينها فلا تكاد توجد ^(٨) ويأمر جلابي البضائع إذا وقفوا بها في العراض أن يضعوا الأحمال عن ظهور الدواب ، لأنها إذا وقفت والأحمال عليها أضرتها ^(٩) ويمنع أرباب المواشي من استعمالها فيما لا تطيق الدوام عليه ^(١٠) ويمنع أرباب السفن من حمل ما لا تسعه ، ويخاف منه غرقها ، وكذلك يمنعهم السير عند اشتداد الريح ^(١١) ويأمر الضرانين بإصلاح المداخل ، وتنظيف بلاط الفرن في كل ساعة ^(١٢) .

^(١) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب الصدقة من كسب طيب (١٤١٠) ، ومسلم في كتاب الزكاة (١٠١٤) .
^(٢) شرح صحيح مسلم ١١/١١ .
^(٣) انظر : لسان العرب ، والقاموس المحيط ، مادة ث م ر . ، بداية المجتهد لابن رشد - ط الحلبي - ٢٨١/٢ .
^(٤) عزاه الدكتور عبد العزيز بن سعد الدعير في مقاله القيم معالم في طريق المستثمر المسلم ٢ (متاح على موقع صيد الفوائد / مقالات) إلى الخلال في الحث على التجارة
^(٥) المصدر السابق .
^(٦) نهج البلاغة بتحقيق الشيخ محمد عبده - ط مؤسسة المعارف ببيروت - ص ٦٣٥ .
^(٧) انظر : الخراج لأبي يوسف - ضمن موسوعة الخراج ط دار المعرفة ببيروت ١٩٧٩ - ص ٨٦ .
^(٨) انظر مثلا : أحكام السوق ليحيى بن عمر الكنانى بتحقيق محمود مكى ص ٥٢ .
^(٩) انظر : نهاية الرتبة في طلب الحسبة للشيرازي ص ٢١٨ .
^(١٠) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٣٠٥ .
^(١١) السابق ٣٠٦ .
^(١٢) نهاية الرتبة ص ٢٢٥ .

صيانة الأملاك بين الضرورات والحاجيات :

تشعر مناقشات دور الانعقاد الحادي عشر لمجلس مجمع الفقه الموقر أن بين الباحثين وبعض المتداخلين خلافا حول منزلة الصيانة ، هل تعد من الضروري في الدين أو تنزل منزلة الحاجي الذي يدخل على الناس بفواته حرج ومشقة ، لكنه لا يبلغ مبلغ الفساد المتوقع بفوات الضروري ؟ .

وعندي أن سياق الحوار يشي بأن الخلاف محله تقدير العقد على الصيانة في صورتها المعروفة ، وهل يترخص في ما يشوب هذه المعاملة من مخالفات بدواعي الضرورة ، التي تبيح المحذور، وتبرر ترك الأصل والقياس ؟ أم لا تبلغ هذا المبلغ فلا مجال للترخص ؟.

فإن صح تصوري فالخلاف خارج عن تقدير مصلحة الصيانة ذاتها ، وإن لم يصح فأقل ما قيل من الجميع إن الصيانة من الحاجي ، وقد تتعاضم مصلحة الحاجي من جهة تعلقه بالضروري حتى يكون في بعض الصور ضروريا ، يقول الشاطبي : " وكذلك الإجارة ضرورية وحاجية " ، وعلق عليه الشيخ دراز بقوله " وقد تكون الإجارة ضرورية كالاستئجار لإرضاع من لا مرضعة له ، وتربيته ، وقد تكون حاجية ، وهو الأكثر ، ومثله يقال في البيع وسائر المعاملات ، باعتبار توقف حفظ أحد الضروريات الخمس ، أو عدم التوقف " (١) .

والحفاظ على الحاجي مطلوب كيلا يختل الضروري ، يقول الشاطبي ، رحمه الله ، " الأمور الحاجية إنما هي حائمة حول هذا الحمى ، إذ هي تتردد على الضروريات تكملها ، بحيث ترتفع في القيام بها واكتسابها المشقات ، وتميل بهم فيها إلى التوسط والاعتدال في الأمور ، حتى تكون جارية على وجه لا يميل إلى إفراط ولا تفريط " (٢) .

وهذا ما أميل إليه في الصيانة كإجراء يستهدف عمارة الأموال ، وتميبتها ، وأميل إليه أيضا في طلبها والتعهد بها ، باعتباره من قبيل ما لا يتم الواجب إلا به .

(١) الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي بتحقيق وتعليق الشيخ محمد عبد الله دراز - ط المكتبة التجارية الكبرى/

مصر- ١٤/٢ .

(٢) السابق ١٧/٢ .

الفصل الثاني

أحكام الالتزام بالصيانة في صورته المختلفة

تمهيد :

في تعقيبه على البحوث المقدمة في عقود الصيانة لدور الانعقاد الحادي عشر زهد الدكتور الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان في تفاصيل صور الصيانة التي تعرضت لها البحوث، ودعا إلى صرف الجهود في تقرير الحكم القاعدي ، والعناية بالكليات ، دون الجزئيات ، فيما مال مقدمو البحوث وأكثر المعقبين إلى تتبع الجزئيات ، وسرد الصور ، وإيراد الحكم في كل واقعة على حدة .

وعندي أن الجمع بين الخطتين ممكن ، كأن تقرر مؤكدات الجواز ، ومناطات المنع أولا ، ثم ينظر في الصور الجزئية ليري ما يجوز منها ، وما يشوبه سبب أو أكثر يعكس جوازه ، والطريق إلى إمكانية إقرار العمل به مع ما يعتوره من خلل ، وعلى ذلك يأتي هذا الفصل في مبحثين :

أولهما : في مؤيدات مشروعية الالتزام بالصيانة وعوارضها .

الثاني : صور الالتزام بالصيانة في ميزان المشروعية .

المبحث الأول

مؤيدات مشروعية الالتزام بالصيانة وعوارضها

التأييد : التقوية ، والمؤيدات : مصطلح حقوقي في استعمال أهل الشام يرادف مصطلح الجزاءات في لغة الفكر القانوني المصري ، ويراد بها : الأحكام التي تكسب التشريع قوة، وتجعله مهيبا مطاعا ، وتنقسم في رأي الشيخ الزرقا إلى : ترغيبية وترهيبية (زواجر) ، ولما كان الإسلام نظاما إصلاحيا فالمؤيدات الترغيبية فيه كثيرة جدا ، إلا أن الترغيب فيما فيه للناس حظ عاجل قد يدق ، حيث يقف الشارع فيه موقفا ظاهره أقرب إلى الإباحة منه إلى الطلب المؤكد ، اكتفاء بما في جبلة الإنسان من الدوافع الباعثة على الاكتساب.(^١) .

أما العارض فيطلق ويراد به معان منها : الحائل ، والمانع ، والزائل غير الدائم ، أو هو خلاف الجوهرية أو الأصلي.(^٢) .

وعلى ما سنرى فمشروعية الالتزام أصل ، أما فساده فعارض يحول دون المشروعية لكنه يقبل الإزالة بقيد ما ، وفي ضوء هذا وضع عنوان المبحث .

(^١) مختصرا من كلام الشيخ مصطفى الزرقا . المدخل الفقهي العام ٢ / ٦٦٥ - ٢٦٨ متنا وحاشية .

(^٢) راجع : لسان العرب ، المعجم الوسيط ، إصدار مجمع اللغة العربية ، معجم الغني للدكتور عبد الغني أبو العزم ، مادة (ر غ ب) .

المطلب الأول

مؤيدات مشروعية الالتزام بالصيانة

كما رأينا فإن قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي قد انتهى في دور انعقاده الحادي عشر إلى تغليب إجازة عقد الصيانة بشرط أن تنزه موضوعاته عن الجهالة المفضية إلى المنازعة ، ومبنى الحكم بالجواز ، كما يظهر من البحوث المقدمة للمجمع ، وغيرها ، التأسيس على ما يلي :

(١) اعتبار أصل إباحة الأفعال ، وصحة العقود والشروط (١):

تقدم القول إن الالتزام بالصيانة ، باعتبار موضوعه وغايته ، التزام محدث ، يمثل تطورا لعقود والتزامات عقدية متنوعة ، استوجبه اتساع دور الآلات الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان ، والتطورات الكبيرة في فن البناء ، وما يلزمه من آلات وأجهزة ، وما يدعمه من تقنية معقدة ، تقتضي استمرار المحافظة على تشغيلها وعملها المستمر.

وبتقدير صحة هذا القول ، ولعدم الدليل على الحظر ، بيد أن هذا الالتزام من المعاني التي يمكن أن يرد الشرع بإباحتها أو حرمتها ، وتأسيسا على أن الصيانة من المنافع ، وترد على الأموال ، وعلى أن الالتزام بها من العادات ، والالتفات في العادات إلى المعاني ، والمتأمل في أحكام الشرع المتعلقة بجنس العادات يجدها مرتبطة بمصالح المكلفين ، باعتبار ما تقدم : يصح - على قول جمهور أهل العلم ، وهو ما اختاره جمع من المحققين - اعتبار الالتزام بالصيانة من المشروع أصلا ، موافقة لمقاصد الشريعة في شمول أحكامها لكل الحوادث والنوازل .

ويتفرع عن قاعدة الأصل في الأفعال الإباحة : أن الأصل في العقود الإباحة ، لأنها تعد نوعا من التصرفات الفعلية ، ولما كانت الشروط من الأفعال العادية ، والأصل في الأفعال العادية عدم التحريم ، فيستصحب هذا الأصل حتى يدل الدليل على التحريم ، فقد تفرع عن القاعدة أيضا أن الأصل في الشروط الصحة والإباحة .

(١) أفدت في تقرير أقوال أهل العلم في هذه المسألة من رسالة العلامة محمد سلام مذكور : الحكم التخيري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ، ط دار النهضة ١٩٦٨ ، بحث الدكتور : أحمد بن عبد الله الضويحي . قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة . نشر عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام محمد بن سعود ٢٠٠٧ ، ورسالة الماجستير للباحث موفق منور سدايو : الإباحة في الشريعة الإسلامية ، على الآلة الناسخة ، مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الملك عبد العزيز ١٩٨٠ . واعتماد أصل الإباحة في إجازة الانساق على الصيانة ظاهر في بحث الشيخين التسخيري ومحمد علي الترابي ، تأسيسا على كونه عقدا مستحدثا غير معهود في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يقيد تداوله أمر زائد مبین بدلالة زائدة ، ومع فقدته يؤخذ بعموم الظاهر في قوله تعالى (أوفوا بالعقود) ويحكم بصحة كل عقد ما لم يكن فيه خلل ممنوع شرعا . مجلة المجمع ١٣٠/٢/١١ ، أما بقية البحوث فتعتمد الأصل في العقود والشروط ، فالأصل في العقود الصحة ، والأصل في الشروط الجواز ، فلا يحرم من الشروط إلحاح الشارع اشتراطه .

(٢) العادة محكمة ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا

من فضول القول أن هاتين قاعدتين متفق على اعتبارهما في المذاهب ، قال القرافي :
"ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العوائد ... وليس كذلك ، أما العرف فمشارك بين
المذاهب ، ومن استقرأها وجددهم يحرصون عليها " (١) ومن ذلك قول السرخسي في
المبسوط " تعامل الناس من غير نكير أصل في الشرع " (٢) وقول السيوطي في الأشباه " اعلم
أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة " (٣) وقال ابن القيم
القصود في العقود معتبرة ، والمعروف عرفا كالمشروط لفظا " (٤) وما كان لهؤلاء الأئمة
ولا لغيرهم ألا يعتبروا العرف وقد تكررت الإحالة في القرآن والسنة على المعروف بين
الناس ، ورد الأحكام إليه ، ومن ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر كثيرا مما كان
عليه أهل الجاهلية على ما جرت به عاداتهم ، وقد أخذ الشاطبي وغيره من هذه الشواهد أن
" العوائد ضرورية الاعتبار شرعا " (٥) وتقرر عند المحققين أن " مراعاة العرف الذي لا فساد
فيه ضرب من ضروب المصلحة ، لا يصح أن يتركه الفقيه ، بل يجب الأخذ به " (٦).

والذين أجازوا عقد الصيانة مع تحمل الصانع تقديم مواد الإصلاح اليسيرة اعتبروه
استصناعا ، والاستصناع أجزى للحاجة ولتعامل الناس ، ومن أقر الالتزام بالصيانة بالشرط
في العقد أسسوه على أصول من أبرزها أنه شرط جرى به العرف ، وإن لم يقتضه العقد ،
بل لو لم يلائم مقتضاه ، بشرط ألا يخالف نهيا شرعيا ، ولله در العلامة ابن عابدين إذ
يقول " ولا يلزم من اعتبار العرف في هذه الحال أن يكون قاضيا على حديث (نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط) لأن الحديث معلل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن
المقصود به (٧) ، وهو قطع المنازعة ، والعرف ينفي النزاع ، فكان موافقا لمعنى الحديث ،
فلم يبق من الموانع إلا القياس ، والعرف قاض عليه " (٨)

والقاعدة في الاستصناع ، كما يقول الشيخ أبو سنة : " أن ما جرى العرف به صح
استصناعه كالخفاف والأحذية ، والأواني ، وأثاث المنزل ، وعدد الحرب والثياب ، وأما
تصريح فقهاءنا - أي الحنفية - بأنه لا يجوز استصناع الثياب فذلك مبني على عرفهم ،
لأن الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع ، أما الآن فقد فشا هذا التعامل بين التجار والصناع

(١) الذخيرة للقرافي ١٥٢/١ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٧ / ١٣ .

(٣) الأشباه والنظائر ص ٦٣ .

(٤) زاد المعاد ١٠٩/٥

(٥) الموافقات بتحقيق دراز ٥٧٣/٢ .

(٦) الإمام مالك للشيخ أبو زهرة ص ٣٥٣ ، وفي هذا المعنى البهجة شرح التحفة للتسولي ١١٥/٢ ، ورسائل ابن عابدين ١٢٠ / ٢

(٧) وفي سند الحديث كلام يأتي .

(٨) حاشية ابن عابدين على الدر ١٢٣ / ٤ ، وقد قيل إن المروي لا يصح حديثا ، كما سيأتي .

في البلدان " (١). ومتى تغير العرف وتعامل الناس بما لم يكن فيه تعامل ، كاستصناع الآلات ، والأجهزة ، وصيانتها ، جاز ، إذا أمكن ضبطها على وجه تنتفي المنازعة معه (٢).

وقد طرح مجمع الفقه الإسلامي موضوع "عقد الاستصناع" في دورته السابعة ، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوصه ، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله ، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات ، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة ، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر المجلس (ق ٦٥ ، ٧/٣) مايلي:

أولاً: إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط .

(٣) الناس على شروطهم ما وافق الحق

هذا شطر حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، صححه الألباني بمجموع طرقه من رواية: أبي هريرة ، وعائشة ، وأنس بن مالك ، وعمرو بن عوف ، ورافع بن خديج ، وعبد الله بن عمر ، رضي الله عنهم أجمعين (٣) ودلالته عند بعض أهل العلم ، وإليه أميل ، أن لإرادة العاقد في العقود سلطاناً ، أساسه ، كما يقول العلامة الشيخ أبو زهرة ، المزج بين قواعد العقد الثلاث ، وهي : جعل الرضا سبباً لنقل الحقوق وإسقاطها ، ووجوب الوفاء بالعقود ، " وقاعدة أن الشارع هو المرتب للحقوق في العقود ، - إذ- يتكون من المزج بينها أن العقود تتكون التزاماتها بإرادة العاقد ، ولكن ذلك بإعطاء الشارع ذلك الحكم لها ، وبما ألزم به المكلف من وجوب الوفاء بالعقود ، وعدم خفر العهود ، ذلك نظر ابن تيمية ، وبعض الحنابلة ، وبعض المالكيةوالذي نراه أنهلا خطر في جعل هذا السلطان للإرادة ، ما دام لم يخالف أمراً مقررراً في الشريعة ثبت بقياس ، أو أثر مشهور ، أو نص قطعي ، فإن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود ، ولا شك أن الوفاء بها تنفيذ لآثارها ، والعدالة توجب أن يكون للشخص سلطان فيما ينفذه بمقتضى تعهده ، وبمقتضى العقدة التي عقدها " (٤) .

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء ص ١٧٦.

(٢) انظر بحث الدكتور قحف ، مجلة المجمع ١٧٣ / ٢ / ١١ وما بعدها ، وقد ختم فضيلته كلامه بقوله " فإذا كان ذلك - يعني جريان العرف بالتعامل دون الإفضاء إلى نزاع - هو مناط الاستثناء من الفساد بالشرط الجعلي عند الأحناف فإنه ينطبق على شرط الصيانة في البيع ، بل إن هذا الشرط يحقق مصالح كل من البائع والمشتري معا "

(٣) انظر : صحيح الجامع ، رقم ٦٧٣٢ ، السلسلة الصحيحة رقم ٢٩١٥ ، غاية المرام رقم ٣٣٤ ، إرواء الغليل ١٣٠٣ .

(٤) مختصراً من المالكية ونظرية العقد ص ٢٥٧ وما بعدها . وفي هذا المعنى يقول الشيخ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٢٥ وما بعدها " العقود إنما شرعت للحاجة والمصلحة لا لمحض العبادة ، وأنها تنشأ وتوجد بإرادة العاقد الظاهرة ، وأن آثارها تتحدد كذلك بتلك الإرادة ، بشرط ألا تتجاوز الحدود التي بينها الشارع ، وأن العاقدان يلزمان بها بإيجاب من الشارع " . وقد خرج الدكتور منذر قحف (المجلة ١٧٥ / ٢ / ١١) مشروعياً اشتراط الصيانة على البائع على قول المالكية والحنابلة بقياس الانتفاع اليسير بكل مبيع بعد بيعه على سبيل الاستمرار ، أخذاً بحديث جابر أنه باع جملة واستثنى حملانه إلى المدينة ، باعتبار أن ثمن الصيانة يسير في العادة بالنسبة لثمن العين المبيعة ، كما سوغ المشروعية تخريجا على قول الحنابلة في تصحيح الشروط التي هي من مصلحة العقد ، ويعلم تحققها بالتجربة ، ككون الدابة حلوبا ، والبيغاء مصوتا .

على أن الإمام مالك ، وفقهاء المدينة السبعة أجازوا العهدة ، وهي ضمان المبيع من عيب أو استحقاق في زمن معين لاحق على قبض المشتري المبيع (١) ، ومحل العمل بالعهدة إن شُرطت عند البيع ، أو اعتيدت بين الناس ، أو حمل السلطان الناس عليها ، وهل تختص بالرقيق أو تجوز في جميع أصناف البيوع التي يقصد بها الماكسة والمحاكرة ، ما لم تكن بيعا في الذمة؟ خلاف ، والعهدة عند المالكية صغرى ، ومدتها ثلاثة أيام ، وتكون في كل عيب يحدث خلال الثلاثة أيام ، وكبرى : مدتها سنة ، ويضمن فيها البائع ما يحدث من عيوب ثلاثة : هي الجذام والجنون والبرص ، وقال ابن وهب : يُرد بذهاب العقل بجناية قياسا على الجنون ، وفي الذخيرة " وفي الكتاب : إذا توسوس رأس كل شهر فله الرد " (٢) . وفي بداية المجتهد " إنما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية " (٣) وفي تبصرة اللخمي : إنما خصت الأدوات الثلاثة وقدرت لها السنة لأن " ذلك مما لا يسرع ظهوره ، وإن ظهر في السنة كان دليلا على قدمه ، ويصح الرد بما يحدث في السنة الثانية ، أو أبعد من ذلك ، إذا كان ذلك بأحد أبويه ، لأنه لا يؤمن ظهور مثله بالابن ، وإن بعد سنين" (٤). وفسر القراي في تقدير السنة حتى يظهر أثر اختلاف الفصول على المبيع قياسا على العنين (٥) .

والمعنى الذي يستخلص من كلام المالكية هنا أن ضمان العهدة الطويلة يرد على أدواء باطنة ، لا يسرع ظهورها ، وإنما تمر بفترة حضانة سنة فأكثر ، وقد تكون من نزعة العرق ، أو الجين المتحى ، فإن ظهرت علامة ذلك في الأبوين احتمل أن يكون زمن العهدة أبعد من السنة ، ويثبت هذا النوع من ضمان النقيصة ، كما بيئت ، بالاشتراط ، أو التعارف ، وقد يفرض هذا الضمان الحاكم .

ولم أقف على فرع فقهي يشاكل الالتزام بصيانة المبيع خلال مدة معينة كهذا الفرع ، فعيوب الأجهزة ، والبرامج ، والمنشآت الحديثة ، لا تقل خفاء ، إن لم تزد ، عن أدواء الرقيق الثلاثة المذكورة ، وإذا احتيج إلى السنة للوقوف على الأمراض الخفية مع اختلاف الأجواء فالحاجة إلى مدة أطول في ضمان الأجهزة والمعدات والبرامج والمنشآت أنسب ، لأن عيوبها أبطأ في الظهور من الأمراض ، لاسيما إن علم بالملاحظة والتجربة أن للجزء ، أو القطعة ، مدة صلاحية ، لا يبدو عيبه قبل مضيها ، وقد أورد فضيلة الشيخ الإسلامي فتوى

(١) وهو ضمان زائد على ضمان الرد بالعيب الذي يقره جمهور العلماء .

(٢) انظر : التبصرة للخي ، بدراسة وتحقيق هاشم ناقور ، رسالة للدكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى ١٤٣٠ ج ١ ص ١٦٥ - ١٦٩ ، التلقين للقاضي عبد الوهاب بتحقيق محمد ثالث الغاني . نشر مكتبة مصطفى الباز بالرياض ومكة ٢ / ٣٩٢ ، بداية المجتهد لابن رشد - ط دار المعرفة ، السادسة - ٢ / ١٧٦ وما بعدها ، الذخيرة للقراي ٥ / ١١٤ - ١١٧ ، التوضيح في شرح جامع الأمهات للشيخ خليل بن إسحاق ، بضبط وتصحيح أحمد عبد الكريم نجيب ، من منشورات مركز نحبيويه للمخطوطات وخدمة التراث ٥ / ٤٩٢ - ٤٩٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ط دار الفكر - ٣ / ١١٢

(٣) بداية المجتهد ٢ / ١٨٤ ، وفي نفس المعنى الذخيرة للقراي ٥ / ١١٥ .

(٤) التبصرة ١ / ١٦٩ .

(٥) الذخيرة ٥ / ١١٥ ،

لابن عرفة فحواها : أن الجبن يوجد فاسدا يرد ، والحديد يوجد أحرش منقطعاً إذا دخل النار يرد ، لأن ذلك مما عملته الأيدي (١) وهي كائنص في مسألتنا ، وقد تحققت سياسة (حمل السلطان الناس عليها) التي بشر بها المالكية ، ففي عصرنا تعمد التنظيمات التجارية إلى جعل ضمان الأداء من التزامات البائع في بعض السلع ، كالأجهزة الكهربائية ، ووسائل النقل ، والآلات والمعدات (٢).

وعلى كلام المالكية فإنه إذا جاز التعهد بضمان سلامة المبيع خلال فترة معينة فالتعهد بإصلاحه وصيانته خلال تلك الفترة أجوز ، لما لذلك من أثر في تقليل حالات الفسخ ، ورد المبيع على البائع بالعيب (٣) ، وقد حكى ابن رشد في نحو ذلك اتفاق فقهاء الأمصار ، إلا ابن سريج من الشافعية ، قال " فإن اتفقا على أن يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك ، إلا ابن سريج من أصحاب الشافعي ، فإنه قال : ليس لهما ذلك ، لأنه خيار في مال فلم يكن له إسقاطه بغير عوض ، كخيار الشفعة ، قال القاضي عبد الوهاب : وهذا غلط ، لأن ذلك حق المشتري فله أن يستوفيه ، أعني أن يرد ويرجع بالثمن ، وله أن يعاوض على تركه " (٤).

(٤) مراعاة مصالح المكلفين

المقرر شرعاً أن المعاملات مبنية على مراعاة العلل والمصالح ، فالمصلحة هي مقصود الشرع ، وغاية الحكم ، وقد أسلفنا أن الصيانة ضرورة ، أو حاجة تلامس الضرورة ، ولا يستقيم عندئذ ألا يقر التعامل بها ، وإن شابتها شائبة من جهالة ، أو غرر ، لورودها في بعض صورها على مجهول حين العقد ، ففي منعها عنت ، وإدخال الحرج على الناس ، وقد عهدنا الشرع يجيز من المعاملات ما ورد على معدوم كالسلم لحاجة المفاليس ، والاستصناع لحاجة الصناع ، والجعالة لحاجة كثير من الناس ، حتى لا يضر فيها " جهالة العمل والعامل ، كما أنها لا تحتاج إلى عقد " (٥).

وقد استقرأ الدكتور منذر قحف (٦) المصالح في الصيانة فرصد منها :

(١) انظر لفضيلته : عقود الصيانة وتكييفها الشرعي ، مجلة المجمع ٢٠ / ٢ / ١١ ، وفضيلته يحيل على شرح ميارة على التحفة ٣٩ / ٢ .

(٢) ينظر مثلاً : العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ص (٣٠).

(٣) في هذا المعنى د. منذر قحف . مجلة المجمع ١٥٩ / ٢ / ١١ ، ١٦١ .

(٤) بداية المجتهد ١٧٨ / ٢ وهي المسألة التي تعرف بأررش العيب ، أو نقصان الثمن ، وهو عند جمهور العلماء البديل الأمثل عند تعذر الرد ، أو تعسره ، " ويمكن تشبيه شرط الصيانة ، وإلزام البائع بإصلاح عيب المبيع القابل للإصلاح بالأررش ، فالأررش تقويم لنقصان الثمن ، والصيانة تقويم لنقصان ثمن المبيع ، إذ تعيد المبيع إلى أصله المقصود من عقد ابتياعه " انظر : الالتزام بصيانة المبيع لممدوح مبروك ص ٤١ ، د. منذر قحف ١٧٦ / ٢ / ١١ وما بعدها ، وخاتمة كلامه : الصيانة موجب خلفي أقوى من الأررش " مما يعني أنها ينبغي أن تكون البديل الأول عن الرد بالعيب القابل للإصلاح ، سابقة في أفضليتها على الأررش " .

(٥) حكاة الدكتور إبراهيم الدبو (يرحمه الله) من كلام العلامة ابن القيم . حكم الجعالة في الشريعة الإسلامية ص ٦ .

(٦) انظر بحث فضيلته . مجلة المجمع ١٥٩ / ٢ / ١١ ، ١٦٠ - ١٦٥ ، ١٦٩ .

- ١- مصلحة طرفي العقد في استقرار العقود ، والتقليل من حالات الرجوع فيها بالرد بالعيب .
- ٢- مصلحة الصانع / البائع في التخفيف من عبء مسؤوليته عن عيوب الصناعة .
- ٣- مصلحة الصانع / الموزع في حفظ أسرار منتجه عن المنافسين .
- ٤- مصلحة الصانع / البائع في حسن السمعة ، واجتذاب العملاء ، واكتساب ثقتهم ، وما يثمر ذلك من زيادة مبيعاته ، ووفرة أرباحه.
- ٥- مصلحة المشتري في عدم تعطل الآلة كلية ، أو تقليل زمن تعطلها إلى أقل زمن ممكن ، فضلا عن تقليل نفقات التشغيل .
- ٦- مصلحة الملاك والمنتجين ومزودي الخدمات في دوام أصل الانتفاع ، والترقي إلى كماله .
- ٧- تحقيق السلامة العامة وتقادي مخاطر استعمال الآلات الخطرة .
- ٨- تمكين بيوت التمويل من إبرام عقود المراجعات والاستصناع التمويلي ، والمشاركات ، وسندات الأعيان المؤجرة ، فضلا عن الحفاظ على منافع الأعيان المؤجرة .
- ٩- ومجموع ما ذكره الدكتور قحف يصب في دعم الاقتصاد الوطني ، بزيادة الدخل أو الحفاظ عليه ، وتقليل الفاقد ، وتوفير فرص العمل ، فضلا عن حماية العاملين الحاليين من التعطل .

المطلب الثاني

عوارض مشروعية الالتزام بالصيانة

جوهر ما يرد على الالتزام بالصيانة أنه التزام بعمل قد لا يعلم فيكثفه الغرر ، ونظرا لما قد يتضمنه من تحمل قطع الغيار ، ولوازم الإصلاح ، فضلا عن العمل ، فإنه يعد من قبيل صفتين في صفقة ، وقد نهينا عنه ، ولو اشترط على البائع التزام الإصلاح كنا بصدد بيع وشرط ، ولو اشترط عليه العمل ، وتوريد قطع الغيار ، وتدريب عمال المشتري على أعمال الصيانة ، لأصبحنا بصدد شرطين ، أو شروط ، في عقد ، وكل ذلك مما نهى عنه .

أولا : الغرر في الالتزام بالصيانة :

بناء على تحليل النماذج المختلفة لصيانة بعض الأجهزة والمنشآت أوضح أصحاب الفضيلة مقدمو بحوث دور الانعقاد الحادي عشر أن أكثرها يشتمل على جهالة في مقدار العمل المطلوب ، وجهالة في مواعيد تقديمه ، وجهالة في مقدار القطع المستبدلة ، وأثمانها ، وأنواعها ، ومن ثم خلص الشيخ السلامي ، يوافق الشيخ الضرير في أكثر أقواله ، إلى

عدم جواز هذه الصور لما فيها من غرر كبير ، فيما ظهر له أن الأساتذة قحف ، والزرقا ، والتسخيري يقولون بالجواز ، ليسر ما فيها من غرر .

وعندي : أن متعهدو الصيانة ، ومسعاهم الرئيس هو تحقيق الربح ، لا يقدمون على التزامها في صورها المختلفة إلا وقد تحقق لديهم الظن الغالب ، بناء على الخبرة والتجربة وسابق الأعمال ، فضلا عن دراسات الحالة ، والدراسات المستقبلية ، بأن المقدار المطلوب من العمل ، كما وزمنا ، وقطع الغيار ، ومواد الإصلاح ، من زيوت وشحوم ونحوها ، وبرامج التحديث ، يتراوح - المطلوب من كل ذلك - بين حدين معلومين ، مما يجعل جهالة الصائن بالتزاماته جهالة يسيرة ، والغرر اليسير لا يفسد العقد ، كما هو معلوم^(١) ، بل غالب ما اطلعت عليه من العقود النمطية أنها تنص على أن خدمات الصيانة والدعم الفني تقدم خلال مدة محددة ، وفي أوقات معلومة ، ووفقا لأسعار وأتعاب موضحة بجداول وملحقات ، وأن شمول الصيانة للإضافات التي يحدثها العميل (من أجهزة وغيرها) مقبول متى كانت الإضافات لا تؤثر على نطاق خدمات الصيانة المتفق عليها ، أو على نظم التشغيل ، أو على طريقة عمل الأجهزة ، وبفرض الجهل بالإضافة فإن ما فيها من غرر يقع تبعا ، والغرر في التابع لا يؤثر^(٢) على أن من الشروط النمطية أن الصائن لا يتحمل بإصلاح الأعطال التي ترجع إلى سوء الاستخدام ، أو الإهمال ، أو فعل الغير ، أو القوة القاهرة ، الأمر الذي يعني أن مجمل الالتزامات متصورة عند التعاقد^(٣) .

بل أن غالب ظني أن الذي يخشى عليه في التزامات الصيانة هو طالب الصيانة لا الصائن ، نظرا لاحتراف الأخير ، وحاجة الأول ، ومقتضى قيام هذه المعاملة على المماكسة أن ذا الحاجة لا يقدم على إبرام عقد الصيانة إلا بعد دراسة العرض المقدم من الصائن ، واستيثاقه بأن ما يغرمه من مال في مقابل هذا الالتزام هو نظير ما سيسلم له من خدمات وأعمال ، والغرر الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في البيوع هو ما كان المبيع فيها متردداً بين أن يسلم للمشتري ، فيحصل المقصود بالعقد ، وبين أن يهلك المبيع ، فلا يحصل المقصود بالعقد ، وذلك كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها^(٤) . والظن هنا أنه سيحصل لطالب الصيانة المقصود بالعقد على كل حال ، فلا غرر إذاً ، وبفرض وجوده فإن الحاجة إلى

(١) وقد حده الدسوقي في الحاشية ٦٠/٣ بأنه " ما شأن الناس التسامح فيه " وهو معيار زكاه السنهوري في مصادر الحق ٥١/٣ لمروثته ، فقال "الواجب يقتضينا أن نسجل هنا للفقهاء الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى ، فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة ، أمكن معها تباير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات ، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير مسابرة الحضارات المتطورة في عصر " . وانظر في استعراض صور الغرر : الكثير ، واليسير ، والمتوسط بين الحدين (وهو موضع اختلاف العلماء في اعتباره وإهداره) رسالة الدكتور ياسين أحمد درادكة . نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية . دراسة مقارنة . نشر وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية الأردنية . ٩٥ / ١ - ٩٨ .

(٢) انظر الفروق للقراي في ١ / ١٥٠ وما بعدها ، المغني لابن قدامة ٨٢/٤ .

(٣) في هذا المعنى د. قحف ١٦٨ / ٢ / ١١ يقول سيادته : مقتضى الاحتراف أن يكون بوسع المحترف تحويل ما هو غير معروف ، بل غير ممكن التوقع من التزامات وأعباء إلى مقادير معلومة متيقنة ، بحيث يستطيع تخطيط وبرمجة أعماله المالية بحكمة ورشد .

(٤) ينظر: العقود لابن تيمية ص (٢٢٤).

الصيانة تبرر الفتوى بالجواز، على قول أهل العلم إن الغرر غير المؤثر هو اليسير أو ما تدعو إليه الحاجة.^(١)

ثانياً : الصيانة مع تقديم المواد وقطع الغيار من قبيل صفقتين في صفقة .

يرد على الالتزام بالصيانة مع تحمل الصائن مواد الصيانة ، أو قطع الغيار ، أن ذلك من قبيل صفقتين في صفقة ، والمعنى ذاته يرد على ما إذا اتفقا على الصيانة مع تقديم المواد وقطع الغيار، والبرامج الحديثة ، وإن على حساب الطالب ، وكذا لو اتفقا على أن يتولى الصائن تدريب عمال الطالب على أعمال الصيانة ، فضلاً عن قيام الصائن بهذه الأعمال ، ويعد كل ذلك من قبيل صفقتين في صفقة ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك .

والجواب : أما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة فثبت من رواية أحمد والبخاري والطبراني ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : رجال أحمد ثقات (٢). غير أن العلماء مختلفون في تفسير الصفقتين في صفقة ، فمنهم من حمله على معنى (البيعتين في بيعة) الثابت بحديث أبي هريرة عند مالك والترمذي والنسائي وأبي داود أن النبي صلى الله عليه وسلم " نهى عن بيعتين في بيعة " (٣) وقال الحنفية : الصفقتان أعم .

وعلى القولين فإنه لا يعم اجتماع كل عقدين ، بل الأصل عند جمهور أهل العلم أنه لا محذور في الجمع بين عقدين كل منهما جائز بمفرده ، ومن ثم فإن العلماء تأولوا الجمع المحذور في صور محصورة ، بعضها محل وفاق ، والأخرى محل خلاف ، والذي قاله سماك راوي الحديث : تفسيره أن يبيع الرجل المبيع فيقول : هو بنساء بكذا وكذا ، وهو بنقد بكذا وكذا ، أي ويفترقان على ذلك ، وقال ابن القيم " هذا هو معنى الحديث الذي لا معنى له غيره ، وهو مطابق لقوله صلى الله عليه وسلم " فله أوكسهما أو الربا " وقال الدكتور نزيه حماد : وبهذا التفسير يقول الشافعي ، وأحمد ، وأبو عبيد القاسم بن سلام^(٤) .

وقد خلص الدكتور نزيه من بحثه (اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة) إلى أن الجمع المحذور هو ما توافر فيه ضابط من الضوابط الثلاثة الآتية :

١- أن يكون الجمع بين العقدين / العقود محل نهى في نص شرعي ، كنهيه صلى الله عليه وسلم عن " بيع وسلف " .

(١) انظر مثلاً: بداية المجتهد ١٥٧/٢ ، بدائع الصنائع ١٧٤ / ٥ ، المجموع للنووي ٢٥٨/٩ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٩ ، المغني لابن قدامة ٦٥٦ / ٥ وما بعدها ، القواعد النورانية لابن تيمية ص ١١٨ .

(٢) انظر : منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار للشوكاني ١٥٢/٥ ، مجمع الزوائد ٨٤/٤ .

(٣) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٥٢/٥ ، وقال القاضي ابن العربي " وهو ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم صحيح " القبس شرح الموطأ ٦٦٣/٢ نقلاً عن د. نزيه حماد ، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢٥٥ حاشية ١ .

(٤) نيل الأوطار ١٥٢ / ٥ ، د. نزيه حماد ص ١٨١ .

٢- أن يترتب على الجمع بين العقدين / العقود توسل بما هو مشروع إلى محظور ، وفي معناه تفسير سماك المذكور آنفا .

٣- أن يكون العقدان فأكثر متضادين وضعاً ، ومتناقضين حكماً ، وهذا " إنما يكون في حالة توارد العقدين على محل واحد ، كما في الجمع بين هبة عين وبيعها ، أو هبتها وإجارتها ، أو هبتها والسلم فيها ، أو صرف دراهم بدنانير ، وقرض الدنانير لبائعها ، ... ونحو ذلك ، أما إذا تعدد المحل ، وانتفى التناظر والتضاد في الأحكام ، فلا حرج شرعاً في الجمع بينهما ، ولو كان هناك ثم تباين في الشروط والأحكام ، أو اختلاف في الموجبات والآثار ، إذ لا دليل على الحظر ، والأصل في العقود والمعاملات في الدنيا الإباحة ما لم يقد دليل شرعي مانع " (١) .

وبأدنى تأمل يظهر بُعد الالتزام بالصيانة في صورته الشائعة عن أي من هذه الضوابط الثلاثة ، ومن ثم لا يمنع منه بدلالة حديث " النهي عن صفقتين في صفقة " .

ثالثاً : اجتماع عقد وشرط .

وصورته أن يشتري السلعة التي تحتاج إلى صيانة ويشترط على بائعها أن يقوم بصيانتها مدة من الزمن ، وهو منهي عنه لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن : بيع وشرط .

وجوابه : أن ما روي لا يصح حديثاً (٢) والمحفوظ من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع ... " . أخرجه أصحاب السنن ، والطحاوي ، وغيرهم (٣) والصحيح من معنى الحديث الأخير ، كما يقول العلامة ابن القيم : أن الشرطين في البيع هما البيعتان في البيعة ، وهو بيع العينة (٤) ومن قال بصحة الأول - وهم الحنفية - يستثنى من الحظر الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد ، والشرط الذي جرى به العرف (٥) .

واشترط الصيانة في المعدات والمنشآت والأجهزة الحديثة غرضه الاطمئنان إلى سلامتها ، وكفاءتها العملية التي لا تظهر إلا بالاستعمال ، ومن مقتضى لزوم البيع أن

(١) د. نزيه حماد ص ٢٥٣ - ٢٦٩ .

(٢) قال الألباني : ضعيف جداً . سلسلة الأحاديث الضعيفة للألباني ٧٠٣/١ ، وقال الزيلعي في نصب الراية - ط الريان - ١٨/٤ " قال ابن القطان : وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث ، وقال ابن قدامة في المغني ٦/ ٣٢٣ : لم يصح ، وليس له أصل . وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في " الفتاوى ٦٣/١٨ " حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين وإنما يروى في حكاية منقطعة ، وقال في ١٣٢/٢٩ : يروى في حكاية عن أبي حنيفة وابن أبي سلمة وشريك ، ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث ، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء ، ذكروا أنه لا يعرف ، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه .

(٣) انظر : إرواء الغليل رقم ١٣٠٥ .

(٤) انظر : تهذيب سنن أبي داود وتوضيح مشكلاته ، بتحقيق إسماعيل بن غازي . نشر مكتبة المعارف بالرياض ١٧٠٥/٤ - ١٧٠٧ .

(٥) انظر مثلاً : العناية للبابرتي ، مع شرح فتح القدير على الهداية للكمال ، بتحقيق وتعليق عبد الرزاق المهدي . ط دار الكتب العلمية ٤٠٥ / ٦ وما بعدها .

يكون المبيع خاليا من العيوب التي تخل باستعماله فيما وضع له ، واشتراط صيانتها حتى تثبت صلاحيتها يؤكد هذا المقتضى ويقويه ، على أن هذا الشرط ، وشرط توريد قطع الغيار ، وتدريب عمال مقتني الأجهزة أو البرامج ، شروط متعارفة ، فتقبل على قول من يعتبر الأصل في الاشتراط الحظر .

أما من يرى الأصل في الاشتراط الإباحة - وهو الراجح - فلا يقر هذا العارض أصلا ، لأن الشروط المألوفة في الصيانة لا تحرم حلالا ، ولا تحل حراما ، ولا تناقض مقتضى العقد ، فلا محل لحظرها ، ناهيك عن القول بفساد العقد تأسيسا عليها .

المبحث الثاني

صور الالتزام بالصيانة في ميزان المشروعية

طرحت أمانة المجمع الصور التالية بغية تكييفها واستجلاء الحكم الفقهي فيها :

(١) صورة عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر ، وغير محتاج لمواد أخرى .

وهذه الصورة قد سبق لمؤتمر المجمع أن نظرها في دور الانعقاد الحادي عشر ، وقرر أنها تدرج ضمن إجازة الأعمال ، ويعد العامل هنا أجيرا مشتركا ، متى كان مستقلا في عمله ، لا يخضع لرقابة طالب الصيانة وإشرافه ، ولم يطعن على جوازها أحد .

(٢) صورة التزام الصيانة في عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاول بصنع شيء وصيانتها لمدة من الزمن .

وهذا الالتزام شائع - كما يقول بعض القانونيين - في عقود بيع المجموعات الصناعية الكبيرة ، من نوع تسليم المفتاح ، أو تسليم المنتج ، ومثاله : التعهد في عقد بيع مصنع لإنتاج الأرضيات.^(١)

ولا شك في جواز المقاولة ، لما أخرجه البخاري وغيره عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال : صنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما ، وقال " إنا اتخذنا خاتما ونقشنا فيه نقشا فلا ينقش عليه أحد " قال : فإني لأرى بريقه في خنصره . وما روى البخاري وغيره من حديث سهل بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إلى امرأة أن مربي غلامك النجار أن يعمل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس ، فأمرته فعملها فأرسلت بها إلى رسول الله ... فأمر بها فوضعت فجلس عليها " .

وللمقاولة دورها " الكبير في تنشيط الصناعة ، وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي فتجوز ، سواء قدم المقاول المادة والعمل معا ، وهو المسمى عند الفقهاء الاستصناع ، أو قدم المقاول العمل ، وهو المسمى عند الفقهاء الإجازة على العمل ،

^(١) انظر : د. جابر محجوب علي . خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة . ط ثانية دار النهضة العربية . مصر ١٩٩٨ ص ١٦٠ .

ولا يقبل في عقد المعاولة اشتراط نفي الضمان عن الما قول ، ولا يقبل اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد (١) .

إذن الذي لا يقبل هو اشتراط نفي الضمان والبراءة من العيوب ، أخذا بقول مالك - في غير الرقيق- ، وأحد أقوال الشافعي ، وأحمد في رواية ، وهو مذهب أهل الظاهر ، لما في هذا النفي وتلك البراءة من منافاة لمقتضى السلامة التي هي الأصل في المعاملات ، إنفاذا للأمر الشرعي بالوفاء بالعقود ، وموجبه : الإتيان بالعقد وافيا لا نقص فيه ، ومن منافاة لمقتضى النهي عن أكل المال بالباطل ، ولمبنى العقود على المساواة حقيقة وعادة .

وعلى النقيض من ذلك دعم سلامة المبيع (المصنوع) مدة من الزمن ، لأن غرضه الاطمئنان إلى سلامة المصنوع ، والوثوق بكفاءته العملية التي لا تظهر إلا بالاستعمال ، ومن مقتضى لزوم البيع أن يكون المبيع خاليا من العيوب التي تخل باستعماله فيما وضع له ، واشتراط صيانتها حتى تثبت صلاحيتها يؤكد هذا المقتضى ويقويه ، ولا يعترض على الجواز بدعوى الجهالة ، لأن الصيانة المقصودة هنا هي الصيانة الدورية ، وخبرة الما قول تجعل من ساعات الصيانة ، ومستلزماتها ، أمورا متصورة بالتخمين ، والتجربة المقربة إلى اليقين ، بل المألوف أن عقود المعاومات تتضمن من الوثائق والجداول والشروط ما يبين مقادير الأعمال ، ومقاييساتها ، وأوصافها ، وأوقاتها ، وأثمانها ، ونحو ذلك ، ما يضيق من أسباب النزاع ، ويدفع اللبس والاحتمال ، ويجب التتويه بأن الصورة المذكورة هي نموذج عقد الاستصناع ، لورود التعهد على العمل والعين في الذمة .

وقد أوجدت القوانين المعاصرة أنواعا من المسؤولية القانونية المتعلقة بالنظام العام لا يجوز التملص منها ، مثل مسؤولية الما قول والمهندس المعماري عن سلامة المنشآت والمباني ، والمسؤولية عن عيوب الصناعة ، لاسيما في المواد الدقيقة والخطرة ، مدة من الزمن ، حماية للمستصنعين من أضرار الغش المهني ، وهي ترجمة حقيقية لسياسة حمل الحاكم الناس على تحمل تبعة بعض العيوب التي لا تظهر إلا بعد زمن ، وهو ما كان يقول به المالكية كما أسلفنا ، ونميل مع كثير من مشايخنا إلى اعتباره ، نظرا لمقتضيات البناء والصناعة ونظم الإدارة والمعلومات في زماننا .

(٣) صورة عقد الصيانة المنفرد مع تعهد الصائن بإحضاره مواد الصيانة .

المادة المتعهد بتقديمها إما أن تكون من قبيل لوازم الصيانة ، كالزيوت والشحوم ووسائل التبريد والمنظفات ، وهذه متطلبات مما لا يعزب عن علم الصائن المحترف ، بل عادة ما تتم الصيانة وفقا للجداول التي ينصح بها الصانع ، وتلك تنص صراحة على الأعمال المطلوبة ، والمواد المستعملة لإنجازها ، وغالبا ما تلحظ تكلفة هذه المواد في الذهن عند تقدير أجر الصيانة ، فإذا كان الأمر كذلك فالتعهد بها صحيح ، لأنها تدخل تبعا

(١) راجع قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٢٩ (١٤/٣) ضمن قرارات الدورة الرابعة عشرة بالدوحة في ٨ - ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ / ١١ - ٢٠٠٣ / ١ / ١٦ .

في الالتزام بالصيانة كما يدخل في الجعالة ما يستعمله العامل من آلات تساعد على تحقيق مقصود الجاعل ، على أن يتحمل العامل نفقات استعمال الأدوات وتشغيلها ، كعلف الدابة ، وخيوط الحياكة، وهو مذهب الحنابلة ، والراجح عند المالكية ، وبه يقول الشافعية ، ما لم يبرهن العامل - على مذهب الشافعية - على أنه ينفقها على حساب الجاعل.^(١)

وإما أن تكون المواد المطلوبة من قبيل قطع الغيار ، وهذه في الصيانة الدورية معلومة وفقا للجداول التي ينصح بها المصنعون ، وغالبا ما ينص في عقود الصيانة على أن تكون هذه القطع جديدة ، ومن نوع القطع المستبدلة أو من نوع مشابه ، ومكفولة ضد أية عيوب فيها أو في طريقة تركيبها أثناء فترة سريان العقد ، وبذلك يقل ما في الالتزام بها من غرر، والغرر اليسير متسامح فيه ، وأما ثمن هذه القطع فمسألة يحسمها الشرط في العقد^(٢)، وقد رجحنا القول بصحة اشتراط ما فيه منفعة معلومة لأحد المتعاقدين مما لا يخالف الحق، وفي تقديري أن ثمن هذه القطع مما يلحظ في الذهن عند الاتفاق على أجر الصيانة . والغالب في العقود النمطية أن أثمان قطع الغيار يتحملها طالب الصيانة ، وعندئذ نكون بصدد إجارة ووكالة ، وهذان عقدان خليا من محاذير الجمع بين صفتين في صفقة فيصحان^(٣).

كما يقبل تعهد الصائن بتوفير قطع الغيار في الصيانة الطارئة (الإصلاحية) نيابة عن طالب الصيانة ، وعلى حسابه ، فغاية ما فيه أننا بصدد عقدين مجتمعين إجارة ووكالة ، ولا محذور في اجتماعهما ، على أن يضبط بيان عمل الصائن وأجره ، ووفقا للعقود النمطية يحدد الأجر حسب لائحة الأسعار المرفقة بالعقد .

(٤) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بإصلاح عطب الآلات مع تقديم قطع الغيار .

والفرق بين هذه الصورة وسابقتها أنها مخصوصة بالصيانة الإصلاحية (الطارئة) ، والظاهر من الصورة التي بعدها أن الصائن هنا يغرم ثمن قطع الغيار دون طالب الصيانة ، على أن ما يحصله من مقابل يكون عوضا عن العمل وقطع الغيار معا ، وهذه الصورة لا تخلو من خطر وجهالة ، فالعمل غير معروف، كما لا يعرف عند العقد المطلوب من قطع

(١) راجع : د. قحف ، مجلة المجمع ١٨٠/٢/١١ ، وفضيلته يشير هنا إلى الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١٩/١٥ - ٢٢٠ ، د. الضريير . مجلة المجمع ١٢١/٢/١١ ، وفضيلته يسرد في هذا الموطن قرار الندوة الفقهية الرابعة (الكويت ١٩٩٥/١٤١٦) حول عقود الصيانة . وخرَّج الشيخ الإسلامي الجواز على قول جمهور الفقهاء في تحمل الأجير المشترك لوازم الصنعة بالشرط أو نزولا على العرف . مجلة المجمع ٢٦/٢/١١ - ٢٨ ، وخلص فضيلته إلى أن المذاهب الأربعة متفقة على جواز اشتراط الشيء اليسير من المواد على العامل ، وإذا لم يشترط فالرجوع إلى العرف المعمول به في مكان العمل ، وقد تحقق فضيلته - وأؤيده في ذلك - من اشتغال عقود الصيانة على كل ما يلزم الصائن حتى في الأشياء التافهة " وهذه الطريقة محققة لما في الفقه الإسلامي " من وجوب رفع الغرر .

(٢) من هذا الرأي د. قحف . المجلة ١٨٠/٢/١١ .

(٣) انظر ما سبق في حكم العقود المجتمعة ، الشيخ الإسلامي . المجلة ٢٩/٢/١١ .

الغيار ، ومن ثم فبعض أهل العلم يردها للجهاالة التي تؤدي إلى المنازعة (١) فيما يرى آخرون القول بالجواز تأسيسا على أن المعقود عليه هنا هو الاستعداد طوال الفترة المتفق على الإصلاح خلالها ، وقياسه عقد الحراسة ، فإن عدم معلومية اللص لا يوجب الجهاالة في متعلقها ، واحتمال طروء العطب في الأجهزة مقدر ، أو قابل للتخمين ، في ضوء الاستقراء والدراسات والتجارب المقربة من اليقين ، فلا يكون فيه خطر عرفا (٢) وجوزها فريق ثالث باعتبار المعقود عليه جعالة ، والجعالة تحتمل الجهاالة في العمل ، ويتضمن محلها - على قول الشافعية والحنابلة - مشقة ومؤنة (٣) وجوزها فريق رابع اعتبارا بالجعالة ، وجريان العادة ، ومقتضى الحاجة (٤).

وعندي أن مجرد النظر يشي بأن قياس التعهد بالصيانة من العطب الطارئ فقط على الحراسة قياس مع الفارق ، لأن يقظة الحارس ترهب اللصوص ، ولا يحول استعداد الصائن دون عطب الآلة أو الجهاز ، وتقدير العطب إن أمكن في بعض الآلات والأجهزة فإنه يصعب في غيرها ، والجهاالة والمؤنة في الجعالة أخف كثيرا من التعهد بالصيانة الطارئة مع تحمل الصائن قطع الغيار فلا يستويان في الاعتبار ، والمعتبر للحاجة هو المتعين ، فإن أمكن دفع الحاجة بغيره فلا وجه لاستثنائه مع ما فيه من غرر .

ولكن إذا أخذ في الاعتبار ما يجري به العمل في الصيانة فالقول بالجواز يصبح موجها ، فالمعتاد أن الصيانة الإصلاحية لا تكاد تخص بعقد ، وإنما تأتي ضمنا في العقد على الصيانة الشاملة ، و" يصح تبعا ما لا يصح استقلالاً " (٥) وفي الصيانة الشاملة يسعى الصائن بجد لتقليل فرص الأعطال ، وبمراقبة الأداء يمكن توقع الأعطال قبل حدوثها ، فينتفي الغرر أو يقل ، والغرر اليسير لا يؤثر في الصحة ، على أن تصعيد إجراءات الصيانة إنما يتم وفقا لخطة متفق عليها بين المتعاقدين ، ومما هو شائع في العقود النمطية استبعاد الأعطال الناجمة عن سبب خارجي ، أو سوء الاستخدام ، أو تدخل غير الصائن ، وتابعيه ، في الإصلاح ، أو إجراء تعديلات ، كما تستبعد الأعطال الناجمة عن القوة القاهرة ، أو إتلاف الغير ، ولا يلزم الصائن بتعويض البيانات المخزنة متى فقدت بغير فعله أو فعل أحد تابعيه ، أما رسوم الصيانة فتسد بالقيمة والطريقة الموضحة في ملحق العقد .

(١) من هذا الرأي د. العائدي ص ٣٤٠ وما بعدها ، د. الضيرير . المجلة ١٢١/٢/١١ ، الشيخ السلامي . المجلة ٢٣٨/٢/١١ .

(٢) الشيخان التسخيري والترابي . المجلة ١٣٠/٢/١١ وما بعدها . د. محمد أنس الزرقا . عقود الصيانة وتكييفها الشرعي . مجلة المجمع ٢٠٩/٢/١١

(٣) د. قحف . المجلة ١٧٩/٢/١١ وما بعدها ،

(٤) د. أنس الزرقا . المجلة ٢٠٦ / ٢ / ١١ - ٢٠٨

(٥) انظر : القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة للنافعة للشيخ عبد الرحمن السعدي ، بتعليق الشيخ ابن عثيمين ص ١٨٥ ، والمراجع المشار إليها عندهما .

(٥) صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع الغيار على حساب صاحب المؤسسة مع حصوله على ربح نسبي معلوم .

إذا ورد العقد على الإصلاح ، واشترط فيه أن يلتزم الصائن بشراء قطع الغيار لحساب المؤسسة ، مع حصوله على ربح نسبي معلوم ، فالفرض أننا بصدد عقد صيانة ، ومواعدة على شراء عين ليشتريها الطالب بسعر شرائها مع زيادة ربح معلوم .
ولا مشكلة في الصيانة ، في ضوء ما أسلفنا من كلام أهل العلم ، إنما يثور الإشكال في هذا الشرط الزائد المقترن بالعقد .

فلا يقبل أن يكون موضوعه التعاقد على شراء قطع الغيار بسعر شرائها زائدا ربحا نسبيا ، لوروده على بيع ما ليس عند الصائن ، وقد نهينا عنه بحديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عند أصحاب السنن وأحمد والحاكم ، وغيرهم ، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عندك" ونحوه عند الترمذي من حديث حكيم بن حزام قال : نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندي " وهو حديث حسنه الترمذي ، وقال : " والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم ، كرهوا أن يبيع الرجل ما ليس عنده " (١) .

إنما تحتمل هذه الإضافة التسويغ شرعا إن اعتبرت مواعدة على شراء الطالب قطعة الغيار متى دخلت في ملك الصائن ، بقبضها قبضا معتبرا شرعا ، وجاز للصائن بيعها للطالب بسعر شرائها وإرباحه النسبة المشروطة ، كما هو قول جمهور العلماء في بيع المرابحة .

وقد قلت تحتمل لأن قرارات المؤتمرات الفقهية لم تلتق على كلمة سواء في لزوم المواعدة على الشراء قضاء لطرفيها ، فالمؤتمرين الأول (دبي ١٩٧٩م) والثاني (الكويت ١٩٨٣) للمصرف الإسلامي ، والندوة الاقتصادية الإسلامية (المدينة المنورة ١٩٨٣) قرروا أن " الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل ، واستقرار المعاملات " وهو قول ابن شبرمة ، ومذهب بعض السلف كالحسن البصري ، وعمر بن عبد العزيز ، واسحاق بن راهوية ، وهو مشهور مذهب المالكية إذا كان الوعد معلقا على سبب ، ودخل الموعد فيه ، وبه يقول كثير من المعاصرين ، وعليه عمل أكثر المصارف الإسلامية. فيما انتهى قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (٤٠- ٤١"٥/٢ ، ٥/٣") إلى أن " المواعدة تجوز بشرط الخيار للمتواعدين ، كليهما أو أحدهما ، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها - أي المرابحة - لا تجوز ، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه ، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم

(١) راجع أحاديث البيوع المنهي عنها ص ١٤١ - ١٤٥

عن بيع الإنسان ما ليس عنده ". وهو قول جمهور الفقهاء ، وإليه يميل بعض علمائنا المعاصرين .

وعندي أن ما عليه عمل أكثر المصارف الإسلامية أولى بالاعتبار ، تحقيقا لمصلحة الصائن والطالب ، لاسيما وأن عندية الحكم والتمكين^(١) تكاد تثبت جزما لمحترف الصيانة على قطع الغيار محل الحاجة ، خصوصا وأن الاتفاق النمطي يرد على قطع غيار معينة ، أو ما يشبهها ، مكفولة ضد أي عيوب فيها ، أو في طريقة تركيبها ، مدة سريان اتفاق الصيانة ، على أن من عادة الناس أنهم لا يقدمون على اقتناء منتج إلا بعد اطمئنانهم إلى توفر قطع غياره ، ولا يحتج هنا بتوقف إنتاج بعض المعدات ، وانقطاع قطع غيارها عن أيدي الناس ، لأن الظن بمؤسسات الصيانة الضمنية بسمعتها التجارية ألا تبرم اتفاقا تعلم من نفسها العجز عن الوفاء به ، وقد درجت الاتفاقات النمطية على استبعاد الأجهزة التي توقف العمل بها ، والتي أصبحت مهجورة ، أو غير معمول بها ، أو توقف إنتاجها من قبل المنتج ، درجت على استبعادها من خدمات الصيانة .

(٦) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بصيانة المعدات الموجودة عند العقد ، وما يمكن أن يضيفه صاحب المؤسسة من أجهزة جديدة .

ما نفهمه من صياغة بعض عقود الصيانة النمطية التي تيسر الاطلاع عليها أن الزيادة على الأجهزة الموجودة ، أو إجراء الإضافات عليها مقبولة في العمل متى كانت لا تؤثر على نطاق خدمات الصيانة المتفق عليها ، ولا على نظم التشغيل ، ولا على طريقة عمل الأجهزة ، فإن كانت تؤثر وجبت مراجعة المتعهد بالصيانة قبل إجراء الإضافة ، والاتفاق معه على إضافتها إلى الأجهزة موضوع الصيانة ، فإن قبل المتعهد فله الحق في أجر إضافي حسب لائحة الأسعار المعلنة ، على أن يُبلغ صاحب الأجهزة بتقديرات الأسعار الخاصة بصيانة القطع الإضافية عند طلبها .

فإن كان العمل كما فهمنا فلا غرر ، إذ العمل معلوم يقينا ، أو احتمالا يقارب اليقين ، والأجر محدد أو يتحدد عند الطلب ، فلم يبق للمنازعة سبب ، فيترجح القول بالجواز مقيدا بما جرى عليه العمل وفقا للاتفاقيات النمطية المنوه بها .

(٧) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالعمل على تحديث الأجهزة كلما جد جديد من البرامج ونظم التشغيل ، طيلة مدة العقد .

التحديث ، الدعم الفني ، الترخيص ، مصطلحات متقاربة المعنى في اتفاقيات ترخيص البرامج وصيانتها ، فصيانة البرامج والأجهزة جزء لا يتجزأ من ترخيص استعمالها ، بدعوى أنه لا جدوى من الحصول على حق استخدام برنامج ما ، ما لم يكن هذا الحق مقترنا

^(١) وهو ما فسره العلامة ابن القيم العندية في الحديث الشريف . (لا تبع ما ليس عندك) انظر تهذيب السنن ٢٩٩/٥

بالتزام بصيانة البرنامج ، وتقديم كل دعم فني ممكن ، بغية الاطمئنان على انتظام عمل النظام المعلوماتي المتكامل .^(١)

وفيما يمكن قيام المستخدم نفسه - أو أحد تابعيه - بصيانة البرنامج ، أو أن يُعهد بذلك إلى صائن محترف ، فإن الترخيص ببرنامج جديد ، أو بالبرنامج المطور ، لا يملكه إلا مؤلف البرنامج ، أو ذو الحق في التصرف فيه ، وكليلا ، أو موزعا ، أو مشتريا ، وفقا لنظم حماية حق الملكية الفكرية وبراءات الاختراع.

وفي ضوء هذا ؛ فإن الملتزم بالصيانة : إما أن يكون ذا الحق في الترخيص ، وإما أن يكون غيره ، فإن كان الأول فإن العمل جار على أن يلتزم تزويد المستخدم بنسخ من البرامج الجديدة التي تتضمن تعديلا أو تحسينا أو تطورا لوظائف البرنامج المرخص باستعماله ، على أن يُعلم المستخدم بالجدد وخصائصه قبل وقت كاف من إصدار هذا الجديد ، ولن يكون المستخدم ملزما باستخدام النسخة الجديدة إذا تضمنت تعديلا جوهريا في الخصائص الفنية للبرامج المرخصة ، أو تقليلا من كفاءتها ، ومتى قبل الجديد فله الحق في اختباره ، والتأكد من وفائه بالوظائف المعدلة ، ويعلن ذا الحق في الترخيص بموقفه خلال مدة معينة ، فإن جاوزها دون إعلان اعتبر قابلا للبرنامج الجديد .

وتكثيف هذه الصورة - فيما أرى - أنها تتضمن عقدا للصيانة ووعدا بالتحديث ، وهذا الوعد لا يتجاوز الإعلام بجدد البرامج ، دون إلزام المستخدم باستعماله ، وبفرض أن المتعهد والطالب تواعدا على التحديث كلما جدَّ جديد ، أو تم تحسين نوعية المستخدم أو تطويره ، فالتواعد - كما يقول العلامة ابن حزم " ليس بيعا ، فيجوز .. لأنه لم يأت نهي عن ذلك ، وكل ما حرم علينا قد فصل باسمه ، قال تعالى { وقد فصل لكم ما حرم عليكم .. الأنعام ١١٩ } فكل ما لم يفصل لنا تحريمه فهو حلال بنص القرآن " ^(٢).

والحكم ذاته أراه فيما لو كان المتعهد بالتحديث مجرد صائن ، لاحق له في البرنامج الجديد أو المحسن ، متى كان الواقع مجرد مواعدة على توفير الدعم الفني عند احتياجه ، اعتبارا بالمواعدة على المراجعة ، لأن جواز المعاملة على المراجعة يبرر جوازها على التولية من باب أولى .

(٨) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتدريب عمالة الطالب على إصلاح الأعطال .

تتفق كلمة الخبراء على أن العنصر البشري هو العامل الحاسم في القيام بأي نشاط اقتصادي ، وأن أي عملية تنمية لا يقدر لها النجاح إلا بجهود وخبرات العناصر البشرية المؤهلة بالمعارف الفنية والمهارات اللازمة لتأسيس الأنشطة الاقتصادية ، ويمثل غزو العمالة

^(١) انظر مثلا : موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات للمستشار فاروق الحنفاوي ج ٢ ص ٣٠٧ .

^(٢) المحلى لابن حزم .نشر إدارة الطباعة المنيرية بالقاهرة ٥١٣ /٨ .بتصرف يسير .

الوافدة الماهرة زيادة في النفقات العامة ، وضغطا على موازين المدفوعات الوطنية ، بل يصح القول إن النقص في العمالة الوطنية الماهرة يهدد اقتصاد البلاد .

وانطلاقا من هذا الواقع فإن اشتراط المؤسسة على الصائن أن يدرّب عمالها على إصلاح الأعطال وإكسابهم مهارة الصيانة تدعو إليه الحاجة ، وتستجبه المصلحة ، على أنه مما يجري به العمل ، بل قد تشترط بعض النظم على مقاولي الصيانة توظيف مواطنين وفقا لقوائم بيانات الوظائف المعدة من قبل المؤسسة الوطنية ، وكل ذلك يدعم - في رأبي - الجواز .

(٩) صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يضمن الصائن استمرار عمل المصون ، وأن يتحمل لصاحب المؤسسة تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتيا حتى يتم الإصلاح ، أو استبدال التالف .

الملتزم بالصيانة إما أن يكون بائع العين محل الصيانة ، وإما أن يكون مؤجرها ، وإما أن يكون مجرد متعاقد على الصيانة .

فإن كان المؤجر فهو ضامن المنفعة المقصودة من عقد الإجارة ، فتلزمه أعمال الصيانة التي يتوقف عليها أداء العين لهذه المنفعة ، باتفاق المذاهب الأربعة ، ولكنه لا يجبر على الإصلاح متى كان التلف كثيرا ، أو كان يحتاج إلى عين جديدة ، ويخير المستأجر بين الانتفاع بالعين على حالتها أو الفسخ ، إذا لم يقيم المؤجر بالإصلاح^(١).

وإن لم يبلغ التلف ما ذكرنا ؛ فالذي عليه العمل عند المالكية أن يجبر المالك على الإصلاح ، وبه يقول السرخسي ، والجويني ، والغزالي ، وحكي عن الحنابلة ، قال في الإنصاف : وهو الصواب ، قالوا : إن المؤجر يجبر على مرمة لا تحتاج إلى عين جديدة ، كإقامة جدار مائل ، وإصلاح متكسر ، وغلق تعسر فتحه^(٢) . ولعل وجهه أن اختيار الفسخ يضر بالمستأجر والمؤجر ، وإن لم يجبر المؤجر على الإصلاح لحق الضرر بالمستأجر ، لإمساكه العين معيبة ، أو يغرم إصلاحها مجبرا ، فاقتضت مصلحة الطرفين أن يجبر المؤجر على إصلاح التلف اليسير .

وعليه فإن ضمان المؤجر استمرار عمل العين المؤجرة مدة العقد ثابت بلاشك ، لكن لا يلزمه في قول الفقهاء تقديم عين بديلة ، حتى وإن لزمه الإصلاح ، لأن لزوم العين البديلة شاهد على كثرة التلف ، ولا يجبر المؤجر على الإصلاح إن كان التلف كثيرا .

^(١) انظر : رد المحتار - بتحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض - ١٠٩ / ٩ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٥٤ / ٤ ، نهاية المحتاج للرملي ٢٩٨ / ٥ ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٦٢ / ٥ .

^(٢) انظر : الذخيرة للقراي ٤٩٤ / ٥ ، حاشية الدسوقي ٥٤ / ٤ ، روضة الطالبين للنووي - بتحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض - ٢٨٣ / ٤ ، الإنصاف للمرداوي - بتحقيق محمد حامد الفقي - ٦٧ / ٦ .

ولكن هل يلزمه تقديم البديل خلال مدة الإصلاح ؟ الذي وقفت عليه من كلام النووي في الروضة أن المستوفى منه المعين لايجوز إبداله كما لا يبديل المبيع (١) وفي ذخيرة القرائي " ولو هلكت المكربة في بعض الطريق لا يأخذ دابة أخرى فيما بقي له ، لأنه كفسخ دين في دين ، إلا أن يكون بمنقطة فيجوز للمستعب ، كان الثاني مضمونا أو معيناً ، إذا كان الأول معيناً ، وكذلك لو شرطه في أصل العقد " (٢) .

وعندي أن مسألتنا بعيدة عن فسخ الدين بالدين ، لأنها لا تفضي إلى زيادة الدين على المدين مقابل الزيادة في الأجل ، ولا نراها ذريعة إليه (٣) فتبرأ من تهمة خوف الدين بالدين . وإن توهمنا أنها منها فهذا في البديل الكلي ، ومسألتنا في البديل المؤقت بالمدة اليسيرة اللازمة للإصلاح، وفيها مصلحة الطرفين ، مصلحة المستأجر في استمرار نشاطه ، ومصلحة المؤجر في عدم سقوط شيء من الكراء .

والأمر أيسر إن كان ملتزم الصيانة هو البائع ، وقد نقلنا عن المالكية قولهم بضمان العهدة في الرقيق ، وقيل في جميع أصناف البيوع التي يقصد بها الماكسة والمحاكرة ، ما لم تكن بيعاً في الذمة؟ ومحلّه - كما رأينا - ما لا يسرع ظهوره، وإن ظهر في السنة كان دليلاً على قدمه ، ويثبت هذا النوع من ضمان النقيصة ، كما بيّنت ، بالاشتراط ، أو التعارف ، وقد يفرض هذا الضمان الحاكم ، وقدمت أن عيوب الأجهزة ، والبرامج ، والمنشآت الحديثة ، لا تقل خفاءً ، إن لم تزد ، عن أدواء الرقيق الثلاثة المذكورة ، وإذا احتيج إلى السنة للوقوف على الأمراض الخفية مع اختلاف الأجواء فالحاجة إلى مدة أطول في ضمان الأجهزة والمعدات والبرامج والمنشآت أنسب ، لأن عيوبها أبطأ في الظهور من الأمراض ، لاسيما إن علم بالملاحظة والتجربة أن للجزء ، أو القطعة ، مدة صلاحية ، لا يبدو العيب قبل مضيها ، وعلى كلام المالكية فإنه إذا جاز التعهد بضمان سلامة المبيع خلال فترة معينة فالتعهد بإصلاحه وصيانته خلال تلك الفترة أجوز ، لما لذلك من أثر في تقليل حالات الفسخ ، ورد المبيع على البائع بالعيب (٤) ، وقد حكى ابن رشد اتفاق فقهاء الأمصار ، إلا ابن سريج من الشافعية ، على جواز تحمل أرش العيب بدلا من الرد (٥) ونحسب أن تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتياً حتى يتم الإصلاح ، أو استبدال التالف ، دون الأرش في الغرامة ، فيقبل .

(١) روضة الطالبين للنووي ٢٩٦/٤ .

(٢) الذخيرة للقرائفي ٤٨١/٥ .

(٣) راجع قرار مجمع الفقه الإسلامي في موضوع (فسخ الدين بالدين) في ختام دورته الثامنة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في ١٠ - ١٤/٣/١٤٢٧ الموافق ٨ - ١٢/٤/٢٠٠٦ ، وبحث الدكتور علي السالوس (فسخ الدين بالدين ، وتطبيقاته المعاصرة) وبحث الدكتور نزيه حماد (قلب الدين والأحكام المتعلقة به) .

(٤) في هذا المعنى د. منذر قحف . مجلة المجمع ١٥٩ / ٢ / ١١ ، ١٦١ .

(٥) بداية المجتهد ١٧٨ / ٢ وهي المسألة التي تعرف بأرش العيب ، أو نقصان الثمن ، وهو عند جمهور العلماء البديل الأمثل عند تعذر الرد ، أو تعسره ، "ويمكن تشبيهه شرط الصيانة ، والزام البائع بإصلاح عيب المبيع القابل للإصلاح بالأرش ، فالأرش تقويم لنقصان الثمن ، والصيانة تقويم لنقصان ثمن المبيع ، إذ تعيد المبيع إلى أصله المقصود من عقد ابتياعه " انظر: الالتزام بصيانة المبيع لممدوح مبروك ص ٤١ ، د. منذر قحف ١٧٦/٢/١١ وما

يبقى أن يكون الملتزم مجرد متعاقد على الصيانة ، ويفرق في شأن ضمانه بين أمرين :
أولهما : ضمان سلامة قطعة الغيار التي قدمها ، وكفاءتها للعمل مدة الاتفاق ، وشأنه
هنا شأن البائع في الضمان .

والثاني : ضمان العمل المأذون فيه ، وللفقهاء في ضمان الأجير المشترك كلام كثير ،
وخلافات متشعبة ، مبناها - أعنى الأقوال ومستنداتها - في الغالب على أصول وضوابط
اجتهادية ، مثل : الأصل في ضمان الأجير المشترك ، وماهية يده ، والعمل المأذون فيه ،
وتقدير سبب الضمان ، هل كان مما يمكن الاحتراز عنه أو مما لا يمكن الاحتراز عنه ،
ومع هذا فإنه ليؤخذ من أقوال الأكثرين أن الداخل تحت الإذن هو الداخل تحت العقد ،
والداخل تحت العقد هو العمل المصلح ، على أن المعاوضة تقتضى سلامة المعقود عليه^(١)
وأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فما تولد منه ينبغي أن يكون مضمونا أيضا^(٢)
وقد قدر بعضهم ما لا يمكن الاحتراز منه بكل أمر لا يعذر الأجير على استدراكه لو علم
به ، كالقوة القاهرة ، والآفة السماوية ، وتبعاً لذلك فإن للعادة ، والظاهر ، وقرائن
الأحوال ، دوراً فيما تقدم^(٣) فإذا أضفنا إلى ذلك أن كفاءة عمل الأجهزة بصورة جيدة ،
وإطالة فترة صلاحيتها للاستعمال ، والتعهد ببذل قصارى الجهد للتجديد بإصلاح
الأعطال ، مدة سريان الاتفاقية ، من التعهدات المعروفة في عقود الصيانة ، فإن كل ذلك
يسوغ القول بصحة هذا الضمان .

أما التزامه بأن يتحمل لصاحب المؤسسة تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتياً حتى يتم
الإصلاح ، أو استبدال التالف ، فلم أقف له على وجه ، لأن التزامه يرد على عمل ،
وإلزامه بتقديم عين مؤقتة ليس من مقتضى العقد ، إلا أن يكون التعطل نتيجة عمله ،
وقلنا ننزل التعويض العيني المؤقت منزلة غرامة القيمة ، حتى يصلح العطل ، جاء في تبصرة
الحكام لابن فرحون " وإذا أفسد الحائك الثوب ، وكان الغزل يوجد مثله ، فعليه مثله
ثانية بالأجرة الأولى ، وإن لم يوجد مثله فعليه قيمته وانفسخت الإجارة ، وقال أصبغ :
يأخذ - رب الثوب - قيمته ، ويأتيه بمثله ، فيعمله له ، ولا تنفسخ الإجارة " ^(٤).

بعدها ، وخاتمة كلامه : الصيانة موجب خلفي أقوى من الأرش " مما يعني أنها ينبغي أن تكون البديل الأول عن
الرد بالعيب القابل للإصلاح ، سابقة في أفضليتها على الأرش " .

- ^(١) انظر مثلاً : تبيين الحقائق للزليعي ١٣٥ / ٥ .
- ^(٢) المغني لابن قدامة ١١٩ / ٦ ، وقد نقلنا قبل عن ابن عرفة المالكي قوله (يضمن ما عملته الأيدي) .
- ^(٣) راجع في استعراض ضمان الأجير تفصيلاً : العبيدي . حسين بن عبد الله . الأرش وأحكامه (رسالة دكتوراة)
ضمن مشروع وزارة التعليم العالي السعودية لنشر ألف رسالة علمية . رقم ٥٤ . ٢٥ / ١٤٢٥ / ٢٠٠٤ ج ١ ص ٤٨٧ - ٤٩٦ ،
التلمساني ز أفنان بنت محمد . الضمان في عقد الإجارة ، دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة . رسالة للماجستير
مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى ١٤١٨ / ١٩٩٨ ص ٢٧٠ - ٢٨٧ ، ٢٩٣ - ٣٠٢ .
- ^(٤) تبصرة الحكام ٢ / ٢٢٩ ، وانظر : الذخيرة ٥ / ٥٢٣ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢ / ١٥٧ وما بعدها ،
القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ١٧٢ .

(١٠) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتعويض الأضرار التي تلحق صاحب المؤسسة بسبب الأعطال .

هذه صورة تحتمل تكييفين :

فإن كان الالتزام من جانب البائع ، ضامن العهدة ، أحتمل أن يقال عقد الصيانة هنا ذو طبيعة تأمينية ، فغرضه ضمان عدم التعطل ، والتعويض عن الأضرار الناجمة عنه إن وقع ، والحكم فيها كالحكم في التأمين جوازا ورفضاً ، وقد أجاز الدكتور منذر قحف التأمين بالصيانة متى كان بأسلوب التأمين التعاوني القائم على التبرع ، " لأن التبرعات تحتمل من الجهالة ما لا تحتمله المعاوضات " (١) وهو رأي يعكس قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٩ (٢/٩) ونصه : أولاً : أن عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد ، ولذا فهو حرام شرعاً . ثانياً : أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون...".

ولعل الأولى أن تعتبر معاملة مقترنة بشرط جزائي حاصله ضمان الصانع غرامة ما تولد عن إخلاله بالالتزامه من ضرر، وهذه المسألة حسب حقيقتها الماثلة في الفكر القانوني المعاصر (٢) - كما يقول بعض الباحثين - جديدة برمتها ، فقد عزَّ ذكرها في كلام السلف ، غير أن من المحدثين من صحح الشرط الجزائي ، وأوجب الأخذ به ، ما لم يكن للصانع عذر معتبر شرعاً (٣) ويرون أن في الفقه الإسلامي متسعاً للأخذ به (٤) فيجوز في المقاولات والاستصناع وإجارة الأعمال ونحوها (٥) ارتكازاً إلى الأصل القاضي بأن من تسبب في ضرر يتحمل تبعته (٦) ولا دليل على حصر الضمان في المثل أو القيمة ، ولا أعلم دليلاً ينافي مبدأ التعويض ، وليس في مسألتنا محذور التذرع إلى الربا الذي أنيط به منع الاتفاق المسبق على التعويض عند مطل المدين بالقرض (٧) .

وعلى ما تقدم فإنني أرى جواز الالتزام بتعويض الأضرار التي تترتب على تعطل المعدات والأجهزة محل الصيانة ، ويلزم به المتعهد إذا تعذر الوفاء بالالتزامه العيني المتفق عليه . والله أعلم .

(١) مجلة المجمع ١١/٢/١٨١١ .

(٢) وصورة الفرض القانوني كما ترسمه المادة ٧٨٦ من القانون المدني الأردني (يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة ، سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا ، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه) وانظر الوسيط للسنة ٢٠٠٦ - ٨٥٨ .

(٣) انظر فتوى هيئة كبار العلماء السعودية بتاريخ ٢١/٨/١٣٩٤ . مجلة البحوث الفقهية العدد ٢ ص ١٢١ .
(٤) المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا ٢/٧١٨ .

(٥) المعاملات المالية المعاصرة للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٧٨

(٦) انظر مثلاً : المغني لابن قدامة ٤/٢٨٩ ، الإنصاف للمرداوي ٤/٣٤٥ ، ٥/٢٤٩ ، نظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني ص ١٢٦ ، ٢٩٠ .

(٧) انظر مثلاً : قرارات مجمع الفقه الإسلامي أرقام : ٨٥ (٩/٢) ، ١٠٩ (١٢/٤) وفيه " يجوز أن يكون الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ، ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي ديناً ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه " .

مشروع القرار

(أما بعد : فإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره العشرين . بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع "استكمال عقود الصيانة " ، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ، قرر ما يلي:

الالتزام بالصيانة هو : تعهد مؤقت أساسه العقد ، أو الالتزام العقدي ، بالقيام بمجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على حالتها الصالحة لأداء المنفعة المطلوبة منها ، بصفة دورية أو طارئة ، وعلى ما يتفق الطرفان في شأن الأجر والخامات والأدوات .

وهذا الالتزام ، باعتبار موضوعه وغايته ، التزام محدث ، يمثل تطورا لعقود والتزامات عقدية متنوعة ، استوجبه اتساع دور الآلات الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان ، والتطورات الكبيرة في فن البناء وما يلزمه من آلات وأجهزة ، وما يدعمه من تقنية معقدة ، تقتضي استمرار المحافظة على تشغيلها وعملها المستمر

وأقل ما قيل في تقدير الصيانة إنها من الحاجي ، وقد تتعاضم مصلحة الحاجي من جهة تعلقه بالضروري حتى يكون في بعض الصور ضروريا ، وحيث لا نص على تحريم الالتزام بالصيانة ، ولا هو في معنى منصوص على منعه ، فقد وجب إبقاؤه على الإباحة ، فتكون مشروعية الالتزام بالصيانة أصلا ، أما فساده فيقع لعارض الغرر الأصلي الذي يجعل محل الالتزام مترددا بين أمرين ، أغلبهما أخوفهما ، وبتدقيق وثائق الصيانة المنمطة ، ومشارطاتها ، وملحقاتها ، فضلا عن التنظيم القانوني للمقاولات ، والأعراف المرعية فيها ، يبين توهم الغرر أو يسره ، أو أن ما يقع منه في الصيانة يقع تبعا ، لا أصالة ، وكل ذلك لا يمنع من المشروعية .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقد الصيانة في الفقه الإسلامي

إعداد

د. محمد عبد الرحيم سلطان العلماء

أستاذ الفقه وأصوله

جامعة الإمارات العربية المتحدة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فهذا بحث موجز تناولت فيه "عقد الصيانة في الفقه الإسلامي"، وهو من العقود المعاصر الحديثة، نشأ عن كثرة الصناعات والآلات الحديثة والأجهزة المتطورة ونحوها، مما يحتاج إلى صيانة وعناية، ضماناً لاستمرار منافعها أكبر وقت ممكن، ولعجز المشتري من صيانتها دون الرجوع للصانع أو أهل الاختصاص في هذه الصناعات. وقد استفدت من كتب المذاهب الأربعة، والدراسات والبحوث المعاصرة التي تناولت هذا العقد، ولا يزال هذا النوع من العقود بحاجة إلى مزيد من البحث والتحقيق، للخروج بضوابط شرعية له، وتكييف شرعي يوافق الشريعة الإسلامية التي هي صالحة لكل زمان ومكان، وقد اقتضت طبيعة الموضوع أن أقسم البحث على النحو الآتي:

- **المبحث الأول:** مفهوم الصيانة، وتناولت فيه معنى الصيانة لغةً وشرعاً، وذكرت أركان عقد الصيانة.
- **المبحث الثاني:** التكييف الفقهي لعقد الصيانة
- **المبحث الثالث:** شروط صحة عقد الصيانة.
- **المبحث الرابع:** الآثار المترتبة على عقد الصيانة.
- **المبحث الخامس:** صور عقد الصيانة وما يتعلق بها.

والله أسأل أن ينفع بهذا البحث، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وبالله التوفيق.

المبحث الأول

مفهوم الصيانة

تعريف الصيانة:

الصيانة في اللغة: بكسر الصاد وفتح النون من صان الشيء إذا حفظه. تقول صنته صوتاً وصياناً وصيانةً، فهو مصون، ويقال صان عرضَه: وقاه مما يعيبه. وتعني مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها⁽¹⁾.

الصيانة في الاصطلاح:

"إصلاح الشيء المعمر (السلع المعمرة) ، كلما طرأ عليه عطل أو أذى، من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه"⁽²⁾.

وعرّف الدكتور أحمد الحجي الكردي عقد الصيانة بتعريف جامع مانع فقال: "عقد معاوضة بين اثنين، يقال للأول الصائن، وللثاني: المصون له، يقدم بموجبه الصائن عملاً يتفق عليه وتحدد أوصافه وزمانه فيه.

موضوعه: جعل آلة معينة أو عقار معين أو غير ذلك للمصون له يستمر سليماً، منتجاً لمنافعه المعتادة، وذلك عن طريق مراقبته دورياً، وإصلاحه عند التعيب، بمقابل بدل معين من المال، يدفعه المصان له للصائن في أول العقد دفعة واحدة، أو على أقساط يتفق على مقدارها وزمانها في العقد"⁽³⁾.

أركان عقد الصيانة:

يشتمل عقد الصيانة على:

- (1) الصيغة: وهي تكون غالباً موثقة بالكتابة، يوقعها العاقدان الصائن والمصون له.
- (2) العاقدان: وهما طرفا عقد الصيانة ويشترط فيهما أن يتوافر فيهما شروط الأهلية الكاملة للتعاقد، وشروط البائع والمشتري في عقد البيع.
- (3) البضاعة المعقود عليها.
- (4) الثمن.

(1) المصباح المنير للفيومي، مادة: صون (352/1)، المعجم الوسيط (530/1)، معجم لغة الفقهاء: محمد رواس

القلعجي، حامد صادق قنبيي، ط2، دار النفائس، 1408هـ، 1988م، ج1، ص: 279.

(2) هذا تعريف الدكتور منذر قحف.

(3) بحوث وفتاوى فقهية معاصرة، للدكتور أحمد الحجي الكردي، ص 264.

المبحث الثاني

التكييف الفقهي لعقد الصيانة

ذهب بعض من الفقهاء المعاصرين إلى أن عقد الصيانة عقد جعالة، ومنهم من كَيّفه على أنه عقد استصناع، ومنهم من قال بأنه أقرب إلى الإجارة باعتبار أن الصائن كالأجير المشترك.

وأما أوجه التشابه التي يأخذون بها على أنها أقرب لعقد الجعالة⁽¹⁾، فهي:

(1) العقود عليه يجوز أن يكون مجهولاً، وإذا كان العقد في ميدان العمل على مجهول، فهو لا يجوز إلا على أنه عقد جعل⁽²⁾.

والجعالة شرعاً: التّزام عَوْضٍ مَعْلُومٍ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ مَعْلُومٍ أَوْ مَجْهُولٍ بِمُعَيَّنٍ أَوْ مَجْهُولٍ.

وَالْجَعَالَةُ عَلَى الْحَجِّ جَائِزَةٌ كَالِإِجَارَةِ لِأَنَّ الْجَعَالََةَ أَوْسَعُ حُكْمًا مِنَ الْإِجَارَةِ لِجَوَازِهَا مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ الْعَامِلِ فِيهَا وَمَعَ الْجَهْلِ بِالْعَمَلِ الْمَقْصُودِ بِهَا لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ مَنْ جَاءَنِي بِعَبْدِي الْآبِقِ فَلَهُ دِينَارٌ كَانَ ذَلِكَ جَائِزًا وَإِنْ كَانَ مَكَانُ ذَلِكَ الْعَبْدِ مَجْهُولًا وَالْجَائِي بِهِ مَجْهُولًا⁽³⁾.

ولا تجوز الجعالة إلا بعوض معلوم لأنه عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح فإن شرط له جعلاً مجهولاً استحق أجره المثل لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده كالبيع والنكاح⁽⁴⁾.

ويجوز عقد الجعالة لعامل غير معين، وعمل مجهول، فيقول: من رد ضالتي فله كذا للآية، ولأن الحاجة داعية إليه مع الجهل، فجاز كالمضاربة، ولا يجوز إلا بعوض معلوم؛ لأنه عقد معاوضة، فاشتراط العلم بعوضه كالإجارة، فإن شرط مجهولاً فسد، وله أجره المثل⁽⁵⁾.

(2) الجعالة عقد يقع على عمل الإنسان نظير عوض، والصيانة كذلك عقد يقع على عمل للإنسان نظير عوض.

(1) والجعالة هي: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم، أو مجهول يعسر ضبطه.

(2) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي (465/5).

(3) الحاوي الكبير للماوردي (275/4).

(4) المهذب في فقه الامام الشافعي للشيرازي (272/2).

(5) الكافي في فقه الامام أحمد، للمقدسي (187/2).

قال الماوردي: "لَوْ قَالَ حُجَّ عَنِّي بِنَفَقَتِكَ فَهَذِهِ جَعَالَةٌ فَاسِدَةٌ لِلْجَهْلِ بِالْعَوْضِ لِأَنَّ الْعَوْضَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا فِي الْجَعَالَةِ"⁽⁶⁾.

وقال الشيرازي: "وتجوز على عمل مجهول بمدلول الآية ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فجاز مع الجهالة كالمضاربة"⁽¹⁾.

وفي الإنصاف: "وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَصِحَّ الْجَعَالَةُ مَعَ الْجَهْلِ بِالْعَوْضِ، إِذَا كَانَ الْجَهْلُ لَا يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ. نَحْوُ أَنْ يَقُولَ " مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْآبِقِ. فَلَهُ نِصْفُهُ، وَمَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ ثُلُثُهَا"⁽²⁾.

(3) عقد الجعالة عقد جائز فلكل من الطرفين فسخه، وأن العوض فيها لا يستحق إلا بتمام العمل فيها. وَيَسْقُطُ بِالتَّرْكِ إِلَّا أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْجَاعِلُ عَلَى الْإِثْمَامِ فَيَكُونُ لَهُ مَا بَقِيَ وَقِيلَ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى نِسْبَةِ عَمَلِهِ وَلَوْ مَاتَ الْعَبْدُ سَقَطَ وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْجَعْلِ تَحَالَفَا وَوَجِبَ جَعْلُ الْمِثْلِ⁽³⁾.

وعقد الصيانة مثلها عقد جائزة كالجعالة ونحوها من العقود الجائزة التي فسخها.

قال الشيرازي: "يجوز لهما الفسخ قبل العمل فيما بعد الشروع في العمل فيجوز للعامل الرجوع فيه، ولا يجوز لصاحب العمل الا بعد أن يضمن للعامل أجرة ما عمل"⁽⁴⁾.

وقال ابن قدامة: "وأيهما فسخ قبل الشروع في العمل فلا شيء للعامل، وإن فسخه العامل قبل تمام العمل، فلا شيء له، لأنه إنما يستحق بعد الفراغ من عمله وقد تركه، وإن فسخه الجاعل بعد التلبس به، فعليه أجرة ما عمل العامل؛ لأنه إنما عمل بعوض لم يسلم له، وإن تم العمل، لزم العقد ووجب الجعل؛ لأنه استقر بتمام العمل"⁽⁵⁾.

ويمكن أن يتمخض عن عقد الصيانة عقد جعالة إذا تحققت في العقد هذه الأمور. كعقد من ضاعت دابته أو أبق عبده مع من يبذل مجهودا = معيناً أو عاماً - تبعاً لاختلاف المذاهب - ببذل مقدار من المال لمن يحقق له رغبته في رجوع العبد أو الدابة لحوزه⁽⁶⁾.

(6) الحاوي الكبير (4/276).

(1) المهذب في فقه الامام الشافعي 2/272.

(2) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 6/390.

(3) جامع الأمهات 1/442.

(4) التنبية للشيرازي 1/126.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد 2/186.

(6) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (11/ 329) بحث مقدم من الشيخ محمد مختار السلامي

أمثلة تبين مشابهة عقود الصيانة لعقد الجعالة :

يمكن أن ينظر إلى بعض عقود الصيانة بحيث نستطيع تخريجها على أساس أنها من عقود الجعالة، مثال ذلك إذا أعلنت إحدى الشركات أن الذي يقوم بعملية صيانة شاملة للمصنع المملوك لها والكائن في مكان كذا، فإنها تقدم له مكافأة إجمالية شاملة قدرها كذا، والحال أن هذا الإعلان موجه للمهندسين المتخصصين في صيانتها هذا النوع من المصانع. فلا شك أن هذا العقد يكيف على أنه عقد جعالة.

فلو أن بيت التمويل أعلن في الصحف أن من قام بإصلاح أجهزة التكييف في المبنى الكائن بشارع كذا فله كذا، فتقدمت إحدى الشركات، وتعاقد بيت التمويل معها، وذكر في العقد نوع العمل وتحديد قدر العوض، ثم ذكر في العقد أن الشركة لا تستحق هذا العوض إلا بعد تمام العمل، وأنها لو تركت العمل قبل إتمامه لا تستحق شيئاً، ووافقت الشركة على ذلك كان هذا العقد عقد جعالة مسمى باسم الصيانة⁽¹⁾.

وقد تناولت الموسوعة الفقهية الجعالة⁽²⁾ بمباحث عديدة مهمة، بسطت فيها الكلام عن الجهالة في مقدار العمل، وعن تقديم مواد استهلاكية وغيرها معلومة المقدار، وعن استعمال العامل لآلاته وأدواته الخاصة في عمله بقدر ووقت غير معلومين، من أجل الوصول إلى غرض الجعالة. كما تتحدث عن أهمية تحقيق (غرض الجاعل) بكامله دون تبويض. ولهذا الموضوع ارتباط مباشر بعقد الصيانة وعقد التعهد بالصيانة

ونصت أن الجعالة تصح "على عمل مجهول يعسر ضبطه وتعيينه"⁽³⁾، وهذا هو أهم ما يميز الجعالة عن الإجارة التي يشترط فيها العلم بالعمل. وأهم الأمثلة التي يضرّبونها لجهالة العمل في الجعالة الإتيان بحيوان ضال أو مال ضائع أو عبد آبق.

فالجعالة تحتمل الجهالة في العمل. والجهالة في مقدار العمل المطلوب في الصيانة قد لا تكون أكثر من الجهالة في مقداره في الجعالة كما وصفها الفقهاء.

ولسائل أن يسأل عن صحة الجعالة لصاحب قطيع من الإبل، أن يجعل مبلغاً شهرياً لمن يأتيه بما يضل منها، دون أن يخصص جعلاً مستقلاً كلما شرد منها بعير. أو لصاحب زروع ذات مواسم حصاد متتالية أن يجعل مبلغاً معيناً واحداً لمن يحصد له كل زروعه كلما آن وقت حصاد واحد منها.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (11 / 353) بحث مقدم من الشيخ الدكتور محمد أمين الضرير

(2) 208/15 - 239.

(3) الموسوعة الفقهية 209/15

ومثل ذلك من له آلات أن يجعل مبلغا مقطوعا أو شهريا لمن يصلح له ما تعطل منها ، طالما أن الجهالة محتملة في مقدار العمل المطلوب.

ومحل العقد في الجعالة "إتمام عمل"(4)، نحو تعليم حرفة أو إعادة مال ضائع أو تحصيل دين، أو مداواة مريض. وكذلك فإن عقد الصيانة وعقد التعهد بالصيانة محلها هو (إتمام عمل) معرف، وتحقيق مقصد واضح، هو إعادة السلعة (أو مجموعة السلع) المعمرة إلى عهدها المعتاد في إنتاج منافعها، وما يشترطه الفقهاء في محل عقد الجعالة من كونه مباحا، غير واجب على العامل، وأن يتضمن مشقة أو مؤنة (عند الشافعية والحنابلة) ، كل ذلك متوافر في عمل الصيانة.

وقد تحدثوا عن خياطة ثوب أو بناء حائط كمحل لعقد الجعالة(1).

وليس يفترق عن ذلك صيانة آلة أو بناء، بل قد يكون عقد الصيانة أولى بالجعالة من بناء الحائط أو خياطة الثوب، لأن البناء والخياطة تصلح فيها الإجارة، ولأن الجعالة أبيحت لحاجة الناس إليها رغم ما فيها من جهالة.

وفضلا عن ذلك، فإن محل عقد الجعالة يمكن أن يكون استمرار الحصول على سبل المنافع المعتاد، نحو استمرار توفر منفعة حركة سيارة ووقوفها بمواصفات ومعايير محددة معروفة للسيارة وللوقوف وللحركة عندئذ، ألا يمكن أن يشمل عقد الجعالة تقديم الصيانة المطلوبة للسيارة المشمولة بالعقد وتقديم منفعة بديلة مماثلة لفترة الصيانة؟ طالما عرفنا غرض الجاعل بأنه (استمرار حصول سبل من المنافع) .

ويدخل في عقد الجعالة ما يستعمله العامل من دابة وسرج وآلات بناء وآلات خياطة، وغير ذلك من آلات معمرة تساعد على تحقيق مقصود الجاعل، وعلى العامل علف الدابة ونفقة هذه الآلات(2).

والراجع عند المالكية أن النفقة على المال الجاعل عليه هي على العامل أيضا حتى يرد إلى مالكه، أما عند الشافعية فهذه النفقة، المبدولة لمال الجاعل في يد العامل، هي على العامل إلى أن يأذن بها الجاعل أو القاضي أو يشهد العامل على أنه ينفقها على حساب الجاعل. وقال الحنابلة هي على الجاعل على كل حال(3).

كل ذلك يدل على أن المواد الاستهلاكية التي تتطلبها عملية الإصلاح واستعمال الآلات التي تقتضيها الصيانة هي على العامل في الجعالة، لأنها من طبيعة العقد، أو

(4) ينظر: السابق 213/15

(1) ينظر: الموسوعة الفقهية 225/15.

(2) ينظر: المرجع السابق 219/15.

(3) ينظر: المرجع السابق 220/15.

أنها يمكن أن تكون على العامل بالشرط. بل قد نص الشافعية على أن الجعالة تكون في عمل فيه مشقة أو مؤنة.

أما ما ينفقه العامل من مواد استهلاكية للآلة المعقود على صيانتها ومن قطع تبديل (مثل المالكية بطعام العبد ولباسه) فهو مسألة خلافية يحسمها الشرط في العقد.

وكذلك فقد نص الشافعية على أن للجاعل أن يزيد (في العمل) المجاعل عليه، فلو رضي العامل بذلك، فليس له إلا الجعل(1). أي أن اشتراط دخول الآلات الجديدة لدى الجاعل في عقد الصيانة أمر جائز برضا العامل المجعول له.

وجهالة مقدار العمل تدعونا إلى النظر إلى وجوه الشبه بين الصيانة والجعالة من خلال الأبحاث المقدمة للمجمع الفقهي في دورته الحادية عشر.

عقد الصيانة مقارنا بالجعالة:

إن أقوى وجه للشبه بين الجعالة والصيانة هو جهالة مقدار العمل، مع وجود غاية يطلب من العامل تحقيقها ليستحق الجعل، وهي هنا سلامة الآلة بحيث تؤدي وظائفها المعتادة.

ولو كان العقد ليس صيانة، بل إصلاحا لخلل قد وقع فعلا لتأكد شبهه بالجعالة. أما الصيانة فإن بينها وبين الجعالة فروقا ثانوية، وأخرى جوهرية.

فروق ثانوية:

وهذه الفروق الثانوية محل اختلاف وتباين نظر بين الفقهاء فيمنعها مذهب وبييحتها آخر في الجعالة، مع وجودها في الصيانة، مثل:

(أ) منع تأقيت مدة العمل في الجعالة عند المالكية والشافعية، بينما الحنابلة يجيزون التأقيت (وهو موجود في عقود الصيانة دوماً)، وهو الأوجه في نظرنا، لأن فيه تقليلاً لجهالة العمل، وهذا حسن وليس مباحاً فقط⁽²⁾.

(ب) عدم لزوم الجعالة عند المجيزين لها إلا قول ضعيف عند المالكية يقول باللزوم على الطرفين حتى قبل شروع العامل في العمل⁽³⁾.

وعقود الصيانة لا مندوحة فيها عن اللزوم حتى قبل الشروع في العمل، لأن عدم اللزوم فيها ضار بالطرفين.

(1) ينظر: الموسوعة الفقهية 230/15

(2) ينظر: الموسوعة الفقهية، مادة جعالة، 210/15، 215، 216

(3) ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير: 275/2، الموسوعة الفقهية 211/15.

فروق جوهرية:

(1) ومن الفروق الجوهرية في نظرنا في الجعالة شرط أن يكون مقصود الجاعل لا يتحقق إلا بتمام العمل (مثل رد البعير الشارد، أو الحفر للوصول إلى الماء). أما إن كان بعض العمل يفي ببعض غرض الجاعل (مثل إشادة بعض البناء) فإن العقد المناسب هنا هو الإجارة على عمل، وليس الجعالة، لأن مؤدى هذه أن لا يستحق العمل الجعل ولم أتم بعض العمل إذا لم ينجزه كله، مع أن الجاعل ينفع بهذا البعض، وفي هذا إجحاف دعا فقهاء المالكية إلى منع الجعالة في مثل هذه الحالات⁽¹⁾، حيث بين اشتراط المالكية في العمل محل الجعالة أن لا ينتفع به الجاعل إلا بتمامه⁽²⁾.

ومن الواضح في عقود الصيانة التي نبعتها أن رب الآلة ينتفع بقيام الصائن عليها بعض مدة العقد، ولا يصح القول بأن مقصوده لا يتحقق منه شيء إلا بتمام المدة كلها. وهذا يتنافى مع تكييف الصيانة على أنها جعالة.

(2) وهناك فرق جوهرى آخر يتصل بالفرق السابق، وهو أن الزمن مقصود أصلي في عقد الصيانة، الذي يستهدف كما أسلفنا حفظ الآلة في حالة صالحة للعمل خلال فترة العقد فالصيانة عقد زمني بلا ريب تتحقق المنفعة فيه آناً بعد آن، شأن إجارة الأعيان وإجارة الأبدان، أما الجعالة على وجهها المعتاد فهدفنا تحقيق نتيجة معينة، ولو أمكن للعامل تحقيق النتيجة في ساعة لكان هذا أنفع للجاعل مما لو حققها بعد شهر.

(3) وفرق جوهرى ثالث نذكره هو أن صيانة الأعطال الطارئة يستحق الصائن فيها الأجرة ولو لم تطرأ أعطال خلال فترة العقد، فعقد الصيانة في هذا الجانب منه يشبه قول جاعل: "من التزم برد بعيري إذا شرد خلال العام القادم فله كذا، وله الجعل على التزامه هذا ولو لم يشرد البعير". وهذا أشبه بعقد التأمين على الأشياء منه بالجعالة.

ويستنتج مما سبق أن هناك شبه واضح بين عقد الصيانة المعاصر وعقد الجعالة المعروف في الفقه، لكن بينهما فروقا جوهرية تمنع في نظرنا اعتبار الصيانة جعالة مطلقة.

الفروقات التي تميز عقد الجعالة عن عقد الصيانة:

وأما الفروقات التي تميز عقد الجعالة عن الصيانة بحيث لا تنطبق أحكام الجعالة على الصيانة فهي:

(1) الجعالة وأحكامها: د. خالد رشيد الجميلي، ص 79 - 83.

(2) مقدمات ابن رشد: 635/2 - 636.

(1) إن عقد الصيانة عقد لازم للطرفين بعد توقيعه منصوص فيه متى يمكن أحد الطرفين من نقضه، ولا يكون ذلك إلا لقوة قاهرة كحرق المعمل أو حدوث حرب أو زلزال ونحو ذلك، واختيارياً عند انتهاء الفترة المحددة من العقد، مع شرط إعلام الطرف الراغب في عدم تجديد العقد للطرف الثاني إعلاماً موثقاً أنه لا يرغب في تجديد العقد. أما عقد الجعل فهو غير لازم.

(2) إن الجعل في الجعالة لا يتسلم منه العامل شيئاً إلا بعد إتمام العمل، فإذا لم يرد العبد أو الدابة فلا شيء له، وإذا حمل المتاع وتركه في نصف الطريق فلا يستحق، إلا إذا انتفع المالك بالمسافة التي قطعها حسبما هو مبين في كتب المذاهب الفقهية.

أما في عقود الصيانة فإنه ينص فيها على أن أجر الصائن مستحق عن كل فترة ويقبضها الصائن إما بالتصميم على أنها مقدمة في أول الشهر أو يقبضها عند نهاية كل شهر.

(3) إن الصيانة عقد محدد بأجل، أعني بذلك أن عقد الصيانة يتم بين صاحب المؤسسة على أنه سيستمر خمس سنوات أو ثلاث سنوات مثلاً، وبانتهائها ينتهي العقد ليعاد النظر فيه من جديد. هذا هو الإطار العام. ثم إن لكل طرف في نهاية السنة الحق في فسخ العقد مع إعلام الطرف الثاني قبل مدة محددة بثلاثة أشهر أو أكثر أو أقل برغبته في نهاية العقد، وهذا هو الإطار الخاص. وعقد الجعالة لا يجوز ضرب الأجل فيه⁽¹⁾.

وهاهي نصوص الفقهاء:

يقول خليل في مختصره، باب الإجارة: " (وفسدت مع جعل) يعلق عليه في الشرح الكبيرة: في صفقة واحدة لتتافرها، لما في الجعل من عدم لزومه بالعقد، وجواز الغرر، وعدم الأجل، أما الإجارة فإنها تلزم بالعقد، ويجوز فيها الأجل ولا يجوز فيها الغرر"⁽²⁾.

ويقول الهيثمي: "الجعالة تفارق الإجارة في جوازها على عمل مجهول وصحتها مع غير معين، وكونها جائزة، وعدم استحقاق العامل تسليم الجعل إلا بعد تسليم العمل، فلو شرط تعجيله فسد المسمى ووجب أجره المثل"⁽³⁾.

(1) ينظر: عقود الصيانة وكيفية الشرعي، للشيخ محمد المختار السلامي، بحث نشر في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (21379/2).

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 5/4.

(3) تحفة المحتاج: 363/6.

والملاحظ أن الجهالة في الجعالة ليست شرطا فيها، وإنما تجوز فقط. قال ابن حجر الهيتمي في التحفة: "وتصح على عمل مجهول وكذا معلوم في الأصح لأنها إذا جازت مع الجهل فمع العلم أولى"⁽⁴⁾.

ويقول ابن قدامة في المغني: "لأن الجعالة يحتمل فيها الغرر، وتجاوز مع جهالة العمل والمدة بخلاف الإجارة، وأن عقد الجعالة عقد جائز، وأن الإجارة إذا قدرت بمدة لزم العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها"⁽⁵⁾.

فهذه نصوص المذاهب تنفي أن يتصور في عقد الصيانة أنه عقد جعالة.

وكما قلنا بأن بعض الفقهاء كيف عقد الجعالة على أنه أجير مشترك، إذ إن عقد الصيانة هو عقد على عمل، والصائن لا يضع نفسه تحت تصرف مالك الآلة مدة معينة ليقوم بالصيانة خلالها، لأنه عادة ليس أجيراً خاصاً، لكنه أجير عام (مشترك) يبيع عمله في الصيانة لجهات كثيرة.

وفي التنف في الفتاوى من كتب الحنفية: "وأما الأجير المُشْتَرِكُ فَهُوَ الَّذِي يَتَقَبَّلُ الْأَعْمَالَ مِنَ النَّاسِ مِثْلَ الصَّبَاغِ وَالْقَصَارِ وَالنَسَاجِ وَالْإِسْكَافِ وَالْحَدَادِ وَالرَّاعِي لِلْقَوْمِ أَوْ لِلْقَرِيَةِ وَنَحْوِهِمْ"⁽¹⁾.

وقال الماوردي: "وَأَمَّا الْأَجِيرُ الْمُشْتَرِكُ فَهُوَ الَّذِي يَكُونُ عَمَلُهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ لِمُسْتَأْجِرِهِ مَعَ عَمَلِهِ لِمُسْتَأْجِرٍ آخَرَ كَالْقَصَّابِينَ وَالْخِيَّاطِينَ فِي حَوَائِثِهِمْ"⁽²⁾.

وقال ابن قدامة في المغني: "الأجير على ضربين: خاص ومشترك؛ فالخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها. سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس. والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين، أو على عمل معين في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها. كالكحال والطبيب، سمي مشتركا؛ لأنه يتقبل أعمالا لاثنتين وثلاثة فأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم فيشتركون في منفعتهم واستحقاقها، فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعتهم"⁽³⁾.

وجاء في الفتاوى الهندية: "اختلفت عبارة المشائخ في الحد الفاصل بين الأجير الخاص والأجير المشترك. قال بعضهم: الأجير المشترك من يستحق الأجر بالعمل لا بتسليم نفسه. والأجير الخاص من يستحق الأجر لتسليم نفسه وبمضي المدة، ولا

(4) تحفة المحتاج: 369/6.

(5) المغني لابن قدامة 21/6.

(1) التنف في الفتاوى 516/2.

(2) الحاوي الكبير 425/7.

(3) المغني: 388/5.

يشترط العمل في حقه لاستحقاق الأجر. وقال بعضهم: الأجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد، والأجير الخاص من يتقبل العمل من واحد⁽³⁾.

فالمعيار عند الفريق الأول هو ما يستحق به العامل الأجر، وعند الفريق الثاني هو تسليم النفس في المدة المحددة بالعقد. وعقد الصيانة على كلا التعريفين هو من قسم الأجير المشترك؛ لأن الصائن يستحق أجره بالوفاء بالعمل المتفق عليه في المدة المحددة المتفق عليها. وإذا اجتمع العمل والمدة وكان المقصود الأساس هو العمل فهو أجير مشترك.

وكذلك على التعريف الثاني فإن الصائن لا يقصر نفسه على مؤسسة واحدة، وإنما هو يعقد عقوداً مع عدد من المؤسسات تبعاً لإمكاناته.

لكن الصيانة تختلف عن الأعمال المألوف تأديتها من الأجراء العاملين، كالنجار والخياط في أمرين:

(أ) جهالة مقدار العمل فيما يتصل بالصيانة الطارئة العلاجية، وهي جزء من عقود الصيانة في العادة. فلو قلنا بجهالة مقدار العمل لأصبح العقد جعالة لا إجارة .

(ب) الالتزام بتقديم قطع التبدل من الصائن بالإضافة للعمل ولهذه القطع قيمة ذات شأن في العادة ، وذلك بالنظر إلى أن ترميم المنزل وتصليحه على مالك العين لا مالك المنفعة .

عقد الصيانة مقارناً بالاستصناع:

فإن عقد الصيانة يشبه الاستصناع في هاتين النقطتين، لأن الصائن يقدم العمل والمواد وقطع الغيار، كما يشبه في أن الثمن فيهما قد يكون معجلاً أو مؤجلاً أو منجماً على أقساط (بينما اتفقوا في الجعالة على أن الجعل لا يستحق إلا بتمام العمل) .

ومن أوجه الاختلاف بينهما: أن الصيانة عقد زمني وليس كذلك الاستصناع، كما أنه في الصيانة الطارئة تستحق الأجرة ولو لم تطراً أعطال تقتضي عملاً ، بينما الاستصناع - على تكييفه بأنه عقد على عمل - لا بد فيه من العمل.

ترجيح اعتبار الصيانة عقداً مستقلاً:

يبدو لنا في ضوء مقارنة الصيانة بالعقود القريبة منها، كالجعالة والإجارة والاستصناع، أنها لا تشبه أيّاً منها تمام الشبه، فيصعب من ثم تطبيق جميع أحكام أحد هذه العقود على الصيانة.

ولعل الأيسر والأبعد عن التكلف اعتبار الصيانة عقداً مستقلاً، من صنف عقود الإجارة على العمل، مع تمييزه بالخصائص التالية:

(3) الفتاوى الهندية: 500/4

- (أ) محل العقد عمل بعضه وهو الصيانة الدورية، معلوم؛ وبعضه وهو الصيانة الطارئة، مجهول، لكنه مقدر بغاية محددة، هي استبقاء الشيء في حالة يؤدي فيها وظيفته المعتادة.
- (ب) يقدم الصائن عادة المواد وقطع التبدل. (وهذا خلال الأصل في الجعالة وإجارة الأبدان، ووفق الأصل في الاستصناع).
- (ج) وقد يتفق على أن يوفر رب الآلة المواد وقطع التبدل، أو يوكل الصائن بشرائها.
- (د) ج- يستحق الصائن الأجرة، طالما حقق غاية العقد والتزم شروطه، بصرف النظر عن ظهور حاجة إلى صيانة طارئة وعن مقدارها. (وهذا يشبه جهالة العمل في الجعالة وتحديد غاية يستحق الجعل ببلوغها، بصرف النظر عن مقدار العمل).
- (هـ) د- يجوز أن تعجل الأجرة أو تؤجل أو تتجم بحسب الاتفاق (وهذا خلاف الجعالة، ووفق إجارة الأبدان والاستصناع عند الحنفية).
- (و) هـ- العقد لازم للطرفين ما لم يشترط الخيار (وهذا موافق لإجارة الأبدان والأعيان، وخلاف الأصل في الجعالة والاستصناع).
- (ز) و- الصيانة عقد زمني كالإجارة لا بد فيه من تحديد المدة (بخلاف الجعالة عند المالكية والشافعية).

المبحث الثالث

شروط صحة عقد الصيانة

ذكر بعض الفقهاء المعاصرين شروطاً يجب أن تتوافر في عقد الصيانة، وهي مستخلصة مما ذكره الفقهاء في العقود المشابهة التي تشبه عقد الصيانة، وهذه الشروط هي:

(1) أن يكون للعاقدين كامل الأهلية، ومطلق تصرف كل في ماله، غير محجور عليهما في المال لأي سبب من أسباب الحجر.

(2) أن يكون العمل موضع العقد مشروعاً غير محرم في الشريعة، ولامخالفاً للقوانين، فلا يجوز التعاقد على صيانة مصنع للخمر، ولا أجهزة اللهو المحرم والقمار ونحوها.

(3) أن يكون الصانع قادراً على القيام بالعمل المتفق عليه عند التعاقد بنفسه أو عماله، كما يشترط في الإجارة والجماعة.

(4) أن يكون العمل موضع التعاقد في الصيانة معلوماً عند التعاقد، خالية من جهالة فاحشة، مفضية للنزاع، أما الجهالة اليسيرة فمحملة لاتضر بالعقد، وكذلك الجهالة المنضبطة، وذلك إلحاقاً له بعقود المزارعة والمساقاة والجماعة، فنها تحتوي على جهالة وغرر غير فاحشة، وقد أجازهما الشرع الحنيف، نظراً للحاجة إليها، فكذلك هذا العقد إذا ضبط بالشروط الآتية:

(أ) تعيين الشيء المتفق على صيانتة.

(ب) تعيين نوع الصيانة المطلوبة بالدقة، حسماً للنزاع، بتحديد شروط ومواصفات ينص عليها العقد، ويحددها الخبراء.

(ج) تعيين فترات الصيانة الدورية أسبوعياً أو شهرياً، أو سنوياً، وشكلها وطبيعتها.

(5) تحديد مدة عقد الصيانة، مع تحديد البدء.

(6) تحديد أجر الصيانة وطريقة دفعها للصائن، وتاريخ كل دفع.

(7) تحديد الآلات اللازمة للصيانة، والطرف الذي عليه تأمينها، الصائن أو المصون له، كالعدة وسيارات النقل.

(8) تحديد المواد اللازمة للصيانة الدورية كالزيوت وقطع غيار، والجهة التي عليها توفيرها، وذلك محصور بما هو مظنون الحاجة إليها غالباً.

(9) لا يدخل في أعمال الصيانة ترميم ما ينتج من التعدي (سوء التصرف)، كما لا يدخل فيها إصلاح الأعطال النادرة، كالأعطال الناتجة عن الحروب والكوارث ونحوها لما فيها من الغرر الشديد، فإن اشترطت فسد عقد الصيانة كله، لما فيها من الجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع والغرر.

(10) يدخل في أعمال الصيانة فقط الأعمال المظنونة مع حسن استعمال الآلة⁽¹⁾.

(1) بحوث وفتاوى فقهية معاصرة، للدكتور أحمد الحجي الكردي، ص 265 - 266.

المبحث الرابع

الأثار المترتبة على عقد الصيانة

إذا تم عقد الصيانة واستوفى أركانه وشروطه، ترتب على ذلك آثاره وأحكامه،
ومن أهمها:

- (1) عقد الصيانة لازم للطرفين، فلا يجوز فسخه بإرادة طرف واحد، كالإجارة.
- (2) يجوز أن يحتوي العقد على خيار الشرط لأحد المتعاقدين أو كليهما، لمدة متفق عليها، فيكون لصاحب الخيار فسخه في المدة المشروطة، ما لم يسقط خياره.
- (3) يجوز فسخ عقد الصيانة من قبل أحد طرفي العقد للأعذار الطارئة غير المتوقعة عند التعاقد، المبيحة لفسخ عقد الإجارة عند الأحناف، كسرقة الآلة المتفق على صيانتها مثلاً، أو خراب الدار المتفق على صيانتها بزلزال أو كارثة، ونحوها.
- (4) إذا امتنع الصائن عن القيام بأعمال الصيانة المتفق عليها لعذر أو غير عذر، فاللطرف الثاني أن يتوقف عن دفع الأجرة المتفق عليها إن لم يكن قد دفعها سابقاً وإن لم يصبه من ذلك ضرر، فإن أصابه ضرر من ذلك كان له مع التوقف عن الدفع فسخ عقد الصيانة بإرادته المنفردة، واسترداد ما دفع للصائن من أول المدة، وذلك أخذاً من مذهب الحنابلة⁽²⁾ في جواز فسخ عقود المعاوضة عند امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه، إذا أصاب الطرف الثاني ضرر، وقياساً على الجعالة.
- (5) يفسخ عقد الصيانة بموت أحد العاقدين أو جنونه، أو بانحلال الشركة إن كان الصائن شركة ذات شخصية اعتبارية، أخذاً بمذهب الحنفية في فسخ الإجارة بذلك، وعندها تطبق على هذه الحالة أحكام امتناع الصائن عن تنفيذ أعمال الصيانة المتفق عليها⁽³⁾.

وينبغي التنبيه إلى أن اشتراط الصيانة في عقد البيع للآلة وما إليها هو شرط فاسد في الأصل، ومؤثر في البيع، لأنه مؤدٍ للنزاع غالباً، إلا أنه لجريان العرف به في أكثر بلدان المسلمين، ولقول بعض الفقهاء بجواز مثل هذا الشرط إذا لم يثبت عن الشرع نص بالمنع منه، أو كان مخالفاً لمقتضى العقد، كما هو مذهب الحنابلة، قال البهوتي: " (أَوْ شَرَطَ مُشْتَرٍ نَفْعَ بَائِعٍ فِي مَبِيعٍ) كَأَشْتَرَاطِهِ عَلَيْهِ (حَمَلَ الْحَطَبِ) الْمَبِيعِ (أَوْ تَكْسِيرِهِ أَوْ خِيَاطَةَ ثَوْبٍ) مَبِيعٍ (أَوْ تَفْصِيلَهُ ، أَوْ حَصَادَ زَرْعٍ) مَبِيعٍ (أَوْ جَزَّ رَطَّةً)

(2) ينظر: كشاف القناع للبهوتي 240/3.

(3) بحوث وفتاوى فقهية معاصرة، للدكتور أحمد الحجي الكردي، ص 267- 268.

مَبِيعَةٍ (وَنَحْوُهُ) كَضَرْبِ قِطْعَةٍ حَدِيدٍ اشْتَرَاهَا مِنْهُ سَيْفًا أَوْ نَحْوَهُ (صَحَّ) الشَّرْطُ ؛
لِأَنَّ غَايَتَهُ أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنًا وَإِجَارَةً ، وَهُوَ صَحِيحٌ ، (إِنْ كَانَ) النَّفْعُ (مَعْلُومًا وَكَلِمَةُ الْبَائِعِ
فِعْلُهُ) وَفَاءً بِالشَّرْطِ (فَلَوْ شَرَطَ) الْمُشْتَرِي (الْحَمْلَ إِلَى مَنْزِلِهِ ، وَهُوَ) أَيُّ : الْبَائِعُ (لَا
يَعْرِفُهُ) أَيُّ : الْمَنْزِلَ (لَمْ يَصِحَّ) الشَّرْطُ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِذَلِكَ ابْتِدَاءً قَالَهُ فِي شَرْحِ
الْمُنْتَهَى وَظَاهِرُهُ صِحَّةُ الْبَيْعِ”⁽¹⁾ .

(1) كشاف القناع للبهوتي 240/3

المبحث الخامس

صور عقود الصيانة وما يتعلق بها

وفيما يلي بيان لصور عقود الصيانة وما يتعلق بها من أحكام:

1. تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد والمحتاج إلى مادة والمتعهد بالمادة الصائن:

هذا النوع من عقود الصيانة يتضمن عقد إجارة ويتضمن عقد بيع للمواد من الصائن إلى صاحب الشيء المصون فهو عقد اجتمع فيه عقدان: البيع والإجارة، فهو صفقتان في صفقة، وأما أن يشمله النهي الوارد في حديث صفقتين في صفقة.

فمن عبد الله بن مسعود قال: نهى النبي صلى الله عليه وسلم "عن صفقتين في صفقة واحدة"⁽¹⁾، وأخرجه أيضا البزار والطبراني في الكبير والأوسط، ولفظ الطبراني في الأوسط: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تحل صفقتان في صفقة) ولفظه في الكبير (الصفقة بالصفقتين ربا) وهو موقوف⁽²⁾.

هذا الحديث قال بعض العلماء أنه موقوف، وعلى فرض رفعه فقد اختلف في تفسيره، فقد فسره سماك، وهو أحد رواته، بأن يبيع الرجل البيع فيقول: هو بنسأ بكذا وكذا، وهو بنقد بكذا وكذا⁽³⁾.

وهو أيضاً تفسير لأبي عبيد القاسم بن سلام فقد قال: صفقتان في صفقة أن يقول الرجل للرجل: أبيعك هذا نقدا بكذا، ونسيئة بكذا، ويفترقان على ذلك⁽⁴⁾. وهذا هو أحد التفاسير لبيعتين في بيعة⁽⁵⁾.

فعلى هذا التفسير فإن مسألتنا لا تدخل في النهي الوارد في هذا الحديث، ولكن التحقيق أن بيعتين في بيعة أخص من صفقتين في صفقة؛ لأنه في نوع خاص من الصفقات هو البيع⁽⁶⁾.

وأما صفقتان في صفقة فإن يشمل البيع وغيره من الصفقات، فيدخل فيه الجمع بين عقدين في عقد واحد أي كان نوع العقدين، فالجمع بين البيع والإجارة، أو البيع

(1) رواه أحمد في مسنده: 398/1

(2) منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار: 248/5 - 249. قال في مجمع الزوائد: رجال أحمد ثقات: 84/4، ولكن البزار أعل بعض طريقه ورجح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام فتح القدير: 218/5

(3) مسند الإمام أحمد: 398/1.

(4) فتح القدير: 218/5

(5) ينظر: الغرر وأثره في العقود، ص 102

(6) فتح القدير: 218/5

والإعارة، أو البيع والسلف، أو البيع أو الشرط... كل ذلك ونحوه من صفقتين في صفقة، ولكن هل يتناول النهي كل ما يصدق عليه لفظ صفقتين في صفقة؟

لفظ الحديث عام ولكن الفقهاء لم يأخذوا بهذا العموم، فالمالكية يمنعون الجمع بين كل عقدين بينهما تضاد، ولذلك منعوا الجمع بين البيع وأحد العقود الستة، وهي: الجعالة، والمساقاة، والقراض، والصرف، والشركة، والنكاح⁽¹⁾. وجوزوا الجمع بين البيع والإجارة. جاء في المدونة: (قلت) : رأيت إن استأجرت رجلا على أن يبني لي داري على أن الجص والآجر من عند الأجير، (قال) : لا بأس بذلك، (قلت) : وهو قول مالك، (قال) نعم، (قلت) : لم جوزه مالك، (قال) : لأنها إجارة وشراء جص وآجر صفقة واحدة⁽²⁾.

فتكليف هذا النوع من عقد الصيانة بالبيع والإجارة مقبول حسب مذهب المالكية، وهو الصواب عندي.

ويجب إن أخذنا بهذا التكليف تحقق شروط كل من عقد البيع وعقد الإجارة في هذا النوع من عقد الصيانة، ولكن يبدو لي أن تحقق شروط البيع غير ممكن، ولهذا فإن الأولى عندي، إذا كان صاحب العمل لا يقدم المادة بنفسه، أن يوكل الصائن بشرائها فيكون تكليف العقد في هذه الصورة إجارة ووكالة بالشراء، ولا مانع من هذا.

2- الاتفاق على الصيانة في عقد مستقل:

كما لو تم بين مالك الجهاز وبين المهندس المتخصص أو الشركة اتفاق على أن يقوم المهندس أو الشركة بخدمات الإدامة في فترات معينة، وتبديل قطع الغيار عند الحاجة في مقابل أخذ أجره معينة إلى مدة معلومة.

وقد يقال إن هذا الاتفاق إذا تحقق في عقد مستقل هو نوع من الإيجار بين صاحب المال كمستأجر، وبين المتخصص أو الشركة كأجير في مدة معينة للقيام بخدمات الإدامة في فترات معينة، وكذلك الإصلاح وتغيير قطع الغيار عند اللزوم كإجارة الخياط نفسه لخياطة الثوب أو الحارس للحراسة عن مال خاص، فأركان الإجارة من حيث وجود المستأجر والأجير والمنفعة، وهي الصيانة التي تكون متعلق التمليك هنا، متوفرة.

لكن التحقيق هو أنه لا يمكن إرجاع بعض أقسام الصيانة كالشكل الثاني إلى الإجارة الصحيحة، من جهة عدم وجود التحديد في ناحية المنفعة، لاشتمالها على القيام بالإصلاح وتغيير قطع الغيار عند اللزوم بدون أخذ ثمن قطعة الغيار أو أجره

(1) الفروق: 142/3.

(2) المدونة: 11 / 45، 55.

الإصلاح مستقلة عن عقد الصيانة، فعقد الصيانة حينئذ يشتمل على تمليك عين ومنفعة غير محددة، والحال أنه لا بد في عقد الإجارة من كون متعلق الإجارة منفعة محددة.

على أن المرجع في تشخيص حقيقة المعاملات هو العرف وكيفية الإنشاء الرائج بين الناس، والعرف لا يرى عقد الصيانة داخلا في باب الإجارة لأن الإجارة، في نظر العرف تتقوم بحصول سلطة فعلية منجزة على المنفعة، والحال أن عقد الصيانة لا ينتج سلطة من هذا القبيل⁽¹⁾.

ولا شك أن عقد الصيانة من العقود المستحدثة التي لها خصوصيات تجعلها متميزة عن العقود الأخرى. فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعا ولا إجارة ولا غيرهما، وإنما هو عقد مستقل له كيانه الخاص وشروطه وآثاره الخاصة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر. نعم باعتباره عقدا لا بد من توافر أركانه وهي: العاقدان، والمعقود عليه، والإيجاب، والقبول، وكذلك شروطه العامة.

والحاصل فإن "شروط الصيانة منفصلا عن عقد البيع وبثمن مستقل، وهي صيانة يقدمها البائع (الصانع) نفسه. وأكثر ما يحصل هذا على شكل زيادة في مدة الصيانة لسنوات إضافية فوق المدة المذكورة في نموذج عقد البيع المهياً مسبقاً، لقاء عوض يتفق عليه.

وقد يلحق بهذا عقد الصيانة المستقل بين صائين متخصص ومالك أو مشغل الآلة. لأنه في الواقع لا يختلف عنه إلا في كون شروط الصيانة في عقد البيع معروفة مسبقاً ومنمطة ومطبوعة. أما في حالة شراء الصيانة بعقد مستقل أو شراء تجديد الالتزام بالصيانة لزمان إضافي، فقد يمكن التفاوض على شروط الصيانة بشكل مفصل⁽²⁾.

3- **عقد الصيانة المشروط في عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاول بصنع شيء وصيانتته لمدة من الزمن:**

"إن عقد المقاولة هو عقد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل، وإن عقد الصيانة يندرج في عقد المقاولة. لأن الصائين يتعهد فيه بأداء عمل من نوع خاص، وقد يتعهد المقاول بصنع شيء ويلتزم بصيانتته مدة من الزمن، فيجتمع عقد الصيانة والمقاولة في عقد واحد، كما لو تعهد مقاول بإقامة مصنع وتعهده أيضاً بصيانتته لمدة عشر سنين.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (358/11)

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (386/11)

تكيف هذه المعاملة هو أنها عقد إجارة على صناعة الشيء وصيانته إذا كانت المادة من صاحب العمل، وعقد إجارة وبيع إذا كانت المادة من المقاول، وكل هذا جائز شرعاً⁽¹⁾.

4- صورة عقد الصيانة التي يبرم بين المؤسسة والصائن والتزامه بإصلاح المعطب للآلات مع تقديم قطع الغيار.

وهي أن يلتزم الصائن بشراء قطع الغيار إذا تعذر إصلاحه المعطب أو كان يستدعى نفقات تتجاوز حد السقف المتفق عليه في العقد، وأنه يتقاضى على هذا العمل الإضافي زائداً مقدراً بنسبة مئوية من ثمن القطعة التي اشتراها.

وتكيف هذا البند أنه وكالة بأجر، حدد فيها الأجر وتحقق رضا الموكل والوكيل، وكلاهما ممن تصح منه الوكالة⁽²⁾.

واجبات المؤسسة في هذا العقد:

(1) "الالتزام بدفع أجر الصائن، وأجر الصيانة محدد في العقد، ويدفع على فترات، كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل ستة أشهر، وهذا الأجر في مقابل العمل الموصوف والمحدد في العقد، كما يضم لهذا الأجر قيمة الأعمال التي ينجزها الصائن خارج ما التزم به في العقد، وهذه مضبوطة في العقد ببيان أجر ساعات العمل التي يقضيها الصائن، في أيام العمل وفي أيام الراحة، كما حدد أجر التنقل إلى المكان الذي ترغب المؤسسة في إجراء الإصلاح به بقائمة تربط بين كل وحدة من المسافة، والأجر الذي يحسب في تعاملها، وأن هذه الإضافة تضم إلى الفاتورة التي تلتزم المؤسسة بدفع قيمتها للصائن بمجرد ما تتسلمها.

تسليم أجر الصائن:

تجري عقود الصيانة على طريقتين:

الأولى: أن يقسم الأجر السنوي على فترات تدفع كل فترة مقدماً في بدايتها.
الثانية: أن يقسم الأجر السنوي على فترات يدفع كل قسط عند نهاية الفترة المحددة.

وبالرجوع إلى الأحكام المقررة في فقه المذاهب فإننا نجد اختلافاً في اجتهادهم.

الطريقة الأولى - اشتراط الصائن تسلم أجره مقدماً:

فالحنفية لا يرون مانعاً من اشتراط التعجيل ويلزمون المستأجر (المؤسسة) بالوفاء بالشرط. يقول الكاساني⁽³⁾: فإن شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستأجر تعجيلها

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (352/11)

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (336/11)

(3) بدائع الصنائع: 2630/6

والابتداء بتسليمها سواء أكان ما وقع عليه الإجازة شيئاً ينتفع به كالدار والدابة، أم كان صانعاً أم عاملاً ينتفع بصنعتة أو عمله كالقصار والصباغ لأنهما لما شرط تعديل البديل لزم اعتبار شرطهما⁽³⁾. و"لقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم"⁽⁴⁾.

وكذلك في المذهب المالكي: وعجل الأجر وجوباً ولو حكماً كتأخيره ثلاثة أيام لا أكثر، فيفسد العقد إن عين كثوب معين، أو بشرط أي اشتراط تعجيله عند عقد الإجازة⁽¹⁾، وكذلك الحكم عند الشافعية والحنابلة⁽³⁾.

الطريقة الثانية:

"أن يكون العقد على استحقاق الصائن أجره عند نهاية كل فترة تحدد بشهر أو ثلاثة أو ستة.

وهذه الطريقة هي الأصل عند أبي حنيفة، لأن الأصل أن ثبوت الحقين للمؤجر والأجير يثبتان في وقت واحد، فيثبت الملك للأجير في الوقت الذي يستوي فيه المستأجر المنفعة، ولهذا كان الأصل عنده تأخير الأجرة إلى انتهاء العقد، ولما كان عقد الصيانة، المنافع فيه غير مرتبطة، فنهاية كل فترة يعرف بها تسلم المؤسسة للمنافع واستحقاق الصائن أجره"⁽³⁾.

الحالة الثانية: "أن تلتزم الجهة المتعهدة بالصيانة بتقديم قطع الغيار مع العمل، فهناك صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون الصيانة دورية، وقطع الغيار معلومة بالرجوع إلى العرف من حيث تحديد عددها وصفاتها وعمرها الافتراضي ووقت تبديلها، فهذه الصورة جعلها جائزة أيضاً.

ويمكن التعاقد على العمل بعقد واحد حيث يغتفر الجهالة اليسيرة"⁽⁴⁾.

الصورة الثانية: "أن تكون قطع الغيار غير قابلة للتحديد عند التعاقد بالرجوع للعرف أو مراعاة الطبيعة التقنية للمعدات، ويقع التفاوت الكبيرة في تكلفتها ففي هذه الصورة لا يجوز التعاقد على التزام الجهة المتعهدة بالصيانة للقيام بالعمل وتقديم قطع الغيار، وذلك للجهالة الكبيرة المؤدية للنزاع"⁽⁵⁾.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (336/11)

(4) رواه الحاكم في المستدرک 49/2

(1) حاشية البناني: 3/7؛ ومواهب الجليل: 392/5

(3) مغني المحتاج: 334/2؛ والمغني، لابن قدامة: 17/8

(3) بدائع الصنائع: 24/6 - 28، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 337/11

(4) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (354/11)

(5) المرجع السابق 354/11

1 - عقد التعهد بالصيانة:

"وهو يشبه عقد الصيانة، ولكنه يشمل في العادة أنواعاً متعددة من الآلات مما يتطلب اختصاصات فنية متعددة. ويلتزم فيه متعهد الصيانة بإصلاح ما يطرأ على الآلات والأجهزة الموجودة لدى الطرف الآخر لقاء مبلغ معين، وبسبب شموله لآلات من أنواع عديدة، فإنه قلما يشير إلى أي تمايز في المعاملة بين العمل وقطع الغيار اللازمين للصيانة. وبالتالي فإن عقد تعهد الصيانة يقدم - عادة - الصيانة كاملة، بما فيها من عمل ومواد وقطع غيار، للمالك أو المشغل للآلات والأجهزة.

وكثيراً ما يتضمن هذا العقد النص على اعتبار ما يضاف من آلات إلى ما هو موجود منها عند العقد مضموناً إليها من حيث شموله بالتعهد. ويرافق عقد التعهد بالصيانة قيام المتعهد بالتعاقد مع الفنيين لتقديم خدمات الصيانة التي يلتزم بها.

فهو عقد تعهد بالصيانة يتضمن تقديم العمل مع المواد وقطع الغيار. وهو مترافق مع عقد صيانة من الباطن بين المتعهد والصائن الفعلي. وبسبب عقد الصيانة المرافق هذا يستطيع متعهد الصيانة أن يقدم الصيانة التي التزم بها⁽¹⁾.

6- صورة عقد الصيانة التي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع

الغيار على حساب صاحب المؤسسة مع حصوله على ربح نسبي .

وفيها يتعهد الصائن بتقديم العمل وقطع الغيار معاً في كل مرة تحتاج فيها الآلة أو الآلات إلى صيانة، وذلك لقاء مبلغ مقطوع سنوي أو شهري⁽²⁾.

"الاتفاق على الصيانة يمكن أن يتحقق بصورة مختلفة لكل منها آثار وأحكام خاصة. فإن الاتفاق على الصيانة كما يمكن أن يتحقق في ضمن شرط في عقد بيع أو إجارة، كذلك يمكن أن يتحقق في عقد مستقل.

وكذلك الملتزم به كما يمكن أن يكون صرف استعداد المتخصص للقيام بخدمات الصيانة، مع كون أجره العمل خارجاً عن الاتفاق، كذلك يمكن أن يكون مشتملاً على أجره عمل الصيانة، فيكون الاتفاق على الصيانة ملحوظاً فيه أجره الإصلاح وتبديل قطع الغيار، أي لا تكون لهما أجره مستقلة"⁽³⁾.

والأشكال المختلفة للاتفاق على الصيانة هي:

الأول: الاتفاق على الصيانة كعقد مستقل بين صاحب المال وبين الشركة أو المتخصص، على مجرد عرض خدمات الإدامة، ويكون الإصلاح وتعويض قطع الغيار عند اللزوم بأجره مستقلة عن أجره الخدمات المتفق عليها في ذلك العقد.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 381/11.

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 381/11.

(3) المرجع السابق 356/11.

الثاني: كون الصيانة شرطاً في ضمن عقد البيع أو الإيجار، وكان المشروط به هو الاستعداد لتوفير خدمات الصيانة عند الحاجة، مع كون أجره الإصلاح والخدمات وثمان قطع الغيار مستقلة عن هذا العقد.

الثالث: نفس الصورة السابقة مع كون أجره الإصلاح والخدمات داخلة في العقد الأول أي عقد البيع والإيجار الذي قد اشترطت فيه الصيانة⁽¹⁾.

مضمون عقد الصيانة:

أما أهم ما يتضمنه عقد الصيانة في العادة فهو خدمة الإصلاح المتكررة فالصيانة هي أصلاً عقد على الإصلاح. فهو يشمل أساساً العمل الذي يقوم به الصائن أو من ينوب عنه لإعادة الشيء إلى عهده الإنتاجي المعتاد، كلما طرأ عليه تغير كلي أو جزئي (على أحد أجزاء الشيء) يوقف عمله كلياً أو جزئياً، أو يقلل من جودته أو إنتاجيته المعتادة.

وكثيراً ما تشمل الصيانة تقديم ما يلزم من أعيان إضافة إلى العمل، أيضاً نحو قطع الغيار، سواء أكانت الحاجة إلى تغيير القطعة مسببة بفسادها أصلاً، أم باهلاكها قبل الأوان المقرر لها في حالة الاستعمال المعتاد (المتوقع أو المرسوم لها).

وقد تشمل بعض عقود الصيانة الإصلاح المتكرر، بما فيه من عمل وأعيان، الذي أصبح ضرورياً نتيجة لسوء الاستعمال أو نتيجة لفعل الغير⁽²⁾.

إن واجبات الصائن محددة في العقود والتزاماته مضبوطة، وإن ثمن القطعة التالفة يتحملها صاحب المؤسسة، ويختصر دور الصائن - بناء على مهارته - على التعرف على موطن الخلل، ثم يباشر إصلاحه إذا كان ممكناً بدون تغيير أي قطعة، أو يقوم بتغيير القطعة التالفة ووضع قطعة صالحة مكانها.

7- صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بصيانة المعدات الموجودة عند العقد وما يمكن أن يضيفه صاحب المؤسسة من أجهزة جديدة.

وفيها يكون عقد البيع أو الإيجار مشروطاً بتبديل أو إصلاح المبيع أو المال المستأجر عليه لو طرأ عليه عيب معين إلى مدة معلومة بدون أخذ الأجرة أو الثمن على ذلك، وهو ما يسمى بضمانة الصيانة لمدة معلومة. وتفترق هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن الملحوظ فيه هو التحفظ عن العيوب المخفية أو العيوب غير المتوقعة في المبيع. ويكون هذا الشرط بنحو شرط النتيجة، أي كون ذمة البائع مشغولة بالتبديل أو الإصلاح فيما لو طرأ على المبيع عيب، وهذا بخلاف الصورة السابقة فإن الشرط

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 356/11

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 370/11

فيها على نحو شرط الفعل؛ أي تعهد المشروط عليه بالقيام بالفعل وهو التعمير والإصلاح بدون أن يكون هناك اشتغال ذمة - أي ضمان بشيء وضماً - والملاحظ فيه هو المحافظة على المبيع بإجراء خدمات الإدامة⁽³⁾.

8- صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالعمل على تحديث الأجهزة عندما يظهر التحديث طوال مدة العقد.

ومن عقود الصيانة ما يتضمن جهالة من نوع آخر يمكن أن نسميه بجهالة تتعلق (بالتطورات الفنية) التي قد تحصل في المستقبل. ففي مهنة برامج الكمبيوتر شاعت عقود تقديم البرامج مع صيانتها، وذلك بإدخال كل ما يحصل من معرفة فنية جديدة عليها خلال مدة العقد. والتغير الفني في هذه الصناعة كبير وسريع، وهو مما لا يمكن التنبؤ به كما هو معلوم. وهذا النوع من الجهالة يشمل جهالة التغيرات المستقبلية وأثمانها ومواعيد ظهورها بآن واحد⁽¹⁾.

عقد التحديث (Updating):

عقد التحديث هو عقد على إضافة ما يجد من معرفة علمية أو منتجات حديثة على الأجهزة العلمية مما يحسن مردودها ومنافعها، ويجعلها تواكب التقدم العلمي في ميدانها. وهو عقد على تقديم المعرفة العلمية الجديدة المتمثلة في حقوق معنوية. والتي تتوفر على شكل قطع غيار صغيرة تضاف إلى الآلات أو الأجهزة المطلوبة تحديثها، أو على شكل برامج مخزونة في أقراص صغيرة يتم إدخالها في هذه الأجهزة.

والعمل المباشر الذي يتطلبه عقد التحديث يكاد يكون قليلاً جداً، وهو ما يحتاجه تركيب القطعة أو إدخال البرنامج وذلك بالمقارنة مع الكمية الكبيرة من العمل المبذول في متابعة التطورات العلمية والتكنولوجية والصناعية، وفي الحصول عليها، ثم تطويرها بما يناسب المستفيد من عقد التحديث وإدخال التعديلات اللازمة في نظمه حتى يصير من الممكن لأجهزته أن تستوعب الإفادة من هذه المعرفة العلمية الجديدة.

كما أن أثمان هذه الحقوق المعنوية لا تكون في العادة معرفة عند توقيع عقد التحديث. على أن معظم عقود التحديث كثيراً تشمل العمل وحده، بما فيه من جزء معلوم بسيط وجزء مجهول كبير وتترك ثمن الحق المعنوي ليتحملة الطرف الطالب للتحديث⁽²⁾.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 357/11

(1) بحث الدكتور منذر قحف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 373/11

(2) بحث الدكتور منذر قحف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 376/11

9- صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتدريب عمالة الطالب مع الإصلاح عند العطب.

عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن على تدريب عمالة الصائن، مع الإصلاح عند العطب، هو عقد جائز وكذلك عند الشيخ الضرير، وذلك لأنه عقد إجارة مع الجعالة معا، يجوز الجمع بينهما، وإن كان بعضهم لا يرى جواز ذلك⁽³⁾.

10- صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يضمن الصائن استمرار عمل المصنوعان يتحمل تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتيا حتى يتم الإصلاح أو تعويض التالف لصاحب المؤسسة.

وفيها يكون عقد البيع أو الإيجار مشروطا بتبديل أو إصلاح المبيع أو المال المستأجر عليه لو طرأ عليه عيب معين إلى مدة معلومة بدون أخذ الأجرة أو الثمن على ذلك، وهو ما يسمى بضمانة الصيانة لمدة معلومة. وتفترق هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن الملحوظ فيه هو التحفظ عن العيوب المخفية أو العيوب غير المتوقعة في المبيع. ويكون هذا الشرط بنحو شرط النتيجة، أي كون ذمة البائع مشغولة بالتبديل أو الإصلاح فيما لو طرأ على المبيع عيب، وهذا بخلاف الصورة السابقة فإن الشرط فيها على نحو شرط الفعل؛ أي تعهد المشروط عليه بالقيام بالفعل وهو التعمير والإصلاح بدون أن يكون هناك اشتغال ذمة - أي ضمان بشيء وضعا - والملحوظ فيه هو المحافظة على المبيع بإجراء خدمات الإدامة⁽¹⁾.

أما أهم ما يتضمنه عقد الصيانة في العادة فهو خدمة الإصلاح المتكررة فالصيانة هي أصلا عقد على الإصلاح. فهو يشمل أساساً العمل الذي يقوم به الصائن أو من ينوب عنه لإعادة الشيء إلى عهده الإنتاجي المعتاد، كلما طرأ عليه تغير كلي أو جزئي (على أحد أجزاء الشيء) يوقف عمله كلياً أو جزئياً، أو يقلل من جودته أو إنتاجيته المعتادة.

وكثيرا ما تشمل الصيانة تقديم ما يلزم من أعيان إضافة إلى العمل، أيضا نحو قطع الغيار، سواء أكانت الحاجة إلى تغيير القطعة مسببة بفسادها أصلا، أم باهتلاكها قبل الأوان المقرر لها في حالة الاستعمال المعتاد (المتوقع أو المرسوم لها).

ينبغي أن نلاحظ أن هنالك شروطا أخرى كثيرة قد تتضمنها عقود الصيانة نذكر فيما يلي أهمها:

1. التعويض عن الإيراد المفقود لفترة تعطل الشيء عن العمل.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 424/11

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 357/11

2. تقديم منفعة مماثلة، بديلة أو موصوفة، خلال فترة التعطل عن العمل.

هذا النوع من عقود الصيانة الذي يتعلق به شرط ضمان الصيانة، ويشمل كل خلل في الآلة عن إنتاج منافعها بسبب نوعية المعدن أو المادة الذي تتركب منه أو بسبب طريقة تركيب الأجزاء بعضها مع بعض، أو بسبب تصميم الآلة أو عدم قدرة أي جزء منها على تأدية الخدمة المتوقعة منه أو المخططة له في تصميم الآلة.

ومن الواضح أن هذا النوع الأخير من الأعطال أو العيوب يقلل من منافع الآلة عما هو مقصود منها، أو يعطل هذه المنافع كلية، ويستدعي مسؤولية الصانع (البائع) عن هذا العيب. ويهدف شرط الصيانة إلى النص على تحميل الصانع (البائع) هذه المسؤولية صراحة.

ويشبه هذا النوع من حاجات الصيانة ما قد تفرضه الحكومات من إلزام الصانع بإدخال تغييرات على الآلة بعدما يثبت لديها وجود خطورة على السلامة العامة ما لم يتم ذلك التغيير.

وكثيراً ما يتضمن شرط الصيانة قيام الصانع (البائع) بتقديم القطع اللازمة، إضافة إلى القيام بتركيبها وإعادة الآلة إلى عهدها التشغيلي المعتاد أو المحسوب لها.

على أن أهم ما يميز شرط الصيانة في البيوع هو تحديد فترة زمنية لاستمرار نفاذه، فينص مثلاً على ضمان الصيانة لمدة عام أو ثلاثة أعوام. وقد نجد في كثير من العقود النص على ضمان القطع لمدة عام مثلاً مع التركيب والخدمة، في حين يستمر ضمان تقديم خدمة الصيانة (بما تتضمنه من عمل فقط) لمدة سنة أخرى مثلاً تكون فيها القطع على المشتري. ولكنه ينبغي أن يلاحظ هنا أن ما تفرضه الحكومة أحياناً من إصلاح قد يقع بعد انقضاء مدة الصيانة المشروطة، فهو لا يتقيد بالقيود الزماني لها، لأنه مبني على مصلحة السلامة العامة.

كما أن بعض شروط الصيانة يتضمن استمرار الالتزام بالصيانة لكامل مدتها حتى ولو تغير مالك الآلة، سواء أكان التغير اختيارياً بنحو البيع والهبة، أم غير اختياري بنحو الميراث والوصية والإجبار على البيع بحكم محكمة.

يضاف إلى ذلك أن بعض شروط ضمان الصيانة يشمل تقديم خدمة بديلة أثناء فترة تعطل الآلة بسبب الصيانة المضمونة، كأن تقدم سيارة بدل السيارة التي تخضع للصيانة، أو بندقية بدل تلك التي تتم صيانتها، وذلك لمدة الصيانة بكاملها.

وكذلك فقد يضاف إلى شرط الصيانة شرط يضمن بموجبه الصانع (البائع) الأضرار التي أدى إليها تعطل الآلة، كأن يعرض عما يتلف من مأكولات نتيجة تعطل

الثلاجة، أو جلود نتيجة تعطل آلة الدباغة. ويحدد العقد عادة حداً أعلى لهذه المسؤولية يكون محسوباً بالاعتماد على الطاقة الإنتاجية للآلة.

وكذلك، فإن كثيراً من عقود البيع تتضمن شرطاً بالخيار باستمرار شرط ضمان الصيانة لمدة إضافية لقاء دفع المشتري مبلغاً إضافياً عند العقد أو عند ممارسة ذلك الخيار، الذي تحدد له عادة مدة ينقضي بانتهائها.

وقد يضاف إلى شرط الصيانة أحياناً شرط الإشراف على التشغيل لمدة معينة، وكذلك شرط تقديم التدريب للعناصر التي ستتعامل مع الآلة بعد تركيبها عند المشتري أو المستفيد

عقد الصيانة مقارنة بالتأمين على الأشياء:

"عقد التأمين: هو عقد يلتزم فيه المستأمن (طالب التأمين) بدفع مبلغ معين، لقاء التزام المؤمن بدفع تعويض عن الضرر الذي قد يلحق بالمستأمن إذا وقع الخطر المؤمن ضده خلال فترة زمنية محددة (سنة مثلاً).

والصيانة العلاجية الطارئة (غير الدورية) تشبه عقد التأمين المذكور، سوى أن الصائن لا يلتزم عادة بتقديم مبلغ مالي يعوض رب الآلة عن الضرر الناجم عن العطل الطارئ، بل يلتزم إصلاح العطل، وتبديل القطع التالفة حيثما لزم ذلك.

ولو تمحضت الصيانة بحيث تكون علاجية طارئة فقط لا تشمل الصيانة الدورية، وكانت مستقلة تماماً عن عقد بيع الأصل المراد صيانته، لزاد شبهها بالتأمين.

الحاصل: إذا انفراد عقد الصيانة وحده، وكان محصوراً بالصيانة الطارئة فقط دون الدورية الوقائية، فإنه يشبه عقد التأمين على الأشياء، ويجري فيه الخلاف الفقهي المعاصر في التأمين. فأكثر الفقهاء المعاصرين، والمجامع الفقهية ومنها هذا المجمع الموقر، رأيت عدم جواز التأمين التجاري، وجواز التبادلي والتعاوني بديلاً عنه.

وترى قلة من الفقهاء المعاصرين جواز التأمين التجاري من حيث المبدأ، إذا خلا عقده من أسباب مفسدة أخرى.

على أن الغالب على عقود الصيانة أن تشمل الصيانة الدورية الوقائية أيضاً، وهذه لا تشبه التأمين في شيء، كما أن وجودها في العقد يخل بشرط فني جوهرى في التأمين وهو أن لا يتعلق وقوع الحادث الضار بإرادة المؤمن ولا المستأمن. بينما الصيانة الدورية التي يؤديها الصائن تستهدف صراحة تقليل احتمال الحاجة إلى الصيانة الطارئة، وتقليل تكاليفها.

أما الصيانة الطارئة المحض، فالغالب أن تترافق مع عقد بيع الأصل، كما هو شائع عند بيع السيارة الجديدة، حيث تتعهد الشركة البائعة أنه إن طرأ خلل في

محرك السيارة خلال فترة محددة، فإنها تقوم بإصلاحه أو تبديله مجاناً. ولا يشمل هذا التعهد قيام الشركة البائعة بأعمال صيانة دورية⁽¹⁾.

11- صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالتعويض عن الضرر الحاصل.

مثل أن ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس يحترز به عن الأجير الخاص لشخص أو لجماعة مخصوصين، ومنها أن يغيب على الذات المصنوعة، أما إن لم يغيب عليها بأن عملها في بيت ربها ولو غائباً أو بحضرته ولو بغير بيته فلا ضمان، ومنها أن يكون مصنوعة مما يغاب عليه، ومنها أن لا يكون في الصنعة تغير، وأما إن كان فيها تغير كثقب اللؤلؤ ونحوه، فلا ضمان، ويضمن قيمته يوم دفعة ربه إليه.

وذكر قبل هذا أن الصانع يضمن إذا غر بفعل لا بقول، ومثل له بالحمال يربط المحمول بحبل رث أو يمشي في موضع فيه تعثر، وكذا إذا تعدى بأن أخرج في السير فإنه يضمن.

فاشترط المؤسسة أن الصائن ضامن إذا لم ينبه للخلل الذي تسبب عنه التعطيل شرط مقبول لأنه غر بفعل(1).

ضمان الصيانة لمدة معلومة:

في ما إذا كان عقد البيع أو الإجارة مشروطاً بتبديل أو إصلاح المبيع أو المال المستأجر عليه لو طرأ عليه عيب معين إلى مدة معلومة بدون أخذ أجره أو ثمن على ذلك، والشرط هنا كما مررت الإشارة إليه سابقاً بنحو شرط النتيجة لا الفعل، ولذلك لو لم يرقم البائع بتبديل أو إصلاح السلعة المباعة وفقاً للشرائط المعينة يعد مديوناً؛ أي تكون ذمته مشغولة بذلك. فليس هو مجرد وجوب تكليفي فحسب، بل إن الشرط هنا هو أولاً وبالذات هو الحكم الوضعي، أي كون ذمة البائع مشغولة بالتبديل، والحكم التكليفي يترتب على ذلك ثانياً، من وجوب القيام بتفريغ الذمة عند طلب من له الشرط.

هذا النحو من الشرط أيضاً صحيح عندنا، لشمول الأدلة العامة للوفاء بالعقود والالتزام بالشرط له، أما الإشكال من ناحية وجود خلل فيه من حيث الغرر والتعليق فقد ظهر جوابه مما ذكرناه في الصور السابقة.

بقي هنا بحث وهو أنه في هذه الصورة قد يكون البائع هو الصانع أو وكيله الذي يلتزم بضمان الصيانة أي تبديل السلعة على تقدير ظهور العيب في السلعة. وهذا لا

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 400/11

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 339/11

إشكال فيه. ولكن قد يكون البائع مالكا للسلعة من دون أن يكون هو الصانع، فقد يلتزم بتبديل السلعة عن طروء العيب من قبل الصانع لا نفسه.

فإنه يشكل في صحة هذا الشرط بأنه شرط غير مقدور للمشروط عليه الذي هو البائع، فيكون باطلا لأن القدرة على الشرط من شرائط صحة الشرط، كما هو واضح.

ولكن الصحيح هو أن هذا الإشكال غير وارد، وذلك أن البائع الذي اشترى من الشركة الأصلية المنتجة لهذه السلعة أو من وكيله قد اشترط عليه في ضمن أخذ الوكالة عن الشركة لعرض منتجاته بشرط ارتكازي غير مصرح به، أو بشرط مصرح بأن يبذل الصانع السلع أو يقوم بإصلاحها وفق شروط معينة، فمع هذا الشرط يكون البائع قادرا على ما اشترطه من تبديل المال أو إصلاحه عند طروء العيب في مدة معينة، ولا إشكال من هذه الناحية أيضا⁽¹⁾.

12- صورة عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر وغير المحتاج لمواد أخرى .

وفيه يكون الاتفاق على الصيانة في عقد مستقل، كما لو تم بين مالك الجهاز وبين المهندس المتخصص أو الشركة اتفاق على أن يقوم المهندس أو الشركة بخدمات الإدامة في فترات معينة، وتبديل قطع الغيار عند الحاجة في مقابل أخذ أجره معينة إلى مدة معلومة.

الاتفاق على الصيانة في عقد مستقل:

كما لو تم بين مالك الجهاز وبين المهندس المتخصص أو الشركة اتفاق على أن يقوم المهندس أو الشركة بخدمات الإدامة في فترات معينة، وتبديل قطع الغيار عند الحاجة في مقابل أخذ أجره معينة إلى مدة معلومة⁽²⁾.

ومجرد الإمكان العقلي لإنشاء هذه المعاملة (الصيانة) على نحو الإجارة أو الصلح لا يغير نظر العرف، والواقع في الخارج من عدم وقوع عقد الصيانة بهذه الصياغة، إذ العقود أمور اعتبارية يتبع حقيقتها الاعتبار الموجود في الخارج وكيفية الإنشاء، وليست لها حقائق منفصلة عن الاعتبار والإنشاء حتى يكون هو الملاك والموضوع. بل لكل عقد حقيقته الاعتبارية التي لا بد لتشخيصها من مراجعة العرف وكيفية الإنشاء المتعارف عندهم.

" فمجرد التشابه بين عقدين في بعض الأركان لا يجعلهما يحملان عنوانا واحدا. فمثلا عقد النكاح وإن كان هو تملك البضع وهي منفعة، ولكنها لا تسمى إجارة

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 400/11

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 357 / 11

شرعا ولا عرفا بل هو عقد مستقل له أحكامه الخاصة، وكذلك عقد المزارعة والمساقاة.

ومن هنا علم أن إرجاع هذا العقد إلى الجعالة أو الهبة المعوضة أو الصلح أيضا لا يخلو من تعسف، وذلك لعدم مساعدة العرف وكيفية إنشاء الواقع في الخارج على ذلك.

فالصحيح هو أن عقد الصيانة من العقود المستحدثة التي لها خصوصيات تجعلها متميزة عن العقود الأخرى. فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعا ولا إجارة ولا غيرهما، وإنما هو عقد مستقل له كيانه الخاص وشروطه وآثاره الخاصة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر. نعم باعتباره عقدا لأبد من توافر أركانه وهي: العاقدان، والمعقود عليه، والإيجاب، والقبول، وكذلك شروطه العامة. ولابد من البحث عن حكمها الشرعي كعقد مستقل مستحدث⁽³⁾. " وشرط الصيانة منفصلا عن عقد البيع وبثمن مستقل، وهي صيانة يقدمها البائع (الصانع) نفسه. وأكثر ما يحصل هذا على شكل زيادة في مدة الصيانة لسنوات إضافية فوق المدة المذكورة في نموذج عقد البيع المهيأ مسبقا، لقاء عوض يتفق عليه.

وقد يلحق بهذا عقد الصيانة المستقل بين صائين متخصص ومالك أو مشغل الآلة. لأنه في الواقع لا يختلف عنه إلا في كون شروط الصيانة في عقد البيع معروفة مسبقا ومنمطة ومطبوعة. أما في حالة شراء الصيانة بعقد مستقل أو شراء تجديد الالتزام بالصيانة لزمّن إضافي، فقد يمكن التفاوض على شروط الصيانة بشكل مفصل⁽¹⁾.

إذا كان عقد الصيانة غير مقترن بعقد آخر ولا يحتاج إلى مادة، ثم ما كان منه يحتاج إلى مادة يسيرة، ثم ما كان يحتاج إلى مادة صاحب الشيء المصون يقوم بها، وأن هذه كلها تجوز في هذه الصور الثلاثة، وهي مناسبة في عقد الإجارة لا ضمير في ذلك.

والحمد لله تعالى أولاً وآخراً، وصلى تعالى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 11 / 357

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي 11 / 38



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

استكمال عقود الصيانة وصورها وتكليفها

إعداد

د. العياشي الصادق فدّاد

البنك الإسلامي للتنمية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفصل التمهيدي توطئة عامة

سبق لمجمع الفقه الإسلامي الدولي أن خصص محورا مستقلا لعقد الصيانة في دورة مجلس المجمع المنعقدة بالمنامة بمملكة البحرين في رجب ١٤١٩هـ/تشرين الأول (نوفمبر) ١٩٩٨م. وأصدر قراره رقم: ١٠٣(١١/٦)، بشأن عقد الصيانة^(١).

وقد عرف القرار عقد الصيانة، وذكر تكييفه الشرعي. ثم حدد أربع صور لهذا العقد، فبينها، وذكر تكييفها الشرعي، وحكمها. مع ضابط عام لصور عقد الصيانة. وهو ما سيتم بيانه وفقا لما نص عليه قرار المجمع.

تعريف عقد الصيانة^(٢) :

هو عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود. ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صورته.

تكييفه الشرعي:

هو في حقيقته عقد معاوضة، يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة، أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية، أو طارئة، لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم. وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو بالعمل والمواد.

صور عقد الصيانة:

متعددة ومختلفة وتوصل القرار إلى بعض منها وهي:

الحكم عنها كثيرة، منها ما تبين حكمه، وهي:

- عقد صيانة غ مقترن بعقد آخر. يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حساباً في العادة : هذه الصورة تكيّف على أنها عقد إجازة على عمل، وهو عقد جائز شرعا، بشرط أن يكون العمل معلوما والأجر معلوما.

^١ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ١١ - ج ٢، ص ٥٥.

^٢ الصيانة لغة: الحفظ والوقاية، ومن ذلك حفظ الشيء في مكان أمين. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٣، ص ٣٢٤. الرازي، مختار الصحاح، ص ٣٧٤.

- عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر. يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل، ويلتزم المالك بتقديم المواد : وهذه الصورة تكييفها، وحكمها، كالصورة الأولى.
- الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة : هذه الصورة اجتمع فيها بيع وشرط، وهو جائز، سواء أكانت الصيانة من غير تقديم المواد أم مع تقديمها.
- الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر: هذه الصورة اجتمع فيها إجارة وشرط، وحكم هذه الصورة أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو المستأجر إذا عينت تعيينا نافيا للجهالة.

الضابط العام لصور عقد الصيانة:

يشترط في جميع الصور أن تعين الصيانة فيها تعيينا نافيا للجهالة المؤدية إلى النزاع، وكذلك ينبغي تبيين المواد إذا كانت على الصائن أم لا ؟ كما يشترط تحديد الأجرة في جميع الحالات.

صور أخرى لعقد الصيانة

وهناك صور أخرى رأى المجمع إرجاءها لمزيد من البحث والدراسة.

وهذه الصور هي محل الدراسة والبحث في هذا العرض، وهي كما جاء في ورقة استكتاب أمانة مجمع الفقه الموقرة، وهي على سبيل التمثيل لا الحصر كما يلي:

- (١) صورة عقد الصيانة المنفرد والمحتاج إلى مادة يتعهد الصائن بإحضارها.
- (٢) صورة عقد الصيانة في عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاول بصنع شيء وصيانته لمدة من الزمن.
- (٣) صورة عقد الصيانة الذي يبرم بين المؤسسة والصائن، ويلتزم فيه الصائن بإصلاح العطب للآلات مع تقديم قطع الغيار.
- (٤) صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع الغيار على حساب صاحب المؤسسة مع حصوله على ربح نسبي معلوم.
- (٥) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بصيانة المعدات الموجودة عند العقد، وما يمكن أن يضيفه صاحب المؤسسة من أجهزة جديدة.
- (٦) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالعمل على تحديث الأجهزة عندما يظهر التحديث طيلة مدة العقد.
- (٧) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتدريب عمالة الطالب مع الإصلاح عند العطب.

(٨) صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يضمن فيه الصائن استمرار عمل المصون وأن يتحمل تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتيا حتى يتم الإصلاح أو تعويض التالف لصاحب المؤسسة.

(٩) صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالتعويض عن الضرر الحاصل.

(١٠) صورة عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر وغير المحتاج لمواد أخرى

بتأمل الصور السابقة الواردة في رسالة الاستكتاب يلاحظ أن بعض الصور متداخلة ، وأن بعضها الآخر لا يتضمن عناصر إضافية تؤثر في الحكم، ناهيك عن أن بعض الصور الأخرى مندرجة في الصور التي سبق للمجمع ان أصدر فيها قرارا.

كما أن بعض هذه الصور يبدو وكأنه تقسيم منطقي لصور عقد الصيانة التي يمكن أن تتضمنها عقود الصيانة في شكل عقود مقترنة بعقد الصيانة أو شروط في العقد. وليست صورا واقعية وتطبيقات مقتبسة من نماج عقود الصيانة فعلا.

ونظرا لأن قرار المجمع ، والبحوث التي قدمت للدورة الحادية عشرة استوفت عقد الصيانة من حيث التعريف، والتكليف، والأركان، وعلاقته بالعقود الأخرى فلا يتم التعرض لتلك المقدمات ويكتفى بتناول المسائل التي وردت في استكتاب امانة المجمع باعتبار ذلك استكمالا لما لم يدرسه المجمع في دورته السابقة.

ورغبة في الحفاظ على النسق الذي أقرته امانة المجمع سيتم إيراد المسائل كما هي مع التحليل والدراسة لكل مسألة وذلك من خلال الفصول التالية.

الفصل الأول

تكييف عقد الصيانة

وأثره في الحكم على صورته

قرار المجمع سالف الذكر انتهى في تكييف عقد الصيانة إلى أنه عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود. ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صورته.

وهو في حقيقته عقد معاوضة، يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة، أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية، أو طارئة، لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم. وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو بالعمل والمواد.

وهذا التكييف هو الذي ينسجم مع ماهية عقد الصيانة وصورته وتطبيقاته، فهو وإن كان يرد على بعض صورته عقد معين كالبيع، أو الإجارة، أو المقاولة، أو الجعالة. إلا أنه لا ينتظم صورته عقد واحد من العقود السابقة.

وقد اختلف نظر الفقهاء المعاصرين في تكييف هذا العقد، فبينما رأى عدد منهم بأن عقد الصيانة تنطبق عليه أحكام عقد الجعالة وبخاصة عقد الصيانة بالعقد الزمني الذي يستمر فيه العقد لمدة طويلة تتعاقب فيه العمليات؛ عملية تلو عملية يكون فيها العمل مجهول القدر (الكم) ويكتفى فيه بتحقيق النتيجة، وهي السلامة لما تم الالتزام بصيانتها^(١).

واتجه نظر نفر آخر من الفقهاء إلى تكييف عقد الصيانة على عقد الإجارة وعلى وجه الخصوص ما اصطلح عليه فقها بالأجير المشترك الذي ينحصر التزامه في إكمال العمل المطلوب منه ولا يقتضي تسليم نفسه، وقالوا كذلك أنه الذي يتقبل العمل من أكثر من جهة بخلاف الأجير الخاص الذي يعمل لجهة واحدة ويقتضي تسليم نفسه لتلك الجهة لمدة معلومة^(٢).

وفي عقد الصيانة فإن الصائن فردا كان أو مؤسسة فإنه في الغالب ما يتعاقد مع أكثر من طرف ليقدم خدمة الصيانة ويرعى الآلة ويحرص على سلامتها وتمام الانتفاع بها، وقد يخص عمل الصائن جهة بعينها في عقد يحصر تقديم الخدمة لتلك الجهة دون سواها. فالصيانة بهذا يرد عليها أحكام الأجيرين العام، والخاص.

^١ انظر: أبو غدة ، عبد الستار، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، ط: مجموعة البركة، ج٤، ص٧٦ . وانظر كذلك بحوث الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م) لكل من: الدكتور يوسف قاسم، الدكتور عز الدين توني، والدكتور أحمد الحاجي الكردي.

^٢ انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص ١٨٩ ، البابرتي، الهداية، ج٣، ص٢٤٥، الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج٤، ص٨١ ، ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ج٦، ص٤١ . الشريف، شرف، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، ص ٥٩ - ٦٠ ، وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية ، ج١، ص٢٨٨ .

ورغم ان عقد الصيانة يتجاوزه التكييفان السابقان (إجارة و جعالة) لكن تنوع التطبيقات المختلفة وعدم انطباق شروط الجعالة أو الإجارة عليها جميعا فتعين النظر في كل صورة والتأمل في شروطها وعناصرها (تحقيق المناط) . وبالتأمل فإن بعض المسائل تنطبق عليها فعلا أحكام الإجارة وخاصة أحكام الأجير المشترك إلا بعض الصور من الاجارة الخاصة، وبعض الصور الأخرى فإنها لا تنطبق عليها أحكام الإجارة وبخاصة حينما يكون عقد الصيانة مستقلا قائما بذاته حيث يكون عمل الصائن من التعقيد بحيث لا يمكن تحديده بمدة زمنية أو بمقدار معين ويكون المقصود في هذه الحالة هو التوصل للنتيجة. فمحل العقد هو النتيجة التي يتوصل إليها الصائن وبها يستحق الأجر^(١) .

ومثل هذا التكييف لبعض هذه الصور قد وجهت له اعتراضات مهمة مما يجعل أحكام الجعالة غير صالحة لهذه الصور من صور الصيانة . ومنها: عدم لزوم الجعالة، وعد استحقاق العامل الأجر إلا بتمام العمل، ومنع تحديد مدة للجعالة.

هذه الاعتراضات سبق للشيخين السلامي والضرير عرضها بالتفصيل في دورة المجمع سألفة الذكر^(٢) . كما أورد المشاركون في ندوة بيت التمويل الكويتي مسوغات بناء عقد الصيانة على أحكام عقد الجعالة، وأجاب بعضهم على تلك الاعتراضات^(٣) .

^١ أبو غدة، بحوث في المعاملات، ج٤، ص٩٨ .

^٢ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (العدد ١١ - ج٢، ص ٥).

^٣ انظر: الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، وكذلك المرجع السابق.

الفصل الثاني اعتبار الصيانة شرطاً في العقد أو عقداً في عقد

معظم الصور التي وردت في ورقة استكتاب المجمع تشتمل على الشروط في العقد . فتكون الصيانة تارة شرطاً في العقد، أو عقداً مفرداً يتضمن شرط تقديم المواد، أو عقداً في عقد. وقد يكون من المناسب بيان قاعدة الشروط في العقود إجمالاً حتى يتسنى فهم التطبيقات المختلفة لصور الصيانة.

وقد قرر الفقهاء بأن القاعدة الجامعة للعقود أنها: تصح بكل ما دل على مقصدها من قول أو فعل. وهي التي تدل عليها أصول الشريعة، فإن الشارع قد اكتفى بالتراضي في البيع وجنس المعاوضات، وبطبيب النفس في جنس التبرعات، ولم يشترط لفظاً ولا فعلاً معينان، يدلان على التراضي وعلى طيب النفس، وهما يُعلمان بطرق متعددة من الأقوال والأفعال. وينص شيخ الإسلام ابن تيمية على أن صيغ البيع، والإجارة، والهبة ونحوها لم يحد الشارع لها حداً، لا في كتاب ولا سنة، ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنه عين للعقود صفة معينة الألفاظ، أو قال ما يدل على ذلك من أنها لا تتعقد إلا بالصيغ الخاصة، بل قيل إن هذا القول مما يخالف الإجماع القديم، وأنه من البدع^١. ثم يقرر (أن الشرط بين الناس ما عدوه شرطاً، كما أن البيع بينهم ما عدوه بيعاً، والإجارة بينهم ما عدوه إجارة...)^٢.

كما أن الفقهاء تعرضوا في الشروط الجعلية (الاقترانية أو التقييدية) لاشتراط ما جرى عليه عمل الناس وذكروا في هذا النوع من الشروط تلك الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا يلائمها: مثل: أن يشتري نعلاً بشرط أن يحذوه البائع. فقد أكد الحنفية على جوازه استحساناً خلافاً لزفر منهم، الذي قال بعدم جوازه. وذكر الحنفية أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين^٣. وعبر عنه المالكية بما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته، وجعلوه من قبيل اجتماع عقدين فأكثر في عقد واحد، ومثلوا له تارة بقيام البائع بعمل في ذات المبيع، مثل: أن يشتري ثوباً بدراهم معلومة على أن يخيطه البائع، أو جلداً على أن يخرزه. وتارة أخرى بقيام البائع بعمل في غير ذات المبيع، مثل: أن يشتري ثوباً بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوباً آخر. قال الدردير: ("كمع

^١ انظر: ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت: دار الندوة الجديدة، ص ١٣٢ : مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مطبوعات الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين، ١٤٠٤هـ، ج ٢٩، ص ٤٤٨ .

^٢ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٢٩، ص ٤٤٨، ٤٤٧ .

^٣ انظر: الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢ بيروت: دار الكتاب العربي ١٣٩٤هـ، ١٩٧٤م، ج ٥، ص ١٧٤ .

جعل" ، أي كما تفسد الإجارة إذا وقعت مع جعل صفقة واحدة لتتافرها... بخلاف الإجارة لا مع بيع صفقة واحدة فلا تفسد لعدم منافاتها سواء كانت الإجارة في نفس المبيع ... أم لا؟^(١). أما الشافعية: فقد اعتبروا هذا الشرط مما ينافي مقتضى العقد ، والقول الصحيح في المذهب بطلان العقد لأن العقد اشتمل على شرط عمل فيما لم يملكه المشتري بعد ، وقول في المذهب بالصحة لأن العمل في المبيع وقع تابعا له فاغتفر^(٢). واعتبر الحنابلة: أن مثل هذا الشرط مما فيه منفعة ، وقالوا: لأنها بيع وإجارة وكل من البيع والإجارة يصح إفراده بالعقد فجاز الجمع بينهما ، وإنما النهي عن شرطين في بيع لا الشرط الواحد^(٣).

وذكره الفقهاء في اشتراط ما فيه منفعة مباحة لأحد المتعاقدين أو لأجنبي. لأن اشتراط المادة سواء كانت قطع غيار أو مواد أخرى في عقد الصيانة فيه منفعة واضحة لطالب الصيانة. وقد تعددت وجهات النظر بين أهل العلم في مسألة اشتراط المنفعة لأحد المتعاقدين أو لأجنبي مما يؤدي إلى جمع أكثر من عقد في عقد واحد. وملخص أقوالهم كالآتي:

- **الحنفية:** يؤكد صاحب المبسوط وغيره أن مثل هذا الشرط لا يقتضيه العقد ، وليس فيه عرف ظاهر ، فيكون العقد والشرط فاسدين ، سواء أكان النفع للمتعاقدين ، أم لأجنبي كما إذا باع له قطعة أرض بشرط أن يبنئها مسجدا ، أو طعاما بشرط أن يطعم به فقيرا. أو كان النفع للمعقود عليه كأن يبيع عبده بشرط أن يعتقه المشتري. فظاهر الرواية عن أبي حنيفة فساد البيع؛ لأنه شرط في البيع منفعة زائدة للمبيع ولأنه شرط ما لا يقتضيه العقد. وخلاف ظاهر الرواية رواية أخرى بجواز اشتراط الإعتاق^(٤).

- **المالكية:** يصحون مثل هذا الشرط والعقد معا فهي من الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد عندهم؛ وبخاصة ما يتعلق بشرط البائع منفعة لنفسه كركوب السيارة ، وسكنى الدار مدة معلومة؛ لأن حجر المالك (المشتري) عن التصرف حجر مؤقت يزول بزوال انتهاء المدة المستثناة ، وإن نتج عنه جمع بين عقدي الإجارة والبيع وهو أمر جائز لأنهما من باب واحد. بل إن كل صيغة عقد ترتب عنها اجتماع عقدي الإجارة مع البيع يعتبر أمرا مقبولا^(٥).

- **الشافعية:** اعتبر الشافعية الشروط التي فيها نفع لأحد المتعاقدين منافية لمقتضى العقد في أصح الروايات في المذهب ، فلذلك قالوا ببطلان هذه الشروط والعقد الذي

^١ الشرح الكبير، بهامش الشرح الصغير؛ ج٤، ص : وانظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٥٠ .
^٢ الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العياش أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الإمام الشافعي، لمطبعة الحلبي، ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م]، ج٣، ص٥٨ .

^٣ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، [المكتبة السلفية]، ج٢، ص٢٩، ٣٠ . وانظر: المرادوي، الإنصاف، ج٤، ص٣٤٥، ٣٤٦

^٤ انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص١٣- ١٥ .؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج١، ص٥٢ .؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥ ص ١٩٦ .

^٥ انظر: الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج٥، ص٤ .؛ المواق، التاج والإكليل، ج٣، ص٣٧٢ .؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص٦٥ ؛ التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج٢، ص١٠ .

اقتربت به. وقيل في الرواية الأخرى بصحة العقد وبطلان الشرط، وقيل يصح العقد ويلزم الشرط^(١).

• **الحنابلة:** يرى الحنابلة بأن اشتراط البائع سكنى الدار مدة معلومة أو ركوب السيارة إلى موضع معلوم أو استعمالها مدة معينة بالرغم من أنها شروط لا يقتضيها العقد، ولا من مصلحته لكنها لا تنافيه، وتحقق نفعاً لأحد المتعاقدين. فقالوا بجواز العقد وصحة الشرط للنصوص الواردة في ذلك، وقياساً على بيع الدار المؤجرة^(٢).

ويمكن حصر الآراء الفقهية السابقة في اتجاهين: الأول: يرى صحة العقد والشرط معاً؛ لأن المنفعة المشروطة معلومة وهو مذهب الحنابلة، والمالكية، وقول الأئمة الأوزاعي، وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر، وأحد الوجهين عند الإمام الشافعي. والثاني: يرى بأن العقد والشرط باطلان. وهو مذهب الحنفية، والظاهرية، والصحيح عند الشافعية^(٣).

ولعل من المستحسن إيراد ما بينه الفقهاء بإيجاز حول اشتراط عقد من عقود المعاوضات في عقد البيع: كالبيع، والإجارة، والصرف والسلم وغيرها. رغم أن بعض الصور والأمثلة التي يسوقها الفقهاء لهذه المسألة سبق أن عرضها في بعض الضوابط السابقة، والخلاف في المسألة معروف بين أهل العلم وهو محصور في ثلاثة آراء:

- **الأول:** أن هذا الشرط غير صحيح، فهو فاسد مفسد للبيع. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والمعتمد عند الحنابلة، والظاهرية^(٤).
- **الثاني:** أن الشرط والعقد صحيحان، وهو قول المالكية، ورواية عند الحنابلة، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وقول عند الشافعية^(٥).
- **الثالث:** أنه يصح البيع ويبطل الشرط وهو قول عند الشافعية، والحنابلة^(٦).
- **الرابع:** لا يصح اشتراط عقد بيع مع كل من: الجعالة، والصرف، والمساقاة، والشركة، والقراض^(٧).

^١ انظر: النووي، المجموع، ج ٩، ص ٣٦٩. عميرة، حاشية عميرة، ج ٢، ص ١٧٧.
^٢ انظر: ابن قدامة، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن عمر، الشرح الكبير على متن المقنع بهامش المغني، لدار الكتاب العربي، ج ٤، ص ٥٨. البهوتي، كشاف القناع، ج ٢، ص ٣٨.
^٣ انظر بسط المسألة في المراجع السابقة وكذلك: ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٦١. النووي، المجموع، ج ٩، ص ٣٦٤. ابن حزم، المحلى، ج ٩، ص ٤٠٣. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج ٤، ص ٣١٤. الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٠٢.
^٤ انظر: السرخسي، المبسوط، ج ١٢، ص ١٦؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ١، ص ٤٩؛ النووي، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٦٠؛ الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لدار الفكر، ج ٢، ص ٣١. ابن مفلح، الفروع، ج ٤، ص ١٣؛ البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٩٣؛ ابن حزم، أبو محمد، المحلى، للمطبعة المنيرية، ج ٩، ص ١٧.
^٥ انظر: القرافي، الفروق، ج ٣، ص ١٤٢؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ١٤٥؛ الماوردي، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٥٠؛ ابن تيمية، نظرية العقد، ص ١٨٩؛ ابن القيم، إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٤٨٦؛ عميرة، حاشية عميرة، ج ٢، ص ١٧.
^٦ الرملي، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٥٨؛ المرادوي، الإنصاف، ج ٤، ص ٣٥٠.
^٧ انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ١٤.

- وعمدة القول القائل بعدم صحة هذه الشروط هو النصوص الواردة في النهي عن "صفقتين في صفقة"، و"بيعتين في بيعة"، وعن "بيع وشرط". وكذلك ما يدخل في اجتماع هذه العقود من الغرر، والربا. وحيث إن "بيعتين في بيعة" و"صفقتين في صفقة" اختلف في معانيها اختلافا كثيرا، ومن معانيها ما هو خارج عن محل النزاع فيمكن أن تحمل عليه. أما الحديث فهو ضعيف¹ ، وعليه يمكن أن يقال بأن مثل هذه الشروط صحيحة إذا لم تؤد إلى محذور شرعي كالغرر والربا والجهالة المفضية إلى النزاع.

¹ انظر المراجع السابقة.

الفصل الثالث صور عقود الصيانة

عقد الصيانة المنفرد مع التزام الصائن تقديم المادة

(١) عقد صيانة منفرد بالوحدة أو القطعة (الصيانة بالقطعة الواحدة) :

هذه الصورة كيفها قرار المجمع من قبيل عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر. يلتزم الصائن في هذه الحالة تقديم العمل مع تقديم المواد . وهذه الصورة تكيف على أنها عقد إجارة على عمل، وبيع للمواد. سواء أكان ثمن المواد بعقد منفصل أو ملحوظ في عقد الصيانة، وكلا العقدين جائزين شرعا، بشرط أن يكون العمل معلوما والأجر معلوما وثمان البيع محددًا.

وعقد الصيانة المتضمن التزام الصائن بتقديم المواد هو عقد تضمن شرطًا أو عقداً آخر في نفس العقد. وهو أمر معلوم في الفقه واختلفت فيه أنظار الفقهاء . وأقوالهم التالية يستأنس بها في جواز هذا الشرط.

(٢) عقد صيانة منفرد لمدة معينة يلتزم الصائن بتقديم خدمات الصيانة كالفحص والمعالجة مع المواد اللازمة مدة العقد (الصيانة بالعقد الزمني) (١) :

هذا العقد يصعب تكييفه على أنه عقد إجارة بمعنى التزام بعمل محدد معين تعيينا ينتفي معه الغرر، لأن العمل المطلوب في عقد الصيانة في مثل هذه الصور غير معلوم بشكل دقيق، وكذلك الوقت الذي يستغرقه الفحص والعلاج في حالة ان عقد الصيانة كان شاملا للصيانة الوقائية والعلاجية معا^(٢). والجهالة المقصودة هنا للطرفين . لكن ما هو مطلوب هو العمل الذي يفضي إلى تحقيق النتيجة وهي سلامة الشيء المصون بحيث يحقق الانتفاع منه بشكل كامل ولو كان مقدار العمل مجهولا. و جهالة العمل هي من خصائص الجعالة وإن لم تكن شرطا لصحتها. فتصح الجعالة مع جهالة العمل ومعلوميته^(٣).

وهذا بخلاف العمل في الإجارة الذي يجب أن يكون معلوما نافيا للجهالة والغرر. وقد أكد الفقهاء على ذلك في التفرقة بين الجعالة والإجارة. قال الإمام الزركشي: (الجعالة كالإجارة إلا في مسألتين ، أحدهما: تعيين العامل، وثانيتها: العلم بمقدار العمل)^(٤). وقال الإمام الماوردي: (أما الجعالةُ حكمها فمن العقود الجائزة دون اللّازمة : لِمَا قَدَّمَناهُ مِنْ

^١ أبوغدة، بحوث في المعاملات، ج٤، ص٧٦.

^٢ عادة ما يتم التفريق بين الإصلاح والصيانة. حيث يقصد بالأول (الإصلاح) إعادة الآلة إلى حالتها الصحيحة بعد خلل طرأ عليها. والصيانة: العمل الذي يحفظ الشيء في حالة صحيحة. والصيانة إما وقائية دورية، أو علاجية طارئة، أو صيانة شاملة للنوعين معا. انظر: بحث عقد الصيانة ، أنس الزرقا وسامي السويلم ، مجلة المجمع، ع١١، ج٢، ص١٩٤

^٣ انظر: بحث عقد الصيانة، للشيخ محمد المختار السلامي، مجلة المجمع، ع١١، ج٢، ص٢٣.

^٤ الزركشي، محمد بن بهادر، المنشور في القواعد ، ط٢، لوزارة الأوقاف بدولة الكويت - ١٤٠٥هـ، ج٢ ، ص ١٠.

قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ لَوْلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ، وَهِيَ تُفَارِقُ الْإِجَارَةَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحَدُهَا : جَوَازُ عَقْدِهَا عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ ، كَقَوْلِهِ : مَنْ جَاءَ بِعَبْدِي الْآبِقِ فَلَهُ دِينَارٌ ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مَجْهُولُ الْمَكَانِ ، وَفَسَادُ مِثْلِ ذَلِكَ فِي الْإِجَارَةِ ، وَالثَّانِي : أَنَّ الْجَعَالََةَ غَيْرُ لَازِمَةٍ وَالْإِجَارَةَ لَازِمَةً ، وَالثَّلَاثُ : أَنَّهَا تَصِحُّ مِنْ غَيْرِ مُعَيَّنٍ (١) .

ورغم أن الجهالة في محل عقد الصيانة يختلف من صورة إلى أخرى فإن عقد الصيانة لمدة زمنية طويلة يتسم بوجود قدر كبير من الجهالة بسبب مقدار العمل الذي لا يمكن توقعه بدقة عند العقد إضافة إلى مواجهة الطوارئ التي تنص عليها عادة عقود الصيانة وهو عمل غير معلوم مسبقاً (٢) . فبسبب كل ذلك يتعذر معها تخريج مثل هذه الصورة في عقود الصيانة على الإجارة.

أما المواد وقطع الغيار وغيرها فيمكن أن يتحملها الصائن وتكون محسوبة ضمن الثمن الكلي لعقد الصيانة حسب تقدير الصائن.

وقد ذكر الفقهاء أن تلك المواد يمكن اشتراط الالتزام بها من قبل العامل (الجاعل) إما لتعارف الناس على ذلك أو للحاجة.

جاء في المغني ما ملخصه: يجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه؛ لأنه عمل جائز. ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة؛ لأن العمل غير مضبوط، فيقدر به. ويحتاج إلى بيان قدر ما يكحله مرة في كل يوم أو مرتين، فأما إن قدرها بالبرء فقال القاضي: لا يجوز؛ لأنه غير معلوم، وقال ابن أبي موسى: لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء؛ لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء. والصحيح إن شاء الله أن هذا يجوز، لكن يكون جعالة لا إجارة: فإن الإجارة لا بد فيها من مدة أو عمل معلوم، فأما الجعالة فتجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق. وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جعالة فيجوز ههنا مثله. إذا ثبت هذا فإن الكحل إن كان من العليل جاز لأن آلات العمل تكون من المستأجر كالمثلن في البناء والطين والآجر ونحوها، وإن شارطه على الكحل جاز. وقال القاضي: يحتمل أن لا يجوز؛ لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط (٣) .

ثم يؤكد ذلك بقوله: ويجوز أن يستأجر طبيباً ليداويه، والكلام فيه كالكلام في الكحال سواء، إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب؛ لأن ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل للحاجة إليه، وجري العادة به فلم يوجد ذلك المعنى ههنا فثبت الحكم فيه على وفق الأصل والله أعلم .

١ الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي في فقه الشافعي، ط١، إدار الكتب العلمية، ج ٨، ص ٣١ .
٢ انظر: منذر قحف، عقود الصيانة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (العدد ١١ - ج ٢، ص ١٥٠ - ١٥١) .
٣ انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني، ط١، إدار الفكر، ١٤٠٥هـ، ج ٦، ص ١٣٣ .

ويعلل ابن قدامة الجواز بقوله: ولنا أن العادة جارية ويشق على العليل تحصيله وقد يعجز عنه بالكلية فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ واللبن في الرضاع والحبر والأقلام من الوراق، وما ذكروه ينتقض بهذه الأصول وفارق لبن الحائط؛ لأن العادة تحصيل المستأجر له ولا يشق ذلك بخلاف مسألتنا. وقال أصحاب مالك: يجوز أن يستأجره ليبيني له حائطا والآجر من عنده لأنه اشترط ما تتم به الصنعة التي عقد عليها فإذا كان مباحا معروفا جاز كما لو استأجره ليصنع ثوبا والصبغ من عنده^(١).

ثم يؤكد ما ذهب إليه بقوله: ويجوز أن يستأجر طبيبا ليداويه والكلام فيه كالقلام في الكحال سواء، إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب؛ لأن ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل للحاجة إليه وجري العادة به فلم يوجد ذلك المعنى هنا فثبت الحكم فيه على وفق الأصل والله أعلم^(٢).

اشتراط عقد الصيانة في عقد المقاولة

عقد المقاولة بحسب تعريف مجمع الفقه الإسلامي الدولي هو: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر، وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء الاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل^(٣).

وهو التعريف الذي اختاره القانونيون حيث نصوا على أنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"^(٤).

وهو ما أخذت به بعض القوانين المدنية مثل القانون المدني السوداني لسنة ١٩٨٤م، المادة (٣٧٨)، والقانون المدني الأردني المادة (٧٨٠)، والقانون المدني المصري المادة (٦٤٦)^(٥). وعقد الصيانة هو نوع من أنواع المقاولة عند القانونيين^(٦).

وحيث إن شرط عقد الصيانة هو التزام بعمل معين (إجارة) لمدة زمنية معينة، فيجوز الجمع بين الإجارة وغيرها من العقود -كما سبق بيانه- سواء على سبيل الاشتراط (عقد في عقد) أم على سبيل الجمع باستثناء عقد القرض فالجمع بينه وبين سائر العقود ومنها الإجارة لا يجوز في القول الراجح من أقوال الفقهاء^(٧).

^١ انظر: ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ١٣٧.

^٢ المرجع السابق.

^٣ قرار رقم: ١٢٩ (١٤/١) في دورة المجمع الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) في الفترة من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ١١ - ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣ م.

^٤ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، إدار النهضة، ١٩٦٤م، ج ٥، ص ٧.

^٥ انظر: الصديق الضير، عقود الصيانة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج ١١، ع ٢، ص ١٠٦.

^٦ المرجع السابق، ص ١٠٧.

^٧ حكم اشتراط القرض في عقد البيع ومنه الإجارة لأنه بيع منفعة: فقد اتفق الفقهاء من حيث الجملة على عدم جواز اشتراط القرض في عقد البيع. انظر: (الأم للشافعي، إدار المعرفة)، ج ٨، ص ١٨٧؛ المنتقى للباجي، (الكتاب العربي)، ج ٥، ص ٣٠؛ المبسوط للسرخسي، ج ١٣، ص ١٦؛ المغني لابن قدامة، ج ٤، ص ١٦٢. سواء أكان الشرط تعليقياً

ويمكن التمييز في هذه الحالة بين صورتين بحسب المتعهد بتقديم المادة.
فإن كان صاحب العمل هو الذي سيلتزم بتقديم المادة والمقاول يلتزم بتقديم العمل حسب ما ينص عليه العقد فيكون العقد إجارة ويكون المقاول إما أجيرا خاصا أو عاما (مشاركا). والمادة الي يقدمها رب العمل في هذه الحالة في يد المقاول أمانة ويده عليها يد الأمانة لا يضمنها عند هلاكها أو تلفها أو ضياعها إلا في حالتي التعدي أو التقصير.
أما إن كان الذي يلتزم بتقديم المواد هو المقاول مع العمل فسيكون العقد إجارة مع البيع وقد سبق بيان بأن ذلك أمر جائز على الراجح من أقوال الفقهاء.

(٣) عقد الصيانة الذي يبرم بين المؤسسة والصائن ويلتزم فيه الصائن بإصلاح العطب مع تقديم الآلات.

إن الإصلاح يقتضي الكشف وإجراءات عمل تمهيدي قد يطول أو يقصر قبل اكتشاف العطب ثم العمل على إصلاحه. وحيث إن العمل الذي يقتضي الفحص والكشف على الخلل مجهول في الغالب لا يعرف مقداره ولا مدته ، وكذلك العطب الذي يمكن أن يلحق بالآلات وجوده وتكراره مما يشكل جهالة متحققة في مقدار العمل المطلوب للإصلاح، فالمناسب لمثل هذه الصورة أن يكون تكييفها بعقد الجعالة كما سبق بيانه.

(٤) عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع الغيار على حساب المؤسسة مع حصول ربح نسبي معلوم.

هذه الصورة مثل الصور السابقة من حيث تكييف عقد الصيانة إما إجارة أو جعالة بحسب معلومية العمل وجهالته وكلاهما جائز. ولكن يضاف إليها أن المؤسسة المتعاقدة

كقوله: بعتك داري إن أقرضتني مبلغا من المال، أو اقتراينا مثل: بعتك داري على شرط أن تقرضني كذا. قال ابن رشد: (اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة). بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٦٢. وقد حكى ابن رشد الخلاف فيما إذا ترك الشرط قبل القبض: فرأى جمهور الفقهاء المنع، وخالف مالك في رواية عنه مع بعض أصحابه فقالوا بصحة البيع. وقال الباجي: (وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك). المنتقى، ج ٥، ص ٣٠. وذكر صاحب المغني معلقا على هذه المسألة: وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا. ابن قدامة، ج ٤، ص ١٦٢. وقال الحطاب: (واعلم أنه لا خلاف في المنع من صريح بيع وسلف) مواهب الجليل، لمكتبة النجاح، ج ٦، ص ٢٧١.

ومستند الإجماع: الحديث المروي بروايات متعددة، منها: رواية عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يحل سلف وبيع). رواه أبو داود، والترمذي، والنسائي، وأحمد، ومالك في بلاغاته وغيرهم، قال أبو عيسى الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح. انظر: سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب يبيع ما ليس عنده، وسنن الترمذي، كتاب البيوع، باب كراهية ما ليس عنده، وسنن النسائي، كتاب البيوع، باب يبيع ما ليس عنده، والمسند، ج ٢، ص ١٧٤، ١٧٥، ٢٠٥، والموطأ، ج ٢، ص ٦٥٧، كتاب البيوع، باب السلف وبيع العروض، حديث ٦٩. قال الإمام مالك: وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل: آخذ سلعتك بكذا وكذا، على أن تسلفني كذا وكذا، فإن عقدا يبيعهما على هذا فهو غير جائز. الموطأ، ج ٢، ص ٦٥٧.

وجاء في الأم: والبيع والسلف الذي نهى عنه أن تتعد العقد على بيع وسلف، وذلك كقولك: أبيعك هذا لكذا على أن تسلفني كذا. ج ٣، ص ٧٦. وسئل الإمام أحمد ما معنى "نهى عن سلف وبيع"؟ قال: أن يقرضه قرضا ثم يبيعه عليه. ويحتمل أن يكون بمعنى أن يسلفه شيء فيقول: إذا لم يتهيا عندك فهو بيع عليك. انظر: سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب يبيع ما ليس عنده. وفي معرض بيان الاحتجاج بهذا الحديث قال الباجي: إن تلقي الأمة له بالقبول يدل على صحة معناه، وذلك يقوم مقام الإسناد انظر: المنتقى، ج ٥، ص ٣٠. وعلّة النهي: أن اقتران السلف بالبيع صار ذريعة إلى أن يقرضه ألفا ويبيعه سلعة تساوي ثمانمائة بألف أخرى، فيكون قد أعطاه ألفا وسلعة ثمانمائة ليأخذ منه ألفين، وهذا معنى الربا. انظر: إعلام الموقعين لابن القيم، ط ١، مكتبة الكليات الأزهرية، ج ٢، ص ١١٣.

مع الصائن توكله في شراء الآلات نيابة عن المؤسسة وذلك من خلال عقد المراجعة بحيث يحدد الوكيل(الصائن) كلفة الآلات مضافا إليها التكاليف الأخرى (النقل، التخزين ...) مع نسبة ربح متفق عليها، ليشكل ذلك ثمن الآلات .

وعقد المراجعة من العقود الجائزة في الإسلامي والتطبيق المصري المعاصر وصدرت به قرارات مجتمعية وأطرته المعايير الشرعية.

(٥) عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتدريب عمالة المؤسسة

عقد صيانة (عمل) لإصلاح العطب وهي من الصور التي سبق الإشارة إليها وما فيه إضافة في هذه الصورة هو شرط التدريب لعمال المؤسسة من قبل الصائن. وقد سبق بيان مثل هذه الشرط في مسألة اشتراط ما جرى عليه عمل الناس ولا يقتضيه العقد، وعبر عنه الملكية بما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته. فاختلفت فيه وجهات نظر الفقهاء، لأنه من قبيل الإجارة أو الجعالة المشروط فيه الإجارة ضمنا، ففي مثالنا: عقد صيانة (عمل) بشرط تخصيص عامل آخر (أجير) يدرّب عمال المؤسسة أو يقوم الصائن بذلك بنفسه .

وقد سبق عرض أقوال أهل العلم في صحة شرط البيع والإجارة ومن باب أولى صحة اشتراط الإجارة أو الجعالة في الإجارة.

وملخص الآراء التي سبق بسطها: (١) صحة الشرط والبيع والإجارة وهو مذهب المالكية، والحنابلة، ورأي عند الشافعية، ومذهب الحنفية فيما جرى به العمل. (٢)- بطلان الشرط والعقد. وهو قول زفر من الحنفية، والقول الصحيح عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة. وقد سبق القول باختيار رأي من قال بصحة الشرط والعقد. ووفقا لذلك يكون الشرط والعقد صحيحين .

(٦) عقد صيانه يلتزم فيه الصائن بالتعويض عن الضرر الحاصل للمؤسسة

يقرر الباحثون في عقود الصيانة بأن ثمة تشابه في بعض صور عقد الصيانة بالتأمين^(١). وهذه الصورة تمثل صورة من صور التأمين على الأشياء يلتزم فيها المؤمن (الصائن) التعويض عن الضرر الذي يحدث للآلات أو المباني أو غير ذلك.

والحكم الشرعي كما هو معلوم أنه لا يجوز التأمين التجاري في رأي المجامع الفقهية والمجالس الشرعية إلا ما قال به البعض الذين تفردوا بالقول بالجواز. والسبيل لقبول مثل هذه الصورة هو التأمين الإسلامي القائم على التعاون. وقد أفتى بجوازه المجامع الفقهية وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة حيث أصدر معيارا خاصا بالتأمين .

^١ انظر بحوث عقود الصيانة المقدمة لدورة المجمع رقم ١١ وعلى وجه الخصوص بحث الدكتور منذر قحف، والدكتور أنس الزرقا والدكتور سامي السويلم. انظر: مجلة المجمع، ١١ع، ج ٢ .

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة بخصوص عقد التأمين ما يلي^(١) :

أولاً : أن عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد . ولذا فهو حرام شرعاً .

ثانياً : أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون ، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني .

ثالثاً : دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين ، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة .

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل

^١ انظر: القرار رقم: ٩(٢/٩) بشأن التأمين وإعادة التأمين في دورة مؤتمر المجمع الثاني بجدة من ١٠ - ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ / ٢٢ - ٢٨ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٥م . مجلة المجمع - ع ٢ ، ج ١ ص ٥٤٥ .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عُقُود الصِيَانَةِ

إعداد

الشيخ محمد حسن الجواهري
المدرس بالحوزة العلمية بقم
الجمهورية الإسلامية الإيرانية

عُقود الصيانة

مقدمة

لا بدّ من فهم طبيعة هذه العقود وأنواعها تمهيداً لمعرفة حكمها الشرعي فنقول : إن الصيانة تختلف عن الإصلاح، إذ هي أعم لأنها تشمل الإصلاح عند طرؤ الخلل، والوقاية من وقوع الخلل، لذا عرفها قاموس هرتج بأنها: العمل الذي يحفظ الشيء في حالة صحيحة^(١).

نعم الصيانة في العرف الهندسي المعاصر ثلاثة أنواع:

(١) وقائية دورية.

(٢) إعلامية طارئة.

(٣) صيانة شاملة للنوعين السابقين^(٢).

وفكرة الصيانة للسلع قد تطورت وتوسعت وتعددت أشكالها حتّى أنها شملت الخدمات أيضاً فالمتعارف عليه هو صيانة المباني والآلات الثابتة والمتحركة، ولكن في أحيان كثيرة طالت الصيانة الخدمات حيث يعتمد من يقدم خدمة كالطبيب مثلاً إلى الالتزام بمتابعة ما قدّمه من خدمة في الزيارة الأولى بزيارة ثانية مجانية.

كما شاع أيضاً ما يسمى بالصيانة الصحيّة حيث يتفق شخص مع مستشفى لتقديم جميع الخدمات الصحيّة التي يحتاجها لصيانة صحته أو جسمه، إمّا عموماً أو في حالة معيّنة كالحمل والولادة من دون تحديد لخصوصية هذه الخدمات ومواعيدها ولا ما يتضمنه تقديمها من أعمال ومواد.

كيف ظهرت عقود الصيانة؟

(١) إنّ المعامل الحديثة والآلات الالكترونية المنتجة وحتى الفنادق الراقية المزوّدة بالطاقة الكهربائية وشبكة المياه ومراكز التبريد والتدفئة وغيرها إذا حصل أيّ خلل فيها أو في بعض أجزائها كان هذا الخلل مؤدياً إلى توقف المشروع بكامله ويفضي إلى إفلاس المشروع.

لذا كان من الضروري في تقدم الآلات في الثورة الاقتصادية أن يُعمل على قيام الآلة بوظائفها في جميع أجزائها وأن يُسرّع إلى تلافي ما أصاب التجهيزات.

(١) راجع بحث الدكتور أنس الزرقاء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ١١ / ج ٢.

(٢) المصدر السابق.

(٢) ولكن أصحاب المصانع والمشروعات والمؤسسات لا يمكنهم انتداب مَنْ يقوم بهذه المهمة ليعملون عندهم بصفة مستمرة وذلك لأمر:

منها: إن التعرّف على الخلل بعد تطوّر الآلة وتعقدها أصبح لا يُدرَك إلا بأجهزة دقيقة ومتطورة ومرتفعة الثمن، وأن صاحب المصنع أو المشروع قد لا يحتاج لبعضها إلا مرّات قليلة أو قد لا يحتاج إلى بعضها أصلاً.

ومنها: أنّ المتمكّنين من التعرّف على الخلل وإصلاحه هم من ذوي الكفاءات العالية المرتفعة أجورهم، والاحتياج إليهم في المعمل قد يكون قليلاً فإذا استأجرهم صاحب المعمل أو المؤسسة، فإن هذا قد يؤدي إلى زيادة تكلفة الإنتاج.

لذا فقد فرضت المسيرة الاقتصادية أن يتخصص قسم من المساهمين في حركة الاقتصاد في التخصص بتوفير الخدمات المطلوبة لسير المعامل والمؤسسات والشركات فيما تحتاج إليه لسير إنتاجها أو عملها اللازم بكفاءة مع قلة أجورهم لتلا ترفع كلفة الإنتاج.

فظهرت عقود الصيانة التي تقدّم الخدمة لمجموعة من المعامل والمؤسسات والشركات بكلفة مناسبة وتقوم بالدوريات للإشراف على عمل الأجهزة والآلات والمباني وخدماتها فيلتزم الخبير « والأجير المشترك ولو كان شركة » بهذه الخدمات والاحتياجات الدورية لدوام عمل الأجهزة لمدة محددة بحيث يجعل المعمل مثلاً يقوم بأداء وظائفه بكفاءة إنتاجية جيدة مقابل أجر معيّن.

إذن عقود الصيانة: هي من العقود الجديدة المفضية إلى حفظ المال الضروري، فشركة الطيران والمؤسسات الماليّة التي تحتاج إلى الطاقة الكهربائية بلا انقطاع لتشغيل ما تحتاج إليه المؤسسة، ومن ضمن ما يحتاج إلى الطاقة الدماغ الحاسوبي، تحتاجان إلى صيانة الطائرات وتبديل قطع غيار لها في كل رحلة ودقة في الإشراف على عمل الآلات بصورة صحيحة، وكذا صيانة الطاقة الكهربائية من العطل أو الخلل الذي يشلّ العمل إذا توقف التيار الكهربائي.

وكذا الأبنية العمودية التي يحتاج إليها الناس لأجل حفظ الأرض والمزارع وقلة تكاليف الخدمات واختصار المسافات داخل المدينة، يحتاج إلى المصاعد الكهربائية، فإذا توقف المصعد فقد حُجب الساكن فيه من القيام بواجباته في الحياة خصوصاً المرضى والمسنين والحبالي والصغار والمعوقين الذين لا يتمكنون من استخدام الطريق الاضطراري عند عطل المصعد.

وكذا المستشفيات والمصحات، فالكشف بالأشعة والأجهزة التي تشخّص المرض ونوعه وإنعاش من بلغ مرحلة الخطر لمساعدته في تجاوز الأزمة وإجراء العمليات الجراحية يحتاج إلى تيار كهربائي مصون وصيانة للأجهزة أيضاً.

كل هذا ساعد أو أوجد عقود الصيانة التي فيها مصلحة للمعمل والمؤسسة والصائن، إذ في هذا حفظ النفس وحفظ المال.

ثم إنّه لا يوجد تعريف في الفقه ولا في القانون لهذا العقد، لعدم وجود عقد بهذا الاسم فهو من العقود المستحدثة التي تحتاج إلى تكييف قانوني وتكييف فقهي وتعريف.

مقدّم الصيانة:

(ومقدّم الصيانة مختلف):

(أ) فقد يقدّمها صانع السلعة أو مقدّم الخدمة «وهو الغالب في عقود الصيانة» أو بائع السلعة بصورة مباشرة بواسطة مكاتب وورشات إصلاح خاصة بالصانع أو البائع أو صاحب الخدمة نفسه كالتبيب، وهذا عقد جديد غير عقد البيع.

(ب) وقد يقدّمها الصانع البائع أو مقدّم الخدمة بصورة غير مباشرة (أي بواسطة أشخاص آخرين) يتعاقد الصانع أو البائع أو مقدّم الخدمة معهم لتقديم الصيانة، وهذا أيضاً عقد جديد غير عقد البيع.

(ج) وقد يقدّم الصيانة أشخاص آخرون مستقلّون عن صانع السلعة أو بائعها أو مقدّم الخدمة، وهنا يمكن أن يقوم المتعاقد نفسه بعمل الصيانة، ويمكن أن يتعاقد مع آخرين لتقديمها على حسابه فيكون عقد بين الصائن المتعاقد مع صاحب السلعة أو الخدمة وبين من يقوم بعمل الصيانة خارجاً، وهذا أيضاً عقد جديد غير عقد البيع.

(د) وقد تقدّم الصيانة بشرط في عقد البيع للسلعة أو للخدمة التي تتم صيانتها كما في صيانة السيارات المبيعة التي يتضمن البيع شرط الصيانة ويكون هذا الشرط جزءاً من عقد البيع غير خاضع للتفاوض وإن كان يحقّ للمشتري شطبّه ولكن من دون أن يؤثر في ثمن السيارة، وكثيراً ما يكون الصائن هنا هو المنتج لا البائع.

وبحثنا هنا يتعرّض لأنواع من الصيانة سواء كانت عقداً أو شرطاً «للسلع والخدمات والمباني».

تعريف الصيانة:

لغة: هي الحفظ والوقاية.

واصطلاحاً: هي عبارة عن الرعاية وإصلاح الشيء المعمّر (السلع المعمّرة) كلما طرأ عليه عطل أو أذى من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه.

وهذه الصيانة: لا تشمل الحفظ المادي للشيء كأن يوضع في مكان أمين أو مناسب من ناحية الحرارة أو البرودة أو الرطوبة، ولا تشمل تشغيل الشيء بالطريقة الأمثل لاستمرار

منافعه، حيث تكون هذه الأمور من مسؤولية المالك أو المستعمل ولا تدخل في مسؤولية الصائن.

فالصيانة إذن:

تتمركز في خدمة الرعاية والإصلاح المتكررة، وهذا هو أهم ما يتضمنه عقد الصيانة، فالصيانة هي عقد على الرعاية والإصلاح فتشمل العمل الذي يقوم به الصائن أو مَنْ ينوب عنه لإعادة الشيء إلى عهده الإنتاجي المعتاد كلما طرأ عليه تغيير كلي أو جزئي يوقف عمله كلياً أو جزئياً، أو يقلل من جودته أو إنتاجه المعتاد، والرعاية المستمرة للآلة لأجل أن تؤدي عملها بصورة جيدة.

وكثيراً ما تشمل الصيانة تقديم ما يلزم من أعيان إضافة إلى العمل مثل قطع الغيار سواء كانت الحاجة إلى تغيير القطعة مسببة بفسادها أم باستهلاكها قبل الأوان المقرر لها في حالة الاستعمال المعتاد.

وبعبارة أخرى أكثر تفصيلاً: إن الصيانة عبارة عن أعمال تتلخص في:

أولاً: المراقبة الدورية: وهي مضبوطة في العقود في عملها ومواعيدها وهي:

١) تنظيف الأجهزة، (٢) مراقبة حُسن سيرها، (٣) وضع الشحوم والزيت في الأماكن الخاصة ضمناً لسير الحركة، (٤) وضع قائمة لقطع الغيار التي يحتاج إليها غالباً «يشتريها المالك من السوق»^(١)، وقد تكون على الصانع، (٥) وإعلام المؤسسة عقب كل تفقد دوري بما لاحظته من خلل في الأجهزة يمكن أن يترتب عليه عطل في المستقبل، (٦) القيام بتسجيل كل الأعمال والملاحظات التابعة لكل زيارة ويرفعه إلى المؤسسة أو الشركة.

ثانياً: الحضور في المكان المعين في العقد إذا ما حدث خلل أو توقف في السير بعد إعلامه بوقت مضبوط أقصاه في العقد.

ثالثاً: بعد التعرف على الخلل يباشر إصلاحه بدون تغيير في القطع إذا كان ممكناً، وإن لم يكن ممكناً فيغيّر القطع التالفة ويوضع قطعاً صالحة في مكانها على حساب الشركة المالكة.

أما الزيوت والدهون والشحوم فتتبع العرف في كونها على الصائن أو المالك أو يشترط واحد منها في العقد إن لم يكن عرف على أحدهما، الصائن والمالك.

ضمان الصائن:

ذكرت عقود الصيانة أن الصائن يضمن في صورة واحدة، وهي إذا لم ينبه الشركة أو صاحب الآلة على الخلل المتوقع وحصل ضرر على المالك غير خراب الآلة، ففي هذه الصورة

(١) إذا كان الإصلاح متعديراً للقطعة المعطلة أو كان يستدعي نفقات تتجاوز حد السقف المتفق عليه في العقد، فيقوم الصائن وكالة عن المالك بشراء قطع الغيار ويتقاضى أجراً على عمله هذا بنسبة مئوية من ثمن القطعة التي اشتراها المالك. وهذا هو أجر الوكالة برضا الوكيل والموكل.

يكون الصائن ضامناً للضرر. وهذا شرط مقبول في عقد الصيانة لأن الصائن إنما استحق الأجر ليساعد الشركة أو مالك الآلة على دوام قيام الأجهزة والآلات بوظائفها، وأن تفقد الصائن للآلات ليس شيئاً روتينياً بل هو واجب عليه ويجب عليه إبلاغ المالك عن الخلل الذي سيحدث مستقبلاً وعن الأضرار التي تنشأ من هذا الخلل، فإذا قصر في واجبه ولم يعلم المالك بما سيحدث من أضرار أو لم يُحسن التأمل في جميع الأجهزة أو لم يكن جاداً في مراقبته، وحصل الخلل الذي استوجب الضرر على المالك فحينئذ يكون الصائن قد أخل بواجبه فيتحمّل المسؤولية. وهذا يدخل تحت عنوان تقصير الصائن في عمله فهو ضامن لما سيحدث من جراء هذا التقصير.

شروط قد يتضمنها عقد الصيانة:

هناك شروط كثيرة قد يتضمنها عقد الصيانة منها:

- (أ) التعويض عن الإيراد المفقود لفترة تعطل الشيء عن العمل.
- (ب) تقديم منفعة بديلة مماثلة خلال فترة العطل.
- (ج) شمول ما قد يضاف من آلات وأجهزة عند التعاقد خلال مدة العقد دون تحديد مسبق لهذه الآلات والأجهزة.
- (د) شمول قطع الغيار التي تحتاج إلى تغيير بسبب استهلاكها بالاستعمال العادي من دون تعد.
- (هـ) شمول ما تحتاجه عملية الصيانة من زيوت ومواد كيميائية وغيرها من المواد كقطع القماش ومواد النظافة مثلاً.

وفي عقود صيانة السيارات وما شابهها من الآلات المتحركة يتم استثناءان من الإصلاحات هما:

- (أ) القطع التي تهترى بسبب الاستعمال الطبيعي كإطارات السيارات وبطارياتها.
- (ب) إصلاح ما يحدث بفعل الغير أو بتعد أو سوء استعمال ولو كان غير مقصود - كمخالفة التعليمات خطأ - من مستعمل الشيء الخاضع لعقد الصيانة.

فالإصلاح الذي تحتاجه السيارة بسبب الحوادث أو خطأ مستعمل السيارة، لا يكون داخلياً في الإصلاحات. فمثلاً تلف إطار السيارة قبل أوانه بسبب زيادة ضغط الهواء بداخله أو نقصانه عن الحدود المعتادة المذكورة في التعليمات لا يخضع لإصلاحات الصائن.

التشغيل والصيانة:

ثم إن عقد الصيانة قد يترافق مع عقد على عملية تشغيل الآلات والأجهزة، فيكون العقد للتشغيل والصيانة معاً، ويكون تشغيل الآلات هو الأهم في العقد وتكون الصيانة تابعة له.

ففي المباني الحديثة يوجد عدد من الآلات ولها نظام معيّن، فمثلاً يوجد نظام وأجهزة للتكييف، ويوجد نظام وأجهزة للإنارة، ويوجد نظام وأجهزة لإطفاء الحريق، ويوجد نظام وأجهزة إيصال الماء للاستعمال، ونظام وأجهزة لتصريف المياه وأمثلة هذه الأنظمة والأجهزة.

والعادة أن تعمل هذه النظم والأجهزة بصورة صحيحة مستمرة، فإذا توقف أو تعطل أي نظام وجهاز من هذه النظم والأجهزة، فأتت المنافع الكثيرة لصاحب المبنى، وهنا يكون العقد - في أكثر الحالات - لتشغيل هذه النظم والأجهزة وصيانتها معاً، فالصائن هو المشغل لها، وهو ملتزم باستمرار هذا النظام بالعمل حسب ما هو محسوب له أو متوقع له وملتزم بإصلاح ما يطرأ عليه من عطل.

خصائص عقد الصيانة:

ولعقد الصيانة خاصيتان هما:

- (١) الجهالة.
- (٢) الطبيعة التأمينية.

أما الجهالة: ففي عقد الصيانة يوجد قدر كبير من الجهالة، تتمثل في مقدار العمل المطلوب، وتوجد جهالة في مواعيد تقديم هذا العمل، لأنه عقد على عمل الإصلاح لما يطرأ من عيب على الشيء المطلوب صيانتته، سواء توقف الجهاز عن العمل أو قلّ عمله الطبيعي للإنتاج أو تقديم المنفعة.

فقد يكون في بعض عقود الصيانة حدّ أدنى متفق عليه من العمل، ولكن ينصّ في عقد الصيانة على التزام الصائن بأيّ مقدار من العمل الذي يلزم لاستمرار عمل الأجهزة حسبما هو مراد لها، ففي مواجهة الطوارئ يكون مقدار العمل غير معلوم عند العقد.

وكذا تتطلب الصيانة استعمال بعض الآلات والأدوات، ومقدارها مجهول أيضاً عند العقد؛ كما أن أثمانها ونوعياتها مجهولة أيضاً.

نعم هناك عقود صيانة نادرة يتمّ فيها التعاقد على أجره للعمل بالساعة من دون تحديد عدد الساعات لكل عملية صيانة.

وقد يعتمد الصائن إلى عقد آخر مع عمالة جاهزة لديه حسب الساعات التي تحتاجها الصيانة.

وهناك أمور مثل قطع الغيار كالمواد الاستهلاكية التي تتطلبها الصيانة من مواد كيميائية لازمة لإجراء الفحوص والتشغيل التجريبي ومواد نظافة وأمثالها التي تحتاجها عملية الصيانة أيضاً، تكون مجهولة في مقدارها وأثمانها ومواعيد الحاجة إليها، وجهالة في نوعها.

ثم هناك عقود صيانة تنصّ على أن تضاف آلات وأجهزة تابعة أو مماثلة للجهاز المصنوع عند تطوير الجهاز بإضافة جهاز آخر له.

ثم إن عقود الصيانة، يوجد فيها حالة أخرى غير جهالة الصيانة المعتادة، فبعض عقود الصيانة ينصّ على: (١) إرضاء الزبون. (٢) إرضاء المالك. (٣) إرضاء المقدم الفعلي لعمل الصيانة الذي هو وكيل عن متعهد الصيانة كما في صيانة السيارات الجديدة، والذي يقوم بعقد الصيانة المنتج من خلال البائع، وينفذه البائع وكيلاً عن المنتج.

ملاحظة: هناك عقود صيانة تتضمن شرطاً جانبياً يحتوي على قدر كبير من الجهالة مثل:

(أ) هناك شرط يحملّ الصائن مسؤولية تقديم دورات تدريبية للعاملين لدى المالك حسب ما يطلبه المالك وبرأيه وبحاجته.

(ب) هناك شرط يحملّ الصائن التطورات الفنية التي قد تحصل في المستقبل، مثلاً في مهنة الكمبيوتر شاعت عقود تقديم البرامج مع صيانتها ولكن يُشترط على الصائن ومقدم البرامج أن يدخل كل ما يحصل من معرفة فنية جديدة عليها خلال مدة العقد، وهذا أيضاً أمر مجهول فإن التغيير الفني في هذه الصناعة كبير وسريع وهو مما لا يمكن التنبؤ به^(١).

أما الطبيعة التأمينية لعقود الصيانة:

إن عقد الإصلاح البسيط بين مالك السلعة ومصلحها يتمّ أولاً بفحص السلعة (الآلة المتعطلة) (أو البناء المتعطّل) بأجرة أو بدون أجرة، ثم يحدد ما يحتاج إليه من إصلاح، نتيجة الفحص التشخيصي من آلة إصلاح أو عمل، فيتفقان على أجرة الإصلاح وقطع الغيار والمواد الأخرى اللازمة والمدّة التي يستغرقها الإصلاح، فيصبح كلُّ شيء معلوماً قبل العقد ويحصل الاتفاق ويتمّ العقد.

أما عقد الصيانة: فالمقصود منه الوقاية من حصول العطل في الآلة وإصلاح ما يحدث في المستقبل من أضرار وهو أمر غير معلوم عند التعاقد، فالعمل غير معلوم، والمواد التي تُستهلك في عملية الإصلاح أيضاً غير معلومة وكذا قطع الغيار غير معلومة وغير محددة.

إذن يجب أن نستبعد كون عقد الصيانة هو عقد الأجير ولو كان مشتركاً لأن الأجير يحدد المنفعة التي يقدمها وهنا المنفعة التي يقدمها ليست محددة ولا معلومة، على أن العرف الخارجي لا يرى أن عقد الصيانة داخلاً تحت عنوان الإجارة لأن الإجارة للأجير تستوجب

(١) المعلومات التي ترفع الإجارة من الغرر هو العلم بمقدار العمل الزمني «بالساعات» أو الموضوعي كخياطة الثوب المعلوم طوله وعرضه وغلظته ورقته. فهل الإجارة على الصيانة (إذا خربت الآلة) معلومة لا يلزم منها الغرر؟! وهل العمل الصياني معلوم وعادي متعارف بحيث يكون الجهل بمقداره مغفوراً؟! كما في إجارة السيارة إلى مكة؟!؟

سلطنة على منفعة الأجير بينما هنا لا يوجد عقد الصيانة سلطنة على الأجير من هذا القبيل فبعض أقسام الصيانة لا يوجد تحديداً للمنفعة التي يقدمها الصائن لاشتمالها على تقديم قطع غيار عند اللزوم من دون أخذ ثمنها ، كما أن مدة العمل غير معلومة . فالصيانة تشتمل على تقديم أعيان ومنفعة غير معلومة وغير محددة ، والحال أنه لا بد في عقد الإجارة من كون متعلقها منفعة محددة.

كما أنه لا بد من استبعاد أن يكون عقد الصيانة هبة معوضة .

ولذا قالوا: إن عقد الصيانة يشبه عقد التأمين أو بيتني على فكرة تحويل التكلفة المستقبلية المجهولة (تكلفة ما يطرأ من عطل على الآلة أو السلعة المعمرة) إلى مقدار معلوم وهو الثمن الذي يمثل التزام الطرف المستفيد في عقد الصيانة.

فالصائن هو مثل (شركة التأمين) في عقد التأمين، يحصل على مبلغ ثابت محدد لقاء تحمّله مخاطر تكاليف الإصلاح، وبما أن هذه المخاطرة مجهولة حين التعاقد ، فإن عقد الصيانة لا يحدث إلا إذا توفر أحد شرطين:

(١) وجود أعداد كبيرة من راغبي الصيانة يدخل الصائن معهم في عقود صيانة بحيث تتحول الجهالة الفردية إلى ما يقرب العلم بالنسبة للمجموع بسبب تطبيق نظرية الاحتمال على الأعداد الكبيرة، فلا يحتمل أن كل العقود يحصل فيها خراب كبير وعطل كبير، بل إن بعضها يحصل فيه ذلك والبعض الآخر لا يحصل فيه.

(٢) أو أن تكون قيمة العقد كبيرة بالنسبة للكلفة المباشرة للصيانة، فالقيمة الكبيرة تعوّض فجوة عدم اليقين بما تتضمنه من احتياط المتعهد لما هو غير متوقع من أعمال الصيانة.

إذن عقد الصيانة:

يشبه عقد التأمين في تحويل كلفة احتمالية كبيرة إلى كلفة محددة معلومة للمستفيد من الصيانة. ويعتمد على قانون الأعداد الكبيرة ونظرية الاحتمالات بالنسبة لمتعهد الصيانة (سواء كان العدد الكبير للعقود أو لمبلغ عقد واحد).

إذن يمكن القول: بأن عقد الصيانة هو عقد جديد تطوّر من عقود الإصلاح البسيطة، وأخذ يلعب دوراً مهماً في الحياة المعاصرة مع اتساع دور الأجهزة والآلات الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان، ومع التطورات الكبيرة في فنّ البناء وما يلزمه من آلات وأجهزة وتقنية معقّدة تقتضي استمرار المحافظة على تشغيلها وعملها المستمر.

ثم إن عقد التأمين يكون موضوعه عادة التعويض المالي عما يطرأ من ضرر أو تلف، بينما عقد الصيانة يكون موضوعه إصلاح ما يطرأ من عطل أو عيب، فعقد التأمين يدفع المستأمن قسط التأمين وهو مال معيّن، ويحصل المستأمن المتضرر من التأمين على مبلغ من

المال أيضاً، أما عقد الصيانة فالمبادلة هي بين المال والعمل مع السلع، أو العمل وحده، لذا قلنا: إن عقد الصيانة يختلف عن عقد التأمين وهو يشبهه.

تكييف عقد التأمين: لا بد أن نرى أن عقد التأمين هل هو عقد صحيح أو يحتوي على غرر وجهالة أو هو عقد السفية فلا يكون صحيحاً؟ وإليك التفصيل في عقد التأمين.

ما هو عقد التأمين؟

حقيقة التأمين وحاجة المجتمع إليه:

بما ان الأشياء في هذه الحياة معرضة إلى الخطر سواء كانت في الأموال أو النفوس أو غيرها وبما ان الإنسان مدفوع بدافع خفي من غريزته إلى تحاشي الخطر والابتعاد عنه وعن ممتلكاته جاءت فكرة التأمين التي تبعد شبح الأخطار عن الإنسان وممتلكاته من غرق أو حرق أو سرقة أو وفاة وما شابه ذلك من الحوادث، والتي تؤمن للمؤمن على حياته ولإفراد عائلته قسطاً من المال والراحة فتكون تعويضاً عما يلحق الإنسان من الخسائر والأضرار في المناسبات.

تعريف التأمين: عرّف بتعريفات متعددة.

فعرّفه البعض^(١) بأنه: عقد يلتزم المؤمن له بمقتضاه أن يدفع مبلغاً معيناً - شهرياً أو سنوياً أو دفعة واحدة - إلى المؤمن في مقابل تعهد (التزام) المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له (أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه): مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر «كتدارك الخسارة» في حالة وقوع حادث أو ضرر مبين في العقد.

و«هذا التعريف مأخوذ من القانون المدني العراقي مادة(٩٨٣)» «وكذا في القانون المدني المصري مادة(٧٤٧)».

وهذا التعريف: بعيد عن الربا إذ ليس هو قرضاً جرّ نفعاً وإنما التزام في مقابل التزام في حالة حدوث حادث أو ضرر مبين في العقد.

إلا أن المال الذي يُدفع عند حدوث الحادث أو الضرر لم يبيّن في بعض الحالات وكذلك المرتب الشهري لم يبيّن أمده ونهايته.

وقد عرفه البعض^(٢): بأنه عقد يلزم المؤمن له بمقتضاه: أن يدفع مبلغاً معيناً (شهرياً أو سنوياً أو دفعة واحدة) إلى المؤمن في مقابل تعهد المؤمن بتدارك الخسارة التي تحدث في المؤمن عليه على تقدير حدوثها.

(١) السيّد (السيستاني) / منهاج الصالحين / ج ١ / ص ٤٢٠.

(٢) الوحيد الخراساني / منهاج الصالحين / ج ١ / ص ٤٤٥.

وأيضاً يكون هذا التعريف بعيداً عن الربا إلا أنه فيه جهالة ما سيبدله المؤمن من مال عند حصول الخسارة ووقوع الضرر.

حكم هذا العقد الجديد^(١):

ذهب أهل السنة إلى تقسيم التأمين - بعد اعتباره عقد معاوضة - إلى:

(١) تأمين تجاري.

(٢) تأمين تعاوني.

والقسم الثاني: هو التأمين الذي تكون أرباحه لأجل بناء المستشفيات أو تقسم على الفقراء مثلاً.

فأحلوا الثاني وحرّموا الأوّل لأنه أقرب إلى المقامرة منه إلى العقود الصحيحة.

أقول: إذا كان تكييف التأمين بأنه عقد معاوضة فهو أشبه شيء بالقمار لما فيه من الجهالة الكثيرة فلا وجه لتصحيح التعاوني منه وتحريم التجاري بل ينبغي أن يكون جميع أقسامه حراماً لأن القمار حرام سواء كان الربح للرايح أو يضعه في صندوق الفقراء أو صندوق البرّ وبناء المستشفى، ولا وجه لتحريم التجاري من القمار وتحليل التعاوني من القمار فلاحظ، على أنه إذا كان معاوضة فهو باطل لما فيه من الغرر والجهالة.

أما عند الإمامية: فقد كيّف بتكليفات متعددة بعد استبعاد أن يكون عقد معاوضة:

(١) **منها:** أنه هبة معوّضة: أي هبة مال معيّن إلى المؤمن بشرط أن يتدارك الخسارة التي تحصل على المؤمن له. ويتفرّع على هذا وجوب الوفاء بهذا الشرط على المؤمن. إلا أن الخسارة التي تقع على المؤمن لا توجب اشتغال ذمة المؤمن بشيء، وإنما يجب عليه أن يعمل عملاً يتدارك به الخسارة الواقعة على المؤمن له، فهو حكم تكليفي بوجوب تدارك الخسارة أو دفع مبلغ من المال معيّنًا كما في بعض التعاريف للتأمين.

فألحقت من طالب التأمين إيجاب، وموافقة الشركة هو قبول هذه الهبة المشروطة، وليس هذا شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة فهو شرط صحيح، وهذه الهبة المشروطة بتدارك الخسارة حاوية لأركان التأمين لأنها مشتملة على الإيجاب والقبول ومشتملة على المؤمن عليه وهو النفس أو المال ومقدار الخسارة ومشتملة على مبلغ التأمين.

إذن التأمين هو من مصاديق الهبة المشروطة بتدارك الخسارة إذا حصل حدث على ملك معين أو نفس معيّن.

(١) هناك من يدعي أن عقد التأمين ليس جديداً، فادعى البعض وجوده في أيام الإغريق حيث وجدت جماعات من ملاك العبيد كانوا يدفعون أقساطاً معيّنّة عن عبيدهم إلى الجمعيات التي كانت قد أنشئت لهذا الغرض في مقابل أن تدفع الجمعية لهم ثمن العبد لو هرب من سيده. راجع سيد عزّ الدين بحر العلوم عن محاضرات ألقاها الأستاذ محمود عزمي مدير شركة التأمين المصرية على طلبة الصف الثاني في كلية التجارة والاقتصاد العراقي ص ١٧.

(٢) **ومنها:** أن عقد التأمين ينزّل على الصلح كعقد مستقل، أي مصالحة على تحمل الخسارة التي ستحدث في المستقبل بثمن معيّن. فيتصالح الطرفان على أن يتحمل أحدهما (وهو الشركة) الخسارة التي تحلّ بالطرف الآخر بشرط أن يدفع الآخر المقدار المعيّن من المال. وقد يكون الصلح واقعاً على أن يدفع طالب التأمين إلى الشركة مقداراً من المال معيّن في كل شهر على أن تدفع الشركة خسارته لو حدث حادث بماله أو تدفع كذا مقداراً من المال إن حلّ به موت أو تلف عضو وهذا عقد يتحمّل الجهالة.

(٣) **ومنها:** أن عقد التأمين ينزّل على أن المؤمن يضمن المال بحيث يدخل في عهده وحيازته في مقابل أقساط التأمين (أو ثمن معيّن) فإن الضمان مأخوذ من ضمن الذي معناه إدخال الشيء في العهدة والحيازة، وليس الضمان مأخوذاً من ضمم الذي هو بمعنى ضم شيء إلى شيء آخر.

وبتعبير أوضح: أن شركة التأمين تقول: ضمنت (سيارتك أو بيتك أو معملك أو ما شابه) مالك (أي أدخلت مالك في حيازتي وعهدتي) أو ضمنت نفسك إذا دفعت لي مبلغاً شهرياً معيّن لمدة سنة أو أكثر أو أقل. فإن حصل ضرر على المال فيقوم المؤمن بتداركه وإذا حصل فوت للنفس يدفع مقداراً معيّن إلى ورثته.

وقد يعبر عن الإيجاب والقبول بركن التراضي الذي يحصل بتوافق إرادتين ومعنى ذلك أن الموجب كما يمكن أن يكون هو المؤمن له يمكن أن يكون المؤمن بقوله أنا أضمن لك الخسارة التي تحصل على بيتك من الحريق مقابل كذا مبلغاً من المال فيقول المؤمن له ضمنتك مالي بكذا.

فهنا: ضامن (المؤمن): يصدر منه القبول بعد تمامية ملء الاستمارة.

ومضمون له (المؤمن له): يصدر منه الإيجاب لأنه يطلب التأمين بواسطة ملئه استمارة طلب التأمين.

وموضوع الضمان (السيارة أو البيت أو غيرهما).

ومبلغ الضمان (القسط التأميني).

وبعبارة أوضح: أن الضمان له أقسام متعددة:

(١) ضمان اليد (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) والمراد اليد المعتدية.

(٢) ضمان التلف (من أتلّف مال الغير فهو له ضامن) المراد اتلاف المال بالاعتداء.

(٣) ضمان الديون (كما في عقد الضمان الذي هو نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة) والأولان لا يحتاجان إلى الانشاء بل يحصلان بالفعل الخارجي الذي هو وضع اليد «يسمى باليد» والاتلاف وهو أيضاً وضع يد على المال بحيث يصبح تالفاً.

أما الثالث: فهو يحتاج إلى انشاء للضمان فيوجدُ موجبٌ للضمان وقابل له وموضوع للضمان.

فالدين الذي في الذمة يمكن أن يضمن للدائن، فيضمنه شخص ثالث فينتقل الدين من ذمة المدين إلى الضامن.

وقد حصر البعض هذا الضمان الانشائي بالدين (الذي هو مال في الذمة) كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول، أما لو قال: مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ لم يصح، وذلك لأن الذمة لم تكن مشغولة حين الانشاء فلا يتحقق الضمان.

(٤) ضمان الأعيان المغصوبة: وهو مختلف فيه.

كما لو غصب شخص ثوب آخر فيأتي شخص ثالث يضمن الثوب إلى المغصوب منه فذهب صاحب الشرائع إلى جوازه^(١)، وكذا المفيد والطوسي والعلامة الحلبي.

وقد أجاز هذا الأحناف: قال في الفتاوى الهندية^(٢): " تجوز الكفالة بتسليم المبيع وبالديون وبالأعيان المضمونة كالمغصوب والمهور في يد الزوج "، وكذا قال ابن قدامة الحنبلي^(٣): " ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية "، ولكن منعه آخرون: منهم صاحب الجواهر^(٤) حيث علّق على عبارة صاحب الشرائع بقوله: إن العين ليست من المال الذي في الذمة حتى ينتقل إلى ذمة أخرى، ولو كانت العين المغصوبة مضمونة لكان الضمان هنا هو ضمّ ذمة إلى ذمة، فالغاصب ضامن ومن ضمن الغاصب ضامن أيضاً، فصار الضمان ضمّ ذمة إلى ذمة ونحن لا نقول به، لما تقدم من أنّ الضمان مشتق من ضمن لا ضمّ.

وأيضاً فإنّ الشافعي في أحد قوليّه منع من ضمان الأعيان حيث قال: ان الأعيان غير ثابتة في الذمة والذي يضمن هو ما كان ثابتاً في الذمة، وحينئذ يكون وصفنا بالضمان معناه: أنه يلزم قيمتها إن تلفت، والقيمة مجهولة^(٥).

قال الشيخ الحلبي^(٦): بناء على صحة ضمان الأعيان فيكون ضمان العين المغصوبة موجباً لانتقال ضمانها من الغاصب إلى الضامن، وحينئذ سيكون بقاءها بيد الغاصب أمانة إلا أنه يجب على الغاصب إعادة العين إلى مالكها فوراً، وحينئذ لو تلفت العين في هذه الأثناء يكون ضمانها على الضامن الجديد لا على الغاصب.

(١) (كتاب الضمان: ١٦٧)، راجع مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٢.

(٢) ٣: ٢٥٤

(٣) (٤: ٤٨٤)

(٤) جواهر الكلام / كتاب الضمان / ٤٠٩.

(٥) راجع ابن قدامة ٤: ٤٨٤

(٦) بحوث فقهية / تقارير الشيخ حسين الحلبي / ص ٣٠.

نعم لو لم يرجع العين كانت يده الجديدة البقائية يدّ ضمان وعليه سيكون ضامناً من جديد وحينئذٍ لو تلفت في هذا الدور كان عليه بدلها.

وبناء على عدم صحة ضمان الأعيان المغصوبة فيكون الفرق بين الدين والعين المغصوبة هو أن الدين ما دام كلياً فعند ضمانه^(١)، سيكون الدين الذي في عهدة الضامن غير الدين الذي في ذمة المدين، فعند الضمان يملك الدائن الدين الكلي الذي في ذمة المدين ولا يملك الدين الذي في ذمة الدائن فالدائن لا يملكهما معاً لأن الدين انتقل من ذمة إلى ذمة أخرى.

أما في العين المغصوبة: فالضمان معناه أن تلك العين الخارجية في ذمة الضامن، وهي أيضاً في عهدة الغاصب، والمالك لم يتبدّل ملكه من عين إلى أخرى كما في الدين الكلي، نعم أقصى ما في البين أن العين التي هي ملك المغصوب منه والتي في عهدة الغاصب صارت في عهدة الضامن، فأصبح الشيء الواحد قد توارد عليه الضمانان، وهذا بخلاف ضمان الكلي في الذمة.

أقول: يمكن أن يقال: إن الضمان في الديون دلّ على انتقال الدين من ذمة إلى ذمة وقد دلت على هذا الأخبار، أما في ضمان الأعيان فلا يسقط ضمان الأول سواء كان ضمان الثاني بأخذ العين المغصوبة أو بضمانها الانشائي، وحينئذٍ يصح ضمان العين المغصوبة بمعنى أنه يكون مسؤولاً عن قيمتها إذا تلفت.

وممن قال بضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد السيد الطباطبائي في العروة^(٢).

(٥) ضمان الأمانة: كما في ضمان الوديعة والمضاربة والرهن التي عند الشخص المودع. وهذه مسألة خلافية أيضاً.

ذهب قوم إلى منعه كصاحب الشرائع والعلامة وجامع المقاصد والمسالك وغيرهم، متمسكين بالإجماع، وأجازهم قوم كصاحب العروة مستنداً إلى عمومات الصحة.

والمانع عن صحة الضمان هنا هو عدم وجود مضمون عنه، فإن المستعير غير ضامن وهو أمين فكيف نضمن غير الضامن!!؟

والمجوز للضمان قال: بعدم ضرورة وجود المضمون عنه في صحة الضمان إذ يكفي وجود ضامن ومضمون له ومورد الضمان فقط.

(٦) ضمان الأعيان الشخصية: التي بيد أصحابها من دون أن تكون الأعيان مغصوبة أو أمانة أو مقبوضة بالعقد الفاسد.

(١) الذي هو معناه انتقال الدين من ذمة إلى ذمة.

(٢) العروة الوثقى مع تعليقة السيد الخوئي ج٢ ص٥٤٩، طبعة مدينة العلم، قم ١٤١٤ هـ ق، محرم الحرام.

ومنها أموال الناس في متاجرهم وبيوت الناس التي تحت أيديهم. فهل هذا الضمان صحيح أم لا؟

فإذا صححنا هذا الضمان صح عقد التأمين على الممتلكات في صورة تعرّضها للخطر كالغرق والحرق والسرقة وأشباه ذلك لأنه يكون من باب ضمان الأعيان الشخصية ، أما لو اقتصرنا على ضمان ما في الذمم والأعيان المضمونة كالغصب وما أخذ بالعقد الفاسد فلا يكون التأمين داخلاً تحت الضمان.

فإذا وسّعنا الضمان وشمل ضمان الديون ، والعين المغصوبة المضمونة ، والعين غير المضمونة كالعارية ، والعين الشخصية (خارجية بيد صاحبها أو نفساً مملوكة كالعبد أو غير مملوكة كالحرّ) دخل التأمين الذي نبهته في الضمان وكان تكييفه الفقهي هو عقد الضمان.

وضمان الأعيان الشخصية:

مرّة لا يكون في مقابل المال، ومرة يكون في مقابل المال، فضمن الأعيان الشخصية الخارجية يكون في مقابل مال يدفعه صاحب العين الشخصية إلى الضامن ليكون الضامن مسؤولاً عن التعويض إذا تلفت هذه العين الشخصية في مدة الضمان.

فإذا قلنا: إن ضمان الأشخاص والأعيان الخارجية يكون عبارة عن:

١. إيجاب وقبول.

٢. المؤمّن عليه (بيت أو معمل... الخ) وهو المضمون.

٣. مبلغ التأمين (قسط التأمين).

وهذا بنفسه موجود في عملية التأمين على البيت والمعمل عند السرقة أو الاحتراق أو الغرق أو الانهدام عند حدوث الزلزلة والانشقاق في الأرض أو ما شابه ذلك، لأنه يوجد إيجاب وقبول (من المؤمّن والمؤمّن له) ويوجد موضوع مؤمّن عليه ويوجد مبلغ التأمين.

فهل ضمان الأعيان الشخصية صحيح؟! ، أي الضمان الإنشائي العقدي للأعيان الخارجية صحيح أم لا؟

قال الشيخ الحلّي^(١): إن منطقة الضمان العقدي أوسع من الاقتصار على فرد دون فرد، فكما تجري في الديون كذلك تجري في الأعيان الخارجية من الأموال والعقارات وغيرها من النفوس مملوكة وغير مملوكة، فيمكن للشركة أن تضمن هذه الأشياء، لأن الضمان ليس إلا التعهد وإدخال الشيء في العهدة، وهو اعتبار يقره العقلاء، حيث يدخل الضامن المضمون في عهده وحيازته.

(١) بحوث فقهية/ تقارير بحث الشيخ حسين الحلّي / ضمان الأعيان الشخصية.

وأما الإجماع المدعى على أن يكون الحقّ المضمون مالا ثابتاً في الذمة، فقد ذكر صاحب العروة أن في مسألة ضمان الأعيان المضمونة المغصوبة قولين، والأقوى الجواز وذكر في مسألة ضمان الأعيان غير المضمونة عدم الخلاف في عدم الجواز إلا أنه قال بالجواز استناداً إلى العمومات واستناداً إلى جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل لقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١).

ثم إن هذا الضمان العقدي ليس فيه منع، فليس هو عقد سفهي حتى يكون ممنوعاً منه، فإن العاملين بهذا النوع من المعاملات لا يقدمون على ذلك إلا بعد حساب الاستفادة من التجارب واستفادة النتائج الناشئة من الحسابات الدقيقة التي تجريها الشركات، وبعد تقدير ظروف الشخص وممتلكاته، فلا يكون الإقدام من ناحية الشركة سفهياً.

كما لا يكون إقدام الشخص من الطرف الآخر سفهياً لأن إقدامه على تأمين نفسه أو ممتلكاته يبعث في النفس الإطمئنان على أن هناك من يعوّضه عند حصول كارثة تؤدي إلى تلف ملكه، أو يعوّض الأسرة إذا حدث الموت.

وهذا المقدار الحاصل للشركة ولطالب التأمين يجعل العمل التأميني عقلاً.

إذن صارت عملية التأمين مندرجة في باب الضمان، فبإمكان الشركة أن تضمن أموال الشخص أو نفس الشخص أو عبد الشخص.

ولو أبى مجتهد من قبول الضمان للأعيان المضمونة وغير المضمونة والأعيان الشخصية، وقال بأن الضمان ينحصر في الذمم فقط، فيكفي لصحة معاملة التأمين اندراجها في الهبة بشرط تحمّل الخسارة، أو الصلح بشرط تحمّل الخسارة، اللذين هما عقدان بعيدان عن الضمان فلاحظ.

ولهذا فقد يقال لتصحيح ما لو اشترط ضمان العين المستأجرة على المستأجر بواسطة تحمّل الخسارة، إذا منع لتصحيح ذلك الضمان، لأن العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة فلا يضمن تلفها أو تعييبها إلا بصورة التعدي والتفريط، ان يقال: ان المؤجر يشترط على المستأجر أداء مقدار من ماله على تقدير التلف أو التعييب لا بعنوان الضمان.

على أن شرط الضمان على المستأجر قد قواه صاحب العروة^(٢).

تنبية: إن الطرق المذكورة في الهبة والصلح لا تفرّق بين أن يكون الموضوع ديناً في الذمة، أو عيناً خارجية، أو نفساً وذلك لعدم وجود ضمان في البين.

(١) يوسف: ٧٢.

(٢) كتاب الإجارة / ج ٢ / ٣٩٢ طبعة قم ١٤١٤ هـ ق مدينة العلم.

٤. ومنها : أن عقد التأمين هو عقد جديد فيشملة ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(١) ، وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾^(٢) ، بناء على أن العقود الممضاة لا تختص بالعقود الموجودة سابقاً بل إنها تشمل كل عقد يتعاقد عليه الطرفان ما لم يكن فيه نهي أو خلل في شروط العقد أو المتعاقدين أو العوضين، فالقاعدة تقول: يجب الوفاء بكل عقد (وإن لم يكن موجوداً في زمن صدور النص) تكليفاً ووضعاً.

وعقد التأمين عقد بين الشركة والطالب للتأمين، ولا نهي عن ذلك ، فهو عقد غير سفهي وغير غرري لأنه لا يوجد خطر ونزاع من هذا العقد وإن كان فيه جهالة لا تؤدي إلى الخطر والنزاع وفيه مصلحة للطرفين فيشملة أوفوا بالعقود وتجارة عن تراضٍ.

فالتاجر يتطوع بطيب نفسه للتأمين على أمواله، والشركة تنظم له كشوفاً على المال.

ونرى الشخص يتطوع بطيب نفسه للتأمين على نفسه وأعضائه، والمؤمن له يكشف عليه وعلى أعضائه فيتم الإيجاب والقبول بينهما ويذكر موضوع التأمين وقسط التأمين ومدته، فالمعاملة ليست سفهية ولا يقدم عليها الطرفان إلا بعد أن يضمن كل منهما النفع لنفسه، كما أنها ليست غررية لعدم وجود أي خطر فيها على المتعاملين.

أقول: لو صححنا عقد التأمين بهذه الطرق فإن عقد الصيانة، يختلف عن عقد التأمين وذلك:

(١) لأن عقد الصيانة هو ما يكون شاملاً للرعاية والإصلاح، أما عقد التأمين فهو ينظر إلى الإصلاح بعد العيب أو تدارك الخسارة بعد حصولها ولا يشمل الرعاية فلاحظ.

(٢) عقد التأمين هو عبارة عن تدارك الخسارة بعد حصولها بتقديم المال، أما عقد الصيانة فهو ينص على إصلاح العيب لا تقديم المال. فلاحظ.

إذن حتى إذا صححنا عقد التأمين بإحدى الطرق الأربعة فعقد الصيانة يبقى بحاجة إلى دليل الصحة.

(١) المائة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

عقود مشابهة لعقد الصيانة

نذكرها لما لها من تأثير مهم على فهم طبيعة عقود الصيانة منها:

(١) **عقد النظافة:** وهو عقد على تقديم عمل ومواد نظافة واستعمال آلات وأدوات معينة . فهو يتضمن جهالة جزئية بسبب عدم معرفة مقدار العمل المطلوب ومقدار كمية المواد اللازمة عند العقد ، لأن كلاً من العمل المطلوب وكمية المواد اللازمة بعضها متوقع وبعضها غير متوقع مما يتأثر بالجو والطقس ونوعية المستعملين لما يراد تنظيفه وعاداتهم المتعلقة بالنظافة.

فهو عقد يتضمن قدراً معلوماً من العمل والمواد وهو الحد الأدنى المتفق عليه ويضاف إليه التزام بالنظافة فوق ذلك الحد بقدر من الجهالة يزيد أو ينقص تبعاً لما تقدم.

(٢) **عقد التشغيل:** إن موضوع عقد التشغيل هو تقديم العمل اللازم والمواد الاستهلاكية اللازمة لتشغيل الآلات والأجهزة ، فالمباني الحديثة والمنشآت الحديثة كالميناء فإنه يحتاج إلى تشغيل الرافعات فيه ، والمطارات تحتاج إلى تشغيل سلالم الوصول إلى الطائرات ، وأجهزة تحميل البضائع ، والمستشفيات تحتاج إلى تشغيل مختبراتها العلمية ، وغرف الطوارئ تحتاج إلى تشغيلها بما تحتاج إلى عمل ومواد ولوازم طبيّة ، فكل هذه الأمور يمكن أن يشملها عقد التشغيل.

وهذه العقود تتضمن قدراً كبيراً من العلم بما يلتزم به المشغل من عمل ومواد.

ولكن تشتمل أيضاً على قدر كبير من الجهالة لما تتضمنه هذه العقود من:

١. شرط التشغيل الطارئ الذي يحتاج إليه فإنه يزيد في الطاقة الإنتاجية للمشغل أو زيادة ساعات العمل.

٢. شرط إضافة الجديد من الآلات والأجهزة لما هو مذكور منها في العقد.

نعم بعض هذه العقود يتضمن زيادة الثمن بنسبة زيادة التشغيل فإن هذا الأمر يقلل من الجهالة في العقد ، ولكن الجهالة تبقى من ناحية كمية زيادة التشغيل فهل يزداد بنسبة ١٠٪ أو ٢٠٪ أو ٣٠٪ أو أقل؟! فإن عدم معلومية زيادة التشغيل مثل أن يقول الإنسان لآخر : استأجرت دارك كل شهر بمليون دينار من دون تحديد مدة الإجارة كسنة أو سنتين فإن هذا العقد باطل في غير الشهر الأول ، وذلك لجهالة مدة الإجارة ، فهنا جهالة زيادة التشغيل.

(٣) **عقد التحديث:** هو عقد على إضافة ما يجد من معرفة علمية أو منتجات حديثة على الأجهزة العلمية مما يحسن مردودها ومنافعها ، ويجعلها تواكب التقدم العلمي في ميدانها.

وهو عقد على تقديم المعرفة العلمية الجديدة المتمثلة في حقوق معنوية.

وهذه المعرفة العلمية تتوفر على شكل قطع غيار صغيرة تضاف إلى الآلات أو الأجهزة المطلوب تحديثها ، أو على شكل برامج مخزونة في أقراص صغيرة يتم إدخالها في هذه الأجهزة.

والعمل المباشر الذي يتطلبه عقد التحديث يكاد يكون قليلاً جداً وهو ما يحتاجه تركيب القطعة أو إدخال البرنامج، وذلك بالمقارنة مع الكمية الكبيرة من العمل المبذول في متابعة التطورات العلمية والتكنولوجية والصناعية، وفي الحصول عليها ثم تطويرها بما يناسب المستفيد من عقد التحديث.

وليكن من المعلوم: أن أثمان هذه الحقوق المعنوية لا تكون معروفة عند توقيع عقد التحديث. وأن معظم عقود التحديث تشمل العمل وحده الذي فيه جزء معلوم بسيط وجزء مجهول كبير وتترك ثمن الحق المعنوي يتحمله طالب التحديث.

(٤) عقد صيانة الصحة (عقد إدارة الصحة)^(١): وهي عقود صارت شائعة جداً منذ أوائل الثمانينات في الولايات المتحدة الأمريكية كبديل لعقد التأمين الصحي^(٢).

ولهذه العقود أشكال متعددة تشترك كلها بخصيصة واحدة وهي تقديم الخدمة الصحية حسب الحاجة لقاء ثمن محدد شهري أو سنوي.

وأكثرها شيوعاً في أمريكا: هي أن يلتزم متعهد الصيانة للصحة إتجاه رب الأسرة بتقديم جميع ما تحتاجه من علاج ودواء وخدمة صحية للأسرة كلها لقاء مبلغ مقطوع يدفع شهرياً أو سنوياً، ويضاف إليه جزء ضئيل من أجره كل خدمة صحية أو ثمن كل دواء يقدم إليه. والقصد من هذه الإضافة لجزء ضئيل من كل خدمة أو ثمن كل دواء هو عدم الاسراف في تناول الخدمة أو طلب العلاج أو طلب دواء قد لا يحتاج إليه حقيقة.

وهذا العقد يقدم الخدمات الصحية جميعاً وكذا الأدوية من قبيل متخصصين يتعاقد معهم متعهد الخدمة ويمكن أن يغير متعهد الخدمة فيهم دون اعلان مسبق للمستفيد من عقد صيانة الصحة.

نعم هناك عقود صيانة صحة شائعة في بعض البلدان يكون المتعهد مستشفى كبيراً يقدم الخدمات الصحية، فهو الذي يقوم بتقديم خدمات العلاج وتقديم الدواء تجاه رب

(١) هناك فرق بين ضمان صيانة الآلة وضمن صيانة الصحة، إذ الأول يضمن إعادتها للقدره على عملها المعتاد، أما الثاني فيضمن فقط تقديم خدمة العلاج والدواء المناسبين حسبما توصل إليه فنّ الطب ولكنه لا يضمن عودة الجسم إلى وضعه المعتاد قبل طروء الحالة التي استدعت العلاج.

(٢) يختلف عقد صيانة - الصحة - عن عقد التأمين الصحي، في أنّ الأول يقوم على الالتزام بتقديم الخدمات والأدوية. أما الثاني فإنه عقد مالي بحت يلتزم فيه المؤمن تجاه المستأمن بتسديد أجره العلاج وأثمان الأدوية أو نسبة معلومة منها؛ ولهذا الفرق فإن عقد الصيانة سيكون بديلاً عن عقد التأمين لأنه يشجّع على المبادرة لطلب الخدمة الطبية الوقائية لدى أول بادرة مرض، وأما عقد التأمين فإنه يكون مثبّطاً لمثل هذه المبادرة لأنه يتضمن استثناء النفقات الطبية الوقائية والصغيرة مثل أجره زيارة الطبيب.

الأسرة، فينتقي التعاقد بين متعهد صيانة الصحة والمتخصصين «وهو ما يسمى التعاقد من الباطن».

ومثل هذا: الالتزام ببرنامج الولادة الذي تعرضه بعض المستشفيات على الحوامل لتقديم جميع ما تحتاج الحامل من رعاية طبيّة من وقت العقد إلى ما بعد الولادة لقاء مبلغ معيّن، من دون تحديد لتفاصيل الخدمة الطبيّة التي ستحتاجها الحامل ولا نوع معرفة عملية الولادة نفسها.

أشكال الصيانة:

إنّ الصيانة جنس يشمل انواعاً متعددة: وهي أربعة:

(١) شرط الصيانة في عقد البيع.

أقول: يدخل تحت الشرط: التزام البائع (الصانع) المرتبط بعقد البيع بالصيانة كأحد البنود في العقد، وهذا الشرط قد اشترطه البائع على نفسه مما يعني أن كل القطع قد تمّ صنعها بالجودة التامة وأنها قادرة على الأداء دون أن يلحقها عطب من التشغيل طيلة مدة محددة أو دائماً.

وقد يكون هذا الشرط هو التزام البائع بالإصلاح لو طرأ عيب في مدة معيّنة.

وقد يكون هو شرط نتيجة بأن تكون ذمته مشغولة بالإصلاح لو طرأ عيب على الآلة فيجب عليه إصلاحها بعد شغل ذمته بذلك.

(٢) عقد الصيانة بين الصائن والمالك.

(٣) عقد التعهد بالصيانة بين متعهد الصيانة والمالك، مع عقد للصيانة من الباطن بين المتعهد والصائن.

(٤) عقد تأمين الصيانة بين المالك وشركة التأمين التعاونية مثلاً.

أما الشكل الأوّل شرط الصيانة في عقد البيع:

مع تعقّد الآلات والأجهزة وفنيّتها ظهرت مصالح جديدة لطرفي العقد في بيوع هذه الآلات والأجهزة. وأهم هذه المصالح هي:

(١) مصلحة طرفي العقد (وكذا المصلحة العامة) تكمن في استقرار العقود والتقليل من حالات الرجوع بالردّ بالعيب.

وهذه المصلحة قد اقتنع فيها البائع والمشتري حيث إنهما قد اقتنعا بإمكان أن تقع هفوات صغيرة أو كبيرة فيما يصنع ويبيع، فرغم حرص المصانع على فحص وتدقيق المنتجات قبل إخراجها إلى السوق لا يبدّ من ظهور عيب أو أخطاء صنيّة في المنتجات

الصناعية لدى المشتري، مما يمكن تدارك معظمه بالإصلاح من خلال تقديم صيانة فنية مناسبة.

(٢) مصلحة الصانع (البائع) في التخفيف من آثار أي عيب خفي في الآلة قد يؤدي إلى تحميله مسؤولية تعاقدية أو تقصيرية اتجاه المشتري وغيره ممن يتصل بالآلة التي صنعها وباعها^(١).

(٣) مصلحة الصانع (البائع) بالاحتفاظ بأسرار آله دون أن تصل إلى منافسيه، فالصانع يرغب في أن يكشف للمشتري أقل قدر ممكن من هذه الأسرار ويحتفظ لنفسه بأسرار صيانتها.

(٤) مصلحة الصانع (البائع) في تحسين سمعته وتعظيم مبيعاته وارباحه باظهار أن سلعته ذات جودة عالية، وأنه مستعداً لدعم كفاءتها وانجازها لذا فهو ملتزم بإصلاح ما قد يطرأ عليها من خلل بل قد يذهب أكثر من ذلك أي يضمن خدمة بديلة أثناء فترة الإصلاح وضمان قيمة ما قد يتلف على المشتري بسبب تعطل الآلة، فالصيانة هنا قد لحظ فيها التحفظ على العيوب المخفية وغير المتوقعة في المبيع فتكون ذمة البائع مشغولة بالتبديل أو الإصلاح لو طرأ عيب على المبيع فهو شرط نتيجة.

(٥) مصلحة المشتري: في التقليل من آثار تعطل الآلة عن تقديم المنافع المرجوة منها إلى أدنى حد ممكن بما يجعله يحرص على الإصلاح السريع كلما دعت الحاجة إليه.

(٦) مصلحة المشتري في إتقان وسائل التعامل مع الآلة في حالتها التشغيل والتعطيل مع علمه بأن الصانع هو أقدر الناس على هذا الإتقان.

هذه المصالح أدت إلى إدخال شرط ضمان صلاحية الآلة للتشغيل وتقديم سبل المنافع المرجوة في عقود بيع الآلات والأجهزة والمنتجات، لأن لهذا الشرط علاقة كبيرة بالسلامة العامة مما له صلة بعدد كبير من الناس، ولهذا فإن الحكومات تدخلت لشرط الصيانة وتفرض على الصانع ضمان تشغيل أكثر أمناً وسلامة للمتعاملين مع تلك الآلة. ولذا تقوم الحكومات من فرض إجراء التعديلات أو تغيير بعض القطع في الطائرات والسيارات وغيرها من الآلات المتحركة أو الثابتة بين وقت وآخر.

(١) المسؤولية التعاقدية: تقوم على الإخلال بالتزام عقدي حيث تتوجه إذا حصل ضرر أصاب الفرد نتيجة العقد وبيع السلعة كما إذا حصل عدم تسليم السلعة من البائع فسبب الضرر على المشتري فيتحمل المسبب التعويض إذا طالب به المتضرر. ويجوز له التنازل عن هذه المسؤولية لأنها حق خاص بالمتضرر. والمسؤولية التقصيرية: تقوم على الإخلال بالتزام قانوني، وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، فإذا كانت السلعة بيد مالكها، ويتعرض له فيها أجنبي فيكون الأجنبي مسؤولاً عن إخلاله بالقانون نتيجة تعرضه لسلعة الغير بالتوقيف فيكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية. ويجب هنا التعويض للأضرار التي تحصل نتيجة هذه المسؤولية التقصيرية سواء كان الضرر جاء من عدم التبصر «أو الخطأ» أو الخفة أو الجهل بما ينبغي معرفته وكذا إذا وضع صانع السلعة أو العامل عند صانع السلعة في السلعة ما يوجب تضرر المشتري فهو خلاف قانون عدم الإضرار فيكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية.

ولهذا فإن شرط الصيانة يضاف في عقد البيع، يتحمل بموجبه البائع (الصانع) عبء صيانة الآلة التي يبيعها لفترة محددة من الزمن.

وهذا الشرط للصيانة ليس بديلاً عن خيار الردّ بالعيب، فقد تظهر عيوب في الآلة مما لا يمكن إصلاحه ولا بدّ حينئذٍ من الرد، ولكن شرط الصيانة يقلل كثيراً من احتمالات الردّ بمعالجة ما يتقبّل الإصلاح من العيوب.

وشرط الصيانة في عقود البيع يختلف عن أربعة أنواع من أعمال الصيانة: والأربعة أنواع هي:

(١) الصيانة التشغيلية: وهي تشمل ما يتطلبه تشغيل الآلة من زيوت وتبريد أو تدفئة وغير ذلك مما يحتاج إليه من نظافة أو عناية دورية. وهذه يتم استثنائها عادة من شرط الصيانة، بل ينصّ على لزومها لمالك الآلة أو مشغّلها، وأن تنفيذها يعتبر شرطاً في تحمل البائع لمسؤوليته الصيانية، وقد تشترط بعض العقود أن يتمّ تقديم هذا النوع من الصيانة من قبل الصانع (البائع) على حساب المالك ليضمن إلى القيام بعملها على الوجه الصحيح.

(٢) الصيانة التي تنشأ الحاجة إليها بسبب فعل أشخاص آخرين أو بسبب حوادث طبيعية أو غير طبيعية ليس لتشغيل الآلة علاقة بها. كما إذا شبّ حريق في مكان استودعت فيه الآلة أو السيارة أو يحصل تصادم مع سيارات أخرى وهذه الصيانة تستثنى من شروط ضمان الصيانة.

(٣) الصيانة التي تنشأ الحاجة إليها بسبب مخالفة تعليمات التشغيل، مثل ما إذا استعمل للآلة زيت مخالف لمواصفات الزيت الذي تتطلبه التعليمات. وهذا أيضاً مستثنى من شرط الصيانة.

(٤) الصيانة التي تنشأ الحاجة إليها بسبب عوامل الهلاك والاهتراء الطبيعي من تآكل بعض الأجزاء التي من طبيعتها أن تتآكل أو تتغير إذا تعرضت للهواء أو الماء أو غير ذلك. وهذا مستثنى أيضاً.

إذن شرط الصيانة: وهو النوع الخامس الذي يتعلّق به شرط ضمان الصيانة: يشمل كل خلل في الآلة يمنع من إنتاج منافعها بسبب نوعية المعدن أو المادة التي تتركب منه، أو بسبب طريقة تركيب الأجزاء بعضها مع بعض أو بسبب تصميم الآلة، أو عدم قدرة أي جزء منها على تأدية الخدمة المتوقعة منه أو المخططة له في تصميم الآلة.

ومن الواضح ان هذا النوع الخامس من الأعطال أو العيوب يقلل منافع الآلة مما هو مقصود منها أو يعطل هذه المنافع بالكلية، ويستدعي مسؤولية الصانع (البائع) عن هذا العيب.

ويهدف شرط الصيانة إلى النصّ على تحميل الصانع (البائع) هذه المسؤولية بالصرحة.

ويشبه هذا النوع من حاجات الصيانة: ما تفرضه الحكومات من إلزام الصانع بإدخال تغييرات على الآلة بعدما يثبت لديها وجود خطورة على السلامة العامة ما لم يتمّ هذا التغيير فقد يتضمن شرط الصيانة قيام الصانع بتقديم القطع اللازمة إضافة إلى القيام بتركيبها وإعادة الآلة إلى عهدها التشغيلي المعتاد أو المحسوب لها.

وشرط الصيانة يتميّز بأنّ له فترة زمنيّة محددة كعام واحد أو ثلاثة أعوام، فقد ينصّ على ان القطع للآلة مضمونة لمدة عام مع التركيب والخدمة، ولكن يستمر الضامن لتقديم خدمة الصيانة عملاً فقط لمدة سنة أخرى تكون فيها القطع على المشتري.

ملاحظة: قد تفرض الحكومة أحياناً إصلاحاً للسلعة قد يقع بعد انقضاء مدّة الصيانة المشروطة لأنه مبنيّ على مصلحة السلامة العامة، وهذا مما يتحمّله مالك السلعة لأجل المصلحة العامة.

نعم بعض شروط الصيانة يكون دائماً ما دامت العين موجودة حتّى لو تغيّر مالكها، سواء كان تغيير المالك اختيارياً بالبيع أو الهبة أم غير اختياري كالميراث والإجبار على البيع بحكم المحكمة.

كما تقدّم أيضاً أن بعض شروط ضمان الصيانة يشمل تقديم خدمة بديلة أثناء فترة تعطلّ الآلة بسبب الصيانة المضمونة، كأن تقدّم سيارة بدل السيارة التي تخضع للصيانة.

كما قد يضاف إلى شرط الصيانة، شرط يضمن بموجبه الصانع (البائع) الأضرار التي أدّى إليها تعطلّ الآلة كأن يعوّض عما يتلف من مأكولات نتيجة تعطلّ الثلاجة أو المجمدة، أو تعوّض الجلود التي تلفت نتيجة تعطلّ آلة الدباغة. ويحدد العقد حداً أعلى لهذه المسؤولية.

ملاحظة: الشرط وإن كان يزيد في ثمن السلعة إلا ان الثمن لا يقسّم على السلعة والشرط وإن كان له قسط من الثمن في الذهن العرفي.

والتكليف الشرعي لهذا النوع من الصيانة «التي هي التزام الصانع بالصيانة كشرط جعله على نفسه في عقد البيع» فيواجهه كما قيل:

١. اندراج هذا النوع في صفتين في صفقة، وهو ممنوع منه حسب ما قيل لأنه إجارة للعمل وبيع قطع الغيار، فهو بيع وإجارة.
٢. اندراجه في اشتراط عقد في عقد « فهو عقد بيع وعقد إجارة» وهو ممنوع منه^(١).
٣. اندراجه في بيع وشرط وقد نهى عن ذلك كما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط.

(١) مستدرك الوسائل ١٣: ١٢، باب ٢ من أحكام العقود ج ١ و ح ٢.

٤. وقد يقال: إن اقتضاء سلامة المبيع: هو التزام البائع بالصيانة بدلاً عن حقّ الردّ للمبيع بالعيب.

وعلى هذا القول الرابع يصح شرط الصيانة في العقد مع إسقاط حقّ الردّ بالعيب.

المنافسة: أما الإحتمال الأول فهو باطل، لأن أصل نهي النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة هو حديث سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه. وقد فسّر سماك راوي الحديث ذلك فقال: هو أن يقول البائع: هو بنسأ بكذا وكذا وبنقد بكذا وكذا^(١) وقد فسر الحديث بتفسير آخر: وهو أن يبيع شيئاً بشرط أن يبيع الآخر شيئاً منه إلى الأول كما في بيع العينة. وعلى هذا فإن الحديث لا يشمل التزام المزود بالصيانة في العقد. على أن تمليك العين والمنفعة لا يوجد تعدد الصفقة ما لم يوجد تعدد الإيجاب والقبول والعوض والمعوض بل الموجود هو البيع للألة والصيانة شرط فيه وهو صفقة واحدة.

وأما الإحتمال الثاني: فإنه لا يشمل ما نحن فيه، لأن التزام البائع بالصيانة مدّة معلومة لا يكون عقداً، بل حقيقته إعلان البائع أن ما يبيعه يؤدي الغرض للمشتري، فالسيارة تحقق التتقل مع الأمن وكذا الطائرة وهكذا، فإذا ظهر خلل في أداء المبيع يخالف الغرض منه فكأنّ البائع لم يسلم للمشتري ما اتفقا عليه، فيجب عليه أن يسلم له ما يوافق الغرض منه كما التزم به هو في العقد الأول، ولا يوجد هنا عقد آخر.

على أنه لا مانع من اشتراط عقد في عقد كما تقدم في تفسير نهي النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة أو بيعتين في بيعة كما رواه غير واحد في تفسير النهي عن بيعتين في بيعة من أنه يقول: هو بنسأ بكذا وكذا وبنقد بكذا وكذا من دون أن يتفقا على أحد الأمرين.

وأما الإحتمال الثالث: فنقول: إن ما نحن فيه هو بيع وشرط، والحديث الصحيح الذي رواه الفريقان^(٢) وهو المؤمنون (أو المسلمون) عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، أو إلا ما خالف كتاب الله وسنة رسوله، يصحح هذا الشرط في متن العقد، ويوجب الوفاء به.

نعم روي نهي النبي ﷺ عن بيع وشروط، ولكن: بالإضافة إلى عدم صحة الرواية^(٣)، لا يمكن أن يراد منه معناه، إذ لو كان المراد منه معناه لكان من الضروريات كحرمة

(١) راجع ابن الاثير في النهاية ١: ١٧٣، وفي مسند أحمد حديث ٣٥٩٥ في ذيل حديث نهي النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة. وقد نقل في فتح القدير ٥: ٢١٨ هذا المعنى عن أبي نعيم وأبي عبيد القاسم بن سلام.

(٢) راجع وسائل الشيعة باب ٤٠ من المهور وباب آ من الخيار. وصحيح البخاري / كتاب الإجارة ٢: ٤٥١، وسنن أبي داوود مع عون المعبود ٩: ٥١٦. والحاكم ٢: ٤٩.

(٣) لأن هذا الحديث رواه عبد الحق في أحكامه «الحطاب ٤: ٣٧٣» ورواه أبو حنيفة قال ابن رشد: روي عن أبي حنيفة انه روى ان رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط «بداية المجتهد ٢: ١٦». وقال ابن عرفة: لا اعرف هذا الحديث إلا عن

الربا، مع أنه لم يعمل به أكثر المسلمين بل كلهم إذ جوزوا الشروط التي يقتضيها العقد أو الشروط التي هي من مصلحة العقد أو جرى بها العرف، وتوضيح ذلك:

فقد استثنى الأحناف من الشرط المفسد لعقد البيع: الشروط التي تعارف عليها الناس في معاملاتهم من غير إنكار مثل شراء حذاء على أن يضع له البائع نعلًا أو شراء قلنسوة على أن يضع لها البائع بطانة، فلزوم الشرط هنا عندهم استحسانا. ونقل عن ابن عابدين صحة الشرط على أي عرف حادث «ولو لم يكن من الشروط المذكورة» طالما أن الشرط لا يؤدي إلى المنازعة فهو لا يدخل في نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط، لأن العرف ينفي المنازعة.

أما الحنابلة، وكذا الشافعية: فقد ذهبوا إلى جواز اشتراط منفعة في العقد وإن كانت من غير مقتضى العقد ولا من مصلحته، وعلى هذا يصح شرط الصيانة عندهم لأنها لا تنافي مقتضى العقد.

على أن الشروط التي تكون لمصلحة العقد هي صحيحة عند الحنابلة وشرط الصيانة هو لمصلحة العقد بالنسبة للطرفين فهو شرط صحيح^(١).

أقول: إذا كان شرط النعل في بيع الحذاء وشرط البطانة في بيع القلنسوة صحيحاً وهو يتضمن عملاً بالإضافة إلى آلة معينة مع استعمال آلات معينة لوضع النعل والبطانة حيث يكون الشرط قد أضاف شيئاً جديداً على العين المبيعة، فصحة شرط الصيانة يكون بالأولوية حيث لا يهدف شرط الصيانة إلى العمل ولا إضافة مواد أخرى ولا استعمال أدوات الصائن، بل يهدف إلى إعادة العين إلى حالتها الأولى للإنتاج وحصول المنفعة، فهو إما أولى من شرط وضع النعل للحذاء والبطانة للقلنسوة، أو مثلهما على الأقل فيكون الشرط هنا صحيحاً.

على أن هذا الشرط مما جرى عليه العرف وتعامل به الناس ولم يفض إلى النزاع، وهو مبني على الاستثناء عند أهل السنة. فلاحظ.

نعم قد يقال: إن هذا الشرط غرري، لأن العمل غير معلوم.

والجواب:

(١) أن الشرط هو استعداد الصائن للإصلاح، وهذا ليس فيه غرر عرفاً مثل حراسة المعمل من السرّاق والحريق وأمثال ذلك.

(٢) على أن دليل ممنوعية الضرر مختصّ بالبيع والعقود المعاوضية فلا مجال للتعدّي عنه إلى غيره، بالإضافة إلى أن الشرط إذا كان غررياً ولكن لا يؤدي إلى غررية المعاملة فلا مانع منه. فلاحظ.

طريق عبد الحقّ. وقال ابن قدامة المقدسي حديث النهي عن بيع وشرط ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً في مسند فلا يعول عليه. «الشرح الكبير على المقنع ٤: ٥٣».

(١) راجع بحث السلامي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ١١ ج ٢ وراجع بحث الدكتور منذر قحف في نفس المصدر.

وقد يقال: إن العقد الذي اشترطت فيه صيانة الآلة على تقدير ظهور العيب فيها يجعل الشرط معلقاً على بروز العيب، فكأن العقد صار معلقاً، والتعليق في العقود يوجب بطلانها.

والجواب:

(١) إن الشرط إذا كان معلقاً على بروز العيب فلا يسري هذا التعليق إلى العقد الذي وجد منجزاً.

(٢) لا يوجد تعليق في الشرط، لأن الشرط هو التزام الصائن بالعمل إذا ظهر العيب، والالتزام أمر فعلي منجز.

نعم يوجد تعليق في متعلق الالتزام، وهو الفعل في الخارج.

وبعبارة أخرى: انه هنا قد حصل بالشرط التزام مطلق بحصة خاصة من الفعل، وهذا ليس فيه أي تعليق. فالشرط هو الصيانة وهو عنوان منجز مثل الحراسة، ولكن بعض لوازم هذا العنوان كالقيام بالإصلاح، أو تغيير قطعة الغيار يكون معلقاً على ظهور العيب، فالصيانة كالحراسة عنوان منجز فعلي، وإن كان بعض لوازمها كدفع اللص يكون معلقاً على وجوده.

(٣) إن دعوى سريان التعليق من الشرط إلى العقد المتضمن للشرط لأنه جزء من أحد العوضين، مما لا دليل عليه عرفاً ولا شرعاً.

(٤) وتدل على صحة التعليق في الشرط روايات خاصة مثل صحيحة سليمان بن خالد عن الإمام الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل كان له أب مملوك وكان لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟

فقالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك.

قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم^(١).

وقد استدل النائي بنفوذ الشرط مع كونه معلقاً^(٢) بهذه الرواية.

وقد يقال: إن لم يكن شرط الصيانة في العقد جاعلاً للعقد معلقاً، إلا أنه غرري فيبطل العقد.

(١). وسائل الشيعة ج ١، باب ١١ من المكاتبة.

(٢). منية الطالب ٢: ١٢٦.

وتوضيح ذلك: أن من شروط صحة العقد « أن لا يكون الشرط مجهولاً » والمراد به أن يكون الشرط راجعاً إلى تحديد أحد العوضين، فيكون الشرط في حقيقته تقييداً للمبيع أو تقييداً للثمن، فيكون الثمن والمبيع حصة خاصة من الطبيعي «لا أن المبيع هو الكلي المشترك بين حصصه»، ومثل هذا اشتراط كون الثمن عشر ليرات بهار آزادي.

وحيث إن مثل هذا الشرط إذا كان مجهولاً فيقع البيع باطلاً، وذلك: لأن جهالة الشرط هي عين جهالة الثمن، وهي توجب الغرر كما إذا باع سيارة بعشر ليرات واشترط شرطاً فيها مجهولاً «أي لا يدري أنه اشترط كونها ليرات بهار آزادي أو ليرات عثمانية» أو لا يدري أن الشرط هو ليرات رشادية أو مجيدية التي تختلف قيمة المبيع بالنسبة لها.

والجواب: إننا حينما نقول بوجود شرط في المعاملة، فالمراد به هنا هو الشرط غير الراجع إلى تقييد أحد العوضين، وهو الشرط المعلق عليه الالتزام في المعاملة نظير اشتراط كون السيارة ذات رقم معين كما لو باع السيارة المعينة بعشرة ملايين دينار بشرط أن يكون رقمها (بغداد) فالمبيع شخصي، فيكون معناه الالتزام بالمعاملة على هذا الشرط، فإن لم يكن الشرط موجوداً يتمكن المشتري من الفسخ.

إذن مرجع الشرط هو جعل الخيار على تقدير عدم وجود الشرط.

وعلى هذا: فإذا كان الشرط مجهولاً فهو لا يوجب غرراً في المعاملة ولا خطراً.

فإن وجد الشرط الذي لا نعرف وجوده وكان مجهولاً فالمعاملة لازمة، وإذا لم يوجد الشرط فاللشارط أن يفسخ المعاملة فلا خطر في المعاملة.

وعلى هذا: فإذا باع البائع مصنعة بعشرة ملايين دولار واشترط صيانتها لمدة سنتين، فهذا الشرط ليس راجعاً إلى تعيين الثمن أو المثل، وهو مجهول العمل وتبديل قطع الغيار وما يبذل في الصيانة من مواد وأجهزة، إلا أن هذا الجهل لا يرجع إلى أحد العوضين، فإن وجد هذا الشرط المجهول وحصلت الصيانة صار البيع لازماً، وإن لم يوجد شرط الصيانة كان هناك خيار فسخ للمشروط له فلا يبطل البيع بجهالة الشرط الذي لا يرجع إلى جهالة أحد العوضين، فلاحظ.

ولنضرب مثلاً لذلك: فلو استأجر امرأة لمدة عشرين سنة بمليون دينار بشرط أن تكون طباحة أو خياطة والمستأجر لا يعلم وجود هذا الشرط في المرأة المستأجرة، فالشرط مجهول وجوده، وحيث إن حصل الشرط في الجارية صحّت المعاملة وإن لم يحصل الشرط كان له خيار الفسخ. لأن جهالة الشرط لا تؤدي إلى جهالة أحد العوضين.

فإن جهالة في هذا القسم من الشروط لا توجب غرراً ولا بطلان المعاملة.

مثال آخر: كما إذا اشترى مائة سجادة كاشانية كل واحدة مساحتها اثني عشر متراً بسعر الواحدة ألف دولار بشرط أن يكون لونها احمرًا، فإن كان الشرط موجوداً حين

الاستلام فالبيع لازم وإن تبين أن الشرط غير موجود فهو بالخيار لأن جهالة الشرط لا تؤدي إلى جهالة العوضين حتى يقال ببطلان العقد. أما إذا اشترى سجادة كاشانية مساحتها اثني عشر متراً بألف دولار بشرط أن تكون عُقدُها بصفة معيّنة، ثم تبين عدم وجود هذا الشرط فالبيع باطل لأن جهالة الشرط تؤدي إلى جهالة المعوض. فلاحظ.

فالصيانة المشترطة لدوام عمل الآلات وإصلاحها بعد خرابها هو أمر مجهول الحصول، ومجهول عدد الساعات وقطع الغيار، فإن حصل لزم العقد وإلا فالعقد قابل للفسخ ولا جهالة في العوضين.

أقول: قد يقال: أن الشرط المجهول الوجود في العين هو معلوم مفهوماً، ولكنه مجهول وجوداً، أما شرط الصيانة فهو مجهول المفهوم؛ لأن مفهوم الصيانة مجهول في عدد ساعات العمل وتبديل قطع الغيار وما يصرف على عمل الآلات وما يستخدم من أجهزة في الصيانة، وهذا يختلف عن جهالة الشرط وجوداً مع معرفته مفهوماً. فلاحظ.

والجهالة في شرط الصيانة: تسري إلى الجهالة في العوضين فيكون الإقدام على هذا غريباً.

وحينئذٍ لا بد لنا لأجل تصحيح الصيانة إذا دخلت كشرط في ضمن العقد من توجيه آخر ألا وهو: ما إذا كانت جهالة الشرط طفيفة، بحيث لا تعدّ غرراً عند العرف، كما إذا كانت الجهالة في نفس العوضين، كما إذا اشترى داراً بمائة مليون دينار قد رآها بعينه إلا أنه لا يدري ما إذ كان أساسها من الاسمنت والحديد أو من الاسمنت والطابوق، ولا يدري ما إذا كان أساسها الاسمنتي ٦٠ سم طولاً وعرضاً أو ٤٠ سم طولاً وعرضاً، ولا يدري أن جدار البيت هو طابوقتان عرضاً أو طابوقة ونصف مع تشميعة بالطين أو الجص ٨ سم؟ وهكذا فإن هذه الجهالة في المبيع المرئي يسيرة عند العرف فلا تؤدي إلى بطلان العقد، فكذا شرط الصيانة، فإن ساعات العمل وإضافة قطع الغيار واستعمال المواد المنظّفة واستعمال الآلات التي تكون دخيلة في الإصلاح وإن كانت مجهولة عند الصائن إلا أن هذه الجهالة للمتخصصين بالصيانة تعدّ جهالة يسيرة فلا توجب جهالة في العوضين فيكون العقد الذي فيه شرط الصيانة صحيحاً وإن كانت الصيانة مجهولة.

أما الشكل الثاني عقد صيانة مستقل بين الصائن والمالك:

وهذا العقد هو نوع من العقود التي يكون العامل للصيانة مشتركاً «وإن كان المستفيد معيّناً أو غير معيّن كالشركة» فلا يقصر نفسه على مؤسسة واحدة.

ولكن يوجد فرق بين الإجارة المشتركة والصيانة حيث إن الصيانة تصح مع عدم تعيين الصائن، بل الصائن هو شركة قد تبعث زيدا وقد تبعث غير زيد للصيانة.

وأهم عقود الصيانة لهذا القسم ثلاثة بعد استبعاد عقد الإصلاح البسيط الذي يتفق فيه الطرفان كل مرة على مقدار العمل وقطع الغيار والأجرة وهي:

(أ) عقد بين المالك والصائن على أن يقدم الصائن صيانته للسلع والمباني بعد الاتفاق على سعر لوحة العمل وأن يشتري المالك القطع التي يحتاجها الصائن للصيانة من السوق، بمعنى أن يكون التزام الصائن متمركزاً على قبول صيانة الأجهزة «أي قبول ما تحتاج إلى الصيانة» ولا يجوز له رفض العمل، ويكون هذا القبول بسعر أو بأجر متفق عليه مسبقاً لوحة ساعة العمل مثلاً.

(ب) عقد بين المالك والصائن بتقديم خدمة الصيانة لكل مرة تخرب فيه الآلة ويشرف على عملها بمبلغ مقطوع مهما كان عدد ساعات العمل التي تستغرقها كل عملية صيانة مع شراء قطع الغيار من السوق على حساب المالك.

(ج) عقد بين المالك والصائن بتقديم العمل وقطع الغيار معاً في كل مرة تحتاج فيها الآلة إلى صيانة لقاء مبلغ مقطوع شهرياً أو سنوياً.

وفي كل من هذه الأشكال الثلاثة كثيراً ما يتضمن العقد نصاً صريحاً يعتبر ما يضيفه المالك من آلات جديدة خلال مدة العقد داخلاً في العقد بمجرد ضمه إلى سائر الآلات الموجودة لديه عند التعاقد.

أما الشكل الثالث عقد التعهد بالصيانة:

وهو يشبه عقد الصيانة ولكنه يشمل في العادة أنواعاً متعددة من الآلات مما يتطلب اختصاصات فنية متعددة.

ويلتزم فيه متعهد الصيانة بإصلاح ما يطرأ من أعطال على الآلات والأجهزة الموجودة لدى الطرف الآخر والإشراف عليها لقاء مبلغ معين.

وهذا العقد للتعهد بالصيانة: يقدم عادة الصيانة كاملة بما فيها من عمل ومواد وقطع غيار للآلات والأجهزة.

ويرافق عقد التعهد بالصيانة قيام المتعهد بالتعاقد مع الفنيين لتقديم خدمات الصيانة التي يلتزم بها متعهد الصيانة.

أما الشكل الرابع عقد تأمين الصيانة:

وهو عقد بين شركة التأمين والمستفيد من الصيانة، تكون الالتزامات فيه مالية بحتة، بحيث تعوِّض شركة التأمين نفقات الصيانة التي احتاج إلى صرفها المالك للآلات والأجهزة، وهو عقد شبيه بعقد تعهد الصيانة مع فارق واحد مهم جداً وهو: أن المتعهد يقدم خدمات الصيانة نفسها في حين أن مؤمن الصيانة يقدم ثمن هذه الخدمات، فلا يحتاج مؤمن الصيانة إلى عقود صيانة من الباطن، بل ينصّ عقد التأمين الذي يجريه المؤمن على

مجموعة من الإجراءات التي تتعلق بالوثائق اللازمة للمطالبة بالبدل التأميني لما يدفعه المالك من نفقات صيانتة.

وقد تجد بعض شركات التأمين أن من صالحها أن تتعاقد من الباطن مع بعض الصائنين، فتعرض على المستأمن أن يصلح له العطل أو تدفع له مبلغاً لا يتجاوز ما تدفعه هي للصائنين لذلك الإصلاح.

التكييف القانوني للصورة الثانية والثالثة:

أي إن عقد الصيانة الذي يقع مستقلاً وكذا عقد التعهد بالصيانة الذي يقع مستقلاً أيضاً بين الصائنين والمالك، كيف يكون تكييفه القانوني والشرعي؟
أما التكييف القانوني: فقد ذكر الدكتور الضيرير^(١): أن عقد الصيانة هو عقد معاولة.

وعقد المعاولة هو من العقود المستحدثة المعمول به في جميع البلاد العربية، ومن البلاد التي تضمن قانونها المدني أحكاماً خاصة بعقد المعاولة السودان، والأردن، ومصر.

وقد عرّف عقد المعاولة في القانون السوداني بأنه: «عقد يتعهد احد الطرفين بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء مقابل يتعهد به الطرف الآخر»^(٢).

وبهذا نعرف أن عقد الصيانة هو أخص من عقد المعاولة، لأن المعاولة قد تكون تعهداً بالعمل لقاء مقابل، وقد تكون تعهداً بصناعة شيء «أي تقديم مادة مع العمل».

وإذا أردنا أن نعرف عقد الصيانة فنقول: إنه تعهد بصيانة شيء لقاء أجر «مقابل».

ولكن القانون يعتبر عقد الصيانة عقداً مستقلاً له خصائصه التي تميّزه عن غيره من العقود، وقد بيّن الدكتور السنهوري هذه الخصائص والمميزات^(٣).

أقول: إن ما قاله الصديق الضيرير من كون عقد الصيانة هو عقد معاولة أو أخص من عقد المعاولة غير صحيح وذلك:

لأن عقد الصيانة يختلف عن عقد المعاولة الذي ذكره القانون (السوداني والأردني والمصري) وذلك: لأن عقد المعاولة إما أن يكون عقداً على عمل فقط، أو يكون عقداً على صناعة شيء (استصناع) أي عملاً ومادة، فإن كان الأوّل كان العمل فيه واضحاً محدداً، وإن كان الثاني كان العمل والمادة المصنوعة محددة واضحة فلا جهالة.

(١) في بحثه في عقد الصيانة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ١١ ج ٢.

(٢) مادة: ٣٧٨.

(٣) الوسيط ٧: ٥ - ٣٥.

ولذا نرى أن القانونيين السودانيين ذكروا في المقدمة الإيضاحية في المادتين (٧٨٠) و(٧٨١) وهي المادة الخاصة بالتعريف المطابقة لمادة (٦٤٧) من القانون المصري هذا التعريف للمقاوله «يجب في عقد المقاوله وصف محلّه وبيان نوعه وقدره وطريقة اداءه ومدّة انجازه وتحديد ما يقابله من بدل».

فقد ذكرت قدرَ العمل. فلاحظ.

أما عقد الصيانة فهو عقد على عمل ولا يوجد صناعة شيء، والعمل غير محدد بل هو مجهول، إذ لا يعلم كم يحتاج إلى إصلاح الآلات من الساعات، فليس العمل محددًا ولا ساعات العمل محددة والأجر على العمل الذي لا يكون محددًا وواضحًا، بل الموجود مع العمل في بعض مواد الصيانة إضافة قطع غيار عند الحاجة إليها، وهذا ليس صناعة شيء (كصناعة المكتبة التي هي عمل وخشب).

إذن عقد الصيانة إذا كان على العمل فقط وإن قطع الغيار على مالك الآلة فهو يختلف عن عقد المقاوله، وأما إذا كان عقد الصيانة هو العمل مع تقديم قطع الغيار عند الحاجة إلى تعويضها فهو أيضاً عقد مستقل يختلف عن المقاوله، وبهذا يتبين أن عقد الصيانة يختلف عن عقد المقاوله وليس أخص منه، فلاحظ.

وأما التكييف الشرعي لعقد الصيانة أو عقد التعهد بالصيانة:

فهل يوجد تكييف شرعي لعقد الصيانة أو عقد التعهد بالصيانة؟ وما هي الإشكالات الشرعية التي تذكر لهذا العقد؟ فنقول:

أولاً: قد تقدم ان عقد الصيانة يختلف عن عقد المقاوله فلا نعيد.

وكذا تقدم أن عقد الصيانة هو بيع وإجارة فهو عبارة عن صفقتين في صفقة وقد نهي عنه^(١). وقد تقدم الجواب عن ذلك، وتقدم تفسير صفقتين في صفقة، بالإضافة إلى تصريح علماء الإمامية بصحة الجمع بين عقدين «بيع وإجارة» أو «بيع وزواج»، قال صاحب الشرائع^(٢): «ولو جمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد بثمن واحد، كبيع وسلف، أو إجارة وبيع، أو نكاح وإجارة، صح». وقال الشهيد الثاني في ذيل كلام المحقق صاحب الشرائع: «لا خلاف عندنا في صحة ذلك كله، لأن الجميع بمنزلة عقد واحد، والعوض فيه معلوم بالإضافة إلى الجملة، وهو كافٍ في انتفاء الغرر والجهالة»^(٣).

ولكننا هنا نتكلم عن أهم ما يثيره عقد الصيانة: وهو الجهالة في مقدار العمل ولذا لا يمكن إدراج عقد الصيانة في عقد الإجارة وذلك؛ لأن الإجارة لا بد أن يكون الثمن والعمل معلوماً عند العقد، وهنا العمل لا يكون معلوماً فلاحظ.

(١) هذا الحديث الناهي عن صفقتين في صفقة قالوا عنه إنه موقوف فليس بحجة.

(٢) راجع كتاب شرائع الإسلام، كتاب الإجارة، أحكام العقود.

(٣) مسالك الأفهام ٢ / ٢٨٠.

فتبيّن أن ما ذكره الصديق الضرير^(١) من أنه عقد إجارة الأشخاص (سواء كان الشخص مشتركاً أو خاصاً) إذا كان خالياً من تقديم المادة أو إن المادة يقدمها المالك هو غير صحيح، لأن العمل غير معلوم.

ثانياً: إن ثاني مسألة تثيرها مسألة الصيانة هي مسألة الجهالة في مقدار العمل وعن تقديم مواد استهلاكية «قطع غيار» غير معلومة وعن استعمال العامل لآلاته وأدواته الخاصة في عمله بقدر ووقت غير معلومين، فهل يصح عقد الصيانة مع هذه الجهالات الكبيرة؟

قد يقال: نعم يصح عقد الصيانة مع هذه الجهالات في العمل وتقديم قطع الغيار واستعمال آلات العامل بقدر ووقت غير معلوم وذلك تنزيلاً لعقد الصيانة على عقد الجعالة، فالجعالة تصح على عمل مجهول يعسر ضبطه وتعيينه، وهذا هو ما يميز الجعالة عن الإجارة، فالجعالة على الإتيان بالحيوان الضال أو الشارد أو المال الضائع أو العبد الأبق هي الأمثلة المضروبة في صحة الجعالة، وعقد الصيانة التي يكون فيها العمل مجهولاً لا تكون أكثر من الجهالة في إرجاع البعير الضال أو الشارد.

ذهب إلى هذا التوجيه جماعة من أهل السنّة ممن قدّم أبحاثاً للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي في شوال ١٤١٦ هـ ، وقد أخذت الندوة الفقهية الرابعة بالكويت بهذا الرأي وجاء في قرارات الندوة ما يلي: «عقد الصيانة عقد مستحدث مشروع تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود ولا يخالف نصاً أو قاعدة شرعية عامة، وهو في تكييفه الفقهي أقرب ما يكون إلى عقد الجعالة حيث إن معظم صور الصيانة لا يمكن فيها تحديد مقدار العمل بشكل دقيق»^(٢).

أقول:

- (١) إن قرار الندوة قد بدأ بداية جيدة حيث إعتبر عقد الصيانة عقداً جديداً مستحدثاً مشروعاً، ثم عاد بعد ذلك فجعله عقد جعالة إذا كان بدون الالتزام بقطع الغيار، وعقد جعالة مع بيع إذا رافقه الالتزام بقطع الغيار. وهذا تضادّ ظاهر.
- (٢) وهنا يحقّ لنا أن نتساءل عن صحة الجعالة لصاحب قطيع من الإبل بأن يجعل مبلغاً شهرياً لمن يأتيه بما يضلّ منها دون أن يخصص جعل مستقلاً كلما شرد منها بغيره؟ وهل تصح الجعالة لصاحب زروع ذات مواسم حصاد متتالية بأن يجعل مبلغاً معيّنًا واحداً لمن يحصد له كل زروعه كلما آن وقت حصاد واحد منها؟ فإن صح هذا صح عقد الصيانة لمن يجعل مبلغاً مقطوعاً شهرياً أو سنوياً لمن يصلح له ما تعطلّ منها.

(١) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ١١ ج ٢ / ١١٢.

(٢) مجلة الاقتصاد الإسلامي عدد ١٧٧ السنة الخامسة عشر شعبان ١٤١٦ هـ ديسمبر ١٩٩٥ م ص ٥٧٩.

وليس بعيداً صحة هذه الجعالة لأنها جعل على عمل غير معلوم سواء كان العمل واحداً أو متعدداً كما إذا قال الجاعل جعلت ألف دينار لمن يأتيني بسيارتي المسروقة ومحبسي الضائع وولدي الشارد.

نعم الإشكال يختصّ في أن هذه الجعالة في عقد الصيانة معلقة على إصلاح العيب الذي سيوجد، فهو عقد تعلقي متمركز على إعطاء مبلغ من المال على إصلاح ما سيوجد من خلل في المعمل، فالعمل المجهول يصح في الجعالة، أما الجعالة التعليقية فلا تصح للإجماع على عدم صحة التعليق في العقود، فلاحظ.

أقول: قد يردّ هذا بما تقدم من أن عقد الصيانة ليس معلقاً، بل هو منجز وهو التزام الصانع بالصيانة والالتزام موجود عند العقد.

ومع هذا يبقى الفرق، وهو أن الجعالة منجزة ومتعلقها حاصل بينما الصيانة منجزة ومتعلقها غير حاصل كما في إصلاح ما يتعيّب.

كما يمكن أن يكون الإشكال لصورة ما إذا استحقّ الصائن بعض الأجر قبل إتمام عمله، بينما في الجعالة إنما يكون الأجر مستحقاً بعد إتمام العمل، وفي عقد الصيانة يستحقّ الصائن بعض الأجر إذا كان شهرياً قبل إتمام العمل في العقد الذي هو لمدة سنتين أو ثلاثة.

كما يمكن توسيع الإشكال لصورة إباحة العمل على الجاعل وعدم وجوبه عليه بينما في عقد الصيانة يكون العقد لازماً ويجب العمل على العامل (الصائن) ولا يجوز له ترك العمل بعد عقد الصيانة بخلاف الجعالة.

نعم يُنقض عقد الصيانة لقوة قاهرة كحرق المعمل مثلاً.

نعم تشترك الجعالة مع الصيانة في أمور:

(١) محل العقد في الجعالة هو إتمام العمل، ومحل العقد في الصيانة هو إتمام العمل الذي هو إعادة السلعة أو مجموع السلع المعمّرة إلى عهدتها المعتاد في إنتاج المنافع، فمن هذه الناحية لا فرق بين الجعالة والصيانة.

(٢) وكذا ما يشترط في الجعالة من كون العمل يتضمن مشقة أو مؤنة، فإن هذا الشرط موجود في عقد الصيانة لأن إعادة العين إلى حالتها الأولى الإنتاجية بعد خرابها يستوجب مشقة ومؤنة.

فتبين أن الجعالة تشابه عقد الصيانة في أمور ثلاثة هي: (جهالة العمل، ومحل العقد، وكون العمل يتضمن مشقة ومؤنة) إلا أن الجعالة تختلف عن عقد الصيانة بكون الجعالة مباحة وغير لازمة بينما عقد الصيانة يكون لازماً وواجباً، وأن عقد الجعالة يكون استحقاق الأجر بعد العمل، بينما في عقد الصيانة يستحقّ الصائن بعض الأجر قبل تمام العمل، وكذا

فإن عقد الجعالة هو عقد منجَز ومتعلقه حاصل على سلعة ضائعة أو حيوان شارد بينما عقد الصيانة يكون منجزاً - إلا أن متعلق التتجيز غير حاصل - معلقاً على إصلاح ما سيعاب من الأجهزة الصالحة وقت عقد الصيانة.

ثم إن عقد الجعالة يشبه عقد الصيانة، من ناحية أن العامل في باب الجعالة قد يستعمل دابته وسرجه، والبناء والخياط في عقد الجعالة قد يستعمل آلات البناء ومواد البناء، وآلات الخياطة والخيوط وما يستتبعها في الوصول إلى تحقق مقصود الجاعل، فكذا عقد الصيانة إذ قد يبذل الصائن قطع الغيار ويستعمل آلاته وما تحتاج إليه الآلات من زيوت ودهون للوصول إلى مقصود مالك السلعة المصانة من رجوعها إلى حالة الإنتاج والسلامة.

ولكن من ناحية أخرى نرى أن عقد الصيانة محدد بأجل وأن الزمن هو المقصود الأصلي من الصيانة ولكن عقد الجعالة لا يجوز فيه ضرب الأجل، أو لا أجل فيه، إذ الهدف فيه هو تحقيق نتيجة معينة ولو في ساعة واحدة، ولكن هذا أنفع للجاعل أيضاً.

والآن نقول: قد تقدم أن هذا العقد يكون على ثلاثة أنواع:

الأول: تعهد بالصيانة للسلع أو المباني بعد الاتفاق على سعر لوحدة العمل: فهو يقبل العمل ولا يرفضه وله كل ساعة من العمل كذا، والآلات تكون على المالك يشتريها من السوق. وهذا النوع صحيح لا إشكال فيه لأن تحديد الثمن ومدّة العمل معلومة.

ولكن قد يعكّر هذا العقد أن عدد ساعات العمل غير معلومة، فهل يشتغل في الاسبوع ٦٠ ساعة أو ٧٠ ساعة أو ١٠٠ ساعة أو أكثر أو أقل، فهل يكون هذا موجباً لبطلان هذا العقد؟!

والجواب: أن كل ساعة من العمل تقابل ثمناً معيناً وهذا كاف لصحة هذا العقد بعد شمول أوفوا بالعقود له ولا يرى العرف غرراً إذا كانت ساعات العمل غير معلومة، ولكن لها نهاية وهي نهاية عقد الصيانة (بعد سنتين مثلاً).

نعم قد يقال بوجود تعليق في المعاملة من ناحية أن التعمير والإصلاح معلق على طروء العيب، والتعليق مبطل للعقد إجماعاً لأن العقود يعتبر فيها التتجيز.

ودفع هذا الإشكال يكون بقولنا إن متعلق المعاملة هو استعداد الصائن للقيام بالخدمة اللازمة عند الحاجة وهو أمر منجَز لا معلق مثل عقد الحراسة^(١).

الثاني: تعهد بالصيانة بمبلغ مقطوع لكل مرّة تخرب فيه الآلة مهما كان عدد ساعات العمل لكل عملية صيانة، والآلات (قطع الغيار) يشتريها المالك من السوق.

(١) يراجع ما قيل في بطلان ما إذا أجره البيت كل شهر بدرهم وبطلانه. نعم هذا يوجب جهالة في مدة الإجارة إلا أن ما نحن فيه مختلف إذ الصيانة لها أجل محدد فالسعر على وحدة العمل ما دام الزمن للصيانة محدد لا يوجب غرراً وخطراً وجهالة مبطلّة.

وقد يقال: إن هذا العقد فيه غرر وتعليق: أما الغرر فلعدم معلومية مقدار الحاجة إلى الإصلاح، وأما التعليق: فلأن الإصلاح معلق على طروء العيب. وهذا العقد مثل العقد على حراسة المبنى من دون تحديد للجهد الذي يبذله الحارس، فإذا صححنا عقد الحراسة فهذا العقد صحيح أيضاً فلاحظ.

وبعبارة أخرى: لا غرر؛ لأن متعلق العقد ليس هو الصيانة الخارجية، بل هو استعداد الشركة والصائن للقيام بالخدمات اللازمة لإدامة عمل الأجهزة، وتبديل قطع الغيار على المالك وهو أمر معلوم ليس فيه جهالة في نظر العرف، كما أن مورد المعاملة ليس معلقاً إذ هو استعداد الشركة للعمل اللازم عند الحاجة وهو أمر موجود ومنجز فلا تعليق أيضاً.

وهذا الوجه لتصحيح عقد الصيانة متوقف على القول بأن المتخصص للصيانة لا يجهل عدد الساعات (أو الزمان) الذي يبذله للصيانة ولا يجهل احتياجه إلى قطع الغيار وان كانت هناك جهالة فهي يسيرة مغتفرة عرفاً.

الثالث: تعهد الصائن بتقديم العمل وقطع الغيار معاً في كل مرة تحتاج الآلة إلى صيانة لقاء مبلغ مقطوع شهرياً أو سنوياً.

وهذا أيضاً مثل عقد الحراسة من دون علم باحتياج الحارس إلى كمية الاطلاقات التي يطلقها من سلاحه للمحافظة على المخزن أو البضاعة أو البيت والأثاث، فقد يهاجم في كل أسبوع مرة بحيث يحتاج إلى إطلاق مائة رصاصة كل أسبوع، وقد يحتاج في الشهر إلى إطلاق رصاصات قليلة نتيجة مهاجمة واحدة أو تسلل سارق واحد، وقد لا يحتاج إلى إطلاق الرصاص إذا كان منتبهاً وحذراً بحيث لا يجرؤ السارق أو عصابات السرقة على مدهمته ما دام حذراً يقضاً. فلاحظ.

بعبارة أخرى: لا غرر ولا تعليق؛ لأن متعلق العقد - كما تقدم - هو استعداد الصائن أو الشركة للقيام بالخدمة اللازمة لإدامة عمل الأجهزة وهذا لا غرر فيه عرفاً ولا تعليق فلاحظ.

ملحوظة:

في كل هذه العقود الثلاثة: إذا ما تضمن العقد نصاً صريحاً يعتبر ما يضيفه المالك من آلات جديدة خلال مدة العقد يكون داخلياً في العقد بمجرد ضمه إلى سائر الآلات الموجودة لديه عند التعاقد، فهل هذا الشرط صحيح في ضمن العقد؟!

الجواب: قد يقال إن هذا الشرط فيه جهالة ما يضم من آلات جديدة خلال مدة العقد، ومن شرط صحة الشرط أن يكون معلوماً، وهذا ليس معلوماً فيكون باطلاً. فلاحظ.

علاقة شرط الصيانة بخيار العيب:

إن شرط الصيانة:

(١) ليس بديلاً كاملاً لخيار العيب، فإن الردّ بالعيب يبقى قائماً مع وجود شرط الصيانة، ولكنه ينحصر في الحالات التي لا تبرئها الصيانة في العين المعمّرة المباعة، مثلاً لو تبين بعد قبض السيارة وجود شرخ أو اعوجاج في هيكلها الأساسي، فإن ذلك يعتبر عيباً أوسع من أن يصلحه الصائن وهو يستوجب الردّ بالعيب.

(٢) ولكن مع ذلك فإن شرط الصيانة له علاقة بخيار العيب ويتضح ذلك بأمور:

أولاً: إن من مسقطات خيار الردّ عند الفقهاء هو زوال العيب قبل الردّ. وحينئذٍ يشكّل شرط الصيانة مسقطاً تعاقدياً للردّ بالعيب في الأحوال التي يمكن أن تشملها الصيانة، أي أنّ نفس شرط الصيانة هو عبارة عن إسقاط خيار الردّ في العيب القابل للإصلاح، أو نقول: أن العيب لو أمكن تداركه بزمن يسير فهو يمنع الخيار، وفي شرط الصيانة يمكن تدارك العيب بإصلاحه بزمن يسير فهو مانع عن الخيار.

على أن تقويت منافع المبيع على المشتري زمنياً يسيراً مما يتساهل به عادة، فلا يثبت الخيار بالعيب إذا كان زوال العيب يتمّ بزمن يسير. فلاحظ.

وإن لم يكن خيار العيب زائلاً عند فوات المنفعة زمنياً يسيراً، فيمكن اشتراط المنفعة البديلة عند فوات المنفعة زمنياً يسيراً وبذلك لا يثبت خيار العيب في هذه الحالة التي يصلح فيها المعمل بزمن يسير.

ثانياً: قال الفقهاء بسقوط خيار الردّ بالعيب بصريح الإسقاط أو بالإبراء «أي التبريء من العيب» أو بالرضا بالسلعة المعيبة صراحة أو بتصرفات دالة على الرضا، وعلى هذا فإن تراضي الطرفين بالصيانة أولى بالصحة من هذه الأمور.

إذن شرط الصيانة هو إذن بقبول السلعة المعيبة إذا أصلحت من قبل البائع (الصانع) وهذا مثل إسقاط خيار العيب أو التبريء منه، «أي إبراء المشتري البائع من الردّ بعيب السلعة».

على أننا يمكننا أن نقول: إن شرط الصيانة يرفع موضوع الإرش، لأن الإرش هو نسبة الفرق بين العين الصحيحة والمعيبة السوقية إلى المسمى، وشرط الصيانة هو تقديم لنقص المثل، فإذا لم يكن نقص في المثل بسبب الصيانة فلا إرش ولا نقصان.

كما يمكن القول بأن شرط الصيانة هو إبراء للبائع (أو الصانع) من العيب؛ لأن مقتضى شرط الصيانة هو أن المشتري رضي بإبراء البائع من الردّ بالعيب في جميع الحالات الخاضعة للصيانة، أي أن المشتري قبل التزام البائع بإصلاح أي عيب يمكن إصلاحه مما قد يظهر في المستقبل وأنه تنازل عن خيار الردّ بالعيب في هذه الأحوال أو أسقطه.

ومع هذا نقول: إذا كانت الصيانة مؤقتة فإن هذا التوقيت يعني إسقاط خيار العيب أو التصريح بالرضا بالعيب مادامت فترة الصيانة موجودة ، أما إذا انتهت فترة الصيانة وظهر عيب في السلعة كان موجوداً قبل عقد البيع فيتمكن المشتري من الاستفادة من خيار العيب بالإرش إذا لم يتمكن من ردّ السلعة المشتراة. فلاحظ.

ثم إذا كانت الصيانة لمدة خمس سنين وانتقلت السلعة لمالك جديد بالبيع أو الهبة أو الإرث فيبقى عقد الصيانة أو شرط الصيانة نافذاً لأن التزام البائع (الصانع) يرتبط بالآلة المعقود عليها وإصلاحها وليس مرتبطاً بالشخص ، فينتقل هذا الالتزام لنفع المالك الجديد لاستكمال مدة الصيانة إلا إذا أُقيل الصائن من قبل البائع وزال عقد الصيانة أو زال الشرط في العقد ، فهنا لا يبقى التزام الصائن للمالك الجديد ، وحينئذٍ إذا ظهر عيب في السلعة المباعة فهل يتمكن المشتري الجديد ان يطالب بالإرش أو يفسخ العقد؟

الجواب: يوجد قولان في خيار العيب:

الأول: إن المشتري إذا وجد عيباً في السلعة المشتراة قبل الشراء فهو بالخيار بين الرد وأخذ الإرش.

الثاني: إن المشتري إذا وجد عيباً في السلعة المشتراة قبل الشراء فله حق الرد فقط ، فإن لم يتمكن من الردّ يجوز له أخذ الإرش ، وهذا هو الصحيح لأن الأدلة تقول: له أن يردّ فإن تصرف في المبيع (السلعة) ولم يتمكن من الردّ فله حق أخذ الإرش.

وهنا نقول إذا اشترط الصانع (البائع) الصيانة ، فهل يجوز للمشتري أن يتنازل عن شرط الصيانة ، فإذا ظهر عيب ولم يتمكن من ردّ السلعة يأخذ الإرش؟

الجواب: ليس له ذلك لأن شرط الصيانة كما هو حقّ للمشتري هو حقّ للبائع حيث إنّه يفيد البائع أيضاً ، فللبائع أن لا يتنازل عن حقّه في الصيانة التي معناها أن المشتري ليس له حقّ المطالبة بالإرش إذا كان بالإمكان إصلاح السلعة بدون إعطاء الإرش للمشتري. فلاحظ.

وأما إذا كان شرط الصيانة موجوداً ووقت الصيانة باقٍ ، فالعيب الذي يظهر في السلعة وكان موجوداً قبل العقد الثاني يأتي فيه ما تقدم من أن شرط الصيانة يرفع موضوع الإرش أو الردّ بالعيب. فلاحظ.

أما الشكل الرابع عقد تأمين الصيانة:

فهو عقد يلتزم فيه طالب التأمين بدفع مبلغ معيّن لقاء التزام المؤمن بدفع تعويض عن الضرر الذي يلحقّ بالمستأمن إذا وقع الخطر المؤمن ضده خلال فترة معيّنة (كسنة مثلاً) وهذا يشبه عقد الصيانة العلاجية الطارئة «لا الوقائية» سوى أن الصائن لا يلتزم عادة تقديم مبلغ مالي يعوّض ربّ الآلة عن الضرر الذي يحدث عن العطل الطارئ ، بل يلتزم إصلاح العطل وتبديل القطع التالفة حينما يلزم ذلك.

وهذا العقد راجع إلى صحة عقد التأمين أو بطلانه، فإذا قلنا إن عقد التأمين بين شركة التأمين والمستفيد من هذا العقد صحيحٌ بملاك «الهيئة المعوّضة بالالتزام بالتعويض عن إصلاح الضرر الذي يحدث في الآلة، أو بملاك الصلح أو الضمان أو بملاك كون التأمين هو عقد جديد يشمله أوفوا بالعقود بأن يكون قسط التأمين مقابل التزام المؤمن بتدارك الخسارة الحاصلة في الآلة مثلاً».

فهنا يكون عقد تأمين الصيانة أيضاً صحيحاً سواء أعطت شركة التأمين نفقات الصيانة أو أرجعت صاحب السلعة المصانة إلى متخصصين تعاقدت معهم شركة التأمين لتصلح ما يطرأ من عيب في السيارات والآلات المباعة للأشخاص المالكين لهذه الآلات.

أما الصيانة الدورية فلا يشملها عقد التأمين، وحينئذٍ إذا كانت الصيانة تشمل الوقائية والعلاجية فلا تكون شبيهة بعقد التأمين، على أن عقد التأمين غالباً ما يكون فيه التعويض المادي عن الضرر لا الإصلاح الذي وقع كما هو المراد من عقد الصيانة. فلاحظ.

أما بالنسبة لعقود الصيانة مع غير الصانع والبائع:

فلها ارتباط بخيار العيب أيضاً إذ ليس هو بديل عن الردّ بخيار العيب فلا يتمكن أن يردّ المشتري بالعيب الذي يظهر ولكنه يتمكن أن يأخذ الإرش من البائع إذا ظهر عيب ولم يتمكن أن يردّ السلعة لتصرفه فيها لأن المشتري في هذه الصورة قد عمل عملاً يدلّ على إسقاطه لخيار الردّ بالعيب وهو تعاقدته مع شركة الصيانة على صيانة العيب الذي يمكن إصلاحه، وهذا مثل من كان له خيار بالردّ إلى ثلاثة أيام ثم يقدم على بيع السلعة كأن يعرضها للبيع أو قال لشخص آخر بعتك هذه السلعة بكذا دينار ولو لم يقبل الطرف الآخر، فإنّ هذا التصرف القولي هو عبارة عن قبول السلعة وإسقاط للخيار.

فكذا هنا عندما عقد عقد صيانة مع شركة خارجية، فهو يدلّ دلالة واضحة على إسقاط خيار الردّ بالعيب.

أما الإرش فهو يستحقه وذلك؛ لأن السلعة معيبة ولم يعمل البائع أو الصانع عملاً يقوم نقص المثلن حتى يرتفع موضوع الإرش.

نعم المشتري عمل عملاً قوم نقص المثلن إلا أنه بأجر. فلاحظ.

من يتحمل مسؤولية الإيراد المفقود؟

هناك إيراد يفقد إذا تعرضت الآلة لعيب وحضر الصائن لإزالة العيب، إذ قد يحتاج الصائن إلى مدة لإعادة السلعة إلى حالتها الأولى المنتجة، وبذلك يفوت على المالك إيراد مهم بسبب هذا التعطل فمن يكون المسؤول عن هذا الإيراد المفقود؟ هل هو متعهد أو مؤمن الصيانة؟ أم المالك؟ أم البائع (الصانع)؟

والجواب: إن هذه المسؤولية عن الإيراد المفقود يمكن حسمها بالشرط ؛ بأن يشترط أن تكون هذه المسؤولية على البائع (الصانع) أو يتحملها المالك للسلعة وهو المشتري أو الصائن أو يشترط تقديم آلة بديلة من الصائن أثناء عملية إصلاح الآلة وإرجاعها إلى حالتها المنتجة، كما إذا كانت الصيانة على مولد للطاقة الكهربائية، فعند طرؤ عيب عليه يجب على الصائن توفير مولد مؤقت للمالك إلى حين صيانة المولد الأول.

ولكن يتساءل هنا عن وجود فرق بين كون التعطل بسبب عيب في أجزاء الآلة أو المواد التي صنعت منها أو من تصميمها وبين ان يكون التعطل قد حصل بسبب طارئ لا علاقة له بصنع الآلة مثل الريح العاصفة التي أدخلت الأتربة في بعض أجزاء الآلة؟!

والجواب: إن عقد الصيانة قد يكون شاملاً لجميع الصور المتقدمة وقد يكون مختصاً بالصورة الأولى دون الثانية «كما هو الشائع» فيتبع العقد وشموله أو ضيقه. فلاحظ.

مسؤولية الأضرار: من يتحمل مسؤولية الأضرار التي تقع بسبب عيب في التصميم أو في المواد المستعملة في التصنيع مما يكتشف بعد زمن طويل فقد تحترق السيارة فجأة نتيجة عيب في بعض آلاتها فيحترق معها أثاث موجود في السيارة أو يحترق معها إنسان أو جماعة، فهل يتحمل مسؤولية هذه الحوادث البائع (الصانع)؟ أو الصائن؟ أو المالك؟

والجواب: إن الذي يتحمل هذه المسؤولية هو المسبب لهذه الإضرار، فإن كان هو الصانع نتيجة التصميم أو المواد المستعملة في التصنيع فيكون هو المسؤول عن هذه الأمور ويتحمل تبعاتها، أما إذا كان المسبب لهذه الحوادث هو الصائن، حيث قصر في عمله الواجب عليه «الذي يجب عليه تبديل قطع الغيار ولم يعمل»، فيكون هو المسؤول عن الأضرار الواقعة ويتحمل تبعاتها.

تنبيه: هناك إصلاحات تفرضها الحكومة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة «والسلامة العامة» فهل يتحمل هذه الإصلاحات المالك أو الصائن أو الصانع؟

والجواب: إذا لم يكن عقد الصيانة شاملاً لهذه الإصلاحات عادة فيتحملها مالك السلعة لأنها إصلاحات تفرضها الحكومة على مالك الآلة لا على صانعها الذي صنعها قبل عشر سنين أو بائعها الذي خرج عن عهدها منذ مدة مديدة. فلاحظ.

الصيانة عقد مستقل:

وبعد أن تقدم ان عقد الصيانة ليس إجارة ولا استصناعاً ولا جعالة ولا تأميناً، فلا يمكن تطبيق أحكامها على الصيانة فلم يبق لنا إلا أن نقول: إن عقد الصيانة هو عقد مستقل، وإن كان هو من صنف عقود الإجارة على العمل إلا أنه تميّز بخصائص معينة هي:

(١) أن عقد الصيانة هو عقد زمني (فهو يشبه الإجارة) فلا بد فيه من تحديد المدة، وبذلك يختلف عن الجعالة.

(٢) عقد الصيانة لازم للطرفين (فهو يشبه إجارة الأبدان والأعيان) ولكنه خلاف الأصل في الجعالة وخلاف الأصل في الاستصناع.

(٣) يجوز أن تعجل الأجرة أو تؤجل أو تتجم حسب الاتفاق، وهذا يختلف عن الجعالة ويتفق مع إجارة الأبدان والاستصناع.

(٤) يستحق الصائن الأجرة عند تحقق غاية العمل والالتزام بالعقد وإن لم تظهر حاجة إلى صيانة طارئة فضلاً عن مقدارها. (وهذا يشبه جهالة العمل في الجعالة ولكنه يخالف الجعالة في عدم استحقاق الجعل إلا بعد تحقق الغاية من الجعالة).

(٥) يقدم الصائن عادة المواد وقطع التبديل (وهذا خلاف الجعالة والإجارة على الأبدان والسلع، ولكنه موافق للاستصناع إلا أنه يخالفه في أن الاستصناع متركز على معلومية المواد بخلاف الصيانة).

نعم قد يكون الاتفاق على أن تكون قطع الغيار على المالك وهو الذي يوكل الصائن في شرائها وبذلك ستكون الصيانة دورية وعلاجية من دون تقديم قطع الغيار.

(٦) إن محل العقد في الصيانة يكون العمل إذا كانت الصيانة دورية وهذا العمل معلوم، ولكن قد يكون محل العقد هو الصيانة الدورية والعلاجية وبهذا سيكون العمل مجهولاً وإن حدد العقد بزمان معين (وبهذا يختلف عن الإجارة ويشبه الجعالة).

(٧) إن عقد الصيانة الشامل للعلاجية والوقائية يكون مجهول العمل ومجهول تبديل القطع الفاسدة والتالفة، (وهذا يختلف عن المقاولات في الاستصناع التي يكون العمل والسلع المعروفة معلومة، وإن كان يشبه الجعالة في جهالة العمل).

وعلى كل حال: فإن تكييفه الشرعي بعد استبعاد أن يكون هذا العقد مشمولاً للنهي عن صفقتين في صفقة (أو بيعتين في بيعة) الذي لم يأخذ أحد من الفقهاء بعمومه، وبعد تفسيره من قبل راوي الحديث أنه عبارة عن قول البائع بعتك بنسأ كذا وكذا وينقد بكذا وكذا، أو أن المراد هو أن يبيعه مؤجلاً بشرط أن يشتريه معجلاً بأقل مما باعه (وهو إشارة إلى بيع العينة الذي هو باطل بسبب اشتراط البيع الثاني في البيع الأول كما وردت بذلك روايات أهل البيت في سبب البطلان هذا).

وبعد استبعاد أن يكون هو من موارد المنع عن بيع وشرط الذي تكون موارد قريية من النهي عن صفقتين في صفقة، أو أنهما بمعنى واحد.

وبعد استبعاد أن يكون عقد الصيانة هو عقد مقاوله أو عقد استصناع لما تقدم.

وبعد استبعاد أن يكون عقد إجارة أو عقد جعالة أو عقد تأمين كما تقدم.

فنقول:

- (١) إذا كانت الصيانة شرطاً في ضمن عقد البيع «سواء كانت وقائية أو علاجية» فالمؤمنون عند شروطهم يقول بصحة هذا الشرط الذي لا يخالف كتاباً ولا سنة ولا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، والشرط معلوم، وإن كان متعلق الشرط الذي هو الصيانة مجهولاً فإننا قبلنا في الشروط أن يكون الشرط معلوماً مثل أن تتزوج المرأة شخصاً بمهر كذا على أن يحجّها، فالشرط وهو الحج معلوم وإن كان متعلق الحج وهو ما يبذل فيه من المال والجهد غير معلوم. ويمكن القول: بأن بعض الصيانة العلاجية: هي أسلوب لتحقيق ضمان البائع للعيوب الخفية في المبيع بإصلاحها.
- (٢) إذا كانت الصيانة عقداً مستقلاً: للصيانة الدورية، فهو عقد صحيح معلوم الجهد والعمل كالإشراف على عمل الأدوات كل أسبوع مرتين أو أكثر.
- (٣) إذا كانت الصيانة عقداً مستقلاً: للصيانة الوقائية الدورية والعلاجية على أن تكون الآلات على مالك السلعة، فهو عقد صحيح معلوم الجهد والعمل بان تبقى الآلة أو المعمل في عمل منتج وتصلح كلما طرأ عليها عيب، وتقدير ساعات الإصلاح سهلة على المتخصصين، أو يكون مثل عمل الحارس الذي يقدر العمل حسب ظروف عقد الحراسة.
- (٤) إذا كانت الصيانة عقداً مستقلاً: للصيانة الوقائية الدورية والعلاجية على أن يكون تبادل السلع الفاسدة على الصائن لمدة محددة فهو عقد صحيح إذا كان يمكن تقدير تبادل قطع الغيار للمتخصصين في المدّة المحددة، ويمكن تقدير عدد ساعات العمل فلا يحصل غرر ولا جهالة وإذا كانت هناك جهالة فهي يسيرة مغتفرة لا تؤدي إلى منازعة بحيث يكون العقد باطلاً. وهذا هو الميزان في صحة هذا العقد ويمكن أن يقال: إن الجهالة إذا أدت إلى منازعة فهي مبطللة للعقد أما إذا لم تؤدي إلى منازعة فلا بأس بها وهذا يحتاج إلى تأمل.
- (٥) وبالأولى نحكم بصحة عقد الصيانة المستقل (الوقائية والعلاجية) مع كون قطع الغيار على المالك ويكون الصائن وكيلاً في شرائها وتبديل الفاسد بالصالح مع أخذ نسبة من سعر السلع كأجرة على عمله.

أقول:

حتى إذا قلنا إن عقد الصيانة فيه جهالة على الصائن في العمل وتبديل قطع الغيار فمع هذا نقول بصحته بعد صدق العقد عليه وفائدته للطرفين مثل عقد التأمين الذي صححناه على أنه عقد جديد ولكن فيه جهالة في التعويض عن الضرر الذي سيحدث ومثل عقد الجعالة الذي فيه جهالة في عمل العامل فلاحظ.

فإن : أوفوا بالعقود ، تتطبق على كل عقد جديد أقدم عليه الناس لمصالحهم ولم يوجد فيه نهي بالخصوص وتوفرت فيه شرائط العقد والعوضين والمتعاضين فهنا العوض معلوم وهو أجرة الصائن والمعوض معلوم وهو صيانة المعمل صيانة وقائية وعلاجية.

فالالتزام بالصيانة كالتزام بتعويض المؤمن على الخسارة التي تحصل فيما بعد وهي مجهولة فعقد الصيانة داخل تحت أوفوا بالعقود خصوصاً مع عدم وجود منازعات في هذه العقود ، ولا يصدق عليها أنها غررية رغم وجود جهالة في العمل قليلة أو كثيرة. فلاحظ.

محمد حسن الجواهرى

المحتويات

١	عُقود الصيانة
١	مقدمة
١	كيف ظهرت عقود الصيانة؟
٣	مقدّم الصيانة:
٣	تعريف الصيانة:
٤	فالصيانة إذن:
٤	ضمان الصائن:.....
٥	شروط قد يتضمنها عقد الصيانة:
٥	التشغيل والصيانة:.....
٦	خصائص عقد الصيانة:
٧	أما الطبيعة التأمينية لعقود الصيانة:
٨	إذن عقد الصيانة:
٩	ما هو عقد التأمين؟!
٩	حقيقة التأمين وحاجة المجتمع إليه:
١٠	حكم هذا العقد الجديد:
١٤	وضمان الأعيان الشخصية:
١٧	عقود مشابهة لعقد الصيانة
١٩	أما الشكل الأوّل شرط الصيانة في عقد البيع: ...
٢٧	أما الشكل الثاني عقد صيانة مستقل بين الصائن والمالك:
٢٨	أما الشكل الثالث عقد التعهد بالصيانة:
٢٨	أما الشكل الرابع عقد تأمين الصيانة:
٢٩	التكييف القانوني للصورة الثانية والثالثة:
٣٥	علاقة شرط الصيانة بخيار العيب:
٣٦	أما الشكل الرابع عقد تأمين الصيانة:
٣٧	أما بالنسبة لعقود الصيانة مع غير الصانع والبائع: ..
٣٧	من يتحمّل مسؤولية الإيراد المفقود؟.....
٣٨	الصيانة عقد مستقل:.....
٤٢	المحتويات



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

عقود الصيانة صورها ، تخرجاتها

إعداد

الشيخ الدكتور عكرمة سعيد صبري
الخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا وحبينا محمد النبي الأمي الأمين، وعلى آله الطاهرين المبجلين، وصحابته الغر الميامين المحجلين، ومن تبعهم وخطا دربهم ونهج نهجهم إلى يوم الدين وبعد.

فإني أولاً أشكر المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بجدة لإعادة طرح موضوع "الصيانة" لوضع النقاط على الحروف، ولوضع القواعد العامة لعقود الصيانة المتشابكة والمتقاربة السائدة بين الناس.

وعليه فقد قمت بتحضير ورقة العمل والتي بعنوان (عقود الصيانة - صورها وتخريجاتها) لتشمل التمهيد، واحدى عشرة مسألة من عقود الصيانة مع التكييف الشرعي لها : من الجواز أو عدمه.

وآمل أن أكون قد ساهمت ولو باليسير في هذا الموضوع المطروح للمناقشة، فإن أصبت فذلك بتوفيق من الله عزوجل علي، وإن أخطأت فهذه شيمة الإنسان، والكمال لله وحده.

والحمد لله على نعمة الإسلام.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

مارس (آذار) ٢٠١٢م

الشيخ د. عكرمة سعيد صبري - القدس

www.ekrimasabri.net

ekrima.sabri@gmail.com

الجوال الدولي: ٠٠٩٧٠٥٩٩٣٩٩٠٥٣

التمهيد

إن صور عقود الصيانة تُعد مستحدثة ولم تكن مألوفة سابقاً في مجال المعاملات، وأحاول تكييف هذه المسائل من الناحية الشرعية وتخريجها من باب الاجارة ما أمكنني ذلك. شريطة أن تخلو العقود من الجهالة في العقود عليه، ومن الغرر الكبير (الفاحش) الذي يفضي إلى النزاع بين أطراف العقد، وبما أن التعامل بين الناس يقوم على نظرية العقد، فقد قمت بتعريف العقد لغة واصطلاحاً، وبما أن عقود الصيانة لا تخلو من وجود الغرر فيحسن أن نضع القواعد العامة المتعلقة بالغرر حتى نطمئن على سلامة العقود المتعلقة بالصيانة، وعلى ضوء هذه القواعد يمكننا أن نحكم على مشروعية العقود أو عدم مشروعيتها.

المطلب الأول

تعريف العقد

أ- تعريف العقد لغةً:

الشد والتوثيق والإحكام ، والجمع بين أطراف الشيء وربطها ، ويشمل العقد في اللغة : المعنى المادي المحسوس، والمعنى المعنوي كالعهد والمواثيق أيضاً ، فقد جاء في تفسير البحر المحيط لابي حيان " وقال الزجاج العقود أوكد من العهود، وأصله في الأجرام ثم توسع وأطلق في المعاني " ^١.

وجاء في تفسير الألويسي: "وأصل العقود الربط محكماً ثم تجوز به عن العهد الموثق" ^٢. وفي تفسير فتح القدير للشوكاني: "العقود: العهود، وأصل العقود الربوط. واحدها: عقد. يقال: عقدتُ الحبل والعهد، فهو يستعمل في الأجسام والمعاني، وإذا استعمل في المعاني أفاد أنه شديد الإحكام والتوثيق" ^٣.

ب- تعريف العقد اصطلاحاً:

هناك تعريفات متعددة لمعنى العقد اصطلاحاً، أشير إلى اثنين منها:

- ١- "تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل".
- ٢- العقد هو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلامٍ وغيره، كالإشارة والكتابة، ويترتب على ذلك التزام بين طرفين ^٤.

^١ - تفسير البحر المحيط ج ٣ ص: ٤١٠.

^٢ - روح المعاني للألويسي ج ٢ ص: ٢٣٩.

^٣ - تفسير فتح القدير ج ٢، ص: ٢.

^٤ - العناية على هامش فتح القدير ج ٥، ص: ٨٤ ودرر الأحكام في شرح غرر الأحكام ج ١ ص: ٢٢٦. أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص: ٢٩٤ والدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص: ٥ و٦. بداية المجتهد ج ٢، ص: ١٨٥، ونظرية الغرر في الشريعة الإسلامية د. ياسن درادكة ج ١ ص: ٦.

المطلب الثاني تعريف الغرر في الفقه الاسلامي

أ- تعريف الغرر لغةً:

الغرر هو الخطر، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر، وغرته الدنيا غروراً، من باب قعد، خدعته بزيتها فهي أي (الدنيا) غرور (فتح الحرف الأول) تفيد المبالغة، وغرّ الشخص يغرّ (من باب ضرب) غرارة (فتح الحرف الأول) فهو غاراً.^١

ب- تعريف الغرر اصطلاحاً:

١- لدى الحنفية:

قال الزيلعي (والغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا) ^٢

وقال بابر تي: "الغرر ما طوى عنك علمه"^٣

وقال الكاساني: "الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك"^٤

وقال السرخسي: "الغرر ما يكون مستور العاقبة"^٥

وقال ابن عابدين: "الغرر هو الشك في وجود المبيع"^٦

٢- لدى المالكية:

قال المازري: "الغرر ما تردد بين السلامة والعطب"^٧.

وقال الدسوقي: "الغرر التردد بين أمرين: أحدهما على الغرر، والثاني على خلاف"^٨.

ووصف الإمام مالك الغرر بأنه مخاطرة.^٩

٣- لدى الشافعية:

قال البجيرمي: "الغرر ما انطوت عنا عاقبته ، أو الغرر ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما"^{١٠}.

^١ - المصباح المنير ج٢، ص: ٦٨٢؛ والقاموس المحيط ص: ١٠١.

^٢ - نصب الراية ج٤ ص: ٤٦؛ والتعريفات للسيد الجرجاني. ص" ١٤١.

^٣ - العناية بهامش فتح القدير ج٥ ص: ١٩٢.

^٤ - بدائع الصنائع ج٥ ص: ١٦٣.

^٥ - المبسوط ج١٢ ص: ١٩٤.

^٦ - حاشية ابن عابدين ج٥ ص: ٦٢.

^٧ - جواهر الإكليل ج٢ ص: ٢١.

^٨ - الدسوقي على الشرح الكبير ج٣، ص: ٥٥.

^٩ - المدونة الكبرى ج١٠ ص: ٣٨؛ والموطأ على هامش تنوير الحوالك ج٢ ص: ١٥٧.

^{١٠} - البجيرمي ج٢ ص: ١٨٣ وإعانة الطالبين ج٣ ص: ١٠.

وقال الشرقاوي: "العقد الذي فيه غرر هو ما انطوت عنّا عاقبته أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما".^١

وقال الرملي: "الغرر ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما، وقيل ما انطوت عنّا عاقبته".^٢

وقال الماوردي: الغرر ما تردد بين متضاربين أغلبهما أخوفهما، وقيل ما انطوت عنّا عاقبته^٣

٤- لدى الحنابلة:

قال القاضي وجماعته: "الغرر ما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر"^٤

أقول: إن المراد بالعاقبة أي النتيجة والمحصلة فهي موهومة وغير واضحة وغير معلومة، والمراد ب (أغلبهما أخوفهما) أي أن الغموض يتغلب على الوضوح، ويترتب على ذلك التخوف من هذا الغموض لأن الغرر يكتنفه الخداع والابهام والتوريط، والمراد (ليس أحدهما أظهر) أي أن الغموض يكتنف الاحتمالين.^٥

وكما هو معلوم أن رسولنا الأكرم محمد ﷺ "نهى عن بيع الغرر"^٦ في عدة أحاديث نبوية شريفة.

المطلب الثالث

الغرر المؤثر في العقد

والغرر غير المؤثر في العقد

لقد قسم الفقهاء الغرر إلى قسمين على ضوء تأثيره في العقد وعدم تأثيره، فقالوا: إن الغرر المؤثر في العقد هو الغرر الفاحش (الغرر الكبير أو الكثير) الذي يفضي إلى النزاع بين الطرفين. فإن وجود هذا الغرر يمنع صحة العقد.

وأما الغرر الذي لا يؤثر في العقد هو الغرر اليسير (المحتمل والقليل) فإن وجوده في العقد لا يفضي إلى النزاع بين المتعاقدين، ويكون العقد صحيحاً. مع الإشارة إلى أن معظم عقود المعاملات لا تخلو من الغرر اليسير^٧

^١ - الشرقاوي على تحفة الطلاب ج ٢ ص: ٩٠.

^٢ - نهاية المحتاج ج ٣ ص: ٤١٥.

^٣ - ج ٦ ص: ١٧؛ ومغني المحتاج ج ٢ ص: ١٢.

^٤ - مطالب أولي النهي ج ٣ ص: ٢٥.

^٥ - المنتقى من أحاديث المصطفى صلى الله عليه وسلم - لصاحب الورقة (د. عكرمة سعيد صبري ص: ٢٨٦، و ص: ٣٨٧).

^٦ - أخرجه مسلم وأحمد ومالك وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والبيهقي عن الصحابة الأجلاء أبي هريرة وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وأبي سعيد الخدري وأنس بن مالك وغيرهم رضي الله عنهم.

^٧ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ١٢١؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٢٠.

ويقول الإمام النووي في الغرر الذي لا يؤثر في العقد : (... وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز منه إلا بمشقة أو كان الغرر حقيراً جاز البيع.

أما الغرر المؤثر فإنه عكس ذلك : إذا لم تدع الحاجة إلى ارتكابه ويمكن الاحتراز عنه بدون مشقة وكان الغرر كثيراً فإن العقد لا يجوز^١

ويقول ابن رشد "إن الغرر غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إلى الضرورة أو ما جمع الأمرين.^٢ (أي اليسر والضرورة).

ويمكن الإشارة إلى بعض العقود التي يؤثر فيها الغرر ويؤدي إلى عدم صحة العقود على سبيل المثال لا الحصر:

بيع الصوف عن ظهر الغنم قبل جزّه، واللحم قبل الذبح، واللبن في الضرع قبل حلبه، والتمر قبل بدو صلاحه، والطير في الهواء، والسّمك في الماء. فإن مثل هذه العقود تكتنفها الجهالة الفاحشة في (المعقود عليه) بحيث تفضي إلى المنازعة وإلى بطلان هذه العقود وعدم صحتها، وكذلك فإن أي عقد على معدوم (غير موجود) فهو باطل، من باب أولى^٣.

وإذا أردنا تطبيق تأثير الغرر على العقود بشكل عام فنقول:

- ١- عقود المعاوضات المالية فإن الغرر يؤثر فيها وكذلك عقود الإجازات والشركات.
- ٢- ما سوى ذلك من العقود فإن الغرر لا يؤثر فيها وإنه يفتقر ويتجاوز عنه، مثل عقود التبرعات كالهبة^٤

^١ - المجموع - ج٢ - ص: ٢٨١.

^٢ - بداية المجتهد ج٢ ص: ١٧٠.

^٣ - تحفة الفقهاء ج٢ ص: ٦٨ ؛ وفتح القدير ج٥ ص: ١٠٢ و ص: ١٩٩ ؛ وبدائع الصنائع ج٥ ص: ١٣٨ و ص: ١٣٩ ؛ والبحر الرائق ج٥ ص: ٢٧٩ و ص: ٢٨٠ ج٦ ص: ٨٠ ؛ والخراج لأبي يوسف ص: ٨٧ ؛ وحاشية ابن عابدين ج٤ ص: ٥٠٤ و ص: ٥٠٥ ؛ وبداية المجتهد ج٢ ص: ١٨٦ ؛ والشرح الصغير ج٢ ص: ١٠٩ ؛ والقوانين الفقهية لابن جزي ص: ٢٥٢ ؛ والمهذب ج١ ص: ٢٦٩ ؛ وكشاف القناع ج٣ ص: ١٦٢ ؛ ومطالب أولي النهي ج٣ ص: ٢٥ ؛ والروض المربع ص: ١٦٦ ؛ والمغني لابن قدامة ج٤ ص: ١٥٢

^٤ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ١٢١ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٢٠.

المسائل التي تتعلق بعقود الصيانة والتكليف الشرعي لها

المسألة الأولى

- صورة عقد الصيانة المنفرد ، وأن الصائن يتعهد بإحضار المادة اللازمة للصيانة.

هذه الصورة جائزة شرعاً من حيث المبدأ إذا توفرت الشروط الآتية:

١. بيان عدد الأجهزة المراد فحصها وصيانتها.

٢. معرفة نوعية الصيانة.

٣. تحديد المدة الزمنية لعقد الصيانة.

٤. الاتفاق على مقدار الأجرة (أجرة الصيانة).

وهذه الصورة عبارة عن عقد إجارة على العمل ، أما بالنسبة للمواد التي يتعهد الصائن بإحضارها فيمكن تقسيم هذه المواد إلى صنفين:

أ. إذا كانت المواد يسيرة فإنها تدخل ضمن عمل الصائن، فهذه يتحملها الصائن لأن عمله لا يتم إلا بها فهي جزء من عمله، ومن مستلزمات العمل، فعلى سبيل المثال: الزيوت ومواد التنظيف التي تستخدم في الصيانة .

ب. أما إذا كانت المواد عبارة عن قطع غيار تتفاوت قيمتها على ضوء الخلل الذي يحتاج إلى صيانة وإصلاح، فإن الواجب هنا أن يتحملها صاحب الجهاز وليس الصائن. ويمكن لصاحب الجهاز أن يشتري قطع الغيار من الصائن أو من غيره من خلال عقد البيع^١

المسألة الثانية

- صور عقد الصيانة في عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاول بصنع شيء وصيانته لمدة من الزمن

هذه الصورة جائزة شرعاً لأن المقاول ضامن أصلاً لأي تقصير أو لأي عيوب يمكن أن يقع فيما يصنعه ، لمدة معينة ومحددة، لماذا ؟. لأن المقاول ملزم على ضوء عقد المقاولة بتسليم المصنوع سليماً في المدة المحددة في العقد، فلو احتاج المصنوع إلى مواد خلال الصيانة فإن المقاول يتحمل مهما كانت تكلفة الصيانة ومهما كان ثمن المواد وذلك خلال المدة المتفق عليها.

^١ بدائع الصنائع ج٥ ص:٣ ؛ ومغني المحتاج ج٢، ص: ٣٤٠ ؛ ونهاية المحتاج ج٥ ص:٢٨٧ وص: ٢٨٨ ؛ والمغني لابن قدامة ج٥ ص: ٣٢٥ ؛ وكشاف القناع ج٣ ص: ٥٤٧ وص: ٥٤٨

وعليه فإن المقاول يكون قد أخذ الاجرة على التصنيع ، وليس مقابل التعهد بالصيانة بشكل منفصل.

وإذا افترضنا وجود غرر في العقد فإنه يكون يسيراً ومحملاً لا يؤثر على صحة العقد^١

المسألة الثالثة

• **صورة عقد الصيانة الذي يبرم بين المؤسسة والصائن، ويلتزم فيه الصائن بإصلاح العطب للألات مع تقديمه قطع الغيار.**

هذه الصورة غير جائزة شرعاً لأن الغرر فيها فاحش (كبير أو كثير) وأن الجهالة فيها تفضي إلى المنازعة حيث إن قطع الغيار تتفاوت قيمتها بالإضافة إلى أنها ثمينة.

لذا لا بد أن تكون تكلفة قطع الغيار على المؤسسة وليس على الصائن. وإنما يلتزم الصائن بإصلاح العطب مقابل أجره محددة ولمدة معينة، والمعلوم أن الغرر الفاحش يؤدي إلى عدم صحة العقد.^٢

المسألة الرابعة

• **صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يقوم الصائن بالإصلاح وشراء قطع الغيار على حساب المؤسسة، مع حصوله على ربح نسبي معلوم.**

وهذه الصورة جائزة شرعاً فهي عبارة عن عقدين: عقد إجارة وعقد بيع. فإن عقد الإجارة يتمثل في الصيانة المحددة لمدة معينة مع بيان الأجرة أيضاً. وأما عقد البيع فهو بين المؤسسة والصائن بحيث يشتري الصائن قطع الغيار المطلوبة ثم يبيعها إلى المؤسسة مع ربح معلوم النسبة. وهنا يتوجب على الصائن أن يكون أميناً في بيان الثمن الحقيقي لقطع الغيار ولمقدار الربح حيث إن هذا العقد يأخذ حكم بيع المرابحة.^٣

المسألة الخامسة

• **صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بصيانة المعدات الموجودة عند العقد، وما يمكن أن يضيفه صاحب المؤسسة من أجهزة جديدة.**

هذه الصورة غير جائزة شرعاً، وذلك للغرر الفاحش وللجهالة المفضية إلى المنازعة بسبب عدم بيان ومعرفة عدد الأجهزة التي ستضيفها المؤسسة خلال مدة عقد الصيانة، فقد تكون هناك إضافة لعدد كبير من الأجهزة والتي تحتاج إلى صيانة أكثر مما هو

^١ - مغني المحتاج ج ٢ ص: ٣٢٤ وكشاف القناع ج ٣ ص: ٥٥١

^٢ - مغني المحتاج ج ٢ ص: ٣٢٤ ونهاية المحتاج ج ٥ ص: ٢٦٧.

^٣ - بداية المجتهد ج ٥ ص: ٢٦٧ والمهذب ج ١ ص: ٤٠٦ ومغني المحتاج ج ٢ ص: ٢٣٥ ونهاية المحتاج ج ٥ ص: ٢٦٩ وكشاف القناع ج ٢ ص: ٥٥٩ ومطالب أولي النهي ج ٣ ص: ١٠٩ والروض المربع ص: ٢١٥.

متفق عليه عند إجراء عقد الصيانة، وقد لا تكون هناك إضافة أو تكون إضافة يسيرة فالجهاالة مستغرقة في هذه الصورة.^١

المسألة السادسة

- **صورة عقد الصيانة التي يلتزم فيها الصائن بالعمل على تحديث الاجهزة عندما يظهر التحديث طيلة مدة العقد.**

هذه الصورة يحكم عليها بناء على طبيعة التحديث المراد اجراؤه:

٢. إن كان التحديث يترتب عليه شراء قطع أو برامج إلكترونية فهذه الصورة غير جائزة شرعاً لوجود الغرر الفاحش فيها وللجهاالة المفضية إلى المنازعة. لذا لا يجوز أن يتحملها الصائن بل لا بد أن يتحملها صاحب المؤسسة أو صاحب الاجهزة حتى تكون الصورة مشروعة.

٣. أما إذا كان التحديث إدخال برامج وزيارات دورية فإنها تدخل ضمن عقد الصيانة، وهي غير مكلفة، ولا غرر فيها وإن وجد الغرر فيكون يسيراً لا يؤثر على صحة العقد لذا يكون التحديث مشروعاً.^٢

المسألة السابعة

- **صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بتدريب عمالة الطالب، مع الاصلاح عند العطب.**

هذه الصورة جائزة شرعاً مع مراعاة ما يأتي بشأن التدريب:

١. تحديد عدد العمال الذين سيتدربون.
٢. طبيعة العمل الذي سيتدربون عليه.
٣. مدة التدريب.
٤. بيان الاجرة.

أما بالنسبة للإصلاح عند العطب فلا بد من بيان وتحديد مدة الصيانة وأجرتها. فهذه الصورة تشمل أمرين: التدريب، والصيانة.^٣

^١ - مغني المحتاج ج ٢ ص: ٣٢٦ والوجيز في فقه الامام الشافعي ج ١ ص: ١٣٩ وكشاف القناع ج ٣ ص: ٥٥٩ ومطالب اولي

النهى ج ٣ ص: ٦٠١ و ص: ٦٠٢

^٢ - مغني المحتاج ج ٢ ص: ٣٢٤ ونهاية المحتاج ج ٥ ص: ٢٦٧.

^٣ - بدائع الصنائع ج ٤ ص: ٢٠٣ وجامع الفصولين ج ٢ ص: ٥ والمهذب ج ١ ص: ٤٠٦ ومغني المحتاج ج ٢ ص: ٣٢٨.

المسألة الثامنة

- صورة عقد الصيانة الذي يشترط فيه أن يضمن الصائن استمرار عمل المصون، وأن يتحمل تقديم ما يحقق تشغيل الأجهزة وقتياً حتى يتم الاصلاح أو تعويض التالف لصاحب المؤسسة.

إن هذه الصورة بحاجة إلى تفصيل:

١. إذا كان الصائن قد اشترى قطعاً وباعها للمؤسسة وتعهد بضمان هذه القطع وفعاليتها وسلامتها فلا مانع من ذلك شرعاً لأن ربحه وما تقاضاه من المال هو مقابل بيعه للقطع.
٢. كذلك لا مانع شرعاً من أن يتعهد الصائن بتحمل أي نتيجة للعطل المترتب على الخلل في القطعة المباعة.
٣. أما لو كان الصائن يتعهد باستمرارية عمل جهاز لم يبيعه للمؤسسة ولم يبيع قطع الغيار فيه، فإن هذا التعهد غير جائز شرعاً لأنه سيأخذ أجره على تعهد شيء هو لا يتحمل مسؤوليته أصلاً وأن الأجرة لا تجوز أن تؤخذ مقابل هذا التعهد، وإنما الأجرة تؤخذ مقابل الصيانة فقط.^١

المسألة التاسعة

- صورة عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بالتعويض عن الضرر الحاصل. لهذه الصورة احتمالان:

١. إذا تولى الصائن بيع سلعة أو قطع غيار للتاجر أو لصاحب المصنع وحصل ضرر أو عطل في السلعة خلال المدة المتفق عليها فإن الصائن ملزم بالتعويض.
٢. أما التعويض مطلقاً عن الضرر وأخذ أجره عليه فهذا لا يجوز شرعاً وهو يأخذ صورة التأمين التجاري غير المشروع.^٢

المسألة العاشرة

- صورة عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر وغير المحتاج لمواد أخرى. هذه الصورة جائزة شرعاً، بحيث يكون هناك صيانة دورية للأجهزة، ولا يحتاج فيها إلى مواد، فيكون موضوع العقد هو العمل مقابل الأجرة. وهنا لا بد من بيان مدة العقد، ومقدار الأجرة، وعدد الزيارات الدورية.^٣

^١ - بدائع الصنائع ج ٥ ص: ٢١٠؛ والمبسوط ج ١٢ ص: ١٣٩؛ وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص: ٢٢٣
^٢ - بدائع الصنائع ج ٦ ص: ٧؛ وص: ٩؛ والبحر الرائق ج ٦ ص: ٢٣٥؛ وص: ٢٣٩؛ وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص: ٢٨٣؛ وتحفة الفقهاء ج ٣ ص: ٤٠١؛ وص: ٤٠٨؛ وص: ٤٠٩؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص: ١٧٢؛ وكتاب المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي ص: ١١٣؛ وص: ١١٧؛ وص: ١١٨؛ وكتاب التأمين الاسلامي - دراسة فقهية للتأمين التعاوني ص: ٣٠؛ وص: ٣١؛ والتأمين الاسلامي - دراسة فقهية تأصيلية ص: ١٦٧؛ وص: ١٦٨.
^٣ - البحر الرائق ج ٧ ص: ٣٢٣؛ وص: ٣٢٤؛ والمغني لابن قدامة ج ٥ ص: ٣٢١

المسألة الحادية عشرة

- صورة عقد الصيانة من خلال شركات التأمين الإسلامية أو التعاونية.

لا مانع شرعاً من أن تكون هناك عقود صيانة مغطاة من شركات التأمين الإسلامية أو التعاونية بحيث يكون هناك مجال لاجراء عقود صيانة فيها جهالة، ولكن تتحملها شركات التأمين الإسلامية أو التعاونية لأن هذه الشركات تكون متبرعة فيما تقدمه من خدمات الصيانة، والتبرعات تغتفر فيها الجهالة اليسيرة التي لا تفضي إلى منازعات.^١

والله تعالى أعلم

^١ - كتاب المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي ص: ١٣٤ وص: ١٣٥. وكتاب التأمين الإسلامي - دراسة فقهية للتأمين التعاوني ص: ٢٩٤ وص: ٢٩٥. وكتاب التأمين الإسلامي - دراسة فقهية تأصيلية ص: ٢٤٢ وص: ٢٤٣.

الخاتمة

هذا استعراض موجز لأحدى عشر مسألة من عقود الصيانة، وقد حاولت تخريج هذه العقود على ضوء باب الإجارة في المعاملات، وتكليف هذه العقود من الناحية الشرعية: جوازاً أو عدم جواز. مع الاحتراز عن الغرر الفاحش الذي يؤدي إلى نزاع بين الأطراف. وأقول للذين يجرون عقود الصيانة: أن يتقوا الله في التعامل فيما بينهم، وأن يتجنبوا الغرر والغبن والجهالة عند إجراء عقودهم ما أمكنهم ذلك.

اللهم فقهننا وعلمنا التأويل وارزقنا اليقين.

د. عكرمة سعيد صبري

القدس

المصادر والمراجع

القرآن الكريم وتفسيره:

- (١) القرآن الكريم.
- (٢) أحكام القرآن الكريم- ط١ دار احياء الكتاب العربية- مصر١٣٧٦هـ/١٩٥٧م- أبو بكر محمد بن عبد الله (المعروف بابن العربي) ٥٤٣هـ/١١٤٨م.
- (٣) أحكام القرآن- مطبعة الأوقاف الاسلامية- الأستانة ١٣٣٥هـ/١٩١٦م- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي ، المعروف بالجصاص ٣٧٠هـ/٩٨٠م.
- (٤) تفسير البحر المحيظ -ط٢- دار الفكر- بيروت ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م- محمد بن يوسف المعروف بأبي حيان الأندلسي الغرناطي ٧٤٥هـ/١٣٤٤م.
- (٥) روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني الشهير بتفسير الأندلسي- دار الفكر- بيروت- أبو الفضل شهاب الدين محمود الألويسي البغدادي ١٢٧٠هـ/١٨٥٣م.
- (٦) فتح الرحمن لطالب آيات القرآن- المطبعة الأهلية- بيروت ١٣٢٣هـ/١٩٥٠م علمي زاده فيض الله المقدسي ١٣٤٣هـ/١٩٢٤م- القدس- فلسطين.

الحديث الشريف

- (٧) الجامع الكبير (سنن الترمذي) ط٢- دار الجيل- بيروت ١٤١٩هـ/١٩٩٨م- أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي ٢٧٩هـ/٨٩٢م.
- (٨) سنن ابن ماجه- دار الفكر- بيروت- ومطبعة عيسى - القاهرة ١٣٧٣هـ ١٩٥٤م- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (الملقب بابن ماجه) ٢٧٣هـ/٨٨٦م.
- (٩) سنن أبي داود- دار الفكر- بيروت- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ٢٧٥هـ/٨٨٨م.
- (١٠) السنن الكبرى -ط١- مطبعة مجلس دائرة المعارف حيدر آباد- الهند ١٣٥٥هـ/١٩٣٦م- أبو بكر أحمد بن حسين البيهقي ٤٥٨هـ/١٠٦٥م.
- (١١) سنن النسائي (المجتبى) ط١- دار الفكر- بيروت ١٣٤٨هـ/١٩٣٠م- أحمد بن شعيب النسائي ٣٠٢هـ/٩١٤م.
- (١٢) صحيح البخاري -ط٢- مطابع الأهرام- لجنة احياء كتب السنة بمصر ١٤١٠هـ/١٩٩٠م- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري ٢٥٦هـ/٨٦٩م.

- (١٣) صحيح مسلم (الجامع الصحيح) مؤسسة دار التحرير الشرقية- بالقاهرة ١٣٨٤/١٩٦٤م. أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ٢٦١هـ/٨٧٣م.
- (١٤) مسند الامام أحمد ط٢- دار الفكر/بيروت ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م- الامام أحمد بن حنبل ٢٤١هـ/٨٥٥م.
- (١٥) المنتقى من أحاديث الرسول ﷺ ط١- مطبعة الرسالة المقدسية- القدس ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م- د عكرمة سعيد صبري- القدس- فلسطين.
- (١٦) الموطأ على رواية محمد الشيباني -ط٢- دار القلم- بيروت ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م الإمام مالك بن أنس الأصبحي ١٧٩هـ/٧٩٥م.
- (١٧) نصب الراية لأحاديث الهداية- دار الحديث بالقاهرة- جمال الدين أبو محمد عبد الله يوسف الزيلعي ٧٦٢هـ/١٢٦٠م.

الفقه بمختلف مذاهبه:

الفقه الحنفي

- (١٨) الأشباه والنظائر- دار الطباعة العامة- القاهرة ١٢٩٠هـ/١٨٧٣م. زين الدين أبو اسحق إبراهيم بن نجيم الشهير بابن نجيم ٩٧٠هـ/١٥٦٢م.
- (١٩) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع -ط٢- دار الكتاب العربي- بيروت ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م -علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء ٥٨٧هـ/١١٩١م.
- (٢٠) البحر الرائق في شرح كنز الدقائق -ط٢- دار الفكر- بيروت- زين الدين أبو اسحق بن ابراهيم بن نجيم ٩٧٠هـ/١٥٦٢م.
- (٢١) تحفة الفقهاء -ط١- مطبعة جامعة دمشق ١٣٧٧هـ/١٩٥٨م- علاء الدين السمرقندي ٥٣٩هـ/١١٤٤م.
- (٢٢) جامع الفصولين -ط١- المطبعة الكبرى- القاهرة ١٣٠٠هـ/١٨٢٢م- محمود بن اسرائيل الرومي الشهير بابن قاضي سماونة ٨٢٣هـ/١٤٢٠م.
- (٢٣) حاشية ابن عابدين (حاشية رد المحتار على الدر المختار) ط٢- شركة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م- محمد أمين عابدين بن عمر عابدين ١٢٥٢هـ/١٨٣٦م.
- (٢٤) الخراج- ط٤ المطبعة السلفية بالقاهرة ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م -أبو يوسف يعقوب إبراهيم الشهير بالإمام أبي يوسف ١٨٢هـ/٧٩٨م.

- (٢٥) درر الحكام في شرح غرر الأحكام - المطبعة العامرة الشريفة بالقاهرة ١٣٠٣هـ/١٨٨٦م - الامام منلاخسرو ٨٥٥هـ/١٤٨٤م.
- (٢٦) شرح العناية على الهداية - أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ٧٨٦هـ/١٣٨٤م.
- (٢٧) شرح فتح القدير على الهداية - ط٢ - دار الفكر - بيروت ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م - جمال الدين محمد بن الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ٨٦١هـ/١٤٥٦م.
- (٢٨) المبسوط - دار المعرفة - بيروت ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م - شمس الدين أبو بكر محمد أحمد السرخسي ٤٩٠هـ/١٠٧٩م.

الفقه المالكي

- (٢٩) بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ط٦ - دار المعرفة - بيروت ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م - محمد بن رشد الحفيد القرطبي ٥٩٥هـ/١١٩٨م.
- (٣٠) جواهر الاكليل شرح مختصر خليل - دار احياء الكتب العربية ١٣٣٢هـ/١٩١٣م صالح عبد السميع الأبى الأزهرى.
- (٣١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - مطبعة محمد علي صبيح بمصر ١٣٥٣هـ/١٩٣٤م محمد عرفة الدسوقي ١٢٣٠هـ/١٨١٤م.
- (٣٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك - مكتبة دار المعارف - مصر ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م - أبو بركات أحمد محمد الدردير ١٢٠٢هـ/١٧٨٦م.
- (٣٣) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ط١ - عالم الفكر بالقاهرة ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م - محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي ، الشهير بابن جزى ٧٤١هـ/١٣٤٠م.
- (٣٤) المدونة الكبرى - دار الفكر بمصر - مالك بن أنس ١٧٩هـ/٧٥٩م.

الفقه الشافعي:

- (٣٥) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - ط١ - دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م جلال الدين عبد الله السيوطي ٩١١هـ/١٥٠٥م.
- (٣٦) تحفة الطلاب على حاشية الشرقاوي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٦٠هـ/١٩٤١م أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري ٩٢٥هـ/١٥١٩م.
- (٣٧) حاشية اعانة الطالبين - ط٢ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٤٧هـ/١٩٢٨م - أبو بكر السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي المصري.

- (٣٨) حاشية البجيرمي (تحفة الحبيب على شرح الخطيب) - مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر - سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي ١٢٢١هـ/١٨٠٦م.
- (٣٩) الحاوي الكبير ط١- دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٤هـ/١٩٩٤م أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي ٤٥٠هـ/١٠٥٨م.
- (٤٠) المجموع شرح المذهب - مطبعة الامام بمصر - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ٦٧٦هـ/١٢٧٢م - تكملة المجموع شرح المذهب (التكملة الأولى) - المكتبة السلفية - المدينة المنورة - تقي الدين أبو الحسن السبكي ٧٥٦هـ/١٣٥٥م وتكملة المجموع شرح المذهب (التكملة الثانية) المكتبة السلفية - المدينة المنورة - محمد نجيب المطيعي ١٤٠٥هـ/١٩٨٤م.
- (٤١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - دار إحياء التراث العربي - بيروت - شمس الدين محمد بن أحمد الشرييني الخطيب ٩٧٧هـ/١٥٦٩م.
- (٤٢) المذهب - ط٢ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م أبو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ٤٧٦هـ/١٠٨٣م.
- (٤٣) نهاية المحتاج في شرح المنهاج - المطبعة العامرة الكبرى - مصر - ١٢٩٢هـ، ١٨٧٥م - شمس الدين محمد بن أحمد الرملي ١٠٠٤هـ/١٥٦٥م.
- (٤٤) الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي - مطبعة الآداب بالقاهرة عام ١٣١٧هـ/١٨٩٩م الامام أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الغزالي ٥٠٥هـ/١١١١م.

الفقه الحنبلي

- (٤٥) الروض المربع شرح زاد المستتقع - مطبعة ولاية سوريا - دمشق ١٣٠٥هـ/١٨٨٧م منصور بن يونس بن ادريس البهوني ١٠٥١هـ/١٦٤١م.
- (٤٦) كشاف القناع على متن الاقناع - ط١ - المطبعة العامرة الشرقية بمصر ١٣١٩هـ/١٩٠١م منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ١٠٥١هـ/١٦٤١م.
- (٤٧) مطالب اولي النهي في شرح غاية المنتهى - ط١ - المكتب الاسلامي بدمشق - ١٣١٨هـ/١٩٦١م - مصطفى السيوطي الرحيباني ١٢٤٣هـ/١٨٢٧م.
- (٤٨) المغني - دار الفكر بيروت ١٤١٤هـ/١٩٩٤م موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ٦٧٠هـ/١٢٧١م.

كتب حديثة في الفقه

- (٤٩) التأمين الإسلامي - دراسة فقهية تأصيلية ط١ - دار البشائر الإسلامية - بيروت - لبنان - ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م - د. علي محي الدين القره داغي - قطر.

- (٥٠) التأمين الاسلامي- دراسة فقهية للتأمين التعاوني -ط١- دار الاعلام- عمان الاردن ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م.
- (٥١) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي -ط٤- دار النفائس للنشر والتوزيع - عمان- الاردن ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م- محمد عثمان شبير- فلسطين وقطر.
- (٥٢) نظرية الفرر في الشريعة الاسلامية -ط١- مطبعة وزارة الأوقاف الاردنية -عمان - الاردن ١٣٩٤هـ / ١٩٧٤م -د. ياسن أحمد إبراهيم درادكة- الأردن، (١٤٢٦/٢٠٠٥م).

معاجم ولغات

- (٥٣) التعريفات- الطبعة التونسية- ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م- الشريف أبو الحسن علي الجرحاني في ٨١٦هـ/١٤١٣م.
- (٥٤) القاموس المحيط- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي ٨١٧هـ/١٤١٤م.
- (٥٥) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير- ط٥- المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٣٤١هـ/١٩٢٢م- أحمد بن محمد المقرئ الفيومي ٧٧٠هـ/١٣٦٨م.
- (٥٦) المعجم الوسيط ط٢- ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مجموعة من العلماء.
- (٥٧) لسان العرب- دار الصادر- بيروت- أبو الفضل محمد بن منظور ٧١١هـ/١٣١١م.
- (٥٨) مختار الصحاح- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ٦٦٦هـ/١٢٦٧م.

فهرس

الصفحة	الموضوع	الرقم
١ المقدمة	-١
٢ التمهيد	-٢
٢ المطلب الأول:	-٣
	تعريف العقد لغة واصطلاحاً	
٣ المطلب الثاني:	-٤
	تعريف الغرر في الفقه الاسلامي	
٤ المطلب الثالث:	-٥
	الغرر المؤثر في العقد والغرر غير المؤثر في العقد	
٦ المسائل التي تتعلق بعقود الصيانة	-٦
	والتكليف الشرعي لها	
١١ الخاتمة	-٧
١٢ المصادر والمراجع	-٨
١٧ الفهرس	-٩

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٨٩ (٢٠/٤)

بشان

استكمال موضوع عقود الصيانة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من ٢٦ شوال إلى ٢ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١٣ - ١٨ سبتمبر (أيلول) ٢٠١٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى أمانة المجمع في موضوع: **عقود الصيانة**، واستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، مع الأخذ في الاعتبار ما أصدره المجمع في القرار ذي الرقم ١٠٣(١١/٦) بخصوص عقد الصيانة في دورته الحادية عشرة،

قرر ما يأتي:

أولاً: التأكيد على ما ورد في القرار ذي الرقم ١٠٣(١١/٦) سالف الذكر من أن عقد الصيانة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه الآلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد.

ثانياً: بالنسبة لصور عقود الصيانة التي أرجأ المجمع إصدار حكم فيها في قراره سالف الذكر رأى المجمع تأجيلها لتحرير الصور وتحديد أحكامها، ولزيد من البحث والدراسة في دورة قادمة.

والله أعلم



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

دور المجامع الفقهية في ترشيد المصارف الإسلامية

إعداد

أ.د/ محمد بن أحمد بن صالح الصالح
أستاذ الدراسات العليا بجامعة المملكة ومعاهاها العليا
وعضو المجلس العلمي بجامعة الإمام
وعضو مجمع البحوث بالأزهر الشريف
وعضو الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين
و الخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجده

تأتي ورقة العمل في مقدمة ، وتمهيد ومجموعة مباحث:

- **التمهيد:** معنى الاجتهاد في اللغة وتعريفه في الاصطلاح
- **المبحث الأول:** مشروعية الاجتهاد الجماعي
- **المبحث الثاني:** أهمية الاجتهاد الجماعي في ضبط الفتوى
- **المبحث الثالث:** اهم مظاهر الاجتهاد الجماعي
- **المبحث الرابع :** الاجتهاد الجماعي بديل عملي عن الاجماع
- **المبحث الخامس:** مجالات الاجتهاد الجماعي
- **المبحث السادس:**تحقق الاجتهاد الجماعي من خلال المجامع الفقهية ، وفيه مطالب:
 - **المطلب الأول :** نشأة المجامع الفقهية.
 - **المطلب الثاني:** أهم المجامع الفقهية والهيئات واللجان الشرعية
 - **المطلب الثالث:** دور المجامع الفقهية في تحقيق الاجتهاد الجماعي
- **المبحث السابع:** دور المجامع الفقهية في ترشيد المصارف الإسلامية

مقدمة

إن المجامع الفقهية اصلها وأساسها الذي تبنى عليه هو الشورى وعرض القضايا على أهل الحل والعقد الذين كلفوا بالنظر في مصالح الناس وقد جاء التوجيه الإلهي بالرجوع إليهم والوقوف على ما ينتهون إليه من تحقيق مصالح الأمة ، قال تعالى (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) ، وقال تعالى (فِيمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ)^(١). وقد رفع الله قدر الأمة متى قويت صلتها بالله وأدوا الصلاة وانتهاء امرهم بالشورى في قول الله تعالى (وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ)^(٢).

وقد جاء وصف هذه الأمة في القران الكريم بوصف فريد متميز في قوله تعالى (وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا....)^(٣). والأمة الوسط هي التي بلغت الذرى في الشرف والصدق وتحقيق العدل الذي يتحقق بالشورى ، وقال تعالى (وَلَتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ..)^(٤). وقد أمر الله سبحانه وتعالى الأمة بان تلبى أمر الله وأمر رسوله وما يصدر عن العلماء في قوله تعالى (أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ)^(٥).

وقد كان المصطفى عليه الصلاة والسلام يستشير كبار الصحابة في الكثير من قضايا الأمة والتزم بهذا المنهج الخلفاء الراشدون فكان الفاروق عمر رضي الله عنه يجمع كبار الصحابة ويستشيرهم ويصدر عن رأيهم في كل ما يحقق مصالح الأمة ، وصفوة الأمة لا يصدر عن رأي إلا بعد اجتهاد وإعمال الفكر واستفراغ الوسع والنظر في كتاب الله وفي سنة المصطفى صلى الله عليه وسلم حيث قال عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه عندما بعثه إلى اليمن (بما تحكم قال بكتاب ، قال إن لم تجد ، قال بسنة رسول الله عليه السلام ، قال إن لم تجد؟ قال: اجتهد رأيي ولا ألوأ ، ف ضرب النبي عليه السلام على صدر معاذ فقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله)

(١) سورة آل عمران: ١٥٩

(٢) سورة الشورى: ٣٨

(٣) سورة البقرة ١٤٣ ،

(٤) سورة آل عمران ١٠٤

(٥) سورة النساء: ٥٩..

تمهيد

معنى الاجتهاد في اللغة وتعريفه في الاصطلاح

أولاً: في اللغة:

الاجتهاد في اللغة: مشتق من مادة «جهد» - بضم الجيم - بمعنى بذل الجهد وهو الطاقة، أو «جهد» - بفتح الجيم - بمعنى تحمل الجهد وهو المشقة.

قال ابن فارس: الجيم والهاء والذال أصله المشقة، ثم يحمل عليه ما يقاربه، يقال: جهدت نفسي وأجهدت، والجهد: الطاقة^(١).

وفي المصباح المنير: الجهد بالضم في الحجاز، وبالفتح غيرهم يعني: الوسع والطاقة، وقيل بالضم: الطاقة وبالفتح: المشقة^(٢).

وتأسيساً على ما تقدم فالاجتهاد هو: بذل الجهد واستفراغ الوسع في تحقيق أمر من الأمور الشاقة، سواء أكان ذلك في الأمور الحسية كالمشي والعمل، أم في الأمور المعنوية كاستخراج حكم أو نظرية عقلية أو شرعية أو لغوية^(٣).

ثانياً: في الاصطلاح:

يعرفه علماء الأصول بعدة تعريفات كثيرة ومتنوعة إلا أنها متقاربة المعاني، وفيما يأتي نورد شيئاً منها:

(١) قال الإمام الغزالي - بعد أن ذكر معناه اللغوي - : لكن صار اللفظ في عرف العلماء مخصوصاً ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة^(٤).

(٢) وعرفه ابن الهمام بأنه: بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي، عقلياً كان أم نقلياً، قطعياً كان أم ظنياً^(٥).

(٣) وعرفه الأمدى بأنه: استفراغ الوسع في طلب الظن بشي من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس بالعجز عن المزيد فيه^(٦).

بيان معنى الجماعي لغة:

فعله: جَمَعَ، وبابه: قَطَعَ، ومصدره: جَمَعَ.

والجمع أيضاً الجماعة، تسمية بالمصدر فتقول: جاء جمع من الناس.

(١) معجم مقاييس اللغة - ج ١ ص ٤٨٦.

(٢) ص ١٠١.

(٣) لسان العرب - فصل الجيم باب الدال.

(٤) المستصفي من علم الأصول - ج ٤ ص ٤.

(٥) التحرير في أصول الفقه - ص ٥٢٣.

(٦) الإحكام - ج ٤ ص ٢٩٦.

والجمع: تأليف المفترق، وضم الشيء بتقريب بعضه إلى بعض^(١).

والجماعة من كل شيء يطلق على القليل والكثير. والجماعة من الناس: طائفة بينها ائتلاف وانسجام، أو يجمعها جامع من علم أو مال أو غير ذلك^(٢).

والجماعي: نسبة إلى الجماعة، فالاجتهاد الجماعي هو اجتهاد الجماعة^(٣).

تعريف الاجتهاد الجماعي:

يعد مصطلح الاجتهاد الجماعي من المصطلحات المستحدثة إذ لم يكن معروفاً عند العلماء المتقدمين، أما من حيث الممارسة العملية فقد شهد تاريخ التشريع الإسلامي جملة من الوقائع التي هي في حقيقتها اجتهاد جماعي وإن لم توصف بهذا الاسم.

وقد عرف العلماء المعاصرون «الاجتهاد الجماعي» بتعريفات متعددة - نورد بعضاً منها فيما يلي:

- (١) عرفه البعض بأنه: الذي يتشاور فيه أهل الحل والعقد من العلماء في القضايا المطروحة، وخصوصاً فيما يكون له طابع العموم ويهم جمهور الناس^(٤).
- (٢) وقيل: هو استقراغ جهد بعض الفقهاء لتحصيل ظن بحكم شرعي بطريق الاستنباط، واتفقهم جميعاً أو أغلبهم على الحكم بعد التشاور^(٥).
- (٣) وقيل: بذل جمع من الفقهاء وسعهم مجتمعين لتحصيل حكم شرعي^(٦).

الترجيح:

وبمراجعة التعريفات السابقة يترجح لدينا التعريف الأخير، وذلك لاشتماله على جملة من القيود التي لا بد من مراعاتها وهي:

- (١) أن الاجتهاد الجماعي يحصل بأي عدد يصدق عليه أنه جمع أو جماعة.
- (٢) أن يكون هؤلاء المجتهدون مجتمعين حين الاجتهاد وهو ما يعبر عنه البعض بـ «التشاور».
- (٣) يهدف الاجتهاد الجماعي إلى تحصيل حكم شرعي سواء كان ذلك متعلقاً بقضية عامة أو خاصة، ولا يشترط أن يتم ذلك من خلال هيئة أو مجمع.

^(١) الصحاح للجوهري - ج ٣ ص ١١٩٨، لسان العرب - فصل الجيم باب العين.

^(٢) المصباح المنير للفيومي - ص ٩٨.

^(٣) الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر - لمعالي الشيخ الدكتور/ صالح بن عبد الله بن حميد - بحث مقدم لمؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ / ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩م - ص ١١ (بتصرف).

^(٤) الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه - أ.د/ شعبان محمد إسماعيل - الناشر: دار البشائر - بيروت - ص ٢١.

^(٥) الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي - أ.د/ عبد المجيد الشريفي - سلسلة كتاب الأمة - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر - ص ٤٦.

^(٦) الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر - لمعالي الدكتور/ صالح بن حميد - ص ١٦.

(٤) إن واقع الاجتهاد الجماعي المعاصر من خلال المجامع الفقهية وهيئات الإفتاء وما شابه ذلك، يشهد بأن هذا الاجتهاد لا يقتصر على الأحكام والمسائل الفقهية، وإنما يتجاوز ذلك إلى بعض القضايا والوقائع غير الفقهية كمسائل العقائد وأصول الدين، مثل الحكم على بعض الفرق كالقاديانية والبهائية، وكذا الحديث عن التقريب بين المذاهب وحوار الأديان.

وليس المراد هنا ما تصدره هذه المجامع والهيئات من بيانات بل ما تصدره من قرارات وأحكام في هذه القضايا وأمثالها. ولا ريب أن الحاجة قائمة على مختلف الأصعدة والمستويات إلى مثل تلك الأحكام من قبل هذه المراجع العلمية^(١).

^(١) المرجع السابق - ص ١٦، ١٧ (بتصرف).

المبحث الأول مشروعية الاجتهاد الجماعي

الاجتهاد الجماعي أمراً مشروعاً ومطلوب كالاكتفاء الفردي، حيث أنه لا فارق بينهما إلا في الصورة التي يتحقق بها الاجتهاد.

ولدينا أدلة على مشروعية الاجتهاد - بصفة عامة - وأدلة أخرى في مشروعية الاجتهاد الجماعي - بصفة خاصة - وهي التي نوردتها فيما يأتي:

أولاً: القرآن الكريم:

- (١) الآيات التي تدعو إلى المشاورة وتبادل الرأي، مثل قوله تعالى مخاطباً رسوله ﷺ: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾^(١).
- (٢) وكذلك وصف المؤمنين بأن أمرهم شورى، كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾^(٢).
- (٣) قوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدْعَاؤُهُ بِهٖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا﴾^(٣).

قال القرطبي: والاستنباط في اللغة: الاستخراج، وهو يدل على الاجتهاد إذا عدم النص والإجماع^(٤).

ثانياً: السنة المطهرة:

لقد دلت السنة النبوية المطهرة على مشروعية الاجتهاد الجماعي، ومن الأحاديث الدالة على ذلك:

- (١) ما أخرجه ابن عبد البر عن سعيد بن المسيب عن علي ﷺ أنه قال: قلت يا رسول الله: الأمر ينزل بنا ولم ينزل فيه القرآن، ولم تمض فيه سنة منك. فقال: «اجمعوا له العالمين - أو قال العابدين - من المؤمنين، فاجعلوه شورى بينكم، ولا تقضوا فيه برأي واحد»^(٥).
- (٢) أخرج ابن عدى والبيهقي في شعب الإيمان - بسند حسن - عن ابن عباس رضی اللہ عنہما قال: " لما نزلت وشاورهم في الأمر فإذا عزمت فتوكل على الله " قال رسول

(١) سورة آل عمران: ١٥٩.

(٢) سورة الشورى: جزء من الآية ٣٨.

(٣) سورة النساء: ٨٣.

(٤) الجامع لأحكام القرآن - ج ٥ ص ٢٩٢.

(٥) جامع بيان العلم - ج ٢ ص ٧.

اللَّهُ ﷺ : « أما إن الله ورسوله لغنيان عنها ، ولكن جعلها رحمة لأمتي ، فمن استشار منهم لم يعدم رشداً ، ومن تركها لم يعدم غياً »^(١).

(٢) وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: « مَا رَأَيْتُ أَحَدًا أَكْثَرَ مَشُورَةً لِأَصْحَابِهِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ »^(٢).

ومما لا ريب فيه أن مشاورة الرسول عليه السلام لأصحابه أمر مشهور، تؤكد الوقائع الكثيرة، والأحداث المتواترة التي تدل على أنه كان عليه السلام يشاور أصحابه في مهام الأمور، وهو من أقوى الأدلة على مشروعية الاجتهاد الجماعي^(٣).

(٤) ومن أهم الشواهد الواضحة في ذلك: مشاورة النبي لأصحابه في مقاتله المشركين فقبل مشورة المهاجرين والانصار، ب- قبل مشورة الحباب بن المنذر في اختيار الموقع المناسب لموقع الجيش يوم الفرقان، ح- استشارة الصحابة في شأن أسرى بدر.

وقد اختلفت آراء الصحابة رضوان الله عليهم في هذا الموضوع، فقد رأى أبو بكر رضي الله عنه الفدية منهم وإطلاق سراحهم، ورأى عمر رضي الله عنه أن تضرب أعناقهم بالسيف، وقال عبد الله بن رواحه: بل نجعلهم في واد كثير الحطب ثم نضرمه عليهم ناراً.

فهوى رسول الله ﷺ إلى ما قاله أبو بكر، فأخذ منهم الفدية، فنزل الوحي مؤيداً لما ذهب إليه عمر رضي الله عنه بقوله تعالى: ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُتَخَنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَصَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾^(٤).

ثالثاً: الإجماع:

تبين من خلال السنة النبوية المطهرة أن الاجتهاد الجماعي كان مرعياً في كثير من الأمور المهمة في حياة المسلمين.

وإذا تتبعنا حركة التشريع في عصر الصحابة والتابعين رضی الله عنهم . وكذلك في العصور التالية لهم والتي سارت على نهجهم، نجد أن الاجتهاد الجماعي لم يخل منه عصر من العصور، وهذا - في النهاية - يدل على أن هناك إجماعاً على حجيته^(٥).

فلاجتهاد الجماعي كان منهج الخلفاء الراشدين، وبالأخص أبو بكر الصديق والفاروق عمر - رضی الله عنهما - فقد كان أبو بكر رضي الله عنه إذا ورد عليه الخصم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يكن في الكتاب وعلم من رسول الله ﷺ في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعياء خرج فسأل المسلمين، وقال: أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى في ذلك بقضاء، فربما اجتمع عليه نفر

(١) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان (٧٥٤٢/٦).

(٢) أخرجه الترمذي - كتاب الجهاد - ٢٥ باب ما جاء في المشورة.

(٣) الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر - للدكتور/ شعبان إسماعيل - بحث = مقدم مؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ / ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩م ص ٣٤ (بتصرف).

(٤) سورة الأنفال: الآية ٦٧.

(٥) الاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٣٦.

كلهم يذكر من رسول الله ﷺ فيه قضاء، فيقول أبو بكر: الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعياءه أن يجد فيه سنة من رسول الله ﷺ جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على أمر قضى به^(١).

ولقد سار الخليفة الراشد الفاروق ﷺ على هذا المنوال، بل أمر القضاة وولاية الأمور في الأقاليم أن يتخذوه منهجاً، فقد أرسل رسالته الشهيرة إلى القاضي شريح حيث أمره بالنظر في الكتاب العزيز، ثم السنة المطهرة، ثم أقضية أئمة الهدى، ثم قال: .. فاجتهد فيه رأيك واستشر أهل العلم والصلاح^(٢)، وكان الفاروق ﷺ إذا نزلت به نازلة استشار كبار الصحابة فينتهي رضي الله عنه إلى ما اتفق عليه الناس، ومن ذلك أقل مدة الحمل، وطلاق الثلاث، وحد الشارب، ومدة غيبة الرجل عن اهله وغير هذا كثير.

يقول إمام الحرمين الجويني: إن أصحاب المصطفى ﷺ استقصوا النظر في الوقائع والفتاوى والأقضية، فكانوا يعرضونها على كتاب الله، فإن لم يجدوا فيه متعلقاً راجعوا سنن المصطفى ﷺ، فإن لم يجدوا فيها شفاء تشاوروا واجتهدوا، وعلى ذلك درجوا في تمادي دهرهم إلى انقراض عصرهم، ثم استن بسننهم من بعدهم^(٣).

وقد سار على هذا المنهج كل أئمة الهدى ومنهم عمر بن عبد العزيز، حيث روي أنه لما ولي أمر المدينة نزل دار مروان، فلما صلى الظهر دعا عشرة من فقهاء المدينة، وهم عروة بن الزبير، وعبد الله بن عبد الله بن عيينه، وأبو بكر بن عبد الرحمن، وأبو بكر بن سليمان، وسليمان بن يسار، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عبد الله بن عمر، وعبد الله ابن عامر، وخارجه بن زيد، وكان هؤلاء سادة الفقهاء في ذلك الوقت، فلما دخلوا عليه أجلسهم ثم حمد الله وأثنى عليه وقال: إني إنما دعوتكم لأمر تؤجرون عليه، وتكونون فيه أعواناً على الحق، ما أريد أن اقطع أمراً إلا برأيكم، أو برأي من حضر منكم^(٤).

وقد روي أن يحيى بن يحيى الليثي رئيس قضاة الأندلس قد أنشأ مجلساً للشورى من ستة عشر عضواً من كبار فقهاء الأندلس للنظر في النوازل الفقهية.

^(١) سنن الدارمي ح(١٦٣).

^(٢) إعلام الموقعين (٢٣/١).

^(٣) غياث الأمم في إتيان الظلم، ص ٤٣١.

^(٤) أصول التشريع الإسلامي، ص ١٢٨.

المبحث الثاني أهمية الاجتهاد الجماعي في ضبط الفتوى

لقد ظهر في الآونة الأخيرة على الساحة الإسلامية بعض من يدعون أنهم فقهاء وعلماء، ويصدرون من الفتاوى ما لا يتفق مع المنهج الإسلامي، متذرعين بذرائع واهية ليس لها في الميزان الشرعي أي اعتبار، فكان لابد من التصدي لهذه الظاهرة التي تسيء إلى الإسلام والمسلمين^(١).

ومما شجع على الفوضى في الفتاوى الفردية سببان شائعان - وهما^(٢):

السبب الأول: انتشار سيل الطباعة المتدفق، وافتقاد الرقابة العلمية الدقيقة على المطبوعات، لمنع الدخلاء على الخط الإسلامي الذين يتجرؤون من غير ضبط ولا حياء على اقتحام عالم الفتوى، وهم إما ادعاء المعرفة أو متعلمون علوماً غير شرعية، وتنقصهم المعرفة الأولية بأصول الشرع، فضلاً عن التخصص فيه.

والسبب الثاني: كثرة القنوات الإعلامية التلفازية الفضائية والمحلية، والتي يُدعى للحديث أو الإفتاء فيها - بنحو متعمد أحياناً أو غير متعمد - من هم ليسوا أهلاً للفتوى، فيتسرع الواحد منهم بكل جرأة فيقول: رأي كذا ورأي في كذا، وهو يفتقد التكوين العلمي الصحيح.

وأمام هذا الاضطراب وتعارض الفتاوى الصادرة من بعض أدعياء العلم، كان الطريق المتعين لإلجام أولئك الأدعياء وقطع الطريق عليهم هو وجود الاجتهاد الجماعي لضبط الفتوى ووضعها في مكانها الصحيح، لمواجهة مشكلات ونوازل العصر.

ويظهر دور الاجتهاد الجماعي في ضبط الفتوى فيما يأتي^(٣):

أولاً: وحدة الحكم الشرعي:

وهذا أساس الشريعة وصلب رسالة الإسلام، فليس هناك إسلام قديم وإسلام جديد، ولا إسلام للمشرق أو إسلام للمغرب، أو إسلام للأكثرية في البلاد الإسلامية وإسلام آخر للأقلية، إلا في حدود ما تقتضيه طبيعة الإقليم مثل توقيت الصلاة والصيام في المناطق القطبية، أو التي يتساوى فيها الليل والنهار، أو يكون الليل هو الغالب أو النهار هو الغالب.

يقول تعالى مبيناً وحدة الحكم الشرعي في آيتين هما: ﴿إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ﴾^(١) وقوله: ﴿وَإِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاتَّقُونِ﴾^(٢) أي

^(١) الاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٦١ (بتصرف).

^(٢) الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر - أ.د/ وهبه مصطفى الزحيلي - بحث مقدم إلى مؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ/ ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩ ص ١١ ، ١٢ (بتصرف).

^(٣) المرجع السابق - ص ١٣ - ١٥ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٦١ - ٦٩ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي للشيخ صالح بن حميد - ص ٢١ - ٢٢ (بتصرف).

أن هذا دينكم دين واحد لا خلاف فيه في شأن التوحيد وما يتبعه من أحكام، وأنا ربكم الله الذي لا إله غيري فوحدوني وابدوني بإخلاص.

وفي ذلك يقول الإمام القرطبي: لما ذكر الأنبياء قال: كلهم مجتمعون على التوحيد. فالأمة هنا بمعنى الدين وهو الإسلام^(١).

فالأمة الإسلامية مأمورة بجمع الكلمة، وتوحيد الصف، ونبذ الفرقة التي تؤدي إلى ضعف الأمة، وهي أحوج ما تكون إلى اجتماع كلمتها، واتحاد رؤيتها في حل مشكلاتها لتبنى على ذلك توحيدها في المواقف والمعاملات، ولن يتأتى ذلك إلا إذا كانت حلولها لمشكلاتها وقضاياها العامة نابعة من رؤية جماعية تسعى إلى جمع الكلمة وتوحيد الصف.

ثانياً: أن رأى الجماعة أقرب إلى الصواب من رأى الفرد:

ذلك أن الاجتهاد الجماعي - لاسيما في ظل المجامع والهيئات الفقهية القائمة - يعد نتاجاً لتفاعل جمع من العلماء المجتهدين والخبراء المختصين، وتكاملهم وتشاورهم، وثمره لتقليب وجهات النظر المختلفة، والآراء المتعددة في القضية محل الاجتهاد.

وبهذا فإن الاجتهاد الجماعي أقرب إلى الحق وأدعى للقبول والاطمئنان، إذ من المعلوم أن رأى الجماعة أقرب إلى الصواب من رأى الفرد، وإن علا شأنه في العلم، فالمناقشة والمشاورة تجلّى ما كان غامضاً، وتذكر بما كان منسياً، وتكشف عما كان خافياً.

ومما لا ريب فيه أن عمق النقاش، ودقة التمحيص للآراء والحجج اللذين يتسم بهما «الاجتهاد الجماعي» يجعلان استنباط الحكم أكثر دقة، وأحرى بموافقة الصواب.

ثالثاً: ظهور التخصص العلمي في العصر الحاضر:

من الأسباب التي تجعل الاجتهاد الجماعي ذا أهمية بالغة في القضاء على الفتاوى الفردية المخالفة لمنهج الإسلام، وضبطها: هو ظهور التخصص العلمي المنفرد والذي عبر عنه العلماء بالتخصص الدقيق، بحيث يكون العالم متخصصاً في اللغة أو الفقه أو الأصول وهكذا، حتى أضحى وجود العالم الذي يحيط بكل العلوم والمعارف نادراً في هذا العصر.

لذلك فإن ما يمتاز به الاجتهاد الجماعي من تكامل بين العلماء على اختلاف تخصصاتهم وتنوعها من شأنه أن ينتج أحكاماً أقرب إلى الحق، وأدنى إلى الصواب، وأبعد عن الخطأ والخلط، وبذلك تظهر أهمية الاجتهاد الجماعي في حماية جناب الفتوى عبر تنظيم الاجتهاد نفسه، ومنع غير المختصين من الخوض فيه.

رابعاً: تأصيل الحكم الشرعي:

(١) سورة الأنبياء: الآية ٩٢.

(٢) سورة المؤمنون: الآية ٥٢.

(٣) الجامع لأحكام القرآن - ج ١١ ص ٣٣٨.

فالاتجاه الجماعي يمتاز بتأصيل أي حكم أو قرار يصدر عنه، بالأخذ بالدليل الراجح، وترك الدليل الضعيف، أو القول الذي نص الفقهاء على ضعفه، لضعف تعليقه أو دليله، أو معارضته لما هو أقوى منه، ففي ذلك السلامة والأمان.

خامساً: الاجتهاد الجماعي يقوم مقام الإجماع:

إن من أهم ما تميزت به الأمة الإسلامية أنها لا تجتمع على ضلالة، ولذلك كان الإجماع واحداً من الأدلة المتفق عليها عند جمهور العلماء.

وإذا كان الإجماع - بالمعنى الدقيق - وهو: «اتفاق جميع المجتهدين في أي عصر من العصور على أمر من الأمور» غير ممكن الوجود في العصر الحاضر - لأسباب كثيرة - فإن الاجتهاد الجماعي من بعض العلماء يمكن أن يقوم مقامه، ويحقق ما تعذر تحقيقه من غياب الإجماع.

سادساً: الاجتهاد الجماعي يبعث على إعادة فتح باب الاجتهاد:

فالاتجاه هو الأصل الثالث من أصول التشريع، بعد القرآن والسنة، في ضوء ما يدلان عليه واستناداً إليهما. فالاجتهاد أساس لحيوية التشريع ونمائه، واستمرار عطائه في تعريف الأمة بأحكام الله تعالى في كل نازلة، وهو ما جرى عليه العمل في العصور الأولى التي شهد لها النبي ﷺ بالخيرية.

وأصبحت الشروط التي وضعها العلماء للمجتهد عزيزة المنال، خاصة المجتهد المطلق، فنادي بعض العلماء بإغلاق باب الاجتهاد تحاشياً للأخطاء والمخالفات الشرعية التي ظهرت نتيجة للاجتهادات الفردية.

ولم يقصد هؤلاء غلق باب الاجتهاد من أساسه، لأن الحاجة إلى الاجتهاد باقية ما بقيت الحياة، وإنما كان القصد إبعاد من ليسوا أهلاً للاجتهاد من ولوج هذا المسلك الوعر الذي يؤدي إلى الخطأ في تطبيق شرع الله تعالى^(١).

وإذا كان الأمر كذلك فإن الاجتهاد الجماعي يسد هذه الثغرة، ويؤدي إلى فتح باب الاجتهاد والانضباط في الفتوى، لأنها لن تصدر إلا عن مشاورة وتنقيح من أهل العلم والرأي، لتحقق الشروط التي وضعها العلماء للمجتهد في مجموع هؤلاء العلماء.

وصفوة القول:

إن الاجتهاد الجماعي يسهم إسهاماً واضحاً في توحيد الفتاوى وضبطها، وبيان قيودها وشروطها، بحيث لا يجوز للمستفتي تجاوزها، والتفقت من الحكم الشرعي الصحيح. والاجتهاد الجماعي يغلق الباب أمام الفوضى في الإفتاء التي يتصدى لها أدعياء العلم، والذين يصدرون الآراء بمحض الهوى والشهوة، أو بقصد الشهرة والانتشار.

(١) تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ محمد الخضري - المكتبة التجارية الكبرى - ص ٣١٩، الاجتهاد في التشريع الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور - دار النهضة العربية ١٤٠٤هـ - ص ١٢٩، ١٣٠.

المبحث الثالث أهم أمثلة الاجتهاد الجماعي

أولاً: الفتاوى الهندية :

سميت بذلك لأن واضعها هم جماعة من علماء الهند المشهورين في زمنهم برئاسة الشيخ نظام الدين البرهانبوري، وتسمى أيضا الفتاوى العالمكيرية نسبة إلى الملك المغولي سلطان الهند محمد اورنك زيب الملقب بعالم كبير أي فاتح العالم، الذي أمر بتأليفها وهي احكام فقهية مختارة من المذهب الحنفي، في جميع ابوابه وتقع في ست مجلدات ضخمة، وهي من الكتب المعتمدة في المذهب، وكان الهدف من وضعها تسهيل الوقوف على الروايات الصحيحة في المذهب الحنفي، والأقوال المعتمدة والراجعة فيه، وما تجري عليه الفتوى من أحكام المذهب، وتيسير النظر فيها، لذلك التزم مؤلفوها عبارات الكتب التي نقلوا عنها غالباً.

وأراد تعبيد الطريق إلى الفقه ليسهل الرجوع إلى أحكامه في الفتيا، ويتيسر التقنين منها لشؤون الإدارة والقضاء فألف سنة ١٠٧٣هـ مجلس الفقهاء برئاسة الفقيه الملا نظام الدين برهان بوري ومعه ما يقرب من أربعين فقيهاً من أكابر فقهاء عصره، منهم القضاة والمفتون والعلماء الراسخون وهيا لهم مكتبة حافلة، أمر بجمعها من جميع الاقطار واجرى لهم جراية كافية من الرزق ليفرغوا إلى العمل المطلوب وأمرهم أن يجمعوا أحكام الفقه في شتى الموضوعات، ولا سيما ما يتصل بالمعاملات والقضاء والإدارة والتوثيق، تلك الاحكام المبعثرة في شتى كتب الفقه مما لا تصل إليه كل يد، وأن يودعها في كتاب جامع باللغة العربية تعرض فيه الاحكام الفقهية بتسويق وترتيب وتبويب وتقيق يجعلها في المتناول، وذلك مع عزو كل حكم إلى مرجعه المأخوذ منه وقد رصد لهم ميزانية كافية لتمويل المشروع.

وقد انقسموا لذلك إلى أربع هيئات: ترأس الأولى الشيخ وجيه الدين، وعهد إليها بالربع الأول من العمل، وترأس الثانية الشيخ جلال الدين، وعهد إليها بالربع الثاني، وترأس الثالثة الشيخ القاضي محمد حسن، وعهد إليها بالربع الثالث منه، وترأس الرابعة الملا حمدي جونبوري، وعهد إليها بالربع الرابع، والكل يعملون تحت رئاسة الشيخ نظام الدين فآتموا في ثماني سنوات هذا المشروع الذي تمخض عن كتاب (الفتاوى الهندية) وبما أن المذهب الحنفي هو المذهب السائد في ارجاء الإمبراطورية، كان هذا العمل مقصوراً على أحكام هذا المذهب، ولم تتضمن الفتاوى الهندية الخلافات والآراء الاجتهادية في فقه المذاهب الأخرى.

وبعد إتمام هذا الكتاب العظيم الجامع لقانون الشريعة متمثلاً بالاجتهاد الحنفي وإطلاقه للنسخ والتعميم أصدر الملك مرسوماً بوضع ما تضمنه من أحكام موضع التنفيذ في جميع أرجاء المملكة والعمل بها في الدوائر القضائية^(١).

ونلاحظ من خلال ما سبق ما يأتي:

- (١) هذا العمل الكبير قامت به جماعة كبيرة من العلماء فهو جهد جماعي.
- (٢) القائمون بهذا الجهد هم من الفقهاء الراسخين فشرط الاجتهاد متحققه فيهم.
- (٣) تقسيم العمل بين أربع هيئات لكل منها رئيس يتابع أعمالها ويشرف عليها، وهذا تخصص وتوزيع للمهام يساعد على الانتقال إضافة إلى رئاسة الشيخ نظام الدين.
- (٤) توافرت له الامكانيات العلمية والمعنوية.
- (٥) وفوق ذلك فإن الحاكم نفسه يتابعه ويشرف عليه ويبيدي فيه رأيه، وهو عالم متبحر في الفقه واسع الاطلاع.

ولما اكتمل المشروع ألزم بتنفيذه، فكان هذا العمل بمثابة تقنين للفقه الإسلامي وبناء على ما سبق، يمكن اعتبار هذا العمل من باب الاجتهاد الجماعي، حيث توفرت فيه جميع شروط الاجتهاد على سبيل الإجمال، وذلك أن غاية الاجتهاد إما استنباط أو استخلاص حكم شرعي، يحقق مقصد الشارع في المسألة.

غير أنه مقصور وخاص، أما قصوره؛ فلأنه غير مستتب من قبل العلماء أنفسهم بل الاحكام المختارة في الفتاوى هي اجتهادات أئمة المذهب السابقين، ونحن نعلم أن الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن قد اتفقوا على مسائل وقضايا فقهية غير أن الصاحبين لما أمتد بهم الأجل وظهرت أعراف وأحوال للناس لم تكن في زمن الإمام أبو حنيفة فقد رجع الصاحبان عن كم هائل مما اتفقا عليه مع امامهم وقالوا لو أن إمامنا رأى احوال الناس وتغير الأعراف لرجع مثلنا فمن بين ما اختلف فيه الصاحبان عن إمامهم فهو جهد مشكور وعمل مبرور، فالاجتهاد في إثبات صحة الروايات لقائلها، والاجتهاد في الترجيح بين الأقوال والاجتهاد في اختيار المعتمد المناسب لحال أهل الزمان، كلها من أنواع الاجتهاد بوجه من الوجوه.

ثانياً: مجلة الأحكام العدلية:

وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه الإسلامي على المذهب الحنفي، وتشتمل على أحكام المعاملات والدعاوي والبيانات، وضعتها لجنة علمية من العلماء في الدولة

(١) المدخل الفقهي العام (٢٣٦/١)

العثمانية من ديوان العدلية في الآستانة ورئاسة ناظر الديوان. بدأ العمل بها سنة ١٢٨٦هـ وانتهى سنة ١٢٩٣هـ فاستغرق ما بين سبع إلى ثماني سنوات وكتبت أولاً باللغة التركية.

وقد صيغت الأحكام التي اشتملت عليها المجلة بصيغة مواد قانونية ذات ارقام متسلسلة وقد بلغت ١٨٥١ مادة ورتبت على الكتب والأبواب الفقهية المشهورة فجاءت في ستة عشر كتاباً، أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء وقسم كل كتاب إلى أبواب، وكل باب إلى فصول، والفصول إلى موضوعات وفقرات متفرعة عنها، أما بواعث وضع هذه المجلة فهي:

- (١) أن قضاة المحاكم النظامية ومجالس تمييز الحقوق فيها ليس لهم الاطلاع الكافي على علم الفقه وأحكامه والقوانين التي وضعت قبل المجلة كقانون التجارة وقانون العقوبات والمحاكم التابعة لها مستمدة من الفقه الإسلامي، فكان يصعب عليهم الرجوع إليها لحل المشكلات الطارئة في المقاضاة والمحاماة وغيرها.
- (٢) كثرة الآراء الفقهية والروايات في المذهب الحنفي، وتفاوت طبقات المجتهدين فيه، تجعل من العسير التمييز بين المعتمد وغير المعتمد حتى على القضاة الشرعيين.
- (٣) تبدل الزمان وتغير الأعراف والعادات، واتجاه الدول بنحو عام إلى التقنين المحدد في مواد تعتمد قولاً واحداً في كل مسألة.

هذه الأمور وغيرها استدعت وضع هذه الاحكام الشرعية المقننة، حتى يسهل على المحامين والقضاة وغيرهم الرجوع إليها بيسر وسهولة، وقد اعتبر أ.د/ مصطفى الزرقاء رحمه الله الفتاوى الهندية ممهدة لمجلة الاحكام العدلية، ومن ينظر في الفتاوى الهندية ومجلة الاحكام العدلية يجد اتفاق في أن كلاً منهما من عمل جماعي من الفقهاء والعلماء وليست اعمالاً فردية، وفيهما أحكام فقهية مستمدة من الفقه الحنفي خاصة، وصدرت كل منهما بأمر من الحاكم وإشرافه وتمويله، فأخذتا صفة الإلزام ولكنهما تفترقان من وجوه أخرى أهمها:

- (١) الفتاوى الهندية كتاب جامع لجميع أبواب الفقه من العبادات وفقه الأسرة- الوصية والميراث والوقف- والعقوبات بينما خلت المجلة من هذه الأقسام الثلاثة.
- (٢) الفتاوى كتبت بعبارات الفقهاء القدامى واعتمدت طريقتهم في الصياغة والترتيب، ونسبت فيها الأقوال إلى مصادرها، أما المجلة فقد صيغت بعبارات ومواد قانونية محددة، تعتمد رأياً واحداً في المذهب، دون أن تتسبب الأقوال إلى أصحابها.
- (٣) اقتصر الفتاوى على المذهب الحنفي بينما نجد المجلة تناولت آراء من غير المذهب الحنفي، وإنما اتجهت إلى الأخذ بحرية الاشتراط في العقود المالية، مما يقرب من مذهب شريح القاضي والإمام أحمد في الشروط المقترنة بالعقد، الذي جعل الأصل في

العقود الاباحة والجواز وهو ما أخذ به الإمام شيخ الإسلام أحمد بن تيميه وتوسع فيه تحت قاعدة باب العقود والشروط ج ٢٩ مجموع الفتاوى.

والعمل في هذه المجلة يشبه إلى حد كبير الاجتهاد الجماعي الذي يقوم على ركنين رئيسين، الأول: بذل الجهد - ويكون من الفقهاء العدول - لاستنباط أو استخلاص الحكم الشرعي للمسألة المعروضة، الثاني: التشاور بين أعضاء جماعة الفقهاء المجتهدين فيما توصل إليه كل منهم، ليخرجوا بقول واحد مشترك^(١).

(١) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٧ وما بعدها ، ط دار إحياء التراث العربي، والمدخل الفقهي العام(١/٢٣٨)، مرجع العلوم الإسلامية ص ٤٩٧ ، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي ص ١٦٧

المبحث الرابع الاجتهاد الجماعي بديل عملي عن الإجماع

يكاد يجمع العلماء المعاصرون على أن الاجتهاد الجماعي يقوم مقام الاجماع من الناحية العملية في المسائل الظنية وأكثر المسائل ظني، ولا سيما في مجال المعاملات وهي القسم الأكبر في الفقه الإسلامي، ومما هو مقرر لدى جميع الفقهاء، والأصوليين أن الظن الراجح أو غالب الظن كاف وموجب للعمل في أحكام المسائل الاجتهادية، ولذلك أقر بعضهم بعضاً على مخالفته في الرأي.

والإجماع التام إن وقع في مسألة فإنما يرفع درجتها إلى القطعية، وهو أمر يستحب الوصول إليه، ليكون المسلم أكثر اطمئناناً عند تنفيذ الحكم الشرعي، ولكنه لا يجب الوصول إليه.

ومن جهة أخرى فإن الاجتهاد الجماعي هو أيسر السبل وأسرعها وأوضحها لبلوغ الإجماع التام القطعي في المسائل الاجتهادية الطارئة، وهذا ما يرجح بأنه الذي حدث فعلاً في عهد الصحابة إذ تعرض المسألة فيقع فيها الاختلاف في بادئ الأمر، عندما تكون قيد النظر والدراسة، ثم يكون الاجتهاد الجماعي من جميع الحاضرين في مركز الخلافة من فقهاء الصحابة، ثم يتحول إلى اجماع بانقراض عصرهم دون ظهور مخالف أو رجوع أحد منهم عن رأيه.

وأما الإجماع على الأحكام الشرعية المعلومة من الدين بالضرورة فإنه يتم ذاتياً دون جهد أو اجتهاد من أحد؛ لأنها أحكام استقرت في نفوس المسلمين الأوائل من خلال فهمهم لنصوص الوحي وتطبيقهم العملي لما فهموه، وإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم لذلك، ثم سرت هذه الأحكام القطعية في أجيال المسلمين عبر الأزمنة والأمكنة بتوارثها والتواطؤ عليها.

قال أ.د. جمال الدين محمود -رحمه الله- في الاستغناء بالاجتهاد الجماعي ليكون بديلاً عملياً عن الاجماع الأصولي: وواضح أن الاجتهاد الجماعي لا يلي ما يشترطه الإجماع الاصطلاحي، ولكنه في واقع الأمر يعبر عن اتفاق المجتهدين أو أكثريتهم في وقت معين على حكم مسألة، وبعد أن صارت الأمة الإسلامية دولةً عديدة لا يتصور أن يتحقق الاجماع الاصطلاحي، إلا في نطاق دولة من الدول، أما الاجتهاد الجماعي فيمكن عن طريق اختيار مجتهدين من دول إسلامية متعددة في الجامعات الفقهية وإزاء اختلاف الدول الإسلامية في واقع مجتمعاتها وفي المذهب الفقهي الذي يسود فيها؛ فإن صيغة الاجتهاد الجماعي تكون أفضل الصيغ للجمع بين دليل الإجماع، وبين الاجتهاد ومصادر الأحكام الاجتهادية التي تلي الكتاب العزيز والسنة النبوية المطهرة^(١)

(١) الاجتهاد الجماعي في المملكة، من أبحاث ندوة الامارات (١/٣٩١)، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي ص ٢٥٢

المبحث الخامس مجالات الاجتهاد الجماعي

وهي الموضوعات والمسائل التي تعرض للبحث والنظر للوصول فيها إلى احكام شرعية مناسبة، وهذه المسائل والموضوعات ينظر إليها من خلال ما ورد فيها من نصوص ظنية، وهذه الناحية مما يشترك فيه الاجتهاد الجماعي والاجتهاد الفردي، وهي التي تبحث في كتب أصول الفقه المعاصرة تحت عنوان مجال الاجتهاد.

يمكن تقسيم مجالات الاجتهاد بحسب موضوع المسألة المعروضة إلى الاجتهاد الانتقائي - الترجيحي- والاجتهاد الانشائي - الإبداعي- ، فإن كانت المسألة المعروضة مما بحثه الفقهاء السابقون، وقالوا فيها آراءهم، فالاجتهاد فيها في عصرنا يكون انتقائياً ترجيحياً، من بين الآراء والمذاهب السابقة.

وإن كانت المسألة حادثة مستجدة لم يعرفها السابقون، أو عرفوها ولم تكن ذات بال في أزمانهم فلم يتعرضوا لبحثها، وليس لهم فيها اجتهادات ففي هذه الحال يكون اجتهادنا لها في عصرنا إنشائياً إبداعياً، أي استتباطاً لحكم جديد يناسبها، وكذلك قد يكون الاجتهاد انتقائياً انشائياً معاً في بعض الحالات.

ونعني بالاجتهاد الانتقائي: اختيار أحد الآراء المنقولة في تراثنا الفقهي للفتوى أو للقضاء به ترجيحاً له على غيره من الآراء والأقوال الأخرى.

والمطلوب في هذا أن نوازن بين الأقوال بعضها وبعض، ونراجع ما استتدت إليه من أدلة نصية أو اجتهادية، لنختار في النهاية ما نراه أقوى حجة وأرجح دليلاً، وفق معايير الترجيح، وهي كثيرة، ومنها: أن يكون القول أليق بأهل زماننا، وأرفق بالناس وأقرب إلى سير الشريعة وأولى بتحقيق مقاصد الشرع ومصالح الخلق، وجلب المصالح لهم ودرء المفسد عنهم^(١).

ولعل من العوامل التي تؤثر في الانتقاء من بين الآراء في عصرنا:

- (١) التغيرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية المحلية والعالمية.
- (٢) معارف العصر وعلومه.
- (٣) ضرورات العصر وحاجاته^(٢).

الاجتهاد الإنشائي: ونعني به استتباط حكم جديد في مسألة من المسائل التي ليس فيها قول للعلماء السابقين سواء كانت المسألة قديمة أم جديدة.

(١) الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، أ.د/ يوسف القرضاوي ص ٢٠، ط دار النشر والتوزيع ١٤١٤هـ، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي د/ خالد حسين الخالد، ص ٢٥٩، ط مركز جمعه الماجد.

(٢) الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط ص ٢٥ وما بعدها

ويرجع الأستاذ الدكتور الشيخ يوسف القرضاوي جواز إحداث قول جديد في مسألة قديمة اختلف فيه الفقهاء السابقون على قولين أو ثلاثة أو أكثر، لأن المسألة متى تعددت الأقوال فيها، دل على أنها قابلة لوجهات النظر، وليس الاختلاف على رأيين يعني الإجماع عليهما دون سواهما.

على أن أكثر ما يكون الاجتهاد الإنشائي في المسائل الجديدة التي لم يعرفها السابقون ولم تكن في أزمانهم، أو عرفوها في صورة مصغرة، بحيث لا تكون مشكلة ولا تدفع الفقيه إلى البحث عن حل لها باجتهاد جديد فكما أن الحاجة هي أم الاختراع فإن معاناة المشكلة هي التي تدفع إلى الاجتهاد، ومن ذلك مسألة التصوير- الفوتوغرافي-، ومنها مسألة وجوب الزكاة في إيراد العمارات السكنية المؤجرة والمصانع ونحوها، ومنها مسألة جواز الاحرام من جُدة للقادمين إليها في الطائرات، والإعفاء من المبيت في مزدلفة ومنى لمن لم يجد مكاناً.

الاجتهاد الجامع بين الانتقاء والإنشاء

وهو يختار من أقوال الفقهاء ما يراه اوفق وأرجح ، ويضيف إليه عناصر اجتهادية جديدة، ومن امثلة ذلك:

(أ) قانون الوصية الواجبة: وهي وجوب أن يوصي الشخص لفرع ولده أو بنته الذان ماتا في حياة ابئهم على ألا تزيد الوصية على الثلث وأن تقسم قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، والاعتماد في هذا قوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)البقرة ١٨٠ وعندما نزلت آية المواريث قال عليه السلام (إن الله أعطي كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)فذهب الإمام ابن جرير الطبري ورواية عن الإمام احمد وعدد من المجتهدين ذهبوا إلى أن الوصية الواجبة واجبة في حق من لم يرث من الأقارب وهذا ما جاء في القانون المصري ٧١ لسنة ١٩٤٦م وجرى تطبيقه في عام ١٩٤٧.

(ب) ما صدر عن لجنة الفتوى الكويتية حول موضوع الاجهاض ما يحل منه وما يحرم، فقد انتقت من أقوال الفقهاء، وأضافت إليها عناصر جديدة اقتضاها التقدم العلمي والطبي الحديث من خلال اكتشاف ما قد يصيب الجنين في الأشهر الأول من تشوهات يكون لها تأثير جسيم على جسمه أو عقله في المستقبل وفقاً لسنن الله تعالى فهنا يباح الاجهاض.

المبحث السادس

تحقق الاجتهاد الجماعي من خلال المجامع الفقهية

ويأتي في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

نشأة المجامع الفقهية

شهدت بدايات القرن الرابع عشر الهجري دعوات ونداءات من بعض العلماء والباحثين إلى إحياء الاجتهاد الجماعي في شكل مؤسسي مقنن يتخذ شكل مجمع علمي أو هيئة شرعية أو لجنة للفتوى أو ما شابه ذلك، يتصدى فيها المجتهدون بالدراسة والبحث . في حيادية واستقلال . لمشكلات المسلمين وقضاياهم ونوازلهم، ومن هؤلاء العلماء^(١):

(١) الشيخ العلامة محمد الطاهر بن عاشور . رحمه الله تعالى . حيث قال: «فالاختصاص فرض كفاية على الأمة بمقدار حاجة أقطارها وأحوالها ... وإن أقل ما يجب على العلماء في هذا العصر أن يبتدئوا به من هذا الغرض العلمي أن يسعوا إلى جمع مجمع علمي يحضره أكبر العلماء بالعلوم الشرعية في كل قطر إسلامي على اختلاف مذاهب المسلمين في الأقطار، ويبسطوا بينهم حاجات الأمة، ويصدروا فيها عن وفاق فيما يتعين عمل الأمة به، ويُعلموا أقطار الإسلام بقرراتهم، فلا أحسب أحداً ينصرف عن اتباعهم..»^(٢).

(٢) الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسي . رحمه الله تعالى . قال: «هذا ونعتقد كل الاعتقاد أنه آن الأوان ليكون لنا مجمع للفقه الإسلامي بجانب مجمع اللغة العربية، فإن دراسة الفقه على النحو الواجب الذي يزيد تحقيق الغاية من هذه الدراسات أمر لا يمكن أن يتحقق إلا بإنشاء هذا المجمع الذي ندعو إليه جاهدين»^(٣).

(٣) الأستاذ الدكتور/ يوسف القرضاوي، قال . بعد أن أكد على ضرورة الاجتهاد الجماعي: «وهذا الاجتهاد الجماعي المنشود يتمثل في صورة مجمع علمي إسلامي عالمي يضم الكفاءات العليا من فقهاء المسلمين في العالم، دون نظر إلى إقليمية أو مذهبية أو جنسية، وإنما يرشح الشخص لعضوية هذا المجمع فقهه وورعه، لا ولاؤه لهذه الحكومة، أو ذلك النظام، أو قربه من الحاكم، ويجب أن يتوافر لهذا المجمع كل أسباب الحرية...»^(٤).

(٤) الأستاذ المرحوم: مصطفى الزرقا . قال: «..... فإذا أردنا أن نعيد للشريعة وفقهها روحها

^(١) الاجتهاد الجماعي للشيخ صالح بن حميد . ص ٢٢ وما بعدها (بتصرف).

^(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية . الشركة التونسية للتوزيع . ط ١ سنة ١٩٧٨م . ص ١٥١ ، ١٥٢ .

^(٣) تاريخ الفقه الإسلامي . دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٨م . ص ١٨ .

^(٤) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية . ص ١٨٣ .

وحيويتها فلا بد من الاجتهاد الذي هو واجب كفائي، لا بد من استمراره في الأمة شرعاً، والذي هو السبيل الوحيد لمواجهة المشكلات الزمنية الكثيرة بحلول شرعية جريئة، عميقة البحث، متينة الدليل، بعيدة عن الشبهات والريب.. فإن تحقيق ذلك يتطلب ركيزتين مهمتين: إحداهما تنظيمية والأخرى تعليمية، فالركيزة التنظيمية: الاجتهاد الجماعي، ومجمع فقهي.. وطريقة ذلك الآن أن يؤسس مجمع للفقهاء الإسلامي عالمي التكوين، على طريقة المجمع العلمية...»^(١).

هذا وقد آتت هذه الجهود المخلصة الصادقة أكلها، فخرج إلى الوجود عدد من المجمع والهيئات والمجالس الفقهية والشرعية والعلمية، وهو ما نوضحه فيما يأتي.

المطلب الثاني

أهم المجمع الفقهية والهيئات والمجالس الشرعية

لقد ظهرت في العقود الأخيرة العديد من المجمع والهيئات والمجالس الفقهية والشرعية في بعض الدول الإسلامية، سواء أكانت محلية أم إقليمية أم عالمية. ونبين أهمها فيما يأتي^(٢):

(١) مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر:

وهو من أقدم المجمع الإسلامية حيث صدر قرار بإنشائه عام ١٣٨١هـ/١٩٦١م، بموجب القانون ١٠٣، ويرأسه شيخ الأزهر، نصت المادة "١٥" من القانون المصري رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١م على الآتي: مجمع البحوث الإسلامية هو الهيئة العليا للبحوث الإسلامية، وتقوم بالدراسة في كل ما يتصل بهذه البحوث، وتعمل على تجديد الثقافة الإسلامية وتجريدها من الفضول والشوائب وآثار التعصب السياسي والمذهبي، وتجليتها في جوهرها الأصل الخالص، وتوسيع نطاق العلم بها لكل مستوى وفي كل بيئة، وبيان الرأي فيما يجد من مشكلات مذهبية أو اجتماعية، وحمل تبعة الدعوة إلى سبيل الله بالحكمة والموعظة الحسنة.

وتنص المادة ١٦: يتألف مجمع البحوث الإسلامية من خمسين عضواً من كبار علماء الإسلام، يمثلون جميع المذاهب الإسلامية، ويكون من بينهم عدد، لا يزيد على العشرين، من غير المصريين

وجاء في المادة ١٧: شروط عضوية المجمع ما يأتي:

(١) ألا تقل سن العضو عن أربعين سنة.

(٢) أن يكون معروفاً بالورع والتقوى في ماضيه وحاضره.

(١) الاجتهاد الجماعي ودور الفقه في حل المشكلات - جمعية الدراسات والبحوث الإسلامية - الأردن - ص ٤٩، ٥٠.

(٢) الاجتهاد الجماعي للشيخ صالح بن حميد - ص ٢٤ - ٢٨ والاجتهاد الجماعي للدكتور شعبان إسماعيل - ص ٤٢ - ٤٦ والاجتهاد الجماعي لوهبة الزحيلي ص ٢٥، ٢٦.

(٣) أن يكون حائزاً لأحد المؤهلات العلمية من الأزهر، أو إحدى الكليات العلمية التي تهتم بالدراسات الإسلامية.

(٤) أن يكون له إنتاج علمي بارز في الدراسات الإسلامية، أو اشتغل بالتدريس لمادة من مواد الدراسات الإسلامية في كلية أو معهد من معاهد التعليم العالي، لمدة أديانها خمس سنوات أو شغل إحدى الوظائف في القضاء أو التشريع لمدة أديانها خمس سنوات.

وبينت المادة ٢٠ الهيئات الثلاث التي يتكون منها المجمع وهي:

(أ) مجلس المجمع: ويتألف من الرئيس والأعضاء المتفرغين، والأعضاء غير المتفرغين من مواطني الجمهورية العربية المتحدة والأمين العام للمجمع.

(ب) مؤتمر المجمع ويتألف من كل أعضاء المجمع.

(ج) الأمانة العامة للمجمع.

ويضم عدة لجان وهي: لجنة بحوث القرآن الكريم، ولجنة بحوث السنة النبوية الشريفة، ولجنة إحياء التراث الإسلامي، ولجنة البحوث الفقهية، ولجنة الحضارة والبيئات والمجتمعات الإسلامية، ولجنة العقيدة والفلسفة، ولجنة دائرة المعارف الإسلامية، ولجنة التعريف بالإسلام، ولجنة المسجد الأقصى، ويعتبر المجمع أقدم مجمع فقهي في العصر الحديث.

وقد قام المجمع ببحث العديد من القضايا التي تهتم العالم الإسلامي، وأصدر بشأنها القرارات التي تبين حكمها الشرعي من خلال المؤتمرات التي يعقدها كل سنة، وكان أول مؤتمر يعقد لهذا المجمع سنة ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م في رحاب الأزهر الشريف وتولى رئاسته رئيس الدولة وناب عنه حسين الشافعي في المؤتمر الأول والثاني والثالث والرابع، أما المؤتمر الخامس والسادس فكان نائب الرئيس أ.د/ عبد العزيز عبد القادر كامل، ولما كان أ.د/ عبد العزيز رجل متميز يتمتع بعلم غزير وفكر نير وإدراك شامل لهذا نثبت كلمته لنفاستها في المؤتمر الخامس: السادة أعضاء مجمع البحوث الإسلامية ضيوف الجمهورية العربية المتحدة: يسعدني أن أرحب بكم باسم السيد الرئيس جمال عبد الناصر، وأن أحمل إليكم تحياته القلبية وإعزازه لكم ولؤتمركم، وأطيب تمنياته لكم بالتوفيق فيما أنتم بسبيله من جهاد علمي مبرور.

وتحية من شعب الجمهورية إلى شعوبكم الإسلامية الشقيقة تحية الإخاء والود، وصدق الله العظيم: (وَأَلْفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ لَوْ أَنْفَقْتَ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً مَا أَلْفَتْ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ أَلْفَ بَيْنَهُمْ إِنَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)^(١)

(١) سورة الأنفال .

أيها الإخوة: إنها لمناسبة كريمة أن أشرف بلقاءكم في افتتاح الدورة الخامسة لمؤتمركم هذا المؤتمر الذي أخذ على نفسه من أول يوم أن يحمل عبء التصدي للتحديات الكثيرة التي توجه إلى الإسلام في عصرنا الحديث.

وإن كنتم أيها السادة قد قبلتم من قبل أن تتحملوا في حكمة العلماء أمانة هذه الرسالة مدركين لأبعادها الخطيرة عالمين بطبيعة العدو وأساليبه وخبثه فإنكم في هذه الدورة تلتقون وقوى الشر ومن وراءها قد بلغت قمة التحدي في غيظه وضراوته ، وتمثلت قوى الشر والفساد المعادية للإنسان وكرامته الحاقدة على دين الله الحنيف وأتباعه، في بؤرة تمارس الصهيونية العالمية منها دورها كأداة للاستعمار وقوى السيطرة، تحتل أرضاً هي ملك للعرب والمسلمين وتقتل، وتدمر مساكن وتشرذم أسراً في الأراضي المحتلة، وتحرق بيت الله في القدس الشريف، وتضرب المدنيين بالصواريخ والقنابل والطائرات التي أمدتها بها القوى الاستعمارية المسيطرة في عالمنا الحديث.

أيها الإخوة: إنكم في دورتكم هذه تعالجون للمرة الثانية جوانب العدوان الصهيوني على الأمة العربية، قياماً بالواجب المفروض ولأنكم صفوة من أهل الرأي وقادة الفكر في الأمة الإسلامية، تضطلعون بالمسئولية التي يلقيها الإسلام على من يشغلون مراكز القيادة والتوجيه، وهي المسئولية التي تعلمون أهميتها في واقع المسلمين المصيري، كما تدركون جلالها أمام الله سبحانه وتعالى.

أيها الأخوة: إن الشعوب الإسلامية في جميع أنحاء العالم، تلك التي برهنت على أصالتها بما أبدت من إدراك صحيح، وشعور جياش واستعداد للتضحية والبذل والفداء، تتجه بأنظارها إلى جمعكم هذا تنتظر ما تعودت فيكم من شجاعة الكلمة وحكمة الرأي، وتتوقع أن تجد في رأيكم تأكيداً لما في نفوسنا من أمل وتعزيزاً لما تتمنى من تطهير الأرض وتحرير بيوت الله، وخلاص الإنسان العربي من ظلم الاحتلال الصهيوني، وتأمل أن تجد في مواقفكم ما يفتح لها الطريقة إلى غايتها، وهي اعلاء كلمة الحق وتحرير الأرض وتطهيرها واسترداد القدس الأسير، وتحقيق النصر الذي وعدنا الله عز وجل.

إن شعبنا في الجمهورية العربية المتحدة لينظر إليكم، أكثر من مجرد نظرتنا إلى صديق، يعيش معنا في أفكارنا وقضايانا يبحث ويناقش، ويخلص القول ويخلص النصيحة، إننا ننظر إليكم فوق ذلك في موقعكم الصحيح منا، وهو موقع الأخوة الإسلامية التي يشبهها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبنيان يشد بعضه بعضاً، والتي يقول فيها: (مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالحمى والسهر) والتي يبادر كل عضو فيها نحو منطقة العدو، يحاصره ويناضله حتى يقضي عليه، لا ينتظر نداء ولا يترقب توجيهها ولا يحتاج إلى من يبصره بخطورة العدو المشترك.

إن العدو الإسرائيلي يحاربنا حرباً لها امتدادها التاريخي، الذي يحاول به لأن يدمر تراثنا وحضارتنا يحرق مقدساتنا ويهدم آثارنا، ولها امتدادها الجغرافي الذي يشمل خطوط المواجهة جميعاً، وما وراءها عن طريق الضرب في العمق ومهاجمة مناطق السكنى الآمنة والمصانع، ولها امتدادها الفكري والإعلامي الذي يحاول به تزييف تاريخ أرضنا وشعوبنا والقضاء على مقومات وجودنا ولها امتدادها الموضوعي الذي يشمل مجالات الحياة الاقتصادية والسياسية، ولها امتدادها العالمي الذي يحشد فيه ما استطاع من قوى الاستعمار العالمي، هي حرب تشمل الماضي والحاضر والمستقبل، تحرق منبراً قديماً ومصنعاً حديثاً من جنودها علماء الآثار الذين يحفرون تحت المسجد الأقصى بحثاً عن حفريات موهومة لا وجود لها إلا في مطامعهم، ومن جنودها قاذفو القنابل بطائرات الفانتوم.

إن هذا العدوان الهجومي يمتد إلى المسجد والكنيسة، ويصطلي بناه الشيخ والقس، وإن جنود العروبة والعقيدة ليقفون اليوم مدافعين عن تراثهم وتراث الإنسانية، ضد سلطان الظلام الإسرائيلي، ومن ورائه قوى الاستعمار العالمي، وإن جنودنا ليقفون في أشرف المواقع مدافعين عن أشرف الغايات.

أيها الأخوة: إن الاطلاع على جدول أعمال مؤتمركم يعطي الإحساس بأنكم وقد تصديتم لمواجهة العدو الظاهرة، لم تؤجلوا التصدي لمعالجة مناطق الضعف في أمتنا الإسلامية، تلك التي تعطي أعداءنا قوة ليست لهم فتناولتم بالبحث إيمان الشباب، ووسائل دعمه، وصيانتته ومواقفه من الدين والعلم والحضارة، كما تناولتم دور المسجد نظرياً وتطبيقياً في إشعاع الهدى الإسلامي في مجتمعنا المعاصر، وربطتم ذلك بدور الأزهر الخالد كجامعة ومسجد، في خدمة الإسلام ونشر هداياه، كما واصلتم درس موضوعاتكم التي تستهدف تجديد الثقافة الإسلامية وتجريدها من الفضول والشوائب، فطرحتم للبحث موضوعات في التفسير والعقيدة وفي تقنين الشريعة الإسلامية وموقف الإسلام من القضايا العالمية كالتفرقة العنصرية، ربطاً بين الدين والحياة، وانتم بذلك تدعمون موقف الأمة الإسلامية في مواجهتها العامة لتحديات عصرها، فضلاً عن أنكم تواصلون في هذا الصدد رسالة المجمع الذي قدم من أجلها في المؤتمرات السابقة نتائج طيبة وخطا في سبيلها خطوات ثابتة.

أيها الأخوة: إذا كنا نجتمع اليوم من أجل دعم الكفاح ضد العدوان الإسرائيلي على البلاد العربية، فإننا لنبعث بها تحية من الأعماق إلى جنودنا المقاتلين والمرابطين من الفدائيين ورجال القوات المسلحة، تحية الإكبار للدور البطولي الذي يقومون به من أجل ديننا الحق وشعوبنا، ونسأل الله أن يكون لنبضات فكرنا وخلجات أفئدتنا شرف المشاركة في تحقيق الهدف الذي يقدمون له قطرات دمائهم الطاهرة الزكية.....

أيها الأخوة: لم يمر وقت طويل منذ انعقاد مؤتمركم الأول ولا تزال كلمة السيد الرئيس جمال عبد الناصر التي وجهها إليكم في ذلك المؤتمر، هي النداء الذي يطيب لنا

أن نستعيده: سيروا على بركة الله، وليكن هذا المؤتمر هو البداية لجمع كلمة المسلمين على الخير والعمل من أجل السلام، السلام القائم على الحق والعدل السلام الذي تصان به المبادئ وتزدهر الأرض، وتحفظ الكرامة....

أيها الإخوة: إن شعوبنا تنتظر منا الكثير، وتتطلع إلى قياداتها العلمية أن تبذل أقصى جهدها في ترجمة الكلمة إلى عمل مصداقاً لتوجيه الرسول صلى الله عليه وسلم: (قل آمنت بالله ثم استقم) ليكون من وراء الجهود المخلصة المؤمنة على الصعيد الإسلامي العالمي ما يعين على استرداد أرضنا ومقدساتنا السليبه، والقضاء على العدوان الصهيوني، والتغلب على قوى الاستعمار التي تحركه ونصرة ديننا في معركته المصيرية العادلة، ضد أعظم تكتل عدواني يواجهه في تاريخه المديد(وما النصر إلا من عند الله إن الله عزيز حكيم)^(١).

ومن قرارات المجمع:

(أ) قرار رقم ٤٩، بتاريخ ١٢/٢٤/١٤١٢هـ الموافق ٢٥/يونيه/١٩٩٢م بشأن تحديد تعريف الموت، حيث قرر الموافقة على قرار لجنة البحوث الفقهية الذي ينص على اعتماد تعريف الموت على الوجه الذي صرحت به كتب اللغة والفقه بعلاماته الظاهرة الباترة، واختيرت عبارة الفقه المالكي التي أوردها الخرشي على مختصر خليل من أن الموت: كيفية وجودية تضاد الحياة فلا يعرى الجسم الحيواني عنهما ولا يجتمعان فيه، وعلامات الموت أربع: انقطاع نفسه، وإحداد بصره، وانفراج شفثيه فلا ينطبقان، وسقوط قدميه فلا ينتصبان.

(ب) قرار رقم ٦٩ بتاريخ ١٧/١٢/١٤١٧هـ الموافق ٢٤/أبريل/١٩٩٧م بشأن نقل الأعضاء من الحي إلى الحي ومن الميت إلى الحي، فيرى جمهور الفقهاء أن تبرع الإنسان لغيره بعضو من أعضائه جائز شرعاً إذا صرح الطبيب الثقة المتخصص أن هذا التبرع لا يترتب عليه ضرر بليغ بالشخص المتبرع لا في الحال ولا المآل.

(ج) قرار ١٤٦ بتاريخ ٢٥/٨/١٤٢٣هـ الموافق ٣١/أكتوبر/٢٠٠٢م بشأن الحكم الشرعي عن المعاملات المصرفية بالبنك، حيث أرسل رئيس مجلس إدارة بنك الشركة المصرفية العربية والدولية بشأن إن عملاء بنك الشركة المصرفية يقدمون أموالهم، ومدخراتهم للبنك، الذي يستخدمها ويستثمرها في معاملاته المشروعة مقابل ربح يصرف لهم ويحدد مقدماً في مدد يتفق مع العميل عليها. وقرر المجمع: الموافقة على أن

(١) ينظر: مجمع البحوث الإسلامية تاريخه وتطوره، وقد انضم المؤلف لعضوية هذا المجمع في عام ١٤٢٩هـ، وحضر المؤتمر الثالث عشر للمجمع والمنعقد بالقاهرة في المدة من ١٣ - ١٥ ربيع الأول ١٤٣٠هـ الموافق ١٠ - ١٢ مارس ٢٠٠٩م = = وشارك ببحث عن نقل الأعضاء (وهو موضوع المؤتمر) وقد أصدر المؤتمر - في جلسته التاريخية - قرارات هامة وحاسمة للخلاف الدائر حول موضوع نقل الأعضاء.

استثمار الأموال في البنوك التي تحدد الربح مقدماً حلالاً شرعاً ولا بأس به بأغلبية الأعضاء الحاضرين.

- (د) قرار رقم ١٥٠ وتاريخ ٢٢/٢/١٤٢٤هـ الموافق ٢٤/أبريل/٢٠٠٣م بشأن ما ورد في كتاب لجنة الفتوى عن كتاب أبعاد التجربة الشعرية، وقرر المجمع: الموافقة على أن الاقتباس من القرآن الكريم غير جائز في المجالات التالية:
- حديث الله عن نفسه، فلا يجوز لإنسان أن ينسبه إلى نفسه.
 - مواطن الاستخفاف والاستهزاء والسياق الهزلي.
 - استخدام النص القرآني لغاية مخالفة لهديته ومقاصده.

فإذا كان الاقتباس من القرآن الكريم لا يوهم إسناد الآيات القرآنية إلى غير الله فهو جائز، أما إذا كان الاقتباس موهماً يكون حراماً.

- (هـ) قرار رقم ١٥١ وتاريخ ٢٢/٢/١٤٢٤هـ بشأن اقتراح اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الدينية والاجتماعية والأوقاف بخصوص الاقتراح بمشروع قانون بشأن بعض احكام الأحوال الشخصية، وقرر المجمع: الموافقة باقتراح رفع سن الحضانة إلى خمسة عشر عاماً، حيث إنه لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولم يرد نص قطعي يحدد هذه السن.

- (و) قرار رقم ١٥٨ وتاريخ غره صفر/١٤٢٥هـ الموافق ٢٢/مارس/٢٠٠٤م حول توصية لجنة البحوث الفقهية بموضوع زمن رمي الجمرات للعقبة الكبرى وایام التشريق لحجاج بيت الله الحرام، قرر المجمع: التوسع في وقت رمي الجمار من ليل أو نهار أيام التشريق.

(٢) هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية:

تشكلت هذه الهيئة بموجب أمر ملكي عام ١٣٩١هـ/١٩٧١م، ومهمتها إبداء الرأي فيما يحال إليها من ولى الأمر لأجل بحثه وتكوين الرأي المستند إلى الأدلة الشرعية فيه، وتتعدّد جلساتها كل ستة أشهر أو حسب ما تقتضيه المصلحة ويرأسها سماحة المفتي العام للمملكة.

وتصدر الأمانة العامة للهيئة دورية (ثلاث مرات في السنة) باسم «مجلة البحوث الإسلامية» تتضمن فتاوى اللجنة الدائمة، وفتاوى سماحة المفتي العام، وبحوث شرعية، وقرارات هيئة كبار العلماء.

ومن قرارات الهيئة:

- قرار رقم (٦٢) وتاريخ ٢٥/١٠/١٣٩٨هـ بشأن: نقل القرنية من عين إنسان، قرر المجلس بالأكثرية: جواز نقل قرنية عين من إنسان بعد التأكد من موته، وزرعها في

عين إنسان مسلم مضطر إليها، وغلب على الظن نجاح عملية زرعها ما لم يمنع أولياؤه.

• **قرار رقم (٦٥) وتاريخ ٧ / ٢ / ١٣٩٩هـ** بشأن: إنشاء بنك إسلامي لحفظ الدم للإسعاف السريع لجرحى المسلمين، وقبول ما يتبرع به الناس من دمائهم، والاحتفاظ بكميات هائلة منه لإسعاف جرحى المسلمين، قرر المجلس بالأكثرية ما يلي:
أولاً: يجوز أن يتبرع الإنسان من دمه بما لا يضره عند الحاجة إلى ذلك لإسعاف من يحتاجه من المسلمين.

ثانياً: يجوز إنشاء بنك إسلامي لقبول ما يتبرع به الناس من دمائهم وحفظ ذلك لإسعاف من يحتاج إليه من المسلمين، على أن لا يأخذ البنك مقابلاً مالياً عن المرضى، أو أولياء أمورهم عوضاً عما يسعفهم به من الدماء، وألا يتخذ ذلك وسيلة تجارية للكسب لما في ذلك من المصلحة العامة للمسلمين.

• **قرار رقم (٦٨) وتاريخ ٢١ / ١٠ / ١٣٩٩هـ** بشأن (التقادم في مسألة وضع اليد). فإن المجلس يرى عدم تحديد مدة معينة تكون أساساً يبني عليها القضاة أحكامهم؛ بل يترك الحكم لاجتهادهم،

• **قرار رقم (١٠٨) وتاريخ ٢ / ١١ / ١٤٠٣هـ** بشأن: إنشاء مراصد فلكية يُستعان بها عند تحري رؤية الهلال قرر المجمع:

- (١) إنشاء المراصد كعامل مساعد على تحري رؤية الهلال لا مانع منه شرعاً.
- (٢) إذا رؤي الهلال بالعين المجردة؛ فالعمل بهذه الرؤية، وإن لم ير بالمرصد.
- (٣) إذا رؤي الهلال بالمرصد رؤية حقيقية بواسطة المنظار تعين العمل بهذه الرؤية، ولو لم ير بالعين المجردة..... لان المثبت مقدم على النافي.
- (٤) يطلب من المراصد من قبل الجهة المختصة عن إثبات الهلال تحري رؤية الهلال في ليلة مظنته؛ بغض النظر عن احتمال وجود الهلال بالحساب من عدمه.
- (٥) يحسن إنشاء مراصد متكاملة الأجهزة للاستفادة منها في جهات المملكة الأربع تعين مواقعها، وتكاليها بواسطة المختصين في هذا المجال.
- (٦) تعميم مراصد متنقلة لتحري رؤية الهلال في الأماكن التي تكون مظنة رؤية الهلال؛ مع الاستعانة بالأشخاص المشهورين بحدة البصر، وخاصة الذين سبق لهم رؤية الهلال. أ هـ.

• **قرار رقم (١٣٨) في ٢٠ / ٦ / ١٤٠٧هـ** بشأن المخدرات وآثارها السيئة، فإن المجلس يقرر بالإجماع ما يلي:

أولاً: بالنسبة لمهرب المخدرات؛ فإن عقوبته القتل لما يسببه تهريب المخدرات وإدخالها البلاد من فساد عظيم لا يقتصر على المهرب نفسه لما يترتب عليه من أضرار جسيمة، وأخطار بليغة على الأمة بمجموعها، ويلحق بالمهرب الشخص الذي يستورد، أو يتلقى المخدرات من الخارج فيمونها المروجين.

ثانياً: أما بالنسبة لمروج المخدرات سواء كان ذلك بطريق التصنيع، أو الاستيراد بيعاً وشراءً، أو إهداء، ونحو ذلك من ضروب إشاعتها ونشرها، فإن كان ذلك للمرة الأولى؛ فيعزز تعزيراً بليغاً بالحبس، أو الجلد، أو الغرامة المالية، أو بها جميعاً حسبما يقتضيه النظر القضائي، وإن تكرر منه ذلك؛ فيعزز بما يقطع شره عن المجتمع، ولو كان ذلك بالقتل؛ لأنه بفعله هذا يعتبر من المفسدين في الأرض، وممن تأصل الإجرام في نفوسهم.

- **قرار رقم (٢٣٩) وتاريخ ٢٧ / ٤ / ١٤٣١هـ بشأن "تمويل الإرهاب"** ، فإن الهيئة تقر: أن تمويل الإرهاب، أو الشروع فيه محرم، وجريمة معاقب عليها شرعاً، سواء بتوفير الأموال؛ أم جمعها؛ أم المشاركة في ذلك، بأي وسيلة كانت، وسواء كانت الأصول مالية أم غير مالية، وسواء كانت مصادر الأموال مشروعة؛ أم غير مشروعة.

(٣) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء:

تفرع عن هيئة كبار العلماء بالملكة لجنة دائمة، يختار أعضاؤها من بين أعضاء الهيئة بأمر ملكي، تكون مهمتها إعداد البحوث وتهيئتها للمناقشة من قبل الهيئة، وإصدار الفتاوى في الشؤون الفردية بالإجابة عن أسئلة المستفتين.

وقد جمعت فتاوى اللجنة وصدرت في ٢٦ مجلداً. حتى الآن. تيسيراً للاستفادة منها.

نماذج من أبحاث اللجنة:

- (١) حكم السعي فوق سقف المسعى.
- (٢) حكم الأوراق النقدية
- (٣) في سبيل الله - في أية مصارف الزكاة-
- (٤) الشرط الجزائي
- (٥) حكم الطلاق الثلاث بلفظ الواحد.
- (٦) حكم النشوز والخلع.
- (٧) حكم الشفعة بالمرافق الخاصة وجميعها في المجلد الأول.
- (٨) التامين م٤
- (٩) البيوع م٤
- (١٠) كيفية الامساك والافطار في رمضان وضبط أوقات الصلاة في بعض البلدان م٤
- (١١) نزع القرنية من عين إنسان وزرعها في عين آخر م٧

- (١٢) التقادم في مسالة وضع اليد م٧
- (١٣) حكم نقل لحوم الهدي والجزاءات خارج الحرم م٧
- (١٤) حكم إقامة المسافر التي تقطع حكم السفر م٧
- (١٥) كتابة المصحف اللاتينية - جباية الزكاة - حكم استعمال المياه النجسة بعد استحالتها وزوال اغراض النجاسة عنها م٧
- (١٦) اقتطاع جزء من المعتبر لمصلحة عامة كتوسعة طريق ونحوه. م٥
- (١٧) غلة الأوقاف المنقطعة جهاتها أو الفائض من غلالها على مصارفها م٥
- (١٨) الرهن - إيجاد مواقف للسيارات م٥
- (١٩) المعاملات المصرفية والتحويلات المصرفية م٥
- (٢٠) الفوائد الربوية - المواشي السائبة على الطرق العامة م٥
- (٢١) حوادث السيارات وبيان ما يترتب عليها بالنسبة لحق الله وحق عبادة م٥
- (٢٢) إثبات الاهلة م٣
- (٢٣) تدوين الراجح من أقوال الفقهاء في المعاملات، والزام القضاة بالحكم به وقد جرى الخلاف في هذه القضية غير أن ستة من الأعضاء اتجهوا إلى ضرورة صياغة الاحكام في مواد وعللوا واستدلوا وبرروا هذا العمل بلا مزيد عليه بحيث صار رأيهم هو الذي يجب المصير إليه م٣.
- (٢٤) حكم تمثيل الصحابة رضي الله عنهم م٣
- (٢٥) حكم تشريح جثة المسلم - القسامة - هدي التمتع والقران ورمي الجمرات قبل طلوع الشمس م٢
- (٢٦) الطلاق المعلق - تحديد المهور - تحديد النسل م٢
- (٢٧) حكم التسعير - حكم الذبائح المستوردة في المجلد الثاني.
- (٢٨) إقامة طابق على شارع الجمرات - إقامة أكشاك في منى - مقام إبراهيم - قتل الغيلة م٣.
- (٢٩) من احكام القرآن الكريم، استعمال المياه النجسه بعد استحالتها وزوال اعراض النجاسة عنها، جباية الزكاة. المجلد السادس.

(٤) المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي:

أنشئ المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة عام ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م لدراسة أمور المسلمين الدينية والفقهية، والنظر في الوقائع الجديدة في شؤون الحياة.

ويتكون المجمع من رئيس ونائب له، وعشرين عضواً من العلماء المتميزين بالنظر الفقهي والأصولي من جميع أقطار العالم الإسلامي.

وينعقد المجمع كل سنة مرة لبحث الموضوعات المهمة ذات الطابع العام، وقد عقدت الدورة الأولى للمجمع في شعبان ١٣٩٨هـ.

وتصدر عن المجمع مجلة دورية تتضمن بحوثاً فقهية، وقرارات المجمع، وفتاوى وملخصات وتقارير علمية.

نماذج من قرارات مجمع رابطة العالم الإسلامي

(أ) قرار بشأن حكم الماسونية والانتماء إليها في الدورة الأولى ١٠/شعبان/١٣٩٨هـ
١٦/يوليو ١٩٧٨م حيث اعتبر الماسونية من أخطر المنظمات الهدامة على الإسلام والمسلمين وأن من ينتسب إليها على علم بحقيقتها وأهدافها فهو كافر بالإسلام مجانب لأهله.

(ب) قرار بشأن حكم الشيوعية والانتماء إليها يرى مجلس المجمع لفت نظر دول وشعوب العالم الإسلامي إلى أنه من المسلم به يقيناً أن الشيوعية منافية للإسلام، وأن اعتناقها كفر بالدين الذي ارتضاه الله لعباده، وهي هدم للمثل الإنسانية والقيم الأخلاقية وانحلال للمجتمعات البشرية، والشريعة المحمدية هي خاتمة الأديان السماوية، وقد أنزلت من لدن حكيم حميد، لإخراج الناس من الظلمات إلى النور، وهي نظام كامل للدولة سياسياً واجتماعياً وثقافياً واقتصادياً وستظل هي المعول عليها للتخلص من جميع الشرور، التي مزقت المسلمين وفتت وحدتهم، وفرقت شملهم، سيما في المجتمعات التي عرفت الإسلام، ثم جعلته وراءها ظهيراً لهذا وغيره كان الإسلام بالذات هو محل هجوم عنيف من الغزو الشيوعي الاشتراكي الخطير بقصد القضاء على مبادئه ومثله ودوله.

(ج) قرار بشأن حكم القاديانية والانتماء إليها، حيث قرر مجلس المجمع اعتبار العقيدة القاديانية المسماة بالاحمدية عقيدة خارجة عن الإسلام خروجاً كاملاً، وأن معتققيها كفار مرتدون عن الإسلام وإن تظاهر أهلها بالإسلام إنما هو للتضليل والخداع، ويعلن مجلس المجمع الفقهي أنه يجب على المسلمين حكومات وعلماء وكتّاباً ومفكرين ودعاة وغيرهم مكافحة هذه النحلة الضالة وأهلها في كل مكان من العالم.

(د) قرار حكم البهائية والانتماء إليه: قرر المجمع بالإجماع خروج البهائية والبابية عن شريعة الإسلام واعتبارها حرباً عليها وكفر أتباعها كفرًا بواحاً سافراً لا تأويل فيه، وأن المجمع ليحذر المسلمين في جميع بقاع الأرض من هذه الفئة المجرمة الكافرة، ويهيب بهم أن يقاوموها ويأخذوا حذرهم منها، لاسيما أنها قد ثبت مساندة الدول الاستعمارية لها لتمزيق الإسلام والمسلمين.

(هـ) قرار بشأن التأمين بشتى صورته وأشكاله، قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه، سواء كان على النفس، أو البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال، كما قرر بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم والمنوه عنه آنفاً.

(و) قرار بشأن الحكم الشرعي في تحديد النسل، في الدورة الثالثة في ٢٣/ربيع الآخر/١٤٠٠هـ: قرر المجلس أنه لا يجوز تحديد النسل مطلقاً ولا يجوز منع الحمل إذا كان القصد من ذلك خشية الإملاق لأن الله هو الرزاق ذو القوة المتين (وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها) هود: ٦، أو كان ذلك لأسباب أخرى غير معتبرة شرعاً، أما تعاطي أسباب منع الحمل، أو تأخيره في حالات فردية لضرر محقق ككون المرأة لا تلد ولادة عادية، وتضطر معها إلى إجراء عملية جراحية لإخراج الجنين فإنه لا مانع من ذلك شرعاً وهكذا إذا كان تأخير الإنجاب لأسباب أخرى شرعية أو صحية يقرها طبيب مسلم ثقة، بل قد يتعين منع الحمل في حالة ثبوت الضرر المحقق على أمه، إذا كان يخشى على حياتها منه بتقرير من يوثق به من الأطباء المسلمين.

(ز) قرار مجلس المجمع حول أوقات الصلوات والصيام في البلاد ذات خطوط العرض العالية الدرجات، في دورته الخامسة ١٠/٤/١٤٠٢هـ الموافق ٤/٢/١٩٨٢م، جاء فيه: تنقسم الجهات إلى تقع على خطوط العرض ذات الدرجات العالية إلى ثلاث:

الأولى: تلك التي يستمر فيها الليل أو النهار أربعاً وعشرين ساعة فأكثر بحسب اختلاف فصول السنة، ففي هذه الحال، تقدر مواقيت الصلاة والصيام وغيرهما في تلك الجهات على حسب أقرب الجهات إليها، مما يكون فيها ليل ونهار متميزان في ظرف أربع وعشرين ساعة.

الثانية: البلاد التي لا يغيب فيها شفق الغروب حتى يطلع الفجر بحيث لا يتميز شفق الشروق من شفق الغروب، ففي هذه الجهات يقدر وقت العشاء الآخرة والإسكاف في الصوم، ووقت صلاة الفجر بحسب آخر فترة يتميز فيها الشفقان.

الثالثة: تلك التي يظهر فيها الليل والنهار خلال أربع وعشرين ساعة وتتمايز فيها الأوقات إلا أن الليل يطول فيها في فترة من السنة طولاً مفرطاً ويطول النهار في فترة أخرى طولاً مفرطاً.

ومن كان يقيم في بلاد يتميز فيها الليل من النهار بطلوع فجر وغروب شمس، إلا أن نهارها يطول جداً في الصيف، ويقصر في الشتاء، وجب عليه أن يصلي الصلوات الخمس في أوقاتها المعروفة شرعاً.

(ح) قرار المجمع بشأن زراعة الأعضاء، في دورته الثامنة ٢٧/ربيع الآخر/١٤٠٥هـ /١٨ يناير/١٩٨٥م ومما جاء فيها: إن أخذ عضو من جسم إنسان حي، وزرعه في جسم إنسان آخر، مضطر إليه لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية، هو عمل مشروع، لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية، بالنسبة للمأخوذ منه كما أن فيه مصلحة كبيرة، وإعانة خيرة للمزروع فيه، وهو عمل مشروع وحميد، إذا توافرت فيه الشرائط التالية:

(١) أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضرراً يخل بحياته العادية، لأن القاعدة الشرعية (أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه) ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة وهو أمر غير جائز شرعاً.

(٢) أن يكون إعطاء العضو طوعاً من المتبرع دون إكراه.

(٣) أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر.

(٤) أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة أو غالباً.

(ط) قرار المجمع بشأن الاستفادة بأموال الزكاة لبناء المدارس والمستشفيات في البلاد الأوروبية وتأسيس صندوق للزكاة فيها، في دورته التاسعة ١٩ / رجب/١٤٠٦هـ حيث قرر: أن المؤسسات التعليمية والاجتماعية من المدارس والمستشفيات ونحوها، إذا كانت في بلاد الكفر تعتبر اليوم من لوازم الدعوة، وأدوات الجهاد في سبيل الله.

(ي) قرار المجمع بشأن تقرير حصول الوفاة ورفع أجهزة الإنعاش من جسم الإنسان، في دورته العاشرة ٢٤/صفر/١٤٠٨هـ الموافق ١٧/أكتوبر/١٩٨٧م حيث قرر: المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش، يجوز رفعها، إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين خبراء، أن التعطل لا رجعة فيه، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آلياً، بفعل الأجهزة المركبة، لكن لا يحكم بموته شرعاً إلا إذا توقف التنفس والقلب توقفاً تاماً بعد رفع هذه الأجهزة.

(ك) قرار المجمع في دورته الثانية عشر بشأن موضوع إسقاط الجنين المشوه خلقياً ١٥/رجب/١٤١٠هـ الموافق ١٠/فبراير/١٩٩٠م حيث يرى المجلس: إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوماً، لا يجوز إسقاطه ولو كان التشخيص الطبي يفيد أن بقاء الحمل، فيه خطر مؤكد على حياة الأم فعندئذ يجوز إسقاطه، سواء كان مشوهاً أم لا، دفعاً لأعظم الضررين، أما قبل مرور مائة وعشرين يوماً على الحمل إذا ثبت وتأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات وبناءً على الفحوص الفنية بالأجهزة والوسائل المخبرية أن الجنين مشوه تشويهاً خطيراً غير قابل للعلاج وأنه إذا

بقي وولد في موعده ستكون حياته سيئة، وآلاماً عليه وعلى أهله فعندئذ يجوز اسقاطه بناء على طلب الوالدين.

(ل) قرار المجمع في دورته الخامسة عشرة ١١/ رجب/ ١٤١٩هـ الموافق ٣١/ أكتوبر/ ١٩٩٨م بشأن استفادة المسلمين من علم الهندسة الوراثية، حيث يرى المجلس:

أولاً: تأكيد القرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بشأن الاستساخ برقم ١٠٠/٢/د/١٠ في الدورة العاشرة المنعقدة بجدة في الفترة من ٢٣ - ٢٨/ صفر/ ١٤١٨هـ

ثانياً: الاستفادة من علم الهندسة الوراثية في الوقاية من المرض أو علاجه أو تخفيف ضرره، بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر أكبر.

ثالثاً: لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله في الأغراض الشريرة والعدوانية وفي كل ما يحرم شرعاً.

رابعاً: لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله للعبث بشخصية الإنسان ومسئوليته الفردية أو للتدخل في بنية المورثات بدعوى تحسين السلالة البشرية.

خامساً: لا يجوز إجراء أي بحث أو القيام بأية معالجة، أو تشخيص يتعلق بمورثات إنسان ما، إلا للضرورة وبعد إجراء تقويم دقيق وسابق للإخطار والفوائد المحتملة المرتبطة بهذه الأنشطة، وبعد الحصول على الموافقة المقبولة شرعاً، مع الحفاظ على السرية الكاملة للنتائج، ورعاية أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، القاضية باحترام الإنسان وكرامته.

(م) قرار المجمع في دورته السابعة عشرة ١٩ - ٢٣/ ١٠/ ١٤٢٤هـ - ١٣ - ١٧/ ١٢/ ٢٠٠٣م، بشأن: الخلايا الجذعية حيث يرى المجمع: جواز الحصول على الخلايا الجذعية وتميئتها واستخدامها بهدف العلاج أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة، إذا كان مصدرها مباحاً.

(ن) قرار المجمع في دورته الثامنة عشر ١٠/ ٣/ ١٤٢٧هـ الموافق ٨/ ١٢/ ٢٠٠٦م بشأن مدى حق المرأة في إنهاء عقد النكاح بالخلع حيث يرى المجمع: الخلع طلب المرأة فسخ عقد زواجها بعوض، وهو مباح ومندوب في حق الزوج الاستجابة لطلب الزوجة إذا وجد ما يدعو إليه من ظلم الزوج أو تقصيره في أداء الواجبات الزوجية الشرعية، أو كراهية المرأة البقاء معه، وخشيتها من عدم قدرتها على الوفاء بحقوقه.

(س) قرار المجمع في دورته العشرين ١٩/ محرم/ ١٤٣٢هـ الموافق ٢٥/ ديسمبر/ ٢٠١٠م حيث قرر:

أولاً : أنه من المعلوم من الدين بالضرورة أن تحاكم المسلمين إنما يكون لشرع الله قال تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) النساء: ٦٥ ،

ثانياً : بناء على ذلك فإن اشتراط التحكيم لا يجوز إلا إلى شرع الله سبحانه وتعالى وهذا ما ألزم الله به عباده المؤمنين ، لأنه علامة الإيمان والتسليم والانقياد لله ، وما يجري في هذا الزمان من بعض المسلمين من اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية المخالفة للشرعية أمر يتعارض مع الأدلة الشرعية الصريحة الصحيحة ولا يجوز للمسلم فعله ، ولا القبول به ، قال تعالى (الم تر إلى الذين يزعمون إنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً) النساء: ٦٠ ،

ثالثاً : لما كان من حق كل طرف من أطراف النزاع اختيار محكمه فإنه لا يجوز للمسلم القبول باختيار محكم غير مسلم لأن شرط المحكم أن يكون من أهل القضاء وقت التحكيم ووقت الحكم.

رابعاً : المسلمون الذين يقيمون في مجتمعات أو دول غير إسلامية يجوز لهم عند الضرورة أو الحاجة المنزلة منزلتها التحاكم إلى المحاكم القانونية في بلدانهم حفظاً لحقوقهم ودفعاً للأضرار عنهم ، وذلك ما لم تكن لديهم هيئة تحكيم إسلامية يمكن التحاكم إليها^(١) .

(ع) أولاً : الأصل في ثبوت دخول الشهر القمري وخروجه هو الرؤية ، سواء بالعين المجردة أو بالاستعانة بالمراسد والأجهزة الفلكية ، فإن لم ير الهلال فتكمل العدة ثلاثين يوماً .
ثانياً : يجب أن تتوافر في الشاهد الشروط المعتبرة لقبول الشهادة ، وأن تنتفي عنه موانعها ، وأن يتم التثبت من حدة نظر الشاهد ، وكيفية رؤيته للهلال حال الرؤية ، ونحو ذلك مما ينفي الريبه في شهادته .

ثالثاً : أن الحساب الفلكي علم قائم بذاته ، له أصوله وقواعده ، وقد كان للمسلمين فيه إسهام متميز ، وكان محل اهتمام من الفقهاء المسلمين ، وبعض نتائجه ينبغي مراعاتها ؛ ومن ذلك معرفة وقت الاقتران ، ومعرفة غياب القمر قبل غياب قرص الشمس أو بعده ، وأن ارتفاع القمر في الأفق في الليلة التي تعقب اقترانه قد يكون بدرجة أو أقل أو أكثر .

^١ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين (١٣٩٨ - ١٤٣٢ هـ).

ولذلك يلزم لقبول الشهادة برؤية الهلال ألا تكون الرؤية مستحيلة حسب حقائق العلم الصحيحة وحسب ما يصدر من المؤسسات الفلكية المعتمدة، وذلك في مثل عدم حدوث الاقتران أو في حالة غروب القمر قبل غياب الشمس.

رابعاً: الشريعة لا تمنع من الاستفادة من العلوم الحديثة، كالحساب الفلكي بمستجداته، وتقنيات الرصد المتقدمة، ونحوها، في مصالح الناس ومعاملاتهم، فالإسلام لا يتعارض مع العلم وحقائقه.

خامساً: يوصي المؤتمر رابطة العالم الإسلامي بتكوين هيئة علمية من علماء الشريعة، وعلماء الفلك المتخصصين للنظر في جميع البحوث والدراسات في كلا المجالين؛ والتي قدمت في اللقاءات والندوات والمؤتمرات التي انعقدت لبحث هذا الشأن، وما صدر عن الجامعات الفقهية وهيئات كبار العلماء ومجامع البحوث الإسلامية، وما سبقها من اجتهادات وآراء لعلماء الشريعة المعتبرين من مختلف المذاهب.

وتحرص على الوصول إلى اتفاق في توحيد بدايات الشهور القمرية، واعتماد مكة المكرمة مركزاً للرصد الفلكي وإصدار تقويم موحد للتاريخ الهجري. وأن تنسق الرابطة مع جهات الاختصاص الشرعية والفلكية في العالم الإسلامي. ويكون مقر هذه الهيئة رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة قلب الإسلام النابض بالخير والبركة.

وتكون الهيئة من مجامع الفقه في الدول الإسلامية وأجهزة الفتوى فيها؛ أو من يرشحونهم من أهل الاختصاص في مجالات العلم الشرعي وعلوم الفلك. ومن ثم يعرض ما تتوصل إليه وما صدر عن هذا المؤتمر على المجمع الفقهي في الرابطة.

(هـ) مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي:

تبنى فكرة إنشاء هذا المجمع جلالة الملك خالد - رحمه الله - عندما انعقد مؤتمر القمة الثالث للدول الإسلامية في رحاب بيت الله الحرام في ربيع الأول عام ١٤٠١هـ/١٩٨١م.

وصدر قرار عن المؤتمر بإنشاء مجمع يسمى: «مجمع الفقه الإسلامي الدولي» يكون أعضاؤه من الفقهاء والعلماء والمفكرين في شتى مجالات المعرفة، ويكون لكل دولة من دول منظمة المؤتمر الإسلامي عضو عامل في المجمع يتم تعيينه من قبل دولته، وللمجمع أن يضم لعضويته من تنطبق عليهم الشروط من علماء وفقهاء المسلمين.

وقد عقد اجتماع المجلس التأسيسي للمجمع عام ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، وكانت دورته الأولى في مكة المكرمة في شهر صفر من عام ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ويجتمع مجلس المجمع في دورة سنوية، ومقره الرئيس في مدينة جدة.

ويقوم المجمع بدراسة مشكلات الحياة المعاصرة، والاجتهاد فيها لتقديم الحلول النابعة من الشريعة الإسلامية. وتصدر عن المجمع مجلة تتضمن البحوث المقدمة إليه والقرارات الصادرة عنه.

آلية إصدار الأحكام الشرعية في المجمع: أولاً: الاجتماعات: تعتبر اجتماعات المجمع إذا اكتمل فيها نصاب الحضور وهو حضور ثلثي أعضاء المجمع. ثانياً: التصويت: لا يعتبر تصويت أعضاء المجمع على القرار إلا إذا صوتوا بإجماع أو بأغلبية الحاضرين^(١).

• نقد آلية عمل المجمع وأدواته، مواطن القوة:

- (١) يعتمد المجمع في استنباط الأحكام على الأصول الفقهية المقررة لدى المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة، ولا يقتصر الأمر فيه على أصول مذهب واحد بعينه، وعلّة ذلك هي قوة مستنداتها وانعقاد عمل الأمة عليها وقبولها جميعها، ولأن الاقتصار على الأخذ من مذهب واحد دون غيره قد يضيق عن الوفاء بأحكام النوازل والأحكام المستجدة المعاصرة، وفي اعتمادها جميعاً توسعة على الأمة وإفادة لها من كل الثروة الفقهية المنقولة خاصة وأن هذا المجمع مجمع دولي يراعي مصالح الأمة الإسلامية التي يبلغ عددها أكثر من مليار مسلم، وأحكام تلك المذاهب وقوة مستنداتها.
- (٢) يحقق درجة عالية من الاطمئنان؛ لكثرة الأبحاث في الموضوع الواحد، ولكثرة المشاركين من أهل الاختصاص، وقد حازت على ثقة الفقهاء والعلماء والمفتين والباحثين في التزامهم بالعمل بها.
- (٣) الاعتماد على النص من القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة إن وجد.
- (٤) إعمال النظر والتعليل والتوجيه فيما لا يوجد فيه نص من الوحي ولا نقل عن الفقهاء.
- (٥) الاعتماد على مقاصد الشريعة المعبرة عن روح الشريعة السمحة، وعن الاتجاه العام للدين الحنيف.
- (٦) الأخذ بالقول الذي يحمل الناس على التيسير، ويتصف بالسهولة وتجنب التشديد في الأحكام.
- (٧) الحرص على درء المشقة عند تعدد الأقوال في النازلة لتلايق الناس في الحرج.
- (٨) مراعاة أعراف وعادات وظروف المجتمعات الإسلامية وملابسات الواقع وتغيير الحال.

(١) ندوة الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي، علي محمد المحمدي ص٤٢

- (٩) الثبات على ما تم اتخاذه من قرارات سابقة رؤى فيها الحق والصواب، والاشارة إلى القرارات السابقة والرجوع إليها.
- (١٠) أن المنهج الذي سلكه العلماء في القرارات الفقهية هو منهج الفقيه الذي ارتفع عن درجة التقليد وبلغ مرتبة تنقيح الأقوال والترجيح بينها واختيار ما يناسب الظروف والأعراف التي لا تصادم الشرع.
- (١١) تقرر الاحكام في المجلس من غير تعصب لمذهب أو بلد أو طائفة، ويرجى فيها إلى الوصول إلى الحق قدر المستطاع.
- (١٢) يغلب على منهج قرارات المجمع الجانب الشرعي العملي لا النظري الافتراضي.
- (١٣) قد يخالف بعض الأعضاء المسائل، ولا حرج في ذلك، وفي هذه الحالة يصدر القرار برأي الأكثرية، وينشر رأي العضو المخالف ضمن المناقشات والتعقيبات في مجلة المجمع.
- (١٤) عدم البت في القضية إلا بعد الاستعانة ببعض أصحاب الخبرة ممن تثق في دينهم وعلمهم لتستوضح منهم عن بعض الأمور العلمية أو العملية.
- (١٥) عدم التدخل في المسائل التي بت فيها القضاء وايضا في المسائل التي ليست من اختصاصه كالفصل في المنازعات وعدم إبداء الرأي فيما لا يعتبر من الأمور الشرعية ونحو ذلك.
- (١٦) ينضبط العمل في المجلس بقواعد اجرائية.
- (١٧) يتجلى في أعضاء مجالس المجمع ولجانه وندواته تنوع انتماءاتهم الفقهية؛ فمن أعضائها من هو حنفي أو مالي أو شافعي أو حنبلي أو جعفري أو إباضي أو غير ذلك، وأثناء المداولات يدلي كل منهم برأية دون تردد، ومن الواجب الإشارة إلى أن أعضاء مجلس المجمع تسود بينهم روح الإخوة والتثبت.

• نماذج من قرارات المجمع:

- (أ) القرار رقم ١٥٤ في ٢٨/جمادى الأولى/١٤٢٧هـ بشأن موقف الإسلام من الغلو والتطرف والإرهاب، حيث قرر المجمع مايلي:

(١) تحريم جميع أعمال الإرهاب وأشكاله وممارساته، واعتبارها أعمالاً إجرامية تدخل ضمن جريمة الحرابة، أينما وقعت وأيا كان مرتكبوها، ويعد إرهابياً كل من شارك في الأعمال الإرهابية مباشرة أو تسببا أو تمويلا أو دعما، سواء كان فرداً أم جماعة أم دولة، وقد يكون الإرهاب من دولة أو دول على دول أخرى.

- (٢) التمييز بين جرائم الإرهاب وبين المقاومة المشروعة للاحتلال بالوسائل المقبولة شرعاً....
- (٣) أن الجهاد للدفاع عن العقيدة الإسلامية وحماية الاوطان أو تحريرها من الاحتلال الأجنبي ليس من الارهاب في شيء ، ما دام الجهاد ملتزماً فيه بأحكام الشريعة الإسلامية.
- (٤) وجوب معالجة الأسباب المؤدية إلى الإرهاب وفي مقدمتها الغلو والتطرف والجهل بأحكام الشريعة الإسلامية...
- (ب) قرار المجمع في الدورة الثانية بجده من ١٠ - ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ / ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥ م ، بشأن التأمين وإعادة التأمين، قرّر:
- (١) أن عقد التأمين التجاري ذا القسْط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقدٌ فيه غررٌ كبير مفسد للعقد ، ولذا فهو حرام شرعاً .
- (٢) أن العقد البديل الذي يحترّم أصول التعامل الإسلامي هو عقدُ التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون ، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني .
- (٣) دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين ، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة . . . والله أعلم .
- (٦) **مجمع الفقه الإسلامي بالهند:**
 أنشئ هذا المجمع عام ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، وعقدت الندوة الأولى له عام ١٤٠٩هـ، ويهدف هذا المجمع إلى البحث عن الحلول لمستجدات العصر والمشكلات الناجمة عن ذلك وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ويشارك في ندوات المجمع السنوية نخبة من العلماء يزيد عددهم عن ستمائة عالم غالبيتهم من الهند.
 وقد جمعت قراراته وتوصياته في كتاب طبع باسم «قضايا معاصرة» في عام ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.
- (٧) **مجمع الفقه الإسلامي بالسودان:**
 أنشئ هذا المجمع في شهر شعبان سنة ١٤١٩هـ/١٩٩٩م بهدف إحياء فريضة الاجتهاد والنظر في النوازل، ويضم أربعين من كبار الفقهاء والعلماء والخبراء . وجميعهم من السودان . وله هيئة استشارية من ممثلي الجامعات الفقهية والبحثية من خارج السودان.
 وقد عقد المؤتمر الأول للمجمع في رمضان سنة ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.
- (٨) **رابطة علماء المغرب:**

وهي رابطة تعنى ببحث المسائل الفقهية المعاصرة والنوازل، وتجمع معظم علماء المغرب، ومقرها مدينة «الرباط» وتصدر عنها مجلة باسم «الرابطة» وصدر عنها كتاب جامع في الفقه.

(٩) قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بالكويت:

وهو تابع لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، وقد صدر عن هذا القطاع مجموعة من الفتاوى الشرعية في ثلاث مجلدات.

(١٠) المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث:

وهو هيئة علمية إسلامية متخصصة مقره في مدينة «دبلن» بأيرلندا، وقد عقد لقاءه التأسيسي في المدة من ٢١ - ٢٢ من ذي القعدة عام ١٤١٧هـ/١٩٩٧م في مدينة لندن بدعوة من اتحاد المنظمات الإسلامية في أوروبا.

ويهدف المجلس إلى إيجاد التقارب بين علماء الساحة الأوروبية، والعمل على توحيد الآراء الفقهية فيما بينهم، وإصدار فتاوى جماعية تسد حاجة المسلمين في أوروبا.

(١١) مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا:

وهو مؤسسة علمية تسعى لبيان أحكام الشريعة الإسلامية فيما يعرض للمقيمين في أمريكا من النوازل، ومقره مدينة «واشنطن». وقد عقد الاجتماع التأسيسي له في الخامس والعشرين من شهر رجب سنة ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.

ومما لا ريب فيه أن لهذه المجمع والهيئات واللجان الشرعية جهود مباركة في توضيح الحقائق الشرعية، وتكليف الحكم الشرعي في كثير من الوقائع والنوازل والمستجدات في كل ما يهم المسلمين في أي مكان في العالم.

(١٢) قطاع إدارة الإفتاء والبحوث في دائرة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدبي:

تتولى الرد على أسئلة واستفسارات المواطنين، وجاء منهج الإجابة عن الأسئلة التي ترد محرره إلى إدارة الإفتاء من خلال:

- التشاور في السؤال وتمحيص فهمه.
- الإجابة عن السؤال اجابة واضحة اعتماداً على أصح أقوال أهل العلم مع مراعاة تقديم قول الإمام مالك بن أنس لأنه مذهب الدولة الرسمي والإفتاء به إن لم يلحق بالسائل حرجاً وعتناً، ثم المذهب الشافعي لأنه مذهب الكثرة الكاثرة في إمارة دبي، ثم الحنفي، ثم الحنبلي، فإن لم يكن في المسألة حرج ولكن اختلفت المذاهب في حكمها، بينت حكمها في المذاهب الأربعة مراعين تقديم المذهب المالكي، مبينين قول كل مذهب من مصادره المعتمدة عند أهله العارفين به، مع التعرض لبيان أدلة المسألة عند القائلين بتا ودليل من لم يقل بتا ووجهته مع الاختصار وتخريج الأدلة وعز الآيات.

- تعزى الأقوال إلى المصادر المختلفة ببيان الجزء والصفحة والقائل.
- بعد تحرير الإجابة تراجع من قبل أعضاء الإفتاء جميعهم ويوقعون عليها كدليل على موافقتهم عليها، وبعد طبعها تعرض مرة أخرى على الأعضاء للنظر فيها والتوقيع عليها وتوزع مصورة على أعضاء اللجنة العليا لقراءتها ومناقشتها في الاجتماع الدوري يوم الخميس من كل أسبوع، وتقر بعد ذلك بالإجماع أو الاغلبية.

أهم مزايا هذه الفتاوى:

- تمتاز بالدقة والوضوح في عرض السؤال والإجابة عنه.
- إيراد الأدلة الشرعية، من القرآن والسنة مع العزو والتخريج المختصر.
- إيراد نصوص مهمة من الكتب المعتمدة في المذاهب عند الحاجة.
- الاستناد إلى قرارات المجامع الفقهية الرئيسية في المسائل الحديثة وإيرادها بنصها.
- تمر الفتوى بمراحل عدة من التمحيص والمراجعة قبل الصدور النهائي إلى المستفتي وإلى النشر وتجمعها مرحلتان رئيستان:
- اجابة أعضاء قسم الإفتاء عنها محررة ومراجعة وموقعاً عليها.
- عرضها على اللجنة العليا للإفتاء لمراجعتها ومناقشتها، ثم اقرارها بالإجماع أو بالأغلبية، وبهذا يتحقق فيها بحق الإفتاء الجماعي وهو ما يجعلها أكثر دقة وأقرب إلى الاصابة.

النماذج المختارة:

- فتوى في حكم غسل وتكفين المنتحر: جاء فيها: إن من انتحر من المسلمين من غير استحلال للانتحار هو مسلم عاص، حكمه مفوض إلى الله إن شاء عذبه، وإن شاء عفا عنه كسائر عصاة المسلمين الذين يقتلون ويسرفون...وقد اخبر تعالى بأنه يغفر ما يشاء غير الإشراك به(إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء)النساء: ٤٨.

وبناء عليه، فإنه تجري عليه أحكام عصاة المسلمين من الغسل والتكفين، والصلاة عليه، والدفن في مقابر المسلمين، والإرث منه وغير ذلك من الحقوق الشرعية المترتبة على الوفاة على الإسلام، اللهم إلا أن يثبت شرعاً أنه استحل الانتحار وفعله مستحلاً، فإنه يكون حينئذ مات مرتداً لا يغسل ولا يصل على ولا يدفن في مقابر المسلمين، ومالم يثبت ذلك فالأصل بقاؤه على الإسلام ولا يعدل عن هذا الاصل إلا بدليل^(١).

(١) فتاوى شرعية(١٠٦/١)

• فتوى في حكم زواج الميسار، جاء الجواب: زواج الميسار الذي اشيع مؤخراً أن يتزوج رجل امرأة عرى امرأته، في مدينة أو بلدة أخرى، ويتزوجها من وليها، ويبدل مهرها ويشهد على ذلك ويوثق النكاح في المحاكم الشرعية، وبناءً عليه فإن النكاح بهذه الصورة مستكمل الشروط والأركان، حيث كان النكاح بولي وشهود وصيغة وتم توثيق ذلك ولم يوص بكتمانه، وهذه هو النكاح الكامل الذي لم يختلف أهل العلم في صحته، فإذا كان الحال ما ذكر فإنه نكاح صحيح يترتب عليه الأثر الشرعي.

• فتوى في حكم تأجير عمارة لمن يستعملها في المعاصي^(١): حيث ورد السؤال التالي: أجرت عمارة لذمي فاستغلها في بيع الخمر دون علمي، فهل يحل لي أخذ الأجرة؟ أم يلزمي فسخ العقد؟ الجواب: إن كنت تعلم أن هذا المستأجر سيستغلها في المحرمات، من بيع خمر أو دعارة ونحوها، فإن الاجارة لا تتعقد ولا يحل لك أخذ الأجرة على ذلك؛ لأن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه كما صح في الحديث الذي أخرجه أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما، أما إذا كنت لا تعلم ذلك، وإنما أجرتها للانتفاع بتا فيما يحل، فاتخذها المستأجر في المحرمات، فلك الحق أن ترفع دعوة ضده بذلك ولولي الأمر أن يجبره على منع هذا الفعل، أو إخراجه منها، وتأجيرها لصالحه ولو لم يجد مؤجراً فيحبسها إلى أن يجد كما نص على ذلك ابن شاس في عقد الجواهر الثمينة.

وأنت تستحق الأجرة على ذلك مدة عقد الإيجار حيث كان العقد صحيحاً، ولم يجر منك خلاف ما يمنع من استيفاء المنفعة، فيما أجرت له من الاستعمال الجائز شرعاً.

• فتوى في حكم استحقاق مكافأة نهاية الخدمة، ورد السؤال التالي: عمل ابن لدي شركة والده لمدة أربع سنوات متواصلة، وكان يتقاضى طوال فترة عمله راتباً شهرياً محدداً، ولم يتوقف راتبه حتى أثناء سفر الابن مرافقاً والده للعلاج أو سفره منفرداً لمتابعة شؤون علاج والده في الخارج، ثم توفي الأب فتم الاتفاق مع الورثة على تعيين محاسب قانوني لتسوية أمور الشركة، ومن ضمن الأعمال التي قام بتا المحاسب القانوني تحديد مخصص مستحقات نهاية الخدمة لجميع موظفي الشركة، وقد كان الابن من ضمنهم، وذلك لكونه موظفاً ويتقاضى راتباً شهرياً من الشركة، علماً بأن الأب أسند إلى الابن في السنة الرابعة مهمة الإشراف على أحد مشاريعه، إضافة إلى عمله في الشركة، وقد حدد له الأب نسبة أرباح من المشروع مقابل أتعابه كتابياً، وقد تم الاتفاق مع الورثة على أحقية الابن بالحصول على تلك النسبة.

(١) الاجتهاد الجماعي للشيخ صالح بن حميد - ص ٢٩، ٣٠ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٧٣ - ٨٠ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي لوهبة الزحيلي - ص ٢٥، ٢٦ (بتصرف).

والآن هل يحق لهذا الابن من الناحية الشرعية أن يأخذ مخصص نهاية الخدمة الذي تم تحديده، من قبل المحاسب القانوني، أسوة بباقي الموظفين أم أنه لا يحق له شرعاً؟

الجواب: بما أن هذه الابن كان ضمن من يعمل في هذه الشركة براتب شهري كما هو حال غيره من سائر العمال، فإنه يستحق ما يستحقه الآخرون مما تعارف الناس عليه وتراضوا به من الحقوق المدنية، كحق نهاية الخدمة، ولا سيما قد جرى بذلك قانون ملزم من ولي الأمر لما رأى من مصلحة الأمة، فاستحق بموجبه جميع العاملين مكافأة نهاية الخدمة وأصبح كأنه جزء من أجرة العمل.^(١)

المطلب الثالث

دور المجامع الفقهية في تحقيق الاجتهاد الجماعي^(٢)

مما لا ريب فيه أن المجامع الفقهية وهيئات الإفتاء واللجان الشرعية قامت بدور مهم على الساحة الإسلامية، وأسهمت في إنارة الطريق أمام المسلمين، على المستوى الفردي والجماعي، على ضوء الأدلة الشرعية، والاحتكام إلى روح الشريعة الإسلامية السمحة ومقاصدها وقواعدها العامة.

وإن الناظر فيما قدمته وتقدمه هذه المؤسسات العلمية يلحظ أنها قد أسهمت بشكل فاعل ومؤثر لا في تحقيق الاجتهاد الجماعي فحسب، بل في ترسيخه مفهوماً قائماً بذاته، ومصطلحاً مستقلاً عما سواه، وممارسة عملية منظمة، عمادها البحث العميق والاجتهاد الأصيل، والدليل المتين، والبعد عن الشبهات والريب، في مشورة علمية ناصحة من أهل علم وأخيار، تشدهم آصرة التآخي، وتقوى علاقاتهم الآمال في وحدة الأمة.

ولا ريب أن الاجتهاد الجماعي قد انتعش - بحق - في رحاب المجامع الفقهية في المملكة العربية السعودية ومصر والسودان والهند وأمريكا وغيرها، كما انتعش على يد هيئات الفتوى ومؤسساتها في البلاد الإسلامية. واستطاعت المجامع ودور الفتوى - منذ نصف قرن وأكثر - تلبية حاجة الأمة، وتطلعات المسلمين لمعرفة أحكام المشكلات الطارئة والنوازل الحادثة.

ولا يعني ذلك أن ما يجري في تلك المجامع هو قصارى الطموح، أو الشكل الأمثل للاجتهاد الجماعي، كما لا يعني ادعاء الكمال لما هو موجود، بل الطبيعة البشرية مجبولة على التقصير، والحاجة إلى المراجعة وإعادة النظر فيما تم إنجازه قائمة حتى ندرك أوجه القصور ومن ثم يكون العلاج.

(١) فتاوى شرعية: ٢٥٩/٥

(٢) الاجتهاد الجماعي للشيخ صالح بن حميد - ص ٢٩، ٣٠ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٧٣ - ٨٠ (بتصرف) والاجتهاد الجماعي لوهبة الزحيلي - ص ٢٥، ٢٦ (بتصرف).

❖ أوجه القصور في المجامع الفقهية وهيئات الإفتاء واللجان الشرعية:

أولاً: قلة عدد أعضاء هذه المؤسسات، فبعضها لا يزيد عن عشرين عضواً، وهم غير متفرغين لهذا العمل، بل كل واحد منهم مرتبط بأعمال أخرى كثيرة تجعل عمله في هذه المؤسسات محدوداً.

ثانياً: أن اجتماعات هذه المؤسسات قليلة ودوراتها العادية متباعدة (سنوية أو نصف سنوية) بالإضافة إلى قلة عدد الأيام التي تناقش فيها البحوث.

ثالثاً: أن ما يتوصل إليه المجتمعون من قرارات وتوصيات لا يُطبع منها إلا أعداد محدودة، تهدي لبعض الأفراد والهيئات، ولا يستفيد منها عامة المسلمين.

رابعاً: أن هناك تكرار وازدواجية في عمل هذه المؤسسات، لعدم التنسيق بينها، وإن وجد في بعضها فلا يوجد في الكل، وهذا يؤدي إلى ضياع الجهد الذي يبذل من العلماء.

خامساً: أن أغلب أعضاء هذه المؤسسات من المتخصصين في الفقه وأصوله، وهؤلاء لا يمكنهم تكييف الحكم الشرعي في بعض القضايا التي لها صلة بالعلوم الأخرى، كالطب، والاقتصاد، والاجتماع، وعلم النفس وغيرها.

سادساً: أكثر هذه المؤسسات يغلب عليها الطابع المحلي أو الإقليمي، وأعضاؤها ينتمون إلى دولة واحدة، وهذا لا يحقق الهدف المنشود من جمع كلمة المسلمين، وتوحيد صفوفهم وآرائهم حول الموضوعات التي تهتم أمر المسلمين جميعاً.

سابعاً: أن بعض هذه المجامع تترك للدول اختيار الأعضاء الذين يمثلونها، والغالب على هذه الدول أنها لا ترشح لهذا العمل إلا من كان منهجه يتفق مع سياسة هذه الدولة.

ثامناً: أن الأحكام والقرارات التي تصدرها هذه المجامع ليس لها صفة الإلزام، وإنما هي مجرد محاضر للاجتماعات تحفظ لدي الأمانة العامة للمجمع أو الهيئة، ولا ينشر منها إلا ما تراه الأمانة العامة صالحاً للنشر^(١).

❖ كيفية علاج هذا القصور:

عرضنا فيما سبق شيئاً من أوجه القصور في المؤسسات العلمية (المجامع الفقهية وهيئات الإفتاء واللجان الشرعية) والتي جعلت هذه المؤسسات لا تقوم بدورها كما ينبغي، وبالعلاج أوجه القصور يمكن أن يتحقق الهدف المنشود منها، وذلك من خلال ما يأتي^(٢):

أولاً: يقترح بعض العلماء ضم المجامع الفقهية المتعددة تحت مسمى «المجمع الفقهي العالمي». ويرون إمكان تحقيق ذلك من خلال الدعوة إلى عقد مؤتمر عالمي باسم «مؤتمر علماء المسلمين» تحت رعاية رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة،

(١) فقه الشورى والاستشارة - للدكتور/ توفيق الشاوي - دار الوفاء - الطبعة الأولى - ص ٧٥٣ وما بعدها، والاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي - ص ١٤٠، ١٤١ (بتصرف).

(٢) الاجتهاد الجماعي لشعبان إسماعيل - ص ٧٧، ٧٨ (بتصرف).

ويدعى إلى هذا المؤتمر جميع الجامعات الفقهية وهيئات الإفتاء في العالم الإسلامي بكامل الأعضاء الحاليين لوضع تصور كامل نحو تكوين «مجمع فقهي عالمي» يكون مقره مكة المكرمة باعتبارها أم القرى ومهبط الوحي، وتكون الجامعات الأخرى فروعاً لهذا المجمع، ينسق بينها مكتب مركزي، ويتابع ما يجري على الساحة من قضايا ونوازل تحتاج الأمة إلى بحثها ومعرفة الحكم الشرعي فيها.

وإذا اتفق علماء هذا المجمع «العالمي» على رأى في مسألة من المسائل الاجتهادية، اعتبر ذلك «إجماعاً» من مجتهدي العصر، له حجيته وإلزامه في الفتوى والتشريع، وإن اختلفوا كان رأى الأكثرية هو الأرجح.

ويجب تبليغ ما يتوصل إليه المجمع إلى ولاية الأمور في الدول الإسلامية، لإلزام الشعوب بها وتطبيقها، فمن المعلوم أن حكم الحاكم يرفع الخلاف^(١).

ثانياً: زيادة أعضاء الجامعات الفقهية وهيئات الإفتاء بصورة متكاملة، بحيث تضم الفقهاء والعلماء المتخصصين في الفقه والأصول والتفسير والحديث، بالإضافة إلى العلوم الحديثة التي لها صلة بالأحكام الشرعية، كالطب، والاقتصاد، والاجتماع، وعلم النفس، وما إلى ذلك من العلوم الإنسانية، وأن يكون لدى كل منهم القدرة على الإفادة من الماضي وأن يعيش الحاضر وأن يستشرف المستقبل وأن يكون لديه القدرة الكاملة في علاج قضايا الناس وحل مشكلاتهم.

ثالثاً: زيادة دورات هذه المؤسسات حتى تكون على صلة بما يجري في المجتمع، وعدم ترك الفرصة للأدعياء بتغطية ما يهم المسلمين بصورة غير صحيحة.

رابعاً: إصدار مجلة شهرية توزع مجاناً أو تباع بثمن ميسر، تتضمن نشر البحوث والقرارات والتوصيات التي تصدرها هذه المؤسسات.

خامساً: إنشاء قناة فضائية خاصة تكون مهمتها توضيح صورة الإسلام الصحيحة، والرد على الدعاوى الكاذبة التي تسيئ إلى الإسلام، بالإضافة إلى عرض كل ما يصدر عن هذه المؤسسات بصورة مستمرة.

(١) ينظر في ذلك: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور/ زكريا البري - منشور بمجلة المجلس العلمي لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - العدد ٢٠ ص ٢٥٢، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور/ يوسف القرضاوي - ص ٨٤، الاجتهاد الجماعي ودور الجامعات الفقهية في تطبيقه للدكتور/ شعبان إسماعيل - دار البشائر الإسلامية - ص ١٣٤.

المبحث السادس:

دور المجامع الفقهية في ترشيد المصارف الإسلامية

لقد بدأت الخدمات المصرفية الإسلامية بالظهور بصورتها الحالية في القرن الماضي ، عندما عمدت دول إسلامية إلى وضع الفكرة موضع التنفيذ . . .

حيث بدأت بعض أشكال الخدمات المصرفية الإسلامية بالظهور في القرن الماضي، لكنها واجهت عدداً من المشكلات من جهة الالتزام الكلي بأسس الشريعة الإسلامية.

وخلال المدة ذاتها ، بدأ العمل على تطوير أسس المحاسبة الإسلامية ، التي تعد أداة حيوية ورئيسة لنجاح المصارف الإسلامية ، وتم في عام ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م عقد أول اجتماع لمؤتمر منظمة العالم الإسلامي في جدة وتقرر فيه إيقاف العمل بمعدلات الفائدة المحددة وابتكار أنظمة مالية جديدة تركز على الشريعة الإسلامية .

وفي عام ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م تم تأسيس بنك دبي الإسلامي أول مصرف إسلامي متكامل، ومنذ ذلك الوقت ، ظهر العديد من المؤسسات المالية الأخرى التي تركز على مبدأ مشاركة الربح والخسارة.

ارتكز النموذج النظري الأول للخدمات المصرفية الإسلامية على مبدأ المضاربة متعددة الأطراف، عبر اعتماد مبدأ مشاركة الربح والخسارة بدلاً من مبدأ الفائدة على الودائع والقروض.

ويمكن للمصارف الإسلامية أن تكون وسيطاً مالياً مثل المصارف التجارية التقليدية ؛ لكن مع إلغاء مبدأ الفائدة من جميع المعاملات والاعتماد على الشراكة الحقيقية ومبدأ مشاركة الأرباح والخسائر.

ولهذا لاقت الخدمات والنشاطات المالية الإسلامية اهتماماً واسعاً حيث بدأت العديد من الجامعات والمعاهد بتدريس أسس الخدمات المصرفية الإسلامية وتشجيع إجراء الدراسات والبحوث .

وقد تم لاحقاً تطوير الأسس الأولية وتنقيتها وصقلها حيث شهد مجال الودائع وضع أسس محدّدة للتعامل مع الحسابات وعمليات التمويل ورؤوس الأموال والبيانات المالية، وذلك ارتكازاً على مبادئ الإجارة والمرابحة ، كما تم خلال هذه الفترة تطوير التقنيات الخاصة لإطلاق المنتجات المالية وفقاً للشريعة الإسلامية، وشمل هذا الأمر اختيار شركات ومؤسسات يمكن التعامل بأسسها لكونها تتفق مع مبادئ الشريعة.

واليوم أصبحت المصارف الإسلامية تشكل منافسة قوية في جميع مجالات العمل المصرفي وتهدف إلى تحقيق بعض الأهداف الإنسانية حيث أصبحت الخدمات المصرفية

الإسلامية تتمتع بمستوى عال من التقدير وتُعدُّ بديلاً عادلاً ومنصفاً وهي تجذب المزيد من المتعاملين غير المسلمين، يحفزهم على ذلك تميّز النظام المصرفي الإسلامي.

إن بناء المصارف الإسلامية جاء تلبية الحاجات المجتمعات الإسلامية في إيجاد صيغة للتعامل المصرفي بعيداً عن شبهة الربا وشبهاته .

تعريف المصرف الإسلامي

المصرف الإسلامي هو مؤسسة مصرفية لا تتعامل بالفائدة ((الربا)) أخذاً وعطاءً^(١) .

والمصرف الإسلامي : أهو المصرف الذي يلتزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملاته المصرفية والاستثمارية ، من خلال تطبيق مفهوم الوساطة المالية القائم على مبدأ المشاركة في الربح و الخسارة ، ومن خلال إطار الوكالة بنوعيتها العامة والخاصة.

ومن أهم حاجات المجتمعات الإسلامية وجود جهاز مصرفي يعمل طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ويقوم بحفظ أمواله واستثمارها ، بالإضافة إلى توفير التمويل اللازم للمستثمرين بعيداً عن شبهة الربا.

وبانتشار المصارف الإسلامية نكون قد أوجدنا الحل الأمثل لهذه المشكلة وغيرها.

قيمة المصارف الإسلامية

لقد أدخلت المصارف الإسلامية أسساً للتعامل بين المصرف والمتعامل تعتمد المشاركة في الأرباح والخسائر بالإضافة إلى المشاركة في الجهد من قبل المصرف والمتعامل ، بدلا من أسس التعامل التقليدي القائم على مبدأ المديونية(المدين/الدائن) وتقديم الأموال فقط دون المشاركة في العمل. كما أوجدت المصارف الإسلامية أنظمة للتعامل الاستثماري في جميع القطاعات الاقتصادية وهي صيغ الاستثمار الإسلامية (المرابحة ، المشاركة ، المضاربة ، الاستصناع ، السلم ، التأجير ، .. إلخ .) .

وترجع قيمة وجود المصارف الإسلامية إلى ما يلي :

- (١) رغبة المجتمعات الإسلامية في إيجاد قنوات للتعامل المصرفي بعيداً عن استخدام أسعار الفائدة .
- (٢) تطبيق فقه المعاملات في الأنشطة المصرفية.
- (٣) التطبيق العملي لأسس الاقتصاد الإسلامي العالمي.

مميزات المصارف الإسلامية

تتميز المصارف الإسلامية بالعديد من الخصائص عن المصارف الربوية من أبرزها:

- (١) السعي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كافة المعاملات المصرفية والاستثمارية .

١ موسوعة قضايا إسلامية معاصرة لمحمد الزحيلي / ج ٣ / ص ٢٧٣ .

- (٢) العمل على تيسير أسباب الربح الحلال في مجال زعم أن الفوائد الربوية هي عصب وجودها .
- (٣) تطبيق أسلوب الوساطة المالية القائم على المشاركة .
- (٤) تخضع المصارف الإسلامية إلى الرقابة المالية والرقابة الشرعية لمراقبة أعمال المصرف.
- (٥) يحتل الاستثمار في المصارف الإسلامية حيزاً كبيراً من معاملاتها ، فهي تقوم بالمرابحة للأمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتمليك مما يؤدي إلى تعاون رأس المال والعمل.

اعتماد هيئة مصرفية شرعية:

يجب على المصارف أن تضم هيئة الفتوى والرقابة الشرعية من العلماء المتخصصين في الشريعة الإسلامية و الملمين بالانظم الاقتصادية والقانونية والمصرفية بعامة ، ويتم تعيين الهيئة من قبل الهيئة العامة للمصرف فهي أعلى من مجلس الإدارة ، ومهمة الهيئة استحداث صيغ استثمارية وتمويلية شرعية ، إلى صياغة ومراجعة عقود تلك الصيغ والإفتاء في كل ما تعرضه عليها الإدارة من قضايا العمل ومستجداته ، يرفعه إليها المراقب الشرعي من استفسارات أو ملاحظات تتعلق بالأداء التنفيذي لشرعية التعامل المصرفي ، وتعمل الهيئة على التأكد من أن أعمال البنك تتم وفق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وطبقاً للفتاوى الصادرة عنها ، ومن ثم اعتمادها ورقة عمل دائم .

دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية

للمجامع الفقهية دور كبير في بناء الاقتصاد الإسلامي المعاصر وإيجاد آليات جديدة وصيغ عملية وبخاصة في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية محور بحثنا اليوم كما يجب أن تقوم بالتأكد من مشروعية المعاملات جميعها التي تتم في المصارف الإسلامية وعن طريق البنك المركزي المقترح في هذا البحث واقتراح كون مصرف التنمية الإسلامي هو المصرف المركزي الإسلامي وأن يأخذ مكانته في الرقابة والسلطة على كل المصارف الإسلامية وفروعها والنوافذ الإسلامية في المصارف والبنوك الأخرى ، كما يقوم بدور الوسيط بين المصارف الإسلامية والمصارف المركزية الرسمية في البلدان التي توجد فيها المصارف الإسلامية.

ومن دور المجامع الفقهية

- (١) إبداء الرأي الشرعي فيما يُحال إليها من معاملات المصرف.
- (٢) المراجعة الشرعية لجميع مراحل تنفيذ العمليات الاستثمارية للمصارف الإسلامية وإبداء الملاحظات ومتابعة تصحيحها أولاً بأول .
- (٣) إبداء حكم المجامع الفقهية على المشروعات الاستثمارية قبل بدء التنفيذ .
- (٤) تقديم المشورة الشرعية إلى المصرف في أي أمر من أمور المعاملات المصرفية .

الخاتمة

وبعد:

فإننا نرى أن الصيغة المثلى في علاج قضايا الأمة وحل مشكلاتها إنما تتحقق بالاجتهاد الجماعي، الذي يجمع بين فقهاء الشرع وخبراء العصر، لأن الفقهاء يعلمون النصوص ومدلولاتها ومقاصدها، والخبراء يعرفون الواقع ومآلاته وتحدياته، والحكم الشرعي مركب من العلم بالنصوص والعلم بالواقع، فالاجتهاد الجماعي أقرب إلى السداد وأبعد عن الخلاف في مثل هذه القضايا.

وقد ظهرت في عهدنا عدة مجامع فقهية وهيئات للفتوى، أنشئت للنظر الجماعي في مشكلات المسلمين ونوازل العصر الحديث، بعضها على مستوى محلي، وأخرى على مستوى عالمي، وقد أدت هذه المجامع والهيئات دوراً هاماً في بحث كثير من القضايا المعاصرة، والتماس الحلول الشرعية لكثير من مشكلات المسلمين.

لذا أرى:

- (١) تفعيل دور المجامع الفقهية القائمة الآن، وإثبات نماذج مما أصدرته المجامع والدعوة إلى نشر كل ما يصدر عن المجامع من قرارات وتوصيات وبحوث، وهذا عامل مهم في تقريب وجهات نظر العلماء واجتهاداتهم.
- (٢) إضافة صفة الإلزامية على قرارات المجمع وتفعيل قراراته ومتابعة ما أوصى به.
- (٣) السعي إلى إيجاد مراكز علمية ومعاهد تقبل خريجي كليات الشريعة بالذات، وتقوم بتزويدهم بدورات ومواد دراسية في المعاملات المصرفية.
- (٤) السعي إلى عقد المزيد من المؤتمرات وحلقات البحث حول القضايا المستجدة في معاملات المصارف الإسلامية، ومناقشة العلماء بعضهم لبعض.
- (٥) إيجاد هيئة الرقابة والتدقيق الشرعي في المصارف الإسلامية كافة.
- (٦) السعي إلى تنقية المصارف الإسلامية المربوطة بالبنوك الربوية العالمية مطلقاً.

فهرس المصادر والمراجع

- (١) الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي - أ.د/ عبد المجيد الشرفي - سلسلة كتاب الأمة - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر
- (٢) الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي د/ خالد حسين الخالد ، ط مركز جمعه الماجد.
- (٣) الاجتهاد الجماعي في المملكة ، من أبحاث ندوة الامارات
- (٤) الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر - أ.د/ وهبه مصطفى الزحيلي - بحث مقدم إلى مؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ / ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩م
- (٥) الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر - للدكتور/ شعبان إسماعيل - بحث = مقدم لمؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ / ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩م
- (٦) الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر - لمعالي الشيخ الدكتور/ صالح بن عبد الله بن حميد - بحث مقدم لمؤتمر الفتوى وضوابطها بمكة المكرمة في المدة من ٢٠ - ٢٥ محرم ١٤٣٠هـ / ١٧ - ٢٢ يناير ٢٠٠٩م
- (٧) الاجتهاد الجماعي ودور الفقه في حل المشكلات - جمعية الدراسات والبحوث الإسلامية - الأردن -
- (٨) الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه - أ.د/ شعبان محمد إسماعيل - الناشر: دار البشائر - بيروت -
- (٩) الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، أ.د/ يوسف القرضاوي ط دار النشر والتوزيع ١٤١٤هـ،
- (١٠) الاجتهاد في التشريع الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور - دار النهضة العربية - ١٤٠٤هـ -
- (١١) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور/ زكريا البري - منشور بمجلة المجلس العلمي لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - العدد ٢٠
- (١٢) الإحكام
- (١٣) أصول التشريع الإسلامي
- (١٤) إعلام الموقعين

- (١٥) تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ محمد الخضري - المكتبة التجارية الكبرى
- (١٦) تاريخ الفقه الإسلامي - دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٨م -
- (١٧) التحرير في أصول الفقه
- (١٨) الجامع الصحيح للترمذي
- (١٩) جامع بيان العلم
- (٢٠) الجامع لأحكام القرآن
- (٢١) سنن الدارمي
- (٢٢) شرح المجلة لسليم رستم باز ، ط دار إحياء التراث العربي،
- (٢٣) شعب الإيمان للبيهقي.
- (٢٤) الصحاح للجوهري
- (٢٥) غياث الأمم في إلتياث الظلم،
- (٢٦) فقه الشورى والاستشارة - للدكتور/ توفيق الشاوى - دار الوفاء - الطبعة الأولى
- (٢٧) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين (١٣٩٨ - ١٤٣٢هـ).
- (٢٨) لسان العرب
- (٢٩) مجمع البحوث الإسلامية تاريخه وتطوره،
- (٣٠) المدخل الفقهي العام)
- (٣١) مرجع العلوم الإسلامية
- (٣٢) المستصفي من علم الأصول
- (٣٣) المصباح المنير للفيومي
- (٣٤) معجم مقاييس اللغة
- (٣٥) مقاصد الشريعة الإسلامية - الشركة التونسية للتوزيع - ط ١ سنة ١٩٧٨م -
- (٣٦) موسوعة قضايا إسلامية معاصرة لمحمد الزحيلي
- (٣٧) ندوة الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي، علي محمد المحمدي



الدورة العشرون

لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

دور المجمع الفقهي مع المؤسسات المالية الإسلامية

إعداد

الأستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي

عميد كلية الشريعة بجامعة الشارقة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن الله تعالى اختار الإسلام ديناً "إن الدين عند الله الإسلام" آل عمران/١٩، وأكمل لنا هذا الدين "اليوم أتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً" المائدة/٣.

وإن الله تعالى تكفل بحفظ هذا الدين الكامل إلى أن تقوم الساعة، فقال تعالى: "إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون" الحجر/٩.

وإن الله أنزل على رسوله الأمر بالشورى، فقال تعالى: "وشاروهم بالأمر" آل عمران/١٥٩، ثم وصف المؤمنين بالتزام الشورى، فقال تعالى: "والذين استجابوا لربهم، وأقاموا الصلاة، وأمرهم شورى بينهم، ومما رزقناهم ينفقون" الشورى/٣٨، وذلك ليسير المؤمنون على منهج التعاون والتشاور، وتبادل الرأي، لاختيار الأحسن والمناسب في الأمور كلها، وخاصة في الاجتهاد وبيان الأحكام الشرعية.

وإن الله تعالى حدد منهج التعاون، والتشاور، والتطبيق في الحياة، فقال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله، وأطيعوا الرسول، وأولي الأمر منكم" النساء/٥٩، وأولو الأمر هم الحكام والعلماء.

وإن الأحكام الشرعية الثابتة صراحة في الكتاب والسنة قليلة، ومحصورة، والوقائع كثيرة ومتجددة في كل عصر وزمان، فشرع الله الاجتهاد، وكلف العلماء القيام به، لبيان الأحكام على المنهج السابق بالتعاون والتشاور، ثم بإطاعة ولي الأمر، وما يتوصل إليه الجمهور، ويأمر به أولو النهى، والنفوذ.

مشكلة البحث:

إن الله تعالى قد امتن على هذه الأمة اليوم بتوفر الاجتهاد الجماعي بدءاً من هيئات الفتوى والتشريع، وانتهاء بالمجامع الفقهية، وانتشرت هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية المعاصرة^(١)، وصار لها وجود مكين، ودور عظيم، ومكانة مرموقة، ولكنها متعددة وموزعة حسب كل مؤسسة، كما توفرت المجامع الفقهية المحلية والدولية، والتي

(١) عرفت بالسودان بإدارة الفتوى والبحوث، وخاصة في بنك التضامن الإسلامي بالخرطوم، انظر: دور المؤسسة المصرفية الإسلامية، بحث الشريف /٢ /٤٣١.

تقوم مع هيئات الفتوى، وهيئات الرقابة الشرعية، بالاجتهاد لبيان الأحكام في النوازل الطارئة، والمستجدات المعاصرة، والحلول الشرعية والبدائل الصحيحة لما يشاع من معاملات محرمة.

ولكن حصل بالنتيجة الاختلاف، وتعدد الآراء، وبعض الفوضى، وشيء من التعارض، مما أثار الشجون من المخلصين، والحقد والضغينة من غيرهم، مستغلين هذه المشكلة العملية، من التعدد، والاختلاف، والاضطراب.

وهذا ما دفع العلماء الغيورين لطلب التنسيق بين لجان الفتوى، وهيئات الرقابة، والمجامع الفقهية، لتنظيم العمل بينهم، وتوحيد المناهج في اجتهادهم، وإيجاد هيئات شرعية دولية، للمراقبة والمتابعة، وتنسيق العمل حتماً مع المجامع الفقهية عامة، ومع مجمع الفقه الإسلامي الدولي خاصة، فتكتمل الصورة، وتتوفر آليات العمل والاجتهاد، وتكون النتائج في أحكام النوازل والمسائل والوقائع والمستجدات المعاصرة عامة وشاملة، فتزداد قبولاً، وتزدان إشراقاً، وتتوفر لها غالباً الصحة والقبول عند الله، وعند الناس.

ومن هذه المنطلقات جاء هذا البحث "دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، آليات وصيغ"، وهذا الترشيح المنشور ينحصر في مجال الاجتهاد لتطبيق الشريعة الإسلامية في المجال المالي، وحسب المعطيات المعاصرة، والوقائع المعاشة، والتطورات المتجددة أمام المؤسسات المالية الإسلامية التي ظهرت على الساحة المحلية والدولية، وأصبحت تتبوأ مكانة مرموقة، ويشار إليها بالبنان، ولكنها تواجه صعوبات كثيرة، وتحديات عديدة، وتحتاج للترشيح ومد يد العون لها.

الدراسات السابقة:

كتب عدد من العلماء المعاصرين كتباً وبحوثاً عن هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية المنتشرة اليوم في أرجاء العالم الإسلامي، وصدرت فيها أنظمة وتشريعات.

كما كتب العديد من العلماء المعاصرين عن المجامع الفقهية المحلية والدولية، وصدرت فيها أنظمة متعددة، محلية ودولية، وهي تمارس عملها باستمرار، وتعد الاجتماعات والندوات والمؤتمرات دورياً، وتتخذ القرارات، وكثيراً ما تجمعها في كتاب.

كما ظهرت اتفاقية "إنشاء الاتحاد العالمي للمصارف الإسلامية" وفيها هيئة الرقابة الشرعية العليا، وطالبت بإنشاء هيئة الرقابة الشرعية العالمية، لتتسق بين هيئات الرقابة المحلية، وكل ذلك لا يزال حبراً على الورق، ولم يأخذ طريقه للتنفيذ.

كما كتبت رسائل وبحوث عن الاجتهاد الجماعي والفتوى الجماعية في العصر الحاضر، لبيان ضرورته، والحاجة إليه، وتطبيقه في مجالات الفتوى والتشريع وغيره.

ولذلك يسعى هذا البحث إلى بيان الآليات والصيغ التي تجمع بين هذه الهيئات والجامع، وكيفية التنسيق بينها أولاً، والعمل على تأسيس هيئات عامة ودولية، ثم التنسيق بينها وبين الجامع الفقهي، ثم بيان مدى التزام المؤسسات المالية الإسلامية بقرارات الجامع الفقهي، مع التعاون الكامل للالتزام بقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي لمكانته، وما يتمتع به من مزايا، وبيان مدى قيام الجامع الفقهي بدور الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة الشرعية المحلية، والدولية لترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية نحو النمو والأفضل، والتطور والكمال، لتساهم في التطبيق الرشيد للاقتصاد الإسلامي المعاصر الذي ظهر منافساً لغيره، ومؤملاً لمعاملات أفضل، ورفاه سليم.

منهج الدراسة:

اختار الباحث منهج التتبع والاستقراء لأنظمة الجامع الفقهي وهيئات الرقابة الشرعية والبنوك الإسلامية، وتحليل هذه النصوص الواردة فيها، والمقارنة بينها، والاستفادة من خبرات واقتراحات السابقين في هذا الخصوص، واختيار المناسب منها، واقتراح ما يراه مناسباً ومحققاً للهدف والغاية، وما يساهم في حل مشكلة البحث.

خطة البحث :

جاءت خطة البحث في مقدمة وخمسة مباحث ، وخاتمة ، ثم مشروع قرار في الموضوع .

- المقدمة.
- **المبحث الأول:** الجامع الفقهي: تعريفها، ومرجعيتها.
- **المبحث الثاني:** هيئات الرقابة الشرعية، أهدافها، واختصاصها، وتقويمها.
- **المبحث الثالث:** الفتوى الجماعية وصلتها بالاجتهاد الجماعي.
- **المبحث الرابع:** آليات التزام المؤسسات المالية الإسلامية بالقرارات الشرعية.
- **المبحث الخامس:** آليات وصيغ الجامع الفقهي لترشيد المؤسسات المالية الإسلامية.
- **الخاتمة.**
- **مشروع قرار.**
- **أهم المصادر والمراجع.**

ونسأل الله التوفيق والسداد وحسن الختام، صلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول

المجامع الفقهية، تعريفها، وأهدافها، ومرجعيتها

إن المجامع الفقهية من معالم النهضة الإسلامية المعاصرة، لأنها تضم كبار العلماء، وتتنظر في القضايا المستجدة والنوازل عن طريق الاجتهاد الجماعي، وتتبوأ قراراتها أعلى درجات الثقة والطمأنينة، وتتهض بالععب الجسيم لدراسة القضايا الإسلامية العامة، وتوحيد الأمة، وتقليل الخلافات، ومنع الفتن الطائفية، لذلك تتعقد عليها الآمال الجسيمة في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، ونوضح في هذا المبحث التعريف بالمجامع الفقهية، ومدى إمكان صيرورتها مرجعية شرعية للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية.

أولاً: التعريف بالمجامع الفقهية:

المجمع لغة: مكان الاجتماع، ويطلق على المجتمعين، وجمعه مجامع، وهو كلمة محدثة^(١).

والمجمع اصطلاحاً: مؤسسة عامة للنهوض باختصاص معين، والمجامع الفقهية: مؤسسات فقهية عامة تمارس الاجتهاد لمعرفة الأحكام الشرعية في القضايا المهمة المطروحة عليها لمواكبة العصر وتلبية حاجات الأمة الفقهية، بإصدار قرارات فيها عن طريق الاجتهاد الجماعي.

ونظراً لأهمية المجامع الفقهية، ومكانتها الرفيعة، والحاجة إليها، فقد تأسس عدد من المجامع الفقهية في البلاد العربية والإسلامية، منها:

(١) **مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر:** صدر القرار بإنشائه عام ١٣٨١هـ / ١٩٦١م، وعقد أول مؤتمر له في القاهرة عام ١٣٨٣هـ / ١٩٦٣م، ويتألف من ٥٠ عضو من العلماء المختصين من المذاهب الإسلامية، ومنهم ما لا يزيد عن العشرين من غير المصريين، ويكون نصف الأعضاء متفرغين لعضويته، ويعين العضو بقرار من رئيس الجمهورية، ويكون شيخ الأزهر رئيساً له، وله عدة لجان، أهمها لجنة البحوث الفقهية التي تتبعها لجان فرعية للأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة، وجرى تعديلات كثيرة له.

(٢) **المجمع الفقهي الإسلامي،** التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وأنشئ سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م، ويتألف عدد من العلماء المتميزين بالنظر الفقهي والأصولي، من كبار علماء السعودية، ومن هيئة كبار العلماء، ومن أساتذة الجامعات،

(١) المعجم الوسيط / ١ / ١٣٦.

ويضاف لهم عدد من المفتين والعلماء من العالم العربي والإسلامي، ويصدر قرارات وتوصيات، ويطبعا، وينشرها^(١).

(٣) **مجمع الفقه الإسلامي الدولي**، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ويعد أوسع المجامع، ولو نظرياً؛ لأنه يشمل جميع البلاد العربية والإسلامية، ويتألف من أعضاء عاملين، لكل دولة عضو، يتم تعيينه من قبل دولته، مع أعضاء آخرين من العلماء والفقهاء في البلاد الإسلامية، والجاليات المسلمة، ويضم عدداً من الخبراء المختصين بالفقه والقانون والطب، والصيدلة، والمخبر، والمحاسبة والاقتصاد، وغير ذلك، وأنشئ بقرار مؤتمر القمة الإسلامي سنة ١٤٠١هـ / ١٩٨١م، وانعقد المؤتمر التأسيسي في مكة المكرمة سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م، وخصصت الدورة الأولى للمؤتمر سنة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٤م لدراسة نظامه، وخطته، وتكوين مجلسه، وشعبه الرئيسية، ومنها شعبة الفتوى، ويصدر قرارات وتوصيات في كل مؤتمر^(٢).

(٤) **مجمع الفقه الإسلامي بالهند**؛ وأنشئ عام ١٩٨٨م، وشكل هيكله الإداري من علماء الهند وعلماء من العالم الإسلامي، ويشارك في ندواته السنوية نخبة من العلماء يزيد عددهم عن ستمائة عالم، ويتم انتخاب الأعضاء من كبار العلماء والفقهاء، مع الاختصاصيين في الطب والاجتماع والقانون وعلم النفس والاقتصاد، ويصدر قرارات وتوصيات بعد كل مؤتمر^(٣).

(٥) **المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث**، وهو هيئة علمية متخصصة مستقلة، ومقره في إيرلندا، ويضم عدداً من علماء العالم العربي والإسلامي والأقليات المسلمة، وعقد اللقاء التأسيسي له سنة ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م، تلبية من اتحاد المنظمات الإسلامية في أوروبا، وحضر ما يزيد عن ١٥ عالماً، وأقر نظامه الأساسي، وعقد حوالي عشرين دورة، وأصدر القرارات والتوصيات^(٤).

(٦) **مجمع الفقه الإسلامي بالسودان**، الذي اعتمد عام ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م، ويضم أربعين عضواً من الفقهاء والعلماء والخبراء السودانيين، وله هيئة للمستشارين من ممثلي المجامع الفقهية والبحثية من خارج السودان، وتصدر عنه مجلة حولية فيها قرارات المجمع^(٥).

-
- (١) مجلة المجمع الإسلامي، مكة المكرمة، السنة ٢٠، العدد ٢٣، قرارات وتوصيات أهم المؤتمرات التي عقدتها رابطة العالم الإسلامي عام ١٤٨١ - ١٤١٢هـ، ويصدر مجلة تتضمن قرارات وتوصيات المجمع، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م، الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ٢٣٣.
- (٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، طبع قطر، ٢٠٠٣م، الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ٢٣٨.
- (٣) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بالهند، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م، الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ٢٤٤.
- (٤) الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ٢٥٢، فتاوى فقهية معاصرة، الزحيلي ص ١١٧.
- (٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بالسودان، العدد ٥، سنة ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.

(٧) **مجمع فقهاء الشريعة في أمريكا**، وهو مؤسسة علمية تسعى لبيان أحكام الشريعة فيما يعرض للمقيمين في أمريكا من النوازل، ومقرها واشنطن، ويتكون من مجموعة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها، وفيه لجنة دائمة للفتوى، ولجنة المستشارين للإفتاء، وعقد المؤتمر التأسيسي له عام ٢٠٠٢م، وتم فتح مكتب له بالقاهرة، وأصدر القرارات والتوصيات^(١).

وغير ذلك من المؤسسات الجماعية للفتوى بأسماء مختلفة، مثل هيئة كبار العلماء، واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، وكتلتاهما بالسعودية، ورابطة علماء المغرب، ومجلس الفكر الإسلامي بباكستان، وغير ذلك^(٢).

ثانياً: أهداف المجمع الفقهية وأعمالها:

حددت المجمع الفقهية أهدافها وأعمالها، وهي أهداف شرعية نبيلة، وأعمال فقهية جسيمة وجليلة، ونلخص أهمها فيما يلي^(٣):

- (١) **التوصل إلى حلول المشكلات الناجمة عن التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والصناعية** والتطورات الحديثة، والمشكلات التعليمية والثقافية التي تواجه المجتمع الإسلامي، وخاصة الجاليات والأقليات المسلمة.
- (٢) **الحصول على فتاوى وآراء العلماء المحققين المعاصرين**، والمؤسسات الدينية الموثوق بها في القضايا المستجدة.
- (٣) **استعراض ما يثار من الشبهات**، ويورد من الإشكالات حول الأنظمة الإسلامية من قبل المستشرقين والآخرين، وتقديم الرؤى الصحيحة عنها.
- (٤) **الإجابة عن الأسئلة الجديدة** والتحديات المواجهة للإسلام بما يوافق العصر، ودراسة مشكلات الحياة المعاصرة، والاجتهاد فيها لتقديم الحلول النابعة من الشريعة الإسلامية فيها.
- (٥) **إحياء التراث الفقهي ونشره**، ووضع المعاجم الفقهية، والموسوعات الفقهية الاقتصادية، والأصولية، والقواعد الفقهية، وأصول الفقه.
- (٦) **دراسة واقع الأمة الإسلامية**، والمشكلات التي تواجهها، وإيجاد الحلول الصحيحة على أساس الكتاب والسنة وإجماع أهل العلم وبقيّة المصادر المعتمدة في الفقه الإسلامي، كالاقتصاد الإسلامي، والمصارف، والفلك، والتأمين، والقضايا الطبية والمخبرية، والسوق المالية، والأسهم، والسندات، والشركات، والأحوال الشخصية

(١) الاجتهاد الجماعي، الخالد ص٢٥٧.

(٢) انظر: فتاوى فقهية معاصرة، الزحيلي ص١١٧، ١١٨.

(٣) مجمع الفقه الإسلامي بالهند ص٢٣، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص١٧، قرارات المجمع الفقهية الإسلامي بمكة المكرمة ص١٣، الاجتهاد الجماعي، السوسوة ص١٠٧، الاجتهاد الجماعي، الخالد ص٢٣٠ وما بعدها.

الطارئة، والجديد في العبادات، وقضايا المسلمين في العالم الإسلامي، وخدمة الإسلام والمسلمين، وسائر المستجدات ذات الطابع العام أو المعقد أو المتشعب بين عدة علوم.

(٧) **دراسة القضايا الفقهية المختلف فيها** بين المذاهب، وتحتاج إلى الانتقاء والترجيح لتنظيمها وتشريعها والالتزام بها، وخاصة ما قرره الفقهاء القدامى بناء على العرف والمصلحة، وما للزمان والمكان دور في حكمه، حسب المتغيرات، ودراسة وتحقيق الموضوعات الفقهية في ضوء مقتضيات العصرية.

(٨) **تجديد الثقافة الإسلامية**، وتجريدها من الفضول والشوائب وآثار التعصب المذهبي والسياسي والديني، وتجليتها في جوهرها الأصيل الخالص.

(٩) **المساهمة في نشر الدعوة** وتبليغها بالحكمة والموعظة الحسنة، وجمع كلمة الأمة الإسلامية في القضايا الكبرى، وتحقيق الوحدة الإسلامية نظرياً وعملياً عن طريق السلوك الإنساني ذاتياً واجتماعياً ودولياً، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

(١٠) **تقنين الفقه الإسلامي** عن طريق لجان متخصصة، واستمداده من مختلف المذاهب، وبما يتناسب مع الزمان والمكان وتطور العصر، وإعداد تقنين ميسر للأحكام الفقهية في أبواب الأسرة والمعاملات المالية يكون مرجعاً لجهات التحكيم الناشئة في الغرب^(١)، وإبراز تفوق الفقه الإسلامي على غيره من القوانين والأنظمة.

(١١) **التعاون والارتباط والتنسيق** مع هيئات الفتوى والرقابة الشرعية، ومراكز البحوث العلمية، ومجالس البحوث الفقهية، وإيجاد الروابط مع جميع المؤسسات الفقهية.

(١٢) **البحث عن الحلول لمستجدات العصر الحديث**، ولما دعت تغيرات الظروف إلى استئناف البحث والدراسة فيه من القضايا القديمة في ضوء أصول الفقه الإسلامي، وعن طريق التحقيق والاجتهاد الجماعي.

(١٣) **استعراض الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية** حول تشريع وتطبيق القوانين الإسلامية، ونشر نتائجها.

(١٤) **إيجاد التقارب بين علماء الساحة الأوروبية**، والعمل على توحيد الآراء الفقهية فيما بينهم حول القضايا الفقهية المهمة.

(١٥) **إصدار فتاوى جماعية** تسد حاجة المسلمين في أوروبا، وأمريكا، وتحل مشكلاتهم، وتنظم تفاعلهم مع المجتمعات الأوروبية، والأميركية، في ضوء أحكام الشريعة ومقاصدها، وخاصة فيما يعرض على المجامع من قضايا ونوازل.

(١٦) **إصدار البحوث والدراسات الشرعية** التي تعالج الأمور المستجدة بما يحقق مقاصد الشرع ومصالح الخلق، وتعالج أوضاع المسلمين في أوروبا وأمريكا.

(١) من ذلك ما يقوم مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا الآن بإعداد وثيقة الأحوال الشخصية للجاليات الإسلامية في البلاد غير الإسلامية، وتمّ وضع نموذج، وورقة عمل في ذلك، ويتم العمل على وضع مذكرة إيضاحية لها.

- (١٧) **ترشيد المسلمين عامة، وشباب الصحوة الإسلامية خاصة، عن طريق نشر المفاهيم الإسلامية الأصلية والفتاوى الشرعية القويمة.**
- (١٨) **معاونة المؤسسات المالية الإسلامية بإعداد البحوث والدراسات، وابتكار صيغ التمويل، وعقود الاستثمار، وتقديم ما تطلبه من الفتاوى والاستشارات، وتدريب كوادرها على ذلك.**
- (١٩) **دعم التعاون بين الجامعات الفقهية والهيئات الفقهية الأخرى للوصول إلى ما يشبه الإجماع الكوني على الملزم من قضايا الأمة وثوابتها.**
- (٢٠) **دعم أنشطة لجان التحكيم الشرعي التي تقيمها الجاليات الإسلامية في البلاد الغربية.**
- (٢١) **معالجة قضايا المواطنة في البلاد غير الإسلامية، وما تفرضه من حقوق وواجبات على المسلمين، وإنشاء صندوق المجمع للزكاة والتكافل الاجتماعي^(١).**

ثالثاً: مرجعية المجمع الفقهية:

إن أهمية المجمع الفقهية، والأهداف السامية التي تسعى إليها، والاختصاصات التي تضطلع بها، والأعمال والإنجازات المفيدة التي صدرت عنها، جعلتها أملاً كبيراً في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، وتطلعت الأنظار في العالم الإسلامي إلى المجمع الفقهية لتساهم بدور فاعل، وأساسي في المساهمة في القضايا المالية، والاقتصاد الإسلامي، لتقدم المشاريع والأنظمة للمؤسسات، وتقدم الحلول والفتاوى والقرارات التي تثير الطريق، وتحدد المسار، وتواكب التطور العالمي، وتواجه المستجدات الطارئة، لتصبح المرجعية الشرعية الأساسية في هذا المضمار، لما تتمتع به من أهلية بتكوينها من كبار علماء الأمة وفقهائها، ولأنهم يمثلون مختلف البلاد الإسلامية، وينتمون لجميع المذاهب الفقهية المنتشرة في العالم، وتصدر قراراتها بعد كتابة البحوث المتعددة في موضوع واحد من عدد من العلماء، ثم تطرح للمناقشة الحرة والجماعية والعلنية، ويوافق عليها جميع الأعضاء أو الأغلبية، وبعد الاستعانة بآراء أصحاب الاختصاص من العلوم الأخرى، وتحسن صياغتها، وتتلّى جهاً وعلناً، ثم تطبع وتشر عالمياً.

كل ذلك يضي على القرارات هيبية، وقبولاً، واحتراماً، وتقديراً، بل وتسليماً من جميع المستويات الرسمية والشعبية، والفقهية والعلمية، والثقافية والاجتماعي، وهذا أقصى ما يتطلع إليه المسلمون اليوم، ويتفق مع مصادر الفقه الإسلامي، ويقرره علماء أصول الفقه فيه، ليكون الحكم الفقهي ملزماً للمسلمين، ومحققاً للغاية والهدف.

(١) تفرد كل مجمع بهدف أو أكثر يتناسب مع خصوصيته، بحسب منظمته أو إقليمه، أو الظروف العامة التي نشأ فيها، انظر: الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ٢٦٣ وبعدها، وانظر: المرجع السابق ص ٣٤٧.

وتعتمد القرارات المجمعية في أسلوبها ووسائلها في البحوث والمدارسة على التشاور والاجتهاد الجماعي، وقد تعهدت بتقنين الفقه الإسلامي، وتقديم الحلول لمشكلات الأمة، وإيجاد البدائل لما تقوم به المؤسسات الأخرى بما يخالف الشريعة، ولذلك أصبحت البحوث الفقهية، والدراسات الإسلامية، والمؤسسات والندوات تتوشح بقرارات المجامع الفقهية، فتصدر كلامها بها، أو تعتمد عليها في الاحتجاج والترجيح وتحديد المواقف التي تبغي وجه الله تعالى.

إن هذه الميزات والخصائص والأهداف تخول المجامع الفقهية أن تكون المرجعية الفقهية العليا للمسلمين، وللعالم الإسلامي، وفي المقدمة مجمع الفقه الإسلامي الدولي الرائد الذي يرتقي إلى القمة، ويتحمل المسؤوليات العظمى، وخاصة إذا تداركت المجامع الفقهية، ما يوجه إليها من ملاحظات، وتجاوزت العقبات والصعوبات والتحديات التي تواجهها.

وأما كيفية تفعيل ذلك، وتطبيقه، وآلياته وصيغته، فسوف يأتي مفصلاً في المبحثين الرابع والخامس.

رابعاً: إلزام المؤسسات المالية الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية:

اتفق علماء العصر وفقهاؤه، الدارسون للرقابة الشرعية في المؤسسات المالية والمصارف اليوم على وجوب إلزام المؤسسة بقرارات هيئات الرقابة الشرعية، وأن مجرد تسمية ما يصدر عنها أنه فتاوى شرعية، وأن الفتوى الشرعية هي الإخبار عن الحكم الشرعي بدون إلزام، فهذه التسمية لمجرد المشاكلة، وتعريف الفتوى الشرعية عامة بذلك لتمييزها عن حكم القاضي الذي يخبر عن الحكم الشرعي مع إلزام تطبيقه.

وإلزام قرارات هيئات الرقابة الشرعية، كما سيأتي، أمر ضروري وأساسي، لتتفق مع بواعث وجودها، ولتتحقق الأهداف المرجوة منها، ولتتسجم مع إيجابياتها، ولتتجنب مسالبها وسيئاتها.

وإذا كان الأمر كذلك، ورأينا ميزات المجامع الفقهية، وخصائصها، وأهدافها، ومرجعيتها، وما سيأتي في الفتوى الجماعية، فإن ذلك يقتضي أن تكون قرارات المجامع الفقهية ملزمة للمؤسسات المالية الإسلامية من جهة، ولهيئات الرقابة الشرعية من جهة أخرى، ليتم التنسيق بين الجميع، ويتحقق التعاون والتقارب ووحدة الكلمة ووحدة الأمة، وترجم الأقوال إلى وقائع، والأهداف إلى تطبيق، والآمال إلى حقائق، وتستطيع المؤسسات المالية الإسلامية الاتصال مع المجمع الفقهي الإقليمي، والتنسيق معه، وكل ذلك بما لا يتعارض مع قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي الصادرة في الموضوع ذاته.

وهذا الهدف ينحصر في القضايا العامة، والمسائل المشتركة بين المؤسسات المالية الإسلامية، ويترك التفاصيل من جهة، والجوانب الجزئية والفرعية من جهة أخرى، لكل

مؤسسة على حدة، بما يتناسب مع نظامها، وظروفها الزمانية والمكانية، وبما تواجهه من مشكلات ومصاعب وأزمات.

المبحث الثاني هيئات الرقابة الشرعية

إن هيئات الرقابة الشرعية هي الذراع الرئيسي للمجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، وهي الطرف المقابل للمجامع الفقهية للتعاون في هذا الخصوص، ولذلك نعرض بواعثها، وأهدافها، وتقييمها.

أولاً: بواعثها:

كان من نتيجة الاحتلال الأجنبي للبلاد العربية والإسلامية، وفرض مؤسساته الاقتصادية عليها، وكان لتقارب المسافات في العصر الحاضر بين دول العالم، وشيوع الفكر العالمي، وخاصة في الاقتصاد والمؤسسات المالية، أن فتحت المؤسسات المالية، والبنوك التجارية التقليدية، في جميع البلاد العربية والإسلامية، وهي تطبق الأنظمة الأجنبية غالباً.

ثم تنبه المسلمون من غفوتهم، وظهرت الصحوحة الإسلامية في القرن الرابع عشر الهجري/ القرن العشرين الميلادي، ونادى العلماء بضرورة إنشاء المؤسسات المالية والمصارف حسب النظام الإسلامي، وتمَّ حصول ذلك فعلاً، وكانت حلماً فصارت حقيقة حتى تجاوز عددها المئات، ونصت معظم المؤسسات والمصارف الإسلامية، على ضرورة الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، ولكن القائمين على إدارة هذه الأعمال بعيدون غالباً عن اختصاص الفقه الإسلامي، ومعرفة الأحكام الشرعية في استثمار الأموال، فكان ذلك باعثاً لوجود هيئة شرعية متخصصة، أو وجود مستشار شرعي، أو تعيين رقيب شرعي على الأقل في كل مؤسسة، لبيان المنهج الإسلامي في الأنظمة والتعامل والعقود بما يوافق الشريعة الغراء، والتأكد من مشروعيتها والتحذير من المخالفات، والأنظمة المستوردة، أو المتسللة من الأنظمة الغربية، وتقديم البديل الشرعي عنها، مع مراقبة الأعمال اليومية في المؤسسات الإسلامية، ومراجعة سائر ما يصدر عنها، للتأكد من صحتها، وموافقتها لأحكام الفقه الإسلامي، وغير ذلك مما سيأتي في وظيفتها، وأن هذه المؤسسات المالية لا يمكنها النجاح في أي حال من الأحوال بدون الاعتماد على خبراء متخصصين يفصلون لها فقه المعاملات، ويؤصلون لها الحلال من الأعمال العصرية ولذلك فإن الضمان لالتزام المؤسسات والمصارف الإسلامية بأحكام الشريعة يوجب وجود رقابة شرعية، تتابع أعمال المؤسسة والمصرف، لتكمل المشروعية، وصحة المسار، وسلامة الغايات والوسائل والأدوات^(١).

(١) في فقه المعاملات المالية المصرفية، حماد ص ٣٦٠، الضوابط الشرعية لمسيرة المصارف الإسلامية، أبو غدة ص ٤٢٩، الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية، شابرا وخان ص ٣٩، دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، بحث الشريف ٢/ ٤٣٠، الرقابة الشرعية، القطان ص ٨، ٢١، ٢٥، الرقابة الشرعية، فرح ص ٦، الرقابة

يقول الأستاذ الدكتور الشيخ يوسف القرضاوي -حفظه الله تعالى: "لا يخفى أن الرقابة الشرعية ضرورة حتمية للمصارف الإسلامية"^(١)،

ولذلك تزامنت الرقابة الشرعية -غالباً- مع نشأة المصارف الإسلامية في العقد السابع من القرن العشرين، وواكبت نمو وتطوير حركات المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية لتؤدي دورها المأمول غالباً.

فالأصل أن المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية تلتزم في جميع معاملاتها ونشاطاتها وإدارتها وأعمالها بالشرعية الإسلامية ومقاصدها، لتحقيق ما يهفو إليه المجتمع الإسلامي من الكسب الحلال، والتفويض بظلال الشريعة الغراء، لتتسجم حياته مع عقيدته .

ثانياً: وظيفة الهيئات الشرعية ومهامها واختصاصاتها:

نص معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم ١ على وجوب تعيين هيئة للرقابة الشرعية، وبدأ بتعريفها فقال: "هيئة الرقابة الشرعية جهاز مستقل من الفقهاء المتخصصين في فقه المعاملات، ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من غير الفقهاء على أن يكون من المتخصصين في مجال المؤسسة المالية الإسلامية، وله إمام بفقهاء المعاملات...، ولها الاستعانة بمختصين في إدارة الأعمال والاقتصاد والقانون والمحاسبة وغيرهم"، ثم حددت وظيفتها بشكل عام بأنها "توجيه نشاطات المؤسسة ومراقبتها، والإشراف عليها، للتأكد من التزامها بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية" وأن تكون "فتاواها وقراراتها ملزمة للمؤسسة"^(٢).

ونصت بعض أنظمة هيئات الرقابة الشرعية وتعليماتها على وظيفتها ومهامها، وعرضها عدد من الباحثين^(٣)، ونلخصها بالأمور الآتية:

(١) **مراجعة نظام المؤسسة المالية** وسائر التعليمات واللوائح للمؤسسة للتأكد من كونها متفقة مع الأحكام الشرعية وخالية من المحظورات الشرعية، ومتابعة الوجود الشرعي باستمرار، والمشاركة بذلك عند وضع نظام المؤسسة.

الشرعية، السعد ص٧، ١١، ٢٤، الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص٢٠، دور الرقابة الشرعية، الصالح ص٢٤.

(١) تفصيل آليات الرقابة على العمل المصرفي، ندوة البركة التاسعة عشرة، مكة المكرمة، ١٤٢١هـ.

(٢) معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، المادتان ٢، ٧، وانظر: المصارف الإسلامية، الزحيلي ص١٦٧، الرقابة الشرعية، فرح ص١٠.

(٣) دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، بحث الشريف ٢/ ٤٣٠، في فقه المعاملات، حماد ص٣٦٥، الرقابة الشرعية، فياض ص٢٨، الرقابة الشرعية، السعد ص١٠، الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية، ناصر ص٢٣، ١٦٥، تفعيل آليات الرقابة، القرضاوي ص٣، الرقابة الشرعية، داود ص٢١ وما بعدها، الرقابة الشرعية والتحديات المعاصرة للبنوك الإسلامية، فياض ص٢٥، المصارف الإسلامية، وهبة الزحيلي ص١٦٥، ١٦٨، قانون إحداث المصارف الإسلامية في سورية، المادة ١٠، التشريعات المصرفية الإسلامية، البعلي ص٨٢، ٩٢، الرقابة الشرعية، فرح ص٥، ١٢، ١٥، قرار مجموعة البركة رقم ٣ لعام ٢٠٠٢م بعنوان اللائحة الداخلية لبيئة الرقابة الشرعية الموحدة لمجموعة دلة البركة المصرفية، دور الرقابة الشرعية، صالح ص١٥، ٢٣.

- (٢) دراسة نماذج العقود والتطبيقات لدى المؤسسة لمراجعتها وتصحيحها، وإقرار الموافق للشرع، والتحقق من خلوها من المحظورات الشرعية، لإلغائه، ومتابعة أعمال المؤسسة، وتيسير أنشطتها المختلفة.
- (٣) وضع نماذج العقود والاتفاقات لجميع معاملات المؤسسة، وتعديل وتطوير النماذج المذكورة عند الاقتضاء، مع الحفاظ على المرونة والاستمرار الناجح في ابتكار أدوات جديدة، وصيغ استثمارية منضبطة شرعاً.
- (٤) إعداد العقود والاتفاقات التي ترغب المؤسسة إبرامها مما ليس له نماذج موضوعة من قبل.
- (٥) تقديم البدائل الشرعية للمنتجات المالية التقليدية التي تخالف الشريعة، وبيان الأسس الشرعية لها، والإجراءات اللازمة لتطبيقها.
- (٦) مراقبة أعمال المؤسسة وأنشطتها للتأكد من التطبيق والتنفيذ العملي السليم الموافق للشرع.
- (٧) متابعة تحقيق أهداف المؤسسة الإسلامية تنظيمياً، وتطبيقاً، مع المراجعة الدورية لأعمال ونشاطات المؤسسة.
- (٨) إبداء الرأي في صيغ العقود اللازمة لأنشطة المؤسسة والمصرف وأعمالها.
- (٩) الرد على الأسئلة والاستفتاءات والاستفسارات الفقهية التي توجهها إدارة المؤسسة الإسلامية، وفروعها، والعاملين فيها، والمساهمين والمتعاملين معها طوال العام لبيان الفتوى والحكم الشرعي فيها.
- (١٠) التعاون مع إدارة المؤسسة على تنمية الفكر المصرفي الإسلامي، وتوعية العاملين في المؤسسة، والمتعاملين معها ما أمكن، وتأكيد الالتزام بالمبادئ الشرعية والأحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية، وذلك عن طريق الندوات، والدورات التثقيفية وبرامج التدريب، وتقديم العون لهم بالإرشاد للكتب والبحوث والدراسات التي تساعد في ذلك، مع التذكير بالالتزام بالأداب الشرعية في التصرفات الخاصة، وأثناء التعامل مع الزملاء في العمل، أو مع سائر المتعاملين مع المؤسسة، ليكونوا قدوة عملية، وصورة مشرقة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الثقة في التعامل معها.
- (١١) المساهمة في حل المنازعات الواقعة في المؤسسة داخلياً، أو بين المؤسسة والآخرين.
- (١٢) تقديم التقرير السنوي المقرر تقديمه في اجتماع الجمعية العمومية، لبيان ما قامت به الهيئة الشرعية، وتأكيد مدى التزام المؤسسة بأحكام الشريعة من خلال المطالعات والمراجعات للمعاملات والصيغ والمستندات، والتنبيه على جوانب الخطأ والخلل، والتوصية بما تراه مناسباً، والرد على الأسئلة أمام الجمعية العمومية، وبيان مدى تجاوب الإدارة والعاملين لتوجيهاتها وقراراتها، ويكون التقرير بمثابة شهادة على عمل المؤسسة من الناحية الشرعية.

وينتج عن مهام هيئة الرقابة الشرعية، وممارسة أعمالها في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية إلى نتيجة معنوية مهمة، وهي اطمئنان العملاء إلى مشروعية كافة الأعمال التي تقدمها المؤسسة أو المصرف، وأن مساهمتهم مشروعية، وأن مكاسبهم وأرباحهم حلال ومتفقة مع عقيدتهم وسلوكهم الإسلامي في الحياة، بالإضافة إلى مهام الهيئة الشرعية في الإفتاء الشرعي، وتقديم الاستشارات، والمراقبة والتدقيق للأعمال، وإعطاء التعليمات التصحيحية والبدائل لما تجده مخالفاً^(١).

ثالثاً: تقييم هيئات الرقابة الشرعية

إن هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية حديثة العهد، وهي في طور النمو والتحديث، وإن أنظمتها شهدت تطوراً وتوسعاً في الخبرات والأشكال والدرجات وغيرها.

كما أن الرقابة الشرعية ذاتها متفاوتة تفاوتاً كبيراً في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، فتتعدم أحياناً، وتقتصر على أنها شكلية أحياناً، وتكتفي بالحد الأدنى أحياناً، مثل وجود مجرد مراقب شرعي، أو مستشار ديني، كما تتفاوت أنظمتها، وأعمالها، واجتماعاتها، وأثرها الاستشاري أو الإلزامي، وغير ذلك.

ولسنا هنا في مجال التقييم الكامل لهيئات الرقابة الشرعية، لأن لها مجالها الخاص، وإنما نكتفي بالإشارة إلى الصعوبات التي تواجهها، وذكر أهم إيجابياتها، وبعض سلبياتها، تعداداً، ومن أراد المزيد فيمكنه الرجوع إلى المصادر والمراجع والبحوث الخاصة بذلك^(٢).

رابعاً: أهم إيجابيات هيئات الرقابة الشرعية:

- ١ إنها أهم المنجزات والانجازات الباسقة في هذا العصر، وقامت بدور التنظير والتأصيل والمراقبة الشرعية، وهي خصيصة أساسية، وخصوصية جوهرية تميزت بها المؤسسات المالية الإسلامية.
- ٢ حققت الغطاء الشرعي للمؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، ليتحقق الانسجام بين الاسم والمسمى، وضمن مطابقتها للشريعة، ومنحتها الهوية الإسلامية الصادقة.
- ٣ أفرزت حلولاً كثيرة للمعضلات التي تواجه المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، واتسمت تقاريرها بالصراحة والوضوح ليطمئن جمهور المساهمين والعاملين والمتعاملين.

(١) المراجع السابقة.

(٢) دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، بحث الشريف ٢ / ٤٣٢، ٤٤٠، الرقابة الشرعية، فياض ص ٧، ٢٧، ٢٩، الرقابة الشرعية، القطان ص ١٣، ١٥، ٢٣، ٢٧، الرقابة الشرعية، فرح ص ٨، ٢٢، الرقابة الشرعية، داود ص ٣٣، ٣٤، ٣٩، دور الرقابة الشرعية، لال الدين ص ٢٠، التشريعات المصرفية الإسلامية، البعلي ص ٥١، الرقابة المصرفية، ناصر ص ١٤.

- ٤ أوجدت كثيراً من الأدوات والآليات والعقود المالية التي تستخدمها المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية.
- ٥ تتمتع فتاوى وآراء معظم هيئات الرقابة الشرعية بالإلزام في التطبيق، والتعديل، والتنفيذ في بعض المؤسسات والمصارف، وأصبح ذلك عرفاً معمولاً به في التزام الإدارة بتنفيذها.
- ٦ يتسم معظم هيئات الرقابة الشرعية بالعمل الجماعي غالباً، وهذا يضمن حسن النظر في المسائل المطروحة، وتمحيص الآراء فيها، ومنع التواطؤ، لا سمح الله، مع توفر الاختصاصات، وأهل الخبرة، لتحقيق مبدأ الشورى، وتعدد وجهات النظر.
- ٧ قدمت بعض الهيئات الشرعية أبحاثاً فقهية واقتصادية ومالية، وقامت بتدوين ونشر الفتاوى الشرعية في المجالات المذكورة فأثرت المكتبة الإسلامية، وأصدرت العديد من النشرات والكتيبات والمقالات المفيدة.
- ٨ ساهمت بعض الهيئات الشرعية في التوعية الدينية، ونشر الثقافة الإسلامية، للعاملين، ولعموم المتعاملين مع المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، مما زاد الوعي الإسلامي حاضراً في هذا المجال، وقامت بالرد على الاستفسارات، والاشتراك في الدورات التدريبية التي تعقد للعاملين والراغبين.
- ٩ قامت بعض هيئات الرقابة الشرعية بمراجعة الخسائر، للثبوت من وقوعها، وتحديد مدى مسؤولية الإدارة عنها، وساهمت في حل المنازعات بين المؤسسة المالية أو المصرف وبين الآخرين، وذلك بالمشاركة في هيئات التحكيم المشكلة لذلك، أو المنصوص عليها في الأنظمة^(١).

خامساً: أهم سلبيات هيئات الرقابة الشرعية:

- (١) عدم وجود هيئة رقابة شرعية أصلاً في بعض المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية.
- (٢) الاقتصار أحياناً على مراقب شرعي داخلي، أو خبير شرعي واحد، أو مستشار ديني.
- (٣) تعيين هيئة رقابة شرعية من غير المختصين أصلاً في الشرعية، أو من غير المختصين في فقه المعاملات المالية.
- (٤) عدم قيام هيئة الرقابة الشرعية بالدور الكامل المنوط بها، والاقتصار على بعض وظائفها، أو الحد الأدنى من أعمالها، مثل ضعف الرقابة على الاستثمارات المحلية، وقصور الضبط الشرعي في التعامل مع البنوك غير الإسلامية، وعدم المشاركة في وضع نظام اختيار العاملين، وعدم المشاركة في تعيينهم.
- (٥) تضارب الأقوال والفتاوى حتى في القطر الواحد، لانقطاع العلاقة في الأغلب مع الهيئات الشرعية الأخرى، لاختلاف الأنظمة بينها، والأخذ أحياناً بتتبع الرخص،

(١) المرجع السابقة.

وزلات العلماء، والأقوال المرجوحة، والحيل الفقهية، وتقليد من لا يجوز تقليده لمخالفته النص أو الإجماع أو القياس الجلي^(١).

(٦) يشير الواقع العملي كثيراً أن هيئات الرقابة الشرعية أو اللجان الشرعية لا تتمتع بالقوة لتحقيق أهدافها، وأن لها الحق في إصدار الفتوى، وليس لها الحق في التفتيش والمتابعة والتأكد من التنفيذ.

(٧) تتعدد الجهة التي تعين هيئة الرقابة الشرعية، وفي بعض الأحيان تتأثر، أو تتلقى، أو تراعي توجيهات الجهة التي عينتها، أو التي تتبعها.

(٨) عدم التفرغ للعمل، ومعظم الأعضاء يجمعون بين وظائفهم الخاصة والرقابة، والأنكى من ذلك اشتراك بعضهم في عدة مؤسسات، قد تصل إلى حد الخيال، مما يضعف الرقابة، ويجعلها شبه صورية وشكلية وهامشية.

(٩) عدم التزام المؤسسات والبنوك الإسلامية بقراراتها وفتاويها، واعتبارها مجرد نصائح وإرشادات، مع ضعف التقارير الرقابية.

(١٠) يكاد أن تنعدم علاقات التنسيق بين هيئات الفتوى الرسمية في كل دولة، وبين هيئة أو هيئات الرقابة الشرعية، ولعل السبب تباين الاختصاص في المسائل والقضايا والموضوعات التي تدرسها كل منها، كما ينذر التنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية في القطر الواحد، فكل لجنة في مؤسسة أو مصرف تعمل باستقلال تام، وانفصال محكم عن غيرها.

(١١) يتم فرض كثير من المعايير التقليدية في المصارف التجارية، وكثير من الأدوات والعقود والصيغ فيها، على المصارف الإسلامية بحيث تعرقل وتشوش على الرقابة الشرعية، بل وصل الأمر إلى تسرب عدد كبير من الموظفين في الأولى إلى الثانية، مما أثار كثيراً من الصعوبات أمام هيئة الرقابة الشرعية وتنفيذ قراراتها^(٢).

ونج عن هذه السلبيات وغيرها ضعف الثقة بالرقابة الشرعية، واهتزازها في بعض المؤسسات المالية، وظهور مخالفات شرعية أحياناً، ووجود شروط في العقود مما لا يصح اشتراطها، وضياع بعض حقوق العاملين فيها، أو المتعاملين معها، مما يستدعي ضرورة التنسيق مع المجامع الفقهية لترشيد المسيرة، وضمان الجودة والسلامة، وتحقيق الأهداف والغايات.

(١) صدر نقد شديد، وتصوير خطير في ذلك من الدكتور رفيع المصري، بحوث في المصارف الإسلامية ص ٣٥٤-٣٥٥، وانظر: المراجع السابقة.

(٢) الرقابة الشرعية، السعد ص ٢٤ وما بعدها.

المبحث الثالث الفتوى الجماعية

إن السبب الرئيس لتمييز المجامع الفقهية، وهيئات الرقابة الشرعية، هو قيامها على الفتوى الجماعية، وتجنب الفردية المعرضة للخطأ، وهذا يدعونا لدراسة هذا العنوان.

أولاً: تعريف الفتوى الجماعية:

الفتوى اصطلاحاً: هي الإخبار عن الحكم الشرعي، على غير وجه الإلزام^(١)، وهذا يشمل الإخبار عن الأحكام الشرعية الواردة في القرآن والسنة وكتب المذاهب الفقهية، والإخبار عن الحكم الشرعي للنوازل التي تقع، وللمستجدات التي تطرأ، وللمسائل التي توجه للعالم، لتتزيل الحكم عليها، وقيد "على غير وجه الإلزام" لتفريقها عن حكم القاضي الملزم.

ولكن فتاوى هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية ملزمة كحكم القاضي، مما يزيد في أهميتها وخطورتها وحاجتها للدقة ومزيد الدراسة والبحث.

وكذلك قرارات المجامع الفقهية تحتل منزلة رفيعة في القبول، والاعتماد عليها، والثوق بها، والاحتجاج بما ورد فيها على مختلف المستويات، والمؤمل أن تصبح ملزمة كالأنظمة والقوانين على الصعيد الرسمي والشعبي.

وتأخذ الفتوى صوراً عديدة، وأشكالاً مختلفة، ومن حيث الجهة أو الشخص الذي تصدر عنه الفتوى فهي إما الفتوى الفردية التي كانت شائعة، وإما الفتوى الجماعية بأن يوجه السؤال أو تعرض المسألة والقضية على لجنة أو هيئة أو مجمع أو مؤسسة أو ندوة أو مؤتمر فقهي، ويتم دراستها، والجواب عنها.

وإن تعلق الفتوى بحكم وارد في نص قطعي في القرآن والسنة، أو مجمع عليه، فهذا سهل، ويتم الإخبار عنه فوراً، ولكن ذلك قليل جداً ومحصور، وإن كان النص ظنياً، ويحتمل الاجتهاد والاختلاف، فهنا يحق لكل عالم أو مجتهد ولو جزئياً أن يجتهد لبيان الحكم الشرعي، ويخبر بالفتوى فيه، ولكن هذا الاجتهاد الفردي معرض للخطأ لعدم توفر العصمة لأحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومن هنا تظهر أهمية الفتوى الجماعية التي تقوم على الدراسة والبحث، وتعتمد على الاجتهاد الجماعي من عدد من العلماء أو المجتهدين، مع التداول فيما بينهم، والتشاور في الأدلة، والتحري عما يتصل بالموضوع، للوصول إلى الحكم أو القرار الذي هو أقل عرضة للخطأ، وأكثر قرباً من

(١) هذا تعريف البناني في حاشيته على جمع الجوامع ٢ / ٤٠١، ووردت تعريفات أخرى متقاربة لا مجال لعرضها، انظر: أعلام الموقعين ١ / ١٠، الفتوى في الإسلام، القاسمي ص ٤٤، أدب الفتوى للنووي ص ١٣، المجموع للنووي ١ / ٦٧، تعظيم الفتوى لابن الجوزي ص ٥١، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٢ / ٢١، المعتمد في الفقه الشافعي ٥ / ٤١٥.

الحقيقة والواقع، وأقرب للصواب، وأدعى للقبول والرضا والتطبيق على المستوى الرسمي والشعبي معاً.

ثانياً: مشروعية الفتوى الجماعية والدعوة إليها:

تمثل الفتوى الجماعية في هيئة، أو مجمع، صورة وضاعة وعملية، لتطبيق الشورى الذي أمر الله تعالى بها نبيه صلى الله عليه وسلم، فقال تعالى مخالفاً له: "فاعف عنهم، واستغفر لهم، وشاورهم في الأمر" آل عمران/ ١٥٩، ثم وصف الله تعالى بها عباده المؤمنين حقاً لهم على الالتزام بها كالصلاة والزكاة، فقال تعالى: "والذين استجابوا لربهم، وأقاموا الصلاة، وأمرهم شورى بينهم، ومما رزقناهم ينفقون" الشورى/ ٣٨.

ولا مجال هنا لبيان أهمية الشورى، وفضلها، وتطبيقها في السنة النبوية العملية، والدعوة إليها، وحرص العلماء عليها، والعمل بها منذ عصر الصحابة والخلافة الراشدة، وطوال التاريخ الإسلامي، والتزام الأئمة والفقهاء والقضاة السير عليها، وتأكيد ذلك في العصر الحاضر في الشؤون العامة، وفي الاجتهاد الجماعي، وفي إصدار الفتاوى والقرارات خاصة، ونشير لبعضها تأكيداً لذلك.

قال علي رضي الله عنه: قلت يا رسول الله، إن نزل بنا أمر ليس فيه بيان أمر، ولا نهي، فما تأمرنا؟ قال: "شاوروا الفقهاء والعابدين، ولا تُمضوا فيه رأي خاصة"^(١)، وفي حديث آخر عن علي رضي الله عنه، قال: قلت: يا رسول الله، الأمر ينزل بنا بعدك، لم ينزل فيه قرآن، ولم يسمع منك فيه شيء؟ قال: "اجمعوا له العابدين من أمتي، واجعلوه شورى بينكم، ولا تقضوا برأي واحد"^(٢)، وفي حديث ثالث أن النبي سئل عن الأمر يحدث ليس في كتاب ولا سنة، فقال: "ينظر فيه العابدون من المؤمنين"^(٣)، وطبق رسول الله صلى الله عليه وسلم الشورى مع أصحابه في وقائع عديدة كالنزول في بدر، وأسرى بدر، وفي الحديبية، وحضر الخندق، وإعطاء ثمر المدينة، والجمع للصلاة، وغير ذلك^(٤).

وطبق ذلك الصحابة رضوان الله عليهم، فكان أبو بكر رضي الله عنه، إن أعياه أن يجد في مسألة كتاباً أو سنة "جمع رؤوس الناس وخيارهم، فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على أمر قضى به"^(٥)، ومثل ذلك اجتماع المهاجرين والأنصار في سقيفة بني ساعدة للتفاوض

-
- (١) هذا الحديث رواه الطبراني في الأوسط، وقال البيهقي: رجاله موثوقون من أهل الصحيح، مجمع الزوائد ١ / ٤٢٨.
 - (٢) هذا الحديث رواه الخطيب في الفقيه والمتفقه ٢ / ٧٣، ٣ / ٢٧٧، ورواه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٣ / ٨١، ٨٢، وانظر: أعلام الموقعين ١ / ٦٨.
 - (٣) هذا الحديث رواه الدارمي، باب اتباع السنة ١ / ٤٧.
 - (٤) انظر صحيح البخاري ١ / ٢١٩ رقم ٥٧٩، ٤ / ١٥١٠ رقم ٣٨٩٣، صحيح مسلم ٤ / ٧٥ رقم ٣٧٧، ١٢ / ٩٧ رقم ١٧٧٠، سنن أبي داود ١ / ١١٦.
 - (٥) هذا الأثر رواه الدارمي ١ / ٥٨، وابن القيم في أعلام الموقعين ١ / ٦٥.

في شأن الخلافة، واستشارة أبي بكر رضي الله عنه الصحابة في شأن مانعي الزكاة، وفي قضية جمع القرآن، وغير ذلك^(١).

وكان عمر رضي الله عنه يفعل ذلك إذا لم يجد في الكتاب والسنة وسيرة أبي بكر، فقد ورد أنه "جمع علماء الناس واستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به"^(٢)، وكتب عمر رضي الله عنه إلى شريح كتاباً، وفيه: "فإن جاءك ما ليس في كتاب الله، ولم يسنه رسول الله، فاقض بما أجمع عليه الناس"^(٣)، وفي كتاب آخر: "فاجتهد رأيك، واستشر أهل العلم والصلاح"^(٤)، وفي كتاب ثالث: "فاقض بما قضى به الصالحون"^(٥).

ونقل الدارمي عن المسيب بن رافع، واصفاً المنهج الجماعي الذي كان الصحب الكرام ينتهجونه في التصدي للمشاكل العامة، فقال: "كانوا إذا نزلت بهم قضية ليس فيها من رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر اجتمعوا لها، وأجمعوا، فالحق فيما رأوا"^(٦).

وقال أبو الحسن الأزدي: "إن أحدهم ليفتي في المسألة، لو وردت على عمر بن الخطاب لجمع لها أهل بدر رضي الله عنهم، وكان عمر رضي الله عنه يشاور الصحابة، ولو كانوا حدثاء في السن، ما داموا أهلاً للاجتهاد كابن عباس رضي الله عنهما"^(٧).

وجمع عمر رضي الله عنه الصحابة للبحث في سواد العراق وغيره من الأراضي المفتوحة عنوة، وانتهى رأيهم بالاتفاق على إبقاء الأرض بيد أهلها، وعدم توزيعها على الغانمين^(٨).

وسار على هذا المنهج التابعون، وكان عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى يدعو فقهاء المدينة، ويقول لهم: "إني إنما دعوتكم لأمر تؤجرون عليه، وتكونون فيه أعواناً على الحق، ما أريد أن أقطع أمراً إلا برأيكم، أو برأي من حضر منكم"، وأنشأ يحيى بن يحيى الليثي قاضي الجماعة بالأندلس مجلساً للشورى للنظر في المشاكل الفقهية، وقد يصل العدد إلى ١٦ عضواً، ثم ضعف الأمر بعد ذلك لأسباب عدة، إلى أن تم إحيائه في العصر الحديث، وظهرت المجامع الفقهية، وهيئات الفتوى، والرقابة الشرعية^(٩).

-
- (١) انظر: صحيح البخاري ٣ / ١٣٤١ رقم ٣٤٦٧، ٢ / ٥٠٧ رقم ١٣٣٥، ٤ / ١٧٢٠ رقم ٤٤٠٢، صحيح مسلم ١ / ٢٠٠ رقم ٢٠، سنن الترمذي ص ٤٩٣ رقم ٣١٠٣.
 - (٢) هذا الأثر نقله ابن القيم في أعلام الموقعين ١ / ٦٦.
 - (٣) هذا الأثر نقله وكيع في أخبار القضاة ١ / ١٩٠، والدارمي ١ / ٦٠، وابن القيم، أعلام الموقعين ١ / ٩٠.
 - (٤) هذا الأثر نقله ابن القيم، أعلام الموقعين ١ / ٢٢٤.
 - (٥) هذا الأثر نقله ابن القيم، أعلام الموقعين ١ / ١٨٦، ٢٣٦، وانظر: تاريخ القضاء في الإسلام، الزحيلي ص ١١٨.
 - (٦) هذا الأثر رواه الدارمي، المسند ١ / ٤٦ وما بعدها.
 - (٧) هذا الأثر رواه الطبراني، مجمع الزوائد ١ / ٤٢٩.
 - (٨) علم أصول الفقه، خلاف ٥٠.
 - (٩) الاجتهاد الجماعي، السوسوة ص ٥٣، ٥٦، الاجتهاد الجماعي، الخالد ص ١٠٣ وما بعدها.

ثالثاً: آليات الفتوى الجماعية:

تتم الفتوى الجماعية في هيئات الرقابة الشرعية والمجامع الفقهية حسب الطريقة الآتية غالباً:

- ١ **تحديد المسألة:** إما من سائل عادي، أو مؤسسة عامة، أو جهة رسمية، وقد تبادر الهيئة أو المجمع لطرح مسألة مهمة، أو معالجة مستجدات طارئة.
- ٢ **دراسة المسألة:** يكلف أحد أعضاء الهيئة، وفي المجمع يكلف عدد من الأعضاء والخبراء بدراسة المسألة، وكتابة تقرير، أو بحث تفصيلي لها، مع بيان آراء الفقهاء وأدلتهم، ومناقشتها، والترجيح بينها، واختيار الرأي المناسب.
- ٣ **الاستعانة بأهل الخبرة:** يتم الاستعانة بأهل الخبرة في الاختصاص الذي تتعلق به الواقعة لكشف حقيقة الأمر، وواقعه، وأطرافه، وماله صلة به، وآثاره، لتكون المسألة واضحة تماماً، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.
- ٤ **العرض والمناقشة:** يطرح الموضوع كاملاً على أعضاء هيئة الرقابة، أو على أعضاء المجمع في مؤتمر عام، ويتم الاطلاع على الدراسات المعدة، ومناقشتها، وبيان الإيرادات عليها، والأجوبة عنها، والمداخلات حولها، علنياً وشفاهاً أو كتابةً أحياناً.
- ٥ **إصدار الحكم:** بعد المداولات والمناقشات والمداخلات، يختار الرأي الأقرب، أو الأصح، أو الأرجح، ويصاغ بصيغة عامة ودقيقة، ويعرض للتصويت العلني والعام، وتتم الموافقة عليه بالإجماع أو الأغلبية، ويصدر القرار النهائي بالحكم في المسألة.
- ٦ **طبغ الفتوى وإعلانها ونشرها:** يتم طباعة الفتوى، أو القرار المجمع، ويقرأ في اجتماع عام، ويعلن على الجمهور، ثم ينشر في الوسائل المتاحة.
- ٧ **إبلاغ الفتوى والقرار:** يتم إعلام الفتوى، أو القرار للجهة التي سألت عنه، كما يتم إبلاغه للجهات الرسمية، والشعبية للعمل بموجب، والتزام المؤسسات المالية الإسلامية به.

رابعاً: خصائص الفتوى الجماعية وميزاتها:

وتختص الفتوى الجماعية بالمميزات الآتية:

- (١) تجنب الأخطاء الواقعة في الفتوى الفردية، والاجتهاد الشخصي.
- (٢) تجنب التعصب المذهبي، وضيق الأفق، والنظرة المحددة، والاستبداد بالرأي.
- (٣) الاستفادة مما تحققه المشاورة من ثمار يانعة، ونتائج باهرة، من التعمق في الموضوع، والدقة في البحث والاستنباط، والقرب من الصواب، والشمولية في فهم المسألة، والتمحيص للآراء والحجج^(١).

(١) يقول الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي حفظه الله تعالى: "قرأت الجماعة أقرب للصواب من رأي الفرد، مهما علا كعبه في العلم، فقد يلمح شخص جانباً في الموضوع لا ينتبه له آخر، وقد يحفظ شخص ما يغيب عن غيره، وقد

- (٤) **قبول الناس**، أفراداً وجماعات، مؤسسات ودولاً، للفتوى الجماعية، وقرارات المجامع، للاطمئنان بها، والثقة بآلياتها.
- (٥) إن قيام الفتوى الجماعية والقرارات المجمعية **تناسب قضايا العصر** الذي تعقدت فيه الأمور، وقامت الوشائج الكثيرة بين العلوم، وتطورت الحياة في مجالات الاقتصاد، والطب، والتجارة، والقضايا الوطنية، والدولية، والسياسية، ومعظمها قضايا عامة تهم المجتمع والأمة وتمس علاقات الأفراد.
- (٦) **التعويض عن الإجماع الأصولي** الذي يعد ثالث مصادر التشريع الإسلامي، وأصبح مستحيلاً لغيره، ويتعذر تحقيقه، فتقوم الفتوى الجماعية مكانه، وتعيد للفقهاء حيوته وقدرته على مواجهة المشكلات بحلول شرعية صحيحة^(١).
- (٧) **توحيد الأمة**: إن الفتوى الجماعية التي تصدر بقرارات المجامع الفقهية تحقق وحدة الأفراد والمجتمع في الإقليم أو القطر، ثم يرتقي الأمر بقرارات المجامع الدولية لتوحد الأمة الإسلامية عند الالتزام بها، وتوحد المشاعر الجماعية، مع توحيد الحلول المناسبة للطوارئ والمستجدات.
- (٨) **حفظ الشريعة والاجتهاد** من الأدعياء، وغير المختصين، ومنع فوضى الفتوى، والاضطراب فيها، والتي ظهرت في الآونة الأخيرة حتى وصلت إلى فتوى الفضائيات، والفتاوى الفردية الشاذة.
- وهكذا تظهر الصلة الدقيقة بين الفتوى الجماعية، وما تقوم به هيئات الرقابة الشرعية، والمجامع الفقهية لترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، والسعي معها والأخذ بيدها إلى التزام الشرع الحنيف، وتطبيق الأحكام الموافقة لمصادر الفقه الإسلامي.
- وأما الآليات والصيغ التي تترجم الفتاوى الجماعية في هيئات الرقابة الشرعية والمجامع الفقهية لترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية، فمحلها المبحث الرابع والخامس.

تبرز المناقشة نقاطاً كانت خافية، أو تجلي أموراً كانت غامضة، أو تذكر بأشياء كانت منسية، وهذه من بركات الشورى، ومن ثمار العمل الجماعي، لقاءات ومحاورات حول قضايا الإسلام والعصر ص ١٨٢، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩٢م، وانظر: الاجتهاد الجماعي، الخالد، عنوان: الاجتهاد الجماعي أقرب إلى الإصاحة ص ١٩٦ - ١٩٨.

(١) الاجتهاد الجماعي، الخالد، عنوان الاجتهاد الجماعي بديل عملي عن الإجماع ص ١٩٩ - ٢٠٠، قضايا فقهية معاصرة، حميش ص ٦٥.

المبحث الرابع

آليات التزام المؤسسات المالية الإسلامية بالقرارات الشرعية

إن الملاحظات السلبية الكثيرة لهيئات الرقابة الشرعية، وتجنباً للمآسي التي نشأت أو قد تنشأ عنها، وتوحيداً لجهودها، وتأكيداً على وجوب المشاورة، واعترافاً بمحدودية الإنسان علمياً، وإيماناً بأنه فوق كل ذي علم عليم، واعترافاً بفضل الاجتهاد الجماعي، كل هذا يوجب تطوير هيئات الرقابة الشرعية، ويفرض عليها الخروج من الوحدة والانفراد، إلى الجماعة الأوسع، وذلك حسب التدرج في العمل، والبدء بالأقرب فالأقرب حسب المنهج الآتي.

أولاً: آليات وصيغ تطوير هيئات الرقابة الشرعية:

١ المشاورة والتنسيق في فروع المصرف الواحد:

يجب أن تتم المشاورة والتنسيق والتعاون واللقاء والتفاهم بين هيئات الرقابة الشرعية في فروع المصرف الواحد، سواء كان في القطر الواحد، أو في عدة أقطار، كمجموعة دلة البركة المصرفية، وفروع مصرف فيصل الإسلامي، ومصارف بيت التمويل وغيره.

وبادرت مجموعة دلة البركة إلى هذه الخطوة الأولى والرائدة، كما جاء في ملحق قرارها الإداري رقم ٣ لعام ٢٠٠٢ بعنوان "اللائحة الداخلية لهيئة الرقابة الشرعية الموحدة لمجموعة دلة البركة المصرفية"، وحددت غايات واختصاصات الهيئة^(١).

وفي هذا الخصوص يتوجب على هيئة الرقابة الشرعية الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص فيما يتعذر معرفته بدقة على أعضاء الهيئة، والاستعانة بالجهات الفقهية العلمية المتخصصة، كأساتذة الفقه وأصوله، وأساتذة الفقه المقارن، والاقتصاد الإسلامي في الكليات والجامعات^(٢).

٢ اللقاءات الدورية والتعاون بين هيئات الرقابة الشرعية:

وذلك بأن تنظم الهيئات الشرعية للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية فيما بينها لقاءات منظمة ودورية في كل ربع سنة أو نصف سنة على الأكثر، لعرض ما انتهت إليه من آراء، وفتاوى شرعية في دائرة عملها، أو لمناقشة موضوع مشترك عرض عليها، أو المدارس والتشاور فيما وقع من مشاكل وصعوبات في كل منها، أو فيها جميعاً، وللتعاون في مدارس الأزمات المحلية والدولية فيما له صلة بالمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، وذلك للخروج بقرارات واحدة، وتصورات مشتركة، وتطلعات مستقبلية، بعد مبادلة الرأي

(١) الرقابة الشرعية، فرح ص١٥، الرقابة الشرعية، قطان ص١١.

(٢) الرقابة الشرعية، داود ص٥٥.

فيما بينها، وذلك بعقد ندوات دائمة للأعضاء مع العلماء والمختصين في ذلك، ومع وجوب التنسيق بين المصارف والمؤسسات الإسلامية والبنوك المركزية، لدراسة التجارب، وتقييم النتائج التي أصدرتها هيئات الرقابة الشرعية، وتبادل الفتاوى والقرارات حتى تعم الفائدة، وتحقق المصلحة العامة.

وفي هذه الحالة تستطيع هيئات الرقابة الشرعية تطوير وظيفتها الرقابية والبحثية والاجتهادية لتتكيف مع المستجدات، ولتساعد المؤسسات المالية والبنوك الإسلامية على تخطي واجتياز ما يرد من صعوبات أو عقبات في أعمالها^(١).

٣ - التفاهم واللقاء وتوحيد وجهات النظر بين المؤسسات المالية، أو المصارف الإسلامية في القطر الواحد، لتوفير هيئة رقابة شرعية مركزية لتشرف على البنوك الإسلامية،

يمكن تطبيق ذلك عن طريق إنشاء مكتب للتدقيق الشرعي العام، وهو مؤسسة فنية تنشأ وفقاً لقانون خاص يصدر بشأنها، وينظم عملها في مراقبة أعمال المصارف والشركات المالية الإسلامية من الناحية الشرعية، وتعتمد تقاريرها من قبل الهيئات الشرعية الرسمية، ويتكون المكتب من مختصين في فقه المعاملات الشرعية، خصوصاً فقه المعاملات المالية، ومن محاسبين قانونيين، بشرط أن تتوفر في الجميع خبرة عملية في هذا المجال لا تقل عن خمس سنوات، وتطلب الجمعية العمومية لكل مصرف إسلامي أو شركة مالية إسلامية من مكتب التدقيق بيانات الحالة الشرعية لها، وتقديم تقرير مفصل عن العقود والعمليات، وإجرائها من الجهات المسؤولة في المصرف أو المؤسسة، والمخالفات الشرعية إن وجدت، والبدائل الشرعية لتلك المخالفات مع ذكر التاريخ والنتائج والتوقيع^(٢).

٤ - إنشاء هيئة رقابة عليا للمؤسسات المالية أو المصارف الإسلامية في القطر الواحد،

وهو ما حصل في السودان، فأنشأ هذه الهيئة بقرار وزاري بالرقم ١٨٤ / ١٩٩٢م بتاريخ ٢٨ رمضان ١٤١٢هـ الموافق ٢ / مارس ١٩٩٢م، وهذه الهيئة تختلف نوعياً عما عداها من هيئات رقابة، فتعتبر تنظيمياً وهيكلية بمثابة جهاز رقابة أعلى داخل القطر، وهي جهاز رسمي يتمتع بصلاحيات الإشراف والمراقبة والمتابعة لهيئات الرقابة الفرعية، وهي هيئة مستقلة وحاكمة على جميع البنوك في السودان^(٣).

(١) التشريعات المصرفية الإسلامية، البعلي ص١١١، الرقابة الشرعية، فرح ص٤٦، الرقابة الشرعية، القطان ص٢٦، الرقابة الشرعية، فياض ص٧، الرقابة الشرعية، داود ص٥٥، ٨٥.

(٢) الرقابة الشرعية، فياض ص٢٥، الرقابة الشرعية، داود ص٦٥، دور المؤسسات المصرفية الإسلامية، بحث الرقابة الشرعية، الشريف ٢ / ٤٣٢، ٤٤٠، الرقابة الشرعية، السعد ص١٦.

(٣) الرقابة الشرعية، فرح ص١٧، الرقابة الشرعية، فياض ص٢٩، الرقابة الشرعية، قطان ص٣٠.

وهو ما سعت إليه ماليزيا بتشليل المجلس الإشرافي الشرعي في البنك المركزي^(١).

وهو ما تم في الإمارات العربية المتحدة التي شكلت الهيئة العليا التابعة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بموجب القانون الاتحادي رقم ٦ لعام ١٩٨٥م، وهو قانون المؤسسات المالية الإسلامية في دولة الإمارات، وتتألف الهيئة من أعضاء مختصين في الفقه الإسلامي والقانون، لتراقب أعمال المؤسسات الإسلامية، وتتأكد من مطابقتها لقواعد الشريعة، وتقدم الاستشارات فيما تعرض عليها هذه المؤسسات من مشاكل^(٢).

وهو ما اتبعته سورية بإنشاء هيئة رقابة شرعية عليا في المصرف المركزي، في مجلس النقد والتسليف^(٣).

ويدخل في ذلك ما قامت به إدارة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية بإنشاء هيئة استشارية مركزية لتفتي في المسائل المعروضة عليها فقط، ولا صلة لها بمراجعة الأعمال المنفذة^(٤).

ومن هنا أصدر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي توصية في الدورة ١٩ لسنة ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٧م، بإيجاد "هيئة عليا في البنك المركزي في كل دولة إسلامية، مستقلة عن المصارف التجارية، تتكون من العلماء الشرعيين والخبراء الماليين، لتكون مرجعاً للمصارف الإسلامية، والتأكد من أعمالها وفق الشريعة الإسلامية"^(٥).

وهذا ما دعا إليه الزميل الفاضل الأستاذ الدكتور عبد الحميد البعلي، فقال: "تنشأ داخل البنك المركزي، (أو مؤسسة النقد) هيئة شرعية عليا، مشكلة من خمسة أعضاء على الأقل من المتخصصين في الفقه المقارن، ولهم إلمام واسع بأعمال المهنة المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، ويجوز أن تستعين بمن تشاء من المختصين من أهل القانون والمصرفيين والممارسين، ويكون رأيهم استشارياً في المسائل التي يؤخذ رأيهم فيها، وتقوم الهيئة الشرعية العليا بإبداء الرأي الشرعي فيما يعرضه عليها البنك المركزي/ مؤسسة النقد، وتقدم المشورة الشرعية لها، في التقريب بين الاتجاهات والفتاوى الفقهية الصادرة عن الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، ويكون رأي الهيئة الشرعية ملزماً"^(٦).

(١) الرقابة الشرعية، قطان ص ١١، الرقابة الشرعية، فياض ص ٣٠، دور الرقابة الشرعية، لال الدين ص ١٣.

(٢) الرقابة الشرعية، قطان ص ١١، الرقابة الشرعية، فياض ص ٢٩، الرقابة الشرعية، داود ص ٢٠، ٣٠.

(٣) المصارف الإسلامية، الزحيلي ص ١٨٨.

(٤) الرقابة الشرعية، قطان ص ١١.

(٥) دور الرقابة الشرعية، الصالح ص ٢٤.

(٦) التشريعات المصرفية الإسلامية، البعلي ص ٨٣.

ويمكن أن تتم العلاقة بين هيئات الرقابة الشرعية في القطر إما مباشرة فيما بينها، كما الحالة الثانية والثالثة، وإما بتوسيط الهيئة العليا للرقابة الشرعية القطرية، أو في البنك المركزي، أو مؤسسة النقد، أو الوزارة^(١).

وتختص الهيئة العليا في النظر في الفتاوى والآراء الصادرة من مختلف هيئات الرقابة الشرعية في المصارف التابعة للاتحاد، للتأكد من موافقتها للأحكام الشرعية، مع مراقبة مختلف عمليات هذه المصارف، ولفت نظر من حاد منها عن الأسس الشرعية، مع حقها في الاطلاع على قوانين ولوائح المؤسسات المالية والبنوك الإسلامية الأعضاء، وعلى نماذج العقود، وإصدار الفتاوى في القضايا التي ترفع إليها، والبت في المشاكل المالية والمصرفية التي تطرح عليها، وإبداء الرأي في المستجدات الاقتصادية التي تؤثر على مصالح المجتمع الإسلامي^(٢).

ولذلك يجب التقيد بالمعايير الدقيقة والرفيعة التي وضعتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مع مراعاة وتطبيق المعايير الدولية التي لا تخالف أحكام الشريعة الفراء^(٣).

كما يقتضي التطور العالمي إلى إنشاء وكالة إسلامية عالمية لتصنيف الداخلي والخارجي لأعمال المؤسسات والبنوك، لتحقيق الأداء الفعال للنظام المالي الإسلامي، والرقابة الشرعية، وتعزيز نظام السوق المحلي والعالمي، ووضع المعايير الكاملة لمراقبة المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية^(٤).

هـ لقاء هيئات الرقابة الشرعية في الأقطار والبلدان العربية والإسلامية على المستوى العالمي

للتسيق، وتوحيد المناهج، والإشراف والرقابة، وعرض الفتاوى التي تصدر عن كل هيئة، والتشاور فيها، والتخطيط للمستقبل، واتخاذ منهجية فقهية موحدة، لتكون أساساً لتوحيد صيغ وعقود ومعاملات الاستثمار، والتمويل والخدمات، وتقديم البدائل والنماذج المعتمدة والمتعددة، لاختيار كل قطر ما يناسبه، ويتم ذلك بتكوين هيئة رقابة شرعية عليا عالمية، مبدئياً، وهذا ما حققه الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية فأوجد الهيئة العليا للفتاوى

(١) الرقابة الشرعية، فرح ص ٤٢.

(٢) البنوك الإسلامية، الشرقاوي ص ١٦٠، الرقابة الشرعية، فياض ص ٢٥.

(٣) الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص ٤٢.

(٤) الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص ٩٥.

والرقابة الشرعية^(١)، ونصت المادة ٣ على أهداف الهيئة، ونصت المادة ٤ على اختصاصها ومهامها^(٢)، مما يحقق آلية مهمة نسعى إليها، ولذلك نذكر أهم وظائفها:

- أ. إبداء الرأي الشرعي فيما يعرض عليها من مسائل من جانب أمانة الاتحاد أو أجهزة الفتوى بالبنوك والمؤسسات الأعضاء وغيرها،
- ب. بحث ملائمة الممارسة العملية التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، بتطبيقها مع الشريعة الإسلامية،
- ج. نشر الآراء الشرعية فيما يجري من معاملات في الأسواق المالية، والتصدي لما يتم من معاملات غير متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، سواء في الصحف أو الدوريات المختصة، أو بإصدار النشرات والكتيبات والمراجع اللازمة،
- د. تغذية البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية أولاً بأول، بما يتفق عليه من آراء حول المعاملات المصرفية التي تقوم بها هذه المؤسسات،
- هـ. البت فيما يثور من خلاف في التطبيق بين البنوك والمؤسسات الإسلامية الأعضاء بالاتحاد،
- و. النظر في التطبيقات العملية التي يظن أنها وقعت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية،
- ز. السعي نحو اتخاذ فكر شرعي موحد حول صور وأشكال المعاملات،
- ح. التصدي لبيان الأحكام الشرعية حول المسائل الاقتصادية التي جرت، أو تجدد، وتقوم عليه مصالح ضرورية في البلاد الإسلامية،
- ط. إصدار البحوث الشرعية بما يمكن من دعم الحركة الفكرية التي تهدف إلى صياغة النظرية الإسلامية في المال والاقتصاد، وهدفها تجميع الخبرات التي تكونت لدى المؤسسات والمصارف الإسلامية بدعم إيجابياتها، وتفادي سلبياتها، وتوحيد الخيارات الفقهية ما أمكن.

(١) المصارف الإسلامية، الزحيلي ص ١٧٣، الرقابة الشرعية، السعد ص ٥، دور المؤسسات، بحث الشريف ٢ / ٤٣٢، الرقابة الشرعية، داود ص ١٧، ٢٠، ٦٧، الرقابة الشرعية، القطان ص ١١، الرقابة الشرعية، فرح ص ١٧، ٤٦، الرقابة الشرعية، فياض ص ٢٥.

(٢) كانت هذه الهيئة تشكل من رؤساء الهيئة الشرعية لكل بنك مع حق مجلس إدارة الاتحاد إضافة أي شخص يراه ملائماً للعمل بها، ثم عدلت المادة ١٦ وأصبحت: يعطى لمجلس إدارة الاتحاد حق اختيار أعضاء هذه الهيئة على أن يكون عددهم سبعة مضافاً إليهم ممثلون للهيئات التابعة لكل بنك عضو في الاتحاد، ثم عدلت عام ١٩٨٢م، فأصبحت مكونة من ١٥ عضواً، منهم عشرة من رؤساء الهيئات التابعة للمصارف الإسلامية، وخمسة معينين من مجلس إدارة الاتحاد، انظر: الرقابة الشرعية، فياض ص ٢٤، المصارف الإسلامية، الزحيلي ص ١٧٣، الرقابة الشرعية، السعد ص ٢٥.

وهذه الأهداف والوظائف ملائمة لهيئة رقابة دولية، ولكنها لا تزال مجرد آمال، وهي تطلعات نظرية قيمة ومفيدة لقادرات الأيام إن أخذت طريقها للتطبيق والتنفيذ، كمرحلة مهمة سابقة للتعاون مع مجامع الفقه الإسلامي الآتي.

وهنا نشيد بما يقوم به البنك الإسلامي للتنمية بجدة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة، وهيئة المحاسبة والمراجعة بالبحرين ومجلس الخدمات المالية الإسلامية بماليزيا، من جهود طيبة في إعداد الدراسات المتخصصة، وصياغة دليل عمل للتدقيق الشرعي، وتعميمها على المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، والبنوك المركزية^(١).

ثانياً: آليات وصيغ التنسيق الكامل بين هيئات الرقابة الشرعية ومجامع الفقه الإسلامي المحلية،

لما تتوفر لهذه المجامع من إمكانيات بشرية، وعلمية، وإجراءات في البحث والمشاورة والتداول، واتخاذ قرارات موحدة بالإجماع، أو بالأكثرية، لعدد كبير من كبار العلماء والفقهاء والمتخصصين في الشريعة، واستعانة بالخبراء وأصحاب الاختصاص في موضوع الفتوى، وخاصة أن بعض المؤسسات تكتفي بمراقب شرعي واحد، أو خبير شرعي واحد، أو مستشار شرعي فقط، وإن احتمال الخطأ على الفرد أكثر، وعلى الهيئة أقل، وعلى المجمع نادر.

هذا يوجب على هيئات الرقابة الشرعية عرض ما صدر منها من فتاوى، وقرارات على المجامع الفقهية، واستشارتها في بعض الفتاوى العامة، والتخطيط معها في تطوير الأدوات للمراقبة والإشراف، والاستفادة من خبراتها، ولتوحيد الرؤى والتوجهات في المراقبة ومواجهة المستجدات.

وإن المجامع الفقهية اليوم تساهم بشكل فاعل ودائم في أعمال المؤسسات المالية الإسلامية، وتخصص جانباً من أعمالها لذلك، وترعى أعمال هيئات الرقابة الشرعية لترشيدها وتسديدها.

وهذه الخطوة واجبة، وخاصة بين هيئات الرقابة الشرعية العامة، أو العليا، أو الرسمية في الدولة أو الوزارة أو البنك المركزي، وبين المجمع الفقهي المحلي، لقربه منها، وسهولة التنسيق والتفاهم معه، فإن لم يتوفر المجمع الفقهي المحلي في بلد، فيمكن التنسيق والتعاون مع أحد المجامع في الدول القريبة، لسهولة الاتصالات اليوم، وتوفير الانترنت والإميل والحواسيب الإلكترونية، وإمكانية التعرف على المواقع والعناوين ببسر وسهولة^(٢).

(١) الرقابة الشرعية، فرح ص٤٦، الرقابة الشرعية، فياض ص٦، الرقابة والإشراف ص٧.

(٢) الرقابة الشرعية، فرح ص٤٦، الرقابة الشرعية، داود ص٥٥.

ومن آليات التنسيق وصيغته بين هيئة الرقابة الشرعية والمجمع الفقهي أن تطلب الهيئة منه بشكل دائم استفسارات شرعية، وحلولاً فقهية لبعض المسائل السريعة التي لا تحتمل التأخير، ويمكن تقديم هذا الاستفسار الشرعي لبنك التنمية الإسلامي، أو هيئة الرقابة الشرعية العليا في كل قطر إن وجدت، أو لهيئة الرقابة الشرعية العليا العالمية في الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية^(١).

ذلك أن الإنسان معرض للخطأ بطبعه "كل ابن آدم خطأ"^(٢)، ويكون ذلك إما قصداً وإما من غير قصد، كما أن التفاوت بين الأشخاص ثابت في الفهم والعقل وغيره، وفوق كل ذي علم عليم، ويقل الخطأ، ويغلب الصواب مع الجماعة، ويندر مع المجموع الكبير الذي يتوفر في المجامع الفقهية.

وهذه الصيغة والآلية في التنسيق بين المؤسسات المالية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية مع المجامع الفقهية هي ما وضعها مجمع الفقه الإسلامي بالهند في أهدافه، فنص في الفقرة الخامسة على "الحصول على فتاوى وآراء العلماء المحققين المعاصرين، والمؤسسات الدينية الموثوق بها في القضايا المستجدة، ثم نشرها في أوساط جماهير المسلمين" ونص في الفقرة السادسة من أهدافه على "إيجاد الصلات مع جميع المؤسسات الفقهية والبحثية داخل الهند وخارجها، وتبادل المعلومات عن الإنجازات العلمية، واختيار الفتاوى الصادرة من العلماء والمؤسسات الموثوق بها، المطبوعة منها وغير المطبوعة التي هي بمثابة تراث فقهي وعلمي مهم، وتهذيبها وعرضها في أسلوب عصري حفاظاً على التراث وتعميماً وتوصيلاً للفائدة إلى الأجيال القادمة"^(٣).

ومما يتعلق بهذا الخصوص تكليف المجامع الفقهية بتنظيم حلقات دراسية، ودورات للتدريب والتثقيف الشرعي المستمر للعاملين في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، وهذا ما يقوم به مشكوراً بنك التنمية الإسلامي بجدة، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية في البحرين، ويقوم به أيضاً مجمع الفقه الإسلامي بالهند^(٤).

ويمكن تلخيص آليات المجامع الفقهية لترشيد المؤسسات الإسلامية ابتداءً بإبداء الرأي الشرعي في المعاملات المالية، وبيان الحكم الشرعي في المشروعات المالية قبل التنفيذ، ثم المراجعة الشرعية لمراحل تنفيذ عمليات المؤسسات المالية الإسلامية لإبداء الملاحظات عليها، وتقديم المشورة إليها، والتوجيه لأي خطأ في الفهم مما يؤثر على

(١) الرقابة الشرعية، السعد ص ١٩، ٢١.

(٢) هذا طرف من حديث حسن رواه الترمذي ص ٤٠٧ رقم ٢٤٩٩، وابن ماجه بلفظ "كل بني آدم" ص ٤٥٨ رقم ٤٢٥١.

(٣) مجمع الفقه الإسلامي بالهند ص ٢٤.

(٤) مجمع الفقه الإسلامي بالهند، ص ٩ طبعة قديمة، ويسمىها الورشات والدورات الفقهية.

التنفيذ، ومراجعة تقارير الرقابة الخارجية، وتقديم التوصيات والنصائح لمعالجة المخالفات والأخطاء.

وهذا ما أرادته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في الضابط الشرعي رقم ٢٩ بشأن "ضوابط الفتوى وأخلاقياتها في إطار المؤسسة"، فقال: "من وسائل تسهيل الوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح للمسائل ما يأتي... منها: الاستفادة من الاجتهادات الجماعية، مثل قرارات الجامع، وفتاوى الهيئات الأخرى، والندوات والمؤتمرات الفقهية"^(١).

ثالثاً: آليات وصيغ التنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية ومجمع الفقه الإسلامي الدولي:

إن مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة هو أحد المجامع الفقهية، ويؤمل منه، بل يطلب منه، أن يساهم في الأمور السابقة التي ذكرناها للمجامع الفقهية عامة.

ونظراً لمكانته الخاصة، وعالميته، وخصائصه، وأنه أوسع المجامع الفقهية مكاناً، وتغطية للعالم الإسلامي، وشموله لأكبر عدد من العلماء والفقهاء في البلاد الإسلامية، واعتراف الدول رسمياً فيه^(٢)، ولذلك نطلب منه ما يلي:

(١) **التنسيق بين أعمال المجامع الفقهية**، وهذا يتطلب توفير لجنة خاصة به لهذا الهدف، لتنظيم الندوات والمؤتمرات، وتحديد القضايا والمسائل والمحاور التي تطرح فيها، وجمع القرارات التي تصدر منها، ثم نشرها وتعميمها.

(٢) **المبادرة لوضع أنظمة وقوانين لأعمال المؤسسات المالية الإسلامية**، لتكون موحدة، وشاملة، ويمكن أن تكون بصيغ عامة، ويسمح لكل مؤسسة، أو مصرف، أو قطر، بالتفصيل وزيادة، وهذا يقتضي وجود لجنة متخصصة في وضع الأنظمة والقوانين في داخل المجمع، وذلك لتوحيد نمط العمل المصرفي.

(٣) **الحرص على إصدار نظام عام لهيئات الرقابة الشرعية**، لترسيخ قيمها، وتحديد أهدافها، وبيان واجباتها، وتوحيد الرؤى فيها، والتشديد على إلزامية قراراتها، ووجوب التشاور بينها، والتنسيق مع الهيئات العليا، والارتباط مع المجامع الفقهية عامة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي خاصة، وهذا يدخل في اللجنة المتخصصة في وضع الأنظمة والقوانين.

(٤) **العمل على عقد الندوات العلمية المحلية، والمؤتمرات الدولية**، لطرح المحاور التي تعنى بالتطوير، والابتكار، والتجديد.

(١) دور الرقابة الشرعية، الصالح ص٢٩.

(٢) الرقابة الشرعية، فياض ص٣٨، ٤١.

- (٥) توحيد معايير الرقابة والإشراف والمحاسبة بين هيئات الرقابة الشرعية أولاً، وبين المؤسسات المالية والبنوك الإسلامية ثانياً، لتسهيل مهام المراقبين الشرعيين^(١).
- (٦) التأكيد على إلزامية قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي على المستوى الرسمي والشعبي والعلمي وعلى جميع المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، مع التهديد بالالتديد بالمخالف^(٢).

(١) الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص ٩١.

(٢) الرقابة الشرعية، داود ص ٧٠.

المبحث الخامس

آليات وصيغ المجمع الفقهي لترشيد المؤسسات المالية الإسلامية

إذا تحققت الآليات والصيغ السابقة بين هيئات الرقابة الشرعية لترشيد المؤسسات المالية الإسلامية، ووصل التنسيق إلى القمة مع المجمع الفقهي التي تتولى الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية لتأمين التطبيق السديد لأحكام الشريعة حسب العصر والمستجدات، وتحقق التزام هذه الهيئات الشرعية بقرارات المجمع الفقهي في مجال المعاملات المالية، فهذا يوجب على المجمع الفقهي عامة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي خاصة، اتخاذ الصيغ والآليات المتنوعة الآتية:

أولاً: آليات وصيغ تشريعية:

- (١) العمل على إصدار **مشروعات قوانين** تنظم العمل المصرفي، وقوانين للمعاملات المالية، وفقاً للشريعة الإسلامية، ليكون ذلك منارة وضمناً لمستقبل المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، ولضرورة الرقابة والإشراف الشرعي^(١).
- (٢) وضع **نظام عام**، وتفصيلي لهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، لتسير عليه في جميع البلاد العربية والإسلامية، لتوحيد آليات الفتوى والرقابة الشرعية، وتعميمها، وفق المعايير الدولية للرقابة، وتحديد الإطار الإشرافي لذلك^(٢).
- (٣) إصدار **نظام دولي لصيغ العقود**، وأدوات الاستثمار والتمويل، وسائر الأدوات المالية حسب مقتضيات الشرع والعصر، وينتج عن ذلك توحيد المناهج الدراسية في المعاهد والكلية والجامعات، وتوحيد مناهج التدريب العملي المنظم والدوري^(٣).
- (٤) إصدار **كتب دورية** بالقرارات التي تصدر عن هيئات الرقابة الشرعية الخاصة، والمحلية، وهيئات الرقابة العليا، وهيئة الرقابة الدولية.
- (٥) وضع **منهج شرعي واضح** لعمل هيئات الرقابة، وذلك بتحديد الآراء الفقهية المعتمدة لاختيار الفتاوى والقرارات، بالعمل على إيجاد البديل الشرعي لما يتم الاعتراض عليه، والاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص، والتعاون مع هيئات الرقابة الشرعية الأخرى والجهات الفقهية^(٤).

(١) الرقابة الشرعية، السعد ص ١٥، الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص ٣١.

(٢) الرقابة الشرعية، فرح ص ٤٧، الرقابة الشرعية، فياض ص ٤١، الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية ص ٣١.

(٣) الرقابة الشرعية، فرح ص ٤٧.

(٤) الرقابة الشرعية، داود ص ٥٤.

ثانياً: آليات وصيغ عملية:

- (١) عمل دورات لهيئات الرقابة الشرعية للتدريب وللتثقيف، وتعزيز المناهج المطلوبة والاستفادة من تجارب الآخرين، وتأمين الموارد البشرية والكفاءات العلمية في العلوم المتصلة بموضوعات الدورة، لتحقيق التصور الصحيح، والتكامل العلمي والمنهجي في الموضوع، وبذلك يتم إعداد العاملين المؤهلين علمياً وعملياً وشرعياً وفكرياً في المؤسسات المالية الإسلامية، وهذا ما نص عليه المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث^(١).
- (٢) إصدار نشرات تعريفية، وخاصة في القضايا المستجدة، والمسائل العارضة، لتكون هذه النشرات بمثابة توجيه نحو توحيد الرؤى والفتاوى في ذلك.
- (٣) إصدار الفتاوى المتفق عليها لدى أكثرية هيئات الرقابة الشرعية، والموافق عليها من لجنة الفتوى في المجمع الفقهي، لتصل إلى بقية الهيئات، وتعميمها، والسير على منوالها.
- (٤) إصدار القرارات التي أقرتها المجامع الفقهية في المعاملات المالية، في كتاب دوري فصلي أو نصف سنوي.
- (٥) مواكبة حركة البحث، والإصدارات العلمية، والمكتبات^(٢).
- (٦) إصدار الفتاوى عن الأسئلة والاستفسارات التي ترد إلى المجمع من مختلف الأقطار^(٣).
- (٧) متابعة وملاحقة المؤتمرات المحلية والدولية، والندوات الإقليمية والعالمية في كل ما له صلة بالفقه الإسلامي، والأحكام الشرعية، ومعرفة ما يبحث فيها من قضايا فقهية، ومستجدات علمية متصلة بها، وما صدر فيها من قرارات لتقييمها، وتبني الصواب والصحيح منها، واعتمادها، وتوزيعها، ونشرها.
- (٨) الإكثار من عقد المؤتمرات الفقهية والندوات العلمية التي تخص المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، وتعتني بالتطوير والابتكار التجديد وتنفيذ التوصيات والقرارات السابقة^(٤).

ثالثاً: آليات تنظيمية في المجامع الفقهية:

- (١) تشكيل لجنة خاصة في كل مجمع للإشراف على هيئات الرقابة الشرعية، والتنسيق معها، وذلك من كبار الفقهاء من أعضاء المجمع، وأرى أن يتفرغ الأعضاء يوماً لهذه

(١) الرقابة الشرعية، فياض ص٤١، وهو ما يقوم به مشكوراً المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة، انظر: الرقابة والإشراف ص٧، وهو ما نصت عليه أهداف مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.

(٢) الرقابة الشرعية، السعد ص١٥.

(٣) إن البنك الإسلامي للتنمية بجدة ليس له هيئة رقابة شرعية، بل يعرض الاستفسارات الشرعية على لجان منبثقة عن مجمع الفقه الإسلامي، انظر: الرقابة الشرعية، داود ص١٨.

(٤) الرقابة الشرعية، فياض ص٣٨.

اللجنة، ويتوفر لها هيكل تنظيمي مواكب لأعمالها من أمانة عامة، وباحثين، وكتبة، وموظفين إداريين^(١).

(٢) فتح موقع خاص في كل مجمع على الإنترنت، لتسهيل الاتصالات، والمراسلات بين المجمع وهيئات الرقابة الشرعية، مع توفير خط هاتفي (خط ساخن ومباشر) بين المجمع وهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية.

(٣) تخصيص محور خاص لفتاوى وقرارات هيئات الرقابة الشرعية في كل ندوة أو مؤتمر يعقده المجمع، ليأخذ حظه من الاطلاع والدراسة والترشيد من أعضاء المجمع والخبراء فيه والمشاركين في الندوة أو المؤتمر.

(٤) تحديد أسلوب موحد لهيئات الرقابة الشرعية لتكون وقائية قبل التنفيذ، وعلاجية أثناء التنفيذ، ومتابعة بعد التنفيذ، ثم نشر أعمال الرقابة بأدلتها الشرعية، ثم تعمل على طباعتها وتوزيعها مجاناً على العاملين بالمصرف، وبسعر التكلفة للجمهور، مع النص على ضرورة التدقيق الشرعي الداخلي، وتعيين مراقب شرعي داخلي، ويحسن تعدادة^(٢).

(٥) الاتصال والتعامل بين المجمع الفقهي والمعاهد الدينية وكلليات الشريعة والجامعات الإسلامية، ودور الاقتاء، داخل البلاد العربية والإسلامية.

(٦) قيام المجمع الفقهي الإسلامي في أي قطر، وخاصة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بالاتصال مع المؤسسات المالية والأسواق المالية داخل البلاد العربية والإسلامية، وخارجها، ليتم التفاعل معها، وتعريف هذه المؤسسة بمنهج الإسلام السديد الذي أنزله الله رحمة للعالمين، والدعوة للنظام الإسلامي الذي يساهم في حل الأزمات والمعضلات المحلية والعالمية.

(٧) أن يتم التواصل والتنسيق بين مجامع الفقه الإسلامي مع المؤسسات الاقتصادية والمالية في الجامعات والمجمعات والمراكز البحثية للاستفادة من الدراسات التي تقوم بها تلك الجهات، وفقاً للآليات التي تقوم بها المؤسسات المالية الغربية مع المؤسسات البحثية والأكاديمية^(٣).

(٨) إعداد قائمة بأسماء كبار العلماء في العالم الإسلامي لترشيح بعضهم للمؤسسات المالية الإسلامية، والاستعانة بهم، والتعريف بهم، ونشر عناوينهم.

(١) الرقابة الشرعية، السعد ص١٥، الرقابة الشرعية، داود ص٥٥.

(٢) الرقابة الشرعية، داود ص٥٨، ٦٢، ٦٤.

(٣) الرقابة الشرعية، فياض ص٣٨.

الخاتمة

الحمد لله على حسن التمام، ونقدم أهم النتائج وبعض التوصيات.

أولاً: نتائج البحث:

- (١) إن **المجامع الفقهية** أهم إنجازات الصحوة الإسلامية التي يؤمل منها الخير الكبير، والمساهمة في العودة إلى تطبيق الشريعة الغراء، والمساهمة في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية عند الالتزام بقرارات المجامع.
- (٢) إن **هيئات الرقابة الشرعية** في المؤسسات المالية الإسلامية هي **الذراع المفتوح** لمسيرة الاقتصاد الإسلامي المعاصر، و**العنصر الفعال** لتطبيق الشريعة عملياً، بالتعاون مع المجامع الفقهية، ولها سلبياتها وإيجابياتها.
- (٣) إن المجامع الفقهية وهيئات الرقابة الشرعية تتسلح **بالاجتهاد الجماعي والفتوى الجماعية** التي تأخذ بيدها إلى الصواب، وتتبوأ بها درجة الرشد والقبول، وتتجنب أخطاء الاجتهاد الفردي، والتعصب المذهبي، وتحقق تطبيق الشورى ومحاسنها، وتتناسب مع العصر، وتعوض عن الإجماع الأصولي، وتساهم في توحيد الأمة، وحفظ الشريعة والاجتهاد من العبث والفوضى والشذوذ.
- (٤) إن **الآليات والصيغ** للالتزام بالمؤسسات المالية الإسلامية كثيرة، بعضها يتعلق بهيئات الرقابة بوجوب المشاورة، واللقاء والتعاون، وتشكيل هيئة رقابة شرعية مركزية، وهيئة عليا عالمية، والتنسيق مع المجامع الفقهية على مراحل، وتبدأ من التنسيق بين أعمال الهيئات والمجامع، ثم وضع أنظمة وقوانين للمؤسسات، وإصدار نظام عام لهيئات الرقابة والمجامع، وعقد ندوات ومؤتمرات، وتوحيد معايير الرقابة، والتأكيد على إلزامية قرارات المجامع.
- (٥) إن **الآليات والصيغ** لمجامع الفقه الإسلامي لترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية متعددة، بعضها **تشريعية** كإصدار قانون ينظم العمل المصرفي، ووضع نظام عام لهيئات الرقابة الشرعية، وإصدار نظام لصيغ العقود وأدوات الاستثمار، وإصدار كتب دورية بالقرارات، ووضع منهج شرعي واضح لهيئات الرقابة، وبعضها **عملية**، كعمل دورات، وإصدار النشرات، والفتاوى والقرارات، ومواكبة البحث العلمي، ومتابعة المؤتمرات، وعقد الندوات، وبعضها **تنظيمية** كتشكيل لجنة خاصة في كل مجمع، وفتح موقع خاص، وتخصيص محور للفتاوى، وتحديد الأسلوب للفتاوى، والاتصال بالمؤسسات والجامعات، وإعداد قائمة بأسماء العلماء والفقهاء.

ثانياً: التوصيات:

- (١) نوصي المجامع الفقهية بأن تحقق ما تتطلع إليها الجماهير، وتتبوأ عملياً المكانة التي أعدت لها.

- (٢) نوصي المجامع الفقهية بالتعاون والتنسيق فيما بينها، وتدارك المسالب التي تؤخذ عليها.
- (٣) نوصي بإنشاء مجمع فقهي في كل بلد إسلامي، ولو على مستوى هيئة كبار العلماء، أو مجلس أعلى للإفتاء، ليتولى المساهمة في الفتوى الجماعية، ويحتل الصدارة في المجتمع والدولة وعند المؤسسات والأفراد.
- (٤) وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم، والحمد لله رب العالمين.

أهم المصادر والمراجع

- (١) الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، الدكتور عبد المجيد السوسوة الشرفي، كتاب الأمة، الدولة- العدد ٦٢، السنة ١٧، ذو العقدة ١٤١٨هـ.
- (٢) الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، الدكتور خالد حسين الخالد، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
- (٣) أخبار القضاة، وكيع، محمد بن خلف بن حيّان (٥٣٠٦هـ)، عالم الكتب، بيروت- د.ت.
- (٤) أعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية (٥٧٥١هـ)، دار الكتب الحديثة، القاهرة، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
- (٥) بحوث في المصارف الإسلامية، الدكتور رفيق المصري، دار المكتبي، دمشق، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- (٦) بحوث مؤتمر المصارف الإسلامية، دبي، ٢٠٠٩م، فيه بحثان عن هيئات الفتوى والرقابة الشرعية والتدقيق.
- (٧) البنوك الإسلامية بين الفقه والقانون، الدكتورة عائشة الشرقاوي، المركز الثقافي العربي، بيروت، والدار البيضاء، ط١- ٢٠٠٠م.
- (٨) تاريخ القضاء في الإسلام، الدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- (٩) التشريعات المصرفية الإسلامية، الدكتور عبد الحميد البعلي- نشر البركة، جدة، د.ت.
- (١٠) تعظيم الفتوى، ابن الجوزي (٥٩٧هـ)، مكتبة التوحيد، المنامة، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م.
- (١١) تفعيل آليات الرقابة على العمل المصرفي، الدكتور يوسف القرضاوي، ندوة البركة التاسعة عشرة، مكة المكرمة، ١٤٢١هـ.
- (١٢) جامع بيان العلم وفضله، ابن عبد البر (٤٦٣هـ)، مكتبة العاصمة، القاهرة، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
- (١٣) دور الرقابة الشرعية في ضبط أعمال المصارف الإسلامية، الدكتور محمد أكرم لال الدين، بحث إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة ١٩، الشارقة، ٢٠٠٩م.
- (١٤) دور الرقابة الشرعية في ضبط أعمال المصارف الإسلامية، الدكتور محمد أحمد صالح، بحث إلى الدورة ١٩ لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الشارقة، ٢٠٠٩م.
- (١٥) دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، كتاب الوقائع للندوة، تنظيم كلية الشريعة، النشر العلمي، جامعة الشارقة، ٢٠٠٣م، بحث الدكتور محمد عبد الغفار الشريف ٤٣٠ / ٢.

- (١٦) الرقابة الشرعية الفعالة في المصارف الإسلامية، الدكتور محمد أمين علي القطان، بحث في المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٥هـ.
- (١٧) الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حسن يوسف داود، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٤١٧هـ / ١٩٦٦م.
- (١٨) الرقابة الشرعية، الواقع والمثال، الأستاذ فيصل عبد العزيز فرح، بحث إلى المؤتمر العالمي للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٥هـ.
- (١٩) الرقابة الشرعية وأثرها في المصارف الإسلامية، الدكتور أحمد محمد السعد، بحث إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٥هـ.
- (٢٠) الرقابة الشرعية والتحديات المعاصرة للبنوك الإسلامية، الدكتور عطية السيد فياض، بحث إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٥هـ.
- (٢١) الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية، الغريب ناصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م.
- (٢٢) الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية، محمد عمر شابرا، طارق الله خان، نشر البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
- (٢٣) سنن الترمذي (٢٧٩هـ) مع تحفة الأحوزي، المباركفوري (١٣٥٧هـ) مطبعة المدني، القاهرة، ١٣٨٣هـ / ١٩٦٣م + ط بيت الأفكار، بيروت، ٢٠٠٦م.
- (٢٤) سنن الدارمي، الدارمي (٢٥٥هـ) دار القلم، دمشق، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
- (٢٥) سنن أبي داود السجستاني (٢٧٥هـ) مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧١هـ / ١٩٥٢م.
- (٢٦) سنن ابن ماجه القزويني (٢٧٣هـ) عيسى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧٢هـ / ١٩٥٢م.
- (٢٧) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل (٢٥٦هـ)، دار القلم، دمشق، ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.
- (٢٨) صحيح مسلم، مسلم الحجاج النيسابوري (٢٦١هـ) مع شرح النووي (٦٧٦هـ) المطبعة المصرية، القاهرة، ١٣٤٩هـ / ١٩٣٠م.
- (٢٩) الضوابط الشرعية لمسيرة المصارف الإسلامية، الدكتور عبد الستار أبو غدة، ضمن كتاب "بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية" بيت التمويل الكويتي، الكويت، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
- (٣٠) فتاوى فقهية معاصرة، الدكتور محمد الزحيلي، دار الإعجاز، طرابلس، لبنان، ١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م.
- (٣١) في فقه المعاملات المالية المعاصرة، الدكتور نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.

- (٣٢) قرارات وتوصيات أهم مؤتمرات رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ١٤١٢هـ.
- (٣٣) قرارات وتوصيات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م.
- (٣٤) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بالهند، مكتب المجمع، نيودلهي، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- (٣٥) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الدوحة، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
- (٣٦) قضايا فقهية معاصرة، الدكتور عبد الحق حميش، النشر العلمي، جامعة الشارقة - الشارقة، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- (٣٧) لقاءات ومحاورات حول قضايا الإسلام والعصر، الدكتور يوسف القرضاوي، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩٢م.
- (٣٨) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بالسودان، يصدرها المجمع، الخرطوم، العدد ٥، سنة ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.
- (٣٩) مجمع الزوائد، الهيثمي (١٠٧٥هـ) مكتبة القدسي، مصر، د.ت.
- (٤٠) مجمع الفقه الإسلامي بالهند، تعريفه وأهدافه وأنشطته، إعداد المجمع، نيودلهي، ٢٠٠٦م.
- (٤١) مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، قرارات وتوصيات، دار الفلاح، القاهرة، ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م.
- (٤٢) المجموع شرح المذهب للشيرازي (٤٧٦هـ) النووي (٦٧٦هـ) مطبعة إمام، مصر، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
- (٤٣) محاور مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ودور الرقابة في ضبط أعمال البنوك الإسلامية، بحوث المجمع، الشارقة، ٢٠٠٩م.
- (٤٤) المصارف الإسلامية، الدكتور وهبة الزحيلي، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
- (٤٥) معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المراقبة والمحاسبة، المنامة، البحرين، ١٩٩٩م، وضوابط تعيين هيئة الرقابة الشرعية، ٢٠٠٥م.
- (٤٦) المعجم الوسيط، عدد من المؤلفين، دار الأمواج، بيروت، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
- (٤٧) المعتمد في الفقه الشافعي، الدكتور محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
- (٤٨) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٦٦هـ / ٢٠٠٦م.
- (٤٩) موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، الدكتور محمد الزحيلي، دار المكتبي دمشق، ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.

(٥٠) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، المنامة، البحرين، ١٩٩٩م.

مشروع قرار

إن المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية إحدى المنجزات العظيمة في العصر الحاضر، وكذلك المجامع الفقهية، وإننا نثمن عالياً ما تقوم به هيئات الرقابة الشرعية، والمؤسسات المالية الإسلامية اليوم من دور عظيم في إحياء الاقتصاد الإسلامي المعاصر، وتوفير الثقة الكبيرة فيها، لدى جماهير المسلمين، لتأمين المكاسب الحلال لهم، ورعاية تطبيق الشريعة إلى حد كبير، وأنها صمام الأمان للالتزام بالأحكام الشرعية ومقاصد الشريعة، وحماية المصالح العامة.

ونظراً لكثرة هيئات الرقابة الشرعية، وانحصارها غالباً على المؤسسة أو المصرف التي تعمل به، وما ترتب على ذلك من اختلاف في الآراء، وتعدد الفتاوى، في الموضوع الواحد، وما أثير حولها من مآخذ وسلبيات.

والتزاماً بما قرره الشريعة الغراء من الشورى، ورد الأمور إلى كبار العلماء، وأهل الحل والعقد، وما تقتضيه السياسة الشرعية، وما يوجبه المنطق والعقل، ومجابهة صعوبات العصر ومشكلاته، وما يحققه الاجتهاد الجماعي من ثمرات يانعة.

ونظراً لما تتميز به المجامع الفقهية من ميزات في كثرة عدد العلماء فيها، والآليات التي تتبعها في إعداد البحوث عن المسائل، وتداولها، ثم التشاور والتباحث فيها، والاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص، وما تتوفر لها من مكانة مرموقة شعبياً ورسمياً، وخاصة مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

فإننا نرى:

- (١) ضرورة التنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، وإقامة هيئة شرعية مركزية في كل قطر، وإيجاد هيئة شرعية عليا للبلاد الإسلامية.
- (٢) ضرورة التعاون والتنسيق بين هيئات الرقابة في المؤسسات المالية الإسلامية والمجامع الفقهية المحلية، ثم الدولية، وضرورة التنسيق والتعاون وتبادل الآراء، ودفع الفتاوى كاملة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي لإقرار ما يراه مناسباً، ويتخذ القرارات الكاملة فيها.
- (٣) أن يفتح مجمع الفقه الإسلامي الدولي قسماً خاصاً لترشيد المؤسسات المالية الإسلامية، ويستقبل جميع قرارات المجامع، وفتاوى هيئات الرقابة، ويعرضها على العلماء فيه، ويناقشها في ندواته ومؤتمراته، ويتخذ فيها القرارات اللازمة.
- (٤) أن يقوم المجمع بإبلاغ قراراته إلى جميع المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية، لتكون موحدة، وملزمة للجميع، وخاصة على المستوى الرسمي.

- (٥) أن يعمم المجمع قراراته على الجماهير، والمؤسسات العلمية، ومراكز البحوث والدراسات المحلية والعالمية.
- (٦) أن يهيئ المجمع الدراسات المفيدة، لترشيد المؤسسات المالية الإسلامية في تطبيق الشريعة، وإيجاد الحلول المناسبة للمشكلات والأزمات.
- (٧) أن يعد المجمع قانوناً عاماً في المعاملات المالية الإسلامية، ليكون منارة يستتير بها الجميع.

وأخيراً: نوصي المؤتمر بضرورة الإسراع في هذه الخطوات والأعمال، ووجوب الاتصال بالجهات المسؤولة في الدول الأعضاء، والمؤسسات المالية المحلية والدولية لتحقيق ذلك.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إِنِّ الْحَمْدَ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ،
وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا،
مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ،
وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ سَيِّدَنَا مُحَمَّدًا عَبْدَهُ وَرَسُولَهُ
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ الْأَطْهَارِ وَصَحَابَتِهِ الْأَبْرَارِ
وَمَنْ رَزَقَ مَحَبَّتَهُمْ وَاتَّبَعَهُمْ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ

اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ الْقَوْلِ، كَمَا أَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ الْعَمَلِ
وَأَسْأَلُكَ السَّدَادَ وَالْإِخْلَاصَ وَالْقَبُولَ.

(١)

النصوص القرآنية

- (١) ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾^(١)
- (٢) ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾^(٢)
- (٣) ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٣)

(٢)

النصوص النبوية

- (١) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: [جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: من أين هذا؟ قال بلال: كان عندنا تمر رديء فبعته منه صاعين بصاع لِنُطْعَمِ النبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم عند ذلك: "أَوْهَ أَوْهَ عَيْنِ الرِّبَا عَيْنُ الرِّبَا لَا تَفْعَلْ، وَلَكِنْ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فِيعِ التَّمْرِ بِيَعِ آخِرِ ثُمَّ اشْتَرِهِ."]
- (٢) عَنْ جَابِرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: "لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَكِلَ الرِّبَا، وَمُؤْكَلَهُ، وَكَاتِبَهُ، وَشَاهِدِيهِ، وَقَالَ: هُمْ سَوَاءٌ."
- (٣) عَنْ أَبِي أُمَامَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَنْ افْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِمِمينِهِ، فَقَدْ أَوْجَبَ اللَّهُ لَهُ النَّارَ، وَحَرَّمَ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ"، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: "وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يَسِيرًا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟" قَالَ: "وَإِنْ كَانَ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكَ."

(٣)

المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم

- (١) روي أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لها أم محبة أم ولد لزيد بن أرقم: يا أم المؤمنين أتعرفين زيد ابن أرقم؟ قالت: نعم. قالت: فإني بعتته عبدا إلى العطاء بثمانمائة. فاحتاج إلى ثمنه، فاشتريته قبل محل الأجل بستمائة. فقالت: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت. أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب. قالت: فقلت: أفرايت إن تركت المائتين وأخذت الستمائة؟ قالت: نعم،
- ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾^(١)

(١) البقرة: الآية ٢٧٨

(٢) النساء: الآية ٨٣

(٣) آل عمران: الآية ١٣٠

(٢) عن ابن مسعود أنه قال : « لا تحل صفقتان في صفقة، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم، لعن آكل الربا، وموكله، وشاهديه، وكاتبه. »

(٤)

المأثور عن التابعين رضي الله عنهم

(١) عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه قال: [ما أحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون، لأنه لو كان قولاً واحداً لكان الناس في ضيق، وإنهم أئمة يُقتدى بهم، فلو أخذ رجل بقول أحدهم كان سعة].

طالعة البحث

(١)

الحديث في الاقتصاد الإسلامي وما يتصل به حديث جديد في شكله قديم في مضمونه بالأعم الأغلب، فلقد تكلم علماؤنا الأقدمون عن هذا الموضوع تحت عنوان: (البيوع) وقسموها إلى قسمين: بيوع ربوية، وبيوع غير ربوية، وعلى جميع الأحوال فالبيوع المخالفة للشروط لبيوع ربوية.

من هذا المنطلق وعلى هذا الأساس قامت المصارف الإسلامية منذ زمن قريب، فمنها ما هو على مستوى الهيئات، ومنها ما هو على مستوى الأفراد.

وهنا يأتي دور الجامع الفقهي في صياغة الفقه الإسلامي المصري صياغة جديدة، وذلك للتأكد من مشروعية المعاملات المصرفية في المصارف الإسلامية، وضبطها بضوابط الشريعة.

(٢)

ولئن صاغت المصارف الإسلامية الفقه الإسلامي المصري صياغة جديدة فإنه ينبغي اقتراح جهة مهيمنة تتمتع بسلطة تستطيع بها فرض التوجيه على المصارف الإسلامية جمعاء، وذلك ابتغاء الأخذ بأحدث الأساليب وأنجح السبل فله استقبال أموال المتعاملين وإدارتها مع الرقابة الشرعية.

(٣)

إن مسيرة المصارف الإسلامية التي آتت أكلها تحتاج إلى ترشيد، وهذا هو دور الجامع الفقهي ولا سيما مجتمعا الرائد مجتمعا الفقه الإسلامي الدؤلي، لأنه من أسبق هذه الجامع إن لم يكن أسبقها إلى ترشيد الاقتصاد الإسلامي بعامة والمصارف الإسلامية بخاصة.

وإذا كانت هذه المصارف الإسلامية قد سدت ثغرة في الاقتصاد الإسلامي بما تشتمل عليه من رقابة شرعية، فإن هذه المصارف الإسلامية تحتاج إلى إشراف عملي من مرجعية أعلا منها ألا وهي الجامع الفقهي فهي صمام الأمان أولاً، وهي الحكم فيما تختلف فيه هذه المصارف الإسلامية ثانياً، وهي بُعد المرجع الأعلى للفتيا في قضايا الاقتصاد الإسلامي المصري بهذا العصر.

(٤)

إننا اليوم بحاجة إلى نهضة فقهية مصرفية جديدة تُتمم ما بدأ به الأسلاف؛ وذلك لتغير العصر، وتغير كثير من الأحكام (المتغيرات) دون الثوابت، وما بين أيدينا قليل إذا ما قسناه بالاقتصاد العالمي المعاصر، فنحن لا زلنا نجو في هذا المضمار، والواقع أنه بيننا وبين منطق العصر بون شاسع، والنصوص متناهية بينما الوقائع غير متناهية فوجب الاجتهاد لمعرفة الحكم الشرعي ولا سيما في الاقتصاد الإسلامي المصري، ولا بد كذلك من مجامع فقهية تُولي المصارف الإسلامية عناية كبيرة من الإشراف والتسديد والتوجيه والرقابة حتى لا يطغى على هذه المصارف الإسلامية عنصر الاسترباح المطلق والمنفعة فحسب بل يجب أن تجمع بين عنصري الخدمة والمنفعة المشروعة.

إن الجامع الفقهي هي الملاذ الأخير للمصارف الإسلامية إذا قام عليها علماء أفذاذ رزقوا إلى فقههم وعلمهم (فقه النفس) وهو ما نحتاجه اليوم للنهوض بمصارفنا الإسلامية إلى مستوى العصر.

(٥)

أما بعد:

فهذا غيض من فيض، وقُلُّ من كُثْر، أتقدم به إلى جَمْعنا العظيم مجْمَع الفقه الإسلامي الدَّولي الذي شرفْتُ بالمشاركة في مؤتمر تأسيسه، ثم شرفت بعضويته إلى هذا اليوم، وهو محض اجتهاد، فما كان منه صواباً فمن الله وله الحمد والمنة، وما كان غير ذلك فمني وأستغفر الله تعالى وأستقبله، ولعلي وفقت لخدمة الفقه الإسلامي الباذخ في ترشيد المصارف الإسلامية أولاً، وفي بيان حاجة هذه المصارف الإسلامية إلى المجامع الفقهية بعامة، وإلى مجْمَع الفقه الإسلامي الدَّولي بخاصة، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات. &

وكتب

الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور

عضو المجلس التأسيسي لمَجْمَع الفقه الإسلامي

عضو مجْمَع الفقه الإسلامي الدَّولي بجدة

رئيس المَجْمَع العلمي العالي للدراسات والأبحاث بدمشق

خطة البحث

المدخل إلى البحث: مدى حاجة المصارف الإسلامية إلى ترشيد، وفيه مباحث أربعة:

المبحث الأول : المصرف الإسلامي وترشيده

المبحث الثاني : الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية، وفيه مطالب خمسة:

١ - المطلب الأول : التعريف بالرقابة الشرعية.

٢ - المطلب الثاني : تاريخ الرقابة الشرعية في الإسلام.

٣ - المطلب الثالث : التوجيه والرقابة هما دَوْر هيئة الرقابة الشرعية.

٤ - المطلب الرابع : مكانة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية.

٥ - المطلب الخامس : ضرورة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية وأهميتها.

المبحث الثالث : الرقابة الشرعية الفعّالة أساس لترشيد المصارف الإسلامية.

المبحث الرابع : الرقابة المصرفية في الفقه الاقتصادي الإسلامي.

*** **

الباب الأول: المَجَامع الفقهية مَرَجعيةً شرعيةً للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية وكيفية تفعيل ذلك، وفيه فصلان:

الفصل الأول : المَجَامع الفقهية ومدى صيرورتها مرجعيةً شرعيةً للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية، وفيه مباحث ثلاثة:

١ - المبحث الأول : التعريف بالمجمّع الفقهي.

٢ - المبحث الثاني : الجماع الفقهية في العالم الإسلامي.

٣ - المبحث الثالث : اجتهاد الجماعة هو التأصيل الفقهي للمجامع الفقهية.

٤ - المبحث الرابع : نماذج من قرارات الجماع الفقهية.

الفصل الثاني : مدى سلطان المَجَامع الفقهية على المصارف الإسلامية مَشورةً وترشيدياً، وفيه مبحثان:

١ -المبحث الأول : مدى سلطان المجامع الفقهية على المصارف الإسلامية مشورةً.

٢ -المبحث الثاني : مدى سلطان المجامع الفقهية على المصارف الإسلامية ترشيداً.

الباب الثاني: مدى إلزام المؤسسات المالية الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية وشروطه بما لا يتعارض مع قرارات مَجْمَعِ الفقه الإسلامي الدَّوْلِي الصادرة بهذا الشأن؛ وفيه فصلان:

الفصل الأول : نظرية الإلزام بقرارات المجامع الفقهية وأدلتها، وفيه مبحثان:

١ -المبحث الأول : الأصل في نظرية الإلزام الشرعي بقرارات المجامع الفقهية.

٢ -المبحث الثاني : نظرية الإلزام بين المؤيدين والمعارضين؛ مذاهب الفقهاء وأدلتهم، وفيه مطالب ثلاثة:

أ) المطلب الأول : أدلة المانعين.

ب) المطلب الثاني : أدلة المحيزين.

ت) المطلب الثالث : الترجيح.

الفصل الثاني : وجه الإلزام ومستنده، وفيه مبحثان:

١ -المبحث الأول : تأصيل الإلزام الديني.

٢ -المبحث الثاني : الإلزام القانوني ومستنده.

الباب الثالث: مدى إمكان قيام المجامع الفقهية بدور الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المَصْرِفِيَّةِ الإسلامية، وفيه فصول ثلاثة:

الفصل الأول : ترشيح المَجْمَعِ الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية، وفيه مبحثان:

١ -المبحث الأول : وظيفة هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية.

٢ - المبحث الثاني : أولوية ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية.

الفصل الثاني : التَّشَاوُرُ وَالتَّنْسِيقُ بين هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية والمجامع الفقهية، وفيه توطئة ومبحثان:

١ - المبحث الأول : المرحلة الأولى: مرحلة التَّشَاوُرِ بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهية.

٢ - المبحث الثاني : المرحلة الثانية: مرحلة التنسيق بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهية.

الفصل الثالث : التَّأَكُّدُ من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق قرارات المجامع الفقهية على المعاملات المالية التي تُقرها، وفيه مبحثان:

١ - المبحث الأول : وظيفة المجامع الفقهية.

٢ - المبحث الثاني : ضرورة التَّأَكُّدِ لدى المجامع الفقهية من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق القرارات المُجمَّعة.

الباب الرابع: صيغ وآليات مقترحة، وفيه فصلان:

الفصل الأول : (نظرية التكامل المصرفي الإسلامي)

ورقة عمل مقترحة لإيجاد صيغة جديدة للتعاون بين المؤسسات المصرفية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية من جهة؛ وبين المجامع الفقهية من جهة أخرى في نظرية اقتصادية معاصرة هي : [نظرية التكامل المصرفي الإسلامي]، وفيه مبحثان:

١ - المبحث الأول : هيكلية نظرية التكامل المصرفي الإسلامي، وفيه مطلبان:

أ) المطلب الأول:

إنشاء (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) وجعله تابعاً للمجلس الأعلى للمجامع الفقهية في العالم الإسلامي) المقترح.

ب) المطلب الثاني :

إلحاق سائر المصارف الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية بالمجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية بقرار من منظمة التعاون الإسلامي من

حيث الفتيا.

٢ - المبحث الثاني : ضرورة استصدار قرار من منظمة التعاون الإسلامي يقضي بإتباع جميع
المجامع الفقهية في العالم الإسلامي لمنظمة التعاون الإسلامي من حيث
الفتيا والقضاء.

الفصل الثاني : إنشاء شعبة جديدة في مَجْمَع الفقه الإسلامي الدَّوْلِي وفي سائر المجامع الفقهية يُطلق عليها
اسم: [شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية]، وفيه مباحث ثلاثة:

١ - المبحث الأول : هَيْكَلِيَّة شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية في مَجْمَع الفقه
الإسلامي الدَّوْلِي وسائر المجامع الفقهية.

٢ - المبحث الثاني : وظائف شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية وأعمالها.

٣ - المبحث الثالث : المجلس الأعلى للمجامع الفقهية في العالم الإسلامي.

خلاصة البحث

خاتمة البحث

الفهارس

مسرد المصادر والمراجع

فهرس الكتاب

رموز البحث

المجَمع الفقهي	:	مج
المصرف الإسلامي	:	مص إ
هيئة الرقابة الشرعية	:	هد رش
هيئة الفتوى والرقابة الشرعية	:	هد ف رش
مؤسسة مالية	:	مس م
المصنف	:	مص
الشارح	:	ش
قرار مجَمعي	:	ق ر
نظرية التكامل الإسلامي المصري	:	نت إم
شعبة الاقتصاد الإسلامي المصري	:	ش ق إم
منظمة التعاون الإسلامي	:	م تع إ

المدخل إلى البحث

مدى حاجة المصارف الإسلامية إلى ترشيد

المبحث الأول

المَصْرِفُ الإسلامي وتَرْشِيدُهُ

١ توطئة : التعريف^(١) بالمَصْرِفِ الإسلامي

المَصْرِفُ لغةً : (المكان الذي يتم فيه مبادلة العُملة) من (صَرَفَ الدراهم) باعها بدراهم ودنايير، والمَصْرِفُ الإسلامي^(٢) هو: [المؤسسة المصرفية غير الربوية القائمة على مبادلة مال بمال خال عن الفائدة أخذاً وعطاءً، والمتزمة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملاتها المصرفية والاستثمارية من خلال المشاركة في الربح والخسارة، ومن خلال الوكالة بنوعيتها العامة والخاصة مع اجتناب المعاملات الربوية والعقود المحظورة شرعاً على وفق الأصول الشرعية].^(٣)

٢ ترشيد المَصْرِفِ باعتماد هيئة مصرفية شرعية

المفترض بالمصارف الإسلامية إذا أرادت ترشيد عملها أن تضم هيئة علمية تقع في الذروة من هيئات المصرف اسمها: [هيئة الفتوى والرقابة الشرعية] من العلماء المتخصصين في الشريعة الإسلامية والملمين بالنظم الاقتصادية والقانونية والمصرفية بعامة، ويتم تعيين هذه الهيئة من قبل الهيئة العامة للمصرف، فهي أعلا من مجلس الإدارة.

ومهمة هذه الهيئة (هيئة الفتوى والرقابة الشرعية): استحداث صيغ استثمارية وتمويلية شرعية إلى صياغة ومراجعة عقود تلك الصيغ، والإفتاء في كل ما تعرضه عليها الإدارة من قضايا العمل ومستجداته، يرفعه إليها المراقب الشرعي من استفسارات أو ملحوظات تتعلق بالأداء التنفيذي للشريعة التعامل المصرفي وتعمل الهيئة على التأكد من أن أعمال المصرف الإسلامي تتم وفق أحكام الشريعة الإسلامية وطبقاً للفتاوى الصادرة عنها، ومن ثم اعتمادها ورقة عمل دائمة.

المبحث الثاني

الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية

٤ المطلب الأول: التعريف بالرقابة الشرعية

الرقابة الشرعية هي (مجموعة من علماء الشريعة الفقهاء يقومون بمتابعة جميع الأعمال والتصرفات والمعاملات التي تقوم بها المصارف الإسلامية وفحصها وتحليلها للتأكد من أنها تتم وفقاً لأحكام الشريعة

(١) ر: موسوعة قضايا إسلامية معاصرة للدكتور محمد الزحيلي ج ٣ / ٢٧٣، والفقهاء الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ج ٥ / ص ٣٧٥٥ بما هو قريب من هذا التعريف فلينظر.

(٢) ر: الصحاح في اللغة ج ١ / ص ٥٥، ومعجم لغة الفقهاء ج ١ / ص ٤٣٤.

(٣) الصرف لغة: قال ابن فارس: (الصرف فضل الدرهم في الجودة على الدرهم والدينار على الدينار)، واصطلاحاً (بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس أو بغير جنسي) فيشمل بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة كما يشمل بيع الذهب بالفضة، والمراد بالثمن ما خُلق للثمنية فيدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد) والمصرف هو المكان الذي يجري فيه الصرف.

ر: الموسوعة الفقهية ج ٢٦ / ص ٣٤٨ (صرف).

الإسلامية، وذلك باستخدام الوسائل الملائمة المشروعة، وبيان المخالفات والأخطاء وتصويبها وتقديم التقارير إلى الجهات المعنية متضمنةً الملحوظات والنصائح والإرشادات وسبل التطوير.) اهـ

هذا وقد أُطلق على تلك الهيئة عدة أسماء؛ منها: هيئة الرقابة الشرعية، وهيئة الإفتاء الشرعي، والهيئة الشرعية، وهي تتولى مهمة التوجيه الشرعي والإرشاد، ومراقبة جميع الأنشطة التي تقوم بها هذه البنوك الإسلامية.

٥ المطلب الثاني: تاريخ الرقابة الشرعية في الإسلام

فكرة الرقابة الشرعية عرفها التاريخ الإسلامي منذ عهد الصحابي الجليل أمير المؤمنين سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فوجود هيئة رقابية شرعية أمر ليس بالجديد في التاريخ الإسلامي، فلقد كان رضي الله عنه حين يمر بالسوق ليقوم بالإشراف على الدولة الإسلامية في المدينة المنورة آنذاك يضرب بعض التجار بالدرة ويقول: [لا يبيع في سوقنا إلا من تفقه وإلا أكل الربا شاء أم أبى] وهو رضي الله عنه كان يقصد من ذلك أن كل من لم يمارس المعاملات التجارية والمالية مع الآخرين عليه أن يكون فقيهاً بأمر الشرع.

ولكن مع تطور الحياة أصبح من الصعب على التاجر أن يتفقه، قال الإمام محمد بن الحسن صاحب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنهما: [على كل تاجر أن يحتاط لدينه وأن يصطحب معه فقيهاً ليشاوره في معاملاته]. اهـ

٦ هذا؛ ونستطيع أن نجعل ما نسميه اليوم هيئة الرقابة الشرعية داخلياً تحت مبدأ (الحسبة)^(١) في الإسلام وهو مبدأ تفرد به التشريع الإسلامي من دون سائر التشريعات، فكان الخليفة رئيس الدولة يعين محتسباً من الفقهاء المعروفين بالتعمق في الأحكام ويكلفه بوظيفة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بشكل رسمي ويجعل له عطاءً خاصاً من قصر الخلافة لا يمر على أحد من رجال الدولة واسمه (المحتسب)، وله حق الرقابة على الدولة والشعب معاً من لدن الخليفة فمن دونه، يعاونه في ذلك مجموعة من الفقهاء المحتسبين لهم مكافآت من الخليفة، فعلاقة المحتسب بالخليفة وحده دون غيره فيأمر بالمعروف وينهى عن المنكر بالحكمة والموعظة الحسنة أولاً فإن لم يجد ذلك استعمل من العقوبات المادية والمالية ما يردع المخالفين، فكان يمر على الأسواق ويرى الغش وتطيف المكيال والميزان فيعاقب كالأعلى مقدار مخالفته.

٧ المطلب الثالث: التوجيه والرقابة هما دور هيئة الرقابة الشرعية

اتفقت كل القوانين في المصارف الإسلامية على أن وظيفة الرقابة الشرعية هي التحقق من مشروعية معاملات المصرف الإسلامي وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وإبداء الرأي الشرعي فيما يُعرض عليها من مسائل أثناء عملها داخل المصرف، وهكذا تتولى النظر في مدى مطابقة معاملات المصرف والمؤسسات المالية الإسلامية مع أحكام الشريعة الإسلامية.

(١) الحسبة: هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، وعرفها الفقهاء المعاصرون بأنها [وظيفة إدارية للدولة مهمتها مراقبة الناس والاسواق وحماية الناس من الانحراف عن آداب الدين وتعاليمه ومن جشع التجار والصناع والغش والبيع بأكثر من ثمن المثل وعدم إجادة الصناعة وخلاصة مهمتها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فُتُشبه ما تقوم به البلديات الآن من مراقبة الأسواق وما تقوم به إدارة الأمن العام من مراقبة الآداب، وما تقوم به النيابة العامة من تقديم الجاني إلى القضاء] اهـ وهو حق ثابت لكل فرد من أفراد الأمة، والمحتسب هو والي الحسبة وقال ابن خلدون: (هي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر).

ر: الأحكام السلطانية للماوردي / ص ٢٣١، والفقهاء الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ج ٤ / ص ٢٨٦٠ وما بعدها، و ر: الموسوعة الفقهية ج ١٧ / ص ٢٢٣.

وتتعدد أعمال هيئة الرقابة الشرعية لكنها لا تعدو أن يكون لها دوران:

١ - دور التوجيه الشرعي والإرشاد.

٢ - دور الرقابة على الإدارة.

٨ المطلب الرابع: مكانة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية

أصبحت اليوم هيئة الرقابة الشرعية ركناً أساسياً داخل أي مصرف إسلامي شأنها شأن الجمعيات العامة ومجالس الإدارة ومراقبي الحسابات، فلقد حرصت معظم البنوك الإسلامية على الوصول إلى تقارير من هيئة الرقابة الشرعية تشهد بأن أعمالها تسير على أسس من الشريعة الإسلامية، ويوقع عليها رئيس الهيئة، وتُنشر مع تقارير مراقبة الحسابات للتأكيد على شرعية جميع أعمالها كافة.

٩ هذا؛ وإن قرارات الرقابة الشرعية في كثير من البنوك الإسلامية استشارية وليست مُلزمة، والصواب أن تكون مُلزمة؛ وهذا حكم مصلحي مصدره السياسة الشرعية^(١) بما يراه ولي أمر المسلمين مما يصلح أمر الناس عليه، وهذا ما أراه وأرجحه، وإلا فما الفائدة من هذا كله إذا كان أمراً استشارياً لا إلزام فيه، فوجوده حينئذ كعدمه، والله أعلم.^(٢)

١٠ المطلب الخامس: ضرورة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية وأهميتها

تبين لنا أن الرقابة الشرعية ذات ضرورة بالغة للمصارف الإسلامية لأسباب أبرزها:

١ - أن الأساس الذي قامت عليه المصارف الإسلامية هو البديل الشرعي للمصارف الربوية، والرقابة الشرعية ضرورة حيوية للمصارف الإسلامية لتراقب وترصد سير عمل المصارف الإسلامية والتزامها، وموافقة معاملاتها للأحكام الشرعية.

(١) السياسة الشرعية: عرّف العلامة الشيخ عبد الوهاب خلاف السياسة الشرعية فقال: [هي العلم الذي يُبحث فيه عما تُدبّر به شؤون الدولة الإسلامية من القوانين والنظم التي تتفق وأصول الإسلام، وإن المقيم على كل تدبير دليل خاص في علم التدابير التي تحقق المصالح وتدفع أعضائه بما لا يتعدى حدود الشريعة وأصولها، وإن لم يتفق وأقوال المجتهدين]. اهـ

وجاء في كتاب (العلماء المجددون ومجال تجديدهم واجتهادهم) ما يلي:

السياسة الشرعية أو حكم الإمامة هي: (إعطاء الشارع الحكيم جل وعلا الصلاحية للحاكم المسلم أن يقضي فيه بما يرى أنه الخير والمصلحة للمسلمين عامة ضمن دائرة محدودة لا يتجاوزها، وهي الأمور التي يختلف أثرها في المجتمع ما بين عصر وآخر أو بلدة وأخرى، ويتأثر وجه المصلحة فيها بطوارئ الظروف والأحوال) اهـ . ويمثل لذلك بإعلان حالة الحرب والسلم، وإتلاف أشجار العدو أو تركها، كما يُمثّل له بالسياسة التي ينبغي أن تُتبع بشأن الأسرى من قتل أو مَنٍّ أو فداء، فالمشروعية هنا لا تعني الإباحة المطلقة أو الوجوب المطلق، وإنما تعني نوعاً من الصلاحية يُحوّلها الشارع الحكيم جل وعلا لمن كانت بيده السلطة الدنيوية من أمير أو خليفة أو رئيس بالنسبة لأمر قد يختلف وجه المصلحة في معالجتها مع اختلاف الظروف، وتبعاً لما قد يُفجأ به المسلمون من طوارئ، وواجب السلطة الدنيوية حيال هذه الأمور تطبيق ما تقتضيه المصلحة بحسب كل زمان ومكان في حدود الدائرة التي حدّها الشارع الحكيم جلّ وعلا. اهـ

ر: رسالة (العلماء المجددون ومجال تجديدهم واجتهادهم) للعلامة الشيخ ميمون زبير الحاج الإندونيسي حفظه الله / ص ١٠ وما بعدها.
(٢) ر: مقولة موسعة للدكتور محمد عبد الحليم عمر مجلّة اللواء الإسلامي.

- ٢ - قلة الإحاطة بقواعد المعاملات الإسلامية من قِبَل كثيرين من العاملين في المصارف الإسلامية.
- ٣ - كثرة الصور المستجدة والأنواع المستحدثة من المعاملات التجارية والحسابات بأنواعها، والتجارة الإلكترونية التي قلما توجد لها أحكام في المصادر الفقهية الأصلية مما يسمى **بالفتاوى والوقائع**^(١).
- ٤ - أن العاملين في النشاط المصرفي الإسلامي يجب أن يكونوا على اتصال مستمر مع الرقابة الشرعية، لأنهم دائماً بحاجة إلى الفتيا في نوازل ووقائع تواجههم أثناء عملهم.
- ٥ - أن وجود الرقابة الشرعية على المصرف فعليا يُعطي المصرف المصادقية الشرعية الحق، كما يعطي وجود الرقابة ارتياحاً لدى جمهور المتعاملين مع المصرف.
- ٦ - ظهور هيئات مالية واستثمارية غير جادة تنص نظمها الأساسية وقوانين إنشائها على أنها تعمل وفقاً لأحكام الشريعة دون وجود رقابة تكفل التحقق من ذلك.
- ٧ - أن المصارف الإسلامية حديثة النشأة نسبياً أولاً، وأن العاملين أصحاب الخبرات في العمل المصرفي الإسلامي قليلون غالباً ثانياً، وأن كثيراً من موظفي المصارف الإسلامية جيء بهم من البنوك غير الإسلامية وقد تعوّدوا على أساليب العمل المصرفية التي لا تنسجم مع الأحكام الشرعية ثالثاً، كما أن هناك عدداً آخر من الموظفين لا خبرة لديهم في العمل المصرفي العام والشرعي.
- ٨ - ومن هذه المشكلات تعددت الفتاوى لهيئات الفتوى في المسألة الواحدة فوجب الترجيح من أهله، وهذا يحتاج إلى رقابة شرعية تقوم على هذا الترجيح.
- ٩ - ومن أبرز هذه الأسباب الداعية إلى ضرورة إقامة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية تَعَبُرُ الزمان، وفساد الذمم في الأعم الأغلب، فما كان مقبولاً من التَّسْمُح سابقاً في هذا الأمر أضحى اليوم غير مقبول كيلا تضيع الحقوق، بل ينبغي التشدد في هذا الأمر أكثر من أي وقت مضى تشدداً يُبقي الأمر ضمن حدود الشريعة من غير إفراط ولا تفريط، وهذا يعود إلى الرقابة المصرفية الشرعية.
- ١٠ - لهذا كله كانت الحاجة إلى تنوير الرأي العام المسلم بالمسائل المصرفية من الوجهة الشرعية ضرورةً لإغلاق الباب أمام الشائعات المغرضة حول شرعية الأعمال المصرفية الشرعية، ويمكن أن يتم ذلك عن طريق إصدار الكتب وإلقاء المحاضرات المتخصصة والعامه^(٢).

(١) الفتاوى والوقائع: هي (مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عنها ولم يجدوا فيها رواية عن أئمتهم)؛ جاء في حاشية رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين ما نصه: [الثالثة الوقائع، وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عنها ولم يجدوا فيها رواية، وهم أصحاب أبي يوسف ومحمد وأصحاب أصحابهما، وهلم جرا، وهم كثيرون، فمن أصحابهما مثل عصام بن يوسف وابن رستم ومحمد بن سماعة وأبي سليمان الجرجاني وأبي حفص البخاري، ومن بعدهم مثل محمد بن سلمة ومحمد بن مقاتل ونصير بن يحيى وأبي النصر القاسم بن سلام. وقد يتفق لهم أن يخالفوا أصحاب المذهب لدلائل وأسباب ظهرت لهم، وأول كتاب جمع في فتواهم فيما بلغنا كتاب النوازل للفقيه أبي الليث السمرقندي، ثم جمع المشايخ بعده كتباً أخر كمجموع النوازل والوقائع للناطفي والوقائع للصدر الشهيد، ثم ذكر المتأخرون هذه المسائل مختلطة غير متميزة كما في فتاوى قاضي خان والخلاصة وغيرهما، وميز بعضهم كما في كتاب المحيط لرضي الدين السرخسي، فإنه ذكر أولاً مسائل الأصول ثم النوازل ثم الفتاوى ونعم ما فعل] اهـ

ر: حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ١ مقدمة رسم المفتي / ص ١٧ بولاق ١٢٧٢هـ.

ر: كتاب (عزم عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر) للسيد أحمد الحموي و(الأشباه والنظائر) لابن نجيم.

و ر: أبو حنيفة لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة / ص ٢٢٢ ، وكتابتنا (ابن عابدين وأثره في الفقه - دراسة مقارنة بالقانون) ط دار البشائر بدمشق ج ١ / ص ١٦٨.

(٢) ر: كتابنا دراسات وأبحاث في الاقتصاد المعاصر / مقدمة الكتاب.

المبحث الثالث

الرقابة الشرعية الفعّالة أساس لترشيد المصارف الإسلامية

١١ إن دور المجامع الفقهية وهيئات الفتوى اليوم وفي ظل الأوضاع الراهنة لا يتعدى غالباً الإفتاء النظري، ولكن هل طبقت الفتوى كما صدرت؟ وهل يُعرض عليها كل ما يقوم به المصرف الإسلامي؟ فنحن بحاجة إلى التدقيق والرقابة الشرعية الفعّالة على المصارف الإسلامية، تلك التي تقوم بمتابعة تنفيذ القرارات والفتاوى وعرض جميع أعمال المصرف الإسلامي عليها.

١٢ ومع تطور المصارف الإسلامية ونموّها المتسارع وتزايد أعمالها وتشعب أنشطتها المصرفية والاستثمارية؛ أصبح من غير اليسير الاطلاع على جميع الأعمال والأنشطة في المصارف الإسلامية، فلا بد من وجود هيئة عليا للرقابة اسمها فيما أرى: [المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية] تعود في مرجعيتها العلمية إلى المجامع الفقهية وهذه الهيئة على مستوى المصارف الإسلامية كافةً.

١٣ ولما كان سوء الائتمان إن حصل في بعض المصارف الإسلامية يُسيء إلى سمعة ذلك المصرف الإسلامي ويجعله عرضة للنقد ويقلل من رواده وقاصديه - اقتضى إحالة ذلك إلى القضاء^(١) حفظاً لأموال المتعاملين مع هذه المصارف الإسلامية التي يجب أن تكون فوق الشبهات.

١٤ إننا حين نتشدد في الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية فإنما نحمي بذلك كلاً من المصارف الإسلامية من تورط بعض العاملين فيها، ونحمي بذلك الرقابة الشرعية ذاتها من أن تُتَّهم بالتواطؤ، وفي ذلك تطهير لهما معاً وحصانة من أن يُستهدفاً، وصيانة لهما من الاشتغال بالكسب غير المشروع.

١٥ إن الهيئة الشرعية التي تمثل الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية تُضيف إلى الفكر الإداري والتنظيمي الوضعي منظومة شرعية جديدة تُثريه وتؤثر فيه إيجابياً وتحقق المقصد الضروري العام في التشريع، وهو: مَقْصِد [حفظ المال]^(٢) وذلك بتكثيره ومنع الفساد فيه، وإن جوهر الدور الذي تقوم به الهيئة الشرعية هو الإفتاء والرقابة الشرعية، بما يستلزمه من أعمال وإجراءات.

١٦ هذا؛ والرقابة الشرعية يجب أن تجتمع فيها ثلاثة أمور متكاملة هي:

١ - حق الرقابة الشرعية الذي يُحوّل الهيئة الشرعية سلطة المنع والإجازة، وما يستلزمه تنفيذ ذلك من إجراءات معينة بنفسها وعن طريق الأجهزة المساعدة من التدقيق والمراجعة بقصد تحقيق أهداف المؤسسة المالية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

(١) الإحالة إلى القضاء: يشترط لها لدى فقهاء الشريعة كما هو الأمر لدى فقهاء القانون الوضعي أن يكون هنالك دعوى جزائية من أحد الطرفين على الطرف الآخر، فما لم تكن هنالك دعوى جزائية لا إحالة إلى القضاء في هذا الاتهام المالي؛ إلا إذا كان من النظام العام فتخاصم فيه النيابة العامة.
(٢) (حفظ المال): قلت: حفظ المال من الضروريات الخمس التي هي المقاصد العامة للتشريع؛ جاء في كتابنا الوجيز في أصول استنباط الأحكام في التشريع الإسلامي ما نصه: [الأمر الضروري هو ما تقوم عليه حياة الناس ولا بد منه لاستقامة مصالحهم، وإذا فقد اختل نظام حياتهم ولم تستقم مصالحهم وعمت الفوضى فيهم والمفاسد، والأمور الضرورية للناس بهذا المعنى ترجع إلى خمسة أشياء: ((حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال))، فحفظ كل واحد منها ضروري للناس، فالمال شرع الإسلام لتحصيله وكسبه إيجاب السعي في طلب الرزق وشرع لحماية تحريم السرقة]

ر: الوجيز ج ٢ / ص ٦٣٧ وما بعدها.

- ٢ - تفعيل دور الهيئة الشرعية من خلال وضع معايير الرقابة الشرعية يتم تبنيتها من الهيئات الشرعية، وتنفيذها واعتمادها وتعميم تطبيقها من الجهات الرقابية على المؤسسات المالية الإسلامية.
- ٣ - كما يستلزم أمر تفعيل الهيئات الشرعية وجود هيئة عليا للفتوى والرقابة الشرعية تُمثّل فيها الهيئات الفرعية تؤكد على الاجتهاد الجماعي المعاصر، وتعمل على التنسيق والتقارب بين الهيئات الشرعية الفرعية.^(١)

المبحث الرابع

الرقابة المصرفية في الفقه الاقتصادي الإسلامي

برز بأخيرة العديد من التحديات التي واجهت القطاع المصرفي كتزايد الأخطار المصرفية الناتجة عن عمليات تبييض الأموال والتوسع في تقديم الخدمات المصرفية لتلبية احتياجات العملاء، إضافة إلى الثورة التقنية وتحديث وسائل الاتصال التي اختصرت زمن إعداد الدراسات المصرفية، وزيادة الرقابة الدولية على أعمال المصارف.

ومواجهة تلك التحديات كان من الضروري تطوير مفهوم الرقابة المصرفية للتمكن إلى أقصى حد ممكن من ضبط المخاطر المتنوعة الناتجة عن تطور الأنشطة المصرفية بشكل عام.

- ١- ففي مرحلة أولى اقتصر المفهوم التقليدي للرقابة المصرفية على رقابة وضع المصرف في لحظة زمنية معينة من خلال دراسة القوائم المالية للمصارف سواءً أكان ذلك من خلال الرقابة الميدانية، أم من خلال الرقابة المكتبية والتحقق من مدى التزام تلك المصارف بالضوابط الرقابية وسلامة نظامها المحاسبي ورقابته الداخلية.
- ٢- وفي مرحلة ثانية انتقل مفهوم الرقابة المصرفية للوقوف على التغيرات الحاصلة في الأوضاع المالية للمصارف، وذلك لكشف التدهور الحاصل فيها في وقت مبكر، ولم يتوقف مفهوم الرقابة المصرفية عند هذه المرحلة فحسب، وذلك نظراً لتطور الأنشطة المصرفية المختلفة وتزايد المخاطر الناجمة عنها الأمر الذي أدى إلى تطور مفهوم الرقابة المصرفية ليشمل مفهوماً أوسع.

وهو نظام رقابة المخاطر التي تعتبر بمثابة تطوير لأهداف الرقابة الميدانية.^(٢)

(١) ر: (الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية) للأستاذ الدكتور عبد الحميد محمود البعل / الطبعة التمهيدية / ص ٥ وما بعدها.

(٢) أقول: في سبيل ذلك حاولت عدة جهات رقابية اتخاذ الإجراءات اللازمة ومنها ما يلي:

١ - أولاً: محاولة تطوير نظم الرقابة باستخدام نظم التقييم:

يتم وفق هذا النظام تقييم المصارف وفقاً للمؤشرات الناتجة عن عملية الفحص الميداني وهي التي تعكس أداء المصرف في ست مناطق رئيسية:

(١) كفاية رأس المال، (٢) جودة الأصول، (٣) الإدارة، (٤) الأرباح، (٥) السيولة، (٦) تحليل الحساسية لمخاطر السوق.

٢ - ثانياً: استخدام نظام لتقييم المخاطر في المصارف الإسلامية:

يتم وفق هذا النظام تقييم المخاطر التي تتعرض لها المصارف أولاً بأول، ويعتمد ذلك بشكل أساساً لتحديد مختلف أوجه النشاط التي يحتمل أن تعرضها للمخاطر والعمل على قياسها.

أ - الأساس الأول: يتضمن طريقة مستحدثة لحساب رأس المال المرجح بالمخاطر واللازم لمواجهة مخاطر السوق ومخاطر التشغيل ومخاطر الائتمان وغيرها من المخاطر التي تواجهها المصارف.

ب - الأساس الثاني: هو ضمان أن يكون لدى المصرف أو غيره من المؤسسات المالية الخاضعة لإشراف الجهات الرقابية آلية للتقييم الداخلي لتحديد رأس المال الاقتصادي، وذلك من خلال تقييم المخاطر المرتبطة بذلك.

ج - الأساس الثالث: فيتطلب من كل مصرف أو مؤسسة مالية أن تقوم بالإفصاح عن رأس مالها ومدى تعرضها للأخطار والطرق المتبعة لتحديد حجم الخطر.

فهذا النظام إذاً مجموعة من القواعد والإجراءات والأساليب التي تسيّر عليها أو تتخذها السلطات النقدية والبنوك المركزية بهدف الحفاظ على سلامة المراكز المالية للمصارف توصلاً إلى تكوين جهاز مصرفي سليم وقادر يسهم في التنمية الاقتصادية، ويحافظ على حقوق المدعين والمستثمرين. والرقابة المصرفية حينئذ هي: (مجموعة الإجراءات التي تنجز من خلالها عمليات الفحص والإشراف والتدقيق والمتابعة من أجل إعداد الخطط قبل التنفيذ ومن ثم أثناء التنفيذ ويعدّه من خلال قياس وتقييم الأداء الفعلي وتحليله ومقارنته بالخطط أو بالمعايير أو بأية وسيلة لتقييم الأداء، وذلك في سبيل اكتشاف الانحرافات ومعالجتها وصولاً إلى تحقيق أعلى معدلات الأداء).

إن عملية الرقابة المصرفية على نشاط القطاع المصرفي ضرورة جداً وجديرة بالاهتمام والملاحظة، وذلك للحفاظ على حسن تطبيق الأنظمة التي يخضع لها وإنجاز الوظائف التي تقع على عاتقه والتأكد من تحقيقه للأهداف المرسومة له.

أهمية الرقابة المصرفية في مجموعة من النقاط أبرزها:

- ١ - الحرص على حقوق المدعين وإمكان تسديد الالتزامات بمواعيدها.
- ٢ - العمل على توجيه الاستثمارات التي تقوم بها المصارف.
- ٣ - تعد الرقابة المصرفية مهمة نظراً للدور الحيوي الذي يقوم به في قدرته على التأثير في القوة الشرائية.
- ٤ - إمكانية الوقوف على نوعية موجودات المصرف وتقييمها ومعرفة درجة المخاطر التي تحملها، وبخاصة القروض والسلف والحسابات الجارية المدينة، ومن ثم محاولة الحد من هذه المخاطر.
- ٥ - تنمية السوق النقدية والمالية وتنظيمها وفقاً للشريعة السمحة.
- ٦ - توجيه السياسة النقدية بما يخدم أهداف المصرف الإسلامي.

٣ - ثالثاً: تحديد المخاطر المصرفية:

يرتبط بالنشاط المصرفي مجموعة من المخاطر التي يترتب على المراقبين المصرفيين فهمها والتأكد بأن تلك المصارف تقوم بإدارتها وقياسها بشكل كاف، وتتجسد المخاطر الرئيسة التي تواجه المصارف بما يلي:

- ١ - مخاطر الائتمان الشرعي: يعدّ التوسع في منح الائتمان الشرعي النشاط الرئيس لمعظم المصارف الإسلامية، وهذا يتطلب منها الانتباه إلى المقدرة الائتمانية للمقترضين عند منحهم الائتمان.
- ٢ - مخاطر الدول والتحويل: الإقراض الدولي يتضمن مخاطر دولية تتعلق بالأحوال الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية للبلد الأصلي للمقترض،
- ٣ - مخاطر السوق: تواجه المصارف خطر خسارة جزء من أصولها نتيجة لتحركات الأسعار في السوق بالرغم مما تقدمه المعايير المحاسبية القائمة من شفافية وتحديد لهذه المخاطر في الأنشطة المصرفية المختلفة.
- ٤ - مخاطر السيولة: تنشأ هذه المخاطر بسبب عدم قدرة المصرف على مواجهة انخفاض التزاماته تجاه الغير أو تمويل زيادة أصوله، وذلك عندما لا تتوفر لدى المصرف السيولة الكافية ولا يمتلك القدرة للحصول على الأموال اللازمة، وهذا سينعكس على ربحيته وفي الحالات الشديدة قد يؤدي إلى إعسار المصرف.
- ٥ - مخاطر التشغيل: تكاد تظهر أبرز أنواع مخاطر التشغيل في قصور الرقابة الداخلية وضعف سيطرة مجلس الإدارة.

٤ - رابعاً: الأسس العامة للرقابة المصرفية في المصارف الإسلامية:

تقوم الرقابة الشاملة في المصرف الإسلامي على مجموعة من الأسس التي تعدّ المرشد الأساس لعمليات الرقابة، من هذه الأسس ما يتعلق بقيم ومثل وسلوك المراقب ذاته، ومنها ما يتعلق بعملية الرقابة، ومنها ما يتعلق بالأساليب التي يستخدمها المراقب، ومنها ما يتعلق بالإجراءات التنفيذية. (١) الالتزام بالقيم الإيمانية وبالأخلاق الحسنة، (٢) الرقابة التوجيهية والإرشادية، (٣) الرقابة الفورية، (٤) اتباع الحكمة والحسن في توجيه النصح وفي علاج الانحرافات، (٥) الشمولية، (٦) الاستمرارية، (٧) الموضوعية، (٨) النقد البناء، (٩) الجمع بين الثبات والمرونة، (١٠) الجمع بين عناصر الأصالة والمعاصرة في الرقابة المصرفية في المصارف الإسلامية.

الباب الأول

المجامع الفقهية مرجعية شرعية
للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية
وكيفية تَفْعِيل ذلك

الفصل الأول

المَجَامعُ الفقهيّة

ومدى صيرورتها مرجعيةً شرعيةً للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية

١٨ المبحث الأول: التعريف بالمَجْمَعِ الفقهي

استقر عُرفُ الفقهاء المعاصرين على أن المَجْمَعِ الفقهي: [هو هيئة علمية فقهية معترف بها رسمياً مكوّنة من عدد من الفقهاء المتخصصين بالفقه الإسلامي وأصول الشريعة مع المشاركة بعلوم الوسائل والمقاصد وفقه النَّفس بالإضافة إلى الدراسات الاقتصادية الإسلامية الحديثة].^(١)

١٩ المبحث الثاني: المَجَامعُ الفقهيّة في العالم الإسلامي

المجامع الفقهية المتعددة المنتشرة في كل أصقاع العالم الإسلامي وعلى رأسها مَجْمَعُ الفقه الإسلامي الدّولي بجدة التابع لمنظمة التعاون الإسلامي ثم مَجْمَعُ رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، ومن بعدهما سائر المجامع الفقهية الأخرى - هذه المجامع الفقهية صاغت الفقه الإسلامي المصري صياغة جديدة معاصرة حتى أضحى علماً قائماً برأسه اسمه: (الاقتصاد الإسلامي).^(٢)

هذا؛ ولقد دعا كل من مَجْمَعُ الفقه الإسلامي الدولي والمَجْمَعُ الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي إلى تأكيد دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية لتحقيق مقاصد الشريعة في الاقتصاد الإسلامي.

(١) ر: كتابنا (أبحاث ودراسات في الاقتصاد المعاصر) ط دار المعرفة بدمشق.

(٢) علم الاقتصاد الإسلامي هو علم مركب من عدة علوم أبرزها:

- ١ - المعاملات المالية الإسلامية (فقه المعاملات) من المذاهب الفقهية المعتمدة وكان يسمى سابقاً باسم (البيوع) من باب التغليب.
- ٢ - وعلم الاقتصاد المعاصر: (وهو علم بقواعد يشتمل على ضبط أمور الاقتصاد في المجتمعات، وتحليل عناصرها، ثم استقرار أحوالها وتطوراتها للوصول إلى الحلول العلمية الصحيحة لقضاياها الراهنة والمستجدة).
- ٣ - وعلم الصيرفة الإسلامية المعاصرة، وهو علم جديد قل من كتب فيه الكتابة العلمية الموضوعية فوفاه حقه، ويهتم هذا العلم بقضية المصارف الإسلامية.

وهناك من الباحثين من عرفه بقوله: [إنه علم يُعنى بدراسة النشاط من ظواهر وعلاقات في ضوء أحكام المذهب الاقتصادي في الإسلام] اه ر: تعريف الاقتصاد الإسلامي للدكتور عبد الجبار السبهاني.

وتعريف الاقتصاد الإسلامي كما أراه أنه: [علم بقواعد يُوصَلُ بها إلى معرفة إدارة المال في المجتمع الإسلامي إدارةً علمية منتجة مع استثماره بما يحقق مجتمع الكفاية على الوجه المشروع بعيداً عن الربا والاستغلال والاحتكار والظلم والثراء غير المشروع] اه

قلت: وهذا العلم مصدره الشريعة الإسلامية بمصادرها وأحكامها مع مراعاة العرف وتغيير الأحكام بتغيير الأمكنة والأزمان، فهو علم قدم حديث بآن واحد؛ قلم في جوهره، حديث في صياغته. اه

٢٠ المبحث الثالث: اجتهاد الجماعة هو التأصيل الفقهي للمجامع الفقهية^(١)

إن القرارات المجمعية هي اجتهاد الجماعة في هذا العصر على الأمة الإسلامية عدّها مظنة حكم الله في هذه الواقعة طبقاً لتعاليم الشريعة الإسلامية السمحاء. واجتهاد الجماعة الذي جاءت به الشريعة الإسلامية في السنة المشرفة وانعقد عليه إجماع الأمة هو التأصيل الفقهي للقرارات المجمعية الصادرة عن المجامع الفقهية بعامة.

٢١ المبحث الرابع: نماذج من قرارات المجامع الفقهية

ودونك نموذجاً من قرارات مجّمع الفقه الإسلامي الدّولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي المتخذ بالإجماع:

(١) قرار مجّمع الفقه الإسلامي بجدة المتخذ بالإجماع بشأن التأمين وإعادة التأمين:

[أما بعد؛

فإن مجّمع الفقه الإسلامي الميثيق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من (١٠ - ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ / ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥ م)

بعد أن تابع العروض المقدّمة من العلماء المشاركين في الدورة حول موضوع التأمين وإعادة التأمين.

وبعد أن ناقش الدراسات المقدّمة.

وبعد أن تعمّق البحث في سائر صوره وأنواعه، والمبادئ التي يقوم عليها، والغايات التي يهدف إليها.

وبعد النظر فيما صدر عن المجامع الفقهية والهيئات العلمية بهذا الشأن.

قرّر:

١ - أنّ عقد التأمين التجاري ذا القسّط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه عرّز كبير مفسد للعقد، ولذا فهو حرام شرعاً.

٢ - أنّ العقد البديل الذي يخرّم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين على أساس التأمين التعاوني.

٣ - دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة والله أعلم (...).^(٢)

(١) ر: اجتهاد الجماعة: هو (استفراغ أغلب الفقهاء الجهد لتحصيل ظن بحكم شرعي بطريق الاستنباط واتفاقهم جميعاً أو أغلبهم على الحكم بعد التشاور) اهـ

ر: (الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي) لعبد المجيد السوسوة الشرفي، وانظر (المدخل الفقهي العام) لأستاذنا مصطفى أحمد الزرقا ج ١ / مقدمة الكتاب.

(٢) ر: القرار برقم: ٩ (٢١٩) [١] بشأن التأمين وإعادة التأمين الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدّولي بجدة عام ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٥ م.

[أما بعد؛

فإن مجلس المَجْمَع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دروته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من ١٩-٢٣/١٠/١٤٢٤هـ الذي يوافق: ١٣-١٧/١٢/٢٠٠٣م، قد نظر في موضوع: (التورق^(١)) كما تجرّبه بعض المصارف في الوقت الحاضر).

وبعد الاستماع إلى الأبحاث المقدمة حول الموضوع، والمناقشات التي دارت حوله، تبين للمجلس أن التورق الذي تجرّبه بعض المصارف في الوقت الحاضر هو: (قيام المصرف بعمل نمطي يتم فيه ترتيب بيع سلعة (ليست من الذهب أو الفضة) من أسواق السلع العالمية أو غيرها، على المستورق بثمن آجل، على أن يلتزم المصرف - إما بشرط في العقد أو بحكم العرف والعادة - بأن ينوب عنه في بيعها على مشتر آخر بثمن حاضر، وتسليم ثمنها للمستورق) وبعد النظر والدراسة، قرر مجلس المَجْمَع ما يلي:

أولاً: عدم جواز التورق الذي سبق توصيفه في التمهيد للأمر الآتية:

- ١ - أن التزام البائع في عقد التورق بالوكالة في بيع السلعة لمشتري آخر أو ترتيب من يشتريها يجعلها شبيهة بالعينة الممنوعة شرعاً، سواء أكان الالتزام مشروطاً صراحة أم بحكم العرف والعادة المتبعة.
- ٢ - أن هذه المعاملة تؤدي في كثير من الحالات إلى الإخلال بشروط القبض الشرعي اللازم لصحة المعاملة.
- ٣ - أن واقع هذه المعاملة يقوم على منح تمويل نقدي بزيادة لما سمي بالمستورق فيها من المصرف في معاملات البيع والشراء التي تجرّ منه والتي هي صورية في معظم أحوالها، هدف البنك من إجرائها أن تعود عليه بزيادة على ما قدم من تمويل. وهذه المعاملة غير التورق الحقيقي المعروف عند الفقهاء، والذي سبق للمَجْمَع في دورته الخامسة عشرة أن قال بجوازه بمعاملات حقيقية وشروط محددة بينها قراره.. وذلك لما بينهما من فروق عديدة فصلت القول فيها البحوث المقدمة. فالتورق الحقيقي يقوم على شراء حقيقي لسلعة بثمن آجل تدخل في ملك المشتري ويقبضها قبضاً حقيقياً وتقع في ضمانه، ثم يقوم ببيعها هو بثمن حال لحاجته إليه، قد يتمكن من الحصول عليه وقد لا يتمكن، والفرق بين الثمنين الآجل والحال لا يدخل في ملك المصرف الذي طرأ على المعاملة لغرض تسويغ الحصول على زيادة لما قدم من تمويل لهذا الشخص بمعاملات صورية في معظم أحوالها، وهذا لا يتوافر في

(١) التورق: جاء في الموسوعة الفقهية ج ١٣ / ص ١٤٧ تحت مادة (تورق) ما نصه: [التَّورُوقُ:

١ - تعريفه: التَّورُوقُ مصدر تَوَرَّقَ، يقال: تَوَرَّقَ الحيوان، أي أكل الوَرَقَ، والوَرَقُ بكسر الراء: الدراهم المضروبة من الفضة، وقيل: الفضة مضروبةً أو غير مضروبة. والتورق في الاصطلاح: (أن يشتري سلعةً نسيئةً ثم يبيعهها نقداً - لغير البائع - بأقل مما اشتراها به، ليحصل بذلك على النقد). ولم ترد التسمية بهذا المصطلح إلا عند فقهاء الحنابلة، أما غيرهم فقد تكلموا عنها في مسائل (بيع العينة).

٢ - حكم التورق: جمهور العلماء على إباحته سواء من سماه تَوَرَّقاً وهم الحنابلة، أو من لم يُسمَّه بهذا الاسم وهم من عدا الحنابلة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، ولقوله صلى الله عليه وسلم لعامله على خَيْرٍ: << بيع الجَمْع بالدرهم ثم ابتغ بالدرهم جنيهاً >>، ولأنه لم يظْهَر فيه قصد الربا ولا صورته. وكرهه عمر بن عبد العزيز ومحمد بن الحسن الشيباني. وقال ابن الهمام: هو خلاف الأولى، واختار تجريمه ابن تيمية وابن القيم لأنه بيع المضطر والمذهب عند الحنابلة إباحته.]

المعاملة المبينة التي تجرّيها بعض المصارف.

ثانياً: يوصي مجلس المجمع جميع المصارف بتجنب المعاملات المحرمة، امتثالاً لأمر الله تعالى، كما أن المجلس إذ يقدر جهود المصارف الإسلامية في إنقاذ الأمة الإسلامية من بلوى الربا، فإنه يوصي بأن تستخدم لذلك المعاملات الحقيقية المشروعة دون اللجوء إلى معاملات صورية تؤول إلى كونها تمويلاً محضاً بزيادة ترجع إلى الممول.^(١)

الفصل الثاني

مدى سلطان المجمع الفقهي على المصارف الإسلامية

مشورة وترشيداً

٢٣ المبحث الأول: مدى سلطان المجمع الفقهي على المصارف الإسلامية مشورةً

تتضح نقاط البحث هنا في القضايا التالية:

- ١ - أولاً: إبداء الحكم الشرعي فيما يُحال إليها من معاملات المصرف.^(٢)
- ٢ - ثانياً: إبداء حكم المجمع الفقهي على المشروعات الاستثمارية قبل التنفيذ.^(٣)
- ٣ - ثالثاً: تقديم المشورة الشرعية إلى المصرف في جميع أمور المعاملات المصرفية الإسلامية.
- ٤ - رابعاً: التوصيات والإرشادات الواجبة لمعالجة المخالفات والأخطاء.
- ٥ - خامساً: تقديم النصح للمصارف الإسلامية في معاملاتها المصرفية لاتباع أحسن الطرق في عملها المصرفي.

٢٤ المبحث الثاني: مدى سلطان المجمع الفقهي على المصارف الإسلامية ترشيداً

ترشيد المصارف الإسلامية من مهمات المجمع الفقهي الأولية وذلك يتجلى فيما يلي:

- ١ - أولاً: المراجعة الشرعية لجميع مراحل تنفيذ العمليات الاستثمارية للمصارف الإسلامية وإبداء الملحوظات عليها ومتابعة تصحيحها أولاً بأول.
- ٢ - ثانياً: التوجيه لأي خطأ في الفهم يؤثر على التنفيذ، ويجعله منحرفاً عن أهدافه وغاياته.
- ٣ - ثالثاً: مراجعة تقارير الجهات الرقابية الخارجية، وفي ضوء هذه المراجعة تقدم تقريراً دورياً تُبدي فيه رأيها مدلولاً في المعاملات التي أجراها المصرف ومدى التزامه بالفتاوى الصادرة والتوجيهات والإرشادات.

(١) ر: قرارات مجمع رابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة عام ٢٠٠٧م.

(٢) و (٣) منذ وجدت المجمع الفقهي وظيفتها استشارية، ولكن هذا البحث يقترح أن تكون قرارات المجمع الفقهي ملزمة، وهو ما ذهب إليه وسيوضح ذلك في آخر هذا البحث مع أدلته.

- ٤ - رابعاً: التقييم^(١) الدائم لأعمال المصارف الإسلامية لتلافي النقص والتقصير.
- ٥ - خامساً: نقد^(٤) الأعمال المصرفية في المصارف الإسلامية النقد البناء مع اقتراح البديل بدليله الشرعي.

(١) و (٤) النقد والتقييم بعد المراجعة هي مجموعها تكوّن الترشيد المطلوب لهذه المصارف لسلامة سيرها، ولكن هذا لا يتم ولا يعطي ثماره المرجوة إلا إذا صدر عن أهله من ذوي الأهلية والكفاءة والخبرة المصرفية والتعمق في المصارف، ولا تكفي هنا الشهادات العلمية والمعرفة النظرية بل لا بد من الخبرة والتجربة والدُّربة بعد كثير من الممارسة العملية على يد أهل المصارف، وذلك.

الباب الثاني

مدى إزام المؤسسات المالية الإسلامية
بقرارات المجامع الفقهية وشروطه بما لا
يتعارض
مع قرارات مَجْمَع الفقه الإسلامي الدَّولي
الصادرة بهذا الشأن

الفصل الأول

نظرية الإلزام بقرارات المجامع الفقهية وأدلتها

المبحث الأول: الأصل في نظرية الإلزام الشرعي بقرارات المجامع الفقهية

٢٥ جاء في الحديث النبوي الشريف فيما رواه الأئمة: روى مالك بن أنس عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن سعيد بن المسيب عن سيدنا أمير المؤمنين الصحابي الجليل علي بن أبي طالب رضي الله عنه وكرم وجهه قال: (قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم يمض فيه منك سنة؟ قال: اجمعوا العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد).^(١)

قلت: وهذا الحديث كذلك أصل في اجتهاد الجماعة، ففي هذا الحديث الشريف أمر رسول الله صلوات الله عليه أصحابه عند عدم وجوده بينهم بأن يجمعوا علماءهم وأن يقرر هؤلاء العلماء حكماً واحداً يخرجون به على الناس ليأمرهم به على أنه مظنة حكم الله تعالى في الواقعة، ومظنة حكم الله في واقعة لم يرد فيها نص يجب اتباعها والعمل بها، لأن مظنة الحكم لدى عدم وجود النص تقوم مقام النص في إثبات الحكم الشرعي.

وتأسيساً على ذلك فالإلزام هنا إلزام شرعي ديباني خاص بالفتيا لمن استفتى الفقهاء بحثاً عن الحكم الشرعي في هذه الواقعة.

المبحث الثاني: نظرية الإلزام بين المؤيدين والمعارضين؛ مذاهب الفقهاء وأدلتهم

٢٦ اتفق فقهاء العصر على أن قرارات المجامع الفقهية إذا أجمعت على حكم شرعي في واقعة لم يرد بها نص ولا إجماع سابق كان ذلك إجماعاً يجب العمل به ديانةً.

٢٧ وأما إذا اختلفت المجامع الفقهية على حكم شرعي في واقعة لم يرد بها نص ولا إجماع سابق؛ فهل يُلزم المستفتي بحكم صادر عن أحدها أو عن بعضها؟

الأصل أنه لا يُلزم المسلم إلا بما ألزمه الله به، وطالما حصل خلاف بين المجامع الفقهية في حكم هذه الواقعة ففي الأمر سعة؛ فهنالك من أيد الإلزام وهنالك من عارضه.

المطلب الأول: أدلة المانعين

٢٨ فذهب جمهور الفقهاء إلى معارضة الإلزام بواحد من هذه الأحكام الصادرة عن المجامع الفقهية، فللمستفتي أن يأخذ بأي منها متى حصلت له القناعة بذلك بالدليل.

٢٩ وحجتهم أن الصحابة اختلفوا والتابعين كذلك ولم يُلزم أحدٌ أحداً بشيء، وكذلك أصحاب المذاهب الفقهية اختلفوا ولم يُلزم أحد الناس بشيء، فهذا الاختلاف تنوع وليس اختلاف

(١) ر: الإحكام لابن حزم ج ٦ / ص ٧٦٧ وما بعدها.

تضاد، فقد جاء عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه قال: [ما أحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون، لأنه لو كان قولاً واحداً لكان الناس في ضيق، وإنهم أئمة يُقتدى بهم، فلو أخذ رجل بقول أحدهم كان سعة]. اهـ

ومعنى ذلك أن الله وسع على الأمة بوجود الخلاف الفروعى فيهم فكان فتح باب للأمة للدخول في هذه الرحمة باختلافهم في الفروع كاتفاقهم فيها كما قال الإمام الشاطبي في الاعتصام^(١).

وقد نظر هؤلاء الفقهاء إلى اختلاف المجامع الفقهية أنه كاختلاف الفقهاء، فكل بجمع يمثل تياراً فقيهاً فهو اجتهاد الجماعة، ولكل جماعة من الفقهاء الذين وصلوا إلى درجة تمكّنهم من التخرّيج والترجيح ضمن دائرة الاجتهاد المذهبي لهم أن يجتهدوا في النوازل والوقائع تخرّيجاً وترجيحاً متى قامت الأدلة لديهم على ذلك.

المطلب الثاني: أدلة المجيزين

وذهب بعض الفقهاء إلى أن ما ذهبت إليه المجامع الفقهية مُلزمٌ ديانةً للمستفتي، لا تجوز له مخالفته لأنه صادر عن هيئة علمية من كبار الفقهاء الذين وصلوا إلى درجة مجتهد في المذهب، ومن وصل إلى درجة الاجتهاد في المذهب^(٢) فإن اجتهاده حُجّة فكيف إذا صدر عن مجموعة من المجتهدين من أصحاب التخرّيج والترجيح اختارتهم الأمة للفتيا؟!

المطلب الثالث: الترجيح

هنالك في هذه المسألة ما هو متفق عليه، وما هو مختلف به. فالمتفق عليه هو حجية اجتهاد المجامع الفقهية إذا اتفقت كلها على حكم شرعي في واقعة لم يرد فيها نص ولا إجماع سابق فهذا الحكم يمثل أمرين اثنين معاً: (١) اجتهاد الجماعة (٢) والإجماع، فهذا الاجتهاد المجمعى مُلزمٌ ديانةً للمسلمين جميعاً.

والمختلف فيه هو أن ينفرد كل بجمع من هذه المجامع الفقهية بقولٍ في واقعة يخالف فيه عن

(١) ر: الاعتصام للإمام أبي إسحق الشاطبي الغرناطي ج ٢ / ص ١١٠ ط دار ابن عفان عام ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

(٢) (الاجتهاد في المذهب) أقول: المجتهدون المقيّدون بالمذهب هم عند الحنفية طبقة المخرجين ومجتهدى المسائل، فهم أهل الاجتهاد في دائرة المذهب، وهؤلاء يستخرجون أحكاماً لمسائل لم تُؤثّر لها أحكام عن أصحاب المذهب الأولين بالبناء على قواعد المذهب، وليس لهم أن يجتهدوا في مسائل قد نُص عليها إلا في دائرة معينة وهي التي يكون استنباط السابقين فيها على اعتبارات لا وجود لها في عرف المتأخرين بحيث لو كان السابقون موجودين لأفتوا بمثل فتواهم، وهؤلاء عملهم في الحقيقة يتكون من عنصرين:

١ - أحدهما: استخلاص القواعد العامة التي كان يلتزمها الأئمة كالإمام أبي حنيفة وأصحابه من الفروع المأثورة عنهم، وأولئك هم الذين جمعوها في ضوابط وقواعد واعتبروها الأصل الذي كان على أساسه الاستنباط، وكان مقياس الاستخراج السليم للأحكام الفقهية، وكان هو السّنن القويم للاجتهاد.

٢ - وثانيهما: استنباط الأحكام التي يُنصُّ عليها بالبناء على تلك القواعد حتى لا يجحدوا عن المذهب، وهذه الطبقة هي التي خدمت المذهب الحنفي إذ هي التي وضعت الأسس لنموه والتخرّيج فيه والبناء على أقواله، وهي التي وضعت أسس الترجيح فيه والمقايضة بين الآراء، وتصحيح بعضها وتضعيف الآخر، وهي التي ميّزت الكيان الفقهي للمذهب.

ومن هذه الطبقة: أبو بكر الرازي الجصاص والخصاف والكرخي وصاحب الهداية والقُدوري وأضرابهم. اهـ

ر: كتابنا (الوجيز في أصول استنباط الأحكام في الشريعة الإسلامية ج ٢ / ص ٦٠٧ وما بعدها.

وانظر في هذا المبحث السادس من الجزء الثاني من الكتاب مراتب المجتهدين وطبقات الفقهاء، فلقد وضعت نظرية جديدة في الطبقات بعد دراسة مطوّلة لأقوال الفقهاء من / ص ٥٨١ - ٦١٠.

أقوال المجامع الأخرى؛ فهنا تفصيل: إما أن يكون هذا المجمع عالمياً أو قوطياً إقليمياً:

(أ) فإذا كان قوطياً إقليمياً خاصاً بدولة أو إقليم أو قطر؛ فليس قول مجمع من هذه المجامع المختلفة بحجة على المجمع الآخر.

(ب) وأما إذا كان هذا المجمع دولياً عالمياً أي تمثل فيه دول العالم الإسلامي والهيئات الدولية الإسلامية كلها بلا استثناء فأرى أن ما أجمع عليه فقهاء هذا المجمع الدولي العالمي يُقدّم على ما ذهبت إليه المجامع الفقهية الأخرى ويكون حجةً ديانةً^(١). وأما ما اختلف فيه فقهاء هذا المجمع الدولي أو ما لم يتخذوا فيه قراراً، فمثله مثل غيره من الأقوال معروض للنقد العلمي، وتجوز مخالفته لأنه ليس بحجة إلا لأصحابه من ذلك المجمع.

والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: (اجتمعوا العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد).

٣٤

قلت: والقول الواحد هنا هو القول الذي أجمع عليه فقهاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي لأنه يمثل أمرين اثنين: اجتهاد الجماعة والإجماع المسمى بإجماع العزيمة، ولأمر ثالث هو أنه يُحقق المصلحة من الالتزام بوحدة الأمة في التشريع، فإن مجمع الفقه الإسلامي الدولي يمثل مذاهب الأمة كلها، فهو أولى بالاعتبار ولا سيما حين يصدر القرار عنه بإجماع فقهاءه.

أقول؛

٣٥

ويُستثنى من هذه القاعدة بشأن مجمع الفقه الإسلامي الدولي مسائل قليلة استدرك المجمع القول فيها وتبين أن هنالك تجوّزاً في فهم مراد النص يحتاج إلى تقييد أو استدراك، فإن قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي قطعية لا تقبل النقص، ولكن لا بد من استدراك لتقييد مطلق أو تخصيص عام أو ما شاكل ذلك، وقام المجمع بذلك ولا تزال الدراسات قائمة، والله تعالى أعلم.^(٢)

الفصل الثاني

(١) (حكم القضاء وحكم الديانة): أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي ذات اعتبارين: اعتبار قضائي، واعتبار ديانى. فالقضاء يحاكم العمل أو الحق بحسب الظاهر، أما الديانة فإنما تحكم بحسب الحقيقة والواقع. فالأمر أو العمل الواحد قد يختلف حكمه في القضاء عنه في الديانة. فمن طلق زوجته مخطئاً بأن جرى على لسانه لفظ الطلاق غير قاصد إليه، بل إلى لفظ آخر، يعتبر الطلاق منه واقعاً قضاءً، أي يقضى القاضي بوقوعه عملاً بالظاهر، ولكنه لا يقع ديانةً، فيفتيه المفتي بجواز بقاءه مع امرأته فتوى معلقة على ذمته في زعم الخطأ. وبناء على ذلك اختلفت في الأوضاع والترتيبات الشرعية مهمة القضاء عن مهمة الإفتاء، أي وظيفة القاضي عن وظيفة المفتي. فالقاضي يجري على الاعتبار القضائي للأعمال والأحكام، ولا ينظر إلى الاعتبار الدياني. أما المفتي فيبحث عن الواقع وينظر إلى الاعتبارين، فإن اختلف اتجاههما أفتى الإنسان بالاعتبار الدياني.

ومن ثم يذكر الفقهاء في كثير من المسائل التي بصورونها أن الحكم فيها قضاءً كذا، وديانةً بعكسه؛ كمن كان له دين جحده المدين وعجز الدائن عن إتيانه أمام القضاء، ثم ظفر بمال للمدين: فإن الديانة تقر للدائن أن يأخذ منه قدر حقه دون إذن المدين أو علمه. ولكن لو وصل الأمر إلى القضاء لا يقر له هذا الأخذ لعدم إثبات حقه.

ر: رد المختار في كتاب القضاء ٣١٥/٤، وفي كتاب الحجر ٩٥/٥، وفي الحظر والإباحة ٢٧١/٥، والمدخل الفقهي العام لأستاذنا العلامة الشيخ مصطفى الزرقا ج ١ / ص ٦٨ وما بعدها.

(٢) ر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في مسألة تغير العملة، ولنا فيه بحث مستفيض تجده في مجلة المجمع.

وجه الإلزام ومستنده

المبحث الأول: تأصيل الإلزام الديني

٣٦

إن الإلزام الديني بقرارات المجامع الفقهية للمصارف الإسلامية يقوم على أمرين اثنين في مطلبين:

المطلب الأول: المصالح المرسله^(١) : هو أحد الأدلة الفرعية على الأحكام الشرعية وهو قائم على قوله صلى الله عليه وسلم (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)^(٢) ويسمى عند الأصوليين (المناسب المرسل)، ويتبع المصلحة المعتبرة شرعاً، فحَيْثُما وجدت المصلحة فثم شرع الله.

فبناءً على المصالح المرسله يستطيع في الإلزام الديني بقرارات المجامع الفقهية أن يصدر ولي الأمر قراراً بذلك يكون ملزماً إلزاماً دينياً لا تجوز مخالفته، لأن القاعدة الفقهية تقول: (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) واليوم لا يتم وفاء الحقوق لأصحابها بمجرد إصدار الفتاوى المجمعية فحسب لفساد الزمان وتغير الأحوال، فلا بد من إلزام ديني يكون مستنداً إلى قرارات المجامع الفقهية.

٣٧

المطلب الثاني: أدلة الإلزام الديني

ترجع أدلة الإلزام الديني إلى أمرين اثنين:

١ - سلطان ولي الأمر شرعاً؛ فله بمقتضى ولايته العامة أن يضع من النظم والقرارات ما يراه ملبياً لحاجات الناس^(٣)، فيدفع عنهم الضرر ويرفع الحرج أولاً ويطلب لهم المصالح المعتبرة شرعاً ويدراً عنهم المفاسد، فهذا من وظائفه وداخل تحت سلطانه كما هو معروف في أصول الشريعة.^(٤)

(١) المصالح المرسله هي: (الأوصاف التي تلائم تصرفات الشرع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم بما جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس) فكل أمر فيه مصلحة غالبية أو دفع ضرر أو مفسدة يكون مطلوباً شرعاً. ر؛ الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ / ص ٢٨٦١. وانظر كتابنا (نظرية الاستحسان وصلتها بالمصالح المرسله) ط دار دمشق، وكتابنا الوجيز ج ١ / ص ٢٨٣ وما بعدها.
قلت: ولأستاذنا العلامة مصطفى أحمد الزرقا رحمه الله مصنف نفيس في بابه في جزء بالمصالح المرسله فليُنظر.
(٢) أخرجه الإمام أحمد موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه.
(٣) سلطان ولي الأمر أو حق الطاعة:

إذا بايع أكثرية المسلمين إماماً وجبت طاعة من الجميع، وبذل الطاعة مشروط بقيام الحاكم بواجباته ومضمّناتها التزام أوامر الشريعة، وحينئذٍ تصبح القوانين والتكاليف التي تصدر عن الحاكم واجبة التنفيذ شرعاً كفرض الضرائب على الأغنياء فوق الزكاة إذا دعت حاجة البلاد إلى ذلك، ولكن لا تجب الطاعة عند ظهور معصية تتناقى مع تعاليم الإسلام القطعية لقوله صلوات الله عليه (لا طاعة لمخلوق في معصية الله، إنما الطاعة في المعروف).

والدليل على وجوب طاعته ولي الأمر على المسلمين كافة قوله صلوات الله عليه (يد الله على الجماعة) و(من شذ شذ في النار) وقوله (من فارق الجماعة شبراً فقد خلع ريقه الإسلام من عنقه). ومصدر الالتزام بالطاعة آيات وأحاديث منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام (على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب أو كره إلا أن يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة) اه ر؛ الفقه الإسلامي وأدلته ج ٨ / ص ٦١٩٠ وما بعدها.

قلت: وبناءً على ما ذكرت فإن الحاكم إذا تخير رأياً ضعيفاً وجعله قانوناً نافذاً رجّحه وتجب طاعته إذا لم يكن أمراً بمعصية متيقنة شرعاً، وهو الذي أفتى به متأخرو الحنفية لإصلاح النقص في مجلة الأحكام العدلية، وأفتى بذلك المولى أبو السعود العمادي مفتي السلطنة العثمانية وما أفتى به سمي (معروضات المولى أبو السعود) لأنها عُرضت على السلطان فأمر بما فكان ذلك ترجيحاً لها عند الحنفية فصارت أقوالاً راجحة في المذهب، ونشأت القاعدة في المذهب الحنفي (إن ولي الأمر إذا أمر بقول ضعيف صار قولاً راجحاً) أخذاً من قاعدتهم (إذا أمر ولي أمر المسلمين الإمام العادل بمباح صار واجباً شرعاً).

هذا؛ وسلطان ولي الأمر فيما إذا أمر بمباح صار واجباً شرعاً مشروط بشرطين:

١ - الشرط الأول: أن يكون ولي الأمر هذا مبايعاً من جمهور المسلمين وغالبيتهم المطلقة،

قلت: وبناء على ذلك قرر الحنفية وجمهور الفقهاء القاعدة المعروفة (إذا أمر ولي الأمر بمباح أصبح واجباً).

٢ - قاعدة سد الذرائع؛^(١) وكذلك فإن ولي الأمر يجب عليه أن يفتح باب الذرائع الصالحة ويسد باب الذرائع الفاسدة، فبناءً على قاعدة سد الذرائع هذه لولي الأمر أن يُلزم الناس بقرارات المجامع الفقهية إذا رأى ذلك يحقق المصلحة المعتبرة شرعاً.

المبحث الثاني: الإلزام القانوني ومستنده

تمهيد: تحدثنا في الفصل السابق عن الإلزام الديني للمصارف الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية وذكرنا الخلاف فيه والترجيح.

٣٨

أولاً: والآن نتحدث عن الإلزام القانوني الذي تلزم من مخالفته مسؤولية مدنية أو جزائية، وهذا ما لم يتطرق إليه أحد من الباحثين لعدم وجود نص قانوني يكون مؤيداً مدنياً أو جزائياً لذلك، فما عرفنا من قبل أن رتب المشرع الوضعي عقوبةً على من خالف عن هذه النظم لا مدنية ولا جزائية. الذي يبدو لي أن المؤيد القانوني هنا لا بد منه لحمايتها من العبث والإهمال والمخالفة،

ثانياً: ولكن هل هذا المؤيد مدني أم جزائي؟

٣٩

باعتبار أن هذه الواقعة لم يتحدث عنها أحد من قبل من رجال التشريع الوضعي فيإني بادئ الرأي أذهب إلى اقتراح المؤيد المدني، وهو ما لم يترتب على مخالفته جُنْحَة أو جنائية بل تعويض مثلاً يدفعه من وقع منه المخالفة للقانون أو حسم من الراتب أو ما شاكل ذلك من أنواع العقوبات التأديبية التي لا يُقصد منها إلا حماية القانون من الإهمال أو الاستغلال، وهو على جميع الأحوال مؤيد يُقصد منه الإلزام القانوني.

وفي موضوعنا هنا وهو الإلزام القانوني للمصارف الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية نرى أن ترتيب المؤيد المدني كافٍ لضمان التزام المصارف الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية.

ثالثاً: كما نرى أن يصدر بذلك تشريع وضعي يحقق المصلحة من هذا الإلزام، وهذا حكم مصلحي يدخل تحت المصالح المرسله لدى علماء أصول الفقه.

٤٠

٢ - الشرط الثاني: أن يكون المأمور به في الأصل مباحاً شرعاً، فإذا كان منهياً عنه لا تجب على المسلمين طاعته فيه بل إنما تكون محرمةً شرعاً ويؤاخذ صاحبها إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. اهـ

(١) وانظر كتابنا (الوجيز في أصول استنباط الأحكام في الشريعة الإسلامية) ج ١
(٢) سد الذرائع: الذريعة لغة الوسيلة، وشرعاً هي (المباح الذي يكون وسيلة إلى مفسدة). ومعنى سد الذريعة: (منع الشارع لها بتحريمها بالإجماع، وببطلانها على الرأي الراجح إن كانت من التصرفات القابلة للصحة والبطلان) ر؛ نظرية الحق لأستاذنا الدكتور أحمد فتحي أبو سنة / ص ١٢٨، وانظر كتابنا (الوجيز في أصول استنباط الأحكام) ج ١ / ص ٣١٢ وما بعدها، وانظر (الفقه الإسلامي وأدلته) ج ٧ / ص ٥٢٥٨ نقلاً عن مجمع الفقه الإسلامي الدؤلي بالقرار برقم ٩٦/٩/٩٧، ونص التعريف فيه [سد الذرائع أصل من أصول الشريعة الإسلامية وحقيقته منع المباحات التي يتوصل بها إلى مفسد أو محظورات].

الباب الثالث

مدى إمكان قيام المجامع الفقهية
بِدَوْر الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة الشرعية
في المؤسسات المصرفية الإسلامية

الفصل الأول

ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية

المبحث الأول: وظيفة هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية

٤١ إذا كانت المصارف الإسلامية تحتاج في سبيل نجاحها في عملها إلى رقابة شرعية من عدد الفقهاء من المتخصصين في الفقه الإسلامي الاقتصادي المصري من أولئك الفقهاء الذين جمعوا بين الدراسات الفقهية المعمّقة في الاقتصاد الإسلامي وبين الاطلاع الواسع على الصيرفة الإسلامية المعاصرة - فإن هذه الهيئات الرقابية الشرعية لها وظيفة وُجدت لأجلها ألا وهي (الإشراف والمحاسبة) على المصارف الإسلامية، فلا يُقضى بأمر من أمور هذه المصارف قبضاً أو صرفاً أو توكيلاً أو عزلاً أو مشاركة أو مضاربة أو ما شاكل ذلك إلا بموافقة خطية من أعضاء الرقابة الشرعية في ذلك المصرف الإسلامي بالأكثرية المطلقة، وعلى مسؤوليتهم الدينية والإدارية، وذلك تحت طائلة المسؤولية المدنية في الأشخاص والجزائية في الأموال^(١).

المبحث الثاني: أولوية ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية

٤٢ إذا كان أعضاء هيئات الرقابة الشرعية يجب أن يكونوا من أصحاب التخصص العالي المشهود لهم في الفقه الإسلامي الاقتصادي المصري؛ فإن أولى هؤلاء للترشيح للعضوية هذه أولئك الذين تُرشحهم المجامع الفقهية قبل الذين تُرشحهم الدوائر الأخرى التي لا تُشرف عليها المجامع الفقهية مع كل الاحترام لهم، وذلك لضمان مصداقية الترشيح أولاً، ورعاية التخصص فيه ثانياً، مع المحافظة على أكاديمية هذا الترشيح ثالثاً، ويُعديده عن القضايا الشخصية رابعاً.

٤٣ ولعل ذلك مطلوب منا طلباً شرعياً أولاً لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾^(٢)، وهذا متوفر بغالبية الظن في الذين تُرشحهم المجامع الفقهية^(٣) من الفقهاء، وغالبية الظن في المسائل الفقهية تقوم مقام اليقين كما هو معلوم.

٤٤ وأستطيع القول إن أية رقابة شرعية صادرة عن هيئة رقابية على مصرف إسلامي لا تُرشح من قبل مجمع فقهي إقليمي أو دؤلي لا تكون مضمونة النتائج من حيث صحة الفتاوى الفقهية وخلوها عن الأخطاء المقصودة وغير المقصودة، فإن الاجتهاد الجماعي أقوى بكثير من الاجتهاد الفردي أو الاجتهاد المؤسساتي وأضمن وأبعد عن الوقوع في التناقض في الأعم الأغلب، ولعل هذا هو السبب الأعظم في أولوية ترشيح المجامع الفقهية، ألا وهو رجحان اجتهاد الجماعة على اجتهاد الأفراد.

(١) هذا حكم مصلحي وليس حكماً شرعياً بل يدخل تحت السياسة الشرعية كما قرر علماء أصول الفقه فهو يخص زماننا هذا. اه المؤلف

(٢) النساء : الآية ٨٣

(٣) وجه الاستدلال بهذه الآية على ما نحن فيه من شأن المجامع الفقهية وأولويتها في الترشيح لمن تراه مستوفياً للشروط من الفقهاء أن المفترض بالأمة إذا نزلت بها نازلة أن ترجع إلى علمائها الذين هم أولو أمر الدين فيها دون غيرهم ليرشحوا من يرونه أهلاً للقيام على هذا الأمر من ذوي التخصص والأمانة، فهذا هو عين الرد إلى الله والرسول، وذكر اسم الله عز وجل هنا لتفخيم هذا الأمر وتعظيمه. اه المؤلف

الفصل الثاني

التَّشَاوُرُ وَالتَّنْسِيقُ بَيْنَ هَيْئَاتِ الرِّقَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ

فِي الْمَوْسَسَاتِ الْمَالِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ

٤٥ توطئة

وُجِدَت الرِّقَابَةُ الشَّرْعِيَّةُ فِي الْمَوْسَسَاتِ الْمَالِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ (المصارف الإسلامية) مِنْ أَجْلِ ضَبْطِ الْقَضَايَا الْمَصْرَفِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ بِضَوَابِطِ^(١) الشَّرِيعَةِ أَحَدًا بِمَذَاهِبِ الشَّرِيعَةِ الْمَعْتَبَرَةِ الَّتِي أَقَرَّتْهَا الْمَجَامِعُ الْفَقْهِيَّةُ وَعَلَى رَأْسِهَا: بَجَمْعِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الدَّوْلِيِّ بِجَدَّةَ، ثُمَّ بَجَمْعِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ التَّابِعِ لِرَابِطَةِ الْعَالَمِ الْإِسْلَامِيِّ، وَبَعْدَهُمَا بَجَمْعِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ فِي السُّودَانِ الشَّقِيقِ وَسَائِرِ الْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ فِي الْعَالَمِ الْإِسْلَامِيِّ.

٤٦

وَبِمَا أَنَّ الْعِلَاقَةَ بَيْنَ هَيْئَاتِ هَذِهِ الرِّقَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ فِي الْمَصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَبَيْنَ هَذِهِ الْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ الْمُبَارَكَةِ الَّتِي تُمَثِّلُ اجْتِهَادَ الْجَمَاعَةِ هِيَ حَجَرُ الْأَسَاسِ فِي حُسْنِ سِيرِ هَذِهِ الْمَصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ فَذَلِكَ لِأَنَّهَا تُنظِّمُ أُمُورَ هَذِهِ الْهَيْئَاتِ الرِّقَابِيَّةِ الشَّرْعِيَّةِ تَنْظِيمًا دَقِيقًا عَلَى بَوَاصِلِ هَذِهِ الْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ بِمَا يَضْمَنُ النِّجَاحَ لِكُلِّ مِنَ الرِّقَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ وَهَيْئَاتِهَا وَالْمَصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ مَعًا وَهُوَ الْمَطْلُوبُ مِنْ هَذَا كَلِهِ.

المبحث الأول

٤٧ (١) المرحلة الأولى؛ مرحلة التَّشَاوُرِ بَيْنَ الْهَيْئَاتِ الرِّقَابِيَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَالْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ.

لَا شَكَّ أَنَّ مَبْدَأَ الشُّورَى فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ أَصْلٌ لَا يُعْتَاذُ عَنْهُ، وَلَا بَدِيلَ لَهُ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي التَّنْزِيلِ: ﴿فِيمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾^(٢)

٤٨

وَلِذَلِكَ كَانَ لَا بَدَّ مِنَ التَّشَاوُرِ فِي الْقَضَايَا الْفَقْهِيَّةِ مِنَ الْمُسْتَحْدَاتِ بِمَا يَسْمَى بِفَقْهِ النُّوَاذِلِ بَيْنَ كُلِّ مِنَ الْهَيْئَاتِ الرِّقَابِيَّةِ الشَّرْعِيَّةِ وَبَيْنَ الْمَجَامِعِ الْفَقْهِيَّةِ بِمَا يَحْقُقُ الْمَصْلَحَةَ لِلْمَصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ، ذَلِكَ لِأَنَّ الْمَصْلَحَةَ الْمَعْتَبَرَةَ شَرْعًا هِيَ الْغَرَضُ مِنَ التَّشْرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ فَأَيْنَمَا وُجِدَتِ الْمَصْلَحَةُ فَتَمَّ شَرْعُ اللَّهِ، فَإِذَا كَانَ هَذَا التَّشَاوُرُ يَحْقُقُ الْمَصْلَحَةَ لِلْمَصَارِفِ الْإِسْلَامِيَّةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَعُودُ عَلَى الْمَجْتَمَعِ الْإِسْلَامِيِّ كَلِهِ بِالْخَيْرِ وَالرِّخَاءِ وَالسَّعَادَةِ.

وَدُونِكَ مَا قَالَهُ الْعَلَامَةُ ابْنُ الْقَيْمِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ: (إِعْلَامُ الْمَوْقِعِينَ) قَالَ: [الشريعة عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالحة كلها، فكل ما خرج عن العدل والرحمة والمصلحة فليس من الشريعة ولو أدخل فيها

(١) الضابط : لغة يطلق ويراد به (نزوم الشيء وحبسه)، والضابط الفقهي اصطلاحاً: (الحكم الكلي الذي ينطبق على فروع كثيرة من باب واحد). أما القاعدة الفقهيّة فهي أعم من الضابط لأنها تجمع فروعاً كثيرة من أبواب شتى، فكل ضابط قاعدة وليس كل قاعدة بضابط، فبينهما عموم وخصوص مطلق. اهـ ر: التعريف للجرجاني، و ر: كتابنا (معايير الفكر) في علم المنطق.

(٢) آل عمران: الآية ١٥٩

٤٩ إن أي قرار مصرفي لا يكون مبنياً على هذا التشاور بين الهيئات الرقابية الشرعية وبين الجامع الفقهي لن يحقق المصلحة للمصارف الإسلامية أبداً، فالجامع الفقهي هي الأصل الذي ينبغي أن يُركن إليه ويُستشار في هذه القضايا الشائكة في هذا العصر الذي تعقدت فيه المعاملات المصرفية الإسلامية أكثر من أي وقت مضى نظراً لجدة هذا النوع من المعاملات المصرفية أولاً، ونظراً لوعورة البحث فيها ثانياً، ونظراً لقلّة الأبحاث الاقتصادية الإسلامية المصرفية ثالثاً بالنسبة لحجم هذه المشكلة الاقتصادية في الفقه الاقتصادي المعاصر.

المبحث الثاني

(٢) المرحلة الثانية؛ مرحلة التنسيق بين الهيئات الرقابية الشرعية والجامع الفقهي.

٥٠ يُقصد بالتنسيق هنا: (تنظيم الأعمال والمهمات، وترتيب الواجبات والمستحقات، بحسب الأولويات)^(٢) وهو اصطلاح حديث ومعاصر؛ يُقصد به وضع كل مسألة في النسق الذي تستحقه وتقتضيه دون غيره.

٥١ فالهيئات الرقابية الشرعية تُؤدي خدمةً للمصارف الإسلامية لا تُنكر بل تُذكر فتُشكر، فلولاها لضاعت كثير من الحقوق في هذه المصارف الناشئة والمستهدفة من غير قصد إلى ذلك مما يؤدي إلى اتهامها بحق وبغير حق ثم إغلاقتها، وهذا ليس من مصلحة الأمة لأن هذه المصارف الإسلامية أوقفت المد الربوي الأسود من المصارف الربوية، فأني فشل فيها يؤدي إلى رجوع الفائدة والربا في المصارف الربوية التقليدية.

٥٢ لهذا كله وجب أن ننظر إلى كيفية دعم هذه الهيئات الرقابية والوقوف معها، وهذا لن يتحقق إلا إذا أقمنا من الجامع الفقهي مرجعيةً علمية معترفاً بها عالمياً ومتفقاً عليها لكل الهيئات الرقابية الشرعية بحيث لا يُسمح لأية هيئة رقابية شرعية أن تُفتي بأية فتوى شرعية اقتصادية ما لم يُوافق عليها مجتمَع الفقه الإسلامي الدوّلي أو أي مجتمَع فقهي معترف به رسمياً في القطر الذي هو فيه.

٥٣ فليس معنى التشاور مصادرة الآراء الفقهيّة التي تصدرها الهيئات الرقابية الشرعية وإنما هي إمرار الآراء الفقهيّة الاقتصادية التي تُصدرها هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية على مُنحَل دقيق يتنخّل هذه الآراء الفقهيّة فما كان منها بحاجة إلى مراجعة أو تقييد أو ضبط أو تنقيح أو تعديل قام بذلك المجتمَع الفقهي بعد المشورة والمذاكرة مع كل من الهيئة الرقابية الشرعية والمصرف الإسلامي معاً، وبذلك نضمن صحة هذه الآراء الفقهيّة وسلامتها من مخالفة الفقه الإسلامي ولو عن طريق السهو والخطأ، لأن هذين الافتراضين يصبحان آنذراً نادر من النادر، والنادر لا حكم له كما قرر الفقهاء بخاصة والعلماء بعامّة.^(٣)

(١) ر: إعلام الموقعين عن رب العالمين للعلامة ابن القيم ج ٣ / ص ٣.

(٢) هذا الاصطلاح مما وُفقت إليه لم أر من سبقتي إليه فله الحمد والمنة، ولكن قد يكون ولم أطلع عليه، وفوق كل ذي علم عليم.

(٣) قلت: هذا التمهيص والتنخل لأقاويل الفقهاء هو مما امتازت به مدرسة الرأي ولا سيما المذهب الحنفي بخاصة مع كبير إجلالنا للمذاهب الفقهيّة كلها، فمذهب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه نال قسطاً كبيراً من هذا التمهيص والتنخل. اه ر: كتابنا (تاريخ الفقه الإسلامي)، و(أبو حنيفة) لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله.

الفصل الثالث

التأكد من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق قرارات المجامع الفقهية

على المعاملات المالية التي تقرها

المبحث الأول: وظيفة المجامع الفقهية

٥٤ بعد أن قامت المصارف الإسلامية بواجباتها من الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية افتراضاً، لا بد لنا من الرجوع إلى هيئات الرقابة الشرعية في هذه المصارف الإسلامية لتأخذ شهادتها على هذا الالتزام، ونحن إذ نفعل ذلك لا ننتهم أحداً بخيانة أو غش أو ما شاكل ذلك، فالأصل براءة الذمة، ولكن ننتهم العقل الإنساني الذي فطر على الخطأ والنسيان فلقد كُتِبَ على ابن آدم حَظُّهُ من الخطأ والنسيان لا محالة.

٥٥ وإذا كان الأمر كذلك من جواز السهو والنسيان والغفلة على العقل البشري لضعفه، فإن هذا كذلك ينطبق على هيئات الرقابة الشرعية، فإن أية هيئة للرقابة الشرعية في كل مصرف لا تعدو أن تكون أفراداً لا يكاد يصل عددهم إلى عدد أصابع اليد، فيجوز عليهم كذلك ما جاز على رجال المصارف الإسلامية من السهو والخطأ والنسيان أحياناً، أو عدم الإحاطة بالمسألة محل البلوى أحياناً فاضطرت الفتوى لقلة المصادر في هذه الموضوع تارةً أخرى، وليست المشكلة في الأشخاص لا في نزاهتهم ولا في كفاءتهم، وإنما المشكلة تكمن في أن هذا الموضوع اضطرت فيه أقاويل الفقهاء وغابت الرؤية الواضحة فلم يكن لدى الرقابة الشرعية وهيئاتها من العلماء الأكفاء إلا أن يفتوا بما توصلوا إليه دون أية مرجعية فقهية يرجعون إليها.....

٥٦ فجاءت المجامع الفقهية مرجعيةً فقهيةً متفقاً على ضرورتها ومكانتها في العالم الإسلامي لتكتمل عن طريق الاجتهاد الجماعي ما بدأ به المصرف الإسلامي، وثق عليه هيئة الرقابة الشرعية في المصرف الإسلامي، فشدّدُ النقص إن حصل، فتقيد المطلق، وتخصيص العام، وتصحح الخطأ، وتستدرك السهو والنسيان، وتقابل الأقوال وتراجعها على الأثام من كتب الفقهاء وما شاكل ذلك تمهيداً لعرض ذلك كله على مجلس تجمّع الفقه الإسلامي في أول دورة قادمة ليقر أو يُلغى أو يستنبط أحياناً عن طريق الاجتهاد الجماعي أحكاماً فقهية جديدة رفعتها إليه هيئات الرقابة الشرعية.

المبحث الثاني: ضرورة التأكد لدى المجامع الفقهية من التزام هيئات الرقابة الشرعية

بتطبيق القرارات المجمعية

٥٧ وخشية من وقوع اللبس أو ما شاكله كان لا بد من ضرورة التأكد لدى المجامع الفقهية من التزام الرقابة الشرعية وهيئاتها بتطبيق قرارات المجامع الفقهية على المعاملات الشرعية التي تُقرّها هذه المجامع الفقهية المشتمة على خيرة العقول الفقهية الناضجة وما يعضدها من العقول الأخرى كالأطباء وعلماء الهيئة وأصحاب العلوم المساعدة (الكونية)، فإن هذه المجامع الفقهية تضم عدداً كبيراً لا يُستهان به من هذه الأدمغة المفكرة، وهذا ما لا يتوفر في غيرها من المؤسسات العلمية الأخرى.

أقول وهذا التأكيد من الالتزام يكون عادةً بالتفتيش في غير هذه الهيئات العلمية، وملكاً هذه الهيئات الرقابية الشرعية في المصارف الإسلامية يُقال بدلاً من التفتيش مصطلح [المراجعة والتقييم] ويقصد به البحث الجاد من المجمع الفقهي في مدى مصداقية أقاويل الرقابة الشرعية بالأساليب القانونية التي تضعها المجمع الفقهية منفردة حرصاً على سلامة النتائج وصحة الفتاوى الشرعية المصرفية.

الباب الرابع

صِيغُ وَالِيَّاتٍ مُقْتَرَحَةٌ

الفصل الأول

نظرية التكامل المصرفي الإسلامي

تمهيد:

٥٩ اقتراح لإيجاد صيغة جديدة للتعاون بين المؤسسات المصرفية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية من جهة وبين المجامع الفقهية من جهة أخرى في نظرية اقتصادية معاصرة اسمها: (نظرية التكامل المصرفي الإسلامي)، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: هيكلية نظرية التكامل المصرفي الإسلامي

وفيه مطلبان:

١ - المطلب الأول: إنشاء (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) وجعله تابعاً للمجلس الأعلى للمجامع الفقهية في العالم الإسلامي المقترح

كانت ولادة مجتمَع الفقه الإسلامي الدَّولي ومركزه جدة في المملكة العربية السعودية حدثاً تاريخياً وما صحبه من إنشاء المجتمَع على أرض الواقع ثم ما صدر عنه من دراسات ونقّت ولادة تلك القرارات المجتمعية، كل ذلك صبَّ في رصيد الاقتصاد الإسلامي الناشئ، تلاه ولادة مجامع فقهية متميزة كمجتمَع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، كل ذلك أدى إلى نشوء مجتمَع فقهية إقليمية مباركة.

٦٠ في تلك الفترة نشطت حركة الصيرفة الإسلامية من عُقُالها، وهبت من رقدتها، وصار لها سوق نافقة في المجتمعات العربية والإسلامية، فتأسست المصارف الإسلامية العديدة وأولها: (بنك دبي الإسلامي) و(بنك التنمية الإسلامي في جدة) للمؤسسات الاقتصادية، فاقترض ذلك إيجاد رقابة شرعية عليها تُولد معها وتلازمها بغية الإشراف على الآراء الفقهية الصادرة عنها، وإيجاد الحلول الفقهية التي تحتاجها.

ولما كان اجتهاد الجماعة أفضل من اجتهاد الفرد وهو المقدم عليه لزم من ذلك إنشاء هيئة عامة تشمل المصارف الإسلامية كلها وتُهيمن عليها هي [المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية].

٦١ ٢ - المطلب الثاني: إلحاق سائر المصارف الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية بالمجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية^(١) بقرار من منظمة التعاون الإسلامي من حيث الفتيا

(١) تطرّق بعض الباحثين المعاصرين إلى هذا الموضوع فسمّى هذه الهيئة (البنك المركزي الإسلامي) وأناط به شؤون الرقابة على المصارف الإسلامية، وجعلها حلقة وصل بين المصارف الإسلامية والمجامع الفقهية، ومع احترامنا لرأيه فإننا وجدنا الأولى إنشاء (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية)، وجعله تابعاً للمجامع الفقهية حصراً، وذلك لسببين اثنين:

إذا صدر قرار رسمي بإنشاء المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية يضم المصارف الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية فيها فإن هذا المجلس يقرر في قرار تنظيمه أن التبعية هذه ليست تبعية إلحاق أو إلغاء، بل هي تبعية مشاورة في الفتيا فقط دون الأمور الإجرائية.

هذا؛ ونقترح إتماماً للفائدة على هذا المجلس ألا يُصدر فتواه هذه التي يُشترط فيها الإجماع إلا بعد المذاكرة مع كل المجامع الفقهية في العالم الإسلامي وإطلاعها عليه ضمن (شعبة الاقتصاد الإسلامي المصرفي) التي نقترح إحداثها في أول جلسة قادمة لمجلس المُجمَع في كل منهما.

٦٢

المبحث الثاني: ضرورة استصدار قرار من منظمة التعاون الإسلامي يقضي بإتباع جميع المجامع الفقهية في العالم الإسلامي لمنظمة التعاون الإسلامي من حيث الفتيا والقضاء

بعد الصحوّة الإسلامية المعاصرة المبنية على اجتهاد الجماعة أصبحت المجامع الفقهية في العالم الإسلامي كثيرة، ففي كل قطر إسلامي غالباً يُجمَع فقهي إقليمي، وهناك يُجمَعان على مستوى العالم الإسلامي: مُجمَعنا العظيم يُجمَع الفقه الإسلامي الدَّوْلِي والمُجمَع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، حيث تصدر الفتاوى عن هذه المجامع الفقهية المباركة فتؤخذ بالقبول، ويتبعها المسلمون بكل قناعة، ولكنها قد تُصدّر هذه الفتاوى متضاربة لعدم وجود تنسيق بينها في الأعم الأغلب، فيرتبك المسلمون، ويحصل خلاف قد يؤدي إلى تشكيك الناس بدينهم أو بعلماء الدين لديهم أو بالمجامع الفقهية ذاتها.

٦٣

لذلك كله نرى أن يُطلَب إلى منظمة التعاون الإسلامي مشكورةً دفعاً لذلك كله إن هي رأت ذلك أن تُصدر قراراً تنظيمياً يقضي بإتباع جميع المجامع الفقهية في العالم الإسلامي إلى منظمة التعاون الإسلامي.

٦٤

هذا؛ وهناك من يرى إتباع هذه المجامع الفقهية إلى اتحاد المجامع الفقهية الإسلامية، قلت ولا مانع من ذلك أيضاً. ولا مانع من الأمرين؛ الإلتحاق إلى منظمة التعاون الإسلامي واتحاد المجامع الفقهية معاً كل في تخصصه دون غيره.^(١)

٦٥

الفصل الثاني

إنشاء شعبة في مَجْمَع الفقه الإسلامي الدَّوْلِي وفي كل المجامع الفقهية

اسمها: [شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية]

١ - السبب الأول: أنه جرى العرف لدى رجال الاقتصاد والمال أن البنك المركزي في دولة هو الذي يصك العملة الرسمية للدولة وهو بمثابة (بيت المال) في الاصطلاح الإسلامي، وهذا غير متوفر فيما يقترح تسميته (البنك المركزي الإسلامي).

٢ - والسبب الثاني: أن هذه الهيئة المذكورة ليست بنكاً ولا مصرفاً بالمعنى الاصطلاحى، بل هي مجرد هيئة رقابية مصرفية ذات صفة استشارية، وليس لها أي شبه بالبنوك والمصارف الربوية وغير الربوية، فلا داعي لتسميتها بنكاً أو مصرفاً ثم إلصاق ذلك الاسم بالإسلام لأننا حينئذ نسمي الأمور بغير أسمائها التي وضعت لها، وهذا اجتهاد خاطئ وتزويد لا داعي له. ولهذا فإننا نرى أن التسمية الصحيحة لهذه الهيئة هي: (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) اه المؤلف.

^(١) قلت: أرى أن يكون الإلتحاق الأول إلى منظمة التعاون الإسلامي من حيث الأمور الإجرائية والتنظيمية البحتة، والإلتحاق الثاني إلى اتحاد المجامع الفقهية من حيث تبادل الخبرات بين المجامع الفقهية من الوجهة العلمية الفقهية البحتة دون ما سوى ذلك والله أعلم.

المبحث الأول: هيكلية شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية في مَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي وسائر المجامع الفقهية

- ٦٦ ١ - أولاً: تتكوّن هذه الشعبة في مَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي وفي سائر المجامع الفقهية من أشخاص أربعة:
- ١ - رئيس الشعبة عضواً منتدباً من مَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي أو مَجْمَع الفقه الإسلامي التابع للرابطة.
- ٢ - مندوب المصرف الإسلامي عضواً.
- ٣ - مندوب الرقابة الشرعية في المصرف الإسلامي عضواً.
- ٤ - أحد أعضاء الأمانة العامة لمَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي أو لمَجْمَع الفقه الإسلامي التابع للرابطة مقرراً.
- ٦٧ ٢ - ثانياً: تتولّى هذه الشعبة في المجامع الفقهية شؤون الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية من جميع النواحي الشكلية والموضوعية في حقل الدراسات وفي حقل الفتاوى، وترفع ذلك كله إلى الأمانة العامة للمَجْمَع ليتخذ القرار المناسب بعد عرضه على مجلس المَجْمَع ومناقشته.
- ٦٨ ٣ - ثالثاً: تُحال جميع القضايا المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية إلى هذه الشعبة في المجامع الفقهية للنظر والدراسة ورفعها للأمانة العامة لاتخاذ القرار بعد عرضه على مجلس المَجْمَع ومناقشته.
- ٦٩ ٤ - رابعاً: تُدرج الدراسات والمناقشات والقرارات كلها في سجل خاص بالشعبة مستقل تابع لأمين مَجْمَع الفقه الإسلامي وتسجل في سجلات المَجْمَع أصولاً.

المبحث الثاني: وظائف شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية وأعمالها

٧٠ لهذه الشعبة في المجامع الفقهية كلها في العالم الإسلامي بعامة وفي مَجْمَع الفقه الإسلامي الدولي والمَجْمَع الفقه التابع للرابطة لها مكانة عالية في المَجْمَع، ذلك لأن القضايا المصرفية المعاصرة تأخذ مساحة واسعة من اهتمام المصارف الإسلامية ولجان الرقابة الشرعية عليها أولاً، ومن اهتمام الشارع الإسلامي ثانياً، ومن أنظار الباحثين والدارسين في الفقه المصري الإسلامي ثالثاً.

أما وظائف هذه الشعبة وأعمالها ففيما يلي:

- ١ أولاً: ضبط القضايا المصرفية الإسلامية بضوابط الفقه الإسلامي، وإظهار الخلل الحاصل ومعالجته.
- ٢ ثانياً: اتخاذ موقف وسط بين الإفراط والتفريط في جميع الفتاوى والأقوال الصادرة عن الشعبة المرفوعة للأمانة العامة ليُصار إلى مناقشتها والفتيا المَجْمَعية فيها.
- ٣ ثالثاً: مراجعة الفتاوى التي تصدرها هيئات الفتوى في المجامع الفقهية ودراستها ثم رفعها إلى الأمانة

العامة للمَجْمَع مع الدراسات والحلول المقترحة.

٤ رابعاً: يُعدُّ مصرف التنمية الإسلامية بجدة المستشار الأول في الشعبة للتخصص في التنمية الإسلامية.

المبحث الثالث: المجلس الأعلى للمَجْمَع الفقهية في العالم الإسلامي

٧١ تمهيد:

المجامع الفقهية مؤسسات علمية متخصصة على أعلا مستويات الفقه والاجتهاد تمثل المرجعية الدينية الكبرى للأمة الإسلامية في هذه العصر في مجال اجتهاد الجماعة، وهو الاجتهاد المطلوب اليوم.

ولكن القرارات المَجْمَعِية الصادرة عن هذه المجامع مختلفة فيما بينها، فما بين مبيح ومحرم في واقعة من واقعات العصر، ومثل هذا يجعل المستفتي يرتبك فيما يأخذ وفيما يدع إذا لم يكن لديه علم يرفعه إلى مرتبة الاتباع، وقليل ما هم ...

٧٢ والواقع أنه لا مناص فيما أرى من تأسيس هيئة علمية كبرى من المجتهدين في هذه المجامع الفقهية في علمنا الإسلامي أطلقت عليها اسم: (المجلس الأعلى للمجامع الفقهية).

وذلك بأن يُؤخَذ من كل مَجْمَع من المجامع الفقهية رئيسه وأمينه فيما عدا مَجْمَع الفقه الإسلامي الدَّوْلِي والمَجْمَع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة فإن هذين المَجْمَعين يؤخذ منهما الأعضاء العاملون والأعضاء المعينون جميعاً بلا استثناء، ثم يجعل لهذا المجلس الأعلى مكتب من رئيس ونائب رئيس وأمين عام ومقرر.

٧٣ هذه الهيئة المَجْمَعِية العليا المسماة بالمجلس الأعلى للمجامع العلمية يصدر بتأسيسها قرار من منظمة التعاون الإسلامي إن رأى ذلك رئيس المنظمة وأمينها العام وسائر الأعضاء.

٧٤ وظائف المجلس الأعلى للمجامع الفقهية:

تتعين هذه الوظائف في ثلاث:

١ - أولاً: مراجعة مشاريع قرارات المجامع الفقهية قبل صدورها قرارات ونقدها نقداً علمياً مدعماً بالدليل، وذلك بالتعاون مع هذه المجامع.^(١)

(١) مناقشة مقولة مجلس الجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي:

اقترح مجلس الجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي إيجاد هيئة عليا في البنك المركزي في كل دولة إسلامية مستقلة عن المصارف التجارية، تتكون من العلماء الشرعيين والخبراء الماليين لتكون مرجعاً للمصارف الإسلامية والتأكد من أعمالها وفقاً للشرعية الإسلامية، وحذا حذوه بعض الباحثين المعاصرين من المتخصصين بالدراسات المصرفية الإسلامية.

وإني مع كل إجلالي واحترامي للمجامع الفقهية كلها وللسادة القائمين عليها من كبار الفقهاء أخالفهم عن هذا الحل في هذه الواقعة. ولعلمهم حين قالوا في مقولات نسبت إليهم في تصوير المسألة فقالوا: (وذلك بأن تفتح البنوك المركزية أقساماً خاصة عندها للإشراف فقط ! على المصارف الإسلامية تحديداً يسمى بقسم (الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية) حتى يتأكدوا من سلامة عملها) - أقول : لعلمهم قصدوا بذلك إيجاد مخرج شرعي بقدر الإمكان لضبط هذه الأمور المصرفية الإسلامية بالإشراف عليها عن طريق البنوك المركزية، وهذا اجتهاد في المسألة يُحمدون عليه أصابوا أم أخطأوا، لأن من اجتهد فأصاب فله أجران، ومن اجتهد فأخطأ فله أجر واحد، فينالون أجر الاجتهاد دون أجر الإصابة.

واستدل هؤلاء على قوهم هذا بأن جميع المشرفين الموجودين حالياً في البنوك المركزية غير متخصصين غالباً بطريقة عمل المصارف الإسلامية، والصحيح أن يتم وضع كل شيء في مكانه الصحيح، وقالوا: الأمر ضروري وليس اختيارياً !!
والجواب عن هذه الشبهة فيما يلي:

٢ -ثانياً: التعاون مع المجامع الفقهية من أجل المشاريع العلمية لهذه المجامع كالتحقيق والطباعة والنشر وما إليه.

٣ -ثالثاً: التنسيق فيما بين هذه المجامع لتتكامل الجهود المبذولة لتحقيق ما تصبو إليه المجامع من غايات علمية رفيعة المستوى لتحقيق رسالة هذه المجامع الفقهية الباذخة.

١ - أولاً: أن المصرف الإسلامي إنما يقصده الذين يعز عليهم دينهم ويريدون أن يُنزهوا معاملاتهم المالية عن الربا وشبهة الربا، فإذا عرفوا وهم سيعرفون قطعاً أن أموالهم أودعت في مصرف غير إسلامي ولو كان مركزياً سيُحجمون عن هذا التعامل مع المصرف المركزي إلا إذا اضطروا إلى ذلك اضطراراً لا مفر منه، وهذا الغرض غير متصور في هذه المسألة.

٢ - ثانياً: البنك الإسلامي شخصية اعتبارية إسلامية مستقلة ليس من الحكمة إتباعها لأية هيئة اعتبارية أخرى خارج نطاق المؤسسات المالية الإسلامية كالمجامع الفقهية بعامة ومجمع الفقه الإسلامي الدُّولي ومجمع رابطة العالم الإسلامي بخاصة. فهما أوّل من أية هيئة مالية أخرى بالإشراف على المصارف الإسلامية للاختصاص. اهـ

ر: (رقابة البنك المركزي وإشرافه على البنوك الإسلامية - الموقع العالمي للاقتصاد الإسلامي نحو طُرْح أصيل)، وانظر ما كتبه الباحثان؛ الدكتور محمد القطان والدكتور كمال خطاب، والأستاذ عامر حميدة في الموضوع ذاته.

خلاصة البحث

عقدت البحث على مدخل وأربعة أبواب وخلاصة وخاتمة.

٧٥

فأقمت مدخلاً إلى البحث تحدثت فيه عن مدى حاجة المصارف الإسلامية إلى ترشيد وفيه مباحث أربعة:

- ١ - كان المبحث الأول توطئة في التعريف بالمصرف الإسلامي اصطلاحاً، وهو التعريف الذي وُفِّقَ إليه، ثم تحدثت عن ترشيد المصرف باعتماد هيئة مصرفية شرعية باسم (هيئة الفتوى والرقابة الشرعية).
- ٢ - أما المبحث الثاني فكان الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية في خمسة مطالب:
 - أ - المطلب الأول: التعريف بالرقابة الشرعية.
 - ب - المطلب الثاني: تاريخ الرقابة الشرعية في الإسلام.
 - ج - المطلب الثالث: التوجيه والرقابة هما دور هيئة الرقابة الشرعية.
 - د - المطلب الرابع: مكانة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية.
 - هـ - المطلب الخامس: ضرورة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية وأهميتها.
- ٣ - أما المبحث الثالث فكان للرقابة الشرعية الفعالة أساساً لترشيد المصارف الإسلامية.
- ٤ - أما المبحث الرابع فكان للرقابة المصرفية في الفقه الاقتصادي .

وأما الباب الأول فجعلته في: (المجامع الفقهية مرجعيةً شرعيةً للمؤسسات المالية الإسلامية في القضايا المالية، وكيفية تفعيل ذلك). وأقمته على فصلين:

٧٦

١ - الفصل الأول: المجامع الفقهية.

فعرّفت المجمع الفقهي اصطلاحاً، وتحدثت عن المجامع الفقهية في العالم الإسلامي وعن اجتهاد الجماعة باعتباره تأصيلاً فقهياً للمجامع الفقهية، ثم أوردت نماذج من قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدوّلي بجدة ومن قرارات مجمع رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة.

٢ - وفي الفصل الثاني: تحدثت عن مدى سلطان المجامع الفقهية على المصارف الإسلامية مشورةً في خمس وترشيداً في خمس على الوجه التالي:

فالخمس في المشورة في المطلب الأول؛ تكون حين يستشير المصرف المجمع الفقهي في معاملة مصرفية إسلامية بطلب من المصرف الإسلامي، والخمس في الترشيح في المطلب الثاني؛ تكون بالمراجعة والتقييم من المجمع لأعمال المصرف الإسلامي.

وأما الباب الثاني فهو: (مدى إلزام المؤسسات المالية الإسلامية بقرارات المجامع الفقهية وشروطه بما لا يتعارض مع قرارات مجّمع الفقه الإسلامي الدوّلي الصادرة بهذا الشأن).
وجعلته على فصلين:

١ - الفصل الأول: نظرية الإلزام بقرارات المجامع الفقهية، وفيه مبحثان:

١. المبحث الأول: الأصل في نظرية الإلزام الشرعي بقرارات المجامع الفقهية أمران اثنان؛ النقل والعقل. فالنقل هو النص الوارد عن النبي صلى الله عليه وسلم المذكور في البحث. والعقل: أنه لو لم تكن القرارات المجمعية ملزمة ديانةً وقضاءً فلا معنى لها ولا لزوم لورودها قراراً مجّمعياً لأنها تكون فتوى فقط.

٢. وأما المبحث الثاني: فكان في نظرية الإلزام بين المؤيدين والمعارضين. وبيّنت نقطة الاتفاق وهي الإجماع الذي يجب أن يُصار إليه من الجميع في هذه الحالة وهي اتفاق المجامع الفقهية. وأما في حالة اختلاف المجامع الفقهية فهناك من أيدّ الإلزام ومن عارضه.

ثم بيّنت حجة المعارضين، وحجة المؤيدين، وعند الترجيح ذكرت ما هو متفق عليه وما هو مختلف فيه، ولدى الاختلاف فصلت بين حالتين:

أ - الحالة الأولى: أن يكون هذا المجمع إقليمياً خاصاً بقطر أو إقليم فليس قول مجّمع من هذه المجامع حجة على المجمع الآخر.

ب - الحالة الثانية: أن يكون عالمياً فحينئذ يكون ما اتفقت فيه كلمة فقهاء هذا المجمع مقدماً على غيره ويكون حجة ديانةً، وأما ما اختلف فيه فقهاء المجمع أو لم يتخذوا فيه قراراً فتجوز مخالفته لأنه ليس بحجة إلا لأصحابه.

٢ - في الفصل الثاني من الباب الثاني تحدثت عن وجه الإلزام ومستنده في مبحثين:

١. كان المبحث الأول في تأصيل الإلزام الديني وأدلته.

٢. وكان المبحث الثاني الإلزام القانوني ومستنده في الشريعة وبينت ذلك مع أدلته.

وفي الباب الثالث: تحدثت عن مدى إمكان قيام المجامع الفقهية بدور الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المصرفية الإسلامية، وجعلته في فصول ثلاثة:

١ - كان الفصل الأول منها في ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية، وفيه مبحثان:

١. المبحث الأول: وظيفة هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية؛ الإشراف والمحاسبة على المصارف الإسلامية بحيث يُشترط لصحة الإمضاء لأموالها الموافقة الخطية من أعضاء الرقابة الشرعية في ذلك المصرف الإسلامي بالأكثرية المطلقة تحت طائلة المسؤولية المدنية في الأشخاص والجزائية في الأموال.

٢. وأما المبحث الثاني: فكان أولوية ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية لا لكوهم من أصحاب التخصص العالي المشهود لهم في الفقه الإسلامي الاقتصادي فحسب، بل لكوهم

كذلك أعضاء في الجماع الفقهيّة، ولا يصل إلى هذه الدرجة إلا من اجتاز القنطرة كما تقول العرب أي أصبح في مكانة رفيعة في الاقتصاد الإسلامي المصري فكان له حق الأولوية في الترشيح لعضوية هيئات الرقابة الشرعية ضماناً لمصداقية الترشيح ورعاية التخصص فيه وأكاديمية الترشيح ونزاهته، وهو مطلوب طلباً شرعياً أولاً، ولعله السبب الأعظم في أولوية ترشيح الجماع الفقهيّة ألا وهو رجحان اجتهاد الجماعة على اجتهاد الأفراد.

٢ - وأما الفصل الثاني من الباب الثالث فكان في التشاور والتنسيق بين هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية والمجامع الفقهيّة سبقه توطئة.

١. ثم جاء المبحث الأول على مرحلتين: مرحلة التشاور بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهيّة، فكل قرار مصري لا ينبغي على هذا التشاور لن يحقق المصلحة للمصارف الإسلامية أبداً نظراً لجِدّة هذا النوع من المعاملات المالية المصرفية أولاً، ونظراً لوعورة البحث فيها ثانياً، ونظراً لقلّة الأبحاث الاقتصادية الإسلامية المصرفية ثالثاً بالنسبة إلى حجم هذه المشكلة الاقتصادية في الفقه الإقتصادي المعاصر.

٢. وأما المبحث الثاني فكان مرحلة التنسيق بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهيّة وهي المرحلة الثانية في إقامة الجماع الفقهيّة مرجعيةً علميةً معترفاً بها عالمياً ومتفقاً عليها لكل الهيئات الرقابية الشرعية، وذلك بإمرار الآراء الفقهيّة الاقتصادية التي تصدرها هيئات الرقابة الشرعية على منحل دقيق يتنحل هذه الآراء الفقهيّة، فما كان منها بحاجة إلى مراجعة أو تقييد أو ضبط أو تنقيح قام بذلك المجمع الفقهي بعد المشورة والمذاكرة مع كلٍّ من الهيئة الرقابية والمصرف الإسلامي معاً، وبذلك نضمن صحة هذه الآراء الفقهيّة وسلامتها من مخالفة الفقه الإسلامي ولو عن طريق السهو والخطأ لأن هذين الافتراضين يصبحان آنفئذ نادرين والنادر لا حكم له.

١ - وأما الفصل الثالث فكان للتأكد من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق قرارات المجامع الفقهيّة على المعاملات المالية التي تقرها، وفيه مبحثان:

١. فالمبحث الأول في وظيفة الجماع الفقهيّة؛ وهي أن تكون المجامع الفقهيّة مرجعيةً فقهيةً متفقاً على ضرورتها ومكانتها لتُكمل عن طريق الاجتهاد الجماعي ما بدأ به المصرف الإسلامي، وثبّت عليه هيئة الرقابة الشرعية في المصرف الإسلامي فتستدرك ما ينبغي أن يُستدرك.
٢. وجاء المبحث الثاني لضرورة التأكيد لدى المجامع الفقهيّة من التزام الرقابة الشرعية بتطبيق القرارات المجمعية، ذلك عادة يكون بالمراجعة والتقييم.

وفي الباب الرابع والأخير تحدثت عن صيغ وآليات مقترحة، وأقمتها على فصلين:

٧٩

١ - كان الفصل الأول (نظرية التكامل المصري الإسلامي)، وفيه مبحثان:

١. المبحث الأول: هيكلية نظرية التكامل المصري الإسلامي، وفيه مطلبان:

أ - المطلب الأول: إنشاء (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) وجعله تابعاً للمجلس الأعلى للمجامع الفقهيّة في العالم الإسلامي المقترح.

ب - **والمطلب الثاني:** إلحاق سائر المصارف الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية بالمجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية بحيث لا يصدر قرار فقهي عن هذا المجلس المركزي للمصارف الإسلامية إلا بعد أن يطلع عليه ويناقشه ويقر له بالإجماع المجمعان مع اقتراحي بإحداث (شعبة الاقتصاد الإسلامي المصري) على المجمعين بقرار منهما.

٢. **والمبحث الثاني** كان في ضرورة استصدار قرار من منظمة التعاون الإسلامي يقضي بإتباع جميع الجامع الفقهي في العالم الإسلامي لمنظمة التعاون الإسلامي من حيث الفتيا والقضاء لا من حيث الأمور الإجرائية.

٢ - **وأما الفصل الثاني** فكان في اقتراح شعبة في مجّمع الفقه الإسلامي الدّولي وفي كل الجامع الفقهي اسمها (شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية)، وفيه مباحث ثلاثة:

١. **المبحث الأول:** هيكلية شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية في مجّمع الفقه الإسلامي الدولي وفي سائر الجامع الفقهي من:

(١) رئيس الشعبة عضواً منتدباً من مجّمع الفقه الإسلامي الدولي والمجمّع الفقهي في الرابطة.

(٢) مندوب المصرف الإسلامي عضواً.

(٣) مندوب الرقابة الشرعية في المصرف الإسلامي عضواً.

(٤) أحد أعضاء الأمانة العامة لأحد المجمعين مقررًا.

٢. **وأما المبحث الثاني:** ففي وظائف شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية وأبرزها:

(١) ضبط القضايا المصرفية الإسلامية.

(٢) الوساطة الاقتصادية.

(٣) مراجعة الفتاوى المجمعية ودراساتها.

(٤) كون بنك التنمية الإسلامية بجدة المستشار الأول في هذه الشعبة.

٣. **وأما المبحث الثالث** فهو: اقتراح المجلس الأعلى للمجامع الفقهية الرسمية في العالم الإسلامي.

ثم تأتي خاتمة الكتاب. &

خاتمة البحث

(١)

المقترحات

للمجامع الفقهية دور كبير في بناء الاقتصاد الإسلامي المعاصر وإيجاد آليات جديدة وصيغ عملية وبخاصة في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية التي هي محور بحثنا، ووجوب التأكد من مشروعية المعاملات المصرفية الإسلامية كافةً.

٨٠

وتأسيساً على ذلك فإنني أقترح ما يلي:

- ١ - أولاً: إنشاء المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية الذي سماه بعض الباحثين المعاصرين (البنك المركزي الإسلامي). وجانف الصواب في ذلك.
- ٢ - ثانياً: جعل هذا المجلس تابعاً للمجلس الأعلى للمجامع الفقهية بقرار من منظمة التعاون الإسلامي.
- ٣ - ثالثاً: أن يأخذ المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية مكانته في الرقابة والسلطة على كل المصارف الإسلامية وفروعها والنوافذ الإسلامية في المصارف الأخرى.
- ٤ - رابعاً: وأن يقوم بدور الوسيط بين المصارف الإسلامية والمصارف المركزية الرسمية في البلدان التي توجد فيها المصارف الإسلامية.
- ٥ - خامساً: أرى تفعيل دور المجامع الفقهية القائمة الآن، ونشر ما يصدر عنها من قرارات وتوصيات وأبحاث، وهذا عامل مهم في تقريب وجهات نظر الفقهاء واجتهاداتهم.
- ٦ - سادساً: إسباغ صفة الإلزامية على قرارات مجتمعات الفقه الإسلامي الدولي وسائر المجامع الفقهية وتفعيل قراراتها، ومتابعة ما أوصت به من خلال المجلس الأعلى للمجامع الفقهية.
- ٧ - سابعاً: السعي إلى إيجاد مراكز علمية ومعاهد خاصة تقبل خريجي كليات الشريعة بالذات، وتقوم بتزويدهم بدورات ومواد دراسية في المعاملات المصرفية.
- ٨ - ثامناً: السعي إلى عقد المزيد من المؤتمرات وحلقات البحث حول القضايا المستجدة في معاملات المصارف الإسلامية، ومناقشات العلماء فيها.
- ٩ - تاسعاً: تفعيل دور هيئة الرقابة والتدقيق الشرعي في المصارف الإسلامية كافة.
- ١٠ - عاشراً: وجاء في توصيات مجلس المجمع ما يلي: [دعوة البنوك الإسلامية إلى تنسيق نشاط هيئات الرقابة لديهم، سواء بتحديد عمل الهيئة العليا للرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية أم عن طريق إيجاد هيئة جديدة بما يكفل الوصول إلى معايير موحدة لعمل الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية]. اهـ^(١)

(١) ر: الفقه الإسلامي وأدلته للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ج ١ / ص ٥٢٣٢.

ورقة عمل

هذا؛ وفي مسك الختام وختام المسك أضع في خاتمة المطاف بين يدي الباحثين في الاقتصاد المصرفي الإسلامي الحقائق الآتية:

١ - أولاً: في خضم هذه الأمواج العاتية من الاستكبار العالمي المتمثل في الظلم القائم على الربا بأنواعه فإن أغلب ما يقوله ويقوم عليه الفقهاء المعاصرون من أصحاب نظرية المصرف الإسلامي إنما هو محض تخفيف لشيء هذا الظلم وجدته، وليس قضاءً مبرماً عليه لتعذره في هذا العصر، ولا نملك غير ذلك، وهو أقصى ما توصل إليه أصحاب النظرية المصرفية الإسلامية من فقهاء العصر مأجورين من الله عز وجل أصابوا أم أخطأوا، وهم إلى الصواب أقرب إن شاء الله.

ذلك أنه إذا عمت البلوى فلا بأس بما وصلوا إليه حتى يأتي البديل الأفضل من نظام اقتصادي إسلامي عالمي جديد وهو ما نصبو إليه لا ترتبط فيه المصارف الإسلامية بالبنوك الربوية العالمية مطلقاً بل تكون مستقلة عن غيرها من المؤسسات الربوية المعاصرة وهي وحدها دون غيرها صاحبة القرار.

فالتعامل اليوم مع المصارف الإسلامية المنضبطة بالشرعية الإسلامية انضباطاً كلياً^(١) حلال وليس بحرام شريطة اتقاء الشبهات، فالمشبهه من المعاملات المصرفية يبريد إلى الحرام وما أوصل إلى الشيء أخذ حكمه، قلت: وهذا القيد لا بد منه ولا تستقيم المعاملات المصرفية الإسلامية إلا به.

وهذا وإن كان حلاً مؤقتاً رعايةً للظروف الراهنة لكنه لا يُغني أبداً عن وجوب السعي من أصحاب نظرية المصرف الإسلامي إلى تنقية هذه المصارف بجعلها غير مربوطة بالبنوك الربوية العالمية مطلقاً، وهذا وإن كان أمراً بعيداً إلا أنه متوقع في ظل إفلاس النظام الربوي العالمي، قلت: وهو قريب.

٢ - ثانياً: هذا في شأن المصارف الإسلامية؛

أما في شأن الرقابة المصرفية والرقابة الشرعية فهذان أمران متلازمان معاً، كلاهما مجتمعين يشكل مؤيداً لا بد منه لضمان صحة المعاملات المصرفية الإسلامية، وما قدّمته في البحث من نظرية: (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) يشير إلى ذلك.

٣ - ثالثاً: أما ما نحن فيه من شأن علاقة الجامع الفقهيّة بالمصارف الإسلامية ونظمتها هذه الورقة من اقتراحات عملية ناجعة؛ فإني أرى أن ما ذهب إليه مجّمع الفقهاء الإسلامي الدّولي من تحول الأنظار نحو جعل الجامع الفقهيّة المرجعيّة العلميّة الأساس في هذا الموضوع هو الرأي الصائب، وهو ما ينبغي أن يُصار إليه بعد إقرار مجّمعنا الموقر إياه للأسباب التي قدمتها آنفاً.

وأقرر هنا في ختام هذا البحث أن أغلب مشكلات المصارف الإسلامية بل كلها لا تُحلّ الحل الأمثل إلا إذا استطلت بظل الجامع الفقهيّة بعامة ومجّمع الفقهاء الإسلامي الدّولي بخاصة، وانطلقت من مفاهيمه وصدرت عنه

(١) ر: الفقه الإسلامي وأدلته للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ج ٥ / ص ٣٧٦٣.

ورجعت إليه. وحينئذ توتى هذه الجامع الفقهيّة الباذخة أكلها الدائم وظلّها، ويكون هذا إرهاباً بولادة فقه
مجمعي عالمي جديد، ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله. &
هذا؛ والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات. &

٧ / ربيع الأول / ١٤٣٣ هـ

٣١ / كانون الثاني / ٢٠١٢ م

وكتبه

محمد عبد اللطيف صالح الفرفور

عضو المجلس التأسيسي لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة

عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة

رئيس المجمع العلمي العالي بدمشق

الْفَهْرَس

(١)

فهرس الآيات القرآنية الكريمة

رقم الآية	رقم السورة	اسم السورة	النص	رقم السطر	رقم الصفحة
٢٧٨	٢	البقرة	﴿ يَتَّيِبُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اَتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ؕ اِنَّ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾	٤	٦
٨٣	٤	النساء	﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾	٥	٣
١٣٠	٣	آل عمران	﴿ يَتَّيِبُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا اَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾	٦	٣
٢٧٥	٢	البقرة	﴿ فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَىٰ اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾	٣	٧
٢٧٥	٢	البقرة	: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾	حاشية	٣٠
٥٩	٤	النساء	﴿ يَتَّيِبُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اَطِيعُوا اللَّهَ وَاَطِيعُوا الرَّسُولَ وَاُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾	حاشية	٤٠
٨٣	٤	النساء	﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَىٰ الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾	١٧	٣٥
١٥٩	٣	آل عمران	﴿ فِيمَا رَحِمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ۖ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ۗ ﴾	١٧	٤٦

(٢)

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

رقم الصفحة	رقم السطر	النص	التخريج
٦	١٣	أَوْهَ أَوْهَ عَيْنِ الرِّبَا عَيْنُ الرِّبَا لَا تَفْعَلْ، وَلَكِنْ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعٍ آخَرَ ثُمَّ اشْتَرِهِ	صحيح، أخرجه البخاري في الوكالة / ر: صحيح البخاري ج ٨ / ص ١٠٤
٦	١٥	لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَكِلَ الرِّبَا، وَمُؤْكَلَهُ، وَكَاتِبَهُ، وَشَاهِدِيَهُ	صحيح، أخرجه مسلم في باب لعن آكل الربا ومؤكله / ر: ج ٨ ص ٢٨٨
٦	١٧	مَنْ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَمِينِهِ ، فَقَدْ أَوْجَبَ اللَّهُ لَهُ النَّارَ ، وَحَرَّمَ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ	أخرجه النسائي في باب القضاء في قليل المال وكثيره / ر: ج ٦١ ص ٢٧٧
٣٠	حاشية	بيع الجُمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيباً	حديث صحيح عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما، أخرجه البخاري في باب الوكالة في الصرف والميزان ج ٨ / ص ٨٩، ومسلم عنهما في باب بيع الطعام مثلاً بمثل ج ٨ / ص ٢٧٦، والنسائي في باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً ج ١٤ / ص ١٠٦، والبيهقي ج ٥ / ص ٢٩١، ومالك في باب ما يكره من بيع التمر ج ٤ / ص ٣١٦.
٢٨	٦	اجمعوا العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد	الأحكام لابن حزم ج ٦ / ص ٧٦٨

(٣)

فهرس المأثور عن الصحابة والتابعين

رقم الصفحة	رقم السطر	النص	التخريج
٦	٢٦	بئس ما شريت وبئس ما اشتريت. أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب	ورد في تفسير ابن أبي حاتم في قوله تعالى: (فله ما سلف)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ٥ / ص ٣٣١، والدارقطني في سننه ج ٧ / ص ٢٩١
٧	٤	لا تحل صفتان في صفقة ، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لعن آكل الربا ، وموكله ، وشاهديه ، وكاتبه	رواه ابن حبان في صحيحه في باب الربا ج ٢١ / ص ٧٩

مَصَادِرُ الْكِتَابِ وَمَرَاجِعُهُ

(١)

مصادر الكتاب

- | | | |
|--|--|--------------|
| ■ التوضيح لحل غوامض التنقيح بهامش التلويح للسعد مط الصنائع الآستانة ١٣١٠هـ | ■ عُبيد الله بن مسعود ((صدر الشريعة)) | البخاري |
| ■ الجامع الصحيح | | الترمذي |
| ■ (التلويح في كشف حقائق التنقيح) مط الصنائع الآستانة | ■ (سعد الدين) مسعود بن عمر بن عبد الله | الفتازاني |
| ■ غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر مط العامرة الآستانة ١٢٩٠هـ | ■ أحمد بن محمد | الحَمَوِي |
| ■ المحلّي مط محمد منير الدمشقي القاهرة ١٣٥٢هـ | ■ (أبو محمد) علي بن أحمد ابن سعيد | ابن حزم |
| ■ الإحكام في أصول الأحكام مط السعادة | | |
| ■ فتح الباري شرح صحيح البخاري | ■ أحمد بن علي العسقلاني (الحافظ) | ابن حجر |
| ■ بلوغ المرام من أدلة الأحكام | | |
| ■ السياسة الشرعية | ■ عبد الوهاب | خلاف |
| ■ حاشية في الفقه المالكي على شرح الزرقاني لمختصر خليل واسمها [أوضح المسالك وأسهل المراقي إلى إبريز الشيخ عبد الباقي] ط | ■ محمد بن أحمد بن محمد ابن يوسف (أبو عبد الله) | الرُّهُوْنِي |
| ■ المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية | ■ مصطفى أحمد | الزرقا |
| ■ نظرية الالتزامات العامة في القانون المدني | | |
| ■ نظرية الالتزامات العامة في الشريعة الإسلامية | | |
| ■ المصالح المرسلة | | |
| ■ أبو حنيفة ط دار الكتاب العربي | ■ محمد | أبو زهرة |
| ■ موسوعة قضايا إسلامية معاصرة ط دار المكتبي بدمشق ٢٠٠٨م | ■ محمد مصطفى | الزحيلي |

■	الفقه الإسلامي وأدلته ط دار الفكر بدمشق	وهبة	الزحيلي
■	تحفة الفقهاء ت الكتاني والزحيلي	علاء الدين	السمرقندي
■	نظرية الحق ط وادي الملوك بمصر	محمد فهمي	أبو سنة
■	الاعتصام ط دار ابن عفان عام ١٤١٢ هـ ١٩٩٢م	أبو إسحق	الشاطبي الغرناطي
■	حاشية رد المحتار على الدر المختار المعروفة بحاشية ابن عابدين ط بولاق ١٢٧٢ هـ	محمد أمين	ابن عابدين
■	مجموع الرسائل العابدينية ط بولاق ١٢٧٢ هـ		
■	دراسات وأبحاث في الاقتصادي المعاصر ط دار العلامة الشيخ محمد صالح الفرفور الحسني بدمشق	محمد عبد اللطيف	الفرفور
■	الوجيز في أصول استنباط الأحكام في الشريعة الإسلامية ط دار البشائر بدمشق		
■	ابن عابدين وأثره في الفقه دراسة مقارنة بالقانون (رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراة في الفقه الإسلامي المقارن) ط دار البشائر بدمشق		
■	نظرية الاستحسان وصلتها بالمصالح المرسله ط دار دمشق		
■	تاريخ الفقه الإسلامي ط دار ابن كثير بدمشق		
■	(الجامع لأحكام القرآن) مط دار الكتب المصرية	(أبو عبد الله) محمد بن أحمد	القرطبي
■	المغني على مختصر الحُرقي ط ١ مط المنار: القاهرة ١٣٤٨ هـ	(موفق الدين) عبد الله بن أحمد بن محمد	ابن قدامة
■	إعلام الموقعين عن رب العالمين الطبعة الأولى	أحمد	ابن قيم الجوزية
■	الأحكام السلطانية والولايات الدينية	(أبو الحسن)	الماوردي
■	الأشباه والنظائر الطبعة الثانية الإعادة الرابعة دار الفكر بدمشق ١٤٢٦ هـ	زين العابدين بن إبراهيم	ابن نجيم
■	(منهاج الطالبين) مطبوع مع شرحه للمحلي	(محيي الدين) يحيى بن	النووي

بجاشيتي قليوبي وعميرة عليه	شرف (أبو زكريا)	
▪ (شرح صحيح مسلم) مط المصرية القاهرة ١٣٤٩ هـ		
▪ (المجموع شرح المهذب) مط المنيرية القاهرة		
▪ المغني شرح مختصر الخرقى	المقدسي	ابن قدامة
▪ (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ط ١ مط	(علاء الدين) أبو بكر بن	الكاساني
الجمالية القاهرة ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م	مسعود	

(٢)

مراجع الكتاب

▪ القاموس الفقهي ط دار الفكر بدمشق	سعدي	أبو جيب
▪ (الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية) (الطبعة التمهيدية)	عبد الحميد محمود	البعل
▪ التعريفات	السيد الشريف	الجرجاني
▪ الصحاح في اللغة		الجوهري
▪ (مقدمة التاريخ) المعروف بمقدمة ابن خلدون	عبد الرحمن	ابن خلدون
▪ العلماء المجددون ومجال تجديدهم واجتهادهم	ميمون	زبير الحاج
▪ أساس البلاغة	(جار الله) محمود	الزخشري
▪ تعريف الاقتصاد الإسلامي	عبد الجبار	السبهاني
▪ الاجتهاد الجماعي في الإسلام	عبد المجيد	الشرفي
▪ معجم مقاييس اللغة		ابن فارس
▪ لسان العرب ط صادر بيروت	أبو المكرم	ابن منظور

المجلات والدوريات

- الموسوعة الفقهية ط دولة الكويت

- مجلة مجّمع الفقه الإسلامي الدّولي بجدة
- مجلة المِجْمَع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة التابع لمنظمة التعاون الإسلامي
- مجلة اللواء الإسلامي (د/ محمد عبد الحليم عمر)
- ر: الدكتوراة: قطان حطاب حميدة (رقابة البنك المركزي وأثره على البنوك الإسلامية)

فهرس الكتاب

٦	النصوص القرآنية
٦	النصوص النبوية
٦	المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم
٧	المأثور عن التابعين رضي الله عنهم
٨	طالعة البحث
١٠	خطة البحث
١٤	رموز البحث
١٦	المدخل إلى البحث: مدى حاجة المصارف الإسلامية إلى ترشيد، وفيه مباحث أربعة:
١٨	المبحث الأول : المصرف الإسلامي وترشيده
١٨	المبحث الثاني : الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية، وفيه مطالب خمسة:
١٩	١ -المطلب الأول : التعريف بالرقابة الشرعية.
١٩	٢ -المطلب الثاني : تاريخ الرقابة الشرعية في الإسلام.
٢٠	٣ -المطلب الثالث : التوجيه والرقابة هما دَور هيئة الرقابة الشرعية.
٢٠	٤ -المطلب الرابع : مكانة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية.
٢١	٥ -المطلب الخامس : ضرورة الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية وأهميتها.
٢٢	المبحث الثالث : الرقابة الشرعية الفعّالة أساس لترشيد المصارف الإسلامية.
٢٣	المبحث الرابع : الرقابة المصرفية في الفقه الاقتصادي الإسلامي.

٢٦ الباب الأول: المَجَامعُ الفقهيَّةُ مَرَجِعَةٌ شرعيَّةٌ للمؤسَّساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ في القضايا الماليَّةِ وكيفيَّةِ تفعيلِ ذلك، وفيه فصلان:

٢٨ الفصل الأول : المَجَامعُ الفقهيَّةِ ومدى صيرورتها مرجعيَّةً شرعيَّةً للمؤسَّساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ في القضايا الماليَّةِ، وفيه مباحث ثلاثة:

٢٨ ١-المبحث الأول : التعريف بالمَجْمَعِ الفقهيِّ.

٢٨ ٢-المبحث الثاني : المَجَامعُ الفقهيَّةِ في العالم الإسلاميِّ.

٢٩ ٣-المبحث الثالث : اجتهاد الجماعة هو التَّأصيلُ الفقهيُّ للمَجَامعِ الفقهيَّةِ.

٢٩ ٤-المبحث الرابع : نماذج من قرارات المَجَامعِ الفقهيَّةِ.

٣٢ الفصل الثاني : مدى سلطان المَجَامعِ الفقهيَّةِ على المصارف الإسلاميَّةِ مَشورَةً وترشيدياً، وفيه مبحثان:

٣٢ ١-المبحث الأول : مدى سلطان المَجَامعِ الفقهيَّةِ على المصارف الإسلاميَّةِ مَشورَةً.

٣٢ ٢-المبحث الثاني : مدى سلطان المَجَامعِ الفقهيَّةِ على المصارف الإسلاميَّةِ ترشيدياً.

٣٤ الباب الثاني: مدى إِيْزامِ المؤسَّساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ بقراراتِ المَجَامعِ الفقهيَّةِ وشروطه بما لا يتعارض مع قراراتِ مَجْمَعِ الفقه الإسلاميِّ الدَّوليِّ الصادرة بهذا الشَّأن؛ وفيه فصلان:

٣٦ الفصل الأول : نظرية الإِيْزامِ بقراراتِ المَجَامعِ الفقهيَّةِ وأدلتها، وفيه مبحثان:

٣٦ ١-المبحث الأول : الأصل في نظرية الإِيْزامِ الشرعيِّ بقراراتِ المَجَامعِ الفقهيَّةِ.

٣٦ ٢-المبحث الثاني : نظرية الإِيْزامِ بين المؤيِّدين والمعارضين؛ مذاهب الفقهاء وأدلتهم

٣٦ (أ) المطلب الأول : أدلة المانعين.

٣٧ (ب) المطلب الثاني : أدلة المجيزين.

٣٨ (ت) المطلب الثالث : الترجيح.

٤٠ الفصل الثاني : وجه الإِيْزامِ ومستنده، وفيه مبحثان:

- ٤٠ ١ - المبحث الأول : تأصيل الإلزام الديني.
- ٤١ ٢ - المبحث الثاني : الإلزام القانوني ومستنده.
- ٤٤ **الباب الثالث: مدى إمكان قيام المجامع الفقهية بدور الإشراف والتوجيه لهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المصرفية الإسلامية، وفيه فصول ثلاثة:**
- ٤٦ الفصل الأول : ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية، وفيه مبحثان:
- ٤٦ ١ - المبحث الأول : وظيفة هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية.
- ٤٦ ٢ - المبحث الثاني : أولوية ترشيح المجامع الفقهية أعضاء هيئات الرقابة الشرعية.
- ٤٨ الفصل الثاني : التَّشَاوُرُ والتَّنْسِيقُ بين هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية والمجامع الفقهية، وفيه توطئة ومبحثان:
- ٤٨ توطئة
- ٤٨ ١ - المبحث الأول : المرحلة الأولى: مرحلة التَّشَاوُرِ بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهية.
- ٤٩ ٢ - المبحث الثاني : المرحلة الثانية: مرحلة التنسيق بين الهيئات الرقابية الشرعية والمجامع الفقهية.
- ٥١ الفصل الثالث : التأكد من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق قرارات المجامع الفقهية على المعاملات المالية التي تُقرها، وفيه مبحثان:
- ٥١ ١ - المبحث الأول : وظيفة المجامع الفقهية.
- ٥١ ٢ - المبحث الثاني : ضرورة التأكد لدى المجامع الفقهية من التزام هيئات الرقابة الشرعية بتطبيق القرارات المجمعية.
- ٥٤ **الباب الرابع: صيغ وآليات مقترحة، وفيه فصلان:**
- ٥٦ الفصل الأول : (نظرية التكامل المصرفي الإسلامي)
- ورقة عمل مقترحة لإيجاد صيغة جديدة للتعاون بين المؤسسات المصرفية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية من جهة؛ وبين المجامع الفقهية من جهة أخرى في نظرية اقتصادية معاصرة هي : [نظرية التكامل المصرفي الإسلامي] ، وفيه مبحثان:
- ٥٦ ١ - المبحث الأول : هيكلية نظرية التكامل المصرفي الإسلامي، وفيه مطلبان:

- ٥٦ (أ) المطلب الأول:
- إنشاء (المجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية) وجعله تابعاً للمجلس الأعلى للمجامع الفقهية في العالم الإسلامي) المقترح.
- ٥٧ (ب) المطلب الثاني :
- إحلاق سائر المصارف الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية بالمجلس المركزي للمصارف الإسلامية والرقابة الشرعية بقرار من منظمة التعاون الإسلامي من حيث الفتيا.
- ٥٧ ٢ - المبحث الثاني : ضرورة استصدار قرار من منظمة التعاون الإسلامي يقضى بإتباع جميع المجامع الفقهية في العالم الإسلامي لمنظمة التعاون الإسلامي من حيث الفتيا والقضاء.
- ٥٩ الفصل الثاني : إنشاء شعبة جديدة في مجَمَع الفقه الإسلامي الدَّوْلِي وفي سائر المجامع الفقهية يُطلق عليها اسم: [شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية]، وفيه مباحث ثلاثة:
- ٥٩ ١ - المبحث الأول : هَيْكَلِيَّة شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية في مجَمَع الفقه الإسلامي الدَّوْلِي وسائر المجامع الفقهية.
- ٥٩ ٢ - المبحث الثاني : وظائف شعبة الصيرفة الإسلامية والرقابة الشرعية وأعمالها.
- ٦٠ ٣ - المبحث الثالث : المجلس الأعلى للمجامع الفقهية في العالم الإسلامي.

خلاصة البحث

٦٢

خاتمة البحث

٦٨

٧٠

(١) المقترحات

٧١

(٢) ورقة عمل

٧٤

الفهارس

٧٦

(١) فهرس الآيات القرآنية الكريمة

٧٧

(٢) فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

٧٨

(٣) فهرس المأثور عن الصحابة والتابعين

٨٠

مسرد المصادر والمراجع

٨٢

(١) مصادر الكتاب

٨٤

(٢) مراجع الكتاب

٨٦

فهرس الكتاب



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

دور المجمع الفقهي في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية

إعداد

آية الله الشيخ محمد علي التسخيري
الأمين العام للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية
طهران - الجمهورية الإسلامية الإيرانية

بسم الله الرحمن الرحيم

دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية

يمثل نجاح المصرفية الإسلامية أحد الأوجه المشرقة لعملية تطبيق الشريعة على كل جوانب الحياة الإنسانية ، وانسجامها مع كل التطورات والتعقيدات التي تتطلبها الحياة . وقد فرضت التطورات الحياتية التفكير في إيجاد بديل للمصارف الربوية الأجنبية التي جلبها الاحتلال الفرنسي والإنجليزي وغيرهما إلى البلاد الإسلامية . ولكن فكرة المصرفية الإسلامية البديلة واجهت في البدء ثم في أثناء المسيرة بل وحتى اليوم - رغم نجاحها الباهر الذي أرغم أكبر العقول المصرفية والبنوك الكبرى التي تبحث عن مكاسبها المادية قبل كل شيء ، أرغمها على افتتاح نوافذ لتقديم الخدمات المالية الإسلامية - نعم واجهت عقبات وتحديات كبيرة وهائلة كادت أن تترنح وتسقط أمامها لولا التأييد الإلهي .

ويمكننا أن نصنف هذه التحديات تحت العناوين التالية :

- (١) التحديات الفقهية والتخريج الشرعي للصيغ المطروحة .
- (٢) التحديات الاجتماعية والفكرية التي وضعها الفكر العلماني ، والنظم المستبدة التي فرضت على العالم الإسلامي .
- (٣) التحديات الرقابية التي كانت الجهات الرقابية والبنوك المركزية انطلاقاً من عقليتها الرأسمالية تفرضها على المصارف الإسلامية .
- (٤) التحديات القانونية التي تضيق على هذه المسيرة ، من قبيل ادعاء عدم وجود مرجعية شرعية واحدة يمكن على أساسها تفسير بعض الأمور التي يُنص عليها في العقود ، وعلى أساس من كون العقد شريعة المتعاقدين .

ونحن نعتقد أن المجامع الفقهية وخصوصاً الدولية منها يمكنها أن تساهم بشكل فعال ومؤثر في مواجهة التحديات المذكورة والتقدم إلى الإمام ، فلنلاحظ هذه المساهمة باستعراض هذه التحديات .

أولاً : التحديات الفقهية

فقد بدأ الحديث عن موقف الإسلام من البنوك الربوية ، فردياً - كما يبدو - مع بداية القرن العشرين بعد تأسيس عدد من البنوك الأجنبية في مصر .

وربما كان علماء الأزهر السابقين في هذا المجال .

وفي فترة الأربعينات ساهم ظهور الحركة الإسلامية في طرح الأفكار الإسلامية حول المصرفية الإسلامية ، وبدأت بعض الدراسات في نشرات جمعية الشبان المسلمين ، والإخوان المسلمين ، وأنصار السنة في مصر ، للمرحوم الشيخ السبكي والشيخ البنا والشيخ المراغي . وإلى جانبها جاءت كتابات المرحوم المودودي عن أضرار الربا لتؤكد ضرورة الموضوع .

وفي الخمسينات قامت جهود أوسع في هذا المجال من قبيل :

(١) انعقاد أسبوع الفقه الإسلامي في باريس عام ١٩٥١م وتقديم دراسات قيّمة فيه حول (الربا) كدراسة الدكتور محمد عبد الله دراز .

(٢) عقد حلقة للدراسات الاجتماعية للدول العربية بدمشق عام ١٩٥٢ قدمت فيها بحوث في التكافل الاجتماعي كبحث الدكتور الشيخ محمد أبو زهرة .

(٣) دراسات المفكر الجزائري مالك بن نبي .

(٤) كتابات الشهيد عبد القادر عودة مثل (المال والحكم في الإسلام) والشهيد سيد قطب ١٩٥٠م .

(٥) كتابات الدكتور محمود أبو السعود ، والشيخ شلتوت والدكتور عبد الكريم الخطيب والدكتور محمد عبد الله العربي والدكتور أحمد الشرباصي ، والدكتور عيسى عبده والسيد أبو الحسن الندوي والأستاذ محمد عزيز عن (الإطار العام للبنوك بلا فوائد) عام ١٩٥٨م والمفكر محمد حميد الله عن (اقتراح بإنشاء صندوق نقد إسلامي) عام ١٩٥٥م وعن (بنوك القرض بدون ربا) عام ١٩٦٢م .

ولكن الذي يبدو أن دراسات تقديم البديل بدأت بشكل تخصصي فردي إذ لم تكن هناك مجامع فقهية في شبه القارة الهندية ، حيث بدأ كُتّاب متخصصون يهاجمون عنصر الائتمان وخلق الودائع الذي تقوم به البنوك الربوية ، ويدعون إلى المشاركة في الأرباح والخسائر PLS ومنهم الأستاذ قريشي ، والأستاذ نعيم صديقي والأستاذ محمود أحمد والأستاذ المودودي والأستاذ محمد عزيز والأستاذ إرشاد أحمد .

ولعلي لا أجنب الواقع إذا ذكرت أن الحاجة الاجتماعية والتغيرات السياسية المتمثلة في قيام دولة باكستان الإسلامية في أواخر الأربعينات شكلت جواً مناسباً لقيام تلك الدراسات الرائدة رغم وكنها ناقصة من حيث الطرح الجامع ، وابتلاء بعضها بعدم الدقة في فهم بعض العقود كعقد المضاربة ، وهو ما يشير إليه الدكتور نجاة الله صديقي^(١) ،

(١) استعراض الفكر الاقتصادي الإسلامي المعاصر : ص ٧١ .

الذي يأسف أيضاً لعدم قيام الدكتور عبد الهادي غنمه بنشر كتابه الكامل الذي وعد به بعد أن ركز في دراسة له عام ١٩٨٦م على عملية إصدار الأسهم العادية للتمويل طويل الأجل والصناديق المشتركة للتمويل قصير الأجل ، وهي خطة لقيت قبولاَ عاماً بتطويرها بعد ذلك.

والملاحظ أن الكتاب بعد مرحلة الأربعينات دخلوا في نقاش قوي حول (المضاربة) وهل تصلح أن تكون محوراً لقيام نظام مصرفي إسلامي متحرك عصري .

يقول الدكتور صديقي : « وينتج رفض مصلح الدين للمضاربة كأساس للبنوك اللاربوية من منهجه الضيق للمضاربة وعدم نجاحه في تخيل التغيير الذي سيطر على الجهاز المصرفي إذا نُظِم على أسس غير أساس الربا ، وأحد هذه التغييرات هو الانخفاض الحاد في نشاط البنوك وزيادة الاستثمارات الحقيقية . وفي الواقع فإن البنوك اللاربوية لا يمكن أن تعمل كبنوك تجارية صرفة .

ونعتقد أن قول مصلح الدين بعدم إمكان قيام البنك الإسلامي بتقديم قروض للمنشآت التي استثمرت رأس مال يخصها ... بسبب تعارضه مع مبدأ المضاربة ليس له أساس في التشريع الإسلامي»^(١) .

كما رفض محمود أبو السعود هذا المبدأ أيضاً بحجة أنه سيؤدي إلى إيجاد سوق سوداء يظهر فيها الربا .

وهنا ألاحظ أن عاملاً جديداً طرأ على الساحة في الستينات وهو التدفق المالي لعوائد النفط ومحاولة بعض الدول العربية إنشاء بنوك تتسجم مع الثقافة الإسلامية ، ونمو الوعي الإسلامي وارتفاع وتيرة الأمل بغد إسلامي تطبق فيه أحكام القرآن الكريم ، الأمر الذي تحول بعد ذلك إلى إحساس عارم بنوع من الشخصية الإسلامية الشمولية والصحة الإسلامية ، التي سرعتها أحداث عام ١٩٦٧م (عام النكسة) وحادثة إحراق المسجد الأقصى في عام ١٩٦٩م ، وبالتالي قيام منظمة التعاون الإسلامي ، وهكذا تنامي الإحساس الكبير وشكل عاملاً فاعلاً في الساحة .

لقد كان لهذا العامل الدور الكبير ليس في الدفع نحو تطور الدراسات المصرفية الإسلامية فحسب ، بل في البدء بمحاولات عملية في هذا الاتجاه .

ونسجل هنا فخر البدء العملي المتواضع للتجربة لعمل أستاذ مصري متحمس هو الدكتور أحمد النجار ، وقد درس في ألمانيا ورأى أن بعض ولاياتها تطبق نظاماً يشبه عملية المشاركة ، فأعجبه الفكرة وراح يعمل على تطبيقها في قرية مصرية هي (ميت

(١) ن . م : ص ٧٣ .

غمر) عام ١٩٦٣م لتنتهي عام ١٩٦٧م ، ولكنه لم يفلح في توسعة دائرتها ، وإن استطاع أن يفتح لها بعض الفروع .

ولقد سبقت هذه التجربة تجربة قام بها الإخوان المسلمون في مصر بإنشاء شركات تدار وفق أحكام الشريعة .

وعاصرتها تجربة باكستانية من قبل الأستاذ أحمد إرشاد ، ولم تدم أكثر من أربعة أشهر .

وكانت خطوة اللجنة التحضيرية لبيت التمويل الكويتي (في الستينات) في الطلب من المرحوم استأذنا الشهيد آية الله السيد محمد باقر الصدر ، رائعة مثمرة إذ استجاب للطلب وكتب أطروحته للبنك اللاربوي . وألحق الأطروحة ببحوث علمية فقهية معمقة لم نجد بحوثاً بمستواها في الأطروحات الأخرى ، والتي تعددت إلى حد ما ونشرت في نفس الفترة ، من قبيل أطروحات الأستاذ عيسى عبده والأستاذ عبد الله العربي والأستاذ صديق والأستاذ النجار .

ولقد زادت الدراسات في أوائل السبعينات ، فرأينا دراسات جيدة للأستاذ آية الله المطهري وآية الله البهشتي وآية الله محمود الهاشمي والأستاذ الشلبي والأستاذ محمود أحمد والأستاذ عبد المنان والأستاذ محمد عزيز والأستاذ إبراهيم الدسوقي والأستاذ غريب الجمال والأستاذ مصطفى عبد الله الهمشري والأستاذ سامي حمود والأستاذ رفيق المصري والشيخ الصديق الضيرير والدكتور الزروق والدكتور الأمين وغيرهم كثيرون والحمد لله تعالى . ويمكن القول إن هذه الحركة المباركة ساهم فيها المفكرون والفقهاء والتجار الخيرون وحتى بعض السياسيين ، ولكنها لم تكن حركة مجتمعية عالمية .

وأود هنا أن أعطي صورة موجزة عن أطروحة الشهيد الصدر في هذا المجال .

ملخص أطروحة الشهيد الصدر

تركز الأطروحة على أن يمتلك المصرف الخصائص التالية :

- (١) أن لا يخالف الأحكام الشرعية .
- (٢) أن يكون قادراً على التحرك الاقتصادي والحصول على الأرباح الضرورية لاستمراره .
- (٣) أن يكون قادراً على تأدية الأدوار التجارية للمصارف الأخرى .

وكل هذه الخصائص تؤدي لامتلاك العناصر التالية :

- (أ) أن يتجه لإبراز العمل البشري كمصدر للدخل ، ويقلل من دخل رأس المال ، ولذلك فهو يرفض الربا رفضاً باتاً مع التركيز على العمولة من جهة ، والدخول بنفسه إلى الحياة الاقتصادية من جهة أخرى .

- (ب) يبقى المصرف الإسلامي مجرد وسيط بين المودعين والمستثمرين .
(ج) يستعد للتضحية بالريح في سبيل إشاعة الروح الإسلامية .
(د) يظل يبحث لنفسه عن متنفس اقتصادي للدخل في مثل ذلك الجو الربوي الخانق .

نظام المصرف اللاربوي

وقد قسم المرحوم الشهيد بحثه فيه إلى قسمين :

- الأول : كيفية إقامة المصرف اللاربوي .
الثاني : كيفية قيامه بوظائف المصرف .

مخالفاً بذلك الأسلوب المتداول من البحث أولاً عن المصادر ، وثانياً عن كيفية الاستفادة من الأموال ، لأنه أسلوب ربوي ، بينما يعتبر المصرف اللاربوي المصدر والعمل جزءاً من المضاربة .

وعندما بحث المرحوم الشهيد القسم الأول وهو كيفية إقامة المصرف اللاربوي سار وفق الخطوات التالية :

أولاً : ركز على كون المصرف وسيطاً بين المودعين والمستثمرين في عقد المضاربة .

ثانياً : قسم الودائع إلى ثابتة ومتحركة وودائع التوفير .

ثالثاً : راح يُبين شروط المودع التي اختصرها فيما يلي :

١. أن يلتزم شرعاً ببقاء الوديعة لمدة معينة .
٢. أن يلتزم بشروط المصرف التفصيلية .
٣. أن يفتح حساباً جارياً ، وقد جعل هذا شرطاً مرناً .

رابعاً : ثم ذكر شروط المستثمر وهي :

١. الأمانة .
٢. الكفاءة .
٣. وضوح مشروعة .
٤. تفضيل أهل السوابق الحسنة مع المصرف .
٥. التزام شروط المصرف ، ومنه أقساط الربح ، كما أن منها أن يفتح حساباً جارياً يودع فيه حسابات المشروع ، ومنها التسجيل الدقيق ، وفتح إضبارة خاصة لكل عملية مضاربة .

خامساً : تعرض لحقوق المودع ، بعد أن حلل دوافع المودعين ، مستنتجاً الأمور التالية

كهدف للإيداع وهي :

١. ضمان الوديعة .
٢. الدخل المترتب .

٣. القدرة على السحب في نهاية المدة .

ورأى بعد ذلك أن المصرف اللاربيوي يمكنه أن يضمن الوديعة كشخص ثالث ، وهذا الضمان ليس ضمان قرض ولا ضماناً من قبل العامل .

كما أن الدخل يمكن توفيره من خلال النسبة المئوية من الربح والتي يجب أن تكون أعلى من قيمة الفائدة المطروحة في الساحة ، لتسد مسألة احتمال النقص نتيجة عدم ربح المشروع .

وأما القدرة على سحب الوديعة فهي أمر ممكن ، مع تحديد مدة معينة لا يتم فيها السحب ثم يسمح به بعدها ، وهنا يستطيع المصرف أن يضمن بقاء السيولة النقدية لديه من خلال الأمور التالية :

(أ) ليس من المفروض أن تحل الآجال في وقت واحد .

(ب) وليس من المفروض أن يقدم الجميع على السحب .

(ج) الاستفادة من حسابات المشاريع الجارية والحسابات الجارية الأخرى وحينئذٍ يخصص الأرباح لنفسه .

سادساً : ويبحث هنا في حقوق المصرف . وتتمثل في الجعالة التي تنقسم إلى قسمين :

الأول : أجر ثابت على الوساطة ، ويحدد بالتفاوت بين الفائدة التي تعطىها المصارف الربوية والفائدة التي تتقاضاها ناقصاً زيادة حصة المودع من الربح على سعر فائدة الوديعة .

الثاني : أجر مرن في حصة العامل من الربح ويقدرها بالفرق السوقي بين أجرة رأس المال المضمون (وتساوي الفائدة الربوية المدفوعة للمصارف) وأجرة رأس المال المخاطر في المضاربة (وهي أكثر طبعاً) .

سابعاً : ويؤكد هنا أن للمصرف أن يدخل في المضاربة برأسماله أو بالأموال المتحركة .

ثامناً : ويتحدث هنا عن حقوق العامل المستثمر فهو صاحب الحق في الربح بعد عزل حصة المصرف والمودع .

تاسعاً : ويبحث فيه عن كيفية معرفة الأرباح .

عاشراً : ويبحث هنا عن أساليب التشويق والتشجيع لأصحاب الأموال المودعة ، ويقترح هنا وضع جعالة على التوكيل وترتفع بارتفاع المبلغ ، ولكنه بعد ذلك يكرهها .

حادي عشر : ويبحث في هذا الفصل عن الحسابات الجارية وتؤخذ باعتبارها قروضاً من أصحابها ، أما المصرف فلا يقرض الآخرين نتيجة ظروفه إلا إذا لم تمكن المضاربة . ويشترط على المقرض شروطاً منسجمة مع ظرف القرض ، ومنها شرط التأمين على القرض .

ثاني عشر : ويبحث هنا في مسألة إلغاء الربا .

وفي الفصل الثاني ، يتعرض المرحوم الشهيد للوظائف الأساسية للمصارف ويلخصها في الخدمات المصرفية ، والقروض والتسهيلات ، والاتجار بأموال النقد وشهادات الاستثمار .

أولاً : الخدمات المصرفية ، ويركز فيها على مسألة قبول الودائع المصرفية ، ويعتبرها - كما هو الحق في التصور الإسلامي - قروضاً إن كانت متحركة ، وودائع إن كانت ثابتة ، مع الحصول على حق التوكيل للمضاربة . أما الحساب الجاري فيسير مع تاريخه لدى الفقه الغربي ليستقر مع الفقه الإسلامي الذي يجري فيه المقاصة بين الدينين ، وقد تسمى العملية بالتهاتر . ثم يقترح أن لا نتصور عقدين في البين ونعتبر الأمر ديناً واستيفاء للدين . ثم يدخل في تفصيلات السحب والإيداع في الحساب ، ويتعرض بعد ذلك لودائع التوفير فيدخلها في المضاربة ، ويستطرد فيذكر الودائع الثابتة التي تحدث عنها من قبل ، ويرى أن الأمر في الودائع العينية سهل . ثم يتحدث عن الحوالات والكمبيالات وخطابات الضمان ومسائل حفظ الأوراق المالية ، وأحكام النقود .

وهي بحوث تفصيلية علمية رائعة ينبغي لكل باحث أن يستعرضها ويراجع بالخصوص الملحقات الفقهية العميقة التي ذكرها في نهاية الأطروحة وهي ما يميزها عن غيرها من البحث حقاً .

ثانياً : القروض والتسهيلات المصرفية (غير المغطاة) وكان قد تحدث عنها من قبل ويتحدث هنا عن الكمبيالات .

ثالثاً : ويتعرض هنا لمسائل الاتجار بشراء الأوراق المالية والسندات مؤكداً لزوم مراعاة القواعد والشروط الإسلامية فيها .

ملاحظات مهمة

وتلاحظ بعد هذا العرض الموجز أموراً :

الأول : إن المرحوم الشهيد كتب الأطروحة لبيت التمويل الذي يراد له أن يعيش في مجتمع يقبل بوجود مؤسسات ربوية أخرى ، وهو بالتالي يجب أن يناقشها ويبقى على كيانه حياً قوياً في نفس الوقت الذي يؤدي فيه الخدمات والتسهيلات التي تؤديها

البنوك التقليدية ، بل إن الأطروحة تفترض أنه لا يوجد فعلاً بنوك لا ربوية أخرى يتعاون معها هذا البنك الوليد وهو الواقع في الستينات .

ولا ريب أن هذين الافتراضين يقيدان كثيراً من حركة هذا البنك ويتركبان أثرهما في مجالات عديدة منها مثلاً :

١. ضعف مساهمة البنك في التخطيط الاجتماعي العام بشكل فعال .
٢. عدم دخوله مباشرة بقوة في المشاريع الإنتاجية .
٣. سعيه الأكيد لاتخاذ سبيل الاحتياط لأموال المودعين من حيث تعرضها للخسائر حتى من حيث المبدأ .
٤. حرصه الشديد على الاحتفاظ بوجوده وتحقيق أرباح تؤمن له الاستمرار .

الثاني : أن المرحوم الشهيد ركز بقوة على ذكر الدليل الشرعي بشكل اجتهادي . ومن الطبيعي أن يستمد من فقهه الإمامي الآراء المنسجمة مع أطروحته . ومن هنا رأينا مثلاً ما يلي :

١. قبوله بأخذ الأجر على الضمان باعتباره عملاً اقتصادياً مؤثراً .
٢. قبوله بأخذ الفوائد لقاء إيداعه أمواله لدى البنوك الأجنبية .
٣. قبوله بمبدأ الجائزة (الجعل) وإن رأى أن الأولى تركه .

وهي أمور يختلف معها الكثير من فقهاء المذاهب الأخرى وقد ناقشه في ذلك البعض منهم كالأستاذ صديقي والأستاذ قحف والأستاذ رفيق المصري . ونحن نعلم أن القانون اللاربوي الإيراني يستمد أسسه من هذه الأطروحة .

خطوات عملية مهمة أخرى

ولقد شهدنا بعد ذلك تشكيل بنك ناصر الاجتماعي عام ١٩٧١م ، كما شكلت محاولات التاجر الإماراتي (الشيخ سعيد لوتاه) باكورة الخطوات الجادة في هذا المسير ، حيث قام بإنشاء بنك دبي الإسلامي عام ١٩٧٥م باذلاً جهداً جهيداً في هذا السبيل ومتخطياً مشاكل خطيرة كان من شأنها أن تعصف بالمشروع لولا إصراره ودعم المسؤولين له .

كما كان تشكيل بيت التمويل الكويتي في أواخر السبعينات خطوة مهمة أخرى ، وكذلك شكل إنشاء بنك البحرين الإسلامي دفعة جديدة ، وهكذا جاءت التجارب السودانية والباكستانية والماليزية والسعودية والإندونيسية والمصرية وغيرها .

ولكن أهم خطوة عملية على الإطلاق تمثلت في إنشاء البنك الإسلامي للتنمية تنفيذاً للقرار الصادر من مؤتمر وزراء مالية البلدان الإسلامية الذي عقد في مدينة جدة في ذي القعدة من عام ١٤٩٣هـ (ديسمبر / كانون الأول ١٩٧٣م) ، تلاه انعقاد مجلس المحافظين في شهر رجب عام ١٣٩٥هـ (٢٠ أكتوبر / تشرين أول ١٩٧٥م) وتم افتتاحه رسمياً في ١٥ شوال ١٣٩٥هـ ، ويعتبر ذلك أحد أهم إنجازات منظمة المؤتمر الإسلامي الاقتصادية .

وأنشئ بنك فيصل السوداني عام ١٩٧٧ م ، والاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية في نفس العام ، في حين أنشئ بنك فيصل الإسلامي المصري وبيت التمويل الكويتي وبنك البحرين الإسلامي عام ١٩٧٨ م ، وأنشئ المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية في مصر عام ١٩٧٩ م ، وفي الثمانينات أسس الأمير محمد الفيصل مجموعة تحت عنوان (دار المال) ومركزها جنيف وأنشئ بنك ماليزيا الإسلامي عام ١٩٨٢ م ، وأسس الشيخ صالح كامل مجموعة (البركة) ، وكذلك بنك بنجلاديش الإسلامي وبنك قطر الإسلامي عام ١٩٨٣ م ، وهكذا تأسست شركة الراجحي ، وانتشرت بعد ذلك المصارف الإسلامية والمؤسسات المالية الأخرى كشركات الاستثمار والتجارة والتكافل والتأمين وغيرها في مختلف أنحاء العالم الإسلامي وخارجه من إندونيسيا إلى غرب أفريقيا ومن تركيا إلى الولايات المتحدة الأمريكية مما يثبت نجاح هذه التجربة المباركة .

وقد بلغت هذه البنوك في آخر القرن العشرين إلى مستوى ألفي بنك ومؤسسة مالية في أكثر من ٢٥ قطراً وجذبت إليها خلال تلك المدة ١١٢ مليار دولار أمريكي خلال عام ١٩٩٧ م.

وقامت بعض الدول بتغيير نظامها المصرفي كله كما في باكستان عام ١٩٧٧ م ، وإيران عام ١٩٨٢ م ، والسودان عام ١٩٨٥ م ، واستمرت التجربة بنجاح حتى تم تشكيل الجمعية العامة للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية . وقد عقدت أول اجتماع لها في واشنطن سنة ٢٠٠٢ م ، أما الاجتماع الثاني فقد تم عقده في ٢٢ سبتمبر ٢٠٠٣ م في دبي .

وهكذا بدأت بعض البنوك كبنك الشارقة تغير هيكلتها لتتحول إلى الحالة الإسلامية المطلوبة . وقد ذُكر أن حجم التوظيف في المؤسسات المالية والبنوك الإسلامية قد بلغ إلى مستوى ٤٠٠ مليار دولار مما دفع بعض البنوك الكبرى لفتح نوافذ إسلامية لها وقد تطور عملها حتى راح يضاهي عمل البنوك الإسلامية .

وهكذا ارتفع معدل الودائع بشكل مطرد ولاقت هذه البنوك إقبالاً منقطع النظير من المسلمين . وقد ذكر الدكتور أحمد محمد علي ، رئيس البنك الإسلامي للتنمية ، وهو أحد الرواد في هذا المجال بعض أنماط الإقبال في التجربة الإندونيسية والتجربة الماليزية (تجربة تابونق حجي) مما يدل على هذا الإقبال الكبير^(١) .

دور المجامع الفقهية وغيرها في دعم المسيرة فقهياً

وقد شكل قيام مجمع الفقه الإسلامي الدولي وبعض المؤسسات العالمية الإسلامية الأخرى دعماً كبيراً لهذه المسيرة .

أما مجمع الفقه الإسلامي الدولي فقد قام في دوراته العشر الأولى بما يلي :

(١) دور البنوك الإسلامية في عملية التنمية : ص ١٥ .

أولاً : في الدورة الثانية التي انعقدت بجدة (المملكة العربية السعودية) في الفترة من ١٠ إلى ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ / ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥م

- (١) درس المجمع الاستفتاءات المهمة التي قدمها البنك الإسلامي للتنمية حول (رسم الخدمة في القروض ، عمليات الإيجار ، عمليات البيع لأجل مع تقسيط الديون ، عمليات التجارة الخارجية ، حكم الفوائد المتجمعة من إيداع البنك أمواله في المصارف العالمية) وأجل إبداء النظر فيها للدورة القادمة .
- (٢) درس الاستفتاءات التي قدمها المعهد العالمي للفكر الإسلامي بواشنطن ، وأجل إبداء النظر فيها إلى الدورة القادمة .
- (٣) درس مسألة (زكاة الديون) وأعطى رأيه فيها .
- (٤) درس مسألة (زكاة العقارات والأراضي المأجورة غير الزراعية) وأعطى رأيه فيها .
- (٥) درس مسألة (التأمين وإعادة التأمين) وأعطى رأيه فيها .
- (٦) درس مسألة (التعامل المصرفي بالفوائد) ورفضها بتاتا .
- (٧) درس مسألة (خطاب الضمان) وأبدى رأيه .

ثانياً : في الدورة الثالثة التي انعقدت بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) في الفترة من ٨ إلى ١٣ صفر ١٤٠٧هـ / ١١ - ١٦ أكتوبر ١٩٨٦م

- (١) أجب على استفسارات البنك الإسلامي للتنمية .
- (٢) طرح مسألة (زكاة الأسهم) وأجلها إلى الدورة التالية .
- (٣) طرح مسألة (توظيف الزكاة) وأبدى رأيه فيها .
- (٤) طرح مسألة (جواز صرف الزكاة لصالح صندوق التضامن الإسلامي) وأجلها .
- (٥) طرح مسألة (أحكام النقود الورقية) وأبدى رأيه فيها ، وكذلك موضوع (تغير قيمة العملة) وأجل النظر فيه إلى الدورة التالية .
- (٦) طرح مسألة (سندات المقارضة وسندات الاستثمار) وأجل النظر فيها .
- (٧) أجب على (استفسارات المجمع العالمي للفكر الإسلامي بواشنطن) بإرسال ما أعد من إجابات إليه .

ثالثاً : في الدورة الرابعة التي انعقدت بجدة (المملكة العربية السعودية) في الفترة من ١٨ إلى ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ / ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨م

- (١) أعلن رأيه في مسألة (صرف الزكاة لصالح صندوق التضامن الإسلامي) .
- (٢) طرح مسألة (انتزاع الملكية للمصلحة العامة) وأبدى رأيه فيها .
- (٣) أبدى رأيه في مسألة (سندات المقارضة وسندات الاستثمار) .
- (٤) درس مسألة (بدل الخلو) وأبدى رأيه فيها .

رابعاً : في الدورة الخامسة التي انعقدت بالكويت في الفترة من ١ إلى ٦ جمادى الأولى

١٤٠٩هـ/ ١٠ - ١٥ ديسمبر ١٩٨٨م

- (١) درس مسألة (بيع الحقوق المعنوية) وأصدر رأيه فيها .
- (٢) درس مسألة (الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء) وأبدى رأيه فيها .
- (٣) أصدر رأيه في مسألة (تغير قيمة العملة الورقية) .
- (٤) درس صور (الإيجار المنتهي بالتمليك) وأبدى رأيه في بعضها ، وأجل النظر في البعض الآخر .
- (٥) درس مسألة (التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها) وأجل النظر فيها .
- (٦) طرح مسألة (تحديد أرباح التجار) وأبدى رأيه فيها .

خامساً : في الدورة السادسة التي انعقدت بجدة (المملكة العربية السعودية) في الفترة من

١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠م/ ١٤ - ٢٠ مارس ١٩٩٠م

- (١) أصدر رأيه في موضوع (التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها) .
- (٢) أصدر رأيه في موضوع (البيع بالتقسيط) .
- (٣) طرح موضوع (إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة) وأعلن رأيه فيه .
- (٤) درس مسألة (القبض) وبالخصوص (صورته الحديثة) وقرر الرأي فيها .
- (٥) طرح موضوع (الأسواق المالية) وأبدى رأيه ، وكذلك درس موضوع (السندات) وأبدى رأيه فيه .

سادساً : في الدورة السابعة التي انعقدت بجدة (المملكة العربية السعودية) في الفترة من ٧

إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ/ ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢م

- (١) في مجال (الأسواق المالية) وضع رأيه في (الأسهم بأنواعها واختلاف أحكامها) ثم أعلن رأيه في (الاختيارات) و (التعامل بالسلع والعملات والمؤشرات) ووضح البديل الشرعي ، و (بطاقات الائتمان) .
- (٢) درس (البيع بالتقسيط) وقرر أحكامه .
- (٣) درس (عقد الاستصناع) وأعلن رأيه فيه .
- (٤) درس (بيع الوفاء) وأصدر رأيه فيه .

سابعاً : في الدورة الثامنة التي انعقدت ببندر سري بيجوان (بروناي دارالسلام) في الفترة

من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤هـ/ (٢١ - ٢٧ يوليو ١٩٩٣م

- (١) درس (بيع العربون) وأصدر حكمه فيه .
- (٢) درس (عقد المزايدة) وأصدر حكمه فيه .
- (٣) درس بعض التطبيقات الشرعية لإقامة السوق الإسلامية ، فذكر بقراراته السابقة ودعا الباحثين لاستكمال البحث .

- (٤) درس (قضايا العملة والربط القياسي للأجور ومسألة السداد وأمثال ذلك) وأبدى رأيه فيها .
- (٥) درس بعض (مشاكل البنوك الإسلامية) ، وقرر إرجاع ثلاثة محاور منها للباحثين .
- (٦) درس موضوع (المشاركة في أسهم الشركات المساهمة المتعاملة بالربا) وأجل إبداء الرأي فيه .
- (٧) درس موضوع (بطاقات الائتمان) وأجل النظر فيه .

ثامناً : في الدورة التاسعة التي انعقدت في أبوظبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) في الفترة من ١ إلى ٦ ذو القعدة ١٤١٥هـ / ١ - ٦ إبريل ١٩٩٥م

- (١) طرح مسألة (تجارة الذهب والحلول الشرعية لاجتماع الصرف والحوالة) وأرجأ اتخاذ بعض القرارات .
- (٢) درس (عقد السلم وبعض تطبيقاته المعاصرة) .
- (٣) درس مسألة (الودائع المصرفية) وبيّن رأيه فيها .
- (٤) طرح موضوع (الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية) وأجل إبداء الرأي فيها .
- (٥) درس (عقد المناقصة) وأجل إبداء الرأي فيه .
- (٦) درس (قضايا العملة) واتخذ قراره فيها .

تاسعاً : في الدورة العاشرة التي انعقدت بجدة (المملكة العربية السعودية) في الفترة من ٢٣ إلى ٢٨ صفر ١٤١٨هـ / ٢٨ يونيو - ٣ يوليو ١٩٩٧م

درس (بطاقة الائتمان) واصر بعض التوصيات حولها ، ونكتفي إلى هنا بما جرى في الدورات العشر الأولى ، لنوضح الدور الكبير الذي قام به مجمع الفقه الإسلامي الدولي في هذا المجال .

أدوار أخرى لمجامع دولية أخرى

ونحن إذ ركزنا على بعض دورات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، لا نريد أن نتناسى دور مجامع أخرى عاملة في هذا المجال ، فهناك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية التي تأسست في ٢٦ فبراير عام ١٩٩٠م في الجزائر واتخذت من البحرين مقراً لها ، هذه الهيئة من خلال مجلسها الشرعي وضعت العشرات من المعايير الشرعية للعقود والمعاملات المصرفية . وقد انضم إلى هذه الهيئة أكثر من مائتي مؤسسة .

وكذلك هناك مؤسسة الخدمات المالية الإسلامية وتتخذ من ماليزيا مقراً لها ، وقد انضم لها أكثر من ١٩٠ مصرفاً من البنوك المركزية والبنوك الكبرى حتى غير

الإسلامية، ولكنها تقدم خدمات مالية إسلامية ، وتقوم هذه المؤسسة بتقديم إرشادات إدارية لها وفق المعايير الشرعية .

ونحن نقدر لهيئات أخرى دورها في هذا السبيل .

ثانياً : التحديات الاجتماعية والفكرية التي وضعها الفكر العلماني ، وشجع عليها الاستعمار ، ودعمتها النظم المستبدة في العالم الإسلامي

وهذه حقيقة لا ينكرها إلا مكابر ، فقد شجع الاستعمار القادة في العالم الإسلامي على الاقتراض بفوائد عالية لإقامة بعض المشاريع وربط دولهم به واستعمارهم اقتصادياً ، وانتشر الفساد المالي ، وكثر المرابون وخصوصاً اليهود . وقد كان لنفوذهم الأثر الكبير في تقنين الربا وقيام المحاكم بإتباع هذا القانون . وهكذا قام الغرب وعملاؤه بنشر الفكر العلماني المعادي للإسلام وأحكامه ولكل تحرك يدعو للعودة للإسلام ، وقامت البنوك الغربية بدور خبيث في هذا المجال ، وقد أقنعت المسلمين - كما يقول بعض الباحثين- بأن هناك عدم استقرار في البلاد العربية الإسلامية ، فمن المفضل أن تستثمر أموالها في الغرب ، كما أكدت لهم أنه لا يوجد في العالم الإسلامي من يستطيع استثمار الأصول بشكل صحيح ، وبالتالي غرست في ذهن المسلمين أن تطورهم متوقف على تطبيق القوانين الغربية ، وأن الإسلام ما عاد يصلح للتطبيق والتطوير^(١) .

ولذلك شهدنا مقاومة من هذه الفئات العلمانية والحكومات العلمانية لكل تجربة إسلامية ومنها التجربة المصرفية الإسلامية ، وكثرت التعليقات والانتقادات والشبهات حولها ، وبالتالي قامت بعض الحكومات بوضع العراقيل أمامها ، وما زلنا لليوم نشهد ذيول حملة التشهير والتشكيك والمنع .

ومن هنا فإن على المجامع الفقهية والدولية منها بالخصوص عبئاً ثقيلاً في تثقيف الجماهير ودعوة الحكومات لرفع الموانع أمام هذه المسيرة ، ولا ريب في أن ما تملكه هذه المجامع من سمعة ونفوذ سوف يترك أثره في هذا المجال .

وهذا بالضبط ما قام به مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، فقد أصدر في دورته السابعة بتاريخ ٧ ذي القعدة ١٤١٢ هـ / ٩ مايو ١٩٩٢ م قراراً حول الغزو الفكري للعالم الإسلامي جاء فيه :

قرار رقم: ٦٩ (٧/٧) بشأن الغزو الفكري

(١) راجع ص ٧٨٨ من كتاب مقالات ندوة ترشيد مسيرة البنوك الإسلامية ، المنعقدة في دبي في ٢٩ رجب ١٤٢٦ هـ / ٣ سبتمبر ٢٠٠٥ م .

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧- ١٢ ذي القعدة ١٤١٢ الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع الغزو الفكري، والتي بينت بداية هذا الغزو وخطورته وأبعاده وما حققه من نتائج في بلاد العرب والمسلمين، واستعرضت صوراً مما أثار من شبه ومطاعن، ونفذ من خطط وممارسات، استهدفت زعزعة المجتمع المسلم ووقف انتشار الدعوة الإسلامية، كما بينت هذه البحوث الدور الذي قام به الإسلام في حفظ الأمة وثباتها في وجه هذا الغزو وكيف أحبط كثيراً من خططه ومؤامراته، وقد اهتمت هذه البحوث ببيان سبل مواجهة هذا الغزو وحماية الأمة من كل آثاره في جميع المجالات وعلى كل الأصعدة،

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول هذه البحوث،

يوصي بضرورة ما يلي :

- (١) العمل على تطبيق الشريعة الإسلامية واتخاذها منهجاً في رسم علاقاتنا السياسية المحلية منها والعالمية.
- (٢) الحرص على تنقية مناهج التربية والتعليم والنهوض بها بهدف بناء الأجيال على أسس تربوية إسلامية معاصرة وبشكل يعدّهم الإعداد المناسب الذي يبصرهم بدينهم ويحصنهم من كل مظاهر الغزو الثقافي.
- (٣) تطوير مناهج إعداد الدعاة من أجل إدراكهم لروح الإسلام ومنهجه في بناء الحياة الإنسانية بالإضافة إلى اطلاعهم على ثقافة العصر ليكون تعاملهم مع المجتمعات المعاصرة عن وعي وبصيرة.
- (٤) إعطاء المسجد دوره التربوي المتكامل في حياة المسلمين لمواجهة كل مظاهر الغزو الثقافي وآثاره وتعريف المسلمين بدينهم التعريف السليم الكامل.
- (٥) رد الشبهات التي أثارها أعداء الإسلام بطرق علمية سليمة بثقة المؤمن بكمال هذا الدين دون اللجوء إلى أساليب الدفاع التبريري الضعيف.
- (٦) الاهتمام بدراسة الأفكار الوافدة والمبادئ المستوردة والتعريف بمظاهر قصورها ونقصها بأمانة وموضوعية.
- (٧) الاهتمام بالصحة الإسلامية ودعم المؤسسات العاملة في مجالات الدعوة والعمل الإسلامي لبناء الشخصية الإسلامية السوية التي تقدم للمجتمع الإنساني صورة مشرقة للتطبيق الإسلامي على المستوى الفردي والجماعي وفي كل مجالات الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية.

(٨) الاهتمام باللغة العربية والعمل على نشرها ودعم تعليمها في جميع أنحاء العالم باعتبارها لغة القرآن الكريم واتخاذها لغة التعليم في المدارس والمعاهد والجامعات في البلاد العربية والإسلامية.

(٩) الحرص على بيان سماحة الإسلام وأنه جاء لخير الإنسان وسعادته في الدنيا والآخرة. وبحيث يكون ذلك على المستوى العالمي وباللغات الحية جميعها.

(١٠) الاستفادة الفاعلة والمدرسة من الأساليب المعاصرة في الإعلام مما يمكن من إيصال كلمة الحق والخير إلى جميع أنحاء الدنيا ودون إهمال لكل وسيلة متاحة.

(١١) الاهتمام بمواجهة القضايا المعاصرة بحلول إسلامية والعمل على نقل حلول الإسلام لهذه المشكلات إلى التنفيذ والممارسة لأن التطبيق الناجح هو أفضل طرق الدعوة والبيان.

(١٢) العمل على تأكيد مظاهر وحدة المسلمين وتكاملهم على كل الأصعدة وحل خلافاتهم ومنازعاتهم فيما بينهم بالطرق السلمية وفق أحكام الشريعة المعروفة، إفساداً لمخططات الغزو الثقافي في تقويت وحدة المسلمين وزرع الخلافات والمنازعات بينهم.

(١٣) العمل على بناء قوة المسلمين واكتفائهم الذاتي اقتصادياً وعسكرياً.

(١٤) مناقشة الدول العربية والإسلامية مناصرة المسلمين الذين يتعرضون للاضطهاد في شتى بقاع الأرض ودعم قضاياهم ودرء العدوان عنهم بشتى الوسائل المتاحة.

ويوصي أيضاً بما يلي :

استمرار الأمانة العامة للمجمع بالاهتمام بطرح أهم قضايا هذا الموضوع في لقاءات المجمع وندواته القادمة نظراً لأهمية موضوع الغزو الفكري وضرورة وضع استراتيجية متكاملة لمجابهة مظاهره ومستجداته ويمكن البدء بقضيتي التصير والاستشراق في الدورة القادمة.

والله الموفق ؛؛

كما أصدر المجمع القرار رقم ٤٨ (٥/١٠) بشأن (تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) حيث جاء فيه :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ - ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ الموافق ١٠ - ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م،

بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، وبمراعاة أن مجمع الفقه

الإسلامي الدولي الذي انبثق عن إرادة خيرة من مؤتمر القمة الإسلامية الثالث بمكة المكرمة، بهدف البحث عن حلول شرعية لمشكلات الأمة الإسلامية وضبط قضايا حياة المسلمين بضوابط الشريعة الإسلامية، وإزالة سائر العوائق التي تحول دون تطبيق شريعة الله، وتهيئة جميع السبل اللازمة لتطبيقها، إقراراً بحاكمية الله تعالى، وتحقيقاً لسيادة شريعته، وإزالة للتناقض القائم بين بعض حكام المسلمين وشعوبهم، وإزالة لأسباب التوتر والتناقض والصراع في ديارهم، وتوفيراً للأمن في بلاد المسلمين،

قرر ما يلي :

إن أول واجب على من يلي أمور المسلمين تطبيق شريعة الله فيهم ، ويناشد جميع الحكومات في بلاد المسلمين المبادرة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية وتحكيمها تحكيمياً تاماً كاملاً مستقراً، في جميع مجالات الحياة، ودعوة المجتمعات الإسلامية، أفراداً وشعوباً ودولاً، للالتزام بدين الله تعالى، وتطبيق شريعته، باعتبار هذا الدين عقيدة وشريعة وسلوكاً ونظام حياة.

ويوصي بما يلي :

- أ - مواصلة المجمع الأبحاث والدراسات المتعمقة في الجوانب المختلفة لموضوع تطبيق الشريعة الإسلامية، ومتابعة ما يتم تنفيذه بهذا الشأن في البلاد الإسلامية.
- ب - التنسيق بين المجمع وبين المؤسسات العلمية الأخرى التي تهتم بموضوع تطبيق الشريعة الإسلامية، وتعد الخطط والوسائل والدراسات الكفيلة بإزالة العقبات والشبهات التي تعيق تطبيق الشريعة في البلاد الإسلامية.
- ج - تجميع مشروعات القوانين الإسلامية التي تم إعدادها في مختلف البلاد الإسلامية ودراساتها للاستفادة منها.
- د - الدعوة إلى إصلاح مناهج التربية والتعليم ووسائل الإعلام المختلفة، وتوظيفها للعمل على تطبيق الشريعة الإسلامية، وإعداد جيل مسلم يحتكم إلى شرع الله تعالى.
- هـ - التوسع في تأهيل الدارسين والخريجين من قضاة ووكلاء نيابة ومحامين لإعداد الطاقات اللازمة لتطبيق الشريعة الإسلامية.

والله الموفق ؛؛

وما فتئ المجمع يركز في قراراته على هذه النقطة المهمة ؛ ففي قراره رقم ١٠ بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٨٥ حول التعامل المصرفي بالفوائد يقول :

ثالثاً: قرر المجمع التأكيد على دعوة الحكومات الإسلامية إلى تشجيع المصارف التي تعمل بمقتضى الشريعة الإسلامية، والتمكين لإقامتها في كل بلد

إسلامي لتغطي حاجة المسلمين كي لا يعيش المسلم في تناقض بين واقعه ومقتضيات عقيدته.

والله أعلم؛؛

كما أوصى في آخر دورته السادسة بدعوة المسلمين في كل مكان إلى التضامن واتحاد الكلمة والتزام الحلول الإسلامية لمشكلاتهم ، وقيامهم بتقديم الإسلام للعالم كحل لمعضلاته .

وكل هذه القضايا أمور تركز عليها المجامع الأخرى .

ثالثاً: التحديات الرقابية

في البحث القيم الذي قدمه الدكتور أشرف محمد دوابه عن علاقة البنك المركزي المصري بالبنوك الإسلامية^(١) يتوضح كاملاً الدور الرقابي للبنك المركزي عموماً والتحديات التي تواجه البنوك الإسلامية تقريباً في كل الدول التي لا يبتني نظامها المصرفي على الإسلام (كما هو الحال في إيران وباكستان والسودان) ، أو لا يوجد فيها قانون خاص ينظم عمل البنوك الإسلامية (كما في الأردن وماليزيا) ، وإنما تتعامل السلطات الإشرافية كالبنك المركزي مع البنوك ، سواء كانت تقليدية أو إسلامية على حد سواء .

ويتلخص هذا الدور في أمرين رئيسيين :

الأول : رقابي بصفة البنك المركزي مسؤولاً عن السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية للدولة .

الثاني : تمويلي باعتباره المسعف الأخير .

ويختلف الحال بين البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية ، فالبنوك التقليدية يبتني نظامها على مبدأ جعل النقود سلعة لها قيمة مالية ، في حين يبتني نظام البنوك الإسلامي على علة اختراع النقود وهي كونها وسيلة المعايضة بين الأموال والمنافع ، وأساساً على الربح والخسارة ، ومن هنا تتواجد تحديات يمكن تلخيص أهمها بما يلي :

(أ) الاحتياطي النقدي : حيث يلزم البنك المركزي البنوك كلها بالاحتفاظ في حساب خاص لديه بدون عائد بأرصدة دائنة بنسبة لا تقل عن ١٤٪ مما لديها من أرصدة بالعملة المحلية و ١٠٪ من جملة الودائع بالدولار يستثمرها البنك المركزي بعائد ، وذلك بسعر الإيداع في سوق لندن .

(١) مقالات ندوة ترشيد المسيرة المصرفية الإسلامية بدبي ، مصدر سابق : ص ٧٣٠ .

والهدف هو السيطرة على قدرة البنوك على خلق النقود من خلال التحكم في حجم الائتمان الذي تستطيع أن تمنحه هذه البنوك ، وبالتالي تتم السيطرة على التضخم ، وحماية أموال المودعين .

ومن الواضح أن البنك الإسلامي لا يلتزم برد رؤوس الأموال المودعة ، فهي غير مضمونة وإنما تتبع النتائج الفعلية للأرباح أو الخسائر ، وهو يستخدمها في استثمارات حقيقية ولا يتجه للإقراض النقدي . فقدرته على خلق النقود ليست كبيرة ولا داعي لتعطيل جزء من موارده وتقليل قدرته على الاستثمار . هذا بالإضافة إلى عدم إمكانه الاستفادة من سندات الخزنة الربوية ، وكذلك فهو لا يستطيع الاستفادة الحقيقية من فائدة سعر الإيداع في سوق لندن ، وإنما عليه أن يصرفها إلى وجوه الخير .

ويرى الدكتور داود بكر في بحثه المقدم إلى ندوة مجلس الخدمات المالية في المدينة المنورة أن بعض البنوك المركزية قد تفرض متطلبات رأسمال أكبر باعتبار أن البنوك التقليدية لا تواجه إلا مخاطر الائتمان ، في حين أن البنوك الإسلامية مثلاً في عقد الإجارة المنتهية بالتملك قد تتعرض لمخاطر سعر السلعة المستأجرة + مخاطر الملكية كالضرر المادي والمعنوي الناتج من العين والذي قد يصيب شخصاً ثالثاً ، وكذلك مخاطر الإنهاء المبكر من قبل العميل وهو مخالف للعقد ، ولكن يجب أن يتحمل البنك العواقب .

ومن هنا ينبغي ألا تكلف البنوك الإسلامية بتقديم الاحتياطي إلا في مجال الودائع الجارية وهي مضمونة لأنها قروض . ومن هنا جاء نداء مجمع الفقه الإسلامي الدولي في ختام دورته الثامنة للبنوك المركزية حيث ورد فيه :

« يوصي مجلس المجمع بمواصلة البنوك الإسلامية الحوار مع البنوك المركزية في الدول الإسلامية لتمكين البنوك الإسلامية من أداء وظائفها في استثمار أموال المتعاملين معها في ضوء المبادئ الشرعية التي تحكم أنشطة البنوك وتلائم طبيعتها الخاصة . وعلى البنوك المركزية أن تراعي متطلبات نجاح البنوك الإسلامية للقيام بدورها الفعال في التنمية الوطنية ضمن قواعد الرقابة بما يلائم خصوصية العمل المصرفي الإسلامي » .

(ب) السيولة النقدية : حيث يلزم البنك المركزي البنوك بضرورة الاحتفاظ ببعض الأصول ذات السيولة العالية بحيث يمكن تحويلها إلى سيولة نقدية إذا زادت حركة السحب عن المعدل . ولكننا إذا نظرنا لطبيعة عمل البنوك الإسلامية القائمة على المشاركة في العُثم والعُرم ، والعقود اللازمة نجدها أقل تعرضاً لهذه الحالة ، وكذلك فإن توظيفاتها ليست قروضاً آتمانية وإنما هي ترتبط بالعملية الإنتاجية .

هذا بالإضافة لعدم تمكنها من الاحتفاظ بسندات الخزينة الربوية وأمثالها مما يمكن للبنوك التقليدية القيام به . وربما أثبت عليها عائداً ، الأمر الذي لا يمكن أن تقوم به البنوك الإسلامية ، وكل هذا يتطلب ملاحظة هذا الوضع في مكونات نسبة السيولة

ومراعاة طبيعة الودائع الاستثمارية وطبيعة توظيفات الأموال وطبيعة عناصر الموجودات السائلة مما هو منضبط بالضوابط الشرعية ، وأمثال ذلك مما يعطي البنوك الإسلامية القدرة الأكبر على الاستثمار . وقد أشارت توصية مجمع الفقه الإسلامي الدولي المتقدمة إلى قيام هذه البنوك بإدارة السيولة بنحو أحسن ولزوم إيجاد سوق تجارية بديلة لتبادل السلع بين البلدان الإسلامية وبعض الحلول الأخرى .

والملاحظ أن سياسات البنوك المركزية قد تكون إدارية لا علاقة لها بالشرعية ، فيجب الالتزام بها ، أو تكون مالية مرتبطة بكفاية رأس المال ، وقد تقرض المؤسسات المالية بفائدة لكي تتحقق مقتضيات (بازل) لغرض تحسين السيولة ، ولكن يعتبر القرض رأسمال من الدرجة الثانية وأدنى مما يسمى بالديون الممتازة والعادية ، وهذا سيوقع المؤسسات الإسلامية في حرج ، ومن هنا يجب توفير آلية ملائمة للشرعية من قبيل قيام البنك المركزي بتقديم المال وجعل البنك الإسلامي (وكيلاً في الاستثمار) مثلاً .

وقد لوحظ أن بعض المؤسسات الإسلامية أخيراً عانت من عدم التوازن بين الأصول والالتزامات نتيجة لسحب من الودائع ، وعدم توفر السيولة اللازمة مما جعلها بحاجة لدعم مالي ، الأمر الذي يتطلب قيام سوق إسلامية منظمة بين المؤسسات الإسلامية (وهو موجود في ماليزيا برعاية البنك المركزي) ويستطيع هذا السوق أن يستعمل مختلف المنتجات التمويلية الإسلامية لإبقاء حيوية العمل المصرفي الإسلامي وجلب المودعين والمستثمرين ، من قبيل : صكوك المشاركة والإجارة والاستصناع . وقد راحت بعض هذه المؤسسات تبحث عن (بدائل شرعية) إما عن طريق المراجعة أو الوكالة ، وهذه من قضايا الرقابة المركزية ، وقد تؤدي إلى إجهاد النظام المركزي باعتبار وجود علاقة مهمة بين عنصر السيولة وعنصر ثقة العامة .

ولكن الذي قد يعوّض عن زعزعة الثقة هو هذا الانسجام بين ما تقوم به هذه المؤسسات وما يؤمن به الشعب من قيم شرعية .

كما يمكننا أن نفترض قيام البنوك المركزية بتقديم قروض حسنة دون فائدة ، رعاية لهذه القيم الشرعية وهي مضمونة بكل وسائل الضمان .

وعلى أي حال فإن للمجامع الفقهية أن تبحث باستمرار عن البدائل الشرعية المناسبة لدعم المسيرة المباركة .

ويمكن أن تلعب بعض المؤسسات الإسلامية من قبيل مؤسسة الخدمات المالية الإسلامية دور الوسيط . وهذه فكرة تحتاج إلى عناية وتأمل .

إننا بحاجة ماسة إلى معادلات ونظم تقوي المؤسسات الإسلامية لكي تستطيع أن تتحدى النظام التقليدي حتى في البيئة التقليدية من حيث قدرة رأس المال ، وسعة الخدمات

والتسهيلات المقدمة للعملاء ، وتنوعها وقدرتها الاقتصادية ودقة الإفصاحات المقدمة ، وتكوين احتياطات لمواجهة المخاطر المحتملة .

وأخيراً فإننا ندعو المجامع الفقهية لتوجيه دعوة لكل الدول الإسلامية لتقوم بإصدار قانون خاص ينسجم مع الشريعة ينظم عمل المصارف الإسلامية ويتضمن مثلاً :

(١) تطبيق سياسة الاحتياطي القانوني على خصوص الحسابات الجارية دون الاستثمارية .

(٢) إيجاد نظام تعاوني بين هذه البنوك والبنك المركزي بعيد عن آلية سعر الفائدة .

(٣) إيجاد سوق مالية نشطة بين هذه المؤسسات .

(٤) إيجاد نظام يشبه سندات الخزينة دون فائدة .

(٥) السماح للبنوك الإسلامية بالتعامل بالأصول المنقولة والثابتة .

(٦) اتباع سياسة المسعف الأخير ولكن دون أخذ فائدة ، وغير ذلك .

رابعاً : التحديات القانونية

تحدثنا في مطلع الكلام عن التحديات العلمانية عن الدور الذي لعبه الاستعمار وعملاؤه في إيجاد اتجاه معادٍ للإسلام ومصالح الأمة . وكان من أخبث الأدوار الإستراتيجية للاستعمار نشر القوانين الوضعية وإبعاد الأمة عن الأحكام الإسلامية .

وتعترف مُنظرة إستراتيجية غربية هي اليوم في أحد مراكز القرار الأمريكي وهي (شيرين هانتر)^(١) بأن العلمانية فرضت فرضاً خلال الأعوام ١٩٢٠ - ١٩٧٠ ولكنها لم تحقق المقصود . وربما كان المقصود محو الإسلام من الحياة ، والحقيقة أن الغرب ما زال يحاول استدامة سياسته وكفى شاهداً اليوم أن روسيا ويدعمها الغرب فرضت نُظماً علمانية شديدة السوء على الشعوب التي استقلت عنها .

وعلى أي حال فإن تلك القوانين شكلت عقبة كأداء في وجه عودة النُظم الإسلامية إلى الحياة ، ومنها النظام الاقتصادي الإسلامي . ومن هنا نقول إن التحديات القانونية لا تقل أثراً عن باقي التحديات وتتجلى في أمرين :

(١) الإجراءات التقليدية ، فإن المنتجات الإسلامية الشرعية لا تتسجم مع القوانين سواء في مضمونها أو في إجراءات المرافعات أمام المحاكم ؛ فبعض القوانين لا تقر عقد (المضاربة) الذي يكون فيه البنك مضارباً والمودعين أصحاب رأس المال ، فهذه القوانين تفرض ضمان الودائع من قبل المصرف حتى لو كان إسلامياً .

(١) كتاب الإسلام والغرب ، تعريب زينب شوريا .

(٢) عدم إفصاح هذه القوانين عن أن ضوابط هذه المؤسسات أو أحكام الشريعة لها الأولوية إن تعارضت مع إحدى مواد القانون .

نعم ، رأينا القانون الماليزي ينص على هذه الأولوية ، ولكنه لا يفصح عن مداها مما يسبب بعض المشاكل^(١) .

وكمثال على هذا التعارض تركز السيدة رابعة عدوية في محاضرتها في ندوة المدينة المشار إليها على أن القانون لا يقول بمبدأ الفصل بين (صندوق التكافل) و (صندوق حملة الأسهم) في التأمين التعاوني . ومن هنا راحت تدرس بعض الحلول على ضوء بعض القوانين . وقد ذكرت أن القانون السوداني الصادر عام ٢٠٠٣م وإن لم ينص على الفصل ولكنه يتم عبر الممارسة العملية بعد وجود إشراف كامل للهيئة العليا للرقابة الشرعية .

أما القانون الماليزي ، وخصوصاً قانون التكافل لعام ١٩٨٤م فإنه ينص على الفصل ولكن تعريف إعادة التكافل فيه يسبب بعض الخلط لدى المحاكم .

أما القانون السعودي فهو - كما تقول السيدة - لا يعالج معالجة وافية ملامح التأمين الإسلامي .

ولما لم يكن هناك قانون خاص بالمؤسسات الإسلامية فإنها لا تستطيع أن تحمي نفسها ، وقد تحصل مخاطر ثقة من المستثمرين وعامة الناس فيها ، وفي مدى صلاحية العقود الشرعية للتطبيق ، ويمكن اللجوء لبعض القوانين كقانون (العهدة المالية Trust) حيث تنتقل الملكية أحياناً دونما تسجيل رسمي ، فيقوم القانون بحماية أصحاب الملكية النفعية من تعسف أصحاب الملكية القانونية باعتبار أن التسجيل الرسمي إنما هو لصالحهم فقد يقوم هؤلاء في حالات الإفلاس بوضع اليد على الأصول باعتبارها مملوكة قانوناً ورسمياً لهم ، ولكن قانون (العهدة) يمنعهم من ذلك ، وقد أصدرت البحرين هذا القانون تبعاً للقانون الإنجليزي ، ولكن النقاش ما زال قائماً في الدول التي تتبع النظام الأوروبي حول جدوى قانون العهدة ، مما يجعل المستثمرين قلقين في حالات الإفلاس والعجز ، وكذلك في العقود الأخرى كما في عقد (المشاركة المتناقصة) إذ اعتبرته المحكمة بيعاً أو إقراضاً بفائدة لا مشاركة .

وما ذكرناه من مقترحات لعلاج التحديات الرقابية قد ينفع في علاج التحديات القانونية وخصوصاً قيام المجامع الفقهية بالتوصية بتعديل القوانين لصالح هذه المسيرة .

خامساً : التحديات المصطنعة من قبل المحاكم الخارجية

(١) كما يقول الأستاذ الماليزي الدكتور داود بكر .

فهذه المحاكم رغم إيمانها بمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) إلا أنها لا تسمح بتطبيق الشريعة الإسلامية مطلقاً ، أو تعمل على تأويل الشروط وفق هواها ، وهذه معضلة تواجه الصناعة المالية الإسلامية التي لها علاقات وثيقة بالنظام المصرفي الغربي .

وقد اقترح البعض صيغة مزدوجة^(١) وهي أن يقال مثلاً : " تخضع هذه الاتفاقية للقانون البريطاني إلا إذا خالفت أحكام الشريعة الإسلامية " ، وهي صيغة ينتشر استعمالها في عقود المؤسسات المالية الإسلامية ، ولكن سوابق تطبيقها في المحاكم البريطانية لم تكن منصفة ، فقد استبعدتها هذه المحاكم بدليل عدم تقنين أحكام الشريعة ، فقد ذكر القاضي البريطاني : " أن معظم القانون الإسلامي للمعاملات التجارية والمالية لم يقن في قانون أو أحكام محددة المعالم ، وإنما أسس القانون الإسلامي على الآراء المتباينة للمدارس الفقهية المختلفة التي نشأت ما بين (٧٠٠ و ٨٥٠) " . ويعلق الدكتور الخويلدي على هذا النص بقوله : " الغرابة تكمن في أن الحجة تأتي من مدرسة قانونية لا يعتمد نظامها القانوني على التقنين بل يعتمد على السوابق والأعراف " .

والحقيقة هي أن بعض التقصير يعود للمسلمين نتيجة عدم تطبيق إسلامهم ، وعدم تصريح العقد بمرجعية معينة ، والبعض الآخر يعود للخبث الغربي ، فإن ما أصدرته المجمع الفقهية يمكن أن يلبي الحاجة ، والدليل على هذا الخبث هو تأويل هذا الشرط بأنه اختياري لأنه يطرح بديلاً للقانون البريطاني !! فلا أولوية للشريعة عليه .

ومن هنا يجب عدم الإرجاع لأي قانون غربي في موردنا ، فإذا اضطرت المؤسسة المالية الإسلامية فإنه يجب التصريح الكامل بأولوية الشريعة الإسلامية والمرجعية الفقهية بكل وضوح ، كما يجب أن توضح كل المصطلحات المستعملة في العقد وكل مستلزماتها كاملاً .

ونحن نعتقد أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي يحمل عبئاً ثقيلاً في هذا المجال لأنه يمثل كل المذاهب وكل الدول مما يصرف أي إطلاق في العقود إليه ما لم يتم التصريح بمرجعية أخرى ، وهكذا يمكننا أن نقطع الطريق على هذا التلاعب .

والله ولي التوفيق

(١) كما يقول الدكتور عبد الستار الخويلدي في ندوة المدينة .



الدورة العشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

دور المجمع الفقهي في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية آليات وصيغ

إعداد

الشيخ/ محمد أحمد حسين
المفتي العام للقدس والديار الفلسطينية
خطيب المسجد الأقصى المبارك
رئيس مجلس الإفتاء الأعلى

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾^(١)، ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾^(٢)، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ❖ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾^(٣).

إن تأثير الدول يقاس بمدى قوة اقتصادها، فالدولة ذات الاقتصاد القوي هي التي تستطيع التأثير على غيرها، وتوجيه سياسات العالم نحو مصالحها الخاصة، وهذا ما نلمسه اليوم في سياسات الدول العظمى.

بعد فشل الحلول الاقتصادية البشرية؛ من اشتراكية ورأسمالية على حد سواء؛ فإن الأنظار تتجه الآن للحل الاقتصادي الإسلامي، كبديل ناجع لمشكلات الاقتصاد اليوم، وبما أن الاقتصاد الإسلامي هو اقتصاد ريباني؛ فإنه يحمل في طياته معاني الشمول والكمال؛ لأنه من رب عالم بحاجة البشر وضروراتهم.

نظراً لاعتبار الحل الإسلامي هو المعول عليه في حل مشكلات العالم الاقتصادية، فإن على علماء الأمة أن يُشَمِّرُوا سَاعِدَ الْجَدِّ، وأن يتأهبوا لما سيلقى على عاتقهم من تكاليف عظام، ومن مسائل مستجدة بحاجة إلى حلول جذرية، وعليه؛ فإن المؤمل أن تضطلع المجامع الفقهية، ومجتهدي العصر بهذا الأمر، وأن تكثف من نشاطاتها، وتعدد من اجتماعاتها، وعلى الأمة بمؤسساتها الشعبية والرسمية دعم العلماء بكل الوسائل المتاحة لتحقيق هذه الغاية، وتقديم أشكال الدعم والمساندة لهم.

أهمية الموضوع وسبب اختياره:

حققت المؤسسات المالية الإسلامية تقدماً مضطرباً في السنوات الأخيرة، ومن أهم هذه المؤسسات المصارف الإسلامية، وقد قدر بعض الخبراء حجم الأصول في الصناعة المالية الإسلامية بنحو ٨٢٥ مليار دولار في عام ٢٠٠٩م، ووصلت نسبة النمو في هذا العام إلى

(١) آل عمران: ١٠٢.

(٢) النساء: ١.

(٣) الأحزاب: ٧٠، ٧١.

٣٠ ٪، ومن المتوقع أن ترتفع قيمة الأصول إلى تريليون دولار في عام ٢٠١٣م، وبلغ عدد المصارف الإسلامية في نهاية عام ٢٠٠٩م، نحو ٤٠٠ مصرف، موزعة على ٥٣ دولة^(١).

ولأهمية المؤسسات المالية الإسلامية، ولنموها المضطرد، ونظراً لوقوع كثير من المخالفات الشرعية في العديد من المعاملات المالية لدى بعضها، مما يشعر المتعامل بالتحايل، ويهدد استمرارها وفعاليتها، كان لا بد من دعم مسيرة هذه المؤسسات، بإيجاد الضوابط الشرعية والعملية، التي تساعد هيئات الرقابة الشرعية فيها.

وقد دعت أمانة مجمع الفقه الإسلامي الدولي مشكورة إلى عقد دورتها العشرين، تحت عنوان: "دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية... آليات وصيغ"، وقد أعد هذا البحث إليها.

الدراسات السابقة:

هناك كثير من الكتب والبحوث التي تحدثت عن المجامع الفقهية، وخاصة ما تحدثت منها عن الاجتهاد الجماعي، وهناك أيضاً كثير من الكتب والبحوث التي تعرضت للحديث عن هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية، غير أننا لم نعثر على دراسات خاصة بموضوع هذا البحث سوى بحث الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور الحسني بعنوان "دور المجامع الفقهية في ترشيد مسيرة المصارف الإسلامية آليات وصيغ عملية" الذي تعرض لموضوع هذا البحث.

وكان قدم البحث المذكور للدورة السابقة للمجمع، التي عقدت في إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، والمؤمل في هذه الدورة أن تلقي الضوء على المؤسسات المالية الإسلامية، وليس فقط المصارف الإسلامية.

منهج البحث:

التزم هذا البحث عزو الأقوال إلى أصحابها، وقمت بتخريج الآيات، وأما الأحاديث؛ فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بهما، ثم من الكتب الستة ومسند الإمام أحمد إن كان فيها، ونقلت أقوال العلماء في تصحيح الحديث أو تضعيفه، إن لم يكن في الصحيحين.

خطة البحث:

وقد كانت خطة البحث على النحو الآتي:

المقدمة، وفيها ذكرت أهمية البحث، وسبب اختياره، ومنهجيته، والخطة التي سار عليها.

(١) مرجعية الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، د. حسام الدين عفانة، ص٣.

وقسم البحث بعد المقدمة إلى ثلاثة مباحث وخاتمة، على النحو الآتي:-

المبحث الأول: مفهوم المجامع الفقهية.

وتضمن هذا المبحث أربعة مطالب؛ وهي:

المطلب الأول: تعريف المجامع الفقهية.

المطلب الثاني: أمثلة على بعض المجامع الفقهية.

المطلب الثالث: تحقيق المجامع الفقهية للاجتهاد الجماعي.

المطلب الرابع: كيف تؤدي المجامع الفقهية دورها المنشود؟

المبحث الثاني: هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية

واشتمل على تمهيد وخمسة مطالب، هي:

المطلب الأول: تعريف الرقابة الشرعية وأساسياتها.

المطلب الثاني: الصفة الشرعية لأعمال الرقابة.

المطلب الثالث: إلزامية قرارات المجامع الفقهية وهيئات الرقابة الشرعية.

المطلب الرابع: أهمية الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية.

المطلب الخامس: نماذج من مؤسسات مالية لديها هيئة رقابة شرعية.

المبحث الثالث: المجامع الفقهية وترشيد المؤسسات المالية الإسلامية

وفيه مطلبان؛ وهما:

المطلب الأول: إمكانية اعتبار المجامع الفقهية مرجعية شرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.

المطلب الثاني: كيفية تفعيل دور المجامع الفقهية في ترشيد المؤسسات المالية الإسلامية.

ثم جاءت الخاتمة، وفيها أهم نتائج البحث، ثم أعقبها صياغة مشروع القرار، وثبت بالمصادر والمراجع المستخدمة في البحث.

وبعد؛

فهذا جهد المقل في هذا البحث، وما أصبت فيه فهو من الله وحده، وما أخطأت فيه فهو من نفسي والشيطان.

وأتوجه بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، وأمانته العامة الموقرة؛ لإتاحته الفرصة لي في المشاركة في دورته العشرين، وأسأل الله عز وجل أن

يجعل هذه الدورة، دورة خير وبركة، وأن يكتب لها النجاح، مؤدية الغاية التي ستعقد من أجلها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.