

الباب الثاني:

التطبيقات المعاصرة في بيع الدين .

وفيه تسعة فصول:

الفصل الأول : بيع الأوراق التجارية .

الفصل الثاني : بيع السندات .

الفصل الثالث: بيع الأسهم ووحدات صناديق الاستثمار.

الفصل الرابع: التنضيق الحكمي لمال المضاربة.

الفصل الخامس: شراء الفواتير وحسمها.

الفصل السادس: التوريد .

الفصل السابع: عقد التوريد .

الفصل الثامن: عقود المستقبلات .

الفصل التاسع: بيع الإيرادات .

الفصل الأول: بيع الأوراق التجارية.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : التعريف بالأوراق التجارية وطرق تداولها

المبحث الثاني : حكم بيع الأوراق التجارية.

المبحث الأول: التعريف بالأوراق التجارية وطرق تداولها^(١)

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التعريف بالأوراق التجارية.

المطلب الثاني : طرق تداول الأوراق التجارية.

المطلب الأول : التعريف بالأوراق التجارية .

وفيه خمسة فروع :

الفرع الأول : تعريف الأوراق التجارية.

الفرع الثاني : أنواع الأوراق التجارية

الفرع الثالث : خصائص الأوراق التجارية.

الفرع الرابع : وظائف الأوراق التجارية .

الفرع الخامس : قواعد التعامل بالأوراق التجارية .

الفرع الأول : تعريف الأوراق التجارية.

الأوراق التجارية هي : صكوك محررة وفق أشكال محددة، قابلة للتداول بالطرق التجارية ، تمثل حقاً بمبلغ محدد من النقود مستحق الوفاء في وقت معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع، ويجري العرف التجاري على قبولها أداة وفاء تقوم مقام النقود، ويسهل تحويلها فوراً إلى نقود بحسبها لدى البنوك وباستعمالها في تسوية الديون^(٢).

(١) اعتمدت في بيان حقيقة الأوراق التجارية وتداولها على نظام الأوراق التجارية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٧ وتاريخ ١١/١٠/١٣٨٣هـ، وشروح هذا النظام. وقد أخذ هذا النظام في مجملته بأحكام التنظيم الموحد الذي أقره مؤتمر جنيف المنعقد عامي ١٩٣٠ و ١٩٣١م، مع بعض الاختلافات اليسيرة مثل عدم جواز اشتراط فائدة في الكمبيالة والسند لأمر، وبهذا فإن النظام السعودي لا يختلف كثيراً عن قوانين بقية الدول التي حرصت على الاستفادة من التنظيم الموحد لمؤتمر جنيف، ومنها عدد من الدول العربية، فقد وضعت اللجنة القانونية لجامعة الدول العربية عام ١٩٤٨م مشروعاً لتنظيم الأوراق التجارية استقته من التنظيم الموحد لمؤتمر جنيف، وأصبح هذا التنظيم معمولاً به في الجزائر وتونس والمغرب وليبيا وسوريا والكويت والعراق (انظر الأوراق التجارية لزينب سلامة، ص ١٤-١٥).

(٢) انظر القانون التجاري السعودي لمحمد حسن الجبر ، ص ٦٣-٦٤ ؛ الأوراق التجارية لزينب سلامة ، ص ٩ ؛ الأوراق التجارية لإلياس حداد ، ص ٨ .

الفرع الثاني : أنواع الأوراق التجارية .

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : الكمبيالة .

المسألة الثانية : السند لأمر .

المسألة الثالثة : الشيك .

المسألة الأولى : الكمبيالة

وفيها ثلاثة أمور :

الأمر الأول: تعريف الكمبيالة.

الأمر الثاني: أطراف الكمبيالة والعلاقة بينهم.

الأمر الثالث: قبول الكمبيالة.

الأمر الأول : تعريف الكمبيالة.

الكمبيالة كلمة مأخوذة من الكلمة الإيطالية "Cambiale" التي تعني الصرف والمبادلة، ويطلق عليها أيضا "السفتجة" ، و"سند السحب" ، و"سند الحوالة" ^(١) .

ويمكن تعريفها بأنها: صك محرر وفق شكل حدده النظام ، يتضمن أمرا صادرا من شخص إلى شخص آخر بأن يدفع لشخص ثالث مبلغا محددًا من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع ^(٢).

والشكل المذكور في هذا التعريف بيته المادة الأولى من نظام الأوراق التجارية، ونصها :
"تشتمل الكمبيالة على البيانات الآتية :

أ- كلمة (كمبيالة) مكتوبة في متن الصك وباللغة التي كتب بها .

ب- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود .

(١) الأوراق التجارية لإلياس حداد ، ص ٤٩ ؛ القانون التجاري السعودي لمحمد حسن الجبر ، ص ٦٥ .

(٢) انظر القانون التجاري السعودي لمحمد حسن الجبر ، ص ٦٤ ؛ الأوراق التجارية لزينب سلامة ، ص ٢٩ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران ، ص ٢٩ .

ج- اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه) .

د- ميعاد الاستحقاق .

هـ مكان الوفاء .

و- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره .

ز- تاريخ ومكان إنشاء الكمبيالة .

ح- توقيع من أنشأ الكمبيالة (الساحب) ."

ونصت المادة الثانية من النظام على أنه "لا يعتبر الصك الخالي من البيانات المذكورة في المادة السابقة كمبيالة إلا في الأحوال الآتية :

أ- إذا خلت الكمبيالة من بيان ميعاد الاستحقاق اعتبرت مستحقة الوفاء لدى الاطلاع عليها.

ب- وإذا خلت من بيان مكان الوفاء أو من بيان موطن المسحوب عليه اعتبر المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه مكان وفائها وموطننا للمسحوب عليه .

ج- وإذا خلت من بيان مكان إنشائها اعتبرت منشأة في المكان المبين بجانب اسم الساحب".

الأمر الثاني: أطراف الكمبيالة والعلاقة بينهم.

يظهر من تعريف الكمبيالة أن أطرافها ثلاثة هم :

١- المحرر أو الساحب، وهو الذي يصدر الأمر بالوفاء .

٢- المسحوب عليه، وهو الذي يتلقى الأمر بالوفاء .

٣- المستفيد، وهو الذي يصدر الأمر لصالحه .

ويفترض في الكمبيالة وجود علاقيتين سابقتين لإصدارها:

أولا : العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه : وتسمى مقابل الوفاء أو الرصيد ، وهو الدين الذي يكون للساحب في ذمة المسحوب عليه . إلا أن وجود هذه العلاقة ليس شرطا لصحة الكمبيالة، فيمكن سحب الكمبيالة على شخص غير مدين للساحب، إلا أنه يحق لهذا الشخص غير المدين الامتناع عن قبولها والوفاء بها دون أدنى مسؤولية^(١).

ثانيا : العلاقة بين الساحب والمستفيد : وتسمى القيمة الواصلة أو وصول القيمة ، وهذه

(١) الأوراق التجارية لزينب سلامة ، ص ١٠٣-١٠٤ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران ، ص ١٤٧ .

العلاقة هي التي بموجبها أصبح الساحب مدينا للمستفيد ، فهي سبب إصدار الكمبيالة ، إلا أنه لا يشترط ذكر وصول القيمة في الكمبيالة ، لأن الأصل في التزام الساحب تجاه المستفيد أن يكون بناء على سبب صحيح ، ولأن أساس التزام الساحب في الكمبيالة توقيعه عليها، بصرف النظر عن سببه، ولأن متداولي الكمبيالة لا يهمهم معرفة السبب الذي من أجله قام الساحب بإصدار الكمبيالة^(١) .

الأمر الثالث: قبول الكمبيالة^(٢).

قبول الكمبيالة هو التعهد من المسحوب عليه بدفع قيمة الكمبيالة عند الاستحقاق، على أن يدون هذا التعهد على نفس الكمبيالة ، ويتم ذلك بتوقيع المسحوب عليه توقيعاً مجرداً على وجه الكمبيالة، أو بكتابة صيغة واضحة كعبارة "مقبول" أو "أقبل" أو نحوها مع توقيعها من قبل المسحوب عليه، ويشترط أن يكون هذا التعهد قاطعاً غير معلق على شرط ولا مضافاً إلى أجل. والأصل أن تقديم الكمبيالة إلى المسحوب عليه للقبول حق اختياري لحاملها، وليس أمراً إلزامياً، فقد يرى الحامل تقديمها للقبول بقصد تثبيت حقه على المسحوب عليه ومعرفة مدى استعداده للالتزام بالكمبيالة، وقد يرى الاحتفاظ بها والاكتفاء بتقديمها مرة واحدة عند حلول أجل الاستحقاق. ويجوز أن يتم تقديم الكمبيالة للقبول في أي وقت من حين إصدارها إلى حين حلول أجل استحقاقها.

ويترتب على القبول التزام المسحوب عليه بالوفاء بقيمة الكمبيالة صرفياً، أي أنه يصبح ملتزماً بذلك لكل حامل للكمبيالة بغض النظر عن علاقة المسحوب عليه بالساحب أو بقية الموقعين على الورقة، ومن ثم فلا يتأثر هذا الالتزام بكون المسحوب عليه تلقى مقابل الوفاء أو لم يتلقه، كما لا يتأثر بما قد يكون للمسحوب عليه من دفعات تجاه الساحب أو بقية المظهرين عدا الحامل . ولما يترتب على القبول من دخول المسحوب عليه في الالتزام الصرفي وخضوعه للقواعد المصرفية وما تلتزم به من شدة فإنه ليس ملزماً بقبولها حتى ولو كان مدينا للساحب بدين مؤكد ومستحق الوفاء، بل يمكنه رفضها مفضلاً وفاء ما عليه من الدين للساحب نفسه. وفي حال رفض المسحوب عليه قبول الكمبيالة فإنه يحق للحامل -بعد إثبات واقعة رفض

(١) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٦٦-٦٧ .

(٢) انظر الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١١٤-١٤٠؛ الأوراق التجارية لزوينب سلامة، ص ١٢٦-١٤٢ .

القبول^(١) - الرجوع فورا على الساحب وبقية الموقعين على الورقة دون انتظار حلول أجلها، لما يترتب على الرفض من اهتزاز الثقة في الكمبيالة، إلا أن هذا الرجوع ليس إجباريا ، فيمكنه الانتظار إلى حلول أجل استحقاق الكمبيالة، ثم مطالبة المسحوب عليه بالوفاء بها.

المسألة الثانية : السند لأمر

وفيها ثلاثة أمور:

الأمر الأول: تعريف السند لأمر.

الأمر الثاني: أطراف السند لأمر والعلاقة بينهم.

الأمر الثالث: الفرق بين السند لأمر والكمبيالة.

الأمر الأول: تعريف السند لأمر.

ويسمى أيضا "السند الإذني" .

وهو صك محرر وفق شكل حدده النظام ، يتضمن تعهدا من شخص بأن يدفع مبلغا محددًا من النقود إلى شخص آخر في تاريخ معين أو قابل للتعين أو بمجرد الاطلاع^(٢) .

والشكل المذكور في هذا التعريف بينته المادة السابعة والثمانون من نظام الأوراق التجارية، ونصها: "يشتمل السند لأمر على البيانات الآتية :

أ- شرط الأمر أو عبارة (سند لأمر) مكتوبة في متن السند وباللغة التي كتب بها .

ب- تعهد غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود .

ج- ميعاد الاستحقاق .

د- مكان الوفاء .

هـ - اسم من يجب الوفاء له أو لأمره .

و- تاريخ إنشاء السند ومكان إنشائه .

ز- توقيع من أنشأ السند (المحرر) .

ونصت المادة الثامنة والثمانون من هذا النظام على أن "السند الخالي من أحد البيانات المذكورة

(١) انظر ص ٦١٢.

(٢) انظر الأوراق التجارية لزنب سلامة، ص ٢٤١ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢٥٩ ؛ القانون التجاري السعودي لمحمد حسن الجبر، ص ٦٥ .

في المادة السابقة لا يعتبر سنداً لأمر إلا في الأحوال الآتية:

أ- إذا خلا السند من ميعاد الاستحقاق اعتبر واجب الوفاء لدى الاطلاع عليه .

ب- إذا خلا من بيان مكان الوفاء أو موطن المحرر اعتبر مكان إنشاء السند مكاناً للوفاء ومكاناً للمحرر.

ج- إذا خلا من بيان مكان الإنشاء اعتبر منشأً في المكان المبين بجانب اسم المحرر".

الأمر الثاني: أطراف السند لأمر والعلاقة بينهم.

يظهر من تعريف السند لأمر أن له طرفين اثنين :

١- المحرر ، وهو المتعهد بالوفاء .

٢- المستفيد، وهو المتعهد له بالوفاء.

ويفترض في تحرير السند لأمر وجود علاقة قانونية واحدة سابقة لإصداره، هي العلاقة بين محرر السند والمستفيد.

الأمر الثالث: الفرق بين السند لأمر والكمبيالة.

يفارق السند لأمر الكمبيالة في عدد أطرافه والعلاقة بينهم على ما تقدم، وقد نتج عن هذا الفرق فروق أخرى منها ما تختص به الكمبيالة من الأحكام المترتبة على وجود المسحوب عليه طرفاً من أطرافها ، كقبول المسحوب عليه للكمبيالة ، وكونه ضماناً صرفية من ضمانات الوفاء بالكمبيالة، ووجود مقابل الوفاء وكونه ضماناً غير صرفية من ضمانات الكمبيالة.

ومنها أيضاً أنه يكثر استعمال الكمبيالة في مجال التجارة الخارجية لتسوية العلاقات التجارية الخارجية (أي بين بلدين مختلفين)، نظراً لتعدد أطرافها ، بينما يقتصر في الغالب مجال استخدام السند لأمر على تسوية العلاقات التجارية الداخلية^(١) .

(١) انظر الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢٥٩-٢٦٠ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ١٣٢ ؛ تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر: ١٣/١ .

المسألة الثالثة : الشيك .

وفيها أمران:

الأمر الأول: تعريف الشيك.

الأمر الثاني: الفرق بين الشيك والكمبيالة.

الأمر الأول: تعريف الشيك.

يمكن تعريف الشيك بأنه : صك محرر وفق شكل حدده النظام ، يتضمن أمرا صادرا من شخص إلى بنك بأن يدفع لشخص آخر مسمى أو لحامله مبلغا محددًا من النقود. بمجرد الاطلاع^(١) .
والشكل المذكور في هذا التعريف بينته المادة الواحدة والتسعون من نظام الأوراق التجارية، ونصها: "يشتمل الشيك على البيانات الآتية :

أ- كلمة (شيك) مكتوبة في متن الصك باللغة التي كتب بها.

ب- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود .

ج- اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه) .

د- مكان الوفاء .

هـ- تاريخ ومكان إنشاء الشيك .

و- توقيع من أنشأ الشيك (الساحب) " .

ونصت المادة الثانية والتسعون من النظام على أن "الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة لا يعتبر شيكا إلا في الحالتين الآتيتين:

أ- إذا خلا الشيك من بيان مكان وفائه، اعتبر مستحق الوفاء في المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه، فإذا تعددت الأماكن المبينة بجانب اسم المسحوب عليه اعتبر الشيك مستحق الوفاء في أول مكان منها. وإذا خلا الشيك من هذه البيانات أو من أي بيان آخر اعتبر مستحق الوفاء في المكان الذي يقع فيه المحل الرئيسي للمسحوب عليه .

ب- إذا خلا الشيك من بيان مكان الإنشاء اعتبر منشأ في المكان المبين بجانب اسم الساحب".

(١) الأوراق التجارية لزنب سلامة، ص ٢٦٩ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ١٣٨ ؛ القانون التجاري السعودي لمحمد

حسن الجبر، ص ٦٦ .

الأمر الثاني: الفرق بين الشيك والكمبيالة.

يشابه الشيك الكمبيالة في أطرافه والعلاقة بينهم على ما تقدم، ويفارقها في أمور منها^(١) :

١- يجب أن يكون المسحوب عليه في الشيك بنكاً، بينما يجوز سحب الكمبيالة على بنك أو غيره .

٢- يجب أن يكون للشيك وقت إصداره مقابل وفاء موجود لدى المسحوب عليه، وإلا فإن الساحب يكون معرضاً لعقوبة جزائية، بينما لا يشترط ذلك في الكمبيالة، فيكفي وجود مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق، وفي حال عدم وجوده في هذا التاريخ لا يكون الساحب عرضة لأي جزاء نظامي .

٣- لا يكون الشيك إلا أداة وفاء، لأنه مستحق الدفع بمجرد الاطلاع، أما الكمبيالة فتكون أداة وفاء في أحيان قليلة، والغالب أن تكون أداة ائتمان، على ما سيأتي -إن شاء الله- في وظائف الأوراق التجارية .

٤- لا يجوز للمسحوب عليه التوقيع بالقبول على الشيك، لأنه مستحق الوفاء بمجرد تقديمه، أما الكمبيالة فإنه يجوز للمسحوب عليه التوقيع عليها بقبولها، ويعتبر ذلك ضماناً قوية من ضمانات الكمبيالة تزيد الثقة بها، لأن توقيع المسحوب عليه بالقبول يفيد التزامه التزاماً صرفياً بالوفاء بها عند حلول أجلها.

٥- يجوز إصدار الشيك لحامله ، بينما يجب أن تكون الكمبيالة محررة لمصلحة شخص معين.

الفرع الثالث : خصائص الأوراق التجارية .

تضمن تعريف الأوراق التجارية أهم خصائصها ، والتي يمكن إجمالها في خمس خصائص^(٢):

أولاً : قابليتها للتداول بالطرق التجارية .

ثانياً : أن موضوعها الوفاء بمبلغ محدد من النقود .

ثالثاً : أنها مستحقة الوفاء عند الاطلاع أو خلال أجل قصير .

(١) انظر الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ١٣٨ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢٨٠-٢٨٢ ؛ تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٧-١٨ .

(٢) الأوراق التجارية لزينب سلامة ، ص ٣-١٠ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١٠-١٥ .

رابعا : جريان العرف بقبولها أداة للوفاء تقوم مقام النقود.

خامسا : أنها محررات شكلية .

وفيما يلي بيان هذه الخصائص :

أولا : قابلية الأوراق التجارية للتداول بالطرق التجارية^(١) .

تتصف الأوراق التجارية بسهولة تداولها بالتظهير أو التسليم على ما سيأتي بيانه لاحقا، وذلك لسهولة إجراءات تداولها ، ولكونها محاطة بضمانات تجعل متداوليها يطمئنون إلى التعامل بها . وبهذا يخرج من الأوراق التجارية الصكوك التي لا تقبل التداول بالطرق التجارية ، كخطاب الضمان والفواتير .

ثانيا : موضوع الأوراق التجارية الوفاء بمبلغ من النقود^(٢) .

"ومرد ذلك كون الورقة مهيأة للتداول السريع بالطرق التجارية، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان موضوعها مبلغا محددًا من المال، بحيث يمكن للمتعاملين بها الإحاطة بها بسرعة ودونما عناء"^(٣) ، إضافة إلى أن ذلك يجعل للورقة المالية قيمة النقود السائدة دون أن تتأثر بتقلبات السوق المالية. وبهذا يخرج من عداد الأوراق التجارية الصكوك التي قد يتم تداولها بين التجار إلا أن موضوعها ليس مبلغا نقديا، وذلك مثل سندات الشحن البحري التي تعطي صاحبها الحق في استلام بضاعة معينة عند وصولها إلى الميناء .

ثالثا : الأوراق التجارية مستحقة الوفاء عند الاطلاع أو خلال أجل قصير^(٤) .

ومرد ذلك أن الأوراق التجارية وسيلة وفاء تقوم مقام النقود ، ووسيلة ائتمان يسهل تحويلها إلى نقود بتقديمها للبنوك والحصول على قيمتها نقدا قبل ميعاد استحقاقها مقابل التنازل عن جزء من قيمتها ، وهو ما يعرف بحسم الأوراق التجارية الآتي بيانه لاحقا إن شاء الله، وكل ذلك يتطلب قصر أجلها لكيلا تكون عرضة لتقلب الأسعار في السوق نظرا للظروف الاقتصادية، ولهذا جرى العرف التجاري على قصر أجل الأوراق التجارية بحيث تكون واجبة الوفاء عند الاطلاع أو خلال بضعة أشهر أو سنة أو سنتين .

(١) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١٠-١٢ ؛ الأوراق التجارية لزينب سلامة ، ص ٣-٥ .

(٢) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١٢-١٣ ؛ الأوراق التجارية لزينب سلامة ، ص ٥-٦ .

(٣) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١٢-١٣ .

(٤) الأوراق التجارية لزينب سلامة ، ص ٦-٨ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١٤-١٥ .

"وتبدو أهمية هذه الخصيصة في التفرقة بين الأوراق التجارية والأوراق المالية (الأسهم والسندات) التي تصدرها الشركات أو الدولة، في أن هذه الأوراق المالية وإن كانت قابلة للتداول بالطرق التجارية ، بالتسليم إذا كانت لحاملها أو بالقيد في دفاتر الشركة إذا كانت اسمية، وتمثل حقا من النقود، إلا أنها صكوك طويلة الأجل، تصدر لمدة حياة الشركة بالنسبة للأسهم، ولمدة عشر سنوات أو أكثر بالنسبة للسندات، مما يجعلها عرضة لتقلب الأسعار في السوق تبعا للظروف الاقتصادية، وبما يستحيل معه حسمها لدى البنوك، ويجعلها تبعا عاجزة عن الحلول محل النقود في المعاملات"^(١).

رابعا : جريان العرف بقبول الأوراق التجارية أداة للوفاء تقوم مقام النقود^(٢).

تتصف الأوراق التجارية بجريان العرف التجاري على استخدامها في التعامل كوسيلة وفاء ، وبهذا يخرج من عداد الأوراق التجارية بعض أنواع الأسهم والسندات التي قد تتوفر فيها الخصائص السابقة ، من كونها قابلة للتداول بالطرق التجارية ، وتمثل حقا نقديا محددًا ، واجب الوفاء فورا أو بعد أجل قصير ، إلا أن العرف التجاري لم يجز بقبولها أداة للوفاء تقوم مقام النقود .

خامسا : الأوراق التجارية محررات شكلية^(٣).

يتطلب العرف والأنظمة التجارية في الورقة التجارية أن تكون محررة ، وأن يذكر فيها بيانات معينة ، ويترتب على إغفال كتابة بعض البيانات أن تخرج الورقة من عداد الأوراق التجارية، أو أن تصبح ورقة تجارية معيبة ، بحيث تعد سندا عاديا لا يخضع لأنظمة الأوراق التجارية .

الفرع الرابع : وظائف الأوراق التجارية .

يمكن إجمال أهم وظائف الأوراق التجارية في ثلاث وظائف ظهرت تباعا وكانت بمثابة تطور

في استخدام الأوراق التجارية :

أولا : أنها أداة لنقل النقود .

ثانيا : أنها أداة وفاء .

ثالثا : أنها أداة ائتمان .

(١) الأوراق التجارية لزينب سلامة ، ص ٦- ٨ .

(٢) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١٥ ؛ الأوراق التجارية لزينب سلامة ، ص ٨ .

(٣) الأوراق التجارية لزينب سلامة ، ص ٨- ٩ .

وفيما يلي بيان هذه الوظائف :

أولاً : الأوراق التجارية أداة لنقل النقود^(١) .

وهذه الوظيفة أولى وظائف الأوراق التجارية وسبب نشأتها ، فقد كان التجار يدفعون مبلغاً من المال إلى الصيارفة، على أن يقبضوا مثله في بلد آخر بموجب صك تحويل يصدره الصيرفي إلى صيرفي آخر في البلد الذي يراد قبض العملة الأخرى فيه، والغرض من ذلك توفير نقل النقود من مكان إلى آخر ، وتفادي ما يترتب على النقل من مخاطر الضياع والسرقة^(٢) .

وفي إيطاليا في القرنين الثالث عشر والرابع عشر كان هذا التحويل مقترناً في الغالب بعقد صرف، وذلك بأن يعطي التاجر الصيرفي مبلغاً من عملة ما، على أن يقبض مبلغاً يتفقان عليه من عملة أخرى في بلد آخر .

ثم تطور الأمر بحيث تخصصت البنوك في هذه العملية ، فصار البنك يعطي عميله الراغب في تحويل النقود خطاباً يتضمن أمراً إلى فرع أو مراسله في الخارج بدفع المبلغ المراد تحويله حال وصول عميله إليه .

وقد كانت هذه الصكوك والخطابات أساس فكرة الكمبيالة ، فكان الصيرفي أو البنك مصدر

(١) انظر : الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١٦ ؛ الأوراق التجارية لزينب سلامة، ص ١٠-١١ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٤-٥ .

(٢) وقد كانت السفاتج تقوم بهذه الوظيفة في المجتمعات الإسلامية.

والسفتجة -بضم السين وفتحها وفتح التاء- هي الكتاب الذي يرسله آخذ النقود في بلد لوكيله أو مدينه في بلد آخر ليدفع لصاحب النقود نظير ما أخذه منه، وتطلق السفتجة على الكتاب وعلى المعاملة . قال في العناية (٢٥٠/٧) : "السفاتج جمع سفتجة ... فارسي معرب ، أصله سفته يقال للشيء المحكم ، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره . وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالا قرضاً ليدفعه إلى صديقه ، وقيل هو أن يقرض إنساناً مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق " (انظر المصباح المنير، ص ٢٧٨ ؛ تبين الحقائق: ١٧٥/٤؛ التاج والإكليل: ٥٣٢/٦؛ مواهب الجليل: ٥٤٨/٤ ؛ شرح الخرشي: ٢٣١/٥ ؛ الموسوعة الفقهية: ٢٥/٢٣) .

وكانت السفتجة مستخدمة عند الفرس ثم استخدمها المسلمون منذ عهد الصحابة رضي الله عنهم، وانتشرت وكثر استخدامها في القرنين الثالث والرابع الهجريين، وتخصص بإصدارها الصيارفة، والسفتجة تشبه الكمبيالة شبهاً شديداً، مما يظهر معه أن الكمبيالة المعروفة في الوقت الحاضر ما هي إلا تطور للسفتجة ، وأنها انتقلت إلى المدن التجارية الإيطالية التي كانت على صلة قوية بمراكز التجارة الإسلامية، ثم انتقلت إلى سائر البلاد الأوربية بلفظها الإيطالي "Cambiale" . (انظر الأوراق التجارية لمحمد أحمد سراج، ص ٢٢-٢٩ ؛ تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر: ٣١/١-٣٣)

الأمر هو الساحب، والصيرفي الآخر أو البنك المراسل أو الفرع هو المسحوب عليه، والتاجر أو العميل هو المستفيد .

ويقل في العصر الحاضر استخدام الكمبيالة أداة لنقل النقود ، لظهور ما يقوم بهذه الوظيفة عوضا عنها ، كالشيكات السياحية وخطابات الاعتماد وحوالات البريد .

ثانيا : الأوراق التجارية أداة وفاء^(١).

بعد نشأة كل من الكمبيالة والسند الإذني وانتشار استخدامهما، أمكن استخدامهما وسيلة للوفاء وتسوية المعاملات التجارية ، وذلك لإمكانية تداولهما بالتسليم أو التظهير ، ولما أحيط بهما من ضمانات تحفظ حق متداوليهما.

إلا أن استخدامهما كأداة للوفاء قل فيما بعد -خاصة في المعاملات الداخلية- ، حيث حل محلها في ذلك الشيك الذي ظهر في القرن التاسع عشر الميلادي^(٢) ، ووضع له من الخصائص والضمانات ما جعله أكثر ملاءمة لهذه الوظيفة .

أما في المعاملات الخارجية فلا زال للكمبيالة المقام الأول في الوفاء بالديون وتسوية العلاقات. وقد انتشر مؤخرا وسائل أخرى للوفاء غير الأوراق التجارية زاحتها وقللت من استخدامها ، ساعد على ظهورها تطور الاتصالات والمواصلات ، كالنقل المصرفي من حساب مصرفي إلى حساب آخر ، وحوالات البريد والشيكات السياحية .

(١) انظر : الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١٦-١٨ ؛ الأوراق التجارية لزنب سلامة، ص ١١-١٢ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٥ .

(٢) عرفت المجتمعات الإسلامية بعض الصكوك التي كانت تؤدي هذه الوظيفة ، فمن ذلك صكوك الصيارفة التي يحررونها لمن يعطيهم نقودا، فقد كان الناس يتعاملون بهذه الصكوك في البيع والشراء كما يتعاملون بالنقود ، بل يفضلون التعامل بها على التعامل بالنقود ، لسهولة حملها وحفظها وتداولها وقلة الأخطار والتكاليف المتعلقة بذلك . ومن ذلك أيضا الرقاع التي يصدرها الولاة والوجهاء على الصيارفة والتي تتضمن أمرا بدفع مبالغ نقدية لمن يسمونه أو لحامله بمجرد الاطلاع، ويقبلها الصيارفة بناء على معرفتهم بتوقيع المحرر دون حاجة لكتابة اسمه . وهذه الرقاع تشبه الشيك المعروف حاليا .

ومن ذلك أيضا صكوك الأعطيات والأرزاق التي يكتب فيها استحقاق حاملها لقدر معين من الطعام أو النقود أو غيره في بيت المال بمجرّد الاطلاع أو في أجل معين.

(انظر الأوراق التجارية لمحمد أحمد سراج ، ص ٣٠-٣٢؛ تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر: ٣٣/١-٣٦؛ أحكام الأوراق النقدية والتجارية لسر الجعيد، ص ٢٤٠-٢٤٣) .

ثالثا : الأوراق التجارية أداة ائتمان^(١).

مع تضائل دور كل من الكمبيالة والسند الإذني كأداتي وفاء ، برز دورهما كأداتي ائتمان، وذلك من ناحيتين :

الناحية الأولى : تسهيل الحصول على السلع بأثمان مؤجلة . ذلك أن المشتري بضمن مؤجل إذا قدم للبائع ورقة تجارية أو أذن له بسحب كمبيالة عليه ، فإنه يتيح للبائع بذلك الاستفادة من الثمن قبل حلول أجله ، إما بتسوية بعض ديونه بالورقة التجارية ، أو بحسمها لدى أحد البنوك والحصول على قيمتها نقدا ، وهذا يجعل البائع يقبل على البيع بضمن مؤجل ويتوسع فيه، بخلاف ما لو لم يتم التعامل بالأوراق التجارية، فإن البائع قد لا يقبل على البيع بضمن مؤجل، لأنه لن يتمكن من الاستفادة من الثمن طيلة مدة الأجل.

الناحية الثانية : الحصول على مبالغ نقدية بحسم الكمبيالة أو السند الإذني لدى البنوك، وذلك بتقديم الورقة التجارية قبل موعد استحقاقها لأحد البنوك الذي يصرف قيمة الورقة نقدا مقابل استقطاع نسبة من قيمتها نظير الأجل .

والوظيفة الائتمانية مقتصرة على الكمبيالة والسند الإذني المؤجلين ، أما الكمبيالة والسند الإذني مستحققي الوفاء عند الاطلاع فلا يقومان بهذه الوظيفة ، وكذلك الشيك، لأنه لا يكون مؤجلا، بل هو مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع على كل حال .

الفرع الخامس : أسس التعامل بالأوراق التجارية .

يخضع التعامل بالأوراق التجارية إصدارا وتداولاً لنظام الأوراق التجارية، ويسمى هذا النظام بقانون الصرف أو القانون الصرفي، وتتميز أحكامه وقواعده بقيامها على أسس أربعة هي :

١ - الشكلية .

٢ - الكفاية الذاتية .

٣ - استقلال التوقيعات وتطهير الدفع .

٤ - الشدة في معاملة المدين .

(١) انظر : الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١٨-١٩ ؛ الأوراق التجارية لزوينب سلامة، ص ١٢-١٣ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٥-٦ .

وفيما يلي بيان هذه الأسس :

أولا : الشكلية ^(١) .

يشترط في الورقة التجارية أن تكون مكتوبة ، وأن تتضمن الكتابة بيانات إلزامية يحددها النظام، ولا تكون الورقة ورقة تجارية صحيحة ومنتجة لآثارها إلا إذا تضمنت هذه البيانات.

وهذه "الشكلية التي يتميز بها القانون المصرفي ليست مقصودة في ذاتها، وإنما قصد من ورائها تحقيق الأهداف الرئيسية لقانون الصرف وبوجه خاص تيسير وتشجيع تداول الأوراق التجارية، والشكلية هي خير وسيلة لتحقيق تلك الأهداف، فهي من ناحية توفر على من سيتلقى الورقة مشقة البحث والاستقصاء للتأكد من صلاية الحق المثبت فيها وخلو الورقة من العيوب أو الدفع التي قد تؤدي إلى إهدار الحق، وتجعله يكتفي بمجرد إلقاء نظرة عاجلة على الورقة للتأكد من أنها قد اشتملت على البيانات اللازمة لصحتها، أي استوفت الشكل المطلوب، وهو القدر اللازم لجعل المتعامل بها في منأى عن المفاجآت. والشكلية من ناحية أخرى تؤدي إلى لفت انتباه من سيقدم على الالتزام صرفيا، تحت أي صفة كانت، إلى أنه بصدد التزام من نوع خاص، متميز من حيث الشدة عن الالتزام المألوفة" ^(٢) .

ثانيا : الكفاية الذاتية ^(٣) .

ويقصد بذلك أن الورقة التجارية يجب أن تكون معبرة بما فيها من بيانات عما تتضمنه من التزامات دون حاجة إلى الرجوع إلى شيء خارج الورقة من أوراق أخرى أو وقائع أو علاقات تعاقدية أو غير ذلك. وتفقد الورقة صفة الورقة التجارية في حال الإحالة على بيانات خارجة عنها .

والغرض من اشتراط الكفاية الذاتية تيسير وتشجيع تداول الأوراق التجارية على نحو ما تقدم في اشتراط الشكلية.

(١) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢٣-٢٥ ؛ الأوراق التجارية لزنب سلامة، ص ١٥-١٧ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٨ .

(٢) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢٥ .

(٣) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢٦ ؛ الأوراق التجارية لزنب سلامة، ص ١٨-٢١ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٩ .

ثالثا : استقلال التوقيعات وتطهير الدفع^(١) .

ويقصد باستقلال التوقيعات أن كل توقيع على الورقة التجارية مستقل في صحته وما يرتبه من التزام عن التوقيعات الأخرى، "فلو حكم بطلان التزام أحد المظهرين لانعدام أهليته، فإن ذلك المظهر وحده يستطيع الدفع في مواجهة الحامل بالبطلان، ولا يستطيع ذلك أي من الملتزمين الآخرين، أي أن بطلان التزام أحد الموقعين (حتى لو كان الساحب، أو المسحوب عليه القابل) يقتصر أثره على من تقرر البطلان لمصلحته، ولا يجوز لغيره من الملتزمين صرفيا التمسك به"^(٢) .

ويقصد بتطهير الدفع أن المدين في الورقة التجارية (سواء كان الساحب أو المسحوب عليه القابل، أو أحد المظهرين) لا يحق له التمسك في مواجهة الحامل حسن النية بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة مصدر الورقة أو من سبقه من متداوليها، وسيأتي لذلك مزيد من الإيضاح في آثار التطهير إن شاء الله.

والغرض من مبدأي استقلال التوقيعات وتطهير الدفع تقوية الثقة بالأوراق التجارية وزيادة ضماناتها ، لتشجيع تداولها .

رابعا : التشدد في معاملة المدين^(٣) .

يتشدد نظام الأوراق التجارية في معاملة المدين لإلزامه بالوفاء بالورقة التجارية في ميعاد استحقاقها، والهدف من ذلك تقوية الثقة بالأوراق التجارية وتشجيع تداولها .
ومن مظاهر هذا التشدد :

١ - إيجاب إثبات امتناع المدين عن الوفاء أو عن القبول بتحرير ورقة احتجاج بعدم الدفع أو بعدم القبول^(٤) يحررها موظف رسمي، وهذا إجراء فيه تشهير بالمدين وإضرار بسمعته التجارية إذا

(١) الأوراق التجارية لزنب سلامة، ص ١٧-١٨ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٩-١١ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢٦-٢٧ .

(٢) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢٦ .

(٣) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢٧-٢٨ ؛ الأوراق التجارية لزنب سلامة، ص ٢١-٢٢ .

(٤) احتجاج عدم الدفع أو عدم القبول - ويسمى البروتستو - : ورقة رسمية يتم إصدارها بناء على طلب الحامل من قبل جهة رسمية يعينها وزير التجارة (وهي لجنة الأوراق التجارية) ويدون فيها الموظف الذي يقوم بتحريرها واقعة عدم الوفاء أو واقعة عدم القبول وأسبابها، ويجب أن يشتمل الاحتجاج على صورة حرفية للورقة التجارية، وعلى جميع ما أثبت فيها من بيانات، وبوجه خاص القبول والتطهير والضمن والإنذار بالوفاء ، وأن يثبت فيه حضور الملتزم بالقبول أو الوفاء أو غيابه وقت عمل الاحتجاج، وامتناع المدين عن القبول أو الوفاء وأسبابه. وتكمن أهمية ذلك الاحتجاج في أنه يثبت تقديم الورقة في الميعاد المحدد للقبول أو الوفاء وأن المدين لم يقبل الورقة أو تخلف عن الوفاء بها ، ويعتبر ما ورد في الاحتجاج

جرى نشره.

٢- إلزام المدين بالوفاء بقيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها ، وعدم تجويز الحكم بإمهاله مهما كانت ظروفه المالية إلا في حالات ضيقة .

٣- أن أحكام اللجنة المختصة بالفصل في منازعات الأوراق التجارية تكون مشمولة بالنفاذ المعجل من دون كفالة ولو لم تكن نهائية، فيحق لمن صدر حكم غير نهائي من اللجنة لصالحه أن يطالب بتنفيذه دون أن يقدم كفالة تضمن حق خصمه في حال نقض الحكم .

حجة لا تجوز المنازعة فيه ولا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير، ويتم نشر الاحتجاجات ويهيأ لأي شخص الاطلاع عليها والحصول على صورة منه .

ويمكن تحرير احتجاج عدم القبول في أي وقت بين إنشاء الكمبيالة وميعاد استحقاقها، ما لم تتضمن الكمبيالة شرطاً يقضي بوجوب تقديمها للقبول خلال مدة محددة، أما احتجاج عدم الوفاء فيجب أن يتم تحريره في أحد يومي العمل التاليين ليوم استحقاق الورقة التجارية إذا كانت مستحقة الوفاء في يوم محدد أو بعد مدة من تاريخ إصدارها أو بعد مدة من تاريخ الاطلاع عليها، فإن كان أحد اليومين التاليين لميعاد الاستحقاق يوم عطلة لم يحسب . أما الورقة التجارية مستحقة الدفع لدى الاطلاع فإن احتجاج عدم الوفاء يجب أن يحرر خلال سنة من تاريخ إصدارها، ويجوز للساحب تقصير تلك المدة أو إطالتها، أما المظهر فإنه يجوز له تقصيرها فقط. ويجوز تمديد هذه المدد إذا حال حادث قهري دون تحرير البروتستو . (الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢١٤-٢١٦ ؛ الأوراق التجارية لزوينب سلامة، ص ١٩٣-٢٠٥) .

المطلب الثاني : طرق تداول الأوراق التجارية.

تداول الأوراق التجارية صرفياً^(١) بطريقتين، هما التظهير والتسليم، وأتناول هذين الطريقتين ثم أتناول حسم الأوراق التجارية الذي يعد تطبيقاً شائعاً في تداول الأوراق التجارية لدى المصارف، وذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول : التظهير .

الفرع الثاني : التسليم .

الفرع الثالث : حسم الأوراق التجارية .

الفرع الأول : التظهير .

التظهير "بيان يكتب على الورقة التجارية يكون في الغالب على ظهرها يفيد نقل ملكيتها بما تمثله من حقوق من المظهر إلى المظهر إليه ، أو توكيله في قبض قيمتها ، أو رهنها عنده" ^(٢) .
ويظهر من هذا التعريف أن التظهير أنواع ثلاثة :

١- تظهير ناقل للملكية . ٢- تظهير توكيلي . ٣- تظهير تأميني .

والمتعلق بموضوع البحث من هذه الأنواع التظهير الناقل للملكية ، لذا فسأقتصر عليه متناولاً إياه بالإيجاز المناسب لمقتضى الحال وذلك في مسألتين :
المسألة الأولى : شروط التظهير الناقل للملكية.
المسألة الثانية : آثار التظهير الناقل للملكية .

المسألة الأولى : شروط التظهير الناقل للملكية.

يشترط لصحة التظهير شروط خاصة -إضافة إلى الشروط التي تشترط في العقود عامة- وأهمها^(٣):

(١) أما تداول الأوراق التجارية بالطرق غير المصرفية -كالحوالة وبيع الدين- فلا يختلف عن تداول أي دين آخر لم يحرر به ورقة تجارية.

(٢) تداول الأوراق التجارية لعبدالله الناصر: ٦٢/١ ؛ وانظر الأوراق التجارية لزوين سلامة، ص ٦٣ .

(٣) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٧٨-٨٠ ؛ الأوراق التجارية لمحمود بابللي، ص ٦٤-٦٦ ؛ الأوراق التجارية لزوين سلامة، ص ٦٤-٦٦ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٣٢-٣٧.

١- تحرير التظهير على الورقة التجارية ، فلا يصح أن يكون التظهير شفويا ، ولا أن يكون محررا على ورقة خارجية .

٢- أن يكون التظهير موقعا من قبل المظهر أو من ينوب عنه .

٣ - أن يكون التظهير بصيغة واضحة ، وأن يكون خاليا من أي شرط ، استنادا إلى مبدأ الكفاية الذاتية للأوراق التجارية ، ويترتب على تعليق التظهير على شرط بطلان الشرط مع صحة التظهير .

٤- أن يكون التظهير تاما ، أي أن يكون بمبلغ الورقة التجارية كاملا لا بجزء منه ، فإن وقع التظهير بجزء من مبلغ الورقة التجارية وقع باطلا .

٥- ألا يكون التظهير محظورا من قبل الساحب ، فإذا حظر الساحب التظهير امتنع على المستفيد تظهير الورقة لغيره ، أما إذا كان الحظر من أحد المظهرين فإن هذا لا يمنع التظهير، بل يفيد أن المظهر الحاضر غير ملزم بالضمان تجاه من آلت إليهم الورقة بتظهير مخالف لحظه.

٦- أن يقع التظهير قبل حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية ، أو بعده قبل تحرير احتجاج عدم الدفع ، أو قبل انقضاء ميعاد تحريره .

ويحسن الإشارة إلى أن عدم صحة التظهير لتخلف شيء من هذه الشروط إنما يفيد أن المظهر له لا تثبت له آثار التظهير الآتي إيرادها ، وذلك لا يمنع أن تثبت له أحكام المحال في الحوالة أو أحكام مشتري الدين بناء على أصل جواز الحوالة وبيع الدين من غير رضا المدين.

المسألة الثانية : آثار التظهير الناقل للملكية .

إذا وقع التظهير الناقل للملكية صحيحا ترتب عليه آثار ، هي :

١- انتقال الحقوق الثابتة في الورقة التجارية إلى المظهر إليه^(١) .

تنتقل الحقوق التي تتضمنها الورقة التجارية إلى المظهر له بمجرد التظهير دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء ، ودون حاجة إلى موافقة أي من الملتزمين في الورقة التجارية، أو إعلامهم بالتظهير. فتنقل إليه الحقوق المصرفية ، كالحق في إعادة تظهير الورقة ، وتقديمها إلى المسحوب عليه للقبول إذا لم يسبق منه قبولها، وتقديمها إليه في ميعاد الاستحقاق للوفاء بقيمتها، واتخاذ الإجراءات النظامية للرجوع على

(١) الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٣٨ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٨٣-٨٦ ؛ الأوراق التجارية لزوينب سلامة، ص ٧١-٧٣.

الساحب والمسحوب عليه والمظهرين السابقين .

وينتقل إلى المظهر إليه أيضا ملكية مقابل الوفاء في حالة وجوده ، وإذا كان مقابل الوفاء مصحوبا بضمانات عينية كرهن أو حقوق امتياز^(١) فإن تلك الضمانات تنتقل معه .

وتنتقل إلى المظهر إليه أيضا ضمانات الحق الثابت في الورقة التجارية ، سواء أكانت ضمانات شخصية كالضمان الاحتياطي^(٢) ، أو عينية كالرهن وحقوق الامتياز^(٣) .

هذا وتنتقل الحقوق الثابتة في الورقة إلى المظهر إليه أقوى مما كانت ثابتة للمظهر ، وذلك لما يترتب على التظهير من تطهير الدفوع والتزام المظهر بالضمان ، على ما سيأتي بيانه .

٢- التزام المظهر بالضمان^(٤) .

يلتزم المظهر وسائر الموقعين على الورقة التجارية نحو حاملها بضمان قبول المسحوب عليه الورقة التجارية متى قدمت إليه للقبول، ووفائه بها في ميعاد استحقاقها ، وذلك على وجه التضامن مع بقية ملتزمين في الورقة ، كساحب الورقة وقابلها وضامنها الاحتياطي وبقية المظهرين، فيجوز للحامل - في حال عدم قبول المسحوب عليه الورقة أو عدم وفائه بقيمتها- مطالبتهم مجتمعين أو منفردين دون مراعاة أي ترتيب.

والتزام المظهر بالضمان يجعل ضمانات الورقة التجارية تزداد بزيادة عدد التظهيرات ، لأن كل تظهير يضيف ضامنا جديدا للورقة التجارية .

ويجيز النظام للمظهر أن يشترط عدم ضمانه قبول الورقة التجارية أو عدم ضمانه الوفاء بقيمتها، أو عدم ضمانه الأمرين معا، ولا يستفيد من هذا الشرط إلا من اشترطه من حملة الورقة، فيظل غيره من الحملة السابقين له أو المتأخرين عنه ملتزمين بالضمان.

(١) ويمثل لذلك بما لو كان للساحب على المسحوب عليه دين عوضا عن محل تجاري اشتراه منه المسحوب عليه، فإن الساحب يكون له حق امتياز على المحل، وله استرداده دون مزاحمة بقية الدائنين عند إفلاس المسحوب عليه .

(٢) الضمان الاحتياطي هو التزام خطي بضمان الوفاء بقيمة الورقة التجارية على وجه التضامن مع أحد الملتزمين فيها ، والغالب أن يكون محمرا على الورقة التجارية ذاتها ، والأصل أن يكون الضامن شخصا أجنبيا عن الورقة، إلا أنه يجوز أن يكون شخصا ملتزما في الورقة التجارية إذا كان ذلك يزيد من ضماناتها (انظر الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ١٨٠-١٨٢؛ الأوراق التجارية لزنب سلامة، ص ١٤٨-١٥٨) .

(٣) ويمثل لذلك بما لو أصدر الساحب الورقة التجارية وفاء لقيمة محل تجاري اشتراه من المستفيد، فإن المستفيد يكون له حق امتياز على المحل، وله استرداده دون مزاحمة بقية الدائنين عند إفلاس الساحب .

(٤) الأوراق التجارية لزنب سلامة، ص ٧٣-٧٤ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٣٩ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٨٧-٨٩ .

٣- تطهير الدفع^(١) .

يقصد بتطهير الدفع أن الملتزم في الورقة التجارية لا يحق له التمسك في مواجهة الحامل حسن النية بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة مصدر الورقة أو من سبقه من متداوليها. ومثال ذلك في حالة التطهير ما إذا باع زيد لعمرى بضاعة بمبلغ من المال ، فسحب له عمرو كمبيالة ، أو ظهر له كمبيالة كان هو المستفيد فيها، أو ظهر له كمبيالة انتقلت إليه عن طريق التطهير، ثم إن زيدا ظهر الكمبيالة لبكر ، وثبت بعد ذلك فساد البضاعة أو حرمة التعامل بها ، أو فسخ العقد ، أو ثبت إكراه عمرو على إصدار الكمبيالة أو تطهيرها ، أو أصبح عمرو دائنا لزيد بمبلغ مساو لقيمة البضاعة ، أو أبرأه زيد من الدين، ففي هذه الحالات وما شابهها ليس لعمرى إذا طالبه بكر بناء على التزامه الصرفي في الورقة أن يتمسك في مواجهته بالدفع التي كان يمكنه التمسك بها لو طالبه زيد .

والغرض من تقرير مبدأ تطهير الدفع تسهيل تداول الأوراق التجارية وتمكينها من أداء دورها كأداة وفاء وائتمان ، لما يوفره هذا المبدأ من طمأنينة لحامل الورقة التجارية إذا علم أنه بمأمن من الدفع الناشئة عن العلاقات بين الملتزمين السابقين له في الورقة مما لا صلة له به أو لا يفترض علمه به.

لكن يشترط لیتمسك الحامل بقاعدة تطهير الدفع ثلاثة شروط :

الشرط الأول : ألا يكون الدفع ناشئا عن علاقة يكون الحامل طرفا فيها ، وذلك كما لو عادت الورقة التجارية إلى الساحب عن طريق التطهير ، فإنه يحق للمسحوب عليه أن يتمسك في مواجهته بالدفع الناشئة عن علاقتهما الشخصية كعدم وجود مقابل وفاء .

الشرط الثاني : أن يكون الحامل حسن النية وقت تطهير الورقة إليه ، ويتنفي حسن النية إذا ثبت أن الحامل قبل الورقة التجارية بقصد الإضرار بالمدين بحرامانه من الدفع التي كان يمكنه التمسك بها قبل التطهير .

الشرط الثالث: أن تنتقل الورقة إلى ملكية الحامل بطريق صرفي ، كالتطهير الناقل للملكية والتطهير التأميني . وبناء على هذا الشرط لا يسري مبدأ تطهير الدفع على الحامل الذي انتقلت إليه الورقة عن طريق الحوالة أو الإرث أو التطهير التوكيلي .

(١) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٨٩-١٠٣ ؛ الأوراق التجارية لزينب سلامة، ص ٧٦-٨٨ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٣٩-٤٥ ؛ الأوراق التجارية لمحمود بابلي، ص ٧٤-٧٧ .

الفرع الثاني : التسليم .

لا يقتصر تداول الأوراق التجارية على التظهير ، بل يتم تداولها بمجرد التسليم ، وذلك في الحالات التالية :

أ- الشيك لحامله : يجوز إصدار الشيك لحامله ، بخلاف الكمبيالة والسند لأمر ، فلا بد من تعيين المستفيد فيهما ، ويتم تداول الشيك لحامله بمجرد التسليم، دون حاجة إلى توقيع أو كتابة، ولكن يجوز لحامل الشيك أن يوقع على ظهر الشيك أو يكتب صيغة تظهير ناقل للملكية ويوقع عليها، وينحصر أثر ذلك في أن المظهر يصبح ضامناً للوفاء تضامناً مع الساحب ، ولا يصير الشيك لحامله بهذا التظهير شيكاً لأمر ، بل يبقى شيكاً لحامله قابلاً للتداول بمجرد التسليم^(١) .

ب- الأوراق التجارية المظهرة على بياض : يجوز تظهير الأوراق التجارية على بياض ، وذلك بتظهيرها دون ذكر اسم المظهر إليه، كأن يقال "ادفعوا لأمر" ، أو بمجرد توقيع المظهر على ظهر الورقة ، وإذا تم تظهير الورقة التجارية على بياض فإن مجرد التسليم كاف في تداولها، فيحق لمن انتقلت إليه الورقة أن يسلمها دون كتابة أي بيانات عليها ، كما يحق له أن يملأ البياض باسمه أو اسم أي شخص آخر يريد نقل ملكية الورقة إليه ، ويحق له أيضاً أن يظهر الورقة بتظهير اسمي أو على بياض أو لحامله^(٢).

ج- الأوراق التجارية المظهرة لحامله : يجوز تظهير جميع الأوراق التجارية لحامله، ويترتب عليه إمكانية تداول الورقة التجارية بمجرد التسليم، كما يحق لمن انتقلت إليه الورقة إعادة تظهيرها على نحو ما تقدم في التظهير على بياض^(٣) .

وكما هو الحال في التظهير فإن الحقوق الثابتة في الورقة التجارية تنتقل بالتسليم إلى حاملها، وتظهر الدفع بالتسليم ، فلا يحق للملتزم في الورقة التجارية التمسك في مواجهة الحامل حسن النية بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة مصدر الورقة أو من سبقه من متداوليها.

(١) الأوراق التجارية لزينب سلامة، ص ٢٨٧ ؛ الأوراق التجارية لمحمود بابللي، ص ٢٨٤-٢٨٥ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٣٠٧ .

(٢) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٨١-٨٢ ؛ الأوراق التجارية لزينب سلامة، ص ٦٧-٦٨ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٣٤-٣٥ .

(٣) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٨٣ .

وفيفارق التسليم التظهير في الالتزام بالضمان ، فإن متداولي الورقة التجارية بالتسليم لا يصيرون بذلك ضامين للوفاء بقيمة الورقة التجارية على نحو ما تقدم في التظهير ، فلا يضمن الوفاء من متداولي الورقة إلا من ظهر الورقة أو وضع توقيعه عليها منهم ، بخلاف من اكتفى بتسليم وتسليم الورقة أو حتى بكتابة اسم من بعده في الفراغ الموجود في التظهير على بياض الصادر ممن سبقه ، فإنه ليس عليه أي التزام ولا يكون له أي وجود في الحلقة الصرفية^(١) .

ومن هذا يتبين أن الأصلح لمن تنتقل إليه الورقة أن تنتقل إليه بطريق التظهير لا بطريق التسليم، لأن التسليم لا يؤدي إلى تقوية ضماناتها كما هو الحال في التظهير^(٢) .

الفرع الثالث : حسم الأوراق التجارية^(٣) .

وفيه ست مسائل:

- المسألة الأولى: تعريف حسم الأوراق التجارية.
- المسألة الثانية: الأوراق التجارية التي يرد عليها الحسم.
- المسألة الثالثة: كيفية إجراء حسم الأوراق التجارية.
- المسألة الرابعة: الالتزامات الناشئة عن حسم الأوراق التجارية.
- المسألة الخامسة: أهمية حسم الأوراق التجارية.
- المسألة السادسة: التمييز بين حسم الأوراق التجارية وشرائها.

المسألة الأولى: تعريف حسم الأوراق التجارية.

يمكن تعريف حسم الأوراق التجارية بأنه تملك الورقة التجارية صرفيا - أي بالتظهير أو التسليم - لطرف آخر -والغالب أن يكون مصرفا- مع ضمان الوفاء بها عند حلول أجلها -ما لم يشترط خلاف ذلك- مقابل دفع هذا الطرف الآخر قيمة الورقة التجارية نقدا مع حسم جزء

(١) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٨٢ ؛ الأوراق التجارية لزينب سلامة، ص ٦٨ ؛ الأوراق التجارية لسعيد يحيى، ص ٣٥.

(٢) الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٨٢ .

(٣) ويسمى أيضا "خصم الأوراق التجارية"، وهي التسمية الأكثر شيوعا ، إلا أن تسميته بالحسم أصح ، لأن الحسم بمعنى القطع الدال على هذه العملية (انظر لسان العرب: ١٣٤/١٢ ، ١٨٠-١٨٢ ؛ مختار الصحاح، ص ١٧٧، ١٣٦-١٧٨ ؛ تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٤٥ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ٢٠٧).

منها^(١).

ويعرف البعض الحسم -عموما- بأنه اتفاق يعجل به البنك الحاسم لطالب الحسم قيمة ورقة تجارية أو سند قابل للتداول أو مجرد حق آخر، محسوما منها مبلغ يتناسب مع المدة الباقية حتى استيفاء قيمة الحق عند حلول أجل الورقة أو السند أو الحق، وذلك في مقابل أن ينقل طالب الحسم إلى البنك هذا الحق على سبيل التملك وأن يضمن له وفاءه عند حلول أجله^(٢).

المسألة الثانية: الأوراق التجارية التي يرد عليها الحسم.

يُرد الحسم غالبا على الأوراق التجارية مؤجلة الاستحقاق، وهي الكمبيالة والسند لأمر المستحقين بعد أجل ، أما الشيك فنظرا لكونه لا يقع إلا حالا فإن الغالب أن يقوم المستفيد بقبض قيمته فورا من المصرف المسحوب عليه أو تظهيره للمصرف الذي يتعامل معه تظهيراً توكليلاً حتى يقوم هذا المصرف بتحصيل قيمته من المصرف المسحوب عليه ثم قيدها في حساب العميل. ومع ذلك يرد الحسم على الشيك إذا كان مكان المستفيد بعيداً عن المصرف المسحوب عليه، بحيث تستغرق عملية التحصيل وقتاً يريد المستفيد أن يوفره لحاجته إلى قيمة الشيك في الحال، فيلجأ المستفيد في هذه الحالة إلى مصرف قريب منه أو إلى المصرف الذي يتعامل معه، ويحسم لديه الشيك، على النحو الذي يتم في حسم الكمبيالة أو السند لأمر^(٣).

المسألة الثالثة: كيفية إجراء حسم الأوراق التجارية.

١- الاتفاق المسبق على الحسم:

قد تقوم المنشأة التجارية والصناعية بإبرام اتفاق مع مصرف تتعامل معه بحيث يتعهد هذا المصرف بحسم جميع الأوراق التجارية التي تقدمها المنشأة خلال مدة محددة وفق شروط محددة ، وغالبا ما يحدد المصرف مبلغا إجماليا لمجموع الأوراق التي يتم حسمها ، فإذا تجاوزت هذا الحد لم

(١) انظر تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٤٥ ؛ عمليات البنوك لعلي جمال الدين عوض، ص ٧٢٩-٢٣٢؛ المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهيتي، ص ٣١٨ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ٢٠٧ ؛ الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ٢٠٠/١.

(٢) عمليات البنوك لعلي جمال الدين عوض، ص ٧٣٢.

(٣) العقود التجارية وعمليات البنوك لمحمد الجبر، ص ٣٣٢-٣٣٣؛ عمليات البنوك لعلي جمال الدين عوض، ص ٧٩٢-٧٩٣.

يكن المصرف ملزماً بإجراء الحسم إلا بعد أن تفي المنشأة أو المدينون بقيمة بعض الأوراق السابق حسمها^(١). ويسمى هذا الاتفاق المسبق "اعتماد الحسم"^(٢).

إلا أن هذا الاتفاق ليس لازماً لإجراء الحسم، فمن الممكن أن يتقدم مالك الورقة التجارية إلى المصرف الذي يتعامل معه، أو إلى أي مصرف آخر، ويتم الاتفاق بينهما على حسم هذه الورقة وشروط ذلك دون وجود اتفاق سابق بينهما.

٢- تقديم الأوراق التجارية إلى المصرف:

يقوم العميل بتقديم ما لديه من أوراق تجارية إلى المصرف طالبا حسمها، وفي حال وجود اتفاق مسبق فإنه لا حاجة للتفاوض بين الطرفين حول مقدار الحسم، لسبق الاتفاق عليه، وإنما يبقى قبول المصرف حسم الأوراق التجارية المقدمة أو عدم قبوله ذلك. أما في حالة عدم وجود اتفاق مسبق فإن الطرفين يتفاوضان -بعد تقديم الأوراق- حول المقدار الذي يتم حسمه من قيمتها^(٣).

وكثيراً ما يطلب المصرف من العميل أن يظهر الأوراق المقدمة على بياض إن كانت تحتاج إلى تظهير، على أن يتم إكمال هذا التظهير فيما بعد لصالح المصرف إذا تم الاتفاق على الحسم، أما إذا لم يتم الاتفاق فإنه يمكنه إكمال التظهير لمصرف آخر أو أي شخص آخر، دون أن يؤثر ذلك على الأوراق^(٤).

وغالباً ما يحرص المصرف على أن تقدم له الورقة التجارية خالية من قبول المسحوب عليه، ليحصل بنفسه على هذا القبول، لأن قيامه بذلك يجعله يتعامل مباشرة مع المسحوب عليه ويعرف حقيقة موقفه، ومن ثم يمكنه أن يقرر إجراء عملية الحسم أو عدم إجرائها بعد معرفة مدى خطورة عدم وفاء المسحوب عليه بقيمة الورقة، كما أن المصرف بحصوله على القبول بنفسه يطمئن إلى أن توقيع المسحوب عليه على الورقة توقيع صحيح، لأنه يجري أمام ممثل المصرف وبحضوره^(٥).

(١) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٤٦؛ المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهيتي، ص ٣١٨.

(٢) انظر النظام البنكي لعبدالمجيد عبوده، ص ٢٠١.

(٣) انظر عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٦٧١-٦٧٢.

(٤) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٦١-٧٦٢؛ الحسابات والاعتمادات المصرفية لرزق الله أنطاكي، ص ٢٨٢.

(٥) الحسابات والاعتمادات المصرفية لرزق الله أنطاكي، ص ٢٩٠.

٣- دراسة المصرف للأوراق التجارية المقدمة:

بعد تقديم الأوراق يقوم المصرف بدراستها وتحديد ما يقبل حسمه منها وما لا يقبله. فإن كان هناك اتفاق مسبق على الحسم، أي اعتماد حسم، فإنه يراعي في القبول وعدمه بنود هذا الاعتماد، فيقبل حسم ما تنطبق عليه الشروط، ويرفض ما عدا ذلك، كما يحق له أيضا رفض الأوراق التجارية الصورية، والأوراق التي لا تمثل عمليات تجارية عادية بين أطرافها، والأوراق المستحقة بعد أجل طويل لا تجري به العادة التجارية، أما الأوراق المسحوبة على مدين ضعيف ماليا فلا يحق له رفضها لمجرد ذلك، مراعاة لحرية العميل في اختيار زبائنه^(١).

أما في حالة عدم وجود اتفاق مسبق على الحسم فإن قبول المصرف لحسم الورقة من عدمه يتحدد بالنظر إلى اعتبارات مختلفة أهمها^(٢):

١- دراسة حالة العميل مقدم الورقة، لاحتمال رجوع المصرف عليه عند عدم الوفاء بالورقة، ولأنه هو الذي يمكن معرفة أحواله أكثر من غيره من المدينين في الورقة، وينظر في هذه الدارسة إلى مهنة العميل وميزانيته وماضي تعاملاته مع المصرف، وما إذا كان مماطلا أو سريع الوفاء لديونه، ونحو ذلك.

٢- دراسة الورقة نفسها، بالنظر إلى مبلغها وأجلها، وما تقدمه من ضمانات للوفاء.

٣- دراسة مركز المدين في الورقة، وهو عادة المسحوب عليه، وقد يكون مجهولا للمصرف فيكون عليه جمع المعلومات عن شخصه ومهنته والإقليم الذي يباشر مهنته فيه ومدى حجمها.

٤- وإذا لم تكن الكمبيالة مقبولة من المسحوب عليه، فإن المصرف يدرس مدى احتمال قبول المسحوب عليه للكمبيالة، كما يدرس احتمال وجود مقابل للوفاء عند المسحوب عليه.

٥- دراسة أحوال بقية الموقعين على الورقة، كالمظهرين والضامين، على نحو ما تقدم في المسحوب عليه.

٤- توقيع عقد الحسم مع العميل:

بعد دراسة الأوراق التجارية المقدمة، وتحديد ما يمكن حسمه منها، يتم توقيع عقد الحسم بين

(١) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٧٠.

(٢) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٤٦-٧٤٧؛ الحسابات والاعتمادات المصرفية لرزق الله أنطاكي، ص ٢٨٢،

المصرف والعميل، وكثيرا ما يبرم عقد الحسم دون أن يكون للعميل حرية كاملة في مناقشة الشروط، لكون العقد محررا في نماذج مطبوعة لدى المصرف ليس للعميل إلا الموافقة على جميع ما فيها وتوقيعها أو رفضها^(١).

والأصل أن يتطلب الحسم إبرام عقد بين المصرف والعميل بعد دراسة المصرف للأوراق وموافقته على إجراء الحسم، إلا أنه يمكن أن ينعقد العقد بمجرد موافقة المصرف على الحسم، دون حاجة لإبرام عقد لاحق، وذلك في حالات منها: وجود اتفاق مسبق على الحسم بين الطرفين، ومعرفة العميل بشروط الحسم ومقداره وموافقته على ذلك عند تقديمه الأوراق، ووجود معاملات سابقة بين الطرفين بشروط موحدة، ففي مثل هذه الحالات يعتبر تقديم الأوراق إيجابا، وتعتبر موافقة المصرف على إجراء الحسم قبولا^(٢).

٥- نقل ملكية الأوراق التجارية للمصرف:

بعد قبول المصرف لحسم الأوراق التجارية، وإبرام عقد الحسم -إن تطلب الأمر ذلك-، يقوم العميل بنقل ملكية الأوراق للمصرف، بالتظهير أو التسليم، ومن الناحية العملية فإن هذه الأوراق تكون لدى المصرف قبل اتفاق الحسم، كما تكون مظهرة على بياض إن كانت تحتاج إلى تظهير، بحيث يكفي تكملة التظهير بعد الاتفاق، على ما تقدم الإشارة إليه.

٦- تعجيل المصرف قيمة الأوراق التجارية للعميل:

بعد الاتفاق على الحسم يعجل المصرف للعميل قيمة الأوراق التجارية، محسوما من كل ورقة مبلغا يمثل عنصرين مجتمعين هما ما يتقاضاه المصرف لقاء عملية الحسم، وهما^(٣):

- ١- فائدة قيمة الورقة عن المدة الواقعة بين تاريخ تعجيل القيمة وتاريخ الاستحقاق، فإذا وقع عقد الحسم على أن يستوفي العميل قيمة الورقة نقدا فإن هذه الفائدة تستقطع مما يقبضه العميل، أما إذا وقع العقد على أن تودع قيمة الورقة في حساب جار خاص بالعميل، فإن قيمة الورقة تقيد

(١) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٤٤.

(٢) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٦٢-٧٦٣.

(٣) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٩٤-٧٩٥، ٨٠٢؛ العقود التجارية وعمليات البنوك لمحمد الحبر، ص ٣٣٢؛ الحسابات والاعتمادات المصرفية لرزق الله أنطاكي، ص ٢٧٥-٢٧٨؛ العقود وعمليات البنوك التجارية لعللي البارودي، ص ٣٩٧.

في الجانب الدائن من هذا الحساب، دون أن يستقطع منها مقدار الفائدة، ولا تستحق الفائدة للمصرف إلا عندما يسحب العميل قيمة الورقة من الحساب فعلا.

٢- العمولة. والأصل فيها أن تقابل المصاريف التي يتحملها المصرف في تحصيل قيمة الورقة، والتي تختلف باختلاف مكان الوفاء أو مكان المسحوب عليه، إضافة إلى مبلغ يتقاضاه المصرف عن كل عملية حسم يقوم بها لتغطية المصاريف العامة، إلا أنه قد يتم تحميل هذه العمولة ما يزيد على هذه المصاريف عند زيادة مخاطر الورقة بما لا يتناسب مع سعر الفائدة من وجهة نظر المصرف.

٧- تصرف المصرف في الورقة التجارية:

بعد تملك المصرف للورقة التجارية فإنه يتصرف فيها تصرف المالك، ومن ذلك^(١):

أ- تقديم الكمبيالة إلى المسحوب عليه للقبول، إذا لم يتم قبولها قبل ذلك.

ب- إعادة حسم الورقة لدى مصرف آخر، ليسترد ما عجله إلى عميله قبل حلول الأجل المتفق عليه، وبهذا ينقل حقه على العميل وسائر المدينين في الورقة إلى المصرف الآخر، كما يضيف توقيعه إلى التوقيعات الموجودة على الورقة، مما يزيد من ضمانات الورقة ويجعل سعر إعادة الحسم أقل من سعر الحسم الأول.

ج- مطالبة المدين الأصلي بقيمة الورقة، وإمكانية الرجوع على بقية المدينين في الورقة أو على العميل عند عدم وفائه بها، على ما يأتي في الفقرتين اللاحقتين.

٨- مطالبة المصرف للمدينين في الورقة:

عند حلول أجل الورقة التجارية يقوم المصرف بمطالبة المدين الأصلي فيها، ولا يطالب غيره من المدينين في الورقة إلا إذا عجز عن استيفاء الورقة منه. وإذا أوفى المدين الأصلي أو أي من المدينين في الورقة -عدا العميل- قيمتها للمصرف فإن عملية الحسم تنتهي بذلك نهاية طبيعية وفقا لما توقعه طرفاها^(٢).

(١) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٩٩-٨٠٠؛ الحسابات والاعتمادات المصرفية لرزق الله أنطاكي، ص ٢٩١؛ العقود التجارية وعمليات البنوك لمصطفى كمال طه، ص ١٨٤-١٨٥.

(٢) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٨٠٤-٨٠٥؛ الحسابات والاعتمادات المصرفية لرزق الله أنطاكي، ص ٢٩٢.

٩- رجوع المصرف على العميل:

إذا لم يف المدين الأصلي في الورقة بقيمتها للمصرف، فإن المصرف يملك حينئذ الرجوع على العميل بقيمتها كاملة، ويتم الرجوع بمقتضى أحد أمرين:

الأول : تظهير العميل للورقة، لما تقدم من أن التظهير يقتضي التزام المظهر نحو حامل الورقة بضمان وفاء المسحوب عليه بها في ميعاد استحقاقها.

الثاني: عقد الحسم نفسه، ذلك أن المرجح قانوناً في تكييف عقد الحسم أنه ائتمان من المصرف للعميل، يتعجل به العميل قيمة ورقة تجارية، على أن يملكها المصرف، مع ضمانه إعادة ما تعجله إذا لم يتمكن المصرف من استيفاء الحق الثابت في الورقة^(١). فلذلك يستحق المصرف الرجوع على العميل إذا لم يتمكن من استيفاء قيمة الورقة من المدين الأصلي، سواء كان ذلك لعدم ثبوت الحق عليه، أو لإعساره أو مماطلته مع ثبوت الحق عليه^(٢). ويستثنى من ذلك ما إذا وقع الحسم مع شرط عدم ضمان التحصيل على ما سيأتي بيانه في المسألة التالية، فإن المصرف عندئذ لا يستحق الرجوع إلا في حال عدم وجود حق على المسحوب عليه دون حال إعساره أو مماطلته مع ثبوت الحق عليه.

وإذا أدى العميل للمصرف قيمة الورقة وجب على المصرف إعادة الورقة إليه.

ويحسن الإشارة إلى أن الحسم إذا وقع في حساب جار خاص بالعميل، فإن للمصرف الحق في أن يكون رجوعه على العميل بإجراء قيد عكسي في هذا الحساب، وذلك بقيد قيمة الورقة - كاملة - في الجانب المدين من هذا الحساب، وإذا كان الحساب مفتوحاً والعميل موسراً، أو كان مقفلاً إلا أن رصيده يكفي للوفاء بقيمة الورقة، فإن هذا القيد يعتبر بمثابة الاستيفاء الفعلي، لذا يلزم البنك إعادة الورقة إلى العميل، أما إذا كان الحساب مقفلاً والرصيد مدين أو غير كاف للوفاء بقيمة الورقة فإن للمصرف - مع إجراء القيد العكسي - الاحتفاظ بالورقة لمطالبة بقية المدينين فيها بقيمتها^(٣).

(١) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٨١٠.

(٢) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٨١١-٨١٣؛ وانظر النظام البنكي لعبدالمجيد عبودة، ص ٢٠٦-٢٠٧؛ الحسابات والاعتمادات المصرفية لرزق الله أنطاكي، ص ٢٩٣.

(٣) انظر عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٨٤٧-٨٦٥؛ العقود التجارية وعمليات البنوك لمصطفى كمال طه، ص ١٨٤.

المسألة الرابعة: الالتزامات الناشئة عن حسم الأوراق التجارية.

أولا : التزامات العميل.

وأهم هذه الالتزامات^(١):

١- نقل ملكية الورقة للمصرف، فإذا كانت الورقة لحاملها فإن تسليمها للمصرف بقصد تملكه إياها يعد كافيا، أما إذا كانت إذنية فإنه يجب على العميل تظهيرها للمصرف تظهيراً ناقلاً للملكية، وتسليمها له.

٢- دفع العمولة والفائدة المتفق عليها للمصرف، على أن تحسم مما يتعجله من قيمة الورقة التجارية.

٣- ضمان ثبوت الحق على المدين الأصلي في الورقة، بحيث يحق للمصرف الرجوع على العميل إذا تبين خلاف ذلك، ويعتبر هذا الضمان أمراً جوهرياً في الحسم لا يصح اشتراط خلافه وإلا لم تعد المعاملة حسماً، بل شراء للورقة التجارية على وجه المضاربة^(٢).

٤- ضمان تحصيل المصرف لقيمة الورقة من المدين الأصلي، بحيث يحق للمصرف الرجوع على العميل بقيمة الورقة إذا لم يف بها المدين الأصلي. وهذا الضمان ثابت على العميل بمقتضى عقد الحسم نفسه دون حاجة إلى اشتراطه على الرأي المرجح عند كثير من القانونيين، ويبين الدكتور على جمال الدين عوض وجه ترجيحه فيقول: "إن الخصم عملية ائتمان تفترض حتما ضمان المستفيد منه استيفاء الحق المخصوص، فإن الطرفين إذ قصدا عملية الائتمان اتخذا أسلوب الشراء وسيلة لتنفيذها، فالبنك يملك الورقة ولكنه لا يضارب، بل يقصد مجرد توظيف ماله، وهو إذ يعجل للعميل قيمة الورقة لا يريد أن يتحمل مخاطر عدم وفائها، بل هو يطمئن إلى يسار الدافع، وكذلك إلى استرداد ما عجله عن طريق الورقة التي تلقاها، والبنك لا يطمئن إلى يسار الموقعين على الورقة بذات القدر الذي يطمئن به إلى الرجوع على عميله إذا فشل في اقتضاءها من الموقعين الآخرين، وهذا الرجوع لا يتعارض مع إرادة العميل، لأن هذا الأخير إذ يقدم الورقة للخصم لا يستهدف التخلص منها لعب فيها وبثمن بخس يتفق مع وجود هذا العيب، بل كل ما هناك أنه محتاج إلى قيمتها فوراً ولكنه لا يلقي مخاطرها على البنك، فهو وقد أفاد من ثقة البنك فيه، يجب عليه أن يضمن للبنك استرداد حقه بوفاء الورقة، وبغير هذا الضمان لن يرحب البنك بخصم الأوراق التجارية، أو على الأقل يشترط

(١) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٩٧-٧٩٨، ٨١١-٨١٨.

(٢) انظر عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٨١١.

شروطا قاسية على العميل^(١).

ومقتضى هذا الضمان رجوع المصرف على العميل إذا لم يف المدين في الورقة بقيمتها، سواء كان ذلك لإعساره، أو لمجرد امتناعه عن الوفاء، إلا أنه لا بد للمصرف من إثبات امتناع المدين عن الوفاء، وذلك بأي طريق من طرق الإثبات.

ويجوز لطرفي عقد الحسم الاتفاق على إسقاط هذا الضمان عن العميل، ويترتب على ذلك أن لا يثبت للمصرف حق الرجوع على العميل عند إعسار المدين أو تهربه من الوفاء، سواء كان هذا الرجوع مستندا إلى التظهير أو إلى عقد الحسم نفسه. لكن يبقى للمصرف حق الرجوع على العميل عند عدم ثبوت الحق على المدين، الأمر الذي لا يمكن إعفاء العميل منه وإلا لم يكن العقد حسما، فمقتضى إعفاء العميل من ضمان التحصيل تحمل المصرف الخطر الناشئ عن المدين نفسه، من حيث مركزه المالي أو سلوكه، دون غير ذلك من الأخطار.

ثانيا : التزامات المصرف.

وأهم هذه الالتزامات:

١ - تعجيل قيمة الورقة للعميل محسوما منها الفائدة والعمولة، وذلك بدفعها له نقدا، أو بقيدها في حسابه الجاري.

٢ - مطالبة المدين الأصلي في الورقة عند حلول أجل استحقاقها، وعدم الرجوع على العميل بقيمة الورقة إلا إذا ثبت عدم وفاء المدين الأصلي بها بعد حلول أجل الوفاء، ولهذا يعد التزام المصرف في عقد الحسم التزاما بعمل^(٢).

المسألة الخامسة: أهمية حسم الأوراق التجارية.

للحسم من وجهة النظر المصرفية التقليدية أهمية لكل من العميل والمصرف، بياها فيما يلي:

أولا : أهمية حسم الأوراق التجارية بالنسبة للعميل.

يعتبر الحسم مفيدا للعميل، إذ يمكنه بواسطته الحصول على النقد اللازم لتسيير أموره والوفاء بحاجاته الآتية التي قد يكون من العسير عليه تأجيلها إلى حين حلول آجال الأوراق التجارية^(٣).

(١) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٨١٢.

(٢) انظر عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٧١؛ ٨١٣.

(٣) المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهيتي، ص ٣١٨-٣١٩؛ عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٤٥.

ويعتبر حسم الأوراق التجارية أيسر على العميل من الحصول على قرض بنكي، نظرا لما يكتنف القروض البنكية من الصعوبات بالنظر إلى ما تتطلبه من إجراءات معقدة وطويلة و ضمانات خاصة، كما أن البنوك لا تقبل الإقراض إلا لتمويل المشروعات الاستثمارية، في حين أن العميل قد يكون محتاجا للسيولة النقدية لا للدخول في مشروعات استثمارية وإنما لتسيير نشاطه القائم والوفاء بما عليه من التزامات حالة. أما الحسم فإن إجراءاته يسيرة، ولا يتطلب الكثير من الضمانات، كما أن المصارف لا تتشدد في البحث عن حقيقة المعاملات التي حررت الأوراق التجارية بناء عليها إذا احتوت هذه الأوراق على التوقيعات التي تكفل الثقة بها، نظرا للحماية التي تحصل عليها من النظام المصرفي وخاصة قاعدة تطهير الدفع واستقلال التوقيعات.

وبناء على ما تقدم فإن حسم الأوراق التجارية يتيح للتجار والصناع التوسع في البيع بالأجل^(١) لتصريف ما لديهم من البضائع والمنتجات، والقدرة على المنافسة في السوق، دون أن يفقدوا بذلك السيولة اللازمة لتسيير أعمالهم، وذلك بسحب كمبيالات مؤجلة على زبائنهم، مع الاتفاق معهم على قبولها، أو بتحرير الزبائن سندات لأمرهم، ثم حسم هذه الكمبيالات والسندات لدى المصارف والحصول على نقود معجلة تفي بمتطلباتهم الآنية.

ويضاف إلى الفوائد التي يمكن أن يجنيها العميل من حسم الأوراق التجارية التخلص من خطر عدم وفاء المدينين في الأوراق التجارية لإعسارهم أو مماطلتهم، وذلك إذا وقع الحسم على شرط عدم رجوع المصرف على العميل عند عدم الوفاء، وإن كان اشتراط هذا الشرط قليلا في الواقع العملي نظرا لارتفاع العمولة التي يأخذها المصرف حينئذ.

ثانيا : أهمية حسم الأوراق التجارية بالنسبة للمصرف.

يعتبر حسم الأوراق التجارية من أهم الأعمال التي تقوم بها المصارف، وذلك لما يلي^(٢):

١ - المقابل المادي الذي يحصل عليه المصرف من حسم الأوراق التجارية، والمتمثل في الفائدة، والعمولة التي تشمل مصاريف التحصيل والنفقات الإدارية، والتي يمكن بواسطتها أيضا الحصول على

(١) انظر الحسابات والاعتمادات المصرفية لرزق الله أنطاكي، ص ٢٧٢.

(٢) انظر الحسابات والاعتمادات المصرفية لرزق الله أنطاكي، ص ٢٧٢-٢٧٣؛ المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهيتي، ص ٣١٨-٣١٩؛ عمليات البنوك لعلي جمال الدين عوض، ص ٧٤٥؛ العقود وعمليات البنوك التجارية لعلي البارودي، ص ٣٩٨؛ العقود التجارية وعمليات البنوك لمحمد الجبر، ص ٣٣٢.

فوائد تزيد على الفائدة النظامية المسموح بها على ما تقدم بيانه.

٢- أن حسم الأوراق التجارية يعد استثمارا قصير الأجل وقابلا للتصفية النهائية، لأن آجال الأوراق التجارية لا تزيد في الغالب عن ستة أشهر، كما أن المصرف لا يفقد بالحسم السيولة النقدية، إذ يمكنه إذا احتاج إليها أن يعيد حسم الأوراق التجارية لدى مصرف آخر أو لدى المصرف المركزي.

٣- أن حسم الأوراق التجارية يعد استثمارا قليل الخطورة، نظرا لقصر أجل الأوراق التجارية مع إمكانية إعادة حسمها، ولاستحقاق المصرف الرجوع على العميل عند عدم الوفاء بهذه الأوراق، ولما يتصف به النظام المصرفي من قواعد تكفل للمصرف الحصول على قيمة الأوراق التجارية من المدينين فيها، كقاعدة تطهير الدفع واستقلال التوقيعات، وقاعدة التشدد في معاملة المدين.

٤- يتيح الحسم للمصارف اجتذاب العملاء وفتح الحسابات لهم، ومن ثم إجراء مختلف العمليات المصرفية معهم.

المسألة السادسة: التمييز بين حسم الأوراق التجارية وشرائها.

يميز القانونيون - على الرأي المرجح عندهم - بين حسم الأوراق التجارية وشرائها بأن حسم الأوراق التجارية عقد ائتمان قائم على ثقة المصرف بعميله وبالورقة محل الحسم، في حين أن الشراء ليس كذلك بل هو عقد مضاربة قائم على المخاطرة^(١).

ولهذا يجب عندهم أن يتقيد المصرف فيما يأخذه في مقابل الحسم بالفائدة القانونية التي يجب مراعاتها في عمليات الائتمان عموما، فإن لم يتقيد بذلك فمعنى ذلك أحد أمرين^(٢):

أ- أن المصرف لا يثق في وفاء الورقة أو في قدرة العميل، وعندئذ تكون العملية بالنسبة له نوعا من المضاربة القائمة على المخاطرة، والأجر الكبير في مقابل ذلك، ومن ثم يكون العقد شراء لا حسما، لعدم وجود عنصر الثقة فيه.

ب- أو أن المصرف يثق في العميل وفي الورقة، ولكنه مع ذلك يتقاضى هذا الأجر الكبير، ويكون العمل حينئذ إقراضا بربا فاحش، الأمر الذي يعد مخالفة قانونية.

وقيام الحسم على الثقة، والشراء على المخاطرة، يفسر ما تقدم من ضمان العميل ثبوت الحق

(١) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٩٥-٧٩٦.

(٢) عمليات البنوك لعللي جمال الدين عوض، ص ٧٩٦.

على المدين الأصلي في الورقة، بحيث يحق للمصرف الرجوع على العميل إذا تبين خلاف ذلك،
وكون هذا الضمان أمرا جوهريا في الحسم لا يصح اشتراط خلافه وإلا لم تعد المعاملة حسما، بل
شراء للورقة التجارية على وجه المضاربة.

المبحث الثاني : حكم بيع الأوراق التجارية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول : الوصف الفقهي للأوراق التجارية وطرق تداولها.

المطلب الثاني : حكم بيع الأوراق التجارية .

المطلب الأول : الوصف الفقهي للأوراق التجارية وطرق تداولها.

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : الوصف الفقهي للأوراق التجارية .

الفرع الثاني : الوصف الفقهي لتظهير الأوراق التجارية وتسليمها .

الفرع الثالث : الوصف الفقهي لحسم الأوراق التجارية .

الفرع الأول : الوصف الفقهي للأوراق التجارية .

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : الوصف الفقهي الكمبيالة .

المسألة الثانية : الوصف الفقهي للسند لأمر .

المسألة الثالثة : الوصف الفقهي للشيك.

المسألة الأولى : الوصف الفقهي للكمبيالة .

اختلفت آراء الفقهاء والباحثين المعاصرين في الوصف الفقهي للكمبيالة ، ويمكن إجمال أهم

الأوصاف الفقهية التي وصفت بها الكمبيالة فيما يلي :

١- الوصف الأول : أن الكمبيالة وثيقة بحوالة^(١) ، فالساحب هو المحيل ، والمستفيد هو المحال،

(١) انظر تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ٩١ ؛ أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٤٨ ؛

أحكام الأوراق التجارية لسعد الختلان، ص ١٢٠ ؛ الربا والمعاملات المصرفية لعمر المترك، ص ٣٩٥ ؛ البنوك الإسلامية

لعبدالله الطيار، ص ١٣٧ .

والمسحوب عليه هو المحال عليه ، والقيمة الواصلة هي الدين المحال به ، ومقابل الوفاء هو الدين المحال عليه .

ويشكل على هذا الوصف أمور منها^(١) :

- أ- أن المسحوب عليه قد لا يكون مدينا للساحب ، فلا يكون العقد حوالة عند جمهور الفقهاء، خلافا للحنفية^(٢)، وعلى ما ذهب إليه الحنفية يلزم قبول المسحوب عليه، وقد لا يتحقق ذلك.
- ب- أن المستفيد قد لا يكون دائئا للساحب ، ولا حوالة دون وجود دين محال به .
- ج- يجوز أن يكون المستفيد هو الساحب نفسه ، ولا يتصور حوالة في هذه الحالة .
- د- للمستفيد الرجوع على الساحب بمجرد امتناع المسحوب عليه عن القبول أو الوفاء ، ولا رجوع في الحوالة على المحيل عند جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية يرجع في حال إفلاس المحال عليه أو موته مفلسا أو جحده الدين ، لا بمجرد امتناعه^(٣) .
- هـ- لا تتفق الحوالة مع أحكام التظهير، على ما سيأتي بيانه إن شاء الله .

٢- الوصف الثاني : أن الكمبيالة وثيقة بحوالة مقترنة بضمان^(٤) ، فالساحب هو المحيل والضامن، والمستفيد هو المحال والمضمون له، والمسحوب عليه هو المحال عليه والمضمون عنه، والقيمة الواصلة هي الدين المحال به ، ومقابل الوفاء هو الدين المحال عليه والمضمون به. وهذا الوصف وإن أيدته رجوع المستفيد على الساحب، إلا أنه يشكل عليه بقية ما يشكل على الوصف الأول.

٣- الوصف الثالث : أن الكمبيالة وثيقة بسفتجة^{(٥)(٦)}، فالساحب هو آخذ النقود في السفتجة،

(١) انظر أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٥٣ ؛ أحكام الأوراق التجارية لسعد الختلان، ص ١٢١ .

(٢) انظر ص ٤٨٤ .

(٣) انظر ص ٤٨٤ .

(٤) انظر تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ٩١-٩٢ .

(٥) انظر أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٥٠ ؛ أحكام الأوراق التجارية لسعد الختلان، ص ١١٦-١١٧ .

(٦) تقدم الإشارة إلى السفتجة وتعريفها ص ٦٠٧ . وأكثر الفقهاء يجعلونها من باب القرض ، إلا أن من الفقهاء من يلحقها بالحوالة، لأن المقترض فيها يحيل المقرض إلى نائبه أو مدينه في البلد الآخر.

وقد اختلف الفقهاء في حكمها ، فذهب الحنفية إلى أنها مكروهة ، وذهب المالكية والشافعية -وهو رواية عند الحنابلة- إلى عدم جوازها، لأنها قرض يجز منفعة ، إلا أن المالكية أجازوها إذا كان طالب الوفاء في البلد الآخر هو المقترض، أو عم

والمستفيد هو باذلهما، والمسحوب عليه هو نائب آخذ النقود أو مدينه .

ويشكل على هذا الوصف أمور منها^(١) :

أ- أن مكان وفاء الكمبيالة أو مكان المسحوب عليه قد يكون هو بلد الساحب ، وفي السفتجة يكون الوفاء في بلد غير بلد القرض .

ب- أن المقصود من الكمبيالة قد يكون الوفاء بدين سابق للمستفيد على الساحب ، أو الوفاء بقيمة سلعة ، وذلك غير المقصود في السفتجة .

ج- أن السفتجة نفسها تحتاج إلى وصف فقهي ، فالوصف بها لا يكفي، ثم هو يؤول إلى وصفها بما توصف به السفتجة من قرض أو حوالة .

د- لا تتفق السفتجة مع أحكام التظهير على ما سيأتي بيانه إن شاء الله.

٤- الوصف الرابع : أن الكمبيالة وثيقة بوكالة في استيفاء أو اقتراض^(٢) ، فالموكل هو الساحب، والوكيل هو المستفيد، وهو وكيل في استيفاء الدين من المسحوب عليه إذا كان مدينا، أو الاقتراض منه إذا كان غير مدين، وقد أذن الساحب للمستفيد باستيفاء دينه مما يقبضه إذا كان المستفيد دائنا للساحب، أو باقتراض ما يقبضه إذا لم يكن دائنا له .

ويشكل على هذا الوصف أمور منها:

أ- أن الكمبيالة لا يمكن للساحب إلغاؤها بعد إصدارها ، والوكالة يمكن فسخها .

ب- لا تتفق الوكالة مع أحكام التظهير على ما سيأتي بيانه.

الخوف للضرورة ، وفي رواية عند الحنابلة : أنها جائزة ، ورجح ذلك ابن قدامة وغيره منهم ، لأنه مصلحة المقرض والمقترض من غير ضرر بواحد منهما ؛ وهو ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم.

(المبسوط: ٣٧/١٤ ؛ بدائع الصنائع: ٣٩٥-٣٩٦/٧ ؛ التاج والإكليل: ٥٣٢/٦ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢٢٥-٢٢٦؛ تحفة المحتاج: ٤٦/٥-٤٧ ؛ أسنى المطالب: ١٤٢/٢ ؛ الإنصاف: ١٣١/٥ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٠٢/٢ ؛ مطالب أولي النهى: ٢٤٤/٣-٢٤٥ ؛ المغني: ٢١١/٤ ؛ مجموع الفتاوى: ٥٣١/٢٩ ؛ إعلام الموقعين: ٢٩٥/١ ؛ الموسوعة الفقهية: ٢٥/٢٣-٢٦) .

(١) انظر أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٥٤-٣٥٥ ؛ أحكام الأوراق التجارية لسعد الختلان، ص ١١٧ .

(٢) انظر أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٤٩ .

٥- الوصف الخامس : أن الكمبيالة وثيقة بوكالة في وفاء أو إقراض^(١)، فالموكل هو الساحب ، والوكيل هو المسحوب عليه ، فإن كان الساحب مدينا للمستفيد فالمسحوب عليه وكيل في وفاء الدين ، وإن لم يكن الساحب مدينا فهو وكيل في إقراض المستفيد. ويشكل على هذا الوصف ما يشكل على سابقه .

٦- الوصف السادس : أن الكمبيالة "عقد مركب من عدة عقود، فهي تارة تكون بمعنى السفتجة، وتارة تكون بمعنى الحوالة، وتارة تكون بمعنى القرض أو الوكالة في الإقراض أو الاقتراض ...، ولا مانع شرعا من كون العقد مركبا من عدة عقود كما في السفتجة...، تارة تكون بمعنى القرض، وتارة تكون بمعنى الحوالة، فكذلك الكمبيالة عقد مركب من عدة عقود على ما تقدم"^(٢) . ويشكل على هذا الوصف :

أ- أن وصف الكمبيالة بأي عقد من هذه العقود لا يتفق مع أحكام التظهير على ما سيأتي بيانه.
ب- أن العلاقة بين أطراف الكمبيالة لا تنحصر في العقود المذكورة ، بل قد تكون أيضا بيع دين، أو هبة دين .

هذا وينتقد وصف الكمبيالة بما سبق من الأوصاف الفقهية بأنه يحصر الكمبيالة في كونها وثيقة بالعلاقة التعاقدية بين أطرافها، وهذا قد يصح في الحالات التي تقدم فيها الكمبيالة بينة على العلاقة التعاقدية بين أطرافها ، وكذلك في الحالات التي يجيز النظام المصرفي للمدين فيها الدفع بهذه العلاقة ، إلا أنه لا يصح في الحالات التي يلزم فيها المدين بالوفاء بالكمبيالة دون التفات لهذه العلاقة، مما يدل على وجود معنى آخر يقتضي الإلزام غير العلاقة التعاقدية، وهو ما أغفل في هذه الأوصاف.

وينتقد أيضا بأن الكمبيالة لو كانت وثيقة بالعلاقة التعاقدية بين أطرافها لوجب على متداوليها معرفة حقيقة هذه العلاقة وظروفها المختلفة، ليطمئنوا إلى صحتها ولزوم الوفاء بها ، وهذا خلاف ما هو مقرر في أحكام الكمبيالة ، لما فيه من إعاقعة تداولها .

كما ينتقد بأن من شأن الوثيقة أن تكون دالة على ما حررت لتوثيقه، والكمبيالة قد لا تدل بمجرد على حقيقة العلاقة بين أطرافها ، بل يتطلب الأمر معرفة الظروف والوقائع الخارجية، مما

(١) انظر أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٥٥ .

(٢) أحكام الأوراق التجارية لسعد الخثلان، ص ١٢٦ .

يدل على أن الكمبيالة لم تحرر وثيقة لهذه العلاقة وإنما لغرض آخر.

٧- الوصف السابع : أن الكمبيالة أمر أداء . وهذا وصف عام للكمبيالة ، يرى بعض الباحثين أنه الأقرب "لعدة أمور :

١- أن العقود التي ألحقت الكمبيالة بها لا تنطبق عليها في جميع الصور والأحوال، وإن كان ذلك لا يمنع من إعطاء كل صورة ما يناسبها من العقود الشرعية إذا تحققت شروط ذلك الوصف فيها.

٢- أن هذا الوصف أعم ، ويمكن أن يشمل كل الصور والحالات، فأمر الأداء أعم من أن يكون لدين ثابت في ذمة المحال عليه (المسحوب عليه)، بل يشمل الأداء وكالة في الإقراض والاقتراض.

٣- يمكن على ضوء هذا التخريج أن يفسر ما يحاط بالورقة التجارية من خصائص ومميزات قد يتكلف لها حينما تلحق الورقة التجارية بعقد معين كالحالة مثلا .

٤- إن قاعدة حرية الشروط في الفقه الإسلامي والتي لها نصيب كبير من الرجحان يمكن أن تسري على كثير من الأمور في هذه المعاملات"^(١) .

واعترض على هذا الوصف بأنه "خارج عن محل البحث.. إذ أن محل البحث إنما هو في تخريج الكمبيالة على عقد من العقود الشرعية المعروفة عند الفقهاء، ووصف الشيء بأنه أمر أداء ليس من هذا الباب، وإنما هو كلام إنشائي وصفي وليس تخريجا ...، وما قيل من أن هذا الوصف عام يشمل جميع الحالات والصور فمسلم به، لكنه لا يصلح تخريجا، وكذا القول بأنه على ضوء هذا التخريج يمكن أن يفسر ما يحاط بالورقة التجارية من خصائص ومميزات، وأن قاعدة حرية الشروط يمكن تطبيقها على هذا الوصف أكثر من غيره، يسلم به لو كان هذا الوصف يصلح لأن يكون تخريجا، لكنه مجرد وصف للكمبيالة"^(٢) .

ويجاب بأنه لا يلزم أن توصف الكمبيالة بعقد من العقود، فما المانع أن يقال في وصفها إنها ليست عقدا، وإنما هي مجرد أمر بالأداء ، يرد في كل عقد يتضمن أو يثمر الأمر بالأداء، وذلك كما أن تسليم النقود من شخص لآخر ليس بعقد ، وإنما هو قبض، ثم القبض يرد في البيع والإجارة

(١) أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٥٥ .

(٢) أحكام الأوراق التجارية لسعد الخثلان، ص ١٢٥-١٢٦ .

والقرض والوديعة وغير ذلك ، فكذلك الكمبيالة ، ليست سوى أمر بالأداء يرد في عدد من العقود .
والقول بأن الخصائص والمميزات لا تكون إلا بعد وصف الكمبيالة بعقد من العقود الشرعية غير صحيح ، بل يمكن أن يكون للكمبيالة عدد من الخصائص والمميزات دون نظر للعقد الذي حررت فيه أو نتيجة له ، وأن تحتفظ بخصائصها ومميزاتها حتى مع فسخ أو بطلان هذا العقد ، انطلاقاً من قاعدة حرية الشروط والعقود .

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- أن الكمبيالة أمر بالأداء قد يكون جزءاً من عقد حوالة أو بيع دين أو وكالة بالاستيفاء أو الاقتراض أو غير ذلك ، أو تنفيذاً لشيء من هذه العقود ، وذلك حسب المعاملة بين أطراف الكمبيالة ، والتي تستخلص من بيانات الكمبيالة إضافة إلى الظروف والقرائن المحيطة بتحريرها .

إلا أن الكمبيالة -مع كونها أمر أداء - امتازت بمميزات مستجدة لم تكن معروفة عند الفقهاء ، وتتمثل في أمرين :

١- الضمان الصادر من الساحب ، والذي بمقتضاه يلزمه الوفاء بالكمبيالة لحامل الكمبيالة في حال عدم وفاء المسحوب عليه بها عند حلول أجلها ، كما يلزمه الوفاء بها في حال عدم قبول المسحوب عليه الكمبيالة ولو قبل حلول الأجل ما لم يشترط عدم ضمان القبول ، وإذا لم يشترط عدم تظهير الكمبيالة فإنه يلزمه الوفاء لمن تظهر له ولو تبين بطلان أو فسخ علاقته بالمستفيد ، والتي حررت الكمبيالة من أجلها .

٢- القبول الصادر من المسحوب عليه ، والذي بمقتضاه يلزمه الوفاء بالكمبيالة لحاملها دون نظر لعلاقة المسحوب عليه بمن يسبق الحامل من متداولي الكمبيالة .

وأرى تكيف كل منهما على أنه تعهد بالوفاء بالدين صادر من كل منهما موجه للمستفيد ، وفي حال عدم حظر التظهير فإنه يكون موجهاً أيضاً لكل متعامل لاحق بالكمبيالة دون تعيين ، ويعتبر هذا التعهد منفصلاً عن العقد الذي حررت من أجله الكمبيالة لا علاقة له به ، ولهذا يصح ويلزم مع بطلان هذا العقد .

والقاعدة أن الأصل في العقود والشروط الصحة ، فمثل هذا التعهد صحيح لازم بمجرد صدوره من المتعهد بإرادته المنفردة ، وقد يصح تسميته بالضمان ، إلا أنه ضمان بالوفاء بمبلغ من النقود في أجل معين عند تحقق شرط معين ، دون تعيين مضمون له ، ولا مضمون عنه ، ولا دين

مضمون به، وبهذا فارق الضمان -بمعنى الكفالة- المعروف في الاصطلاح الفقهي.

ومما يشبه هذا التعهد مما تناوله الفقهاء السابقون ضمان السلامة في حق الغار^(١)، فإن كلا من الساحب والقابل ضامن لكل متعامل بالكمبيالة وفاء المسحوب عليه بها بحيث لو تبين خلاف ذلك استحق المتعامل بالكمبيالة الرجوع على من شاء منهما لأنهما غراه ولضمانهما السلامة، جاء في الدر المختار^(٢): "قال رجل لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلك وأخذ ماله لم يضمن، ولو قال: إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن والمسألة بحالها [أي فسلكه وأخذ ماله] ضمن" قال: "هذا وارد على ما قدمه بقوله: ولا تصح بجهالة المكفول عنه" قال: "والأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور في ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً" قال في حاشيته رد المختار^(٣) (معلقاً على قوله: هذا وارد... الخ): "صحة الضمان لا من حيث صحة الكفالة حتى يرد ما ذكر، بل من حيث أنه غره، لأن الغرور يوجب الرجوع إذا كان بالشرط" أي شرط السلامة.

لهذا كله يمكن أن يقال في وصف الكمبيالة أنها "أمر أداء مع تعهد بالوفاء"، وهذا التعهد قد يكون مطلقاً، وذلك في الحالات التي تطبق فيها قاعدة تطهير الدفع، مما لا يتطلب معرفة حقيقة العلاقة التعاقدية بين أطراف الكمبيالة، وقد يكون مقيداً بصحة العلاقة التي حررت الكمبيالة من أجلها، وذلك في الحالات التي لا تطبق فيها هذه القاعدة، مما يتطلب معرفة حقيقة العلاقة التعاقدية بين أطراف الكمبيالة، وذلك يحصل بالنظر في بيانات الكمبيالة إضافة إلى الوقائع والظروف الخارجية، والتي يظهر من مجملها ما إذا كانت العلاقة حوالة أو بيع دين أو وكالة أو غير ذلك.

(١) انظر: الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية لمحمد أحمد سراج، ص ٩٨.

(٢) ٣٣٢/٥-٣٣٣؛ وانظر مجمع الضمانات، ص ١٥٦؛ مجمع الأثر: ١٤٣/٢.

(٣) ٣٣٢/٥.

المسألة الثانية : الوصف الفقهي للسند لأمر .

السند لأمر وثيقة بدين في ذمة المحرر للمستفيد^(١)، ناشئ عن علاقة سابقة بينهما من قرض أو بيع بثمن مؤجل أو سفتجة^(٢) أو غير ذلك .

إلا أن هذه الوثيقة امتازت بميزة مستجدة لم تكن معروفة عند الفقهاء ، تتمثل في الضمان الصادر من المحرر ، والذي بمقتضاه يلزمه الوفاء بالسند لأمر في حال تظهيره ولو تبين بطلان أو فسخ علاقته بالمستفيد، والتي حرر السند لأمر من أجلها .

وكما في الكمبيالة فإني أرى تكييف هذا الضمان على أنه ضمان وتعهد بالوفاء بالدين صادر من المحرر موجه لكل متعامل لاحق بالسند لأمر دون تعيين، وأن هذا التعهد والضمان منفصل عن العقد الذي حرر من أجله السند لأمر ولا علاقة له به، ولهذا يصح ويلزم مع بطلان هذا العقد.

(١) أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد ، ص ٣٥٧ ؛ أحكام الأوراق التجارية لسعد الخنلان، ص ١٣٠-١٣١ ؛

تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ٩٦ .

(٢) وذلك إذا كان السند لأمر محررا في مدينة، ومستحق الوفاء في مدينة أخرى، وتم تحريره بسبب عقد القرض (تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ٩٧) .

المسألة الثالثة : الوصف الفقهي للشيك .

نظرا لشدة شبه الشيك بالكمبيالة ، فقد وصف بما وصفت به الكمبيالة من الأوصاف الفقهية، على ما سبق بيانه.

ويرى البعض التفريق بين الكمبيالة والشيك في الوصف الفقهي ، نظرا لما بينهما من فروق، فيرى أن الكمبيالة توصف بما تقدم من الأوصاف الفقهية ، أما الشيك فيعتبر من النقود ، وهو في حكم النقد الذي حرر به . ووجه هذا الوصف أمور أهمها :

أولا - ما جرى به العرف من جعل الشيكات في حكم النقود، فإن القابض للشيك يعد قابضا محتواه، ويعد الوفاء بالشيك كالوفاء بالنقد .

ثانيا - أن الشيك يحتف به من الضوابط ما يعزز الثقة به، ويجعله في حكم ما حرر به من النقود، ومن هذه الضوابط^(١) :

أ- اعتبار إصدار الشيك من غير رصيد جريمة يعاقب عليها .

ب- كون الشيك غير مؤجل بل يتم صرفه بمجرد تقديمه، بخلاف الأوراق التجارية الأخرى.

ج- أن النظام اشترط لصحة الشيك أن يكون المسحوب عليه مصرفا، وهو أقدر وأضمن في الوفاء.

د- أن الساحب ضامن لحصول الوفاء من قبل المسحوب عليه للمستفيد ولسائر حاملي الشيك.

ثالثا - أن الأوراق النقدية كانت في بداية نشأتها سندات لحاملها حتى شاعت بين الناس، وكانت الحكومات تدفع للراغب في استبدالها ذهبا أو فضة حسب الغطاء، ولكن ذلك تلاشى شيئا فشيئا مع انتشارها ورواجها وثقة الناس بها^(٢). ويمكن القول بأن مسؤولية مصدر الشيك عن صدق محتواه مع ما يحتف به من ضوابط أخرى تشبه ضمان الدولة للأوراق النقدية التي تصدرها، غاية ما هناك أن الأوراق النقدية شيكات لحاملها^(٣) .

رابعا - أن الاقتصاديين يجعلون الشيكات نوعا من النقود، يقول الدكتور عوف الكفراوي في كتابه البنوك الإسلامية^(٤): "عرف المجتمع البشري ثلاثة أنواع من النقود : ...

(١) أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٨٢؛ تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر ١٠٠/١ .

(٢) أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٨٢ .

(٣) أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٨٤ .

(٤) ص ٣٥-٣٦ .

النوع الأول : النقود السلعية [ومنها الذهب والفضة] .. .

النوع الثاني : النقود الورقية ...

النوع الثالث : النقود المصرفية : وهي عبارة عن الشيكات، فمع اتساع النشاط الاقتصادي، وازدياد الثقة في البنوك، أصبح الأفراد يتعاملون بالشيكات بدلا من النقود الورقية، غير أن الشيك لا يعتبر في حد ذاته نقودا قانونية، وإنما هو مجرد أمر صادر ممن يملك حسابا جاريا في البنك لهذا البنك ليدفع مبلغا من النقود لشخص آخر هو حامل الشيك، فالشيك والحالة هذه وإن كان يقوم بالوفاء بالديون إلا أنه لا يعتبر نقودا قانونية، لأنه يحق لأي فرد أن يمتنع عن قبوله، ولكن لاتساع النشاط الاقتصادي أصدرت الحكومات نظاما تكفل إيجاد الثقة للتعامل بالشيكات، ومع انتشار الوعي المصرفي أصبحت الشيكات تستخدم الآن على نطاق واسع في المعاملات المختلفة ... وأصبحت مقبولة، ولذا أطلق عليها نقد مصرفي".

وفي الفرق بين الأوراق التجارية والنقود يقول مصطفى الممشري في كتابه: الأعمال المصرفية والإسلام^(١): " إذا كانت الورقة التجارية تقبل في التعامل بدلا من النقود، فإنها مع ذلك لا تختلط بالأوراق النقدية، لما بينهما من فروق، ذلك أن أوراق البنكنوت في ظل السعر الإلزامي لا تمثل دينا، كما هو الحال في الورقة التجارية، بل تستمد قيمتها من فرض المشرع لها في التعامل، واعترافه لها بقوة شرائية. أما في غير نظام السعر الإلزامي -أي في نظام القابلية للتحويل إلى الذهب- فلا تخرج أوراق النقد عن أن تكون نوعا من الأوراق التجارية يتمتع بمكانة أكبر من غيره، نظرا لأن المدين فيها هو بنك الإصدار، ولا محل للفرقة بين الورقة التجارية والورقة النقدية القابلة للدفع بالذهب على أساس أن قبول الورقة النقدية إلزامي، أو على أساس أنها قابلة للدفع بمجرد الاطلاع، لأن قبول الأوراق التجارية بين التجار إلزامي بحكم العرف، ولأن الورقة التجارية يمكن أن تكون لحاملها ومستحقة لدى الاطلاع أيضا، ولا يبقى من فرق بين الورقة النقدية والورقة التجارية إلا أن الأوراق النقدية ليس لها ميعاد استحقاق محدد، بعكس الورقة التجارية، وأن الورقة النقدية تصدر في شكل مجموعات متشابهة الوحدات، بعكس الأوراق التجارية التي تخلق بمناسبة كل عملية، ولا تتشابه فيما بينها"

ويرى بعض الباحثين أن الشيك كالكميالة، إلا إذا كان مصدقا^(١) أو مصرفيا^(٢) فإنه يعد من النقود، ويكون في حكم النقد الذي حرر به^(٣). وبني رأيه هذا على التفريق بين هذين النوعين من الشيكات في القبض ، فالثاني قبضه قبض محتواه بخلاف الأول^(٤) ، "لأن الشيك المصدق أو المصرفي .. يكون مضمون الوفاء من قبل المصرف المسحوب عليه، إذ إنه قد حجز ما يقابل قيمة هذا الشيك عنده وسحبها من رصيد العميل في المصرف. أما الشيك العادي فإنه يكثر سحبه على غير رصيد سواء كان ذلك بتعمد من الساحب أو كان من قبيل الخطأ والنسيان، ولذا فإن قبضه لا يعتبر قبضا محتواه"^(٥).

والذي يترجح لي -والله أعلم- في وصف الشيك أنه كالكميالة، لا يعدو أن يكون أمرا بالأداء قد يرد في عقد حوالة ، أو بيع دين، أو هبة دين، أو وكالة، أو سفتجة، وإذا لم يكن الشيك محذور التظهير من قبل الساحب كان مقترنا بتعهد مطلق منه بالوفاء لكل متعامل به، بغض النظر عن العلاقة بينه وبين المستفيد ، على ما تقدم في الكميالة .

إلا أن الشيك - مع كونه أمرا بالأداء- يحصل بمجرد قبضه قبض مقابل الوفاء فيه (أي رصيده) لدى المسحوب عليه إذا احتف به من الضوابط ما يجعله كذلك عرفا، الأمر الذي يختلف باختلاف الأحوال ، ففي الدول التي تشدد في عقوبة إصدار الشيك من دون رصيد تنظيما وقضاء وتنفيذا، يعتبر قبض الشيك قبضا محتواه عرفا ، أيا كان نوعه ، أما في البلدان التي لا تشدد في ذلك فهذا العرف خاص ببعض أنواع الشيكات كالشيك المصرفي والمصدق.

(١) الشيك المصدق هو الشيك المعتمد من المصرف المسحوب عليه ، وذلك بوضعه توقيع على صدر الشيك، ويلتزم المصرف بمقتضى هذا الاعتماد التزاما صرفيا بالوفاء بقيمة الشيك عند تقديمه إليه ، ولهذا يحبس عند اعتماد الشيك من حساب العميل الساحب مبلغا يعادل قيمة الشيك حتى يقوم بالوفاء به (انظر تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ٢٠ ؛ الأوراق التجارية لزينب سلامة، ص ٢٨٩-٢٩١ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٢٩٧-٣٠١) .

(٢) الشيك المصرفي هو الشيك الذي يسحبه المصرف على فروعه أو مراسله بناء على طلب عميله لمصلحة شخص آخر ، بعد أن يستلم من عميله قيمة الشيك أو يحسمها من حسابه لديه (انظر تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ٢١).

(٣) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ٩٨ .

(٤) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ٩٨-١٠٣ .

(٥) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٠٣ .

ووجه كون قبض الشيك قبضا لرصيده أن الصحيح من أقوال أهل العلم أن القبض مرجعه إلى عرف الناس^(١)، والشيك وإن كان لا يحصل فيه قبض حقيقي للنقود إلا أنه أداة للقبض الفعلي تحصل به التخلية التي تتحقق بالتمكين من القبض مع رفع الموانع، فالساحب بإصدار الشيك للمستفيد يمكنه من قبض رصيده ويرفع الموانع التي تمنع قبضه له متى شاء، وهذا معنى التخلية، فإذا كان العرف يقضي بأن هذه التخلية قبض فهي كذلك.

وهذا لا يعني أن الشيك يعتبر من النقود، فلا يبلغ الشيك أن يكون وثيقة بتملك رصيده، بل يبقى أمرا بالأداء ووسيلة للقبض الفعلي، إلا أن العرف جعل لقبضه حكم قبض رصيده من النقود لما فيه من التخلية بين حامله وبين الرصيد ، ولإفضائه إلى القبض الفعلي في الأعم الأغلب.

(١) انظر مجموع الفتاوى: ٢٩/٣٠، ٤٤٨/٢٧٥-٢٧٦ ؛ فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم: ١٠٣/٧ .

الفرع الثاني : الوصف الفقهي لتظهير الأوراق التجارية وتسليمها .

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : الوصف الفقهي لتظهير الكمبيالة وتسليمها.

المسألة الثانية : الوصف الفقهي لتظهير السند لأمر وتسليمه.

المسألة الثالثة : الوصف الفقهي لتظهير الشيك وتسليمه.

المسألة الأولى : الوصف الفقهي لتظهير الكمبيالة وتسليمها.

اختلفت آراء الفقهاء والباحثين المعاصرين في الوصف الفقهي لتظهير الكمبيالة ، ويمكن إجمال

أهم الأوصاف الفقهية التي وصف بها تظهير الكمبيالة فيما يلي :

الوصف الأول : أن التظهير والتسليم تكرر للحوالة ، وهذا بناء على وصف الكمبيالة نفسها

بأنها حوالة ، وبيان ذلك "أن الساحب لما أحال دائته الذي هو المستفيد على مدينه الذي هو المسحوب عليه فإن الحق الذي للساحب على المسحوب عليه قد انتقل استحقاقه إلى المستفيد، فكان هو صاحب الحق الشرعي فيه، فله أن ينتظر حتى حلول ميعاد استحقاق هذا الدين، فيطالب المسحوب عليه به، كما أن له أن يحيل دائته على المسحوب عليه، وفي ذلك تكرار للحوالة التي بدأها الساحب ثم المستفيد ثم من يأتي بعده من حملة الكمبيالة الشرعيين . وعلى ذلك فإن تظهير المستفيد للكمبيالة يعتبر تكرارا للحوالة، أي حوالة على الحوالة السابقة، وكذلك إذا ظهر المظهر إليه هذه الكمبيالة فإنها تكون تكرارا للحوالة أيضا، وكذلك الشأن في كل حامل شرعي يقوم بتظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية ، فإن هذا يكون حوالة من المظهر للمظهر إليه"^(١) .

ويشكل على هذا الوصف أمور منها^(٢) :

أ- أن المسحوب عليه قد لا يكون مدينا للمظهر ، فلا يكون العقد حوالة عند جمهور الفقهاء، خلافا للحنفية^(٣)، وعلى ما ذهب إليه الحنفية يلزم قبول المسحوب عليه بكل تظهير الأمر الذي لا يلزم في الكمبيالة.

ب- أن المظهر قد لا يكون مدينا للمظهر إليه ، ولا حوالة دون وجود دين محال به .

(١) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١١١ .

(٢) انظر أحكام الأوراق النقدية والتجارية لستر الجعيد، ص ٣٥٣ ؛ أحكام الأوراق التجارية لسعد الخثلان، ص ١٨٤-١٨٦ .

(٣) انظر ص ٤٨٤ .

ج- للمظهر إليه الرجوع على المظهر بمجرد امتناع المسحوب عليه عن القبول أو الوفاء ، ولو كان في ذمته مقابل وفاء ، ولا رجوع في الحوالة على المحيل عند إفلاس المحال عليه أو مطله عند جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية يرجع في حال إفلاس المحال عليه أو موته مفلسا أو جحدته الدين ، لا بمجرد امتناعه^(١) .

د- للمظهر إليه الرجوع على الساحب بمجرد امتناع المسحوب عليه عن القبول أو الوفاء ، وهذا الرجوع لا تفسره الحوالة ، لأن امتناع المسحوب عليه إن كان مع وجود مقابل وفاء لديه فلا رجوع على المحيل المباشر كما تقدم ، فالرجوع على المحيل الأول من باب أولى ، وإن كان امتناعه لعدم وجود مقابل وفاء فالحوالة غير صحيحة لعدم وجود دين محال عليه عند الجمهور ، أو لعدم قبول المحال عليه عند الحنفية ، ومقتضى عدم صحة الحوالة استحقاق المظهر إليه الرجوع على المظهر ، ولا حق له في الرجوع على الساحب إلا بحوالة لاحقة من المظهر .

الوصف الثاني : أن التظهير والتسليم تكرار للحوالة مقترن بالضمان ، وهذا بناء على وصف الكمبيالة نفسها بأنها حوالة مقترنة بالضمان ، فكما أن الساحب محيل ضامن ، فكذلك المظهر ، كلاهما ضامن للمسحوب عليه .

وهذا الوصف قد يفسر رجوع المظهر إليه على المظهر ، وقد يفسر رجوعه على الساحب في حال إفلاس المسحوب عليه أو مطله ، إلا أنه يشكل عليه استحقاق المظهر إليه الرجوع على الساحب عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء لعدم وجود مقابل وفاء ، لأن رجوعه لا يصح بمقتضى الحوالة على ما تقدم ، ولا يصح بمقتضى الضمان لأنه تبين أن المضمون عنه غير مدين ، والضامن لا يطالب بدين غير ثابت في ذمة المضمون عنه .

ويشكل على هذا الوصف أيضا أن المسحوب عليه قد لا يكون مدينا للمظهر ، وأن المظهر قد لا يكون مدينا للمظهر إليه ، على ما تقدم في الوصف الأول .

الوصف الثالث : أن تظهير الكمبيالة وكالة من المظهر للمظهر إليه في استيفاء مبلغها من المسحوب عليه نيابة عن الساحب ، والمظهر يملك هذا التوكيل لأن الساحب إذا لم يمنع التظهير فوكالته مطلقة . وهذا الوصف بناء على وصف الكمبيالة نفسها أنها وكالة من الساحب للمستفيد .

(١) انظر ص ٤٨٤ .

ويشكل على هذا الوصف أمور منها:

- أ- أن الكمبيالة لا يمكن للساحب إلغاؤها بعد إصدارها ، والوكالة يمكن فسخها .
- ب- أن مقتضى كون التظهير وكالة أن يمتنع تكرار التظهير إذا حضره المظهر ، فلا يجوز لمن بعده أن يظهر الكمبيالة ، وهذا يخالف المقرر نظاما من أن المظهر إذا حضر التظهير فإن ذلك لا يفيد منع التظهير ما دام الساحب لم يمنعه، وإنما يفيد إعفاء حازر التظهير من الضمان لكل من انتقلت إليه الكمبيالة بتظهير مخالف لشرطه^(١) .
- ج- أن الوكالة بمجرد لا تفسر استحقاق المظهر إليه الرجوع على الساحب ، لأن المظهر إليه إن كان مع وكالته عن المظهر دائما له فمقتضى ذلك استحقاقه الرجوع عليه ، أما الرجوع على الساحب فلا حق له فيه إلا بحالة عليه من المظهر ، ثم إنه لو رجع عليه بحالة من المظهر فإنه يمكن للساحب أن يدفع مطالبة بدفع ناشئة عن علاقته بالمستفيد ومن بعده من متداولي الكمبيالة، وذلك يخالف قاعدة تطهير الدفع.

الوصف الرابع : أن تطهير الكمبيالة حوالة من المظهر للمظهر إليه على الساحب ، وتوكيل له بحكم وكالته المطلقة عن الساحب باستيفاء حقه مما للساحب عند المسحوب عليه. وهذا الوصف أيضا بناء على وصف الكمبيالة نفسها بأنها وكالة من الساحب للمستفيد .

وهذا الوصف قد يفسر استحقاق المظهر إليه الرجوع على الساحب ، إلا أنه يشكل عليه بقية ما يشكل على الوصف الثالث، ومن ذلك أن رجوع المظهر إليه على الساحب إن كان بحالة من المظهر فمقتضاه أن يجوز للساحب الدفع بدفع ناشئة عن علاقته مع المستفيد ومن بعده من متداولي الكمبيالة ، وذلك يخالف قاعدة تطهير الدفع .

الوصف الخامس : أن تطهير الكمبيالة وكالة من المظهر للمظهر إليه في استيفاء مبلغها من المسحوب عليه نيابة عن المستفيد ، والمظهر وإن لم يكن هو المستفيد يملك هذا التوكيل ، لأن المستفيد إذا لم يمنع التظهير فوكالته مطلقة . ويلزم المسحوب عليه أن يوفي المظهر إليه مبلغ الكمبيالة ، لأن المسحوب عليه وكيل للساحب مأمور بالوفاء للمستفيد أو من ينيبه .

وهذا الوصف بناء على وصف الكمبيالة بأنها وكالة من الساحب للمسحوب عليه .

(١) انظر الأوراق التجارية لزوينب سلامة، ص ٧٣-٧٤ ؛ الأوراق التجارية لعبدالله العمران، ص ٨٧-٨٩ .

ويشكل على هذا الوصف ما يشكل على الوصف الثالث .

الوصف السادس: أن التظهير كالكميالية ، ليس سوى أمر بالأداء قد يكون واردا في عقد حوالة أو بيع دين أو وكالة في الإقراض والاقتراض أو غير ذلك . وهذا الوصف بناء على وصف الكميالية نفسها بأنها ليست سوى أمر بالأداء .

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- أن التظهير كالكميالية ليس سوى أمر بالأداء قد يكون جزءا من عقد حوالة أو بيع دين أو هبة دين أو وكالة بالاستيفاء أو الاقتراض أو غير ذلك ، أو تنفيذا لشيء من هذه العقود ، وذلك حسب المعاملة بين المظهر والمظهر إليه، والتي تستخلص من بيانات التظهير إضافة إلى الظروف والقرائن التي أحاطت به.

إلا أن التظهير -مع كونه أمرا بالأداء - امتاز بميزة مستجدة لم تكن معروفة عند الفقهاء ، وتتمثل في الضمان الصادر من المظهر ، والذي بمقتضاه يلزمه الوفاء بالكميالية للمظهر إليه في حال عدم وفاء المسحوب عليه بما عند حلول أجلها ، كما يلزمه الوفاء له بها في حال عدم قبول المسحوب عليه الكميالية ولو قبل حلول الأجل ما لم يشترط عدم ضمان القبول ، وإذا لم يحظر تظهير الكميالية أو يشترط عدم الضمان فإنه يلزمه الوفاء لمن بعد المظهر إليه من متداوليها ولو تبين بطلان أو فسخ علاقته بالمظهر إليه، والتي ظهر الكميالية من أجلها .

وكما سبق في الكميالية فإنني أرى تكييف هذا الضمان على أنه تعهد بالوفاء بالدين صادر من المظهر موجه للمظهر إليه ، وإذا لم يشترط المظهر عدم الضمان أو يحظر التظهير فإن هذا التعهد يكون موجها أيضا لكل متعامل لاحق بالكميالية دون تعيين، ويعتبر منفصلا عن العقد الذي ظهرت من أجله الكميالية لا علاقة له به، ولهذا يصح ويلزم مع بطلان هذا العقد.

وهذا الوصف الفقهي للتظهير مع ما سبق ترجيحه في وصف الكميالية يمكن معه تفسير كثير من أحكام تظهير الكميالية ، كاستحقاق حامل الكميالية الرجوع على الساحب وغيره من المظهرين ، وقاعدة تطهير الدفع ، مما لا يمكن تفسيره بناء على وصف الكميالية أو تظهيرها بالحوالة أو الوكالة. وخلاصة الأمر أن التظهير كالكميالية "أمر أداء مع تعهد بالوفاء"، وهذا التعهد قد يكون مطلقا، وذلك في الحالات التي تطبق فيها قاعدة تطهير الدفع ، مما لا يتطلب معرفة حقيقة العلاقة التعاقدية بين المظهر والمظهر إليه، وقد يكون مقيدا بصحة العلاقة التي ظهرت الكميالية من

أجلها ، وذلك في الحالات التي لا تطبق فيها هذه القاعدة ، مما يتطلب معرفة حقيقة العلاقة التعاقدية بين المظهر والمظهر إليه ، وذلك يحصل بالنظر في بيانات التظهير إضافة إلى الوقائع والظروف الخارجية، والتي يظهر من مجملها ما إذا كانت العلاقة حوالة أو بيع دين أو وكالة أو غير ذلك .

المسألة الثانية : الوصف الفقهي لتظهير السند لأمر وتسليمه.

يشبه تظهير السند لأمر سحب الكمبيالة وتظهيرها ، ولهذا فإنه يوصف بما سبق في الوصف الفقهي لكل من الكمبيالة وتظهيرها ، والراجح -والله أعلم- في الوصف الفقهي لتظهير السند أنه كتظهير الكمبيالة : أمر بالأداء مقترن بتعهد بالوفاء صادر من المظهر موجه للمظهر إليه ، وإذا لم يشترط المظهر عدم الضمان أو يحظر التظهير فإن هذا التعهد يكون موجهاً أيضاً لكل متعامل لاحق بالسند لأمر دون تعيين، ويعتبر منفصلاً عن العقد الذي ظهرت من أجله الكمبيالة لا علاقة له به، ولهذا يصح ويلزم مع بطلان هذا العقد .

المسألة الثالثة : الوصف الفقهي لتظهير الشيك وتسليمه.

تقدم أن الشيك يوصف بما توصف به الكمبيالة من الأوصاف الفقهية ، وذلك لشدة شبهه بها ، وأن من الباحثين من لا يرى ذلك بل يرى أن الشيك من النقود ، وأنه في حكم النقد الذي حرر به، وأن من الباحثين من يرى أن ذلك خاص بالشيك المصرفي والشيك المصدق ، أما غيرهما من أنواع الشيك فهي كالكمبيالة .

وبناء على هذا فإن تظهير الشيك يوصف بما يوصف به تظهير الكمبيالة من الأوصاف الفقهية، كما يوصف أيضاً بأنه في حكم تسليم النقود ، وذلك على القول بأن الشيك من النقود وأنه في حكم النقد الذي حرر به .

وبناء على ما سبق ترجيحه في الشيك ، فالراجح -والله أعلم- في تظهيره أنه ليس سوى أمر بالأداء ، مقترن بتعهد بالوفاء صادر من المظهر ، على نحو ما تقدم في تظهير الكمبيالة .

إلا أن تظهير الشيك - مع كونه أمراً بالأداء- يحصل به قبض مقابل الوفاء فيه (أي رصيده)

لدى المسحوب عليه إذا احتف به من الضوابط ما يجعله كذلك عرفاً، الأمر الذي يختلف باختلاف الأحوال ، على ما سبق بيانه في الوصف الفقهي للشيك .

الفرع الثالث : الوصف الفقهي لحسم الأوراق التجارية .

تقدم أن التظهير أمر بالأداء قد يكون جزءا من عقد حوالة أو بيع دين أو هبة دين أو وكالة بالاستيفاء أو الاقتراض أو غير ذلك ، أو تنفيذا لشيء من هذه العقود ، وذلك حسب المعاملة بين المظهر والمظهر إليه، والتي تستخلص من بيانات التظهير إضافة إلى الظروف والقرائن التي أحاطت به ، وأن أمر الأداء هذا مقترن بتعهد بالوفاء صادر من المظهر .

ومن تطبيقات هذا الوصف : حسم الأوراق التجارية ، فإنه يتضمن التظهير الموصوف بأنه أمر أداء مع تعهد بالوفاء، والعلاقة التعاقدية بين الحاسم وطالب الحسم التي وقع التظهير ضمنها أو تنفيذا لها ، والتي هي محل البحث في هذا الفرع .

اختلفت آراء الباحثين والفقهاء المعاصرين في الوصف الفقهي لحسم الأوراق التجارية ، ويمكن إجمال أهم الأوصاف الفقهية التي وصفت بها عملية الحسم فيما يلي^(١) :

(١) يختلف أيضا شراح القانون في تكييف الحسم، ولهم في ذلك عدة آراء:

الرأي الأول : أن الحسم ليس سوى تظهير الورقة التجارية للبنك تظهيراً ناقلاً للملكية، ولا حاجة لتكييف الحسم على عقد آخر.

ويتنقد هذا الرأي بأنه يغفل العلاقة القائمة بين طرفي الحسم السابقة لعملية التظهير. كما أنه لا يشمل حسم الحقوق غير الثابتة في أوراق تجارية.

الرأي الثاني: أن الحسم حوالة للحق. أي من تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر باتفاق بينهما، بحيث يحل الدائن الجديد محل الدائن الأول فيما له من الحق، ويقع هذا التحويل على أوجه متعددة كالبيع والهبة والوفاء، وهو في الحسم يقع على وجه البيع، فالدائن يبيع دينه المؤجل للبنك بضمن عاجل.

ويتنقد هذا الرأي بأنه يفترض أن مالك الورقة التجارية ونحوها دائن للمسحوب عليه، في حين أنه قد لا يكون كذلك.

الرأي الثالث: أن الحسم شراء من البنك للورقة التجارية ونحوها بما لها من قيمة مالية اكتسبتها مما تحتويه من توقعات. أي أن الحسم شراء للحقوق المالية الثابتة في الورقة التجارية.

ويتنقد هذا الرأي بأن مقتضاه رجوع البنك على عميله في حال عدم تحصيل الورقة التجارية بصفته مظهراً، لا بناء على العلاقة التعاقدية بينهما، وذلك لا يفسر إمكانية رجوع البنك على العميل إذا كان السند لحامله.

الرأي الرابع: أن البنك يقرض العميل المبلغ الذي يعجله له. ثم العميل يظهر الورقة للبنك ضماناً لحقه.

ويتنقد هذا الرأي بأن التظهير ناقل للملكية وليس تظهيراً تأمينياً. كما أنه يتجاهل قصد العميل، فإنه لا يقصد أن يكون مقترضاً، لأنه يقدم مقابلاً لما يقبضه.

الرأي الخامس: أن البنك يقرض العميل المبلغ الذي يعجله له، ثم العميل يظهر الورقة للبنك على سبيل الضمان بطريق التملك، أي أن القرض مضمون بورقة تقدم للبنك على سبيل التملك، فيكون للبنك حق مالك الورقة أمام الغير فقط، أما بين الطرفين فهو مقيد بالاتفاق المبرم بينهما.

=

الوصف الأول : أن حسم الأوراق التجارية قرض من الحاسم لطالب الحسم^(١) ، على أن يكون وفاء القرض ما يقبضه الحاسم من المدين الأصلي في الورقة التجارية أو من أي من الملتزمين فيها ومنهم طالب الحسم .

يقول أحد الباحثين عن الحسم : "هو في حقيقته قرض بضمان الورقة التجارية ... ، فالمصرف الحاسم أقرض المظهر قيمة الورقة التجارية محسوما منها بعض قيمتها على أن يستلم أكثر من المبلغ الذي سلمه للمظهر من المدين الأصلي بالورقة التجارية عند حلول ميعاد استحقاقها، فإذا لم يف بها المدين الأصلي رجع على أحد الملتزمين بالورقة التجارية ، والغالب أن يرجع على الشخص الذي ظهر له الورقة التجارية فيطالبه بقيمتها كاملة بدل القرض الذي أقرضه إياه"^(٢) .

ويقول الدكتور نزيه حماد : "إننا لو نظرنا إلى عملية خصم الكمبيالات بحسب المقصود والغاية منها، لوجدناها أحد أمرين :

ويتنقد هذا الرأي بما تقدم في سابقه من تجاهل قصد العميل، إضافة إلى أن القانون لا يعرف هذه الصورة من الضمان الذي يملك فيه الدائن المال المرهون، كما أن هذا يتعارض مع حق البنك في إعادة حسم الورقة متى أراد ذلك. الرأي السادس: أن الحسم عمل مصرفي فريد، له ظروفه وأهدافه ونظامه الخاص، دون حاجة إلى وصفه أو إفراغه في قالب مما يعرفه القانون المدني أو التجاري، شأنه في ذلك شأن عمليات مصرفية أخرى كثيرة. ذلك أن الهدف منه هو القرض، والأسلوب فيه هو التظهير، والعمليتان مرتبطتان بحيث لا يمكن الوقوف عند إحداهما وحدها. وخلاصة هذا الرأي أن الحسم عملية مركبة، فهو ائتمان يتعجل فيه العميل قيمة ورقة تجارية، على أن يملكها للمصرف بالتظهير أو التسليم، ويضمن إعادة ما تعجله إذا لم يتمكن المصرف من استرداده من الحق الثابت في الورقة. والظاهر من هذا الرأي على ما تقدم أن الحسم قرض من المصرف للعميل، على أن يكون وفاء هذا القرض وفوائده من قيمة ورقة تجارية مؤجلة، يملكها المصرف حالا، ولهذا يضمن العميل الوفاء بقيمتها إذا لم يستوفها المصرف من المدين الأصلي.

(انظر عمليات البنوك لعلي جمال الدين عوض، ص ٧٣٤-٧٤٠؛ النظام البنكي لعبدالمجيد عبودة، ص ٢٠٤-٢٠٥؛ العقود التجارية وعمليات البنوك لمحمد الجبر، ص ٣٣٣؛ العقود وعمليات البنوك التجارية لعلي البارودي، ص ٣٩٨-٤٠٠؛ العقود التجارية وعمليات البنوك لمصطفى كمال طه، ص ١٨٤)

(١) انظر الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد: ٦٣٧/١-٦٤٠ ؛ تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٥٣-١٥٤ ؛ أحكام الأوراق التجارية لسعد الخثلان، ص ٢٦٨-٢٧٠ ؛ الربا والمعاملات المعاصرة لعمر المترك، ص ٣٩٧ ؛ ؛ البنوك الإسلامية لعبدالله الطيار، ص ١٤٠ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ٢٠٧ ؛ الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ٢٠٠/١ ؛ بيع الدين أحكامه وتطبيقاته المعاصرة لتزيه حماد، ص ١٨٤ ؛ بيع الدين لمحمد تقي العثماني ، ص ٨٥ .

(٢) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر ، ص ١٥٤ .

أ- إما إقراض مبلغ وأخذ المقرض حوالة من المقرض بمبلغ أكثر منه يستوفى بعد مدة معينة ..
ب- وإما قرض مضمون بالورقة التجارية المظهرّة لأمر المصرف تظهيرا تاما، إذ المصرف لم يقصد أن يكون مشتريا للحق الثابت في الذمة، ولا أن يكون محالا، وإنما قصد الإقراض، فقبل انتقال ملكية الورقة المخصوصة إليه على سبيل الضمان، فإذا حل وقت استحقاقها ولم يدفع أي من الملتزمين قيمتها فإن المصرف يعود على الخاصم بالقيمة، دون أن يرغب أو يكلف نفسه مؤونة ملاحقة الملتزمين حتى نهاية المطاف، كما هو الحاصل عمليا^(١)

الوصف الثاني : أن حسم الأوراق التجارية من بيع الدين بنقد^(٢) ، وهو من بيع الدين ممن هو عليه إن كان الحاسم مدينا في الورقة التجارية ، ومن بيع الدين من غير من هو عليه إن كان الحاسم غير مدين.

يقول الدكتور نزيه حماد : "إننا لو أخذنا عملية خصم الكمبيالات على ظاهرها بحسب الشكل الذي أفرغت فيه لوجدناها من قبيل بيع الدين لغير من عليه الدين، حيث يبيع صاحب الكمبيالة (الدائن) دينه المؤجل المسطور فيها لغير المدين بثمان معجل أقل منه من جنسه"^(٣) .

ويقول محمد باقر الصدر في كتابه البنك اللاربوي في الإسلام^(٤) : "هناك اتجاه فقهي إلى تكييف عملية الخصم على أساس البيع، وذلك بافتراض أن المستفيد الذي تقدم إلى البنك طالبا خصم الورقة يبيع الدين الذي تمثله الورقة وهو مثلا ١٠٠ دينار بـ ٩٥ دينار حاضرة، فيملك البنك بموجب هذا البيع الدين الذي كان المستفيد يملكه في ذمة محرر الكمبيالة لقاء الثمن الذي يدفعه فعلا إليه، فيكون من بيع الدين بأقل منه" .

ويشكل على هذا الوصف : استحقاق البنك الرجوع على طالب الحسم عند عدم وفاء الملتزمين

(١) بيع الدين أحكامه وتطبيقاته المعاصرة لنزيه حماد، ص ١٨٤ .

(٢) انظر أحكام الأوراق التجارية لسعد الخثلان، ص ٢٥٧-٢٥٨ ؛ الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد: ٦٤٦/١-٦٤٧ ؛ البنك اللاربوي في الإسلام لمحمد باقر الصدر، ص ١٥٨-١٥٩ ؛ الربا والمعاملات المعاصرة لعمر المتر، ص ٣٩٦ ؛ البنوك الإسلامية لعبدالله الطيار، ص ١٤٢ ؛ المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهبي، ص ٣٢٨ ؛ بيع الدين أحكامه وتطبيقاته المعاصرة لنزيه حماد، ص ١٨٣ ؛ بيع الدين وسندات القرض لمحمد علي القرني بن عيد، ص ٢٣٤-٢٣٥ ؛ بيع الدين لمحمد تقي العثماني ، ص ٧٧ ، وفيه : "وإن معظم العلماء المعاصرين خرجوا حكم الكمبيالة على أساس أنه بيع دين بنقد أقل منه" .

(٣) بيع الدين أحكامه وتطبيقاته المعاصرة لنزيه حماد، ص ١٨٣ .

(٤) ص ١٥٨-١٥٩ .

في الورقة بها، فإن ذلك يخالف أحكام بيع الدين .

ويجاب عنه بأن استحقاق البنك الرجوع بناء على تعهد من طالب الحسم بوفاء الدين^(١)، وهذا التعهد مستفاد من تظهير الورقة التجارية المقترن ببيع الدين، ولا يمنع أن يقترن بيع الدين مع أحكام التظهير، ويكون الوصف الفقهي للحسم أنه في معنى بيع الدين مع ضمان بئعه وفاء المدين به .

الوصف الثالث : أن حسم الأوراق التجارية توكيل من طالب الحسم للحاسم ، في تحصيل قيمة الورقة التجارية، مقابل أجر أو جعل للحاسم متفق عليه ، مقترن بقرض من الحاسم لطالب الحسم مساو لقيمة الورقة محسوما منها الجعل أو الأجر المتفق عليه، ومضمون بالورقة التجارية^(٢) .

ويرد هذا الوصف : بأن حقيقة الحسم تنافي ما ذكر من الوكالة والقرض، وذلك لأمر منها :
١- أن التظهير في الحسم تظهير ناقل للملكية الورقة التجارية وليس تظهيرا توكيليا، بدلالة تعريف الحسم، وقدرة الحاسم على إعادة تظهير الورقة تظهيرا ناقلا للملكية^(٣) .

٢- أن مقصود المتعاقدين في الحسم ليس هو الوكالة في التحصيل، بل تملك الحاسم الورقة التجارية ، والمبلغ المحسوم لا يمثل في نظر المتعاقدين أجرة أو جعلاً على التحصيل، بل هو فائدة يأخذها الحاسم نظير تعجيل قيمة الورقة.

٣- أن الوكالة يجوز فسخها ، وعملية الحسم عقد لازم.

الوصف الرابع : أن حسم الأوراق التجارية حوالة بأجر يبذله طالب الحسم للحاسم، يقول الدكتور مصطفى الممشري : "يعتمد هذا التخريج على أن مسألة الخصم ليست مبنية على أنها بيع، وإنما هي في القياس أشبه بعملية الحوالة بأجر، ومفهوم الحوالة يتضمن أحد معنيين: عملية بيع دين بدين ، أو عملية استيفاء . وحيث إن عملية البيع .. توقعنا في الحظورات الشرعية فلم لا نعتبر عملية الخصم عملية استيفاء بأجر، وهو أحد مفهومات الحوالة، ونعتبر الأجر ما اصطلاح البنك على تسميته

(١) البنك اللاربوي في الإسلام لمحمد باقر الصدر، ص ١٥٨-١٥٩ .

(٢) انظر المصارف الإسلامية لعبد الرزاق الهيتي، ص ٣٢٥ ؛ البنوك الإسلامية لعبد الله الطيار، ص ١٤٠ ؛ الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبد الله السعيد: ١/٦٤٠ ؛ أحكام الأوراق التجارية لسعد الخثلان، ص ٢٥٢-٢٥٣ ؛ تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبد الله الناصر، ص ١٧٢ .

(٣) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبد الله الناصر، ص ١٧٢-١٧٣ .

بالأجيو^(١) " (٢) .

ويرد هذا الوصف : بأن الحوالة لا بد فيها من دين للمحال على المحيل ، ولا يتصور ذلك في الحسم إلا أن يكون ما يبذله الحاسم لطالب الحسم على سبيل القرض ، ومن ثم فإن هذا الوصف يعود إلى الوصف الثاني ، وهو أن الحسم قرض من الحاسم لطالب الحسم ، لكن أضيف في هذا الوصف تكييف المبلغ المحسوم على أنه أجرة على الحوالة ، وذلك غير صحيح ، لأنه في نظر المتعاقدين فائدة يأخذها الحاسم نظير تعجيل قيمة الورقة ، ولذلك ينظر فيه إلى قدر الدين وأجله ، لا مقدار ما يتكلفه المحال بقبوله الحوالة.

الوصف الخامس : أن حسم الأوراق التجارية إبراء وإسقاط على وجه الصلح ، وفيه يقول الدكتور مصطفى الهمشري : " ويعتمد هذا الترخيص على جواز الصلح على أقل من قيمة ما يستحق بعقد المداينة، ويكون الفرق متنازلاً عنه على سبيل الإبراء والإسقاط ... فالتنازل على طريق المعاوضة حرام، وعلى سبيل الهبة والإبراء صحيح ومباح ، ... ويكون العميل عندما يقدم الكمبيالة للخصم قد رضي بأخذ أقل من القيمة الاسمية المدونة فيها، وتنازل عن الباقي على سبيل الإبراء والإسقاط، لا المعاوضة" (٣) .

ويرد هذا الوصف من أوجه :

١- أن الإبراء والإسقاط إنما يكون بين الدائن ومدينه ، والحاسم ليس مديناً لطالب الحسم ، ولو وقع الصلح بين الدائن وأجنبي، بأن صالح أجنبي الدائن على أن يؤدي عن المدين بعض الدين ويرثه الدائن من الباقي، فإن ذلك يترتب عليه سقوط القدر المبرأ منه من ذمة المدين ، وعليه فليس للأجنبي الرجوع على المدين إلا بقدر ما أداه ، لا بقدر ما صالح عنه^(٤) .

٢- أن الأصل في الصلح أن يكون عن خصومة، سواء وقعت الخصومة أو خشي من وقوعها، والغالب في الحسم أن لا يكون ثمة نزاع بين الدائن والمدين^(٥) .

(١) الأجيو هو المقدار المحسوم من الورقة التجارية والمكون من ثلاثة عناصر: الفائدة ، والعمولة ، ومصاريف التحصيل، والمتقدم الإشارة إليه ص ٦٢٢-٦٢٣ .

(٢) الأعمال المصرفية والإسلام لمصطفى الهمشري، ص ٢٠٥ .

(٣) الأعمال المصرفية والإسلام لمصطفى الهمشري، ص ٢٠٩-٢١٠ .

(٤) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٧٦-١٧٧ .

(٥) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٧٧ ؛ الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد:

٣- أن الصلح نفسه يخرج على عقود عدة ، فيخرج أحيانا على البيع أو الإجارة ، وأحيانا على الهبة ، وأحيانا على الإبراء ، ونحو ذلك . وهو في هذه الصورة يخرج على أنه عقد معاوضة وإن جرى بلفظ الصلح أو صرح فيه بالإبراء والإسقاط ، لأن ما يسقطه الدائن من قيمة الورقة إنما يسقطه باتفاق مع الحاسم نظير تعجيل باقيها^(١).

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- في وصف الحسم أنه قرض بفائدة، لأنه يؤول من حيث المعنى والمقصود إلى القرض بفائدة، ولضمان العميل الوفاء بالورقة التجارية، ولأن المصارف تلتزم في الحسم بالفائدة القانونية، باعتبار أن الحسم عقد ائتمان قائم على ثقة المصرف بعميله. ويمكن أيضاً وصف الحسم بأنه من بيع الدين، فيكون من بيع الدين ممن هو عليه إن كان الحاسم هو المدين الأصلي في الورقة التجارية ، ويكون من بيع الدين من غير من هو عليه إن كان الحاسم غير المدين الأصلي في الورقة التجارية، إلا أنه في هذه الحالة بيع دين مقترن بضمان بائع الدين وفاء المدين به، وهذا لا يتعارض مع كون الحسم يؤول من حيث المعنى والمقصود إلى القرض بفائدة، فإن هذا المعنى يقال في كل دين مؤجل بيع لغير من هو عليه بأقل منه من جنسه ، ولا يختص بحسم الأوراق التجارية.

١/٦٥٢-٦٥٣ .

(١) انظر الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد: ١/٦٥٨-٦٥٩ .

المطلب الثاني : حكم بيع الأوراق التجارية .

يتطلب بيان حكم بيع الأوراق التجارية بيان حكم الأوراق نفسها إصدارا وتداولاً ، الأمر الذي أتناوله أولاً ، متبعاً إياه ببيان حكم بيع الأوراق التجارية ، ثم أتناول حكم الأوراق التجارية بصفته التطبيق الشائع في بيع الأوراق التجارية ، وذلك في فروع أربعة :

الفرع الأول : حكم إصدار الأوراق التجارية .

الفرع الثاني : حكم تداول الأوراق التجارية بالتظهير والتسليم .

الفرع الثالث : حكم بيع الأوراق التجارية .

الفرع الرابع : حكم حكم الأوراق التجارية وبدائله الشرعية .

الفرع الأول : حكم إصدار الأوراق التجارية .

تقدم في الوصف الفقهي للأوراق التجارية أن كلا من الكمبيالة والشيك أمر أداء يرد في العقود التي تتضمن أو تنمر الأمر بالأداء كالحالة وبيع الدين والوكالة في الاستيفاء أو الاقتراض ، وأن السند لأمر وثيقة بدين ، وأن الأوراق التجارية امتازت باقترانها بتعهد بالوفاء صادر من الساحب والمحرر والقابل ، على تفصيل في ذلك تقدم بيانه .

وإذا كانت الأوراق التجارية كذلك فإن لتحريرها وقبولها من محررها من حيث الجواز أو عدمه حكم العقد الذي تحرر تنفيذاً أو توثيقاً له ، فإن كان العقد جائزاً كان تحريرها جائزاً ، وإن كان غير جائز فتحريرها كذلك.

أما من حيث صحة ما تضمنته الورقة ، فإن الورقة تتضمن أمرين :

الأمر الأول : الإقرار بالدين والأمر بالأداء ، فالورقة في ذلك تتبع العقد الذي حررت تنفيذاً أو توثيقاً له ، فإن تبين صحة العقد فذلك صحيح وإلا لم يصح.

الأمر الثاني : التعهد بالوفاء ، وهو صحيح لازم ما دام صادراً بإرادة الساحب أو المحرر أو القابل ، ولو فسخ العقد الذي صدر التعهد بالوفاء بناء عليه أو تبين بطلانه .

الفرع الثاني : حكم تداول الأوراق التجارية بالتظهير والتسليم .

تقدم في الوصف الفقهي لتظهير الأوراق التجارية أنه أمر بالأداء مع تعهد بالوفاء ، وعليه فحكمه تابع للعقد الذي وقع التظهير ضمنه أو تنفيذاً له ، على ما تقدم في حكم إصدار الأوراق

التجارية^(١)، ويستثنى من ذلك التعهد بالوفاء فإنه يبقى صحيحا لازما ما دام صادرا بإرادة المظهر ولو فسخ العقد الذي وقع فيه التظهير أو تبين بطلانه .

وقد يقع التظهير والقصد منه الإضرار بأحد الملتزمين في الورقة بتظهير الدفع التي يملكها تجاه المظهر، وفي هذه الحالة لا يستفيد المظهر إليه العالم بذلك من التعهد بالوفاء الصادر من هذا الملتزم، لأن المقصود من التعهد بالوفاء تسهيل تداول الورقة التجارية بتوفير الطمأنينة للمتعاملين بالورقة بحسن نية، وهذا المقصود منتف في هذه الحالة. ويجب على المظهر إليه أن لا يخفي ما يعلمه من وقوع التظهير بقصد التظهير، لما في ذلك من ظلم الملتزم وأكل ماله بالباطل والتعاون على الإثم والعدوان^(٢).

أما في حالة عدم علم المظهر إليه بما شاب العلاقة التعاقدية التي حاز المظهر بموجبها الورقة، أو بما لأحد الملتزمين في الورقة من دفع تجاهه، فالأصل أن لا حرج عليه في قبول الورقة، بناء على أن الأصل في أمور المسلمين وعقودهم السلامة، ثم إذا تبين له شيء من ذلك بعد حيازته الورقة لم يجب عليه رد الورقة إلى المظهر، وجاز له مطالبة الملتزم في الورقة بمقتضى تعهده بالوفاء، ذلك أن الغرض من هذا التعهد توفير الطمأنينة للمتعاملين بالورقة بحسن نية، وهو منهم حين تملكه الورقة .

كما لا حرج على المظهر إليه في قبول ورقة تجارية يعلم أنه قد شاب إحدى العلاقات التعاقدية التي مرت بها الورقة ما يستحق به أحد طرفيها الدفع تجاه الطرف الآخر، ما دام هذا الدفع قد تم تطهيره بتظهير سابق للتظهير الذي آلت به الورقة إليه، لأن قبوله التظهير لا ينتج عنه ظلم للملتزم ولا أكل لماله بالباطل، لأن ما كان يملكه الملتزم من الدفع قد تم تطهيره بالتظهير السابق، فلا ضرر عليه بالتظهير اللاحق .

ولتسليم الأوراق التجارية حكم تظهيرها على نحو ما تقدم.

الفرع الثالث : حكم بيع الأوراق التجارية .

مما تقدم في الوصف الفقهي لإصدار الأوراق التجارية وتداولها يتبين أنه يمكن أن يرد عقد البيع على الورقة التجارية أيّا كان سبب تحريرها أو تظهيرها، أي سواء حررت أو ظهرت لغرض الوفاء بدين أو توثيقه، أو لغرض التوكيل على قبض دين من المدين، أو لغير ذلك من الأغراض، ذلك أن

(١) ومن ذلك أن التظهير إن وقع ضمن عقد بيع للورقة التجارية فحكمه حكم بيع الأوراق التجارية ويشترط له شروطه على ما يأتي في الفرع التالي.

(٢) انظر تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ٤٥٠ .

الورقة التجارية تتضمن تعهداً بالوفاء من الموقعين عليها، وهذا التعهد دين على كل منهم منفك الصلة عن الغرض الذي من أجله حرر الورقة أو ظهرها، فيمكن أن تباع الورقة التجارية ويكون ذلك بيعاً لما تتضمنه من الدين الثابت بموجب هذا التعهد. وعليه فحكم بيع الأوراق التجارية حكم بيع الدين ويشترط له شروطه على ما تقدم في الفصل الأول من الباب الأول .

فإن كان بيع الورقة التجارية للمدين فيها ، فهو من بيع الدين ممن هو عليه ، وذلك جائز عند جمهور الفقهاء ، بشروط منها :

الشرط الأول : قبض ثمن الورقة أو تعيينه في مجلس العقد ، ويجب القبض ولا يكتفى بالتعيين إن كان الثمن نقوداً، أو كان مما يجري بينه وبين الدين المحرر في الورقة ربا النسيئة، أو كان مثلياً لا يعرف بعينه إلا أن ينتقل إلى ضمان بائع الورقة .

الشرط الثاني : مساواة الثمن للدين المحرر في الورقة إذا كان يجري بينهما ربا الفضل. وفي حال عدم حلول أجل الورقة فقد يقال بجواز بيعها للمدين بثمان معجل أقل من الدين ، على سبيل الصلح المنهي للدين المبرئ لذمة المدين، بناء على قول من أحاز "ضع وتعجل". والراجح عدم جواز ذلك ، لأن أقل أحواله أن يكون من ربا الفضل .

ويجوز إذا كان أجل الورقة حالاً الزيادة في الثمن والإسقاط منه على سبيل الهبة أو الإبراء لا على سبيل المعاوضة ، لأن ذلك من حسن القضاء والاقتضاء .

الشرط الثالث : أن لا يكون بيع الورقة للمدين حيلة على الربا ، كأن يحزر مشتري التمر ورقة تجارية بمبلغ من النقود ، ثم يبيعه المستفيد هذه الورقة بتمر أو بر ، فإن هذا لا يجوز إذا كان عن مواطأة أو حيلة ، فإن وقع دون مواطأة ولم يقصد به التحيل على الربا فهو جائز .

وإن كان بيع الورقة التجارية لغير المدين فيها ، فهو من بيع الدين من غير من هو عليه ، وذلك جائز على الراجح، بشروط منها :

الشرط الأول : قبض ثمن الورقة أو تعيينه في مجلس العقد ، ويجب القبض ولا يكتفى بالتعيين إن كان الثمن نقوداً، أو كان مثلياً لا يعرف بعينه إلا أن ينتقل إلى ضمان بائع الورقة .

الشرط الثاني : أن لا يكون الثمن ديناً لمشتري الورقة على غيره ، ولا ديناً لمشتري الورقة على البائع إلا على سبيل الحوالة .

الشرط الثالث : أن لا يجري بين الدين المحرر في الورقة والثمن ربا النسيئة ، وتقدم أن الورقة التجارية لا بد أن يكون موضوعها مبلغاً من النقود ولهذا لا يجوز بيع الورقة التجارية بمبلغ من النقود،

سواء كان من جنس عملة الورقة أو من عملة أخرى ، لأن ذلك من ربا النسيئة، فإن كان الثمن من جنس عملة الورقة غير مساو لها في القدر اجتمع في ذلك ربا النسيئة والفضل .

ويحسن الإشارة إلى أنه لا يظهر محذور في بيع الورقة التجارية من جهة عدم علم مشتريها بصحة ما تتضمنه من الدين أو عدم صحته، لأن الأصل في عقود المسلمين وأمورهم السلامة، فالأصل أن يكون تحرير الورقة أو تظهيرها قد تم بناء على غرض صحيح، إلا أن يتبين له خلاف ذلك، كأن يتبين لمشتري الورقة أن الدين الذي حررت الورقة وفاء أو توثيقاً له هو دين ربوي أو دين قمار ونحو ذلك، فلا يجوز له شراء هذا الدين لما في ذلك من الإعانة على الباطل وتقرير الدين غير المشروع وتأكيده، خاصة إذا كان عقد بيع الورقة التجارية بالتظهير، فإن ذلك يترتب عليه تظهير الدفع وإلزام المدين بالوفاء.

كما يحسن الإشارة إلى أن استخدام الأوراق التجارية أداة للوفاء لا يدخل في بيع الدين، بل يدخل في الحوالة، لما تقدم في الفرق بين بيع الدين والحوالة من أن بيع الدين يكون على سبيل المعاوضة ، والحوالة تكون على سبيل الاستيفاء .

الفرع الرابع : حكم حسم الأوراق التجارية وبدائله الشرعية .

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم حسم الأوراق التجارية.

المسألة الثانية: البدائل الشرعية لحسم الأوراق التجارية.

المسألة الأولى: حكم حسم الأوراق التجارية.

تقدم في الوصف الفقهي للحسم ترجيح أنه من القرض بفائدة، أو أنه من بيع الدين. وعلى وصف الحسم بأنه قرض بفائدة فهو من ربا النسيئة والفضل ، لما فيه من التأجيل والتفاضل مع اتحاد الجنس .

أما على وصف الحسم بأنه من بيع الدين، فإن الحسم لدى غير المدين لا يجوز، لأنه معاملة ربوية اشتملت على ربا الفضل والنسيئة ، أما ربا الفضل فللفرق بين قيمة الورقة والمبلغ الذي يقبضه طالب الحسم ، وأما ربا النسيئة فلعدم قبض أحد العوضين ، وهو قيمة الورقة .

أما الحسم لدى المدين فقد ذهب بعض الباحثين إلى جوازه^(١) ، وحجتهم في ذلك أنه من الصلح عن الدين المؤجل ببعضه حالا ، وأن ذلك جائز على ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم كما تقدم^(٢) .

والذي يظهر -والله أعلم- عدم جوازه أيضا^(٣) كالحسم لدى غير المدين ، لما يلي :

١- ما تقدم من ترجيح عدم جواز الصلح عن الدين المؤجل ببعضه حالا .
٢- أن من أجاز الصلح عن الدين المؤجل فإنما أجازاه على سبيل الصلح المنهي للدين المبرئ لزمة المدين ، وذلك لما فيه من براءة ذمة المدين وهي أمر مطلوب للشارع . وحسم الورقة التجارية لدى المدين ليس كذلك، "إذ إن الورقة التجارية إذا ظهرت إلى المدين الأصلي بها ... فإن من حقه أن يعيد تظهيرها من جديد بشرط أن لا يكون أجل استحقاقها حالا ... فإذا قام بتظهيرها للغير فإنه يتم تداولها من شخص لآخر حتى يحل موعد الوفاء بها فيتقدم الحامل الأخير لها إلى المدين الأصلي بها طالبا الوفاء بقيمتها... ولذا فإن المبلغ الذي سلمه المدين إلى طالب الحسم لم يكن هو الدين الذي له عليه، إذ لو كان هو ذلك لترتب انقضاؤه وبرئت ذمة المدين منه وحل الأجل الذي كان مؤقتا له"^(٤). ومن هذا يتضح أن حسم الورقة التجارية لدى المدين مختلف عن الصلح عن الدين المؤجل ببعضه حالا فلا يصح إلحاقه به .

أما الأوصاف الأخرى فقد تقدم ردها ، وليست إلا تخاريج متمحلة لاستحلال الربا ، "والحكم على الأشياء ينبغي أن يكون مبناه النظر في حقائق الأمور ومقاصدها، أما تتبع خطوات المصارف خطوة خطوة ، والعمل على إلباس كل خطوة منها ما يضيء عليها الشرعية بعيداً عن الاعتبار السابق ذكرها فإنه أمر يباعد النظر الصحيح، وهو خطأ في المنهج لا بد أن يترتب عليه خطأ في النتيجة"^(٥).

ولو فرض أن بعض المصارف أجرت الحسم بصيغة التوكيل بأجر المقترن بالقرض ، أو بصيغة الحوالة بأجر، أو بصيغة الإبراء والإسقاط على وجه الصلح ، لم يكن ذلك إلا حيلة متكلفة

(١) الربا والمعاملات المصرفية لعمر المترك، ص ٣٩٦ ؛ المعاملات المصرفية لسعود الدريب، ص ٦٦ .

(٢) انظر ص ١٤١ .

(٣) انظر البنوك الإسلامية لعبدالله الطيار، ص ١٤٥ ؛ المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهيتي، ص ٣٢١ ؛ أحكام الأوراق التجارية لسعد الخثلان، ص ٢٣١ ؛ تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٦٧ .

(٤) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٦٧ .

(٥) الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد، ١/ ٦٤٥ .

لاستحلال الربا ، وقد تقدم بيان تحريم الحيل الربوية وبيان مناقضتها لمقصود الشارع^(١) .

يضاف إلى ذلك أن التوكيل بأجر أو جعل المقترن بالقرض في معنى الجمع بين السلف والبيع الذي صح النهي عنه^(٢)، فعقد التوكيل بأجر أو جعل عقد معاوضة ، فلا يضم إليه عقد القرض الذي هو من عقود التبرعات، لما بين المعاوضة والتبرع من التنافي .

وكذلك الحوالة بأجر ، فإنها لا تصح ، ذلك أنها بمعنى القرض بشرط الزيادة، أو تأجيل الدين مقابل الزيادة فيه ، وذلك ربا ، ولأن الحوالة إما عقد استيفاء أو عقد مستثنى للحاجة أو عقد إرفاق مستقل بنفسه ، وكل ذلك ينافيه الأجر .

المسألة الثانية: البدائل الشرعية لحسم الأوراق التجارية.

لما كان لحسم الأوراق التجارية من الأهمية بالنسبة للمصارف والتجار ما تقدم بيانه، لذا فقد طرح بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين بدائل شرعية له^(٣)، منها:

١- البديل الأول: القرض الحسن من المصرف لحامل الورقة، دون أي فوائد، مع تظهير العميل الورقة التجارية تظهيراً تأمينياً ضماناً للوفاء بالقرض^(٤). ويمكن اتباع هذه الطريقة إذا كان حامل الورقة عميلاً للمصرف له حساب جارٍ فيه، وكان أجل الورقة قصيراً لا يتجاوز بضعة أشهر.

وانتقد هذا البديل بأنه "وإن كان لا يرد عليه مأخذ من الناحية الشرعية... إلا أنه يبقى حلاً نظرياً قاصراً، أما كونه نظرياً فلأن المصرف -سواء كان إسلامياً أو غير إسلامي- مؤسسة استثمارية ربحية، فبعيد أن تقبل المصارف بمثل هذا الحل، ولو قبلته في حالات خاصة فلن تقبله في جميع الحالات، فهذا الحل وإن كان جيداً نظرياً إلا أنه يصعب تطبيقه في الواقع، وأما كونه قاصراً فلأنه اقتصر على إيجاد الحل في من يحمل الورقة التجارية وله حساب جارٍ في المصرف ويرغب في الحصول

(١) انظر ص ١٦٧-١٧٨ .

(٢) تقدم تخريجه ص ٧٣، ١٩٨-٢٠٠ .

(٣) من البدائل المطروحة ما لا يصح إطلاق جوازها، لأنها لا تخلو من محذور ربا النسئة أو ربا الفضل أو الجمع بين السلف والبيع، ولهذا أعرضت عنها لأنها لا تعتبر بدائل شرعية، انظر في هذه البدائل ومناقشتها: تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٨٩-١٩٧ ؛ أحكام الأوراق التجارية لسعد الخثلان، ص ٢٧١-٢٧٦ .

(٤) الخدمات المصرفية لعلاء الدين زعتري، ص ٤٩٣ ؛ البنوك الإسلامية لعبدالله الطيار، ص ١٤٥ ؛ تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ١٩٨ ؛ أحكام الأوراق التجارية لسعد الخثلان، ص ٢٧٣-٢٧٤ .

على قيمتها قبل موعد استحقاقها من المصرف نفسه" (١).

٢- البديل الثاني: تمويل المصرف للعميل بعقد بيع بثمن مؤجل، أو بعقد سلم، أو بعقد مضاربة، ونحو ذلك. مع تظهير العميل الورقة التجارية تظهيراً تأمينياً ضماناً لما يترتب في ذمته أو قد يترتب فيها (٢).

وانتقد هذا البديل: بأنه وإن كان فيه مخرج من الوقوع في المحذور الشرعي إلا أنه حل نظري غير عملي، لأن "بإمكان العميل الاتفاق مع المصرف والعمل معه تحت مظلة أحد العقود الصحيحة من غير ارتباط بمسألة الأوراق التجارية أصلاً" (٣)، وإطار المسألة هو مخرج شرعي وبديل للحسم يسلم به حامل الورقة التجارية من الوقوع في المحذور ويحصل في الوقت نفسه على قيمة الورقة التجارية نقداً حاضراً (٤).

ويجاب: بأن الغرض المقصود من الحسم هو استفادة العميل من الورقة التجارية في الحصول على النقد اللازم لتسيير أموره والوفاء بحاجاته الآنية التي قد يكون من العسير عليه تأجيلها إلى حين حلول آجال الأوراق التجارية، وهذا البديل يحقق هذا الغرض فإن النقد الذي يحصل عليه العميل وإن كان لا يمثل قيمة الورقة إلا أنه يتم الحصول عليه بواسطتها وضمانها.

٣- البديل الثالث: بيع الورقة التجارية للمصرف بسلعة غير نقدية يستلمها في الحال (٥). وبهذه الصورة يتحقق غرض كل من المصرف والعميل من هذه العملية، فالمصرف يمكنه تحقيق ربح مناسب له، والعميل يمكنه بيع هذا العوض إذا لم يكن بحاجة إليه، كي يستطيع بذلك سداد حاجته (٦). وحكم هذا البديل وشروطه على نحو ما تقدم في بيع الأوراق التجارية. إلا أنه يمكن أن يتم البيع بأسلوب المراجعة للآمر بالشراء (٧)، بأن يتم أولاً التواعد بين المصرف والعميل على بيع الورقة التجارية

(١) أحكام الأوراق التجارية لسعد الختلان، ص ٢٧٤.

(٢) تداول الأوراق التجارية بالتظهير لعبدالله الناصر، ص ٢٠٤-٢٠٨؛ الخدمات المصرفية لعلاء الدين زعتري، ص ٤٩٣؛ البنوك الإسلامية لعبدالله الطيار، ص ١٤٥.

(٣) أحكام الأوراق التجارية لسعد الختلان، ص ٢٧٦.

(٤) أحكام الأوراق التجارية لسعد الختلان، ص ٢٧٦.

(٥) البنوك الإسلامية لعبدالله الطيار، ص ١٤٥؛ المصارف الإسلامية لعبد الرزاق الهيتي، ص ٣٣٢.

(٦) المصارف الإسلامية لعبد الرزاق الهيتي، ص ٣٣٢.

(٧) ويسمى البعض "المراجعة المركبة"، أو "المراجعة للواعد بالشراء"، أو "بيع المواعدة". وهي أن يطلب العميل من المصرف شراء سلعة ليست عند المصرف، ويعد بشرائها بعد ذلك بثمن مؤجل أعلى، فيشتري المصرف السلعة بثمن نقدي ويبيعها إلى العميل بالثمن والأجل الذي وعد به غالباً، ويحدد ثمن السلعة عند بيعها للعميل بالنظر إلى الثمن الذي يشتريها المصرف

للمصرف بسلعة معينة أو موصوفة لا يملكها المصرف حالاً، ثم يقوم المصرف بشراء السلعة، وبعد أن يتملكها يتم مبادلة الورقة بها.

وحكم العقد على هذا النحو يبنى على حكم المراجعة للآمر بالشراء^(١)، إلا أن تناول ذلك مما

به والمصاريف التي يتكبدها في ذلك مع إضافة ربح يقدر بالنظر إلى الأجل والقدر المؤجل من الثمن. وتتكون المراجعة للآمر بالشراء من مرحلتين: المرحلة الأولى : مرحلة الوعد، وهذه المرحلة قبل تملك المصرف للسلعة التي يطلبها العميل، وفيها يعد المصرف العميل بشراء السلعة ثم بيعها له بثمن آجل، وبعد العميل المصرف أن يشتريها منه. والمرحلة الثانية : مرحلة البيع ، وهذه المرحلة تتم بعد تملك المصرف السلعة، وفيها يبيع المصرف السلعة للعميل بالثمن والأجل الموعود به مسبقاً.

وهي من حيث الإلزام بالوعد الصادر من العميل، والوعد الصادر من المصرف، على ثلاثة أضرب: الأول : أن تقع دون إلزام لأي من طرفيها بما وعد به ، فلا يلزم العميل بالشراء من المصرف ، ولا يلزم المصرف بالبيع للعميل. الثاني : أن تقع مع إلزام كل من طرفيها بما وعد به ، فالعميل ملزم بشراء السلعة إذا اشتراها المصرف بناء على أمره ، والمصرف ملزم إذا اشترى السلعة أن يبيعها للعميل دون غيره. الثالث : أن تقع مع إلزام أحد طرفيها دون الآخر ، وقد يكون الملزم بالوعد هو المصرف، فيلزمه إذا اشترى السلعة أن يبيعها للعميل دون غيره ، في حين أن العميل مخير بين الشراء وعدمه ، والغالب أن يكون الملزم بالوعد هو العميل، فيلزمه شراء السلعة التي أمر بشرائها من المصرف ، في حين أن المصرف مخير إذا اشترى السلعة أن يبيعها للعميل أو لغيره . ومعنى إلزام المصرف بالبيع للعميل أنه إذا اشترى السلعة لزمه بيعها للعميل بالثمن المتفق عليه، وليس له الزيادة في ثمنها ولا بيعها لغيره، أما قبل شرائها فالوعد غير لازم في حقه. أما إلزام العميل بالشراء من المصرف فيعني عند البعض تغريمه ما يتكبده المصرف من خسائر بسبب إخلافه وعده ، ويرى البعض أن ذلك يعني إلزامه بالشراء من المصرف بالثمن المتفق عليه.

(المصارف الإسلامية لعبد الرزاق الهيثبي، ص ٥١٤-٥١٨؛ بيع المراجعة للآمر بالشراء لرفيق المصري، ص ١٣، ٥٥؛ المراجعة للآمر بالشراء لبكر أبو زيد، ص ٩٦٧؛ بيع المراجعة ل محمد الأشقر، ص ٧١، ٧٤؛ بيع المراجعة للآمر بالشراء لحسام الدين عفانة، ص ٢٩-٣٢؛ تجربة البنوك التجارية السعودية في بيع المراجعة للآمر بالشراء لعبد الرحمن الحامد، ص ٥٩-٦٢؛ بيع المراجعة لأحمد ملحم، ص ٧٧-٧٩، ١١٢-١١٣؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليويسف الشيبلي: ٣٨٣/٢، ٣٩٨)

(١) اختلف الفقهاء في حكم المراجعة للآمر بالشراء إذا وقع ذلك دون إلزام لأي من طرفيها بما وعد به، على قولين :

القول الأول: جواز ذلك، وإليه ذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وعامة الفقهاء والباحثين المعاصرين، وهيئات المصارف الإسلامية، وبه صدرت قرارات عدد من المحاكم والمؤتمرات، مثل مؤتمر المصرف الإسلامي الأول المنعقد بدبي، والمؤتمر المصرفي الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت ، وجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس.

القول الثاني : عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب المالكية، وبعض العلماء المعاصرين. كالشيخ محمد الصالح العثيمين رحمه الله ولا يختلف الفقهاء المتقدمون في عدم جواز الإلزام بالوعد في المراجعة للآمر بالشراء، أما الحنفية والشافعية والحنابلة فلعدم لزوم إتمام الوعد عندهم قضاء، وأما المالكية فلأنهم لا يجيزون المعاملة مع عدم لزوم الوعد، فهي مع لزومه أولى بعدم الجواز.

أما الفقهاء والباحثون المعاصرون فقد اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : عدم جواز إلزام أي من طرفي المراجعة للآمر بالشراء بما وعد به، واختار هذا القول جمع من الفقهاء

=

يخرج بالبحث عن مقصوده، وبناء على ما ذهب إليه عامة الفقهاء والباحثين المعاصرين من جواز بيع المراجحة للآمر بالشراء، فهو جائز، خاصة إذا كان عقد بيع الورقة التجارية بين المصرف والعميل مسبقاً بوعده غير ملزم صادر من أحد الطرفين أو كليهما.

إلا أنه مما ينبغي التنبيه إليه أن ما تقدم هو في حكم المعاملة بالنظر الجزئي لها، أما من جهة النظر الكلي، أي من جهة ما يترتب على توسع المصرف في هذه المعاملة^(١)، فإنه ينبغي مراعاة أمرين:

والباحثين المعاصرين، وبعض اللجان والهيئات الشرعية كاللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء والهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار.

القول الثاني: جواز إلزام كل من طرفي المراجحة بما وعد به، واختار هذا القول جمع من الفقهاء والباحثين المعاصرين، وبعض الهيئات الشرعية كالمجلس الأعلى للبحوث الشرعية ببيت التمويل الكويتي، وبه صدرت قرارات بعض المؤتمرات مثل المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي المنعقد بدبي، والمؤتمر المصرفي الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت.

القول الثالث: جواز إلزام أحد طرفي المراجحة للآمر بالشراء بما وعد به، وعدم جواز إلزام كليهما. واختار هذا القول بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين، وعدد من الهيئات الشرعية ومنها الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة، وغالب الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية في السودان، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس. وبعض أصحاب هذا القول يجيزون إلزام أي من طرفي المراجحة، فيجوز إلزام المصرف دون العميل، أو إلزام العميل دون المصرف، وبعضهم يجيز إلزام المصرف دون العميل.

(انظر المبسوط: ٢٣٧/٣٠؛ الأم: ٣٩/٣؛ إعلام الموقعين: ٢٣/٤؛ المقدمات الممهدة: ٣٧١/١-٣٧٢؛ منح الجليل: ٤٩٦/٤، ٤٩٧/٥؛ المنتقى للباحثي: ٢٨٨/٤؛ البحوث والمناقشات والقرار في الموضوع في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ج ٥، ٢؛ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: ٢٣٧/١٣؛ قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار: ٣١٦/١؛ الدليل الشرعي للمراجحة لعز الدين خوجة: ص ٤٠، ٧٠، ١١٣-١١٦؛ خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، ص ٢٢؛ تجربة البنوك التجارية السعودية في بيع المراجحة للآمر بالشراء لعبد الرحمن الحامد، ص ٧٦-٨١؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٩٤/٢، ٣٩٦، ٤٠٣، ٤٠٨؛ بيع المراجحة لمحمد الأشقر، ص ١٠٠-١٠٩؛ بيع التقيسيط لسليمان التركي، ص ٩٤، ٩٦؛ بيع المراجحة للآمر بالشراء لحسام الدين عفانة، ص ٣٧-٣٩، ٥٥-٥٦؛ بيع المراجحة لأحمد ملحم، ص ١١٣، ١١٧)

(١) قال الشاطبي في الموافقات: (٩٢/١): "إن الإباحة بحسب الكلية والجزئية يتجاوزها الأحكام البوافي، فالمباح يكون مباحاً بالجزء، مطلوباً بالكل على جهة الندب، أو الوجوب، ومباحاً بالجزء، منهياً عنه بالكل على جهة الكراهة أو المنع. فهذه أربعة أقسام..." وذكر بعض الأمثلة. ومما يصلح مثلاً لما ذكره مما له صلة بمحل البحث ما يقرره فقهاء المالكية من منع بعض المعاملات إذا حرت من أهل العينة، وتجويزها إذا حرت من غيرهم، وهم وإن أرجعوا ذلك إلى أن أهل العينة يتهمون بما لا يتهم به غيرهم، إلا أنه يمكن أيضاً إرجاع ذلك إلى مسألة الكلي والجزئي، فإن المعاملة بالنسبة لمن ليس من أهل العينة معاملة جائزة لأنه ينظر إليها باعتبارها واقعة منفردة غير متكررة، في حين أن المعاملة بالنسبة لأهل العينة معاملة متكررة معتادة، فتكون غير جائزة بهذا الاعتبار. والمراد بأهل العينة عند المالكية "قوم نصبوا أنفسهم لطلب شراء السلع منهم وليست عندهم فيذهبون إلى التجار فيشترونها منهم ليبيعوها لمن طلبها منهم" (الشرح الكبير للدردير: ٨٨/٣). ولا يخفى أن هذا التعريف ينطبق على المصارف الإسلامية إذا توسعت في بيع المراجحة للآمر بالشراء وما في معناه من البيوع.

الأمر الأول: ما يراه بعض الباحثين من أن التوسع في المعاملات التي يربح المصرف فيها من مقابل الأجل في التمويل يعد خروجاً بالمصرف الإسلامي عن الأهداف التي أنشئ من أجلها^(١)، وهو الأمر الذي أجد أنه لا بد من دراسته على ضوء الأهداف التي أنشئت المصارف الإسلامية -يوم أنشئت- من أجل تحقيقها، ومدى صحة هذه الأهداف وقابليتها للتحقيق، مع مراعاة المعوقات التي واجهت المصارف والمستجدات في هذا الشأن. إلا أن محل هذا الدراسات المتخصصة في مجال الاقتصاد الإسلامي.

الأمر الثاني: أن توسع المصارف الإسلامية في شراء الديون المستحقة للتجار فيه تشجيع لهم على التعامل بالدين، فإن التجار إذا علموا أنه يمكنهم بيع الأوراق التجارية المؤجلة على المصارف توسعوا في البيع بالآجل، وهذا فيه مخالفة لمقصد كلي للشريعة الإسلامية، فإن "الشريعة الإسلامية تتطلع إلى ترشيد الدين، ومنع التوسع غير المبرر فيه"^(٢)، وتهدف إلى "محاصرة الدين ومنع استفحاله في التعاملات المالية"^(٣). ولهذا جاءت نصوص السنة بكراهة الدين والتفكير منه على ما تقدم بيانه^(٤).

ومما يصلح مثلاً أيضاً لذلك ما ذكره ابن قدامة في المغني (١٢٨/٤) فقال: "وقد روي عن أحمد أنه قال: العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة، فإن باعه بنقد ونسيئة فلا بأس. وقال: أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد. وقال ابن عقيل إنما كره النسيئة لمضارعتها الربا، فإن الغالب أن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالآجل. ويجوز أن تكون العينة اسماً لهذه المسألة [يعني بيع السلعة بالنسيئة ثم شرائها بنقد أقل مما باعها به] ولبيع بنسيئة جميعاً، لكن البيع بنسيئة ليس بمحرم اتفاقاً، ولا يكره إلا أن لا يكون له تجارة غيره".

(١) انظر على سبيل المثال: المصارف الإسلامية ما لها وما عليها للشيخ صالح الحصين، ص ٣٣-٣٩.

(٢) موقف الشريعة الإسلامية من الدين لسامي السويلم، ص ٤٥

(٣) موقف الشريعة الإسلامية من الدين لسامي السويلم، ص ٤٤

(٤) انظر ص ٣١٦-٣١٧.

الفصل الثاني: بيع السندات .

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : التعريف بالسندات وطرق تداولها.

المبحث الثاني : حكم بيع السندات.

المبحث الأول: التعريف بالسندات وطرق تداولها

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التعريف بالسندات.

المطلب الثاني : طرق تداول السندات.

المطلب الأول : التعريف بالسندات .

وفيه ستة فروع :

الفرع الأول : تعريف السندات .

الفرع الثاني : خصائص السندات .

الفرع الثالث : وظائف السندات .

الفرع الرابع : أنواع السندات.

الفرع الخامس : الأرباح في السندات.

الفرع السادس : انقضاء السندات .

الفرع الأول : تعريف السندات.

السندات وثائق قابلة للتداول، تثبت ديناً على مصدرها لمالكها أو حاملها، وتعهّد ذلك المصدر بالوفاء بالمبلغ المحدد فيها عند أجل محدد غالباً ، بالإضافة إلى فائدة نسبية ثابتة يؤديها عند حلول هذا الأجل أو في آجال دورية محددة. وتصدر عادة من جهة حكومية أو شركة أو مصرف، عن طريق الدعوة للاكتتاب العام ، على هيئة وحدات متساوية القيمة غير قابلة للتجزئة^(١) .

(١) انظر مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٣٣٥ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٢٠٢/١ - ٢٠٣ ؛ بيع الدين وسندات القرض لمحمد علي القري ، ص ٢٥٩ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٨٠-٨١ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٣٢-٣٣ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٧٦ ؛ بيع الدين والأوراق المالية لمحمد تقي العثماني، ص ٧٤ ؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٨٣-١٢٨٤ .

وتسمى القيمة واجبة الوفاء عند حلول أجل الاستحقاق "القيمة الاسمية للسند"^(١) .
ويسمى المبلغ الذي يدفعه مالك السند للجهة المصدرة مقابل الحصول عليه "سعر إصدار السند"^(٢) .

وتسمى بعض أنواع السندات بتسميات خاصة، منها :

١- **أذونات الخزينة**^(٣) : وهي سندات ذات أجل قصير تصدرها الحكومة عن طريق الاكتتاب، وتتمتع بدرجة عالية من السيولة، لأنها قصيرة الأجل ولا خطر من عدم الوفاء بقيمتها ، ولأن البنك المركزي على استعداد دائم لتحويلها إلى نقود عن طريق حسمها على نحو ما تقدم في حسم الأوراق التجارية ، ولهذا تقبل البنوك التجارية على شرائها رغم ضآلة ما تدره من دخل .

٢- **شهادات الاستثمار**^(٤) : تصدر المصارف نوعين من شهادات الاستثمار :

الأول : شهادات الإيداع المصرفية، وهذه الشهادات قابلة للتداول لأنها تصدر للحامل أو تصدر اسمية مصحوبة بشرط الإذن أو الأمر، ولقابليتها للتداول فإنها تدخل في السندات.
الثاني : شهادات الاستثمار غير القابلة للتداول : وهي شهادات اسمية لا يجوز بيعها أو تحويلها أو التنازل عنها أو حسمها أو التصرف فيها بأي طريقة أخرى، والغالب فيها أن يكون سعر الفائدة محددًا ومرتفعًا وأن تكون لآجال طويلة وبمبالغ تناسب صغار المدخرين . وهذه الشهادات لا تدخل في السندات لعدم قابليتها للتداول.

وتتنوع شهادات الاستثمار من حيث طريقة الحصول على فائدتها إلى أنواع :

أ- شهادات استثمار ذات قيمة متزايدة، وفي هذا النوع من السندات يبقى المال لدى المصرف مدة طويلة قد تمتد إلى عشر سنوات، ويزداد المال زيادة تصاعدية بإضافة فوائد دورية عليه تقدر بالنظر إلى أصل المال وفوائده السابق إضافتها، وفي نهاية المدة يأخذ صاحب السند ما دفعه مضافا إليه الفوائد المتراكمة .

ب- شهادات استثمار ذات عائد جارٍ، وفي هذا النوع من السندات يستحق حامل السند فائدة

(١) بورصة الأوراق المالية لأحمد عبداللطيف، ص ١٦٠ ؛ الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص ١٥١٠ .

(٢) بورصة الأوراق المالية لأحمد عبداللطيف، ص ١٦٠ ؛ الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص ١٥١١ .

(٣) الشامل لمحمود إرشيد ، ص ٢٢٠ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٧٨ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليويسف الشبيلي: ٣٠٨/١ .

(٤) عمليات البنوك لعللي عوض، ص ١٧١-١٨٠ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليويسف الشبيلي: ٣٠٩/١-٣١٠، ٣٥٠/٢ ؛ الشامل لمحمود إرشيد، ص ٢١٩ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٧٧ .

سنوية أو كل ستة أشهر.

ج- شهادات استثمار ذات جوائز، ويجري عليها السحب، بحيث تعطى السندات الفائزة بالسحب جوائز على ما سيأتي بيانه لاحقاً.

الفرع الثاني : خصائص السندات .

- تعتبر السندات أوراقاً مالية لها خصائص الأوراق المالية، ولها أيضاً خصائص تمتاز بها عن بقية الأوراق المالية كالأسهم ، ويمكن إجمال أهم خصائصها فيما يلي^(١) :
- ١- يمثل السند ديناً على الجهة أو الشركة التي أصدرته ، ويثبت لحامل السند ما يثبت للدائنين من حقوق . ولهذا فلحامل السند الأولوية على حامل السهم في استيفاء قيمة السند عند التصفية.
 - ٢- يستوفي حامل السند فائدة ثابتة ربحت الشركة أم خسرت ، ويجوز أن يجعل لحامل السند نسبة مئوية من الأرباح إلا أن ذلك لا يجعله مساهماً ولا يمنحه حق التدخل في إدارة الشركة .
 - ٣- لا يشترك حامل السند في الجمعيات العامة للمساهمين، ولا يكون لقراراتها أي تأثير بالنسبة له، فلا يجوز للجمعية تعديل التعاقد أو تغيير ميعاد استحقاق الفوائد .
 - ٤- يقبل السند التداول في السوق المالي ، وذلك بالطريقة المتفقعة مع شكله، فإن كان السند اسماً فبنقل القيد في دفاتر الجهة المصدرة ، وإن كان لحامله فبمجرد التسليم.
 - ٥- يتصف السند عادة بطول أجله ، وقد يصل الأجل إلى عشر سنوات أو أكثر.
 - ٦- تصدر السندات عادة من جهة حكومية أو شركة أو مصرف عن طريق الدعوة للاكتتاب العام.
 - ٧- تصدر السندات على هيئة وحدات متساوية القيمة غير قابلة للتجزئة .

الفرع الثالث : وظائف السندات .

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : وظائف السندات الحكومية .

(١) انظر مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٣٣٥-٣٣٩ ؛ القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٣٢٠-٣٢٣؛ الشركات المساهمة لعلي الحمصي، ص ١٢٢-١٢٣ ؛ الشامل لمحمود إرشيد، ص ٢١٨-٢١٩ ؛ سوق الأوراق المالية لعطية فياض، ص ٢٠٨-٢١٢ ؛ المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهيتي، ص ٣٤٩ ؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٨٤ ؛ الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص ١٥١٢ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٩٢-١٠٢ .

المسألة الثانية : وظائف السندات غير الحكومية .

المسألة الأولى : وظائف السندات الحكومية .

أهم هذه الوظائف :

١- تلبية حاجة الحكومة للاقتراض^(١) ، لتمويل مشاريع تنمية أو تنفيذ خدمات ملحة أو معالجة ظروف طارئة لا تفي بها إيرادات الدولة . ولا تستغني الحكومة غالبا عن التمويل، ولو كان لها إيرادات تقوم بنفقاتها ، لأنه حتى "لو نحت السطات المالية في الحكومة في موازنة نفقاتها مع إيراداتها، فإن ذلك لا يعني بالضرورة عدم احتياج الخزينة إلى التمويل خلال السنة المالية. ذلك أن هيكل نفقات الحكومة يختلف دائما عن هيكل إيراداتها. فالتدفقات الداخلة إلى الخزينة لا ترتب في كل الأحيان بشكل مواز للتدفقات الخارجة منها ، ولذلك قد تجد الحكومة نفسها في أزمة سيولة مؤقتة تحتاج معها إلى .. التمويل.

والطريقة التي تستخدمها الحكومات في كل أنحاء العالم تقريبا هي الاقتراض، ... ولا يكاد يكون للاقتراض بديل من الناحية العملية. فطبيعة هذه الحاجة تجعل القرض هو الصيغة الوحيدة الملائمة لأن الحاجة المذكورة تظهر في وقت قصير تحتاج معه إلى معالجة سريعة."^(٢).

و"بدلا من أن تلجأ [الحكومة] إلى فرد واحد تقترض منه، وقد لا تجده نظرا لضخامة ما تطلبه عادة في مثل هذه الأحوال، تقوم الحكومة بعمل قرض يشترك فيه الجمهور، وذلك بتجزئته إلى حصص صغيرة عديدة تسمى "السندات" ، يسهل على الفرد المتوسط ومن هو دونه المساهمة فيه بتوظيف ماله مقابل ما يحصل عليه من فائدة"^(٣) .

٢- معالجة التضخم واستبدال القروض الأجنبية بقروض وطنية^(٤)، فقد "ترغب الحكومة.. في معالجة التضخم المالي بامتصاص الفائض في السوق من رؤوس الأموال، أو لاستبدال قرض أجنبي بآخر وطني ... بشروط أحسن، فهي لذلك تلجأ إلى الجمهور للاقتراض منه"^(٥) .

٣- "للاقتراض بإصدار السندات منافع اجتماعية متعددة ، منها دوره في نقل العبء المالي عبر الأجيال، ففي المشاريع ذات الأجل الطويل، أي تلك التي لا يجني المجتمع أكلها إلا بعد عدد من

(١) الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد: ٧٥٩/١ .

(٢) بيع الدين وسندات القرص لمحمد علي القري، ص ٢٧٠ .

(٣) الأسواق والبورصات لمقبل جميعي، ص ٢٦٦-٢٦٧ .

(٤) الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد: ٧٥٩/١ .

(٥) الأسواق والبورصات لمقبل جميعي، ص ٢٦٧ .

السنين (مثل بناء طرق أو مطار أو مرفأ) يصبح الاقتراض بإصدار السندات أكثر ملائمة من التمويل بفرض الضريبة. ذلك أن السندات سوف تسدد في النهاية (في أكثر الدول) بفرض الضرائب، ومن ثم يمكن إرجاء ذلك، فتفرض الضرائب على الجيل الذي سيتمتع بالآثار المفيدة للمشروع، وليس على الجيل الذي شهد بداية الإنشاء. وتعطي السندات القدرة على تحويل العبء المالي عبر الأجيال، فتحقق ذلك الغرض^(١).

المسألة الثانية : وظائف السندات غير الحكومية .

من هذه الوظائف^(٢) :

- ١- تمويل الشركات بما تحتاجه من أموال دون حاجة لإصدار أسهم جديدة، وتفضل الكثير من الشركات عدم إصدار أسهم جديدة لما يترتب عليها من استحقاق أصحابها التصويت في انتخاب مجلس الإدارة واتخاذ القرارات، بخلاف السندات التي لا يحق لحاملها ذلك.
- ٢- تحقيق أرباح للشركات ، وذلك في حالة توقع الشركات أن تزيد الأرباح عن معدل الفائدة، مما يعني أن إصدار السندات سيحقق عائدا يساوي الفرق بين الربح الحاصل من استثمار أموال السندات والفائدة المقررة عليها .
- ٣- جذب قطاع أكبر من المستثمرين ، وذلك لما في السندات من ربح مضمون ، معفى من الضرائب، بخلاف الأسهم التي لا تخلو من المخاطرة ، وتخضع أرباحها للضرائب، مما يجعل المستثمرين لا يقدمون على شرائها إلا إذا توقعوا زيادة أرباحها عن معدل الفائدة على نحو يشجع على المخاطرة.
- ٤- تجنب الأموال عن التعطيل ، وذلك حين" تكون حاجة الشركة إلى الأموال لمدة محدودة أو لمقابلة ضرورة مؤقتة، فإذا ما قوبلت تلك الحاجة عن طريق إصدار أسهم جديدة فسيترتب على ذلك وجود أموال فائضة عن احتياجات الشركة بعد زوال تلك الضرورة المؤقتة، لأن الشركة لن تتمكن من استهلاك هذه الأسهم التي أصدرتها أو رد قيمتها. أما إذا لجأت الشركة إلى إصدار سندات لمدة محدودة فإنها تستطيع أن ترد قيمة القروض عند تاريخ الاستحقاق وبذلك لا تبقى هناك أموال عاطلة بالشركة"^(٣).

(١) بيع الدين وسندات القرض لمحمد علي القري، ص ٢٧٢-٢٧٣ .

(٢) المصارف الإسلامية لعبد الرزاق الهبي، ص ٣٤٩-٣٥٠ ؛ الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص ١٥٢٠-١٥٢١ .

(٣) الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص ١٥٢١ .

الفرع الرابع : أنواع السندات .

وفيه ستة مسائل :

- المسألة الأولى : أنواع السندات باعتبار الجهة المصدرة .
- المسألة الثانية : أنواع السندات باعتبار شكل الإصدار .
- المسألة الثالثة : أنواع السندات باعتبار الأجل .
- المسألة الرابعة : أنواع السندات باعتبار الضمان .
- المسألة الخامسة : أنواع السندات باعتبار القابلية للاستدعاء .
- المسألة السادسة : أنواع السندات باعتبار القابلية للاسترداد .

المسألة الأولى : أنواع السندات باعتبار الجهة المصدرة .

تتنوع السندات باعتبار الجهة المصدرة إلى أنواع^(١) :

النوع الأول : السندات الحكومية ، وهي السندات التي تصدرها الدولة ومؤسساتها لتمويل الإنفاق العام ، " وتمثل قروضا تحصل عليها الحكومة من الأفراد (أو الهيئات) ، إما لتمويل المجهود الحربي ، وتسمى قروض الحرب، وإما لتمويل عمليات التنمية الاقتصادية، وتسمى قروض الإنتاج أو قروض التنمية"^(٢) .

النوع الثاني : سندات الشركات التجارية والصناعية والخدمية التي تصدرها بضمان بعض أموالها، أو جميعها ، لتمويل مشاريعها .

النوع الثالث : سندات الهيئات الدولية ، كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير ، حيث تصدرها لتمويل مشاريعها .

(١) الأسواق المالية لعللي القره داغي، ص ١٣٠ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٣٥-٢٤١ ؛ الأدوات المالية

التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص ١٥١٢-١٥١٣ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٨٢-٨٣ .

(٢) أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٣٥ .

المسألة الثانية : أنواع السندات باعتبار شكل الإصدار .

تتنوع السندات باعتبار الشكل الذي تصدر به إلى نوعين^(١) :

النوع الأول : سندات لحاملها . وهي التي تصدر خالية من اسم مالكيها ، وتنتقل ملكيتها بطريق الاستلام، ويكون لحاملها الحق في استيفاء الفائدة عند حلولها . بمجرد تقديمه الكوبون المرفق بالسند المخصص لاستلامها ، كما له الحق في استيفاء قيمة السند عند حلول أجل الاستحقاق . بمجرد تقديمه السند .

النوع الثاني : سندات اسمية أو مسجلة . وهي التي يسجل فيها اسم مالكيها ، أو يوجد سجل خاص بملكية السندات لدى الجهة المصدرة ، وقد يكون التسجيل كاملا يشمل الدين الأصلي وفوائده، وقد يكون التسجيل جزئيا مقتصرًا على أصل الدين فقط ، أما الفائدة فتستوفى كما تستوفى في السندات لحاملها .

المسألة الثالثة : أنواع السندات باعتبار الأجل .

والسندات باعتبار الأجل أنواع^(٢) :

النوع الأول : سندات قصيرة الأجل . وهي السندات التي لا تتجاوز مدتها عاما واحدا ، وتتمتع لذلك بدرجة عالية من السيولة بسبب انخفاض درجة المخاطرة فيها ، ولذا تصدر بمعدلات فائدة منخفضة إلى حد ما .

النوع الثاني : سندات متوسطة الأجل ، وهي السندات التي يزيد أجلها عن عام ، ولا يتجاوز خمس أو سبع سنوات ، ومعدلات فائدتها أعلى من السندات قصيرة الأجل .

النوع الثالث : سندات طويلة الأجل ، وهي السندات التي يزيد أجلها عن خمس أو سبع سنوات، وتصدر بمعدلات فائدة أعلى من السندات قصيرة الأجل ومتوسطة الأجل . وقد تصدر السندات في إصدار واحد، وتكون آجال الاستحقاق فيها مختلفة ، وذلك لتمكين

(١) أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٤٢ ؛ بورصة الأوراق المالية لأحمد عبداللطيف، ص ١٥٨ ؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٨٦ ؛ الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص ١٥١٣ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٨٧ .

(٢) أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٤٣ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٨٩-٩٠ .

الجهة المصدرة من وفاء التزاماتها في هذه السندات على أقساط بدلا من الوفاء بها دفعة واحدة^(١).

المسألة الرابعة : أنواع السندات باعتبار الضمان .

والسندات بهذا الاعتبار نوعان^(٢) :

النوع الأول : سندات مضمونة ، أي مضمونة بأصول الشركة من عقارات ومنقولات مع حمايتها ضد إصدارات جديدة ، أو مضمونة بكفالة شخصية من الحكومة أو أحد البنوك، وفوائد هذا النوع أقل ، لانخفاض درجة المخاطرة فيها .

النوع الثاني : سندات غير مضمونة ، أي غير مضمونة بشيء مما سبق ، ولما في هذا النوع من المخاطرة فإن فوائده أعلى، ويزيد معدل الفائدة فيه بزيادة المخاطرة .

وهذا النوع قد يكون مضمونا بسمعة الشركة المصدرة ومركزها المالي وثقة المتعاملين بها، وذلك إذا كان مالك السند يعامل كغيره من الدائنين ، وقد لا يكون مضمونا بشيء، كالسندات التي تصدرها بعض الشركات لتمويل أعمال شديدة المخاطرة ويربط استرداد قيمتها بنجاح هذه الأعمال، ومثل هذه السندات تزيد فيها معدلات الفائدة نظرا لشدة المخاطرة.

المسألة الخامسة : أنواع السندات باعتبار القابلية للاستدعاء .

والسندات بهذا الاعتبار نوعان^(٣) :

النوع الأول : سندات غير قابلة للاستدعاء . وهي السندات المحددة الأجل التي يحق لصاحبها الاحتفاظ بها لحين انتهاء أجلها ، ولا يجوز للجهة المصدرة استدعاء السند للإطفاء لأي سبب من الأسباب.

النوع الثاني : سندات قابلة للاستدعاء ، وهي السندات التي ليس لها مدة محددة ، أو لها مدة محددة إلا أنه يحق للجهة المصدرة استدعاء السند للإطفاء.

(١) بورصة الأوراق المالية لأحمد عبداللطيف، ص ١٥٧ .

(٢) أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٤٤-٢٤٥ ؛ الأسواق المالية لعللي القره داغي، ص ١٣١ ؛ بورصة الأوراق المالية لأحمد عبداللطيف، ص ١٥٧-١٥٨ ؛ الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص ١٥١٣-١٥١٤ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٨٨-٨٩ .

(٣) أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٤٥-٢٤٧ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١/٢٠٥٩؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٨٨ .

المسألة السادسة : أنواع السندات باعتبار القابلية للاسترداد .

والسندات بهذا الاعتبار نوعان^(١):

النوع الأول : سندات غير قابلة للاسترداد قبل حلول موعد الاستحقاق ، فلا يحق لمالك السند قبل حلول هذا الموعد المطالبة برد قيمته ، وإنما يحق له المطالبة بالفوائد في مواعيدها ما لم تكن مؤجلة إلى موعد الاستحقاق، ومع ذلك فإن له حسم السند لدى البنوك التجارية على نحو ما تقدم في حسم الأوراق التجارية.

النوع الثاني : سندات قابلة للاسترداد في أي وقت ، فيحق لمالك السند المطالبة برد قيمته في أي وقت يشاء .

الفرع الخامس : الأرباح في السندات .

تنوع الأرباح في السندات ، ويمكن إجمال أهم أنواعها فيما يلي^(٢) :

١- الفائدة السنوية ، وقد تكون الفائدة ثابتة ، وقد تكون متغيرة حسب سعر الفائدة الدولية أو حسب القوة الشرائية للنقود . وموعد استحقاق الفائدة قد يكون دوريا ، أي كل سنة أو كل ستة أشهر مثلا ، وقد يكون في موعد استحقاق السند ، بحيث يحصل مالك السند عند حلول موعد استحقاقه على قيمته الاسمية مضافا إليها الفوائد المتراكمة عليه .

٢- الوفاء بعلاوة إصدار ، حيث تصدر السندات بقيمة اسمية (١٠٠ ريال مثلا) ، إلا أن الجهة المصدرة تأخذ من الراغبين في شرائها قيمة أقل من القيمة الاسمية (٩٠ ريال مثلا) تسمى "سعر الإصدار" ، وعند حلول موعد الاستحقاق يتم الوفاء للملكي السندات بالقيمة الاسمية (١٠٠ ريال) ، ويسمى الفرق بين القيمة الاسمية وسعر الإصدار (١٠ ريال) "علاوة الإصدار" ، ويتحدد مقداره بالنظر إلى سعر الفائدة السائد في السوق في تاريخ الإصدار .

(١) انظر أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص٢٤٨-٢٤٩ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص٨٩.

(٢) الأسواق المالية لعلي القره داغي، ص١٣١ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون: ص٢٤٠-٢٤١ ؛ سوق الأوراق المالية لعطية فياض، ص٢١٢ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص١٧٨-١٧٩ ؛ بورصة الأوراق المالية لأحمد عبداللطيف، ص١٦١ ؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص١٢٨٥ ؛ الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص١٥١٤ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٢٠٦/١-٢٠٨ .

٣- الدخول في اليا نصيب ، حيث يستحق مالكو السندات الدخول في يا نصيب مخصص لها ، ويحصل الفائزون في السحب في اليا نصيب على جوائز نقدية أو عينية ، أما غير الفائزين فقد يحصلون على القيمة التي دفعوها عند الحصول على السند ، وقد لا يحصلون على شيء مطلقا ، إلا أن هذا النوع من السندات الذي لا يحصل الخاسرين فيه على شيء لا يجوز إصداره إلا بقانون خاص أو إذن من الحكومة.

والدافع لابتكار هذا النوع من الأرباح أن شريحة واسعة من الجمهور قد لا تقبل على شراء السندات ذات الفائدة بسبب قلة ما تجنيه من الربح فيها ، إما لكون هذه الشريحة من متوسطي ومحدودي الدخل الذي لا يتمكنون من شراء السندات بمبالغ كبيرة ، أو لتحديد الفائدة من قبل الدولة بنسبة يسيرة .

ومن هنا جاء التفكير في الجوائز، فبدلاً من أن توزع الفوائد بنسبة مئوية يسيرة على جميع مالكي السندات توزع في صورة جوائز كبيرة على من تخرج لهم القرعة منهم ، وهذا يزيد من الإقبال على شراء هذه السندات ، لأن المخاطرة فيها ليست برأس المال وإنما بالفوائد، وإذا زاد الإقبال على هذه السندات زادت الأموال لدى الجهة المصدرة فزادت الفوائد، مما يمكن الجهة من منح المزيد من الجوائز وتنويعها وتكرار مواعيد سحبها طمعا في المزيد من الإقبال .

وتعتمد الجهات المصدرة للسندات إلى جعل الاقتراع على الجوائز دوريا - كل شهر مثلا - وذلك ليتأنى أصحاب السندات حالة الاستحقاق في المطالبة بقيمتها من أجل أن يشاركوا في مزيد من الاقتراع الدوري^(١) .

٤- المساهمة في أرباح الشركة ، حيث يستحق مالكو السندات نسبة محددة من أرباح الشركة . وقد يجتمع في السند أكثر من نوع من الأرباح مما سبق ، والغالب أن لا تخلو السندات من فائدة ثابتة أو متغيرة ، إلا أن هذه الفائدة تنقص بانضمام أنواع أخرى من الأرباح إليها.

(١) المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٨٤ ؛ الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ١/ ٢١٤-٢١٥ .

الفرع السادس : انقضاء السندات.

تنقضي السندات بعدة طرق أهمها^(١) :

- ١- الوفاء بالسندات نقدا في موعد الاستحقاق ، وقد يكون الوفاء بقدر ما دفع، وقد يكون بأكثر وذلك إذا كانت مستحقة الوفاء بعلاوة إصدار .
- ٢- تحويل السندات إلى أسهم ، حيث يحق لحاملي بعض أنواع السندات طلب تحويلها إلى أسهم في الشركة، وذلك حسب القواعد المقررة لزيادة رأس مال الشركات المساهمة .
- ٣- إحلال السندات ، حيث تقوم الشركة عند تاريخ استحقاق السندات بإحلالها بسندات أخرى جديدة ، وبمزايا حسب نظام الشركة ، وذلك عند رغبة مالك السند في ذلك.

(١) الأسواق المالية لعللي القره داغي، ص ١٣٢ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٤٧-٢٤٨ ؛ سوق الأوراق المالية لعطية فياض، ص ٢١٢-٢١٣، ٢١٤-٢١٥ ؛ بورصة الأوراق المالية لأحمد عبداللطيف، ص ١٦٧-١٧٠ ؛ الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص ١٥١٥-١٥١٧ .

المطلب الثاني : طرق تداول السندات.

السندات أوراق مالية تتداول غالبا في الأسواق المالية، ولا تختلف السندات عن الأسهم -الآتي تناولها لاحقا إن شاء الله - في طرق تداولها في هذه الأسواق، ولهذا فإني سأتناول هنا طرق تداول الأوراق المالية عامة في الأسواق المالية، وذلك في فرعين :

الفرع الأول : طرق تداول الأوراق المالية في السوق الأولية .

الفرع الثاني : طرق تداول الأوراق المالية في السوق الثانوية.

الفرع الأول : طرق تداول الأوراق المالية في السوق الأولية .

يقصد بالسوق الأولية: السوق التي تباع فيها الأوراق المالية عند بداية إصدارها ، أي لأول مرة^(١).

فالسوق الأولية هي السوق التي من خلالها تقترض الحكومات والشركات ما تحتاجه من الأموال عن طريق إصدار السندات ، وكذلك هي السوق التي يتم من خلالها توفير رأس المال اللازم لإنشاء شركة مساهمة جديدة أو زيادة رأس مال شركة قائمة عن طريق إصدار أسهم جديدة^(٢) .

وعادة ما يتم تسويق هذه الإصدارات عن طريق مؤسسة مالية يطلق عليها "بنكير" أو "بنك الاستثمار" . وفي بعض الدول التي تتسم سوق أوراقها المالية بالصغر تتولى المصارف التجارية تسويق هذه الإصدارات^(٣) .

ويقوم بنك الاستثمار بتسويق الأوراق المالية بإحدى ثلاث طرق^(٤) :

الأولى : أن يقوم بنك الاستثمار بالوساطة بين الجهة المصدرة والمستثمرين مقابل أجر متفق عليه، دون أن يتعهد بنك الاستثمار بتصريف الأوراق المالية أو حد أدنى منها ، بل يبذل جهده في تسويقها، وما لا يتم بيعه منها يتم إعادته إلى الجهة المصدرة.

الثانية : أن يقوم بنك الاستثمار بالوساطة بين الجهة المصدرة والمستثمرين مع تعهد منه بتصريف كامل الأوراق المالية أو حد أدنى منها وإلا فإنه ملزم بشرائه. ويأخذ البنك مقابل التسويق بهذه

(١) مبادئ الاستثمار لطاهر حردان، ص ٣٤ .

(٢) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٦٨/١ .

(٣) إدارة الأسواق والمنشآت المالية لمخير هندي، ص ٤٨٢ .

(٤) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٧٢-٧٠/١ .

الطريقة أجرا يزيد على ما يأخذه بالطريقة الأولى.

الثالثة : أن يكون التسويق عن طريق شراء بنك الاستثمار الأوراق المالية من الجهة المصدرة بسعر أقل من السعر المتفق على بيعها به في السوق ، ثم يبيعها في السوق بالسعر المتفق عليه ، ويكون ربحه في الفرق بين السعرين .

الفرع الثاني : طرق تداول الأوراق المالية في السوق الثانوية.

يقصد بالسوق الثانوية (وتسمى سوق التداول): السوق التي تتداول فيها الأوراق المالية التي سبق إصدارها، أي التي سبق أن بيعت في السوق الأولية^(١) .

ويتم تداول الأوراق المالية في هذا السوق بين المستثمرين أنفسهم، وليس بين المستثمرين والجهات المصدرة لهذه الأوراق كما هو الحال في السوق الأولية^(٢) .

ويتم تداول الأوراق المالية في الأسواق الثانوية بمعاملات عاجلة ، وآجلة ، وبعقود اختيارات، وفيما يلي بيان كل منها .

أولاً : المعاملات العاجلة :

ويراد بها المعاملات التي يتم فيها تسليم الأوراق المالية محل التعامل، وتسليم ثمنها بعد تنفيذ العقد مباشرة أو خلال مدة قصيرة^(٣) -وهو الغالب- ، وتختلف الأسواق في تقدير هذه المدة، فمنها ما يقدرها بأربعة أيام، ومنها ما يقدرها بيومين ، ومنها ما يقدرها بأقل من ذلك.

ويختلف الغرض من هذا النوع من المعاملات، والغالب أن يكون الاحتفاظ بالأوراق المالية للاستفادة مما تدره من أرباح أو فوائد، أو بيع الأوراق المالية عند ارتفاع أسعارها^(٤).

والمعاملات العاجلة على ثلاثة أنواع :

أ- **الشراء بكامل الثمن^(٥)** : ويراد به أن يدفع المشتري كل ثمن الأوراق المالية المشتراة من ماله. ولا تشكل هذه المعاملات نسبة كبيرة في الأسواق المالية لا سيما في الدول التي يسمح فيها

(١) مبادئ الاستثمار لطاهر حردان، ص ٣٤.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٢٩٢/٢ .

(٣) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٦٦٩/٢ .

(٤) انظر أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٦٧٠/٢ .

(٥) الأسواق المالية لمحمد القري، ص ١٦٠٠ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٢٩٥/٢ ؛ أحكام السوق

المالية لمحمد الشريف، ص ١٣٠١

بالاقتراض من البنوك والسماسة للمضاربة في أسواق المال.

ب- الشراء بالهامش^(١) : ويقصد به أن يدفع المشتري جزءا من ثمن الأوراق المالية المشتراة من ماله، ويدفع الباقي من الثمن من مال مقترض بضمان الأوراق المالية محل العقد .

ويحصل المشتري على القرض من مصرف ونحوه، أو من أحد بيوت السمسرة بفائدة ، وتسجل الأوراق المالية المشتراة باسم المقرض وتبقى في حيازته رهنا للوفاء بقيمة القرض، ولكن يحق للمشتري أن يمارس حق التصويت في الجمعية العمومية للشركة ، وأن يحصل على ما يتحقق من أرباح.

وغالبا ما تقتض بيوت السمسرة مبالغ مالية من المصارف بفائدة تساوي تقريبا معدل الفائدة فيما بين البنوك، ثم تقوم بإقتراض هذه المبالغ لعملائها بفائدة أعلى.

ج- البيع على المكشوف^(٢) : ويقصد به أن يقوم من يريد بيع أوراق مالية باقتراضها، ثم يبيعها، على أن يوفي مثلها للمقرض في وقت محدد أو متى طلبها .

وقد يكون عقد البيع سابقا للاقتراض، فيبيع البائع أوراقا مالية لا يملكها، ثم يقوم باقتراضها وتسليمها للمشتري خلال مدة وجيزة لا تتجاوز عدة أيام .

ويتم مثل هذا البيع عادة بواسطة السماسرة ، بأن يأمر البائع السمسار أن يبيع له على المكشوف ورقة مالية، فيقترض السمسار الورقة لحسابه أو يقرضه إياها بنفسه ثم يبيعها ويرهن ثمنها لدى المقرض أو لدى السمسار، ثم في وقت لاحق يأمر البائع السمسار بشراء الورقة من السوق للوفاء بالقرض واسترداد المبلغ المرهون.

وغرض البائع في هذا النوع تحقيق ربح مما يتوقعه من انخفاض سعر الورقة .

أما غرض المقرض فهو السيولة النقدية التي يحصل عليها دون فوائد برهن ثمن الورقة لديه، إضافة إلى أنه يمكنه استثمار ثمن الورقة وتحقيق عوائد مالية منه .

وإذا وزعت أرباح أو فوائد للأوراق المالية قبل أن يوفيه البائع على المكشوف فإن عليه دفع مقدار هذه الأرباح للمقرض تعويضا لها عنها.

(١) مبادئ الاستثمار لطاهر حردان، ص ٤٩ ؛ أساسيات الاستثمار لمحمد الحناوي، ص ٢٨ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٢٩٥/٢-٢٩٧ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٦٨٧/٢-٦٨٨ ؛ الأسواق المالية لمحمد القري، ص ١٦٠١ .

(٢) مبادئ الاستثمار لطاهر حردان، ص ٥٤-٥٥ ؛ أساسيات الاستثمار لمحمد الحناوي، ص ٤٠-٤٤ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٧٤٥/٢-٧٣٤، ٧٤٦ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٢٩٩/٢-٣٠٠ ؛ الأسواق المالية لمحمد القري، ص ١٦٠٢-١٦٠٤ .

ثانيا : المعاملات الآجلة .

ويراد بها المعاملات التي تباع فيها الأوراق المالية بتحديد نوعها وعددها وثنائها مع تأجيل تسليمها وتسليم ثمنها إلى أجل لاحق يسمى يوم التصفية^(١) .

والغرض الأساسي من هذا النوع من المعاملات تحقيق أرباح من الفرق بين سعر الورقة حين البيع وسعرها يوم التصفية^(٢) .

وتتم هذه المعاملات عادة دون أن يكون البائع مالكا للأوراق المالية وقت البيع، ودون أن يكون تملك هذه الأوراق مقصودا حقيقة للمشتري. ولهذا فإن الغالب أن تنتهي هذه المعاملات بالحاسبة على فروق الأسعار دون تسليم للأوراق المالية محل البيع^(٣) ، كما يمكن لكل من البائع والمشتري في أي وقت -عند حلول الأجل أو قبله- أن ينهي العقد بإبرام عقد معاكس له ليحل عقاد جديد محله، ويخرج هو بما يناله من الربح أو الخسارة^(٤) .

وتتم هذه المعاملات في الأسواق المالية بواسطة السماسرة وبضمانهم، فسمسار البائع ضامن للمشتري، وسمسار المشتري ضامن للبائع ، ونظرا لما تتعرض له أسعار الأوراق المالية من التقلب ارتفاعا وانخفاضا مما قد يعجز معه البائع أو المشتري عن دفع الثمن المتفق عليه، وذلك بدوره يعرض السمسار للخسارة لكونه ضامنا لعميله، لذا فإن أنظمة الأسواق المالية تفرض عادة على كل من البائع والمشتري في هذه المعاملات أن يدفع لسمساره مبلغا تأمينيا من النقود أو من الأوراق المالية ليستخدمه السمسار في الوفاء بالالتزامات التي قد يعجز عنها عميله، ويسمى هذا المبلغ مبلغ التغطية، ويحدد مقداره بالنظر إلى ثمن الأوراق المالية محل التعامل^(٥) .

وتتنوع المعاملات الآجلة إلى أنواع كثيرة^(٦) :

-
- (١) أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٣٠٢ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٧٨٧/٢ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٧١ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ١٩٦ .
 - (٢) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٧٩٥/٢ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٧١ .
 - (٣) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٧٩٦/٢ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٧١ .
 - (٤) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٧٨٩/٢-٧٩٢ ؛ وانظر الأسواق المالية لهشام البساط، ص ٤٦-٤٧ ؛ بورصات الأوراق المالية لعبدالفضيل محمد أحمد، ص ٧٦-٧٧ .
 - (٥) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٧٩٣/٢-٧٩٤ ؛ وانظر البورصة لمراد كاظم، ص ١٠٣ ؛ الأسواق المالية الدولية لهشام البساط، ص ٤٥ .
 - (٦) انظر أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٣٠٢-١٣٠٥ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان:

=

- ١- فمنها ما هو بات ملزم للطرفين لا يملك أحد منهما فسخه ولا تأجيله ، إلا أن لهم تأجيل موعد التسوية النهائية حتى موعد تسوية لاحقة وهذا النوع يسمى بالمعاملات الباتة القطعية^(١).
- وقد يشترط المشتري في هذا النوع خيار التنازل عن الأجل ليستعمله عندما تتجه الأسعار نحو الهبوط ، فيطلب حينئذ من البائع تسليم الأوراق المالية ولو لم يحل الأجل المتفق عليه^(٢).
- ٢- ومنها ما يملك أحد الطرفين فيه الخيار في فسخ العقد مقابل تعويض يدفعه للطرف الآخر حال الفسخ فقط ، أو يدفعه حين العقد ولا يرد إليه بحال.
- ٣- ومنها ما يملك أحد الطرفين فيه الخيار في بيع الأوراق المالية للطرف الآخر أو شرائها منه، وقد يكون هذا الخيار مقابل مبلغ من المال يدفعه للطرف الآخر حين التعاقد ولا يرد إليه بحال.
- ٤- ومنها ما يملك أحد الطرفين فيه الخيار في زيادة كمية الأوراق المالية محل العقد بقدر متفق عليه وبنفس السعر المتعاقد عليه، وقد يكون هذا الخيار مقابل مبلغ من المال يدفعه للطرف الآخر حين التعاقد ولا يرد إليه بحال.
- وأهم هذه الأنواع هو النوع الأول ، أما الأنواع الأخرى فقد اختزلت جميعها في عقود الاختيارات^(٣) الآتي بيانها .

ثالثا : عقود الاختيارات^(٤) .

يعرف عقد الاختيار بأنه "عقد بعوض على حق مجرد، يخول صاحبه بيع شيء محدد أو شراءه ، بسعر معين، طيلة مدة معلومة أو في تاريخ محدد ، إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين"^(٥) .

-
- ١٣٣٠-٨٤٢/٢ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٧٥-٢٧٨ ؛ السوق المالية لهبة الزحيلي، ص ١٣٣٠-١٣٣٢ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ١٩٧، ٢٠٧-٢٠٩ .
 - (١) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٨٤٤/٢ ؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٣٠٢ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٧٥ .
 - (٢) أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٣٠٢ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٧٦ .
 - (٣) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٩٣٢/٢ .
 - (٤) تشارك الاختيارات المعاملات الآجلة في تأجيل تسليم الأوراق المالية وتمنحها إلى أجل لاحق ، ولهذا يعدها بعض الباحثين من أنواع المعاملات الآجلة ، إلا أني جعلتها نوعا مستقلا لاختلاف محل المعاوضة فيهما.
 - (٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٥٥٣/١/٧ .

ويتضمن عقد الاختيار العناصر التالية^(١) :

- ١- الاختيار : وهو الحق في بيع شيء محدد أو شرائه، وهو محل المعاوضة في هذا العقد.
 - ٢- الأصل محل الاختيار : وهو الشيء الذي يملك مشتري الاختيار الحق في بيعه أو شرائه، وقد يكون أوراقا مالية أو سلعا أو عملات أو مؤشرات أو غير ذلك . ولا بد من بيان نوعه وكميته.
 - ٣- مشتري الاختيار : وهو مشتري الحق ، ويملك بذلك الحق في بيع الأصل محل الاختيار أو شرائه خلال المدة المحددة
 - ٤- محرر الاختيار: وهو باذل الحق الذي يصير به ملزما ببيع أو شراء الأصل محل الاختيار عندما يقرر مشتري الاختيار ذلك .
 - ٥- ثمن الاختيار : وهو العوض المبذول لمحرر الاختيار مقابل هذا الحق ، وهذا الثمن لا يسترد بحال، سواء مارس المشتري حقه في الاختيار أو لم يمارسه .
 - ٦- سعر التنفيذ أو سعر الممارسة : وهو السعر الذي يحق لمشتري الاختيار أن يبيع أو يشتري السلعة به إذا رغب في ذلك .
 - ٧- تاريخ التنفيذ : وهو الأجل المحدد لممارسة المشتري حقه في الاختيار ، ومن الأسواق المالية ما يمكن المشتري من ممارسة حقه في الاختيار من حين التعاقد إلى حين تاريخ التنفيذ، كما في الأسواق الأمريكية، ومنها ما لا يمكنه من ذلك إلا في هذا التاريخ، كما في الأسواق الأوروبية .
- ويحسن الإشارة إلى أن مالك الاختيار لا ينحصر حقه في التنفيذ أو عدمه، بل يمكنه أيضا أن يبيع الاختيار بالسعر السوقي ، ويحل محله من اشترى الاختيار منه^(٢) ، بل إن الاختيار عادة لا ينفذ إلا في تاريخ تنفيذه، وقبل ذلك يتداول أو يحتفظ به دون تنفيذ، ذلك أن قابلية الاختيار للتداول مع عدم حلول أجله تجعل قيمته السوقية أعلى مما يحصل عليه مالكة بالتنفيذ، ولهذا يتم تداوله أو يحتفظ به حتى يحل تاريخ تنفيذه، فإذا حل هذا التاريخ أصبحت قيمته السوقية مساوية للربح الحاصل بالتنفيذ، وعند ذلك فقط يقوم المالك الأخير للاختيار بتنفيذه^(٣).
- وكما هو الشأن في المعاملات الآجلة فإن الغالب في الاختيارات أن تنتهي بالتسوية النقدية، أي

(١) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٠٠٦/٢-١٠٠٩ ؛ وانظر الأسواق المالية العالمية لمحمد حبش،

ص١٧٨-١٨٠ ؛ إدارة الأسواق والمنشآت المالية لمدير هندي، ص٥٥٦.

(٢) الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جراية، ص١٥٣٩-١٥٤٠ .

(٣) انظر إدارة الأسواق والمنشآت المالية لمدير هندي، ص٥٧٩.

بالحاسبة على فروق الأسعار دون تسليم محل الاختيار.

وتنقسم الاختيارات إلى ثلاثة أقسام^(١) :

١- **اختيار الشراء** : وهو حق شراء شيء محدد ، بسعر معين، طيلة مدة معلومة أو في تاريخ محدد. ولا يشترط عند إنشاء هذا الاختيار أن يكون المحرر مالكا للأصل محل الاختيار ، فإن كان مالكا له سمي اختيارا مغطى ، وإلا سمي اختيارا مكشوفاً.

٢- **اختيار البيع** : وهو حق بيع شيء محدد ، بسعر معين، طيلة مدة معلومة أو في تاريخ محدد. ولا يشترط عند إنشاء هذا الاختيار أن يكون مشتري الاختيار مالكا للأصل محل الاختيار.

٣- **الاختيار المركب** : وهو حق يجمع بين الحقين السابقين، فهو حق بيع شيء محدد أو شرائه بسعر معين ، طيلة مدة معلومة أو في تاريخ محدد . ومنه ما يتغير فيه سعر الشراء عن سعر البيع ، ومنه ما يكون السعر فيهما واحداً.

والغرض الأساسي من عقود الاختيارات تحقيق أرباح من تقلبات الأسعار^(٢)، ففي اختيار الشراء مثلاً يهدف مشتري الاختيار إلى تحقيق ربح عند ارتفاع سعر الأصل محل الاختيار، وذلك بأن يشتريه بسعر التنفيذ المتفق عليه، ويبيعه بالسعر السوقي المرتفع. وفي حال انخفاض السعر أو ارتفاعه فإن خسارته تكون محدودة بثمن الاختيار ولا تزيد عن ذلك. أما محرر الاختيار فهو يهدف إلى أن يربح قيمة الاختيار عند استقرار السعر أو نزوله.

وعلى العكس من ذلك اختيار البيع ، فمشتري الاختيار يهدف إلى تحقيق ربح عند انخفاض سعر الأصل محل الاختيار، وذلك بأن يشتريه بالسعر السوقي المنخفض، ويبيعه بسعر التنفيذ المتفق عليه. وفي حال ارتفاع السعر أو استقراره فإن خسارته تكون محدودة بثمن الاختيار ولا تزيد عن ذلك . أما محرر الاختيار فهو يهدف إلى ربح قيمة الاختيار عند استقرار السعر أو ارتفاعه . وقد لا يكون غرض مشتري الاختيار تحقيق الأرباح من تقلبات الأسعار، وإنما الأمن من

(١) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشيلي: ٣٠٦/٢-٣١٠ ؛ بورصة الأوراق المالية وإدارة المحافظ، اتحاد المصارف العربية، ص٢٤٨-٢٥٠ ؛ الأسواق المالية العالمية لمحمد حبش، ص١٨١-٢٠١ ؛ الأدوات المالية التقليدية لمحمد الحبيب جارية، ص١٥٣٩ ؛ الأسواق المالية لمحمد القري، ص١٦١٤-١٦١٥ .

(٢) بورصة الأوراق المالية وإدارة المحافظ، اتحاد المصارف العربية، ص٢٤٩-٢٥٠ ؛ الأسواق المالية العالمية لمحمد حبش، ص١٧٤ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان : ١٠١٥/٢ .

تقلباتها لغير صالحه^(١) ، ومثال ذلك ما لو كان شخص يرغب في شراء أوراق مالية معينة للاحتفاظ بها والاستفادة من ريعها، وقيمتها السوقية في الوقت الحاضر ١٠٠ ريال للسهم الواحد، إلا أنه لا يملك من المال ما يكفي لشرائها في الحال، وينتظر دخلا ماليا بعد ثلاثة أشهر مثلا، ويخشى إن انتظر إلى حين حصول الدخل أن يرتفع سعر هذه الأوراق، فإنه ربما يجد من الأصح له أن يشتري اختيار شراء يمنحه الحق في شراء هذه الأوراق بعد ثلاثة أشهر بسعر ١٠٠ ريال للسهم الواحد ، مقابل مبلغ ٥ ريالات يدفعه مقدما لمحرر الاختيار عن كل ورقة مالية . فإذا حل الأجل وكان السعر مرتفعا مارس حقه في الشراء من المحرر بسعر التنفيذ المتفق عليه ، وإن انخفضت الأسعار لم يمارس حقه واشترى الأوراق المالية من السوق بقيمتها السوقية، متحملا خسارة ثمن الاختيار^(٢) .

(١) الأسواق المالية العالمية لمحمد حبش، ص ١٨٢ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٠٢٠/٢ .

(٢) انظر أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٠٢٠/٢ - ١٠٢١ .

المبحث الثاني : حكم بيع السندات.

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حكم بيع السندات في السوق الأولية.

المطلب الثاني : حكم بيع السندات في السوق الثانوية.

المطلب الثالث : البدائل الشرعية للسندات وحكم تداولها .

المطلب الأول : حكم بيع السندات في السوق الأولية .

أتناول في هذا المطلب حكم السندات من حيث الإصدار والشراء من المصدر، وذلك في فرعين:

الفرع الأول : بيان تحريم السندات .

الفرع الثاني : شبه مجيزي السندات والإجابة عنها .

الفرع الأول : بيان تحريم السندات .

تقدم في تعريف السندات أنها وثائق تثبت مديونية مصدرها لحاملها وتعهدده بالوفاء بما قبضه من الحامل مع فائدة نسبية . وعليه فحقيقة المعاملة في السند إقراض مبلغ من النقود لمن يلتزم برده في أجل محدد مع زيادة مشروطة متفق عليها .

ويؤكد هذه الحقيقة أمور منها :

١- وصف الاقتصاديين والقانونيين السندات بذلك^(١)، والسندات محكومة بالقواعد القانونية والاقتصادية .

٢- يثبت لأصحاب السندات حقوق الدائنين ، ومن ذلك :

أ- يستحق أصحاب السندات قيمة سنداقتهم عند حلول الأجل دون نظر إلى المركز المالي للجهة المصدرة.

ب- يستحق أصحاب السندات فوائد سنداقتهم عند حلول مواعيدها بمبالغ محددة لا تتأثر بمركز

(١) مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٣٣٥؛ القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٣٢٠ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٢١١/١ ؛ سوق الأوراق المالية لعطية فياض، ص ٢١٥ ؛ بورصة الأوراق المالية لأحمد عبداللطيف، ص ١٥٦ ؛ الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ١٦٢/١-١٦٩، ١٩٣-١٩٦ .

الجهة المصدرة المالي من حيث الربح أو الخسارة، فلا تزيد الفوائد بزيادة أرباح الجهة ولا تنقص بخسارتها

ج- يجوز ضمان السندات برهن بعض أصول الجهة المصدرة أو بكفالة شخصية من جهة أخرى.

د- لا يشارك أصحاب السندات في إدارة الجهة المصدرة أو مشاريعها الممولة بالسندات ، وإنما قد يثبت للهيئة التي تمثلهم حق المراقبة والاعتراض على ما قد يؤثر على حقوقهم كدائنين .

هـ- عند إفلاس الجهة المصدرة يحاص أصحاب السندات بقية الدائنين، بل ويقدمون عليهم إذا كانت السندات مضمونة برهن بعض أصول الجهة.

و- يقدم حق أصحاب السندات على حق أصحاب الأسهم، فلا يستحق أصحاب الأسهم شيئاً حتى يوفى أصحاب السندات قيمة سنداتهم وفوائدها .

٣- مما سبق يتبين الفرق بين السندات وعقد المضاربة ، فإن المضاربة عقد شركة فيما يحتمل الربح والخسارة، يكون المال فيها أمانة في يد المضارب، فإن كان ربح فهو بين رب المال والمضارب على ما اتفقا ، على أن يكون ذلك جزءاً شائعاً منه كالنصف والربع لا مقداراً محدداً ، وإن كانت خسارة تحملها رب المال، ولا يتحمل المضارب شيئاً منها إلا بتعد منه أو تفريط^(١) .

٤- تشبه السندات "ودائع البنوك، فهي لا تختلف عن هذه الودائع من حيث إنها نقود ولا تصلح للإجارة، وليست وديعة تحفظ لدى البنك أمانة، وإنما تستخدم هذه النقود في الاستثمارات الخاصة .. بعد التملك وضمن رد المثل وزيادة، وهذا هو القرض الإنتاجي الربوي ... فما قيل عن ودائع البنوك يقال عن شهادات الاستثمار بلا أدنى فرق في الجوهر"^(٢) .

ولا تخرج السندات ذات الجوائز عن ذلك إلا في أن جميع الزيادة المشروطة أو جزءاً منها يوزع بالقرعة بين المقرضين ، فحقيقتها إقراض عدد كبير من الناس مبالغ نقدية لمن يلتزم بردها بعد أجل محدد مع زيادة مشروطة متفق عليها يستحق جميعها أو جزءاً منها من تخرج له القرعة منهم^(٣) .

(١) المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٨٣ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٥٤ ؛ الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد: ٧٦١/١ .

(٢) الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ١٩٣/١-١٩٤ .

(٣) الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ٢١٥/١ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٥٦ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٨٥ .

وإذا ثبت أن حقيقة المعاملة في السندات إقراض مبلغ من النقود لمن يلتزم برده مع زيادة مشروطة فإن ذلك معاملة ربوية محرمة بالإجماع^(١) لاجتماع ربا الفضل وربا النسيئة فيها، بل هي من صور ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه^(٢)، وهي أيضا في معنى الصورة الربوية الجاهلية "أتقضي أم تربي؟"، ذلك أن إعطاء الدراهم إلى أجل بزيادة بمعنى استبقائها في الذمة إلى أجل بزيادة، ففي كل منهما معاوضة مال بمؤجل من جنسه مع زيادة مقابل الأجل^(٣).

وفي السندات ذات الجوائز محذور آخر هو القمار الحاصل بتوزيع الفوائد عن طريق القرعة^(٤)، والذي لا يخرجها من باب الربا، بل يزيد من حرمتها بانضمام الميسر إليه، ويستوي في ذلك من فاز بجائزة من أصحاب السندات ومن لم يفز بشيء سوى رأس ماله، ذلك أن البنك لو أعطى كل واحد من أصحاب السندات رأس ماله مع فوائد، فاتفق عدد منهم على أن يجمعوا الفوائد ثم يعطوها واحدا منهم بطريق القرعة، لكان كل منهم داخلا في الربا فيما أخذه من البنك، وداخلا في الميسر فيما ساهم به في القرعة، فكذلك الحكم فيما لو قام البنك نفسه بذلك بناء على اتفاق مسبق معهم^(٥).

ولظهور دليل تحريم السندات ودخولها في الربا المحرم بنص القرآن ذهب إلى تحريمها جماهير الفقهاء والباحثين المعاصرين^(٦)، وتتالت قرارات المؤتمرات والجامع الفقهي في بيان هذا

(١) المغني: ٢١١/٤؛ المحلى: ٣٤٧/٦-٣٤٨، ٤٠٢/٧؛ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٢٤١/٣.

(٢) تقدم أن ربا الجاهلية كان بصور متعددة:

١- زيادة المال في مقابل تأجيله، وهي أشهر صوره، وهي المعروفة بـ"أتقضي أم تربي؟".

٢- قرض الدراهم والدنانير إلى أجل بزيادة على مقدار ما استقرض تدفع عند حلول الأجل.

٣- قرض الدراهم والدنانير إلى أجل على أن يأخذ الدائن كل شهر قدرا معينا مع بقاء رأس المال في ذمة المدين إلى حلول الأجل.

انظر ص ٧٥.

(٣) انظر الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد: ٤٠/١-٤٣.

(٤) الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ٢١٥-٢١٦؛ حكم الإسلام في شهادات الاستثمار لعبدالرحمن زعيتر، ص ٩٤-٩٥؛ الميسر والقمار لرفيق المصري، ص ١٦٩؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد عثمان شبيب، ص ١٨٤-١٨٥؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٥٦.

(٥) الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ٢١٥-٢١٦؛ حكم الإسلام في شهادات الاستثمار لعبدالرحمن زعيتر، ص ٩٤-٩٥.

(٦) انظر الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ١٩٢/١-١٩٦؛ الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد:

وتأكيده^(١) ، ومن ذلك قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم (٦٢/١١/٦) ونصه^(٢) :

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ ، الموافق ١٤-٢٠ آذار مارس ١٩٩٠ م .

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات والنتائج المقدمة في ندوة الأسواق المالية المنعقدة في الرباط ٢٠-٢٤ ربيع الثاني ١٤١٠ هـ / ٢٠-٢٤ / ١٠ / ١٩٨٩ م ، بالتعاون بين هذا المجمع والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، وباستضافة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمملكة 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 مبلغا مقطوعا أم خصما .

قرر :

١- إن السندات التي تمثل التزاما بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه ، أو نفع مشروط، محرم شرعا، 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 صكوكا استثمارية أو ادخارية، أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحا أو ريعا أو عمولة أو عائدا .

١/٧٥٩-٧٦٣ ؛ الشركات لعبدالعزیز الخياط: ٢/٢٢٧ ؛ شركة المساهمة لصالح المزوقي، ص ٣٩٥ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٧٦-١٨٦ ؛ حكم الإسلام في شهادات الاستثمار، ص ٤٠-٥٥ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٤٩-٢٥٨ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٢٩١-٢٩٢، ٣١٤ ؛ الربا والمعاملات المصرفية لعمر المترك، ص ٣٧٤ ؛ البنوك الإسلامية لعبدالله الطيار، ص ١٦١ ؛ المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهيتي، ص ٣٥١-٣٥٢ ؛ الأسواق المالية لعلی القره داغي، ص ١٣٣-١٣٥ ؛ سوق الأوراق المالية لعطية فياض، ص ٢١٥ ؛ بيع الدين والأوراق المالية لمحمد تقي العثماني، ص ٧٤-٧٦ ؛ بيع الدين : أحكامه وتطبيقاته المعاصرة لعزيز حماد، ص ١٨١-١٨٢ ؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٩٢-١٢٩٣ ؛ الأسواق المالية لمحمد عبداللطيف الفرفور، ص ١٢٩٢ ؛ السوق المالية لوهبة الزحيلي، ص ١٣٢٢-١٣٢٣ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١/٢٢٢ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٢/٣٥١ ؛ بنوك تجارية بدون ربا لمحمد الشباني، ص ١٦٢ ؛ المنفعة في القرض لعبدالله العمراني، ص ٥٠٨ .

(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٦/٢/١٧٢٥-١٧٢٦ ؛ ١١/١/٤٢٩-٤٣٠ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٦/٢/١٧٢٥-١٧٢٦ .

- ٢- تحرم أيضا السندات ذات الكوبون الصفري^(١) باعتبارها قروضا يجري بيعها بأقل من قيمتها الاسمية، ويستفيد أصحابها من الفروق باعتبارها خصما لهذه السندات.
- ٣- كما تحرم أيضا السندات ذات الجوائز باعتبارها قروضا اشترط فيها نفع أو زيادة بالنسبة لمجموع المقرضين أو لبعضهم لا على التعيين، فضلا عن شبهة القمار .
- ٤- من البدائل للسندات المحرمة - إصدار أو شراء أو تداول - السندات أو الصكوك القائمة على أساس المضاربة لمشروع أو نشاط استثماري معين ، بحيث لا يكون للمالكها فائدة أو نفع مقطوع، وإنما تكون لهم نسبة من ربح هذا المشروع بقدر ما يملكون من هذه السندات أو الصكوك، ولا ينالون من الربح إلا إذا تحقق فعلا...".

الفرع الثاني : شبه مجيزي السندات والإجابة عنها .

مع وضوح تحريم السندات وشدة حرمتها على ما تقدم فقد خالف في ذلك بعض المعاصرين ، فذهبوا إلى جوازها ، على اختلاف بينهم في مستند الجواز وما يحتجون به لذلك.

وما كان لهذا الخلاف أن يقع لولا أن من المنتسبين إلى العلم والفقہ من لم يفهم طبيعة السندات، خاصة في أوقات كانت السندات فيها حديثة النشأة غير واضحة المعالم، ومنهم من ظن أن السندات من الضروريات التي لا غنى للحكومات والشركات عنها، واجتمع ذلك مع نزعة إلى الاجتهاد غير المنضبط بمراعاة موارد النصوص ومواطن الإجماع، ورغبة في محاربة الشريعة الإسلامية لما يزعم أنه من مقتضيات العصر وضرورات النهوض بالأمم ، فكان هذا القول الشاذ بجواز السندات بحجج متكلفة لا يقبلها الناظر المنصف ولا تقوى على النهوض أمام النقد العلمي.

(١) السندات ذات الكوبون الصفري هي السندات التي تخلو من فائدة سنوية ، لكن لها قيمة اسمية يلتزم مصدرها بردها في تاريخ الاستحقاق، وتباع حين الإصدار بقيمة أقل من القيمة الاسمية تحدد بالنظر إلى سعر الفائدة أو بالمزاد ، ويتمثل الربح الحاصل لحاملها في الفرق بين قيمتها حين الإصدار أو التداول وقيمتها الاسمية. وسميت هذه السندات بذات الكوبون الصفري لأن السندات تتضمن غالبا كوبونات يسجل عليها تواريخ استحقاق الفائدة، ولكل كوبون قيمة تمثل تلك الفائدة، فكان هذا السند كوبونه يساوي صفرا لخلوه من الفائدة . (بيع الدين وسندات القرض لمحمد علي القرني، ص ٢٦٥) .

ولو أعرضت عن قول هؤلاء وشبههم ، لكان ذلك سائغا ، لشذوذ قولهم وعدم اعتباره أمام اتفاق عامة علماء الأمة وفقهائها على التحريم ، ولضعف حججهم بما يغني عن بيان بطلانها ، خاصة مع كثرة المؤلفات والبحوث التي تناولت ذلك ، إلا أني أجد من المناسب الإشارة بإيجاز إلى بعض شبههم وبيان شيء مما يجاب عنها به ، وذلك فيما يلي :

١- من المعاصرين من خالف في حقيقة السندات، وزعم أنها من قبيل المضاربة ، وعنده أن المضاربة جائزة بالصيغة المتبعة في السندات، أي بضمان العامل رأس المال وربحا محددًا معلوما، ومنهم من زعم أن السندات عقد مستحدث وأن الأصل في العقود الحل^(١) .

وقد تقدم في بيان حقيقة السندات ما يدل على أنها قرض ربوي ويبطل القول بأنها مضاربة . أما دعوى جواز المضاربة بنحو صيغة السندات، فذلك خلاف الإجماع^(٢)، ولو وقع عقد المضاربة بشرط ضمان العامل رأس المال انقلب عقد قرض ولم يعد مضاربة ، فإذا ضم إلى ذلك اشتراط ضمان ربح محدد صار قرضا ربويا^(٣) ، ولا يغير من حكمه شيئا تسميته عقد مضاربة ، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني .

وبذلك تبطل أيضا دعوى أن السندات عقد مستحدث ، لأن العقد الحادث إذا كان له شبه غالب بعقد من العقود المعروفة شرعا ألحق به ، فكيف إذا كان هو نفس العقد وإنما امتاز بتسمية خاصة وأحكام مستحدثة لا تؤثر في حقيقته والمقصود منه؟ .

(١) معاملات البنوك ل محمد سيد طنطاوي، ص ١٦٥-٢١١ ؛ الاجتهاد لعبد المنعم نمر، ص ٣٠٠-٣٠٥؛ جريدة الأخبار المصرية، عدد ١١٦٤٥ ، تاريخ ١٩٨٩/٩/٨ ؛ وللاستزادة انظر حكم الإسلام في شهادات الاستثمار لعبد الرحمن زعيتير، ص ٢٢-٢٥ ؛ المعاملات المالية المعاصرة ل محمد شبير، ص ١٨١ ؛ المصارف الإسلامية لعبد الرزاق الهيتي، ص ٣٥٢ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٢٣٧/١-٢٤٠ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣١٢/١-٣٢٩ .

(٢) المبسوط: ١٩/٢٢ ؛ المنتقى للباجي: ١٥٢/٥-١٥٣ ؛ مغني المحتاج: ٤١٨/٣ ؛ المغني: ٤٠، ٤١، ٤٤/٥ .

(٣) انظر الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٢٧٣/١ .

٢- ومنهم من يسلم بأن السندات قروض بفائدة لكنه يذهب إلى جواز أخذ الفائدة على القروض أو على بعض أنواعها^(١).

وبطلان هذا القول في غاية الظهور، ذلك أن تحريم ربا القروض مما أجمع عليه المسلمون^(٢)، وهو من ربا الجاهلية^(٣)، وقد أكدت تحريمه المؤتمرات والمجامع الفقهية، ومن ذلك فتوى المؤتمر الثاني لجمع البحوث الإسلامية المنعقد عام ١٣٨٥هـ ونصها^(٤): "الفائدة على أنواع القروض كلها ربا محرم، لا فرق في ذلك بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكي وما يسمى بالقرض الإنتاجي، لأن نصوص الكتاب والسنة في مجموعها قاطعة بتحريم النوعين، وكثير الربا في ذلك وقليله حرام .

والإقراض بالربا محرم، لا تبيحه حاجة ولا ضرورة، والاقتراض بالربا حرام كذلك، ولا يرتفع إثمه إلا إذا دعت إليه الضرورة، وكل امرئ متروك لدينه في تقرير ضرورته .

... وإن الحسابات ذات الأجل، وفتح الاعتماد بفائدة، وسائر أنواع الإقراض نظير فائدة، كلها من المعاملات الربوية، وهي محرمة".

٣- ومنهم من زعم أن الضرورة تدعو إلى تجويز السندات أحيانا .

ودعوى الضرورة غير مسلمة، فإن للسندات بدائل، أظهرت الدراسات والتحارب العملية

(١) من القائلين بأن فوائد القروض ليست من الربا من زعم إباحة الفوائد على القروض مطلقا، بحجة أن الربا لا يجري في النقود الورقية لأنها ليست من الأموال الربوية، أو بحجة أن الربا لا يجري إلا في البيوع دون القروض، أو بحجة أن في إباحة الفوائد مصلحة للأفراد والمجتمع، وأن الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة داعية إلى التجويز، خاصة في ظل النظام النقدي والمصرفي المعاصر .

ومنهم من زعم أن ليست جميع أنواع الفوائد محرمة، وأن التحريم خاص بالقروض الاستهلاكية دون الاستثمارية، أو بما كان مقابل تأخير الدين دون ما كان في ابتدائه، أو بما كان مركبا -أي مضاعفا- دون ما كان بسيطا، أو بما كان متوسعا فيه من القروض لا بما كان بقدر الحاجة.

انظر الربا والمعاملات في الإسلام لحمد رشيد رضا، ص ٩-١٠٣؛ مصادر الحق لعبدالرزاق السنهوري: ١٥٣/٣-١٧١؛ الاجتهاد لعبد المنعم نمر، ص ٢٧٣-٢٨٢؛ الفتاوى لمحمود شلتوت، ص ٣٥٣-٣٥٥. وللاستزادة انظر: حكم الإسلام في شهادات الاستثمار لعبدالرحمن زعيتير، ص ١١٧-١٥١؛ الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة لعبدالله السعيد: ٢٩/١-٢٧٤؛ سوق الأوراق المالية لعطية فياض، ص ٢١٨-٢٤٧؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٢٢٤/١-٢٤١.

(٢) المغني: ٢١١/٤؛ المحلى: ٣٤٧/٦-٣٤٨، ٤٠٢/٧؛ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٢٤١/٣.

(٣) انظر ص ٧٥.

(٤) الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ١٦٧/١.

بنجاحها والاستغناء عن السندات بها^(١). ولو لم توجد هذه البدائل فإن ذلك لا يدعو إلى تجويز السندات، لأن الحاجة إلى السندات لا ترتفع إلى مرتبة الضرورة^(٢)، ولأن الاضطرار إنما يرفع الإثم في حالة الاقتراض بالرّبا، أما الإقراض بالرّبا فلا تبيحه الضرورة، على ما تقدم في فتوى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية الآنف ذكرها.

٤- واحتج البعض لجواز السندات الحكومية بأن السند قرض حسن غرضه إرفاق المسلمين بحكومتهم، وما تقدمه الحكومة من فوائد ليست إلا مكافآت وجوائز تقدمها على سبيل التبرع، وللدولة أن تكافئ أبناءها الأخيار الذين أسدوا إليها معروفًا^(٣).

وهذا لا يصح فإن "العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني. فإن تبرع الحكومة المذكور ليس عاما لكل أبنائها، وليس خاصا للفقراء والمحتاجين وذوي العوز والحاجة منهم، بل هو أمر ترتب على فعل محدد هو القرض المتمثل بشراء السند المضمون، فدل على أن هذه زيادة ربوية ... ثم إن هذه هبة مشروطة بالعوض، والهبة المشروطة بعوض هي عقد معاوضة، والمعاوضة في القرض ربا"^(٤).

٥- ذهب بعض المعاصرين إلى جواز السندات ذات الجوائز التي يحصل فيها الفائزون بالقرعة على جوائز نقدية أو عينية، ولا يحصل غير الفائزين إلا على رؤوس أموالهم^(٥)، استنادا إلى أنها خالية من الرّبا، وأن الجوائز التي يحصل عليها البعض تدخل في نطاق الوعد بحسن القضاء، وأن ذلك مباح^(٦). ذلك "أن أي مقرض لم يشترط له المقرض.. على نفسه مبلغا معلوما، بل شرط المقرض

(١) انظر الشامل لمحمود إرشيد، ص ٢٢٣-٢٢٤؛ الأسواق المالية لعلي القره داغي، ص ١٣٦-١٥١؛ بيع الدين والأوراق المالية لمحمد تقى العثماني، ص ٨٨-٩٢؛ بيع الدين وسندات القرض لمحمد علي القرى، ص ٢٦٥-٢٧٧؛ بيع الدين وسندات القرض لسامي حمود، ص ٣٢٤-٣٣٩؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٣٠١-٣١٨؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٨٦-١٩٨.

(٢) المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهيتي، ص ٣٥٦.

(٣) حكم الإسلام في شهادات الاستثمار، لعبدالرحمن زعيتير، ص ٢٥؛ الأسواق المالية لمحمد القرى، هامش ص ١٥٩٧؛ جريدة الأخبار المصرية، عدد ١١٦٤٥، تاريخ ١٩٨٩/٩/٨.

(٤) الأسواق المالية لمحمد القرى، هامش ص ١٥٩٧.

(٥) الفتاوى الإسلامية في القضايا الاقتصادية، ص ٥٣؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٨٢.

(٦) الفتاوى الإسلامية في القضايا الاقتصادية، ص ٥٣؛ بحوث في فقه المعاملات المالية لرفيق المصري، ص ٣٠٨؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٨٢.

على نفسه جائزة أو جوائز، قد ينتفع بها هذا المقرض أو ذاك. فكأن المقرض عندما يدفع جائزة ما إلى أحد المقرضين، إنما يدفعها إليه على سبيل حسن القضاء الذي لم يتعهد به لكل مقرض، وإنما تعهد به لمقرضين غير معروفين مسبقاً^(١).

وقد تقدم في الدافع لابتكار هذا النوع من السندات ، وفي بيان حكمها ما يبطل هذا القول، ويبين أن الجوائز في هذه السندات "ما هي إلا الفوائد الربوية ... قسمت ووزعت بطريق اليانصيب أو المقامرة التي نهي عنها الإسلام، [فهي]... تجمع بين الربا والميسر، لأن جائزتها فوائد ربوية تعطى لصاحب الحظ أو النصيب في مقابل حرمان الآخرين"^(٢).

وإنما دخل اللبس على من أجاز هذا النوع من السندات بسبب نظره إلى كل واحد من أصحاب السندات على حدة، والواجب مراعاة الصفة الجماعية في هذه السندات ، لما فيها من الاتفاق بين الجهة المصدرة وجميع أصحاب السندات على إعطاء الجائزة لواحد منهم أو أكثر بالقرعة، فكأنهم أقرضوا الجهة مجتمعين، وذلك يجعل حكمهم حكم الواحد.

والقول بأن المقرض لم يشترط للمقرض بعينه مبلغاً مالياً معلوماً مسلم ، إلا أنه اشترط مبلغاً مالياً لواحد غير معين من طائفة محصورة ، ووقع القرض بهذا الشرط، وذلك لا يجوز .

ومما يؤكد تحريم هذا النوع من السندات ويقطع الشك في ذلك أن القرعة "إنما تجوز عند التساوي أو التكافؤ في الحقوق والمؤهلات، وعدم استيعاب الكل، أو التوزيع عليهم جميعاً بالحصص، وههنا يمكن توزيع المبالغ المرصودة للجوائز على جميع المكتتبين بالتناسب، فهذا يبدو أعدل من القرعة، ولو تم ذلك لصارت هذه المبالغ الممنوحة ربوية محرم، لأن كل المكتتبين سيكونون متأكدين من أنهم سيحصلون على منفعة مشروطة معلومة الحصول، ومعلومة المقدار، وهذه المنفعة لن تكون عندئذ إلا ربا ، وقد بدا أنه أعدل من القمار!"^(٣).

(١) بحوث في فقه المعاملات المالية لرفيق المصري، ص ٣٠٨ .

(٢) المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٨٥ .

(٣) بحوث في فقه المعاملات المالية لرفيق المصري، ص ٣١٤-٣١٥ .

المطلب الثاني : حكم تداول السندات في السوق الثانوية .

إذا كانت السندات وثيقة بدين ربوي، وكانت محرمة من حيث الإصدار والشراء من المصدر، لأن ذلك معاملة ربوية ، فإنه لا يجوز تداول السندات بالبيع بعد صدورها^(١) ، وذلك لما يلي :

١- أن المحل المعقود عليه -وهو السندات - محرم^(٢) .

٢- أن التداول يؤدي إلى بقاء العقد الربوي الذي يتضمنه السند واستفادة المشتري من الفوائد الربوية، وذلك محرم^(٣) .

٣- أن بيع السند تمليك للحقوق الربوية المضمنة في السند، وشراءه قبول للعقد الربوي الممثل في السند وللحقوق الناشئة عن هذا العقد، وذلك غير جائز، لأن تعاطي العقود الفاسدة حرام^(٤) .

٤- أن في بيع وشراء السندات تقريراً لما تتضمنه من المعاملات الربوية وتسهيلاً لتعاطيها، وذلك غير جائز حتى في حق من لم يرد بها أكل الربا لقوله تعالى : {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} ^(٥) ، ولأن تمليك السند الربوي للغير بمعنى أن يوكل الربا أو يكتبه أو يشهد عليه، وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعل ذلك^(٦) .

٥- أن جزءاً من الدين محل المعاوضة في السند زيادة ربوية محرمة غير مملوكة للبائع، ذلك أن محل المعاوضة في السند قيمته الاسمية المستحقة الوفاء عند حلول الأجل، إضافة إلى الفوائد الدورية المقررة ، في حين أن حامل السند لا يستحق من ذلك شرعاً إلا القدر الذي بذله للحصول عليه من الجهة المصدرة محسوماً منه ما قبضه من الفوائد^(٧) .

(١) انظر المراجع وقرار مجمع الفقه الإسلامي السابق الإشارة إليها في بيان تحريم السندات.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٥٥/٢ .

(٣) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لمبارك آل سليمان: ٢٤٢/١ .

(٤) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٢٨٧ ؛ تحفة المحتاج: ٢١٧/١٠ ؛ كشف القناع: ٢٤٥/٣ ؛ مطالب أولي النهى: ٨٣/٣ .

(٥) المائدة : ٢ .

(٦) روى مسلم عن حابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "لعن أكل الربا وموكله وكتابه وشاهديه" (صحيح مسلم: ١٢١٩/٣ كتاب المساقاة باب لعن أكل الربا وموكله) ، وروى البخاري عن أبي جحيفة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم "لعن الواشمة والمستوشمة وأكل الربا وموكله ونهى عن ثمن الكلب وكسب البغي ولعن المصورين" (صحيح البخاري: ٧٣٥/٢ كتاب البيوع باب موكل الربا، ٧٧٩/٢ كتاب البيوع باب ثمن الكلب ، ٢٠٤٥/٥ كتاب الطلاق باب مهر البغي والنكاح الفاسد، ٢٢١٩/٥ كتاب اللباس باب الواشمة)

(٧) انظر أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لمبارك آل سليمان: ٣٨٥/١ .

٦- أن بيع السندات يكون في الأعم الأغلب بالنقود ، وذلك من ربا النسيئة ، لأن محل المعاوضة مبلغ غير مقبوض من النقود، ولا يجوز بيع النقود بالنقود إلا بشرط التقابض . وينضم إلى ربا النسيئة ربا الفضل إذا بيعت السندات بنقود من جنس الدين مخالفة له في القدر، كما هو الغالب^(١) .

(١) انظر بيع الدين أحكامه وتطبيقاته المعاصرة لآزبه حماد، ص ١٨٢ .

المطلب الثالث : البدائل الشرعية للسندات وحكم تداولها^(١) .

طرح الباحثون والفقهاء المعاصرون عددا من البدائل الشرعية للسندات تؤدي الغرض المقصود منها دون الوقوع في الربا^(٢) ، وبالنظر إلى هذه البدائل يمكن أن تجعل صنفين :

الصنف الأول : بدائل تمثل ديناً للحامل على المصدر .

الصنف الثاني : بدائل تمثل عقد مشاركة أو مضاربة بين الحامل والمصدر .

وأهم البدائل المدرجة تحت الصنف الثاني صكوك المقارضة ، وهي شبيهة بالأسهم ووحدات صناديق الاستثمار - الآتي تناولها لاحقاً بمشيئة الله - فتأخذ حكمها .

وأقتصر في هذا المطلب على تناول أهم البدائل المدرجة تحت الصنف الأول ، وبيان ما يتعلق منها ببيع الدين، وذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول : صكوك القرض الحسن .

الفرع الثاني : صكوك الثمن المؤجل .

الفرع الثالث : صكوك السلم .

(١) يعتبر تداول السندات من أهم تطبيقات بيع الدين، إلا أنه من غير الوارد تناول حكم تداولها على فرض الجواز لما تقدم من حرمتها حرمة واضحة لكونها من الربا الصريح، ولذا تناولت بعض بدائل السندات المقترحة التي تمثل ديوناً، باعتبارها تطبيقاً معاصراً لتداول الديون الثابتة على وجه جائز.

(٢) انظر الشامل لمحمود إرشيد، ص ٢٢٣-٢٢٤ ؛ الأسواق المالية لعلي القره داغي ، ص ١٣٦-١٥١ ؛ بيع الدين والأوراق المالية لمحمد تقي العثماني، ص ٨٨-٩٢ ؛ بيع الدين وسندات القرض لمحمد علي القرني ، ص ٢٦٥-٢٧٧ ؛ بيع الدين وسندات القرض لسامي حمود، ص ٣٢٤-٣٣٩ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون ، ص ٣٠١-٣١٨ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٨٦-١٩٨ ؛ الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة لسامي حمود ؛ الوساطة المالية في إطار الشريعة الإسلامية لحسين حامد حسان، ص ٢٩-٤١ ؛ الجوانب الشرعية العامة للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية لمحمد عبدالحليم عمر ، الحلقة الثالثة ، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢٠٤ ، ص ٢٥ .

الفرع الأول : صكوك القرض الحسن .

وأتناول تعريفها وحكم بيعها^(١) في مسألتين:
المسألة الأولى : التعريف بصكوك القرض الحسن.
المسألة الثانية : حكم بيع صكوك القرض الحسن.

المسألة الأولى : التعريف بصكوك القرض الحسن .

تقدم أن غالب ما يدفع الحكومات لإصدار السندات ذات الفوائد حاجتها إلى القروض لعلاج العجز الطارئ في الميزانية ، أو لمعالجة ظروف طارئة ، أو تقديم خدمات ملحة . ومن هنا جاء اقتراح سندات القرض الحسن لتقوم مقام السندات ذات الفائدة التي تصدرها الدولة، خاصة عندما تكون حاجة الدولة إلى التمويل للقيام بخدمات أو وظائف ليس لها ريع ، مما لا يمكن معه إصدار سندات قائمة على أساس المشاركة.

إلا أن صكوك القرض الحسن تخلو من الحافز المادي الذي يدفع الناس إلى شرائها ، وقد طرح لمعالجة ذلك عدد من الحلول منها:

أ- توعية الشعب بأهمية القرض الحسن ومدى حاجة الدولة إليه لتوفير التمويل اللازم لإنجاح الخطط والمشاريع التي تسعى لإقامتها ، وأن الدولة بذلت ما في وسعها من الطرق المشروعة للحصول على التمويل ولا زالت في حاجة حقيقية لمزيد من التمويل لأغراض يرجع نفعها إلى المجتمع، وليس لمجرد الترف والتنعم، فإن ذلك كفيل بأن يخلق الحافز لدى الأفراد لإقراض الحكومة قروضا لا فائدة عليها ثقة بها واطمئنانا إلى مستقبلها، ورغبة في ثواب الآخرة^(٢) .

ب- إلزام الحكومة فئات من الناس - كالأغنياء أو بعض الشركات - بالاكتمال في السندات واقتنائها لفترة محددة^(٣) .

(١) أما إصدارها والاكتمال فيها فلا يظهر تعلقه ببيع الدين ولا بابتداء الدين بالدين، بناء على أنها عقد قرض.

(٢) بيع الدين وسندات القرض لمحمد علي القرني، ص ٢٧٢ ؛ المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٨٧ ؛ بيع الدين والأوراق المالية لمحمد تقي العثماني، ص ٩٢ ؛ الربا للمودودي، ١٥٩-١٦٠ ؛ تعقيب للشيخ الصديق الضيرير حول موضوع بيع الدين بالدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية المطروح في الدورة الحادية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٣٩١/١/١١).

(٣) بيع الدين وسندات القرض لمحمد علي القرني، ص ٢٧٢ .

ج- إلزام المصارف بالاككتاب في السندات من الودائع التي لديها والتي يولدها النظام المصرفي .
وهذه الفكرة شبيهة بإلزام البنك المركزي المصارف التجارية أن تودع لديه جزءاً أكبر من الاحتياطي
القانوني على أن يسمح للحكومة باستخدام ذلك بدون فوائد^(١) .

د- إعفاء حملة هذه السندات من بعض الضرائب أو تخفيض نسبتها لهم^{(٢)(٣)} .

المسألة الثانية : حكم بيع صكوك القرض الحسن.

وفيها أمران :

الأمر الأول : حكم بيع صكوك القرض الحسن .

الأمر الثاني : حكم تداول صكوك القرض الحسن في أسواق المال الثانوية .

الأمر الأول : حكم بيع صكوك القرض الحسن .

بيع صكوك القرض الحسن بيع لما تتضمنه من الدين ، فحكمه حكم بيع الدين ويشترط له
شروطه على ما تقدم في الفصل الأول من الباب الأول .

وعليه فإن كان بيع الصك للمدين فيه ، فهو من بيع الدين ممن هو عليه ، وذلك جائز عند
جمهور الفقهاء ، بشروط منها :

الشرط الأول : قبض ثمن الصك أو تعيينه في مجلس العقد ، ويجب القبض ولا يكتفى بالتعيين
إن كان الثمن نقوداً، أو كان مما يجري بينه وبين الدين الحرر في الصك ربا النسيئة، أو كان مثلياً لا
يعرف بعينه إلا أن ينتقل إلى ضمان بائع الصك .

(١) انظر بيع الدين وسندات القرض لمحمد علي القري، ص ٢٧٤ .

(٢) بيع الدين والأوراق المالية لمحمد تقي العثماني، ص ٩٢ .

(٣) الذي يظهر أن إعفاء حملة السندات من الضرائب أو تخفيضها لهم غير جائز ، ذلك أن الفئة التي ستقبل على الاككتاب في
الصكوك التي بهذه الصفة هي الفئة التي تجب عليها الضرائب ، وهي فئة الموسرين، فدعوتهم للاككتاب مقابل إعفائهم من
الضرائب أو نسبة منها عقد قرض اشترط فيه رد أصل المال وزيادة مالية تساوي الضريبة الواجبة على المقرض والتي
أسقطت عنه مقابل القرض، وذلك ربا (انظر تعقيب كل من/ محمد المختار السلامي ، وناجي عجم ، ومحمد علي
التسخيري حول موضوع بيع الدين بالدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية المطروح في الدورة الحادية عشرة لمجمع الفقه
الإسلامي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١٤ : ٣٨١-٣٨٢، ٤٠٨)

الشرط الثاني : مساواة الثمن للدين المحرر في الصك إذا كان يجري بينهما ربا الفضل. وفي حال عدم حلول أجل الصك فيجوز عند شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم بيعه للمدين بثمان معجل أقل من الدين ، على سبيل الصلح المنهي للدين المبرئ لذمة المدين ، والراجح عدم جواز ذلك ، لأن أقل أحواله أن يكون من ربا الفضل .

ويجوز إذا كان أجل الصك حالا الزيادة في الثمن والإسقاط منه على سبيل الهبة أو الإبراء لا على سبيل المعاوضة ، لأن ذلك من حسن القضاء والاقتضاء .

وإن كان بيع الصك لغير المدين فيه ، فهو من بيع الدين من غير من هو عليه ، وذلك جائز على الراجح، بشروط منها :

الشرط الأول : قبض ثمن الصك أو تعيينه في مجلس العقد ، ويجب القبض ولا يكتفى بالتعيين إن كان الثمن نقوداً، أو كان مثلياً لا يعرف بعينه إلا أن ينتقل إلى ضمان بائع الصك .

الشرط الثاني : أن لا يكون الثمن ديناً لمشتري الصك على غيره ، ولا ديناً لمشتري الصك على البائع إلا على سبيل الحوالة .

الشرط الثالث : أن لا يجري بين الدين المحرر في الصك والثمن ربا النسيئة ، وبما أن الصك محرر بمبلغ من النقود فإنه لا يجوز بيعه بمبلغ من النقود، سواء كان من جنس عملة الصك أو من عملة أخرى ، لأن ذلك من ربا النسيئة، فإن كان الثمن من جنس عملة الصك غير مساو له في القدر اجتمع في ذلك ربا النسيئة والفضل .

ويحسن الإشارة إلى أن استخدام الصك أداة للوفاء لا يدخل في بيع الدين ، بل يدخل في الحوالة، لما تقدم في الفرق بين بيع الدين والحوالة من أن بيع الدين يكون على سبيل المعاوضة ، والحوالة تكون على سبيل الاستيفاء^(١) .

الأمر الثاني : حكم تداول صكوك القرض الحسن في أسواق المال الثانوية .

تقدم في حكم بيع صكوك القرض الحسن من غير المدين، أي من غير الجهة المصدرة، أنه لا يجوز بيع الصك بمبلغ من النقود، سواء كان من جنس عملة الصك أو من عملة أخرى ، لأن ذلك من ربا النسيئة. وأنه يجب قبض ثمن الصك أو تعيينه في مجلس العقد.

(١) انظر ص ٤٨١-٤٨٣ .

ولا يتصور تداول صكوك القرض في أسواق المال (البورصات) الثانوية إلا بالنقد أو بسلع مثلية موصوفة في الذمة، أما بيع الصكوك بسلع معينة أو مقبوضة فغير متصور التطبيق في هذه الأسواق، وبناء عليه فإن شرط جواز بيع الصكوك غير متوافر في هذه الأسواق.

الفرع الثاني : صكوك الثمن المؤجل .

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : التعريف بصكوك الثمن المؤجل.

المسألة الثانية : حكم إصدار صكوك الثمن المؤجل.

المسألة الثالثة : حكم بيع صكوك الثمن المؤجل.

المسألة الأولى : التعريف بصكوك الثمن المؤجل.

تتمثل فكرة صكوك الثمن المؤجل في أن تعلن الجهة المحتاجة للتمويل عن رغبتها في شراء سلعة أو أكثر مع بيان صفاتها على أن يكون الوفاء بثمان محدد من النقود مؤجل إلى أجل أو آجال محددة . ثم يتم تقديم السلعة للجهة من الراغبين في الاكتتاب في السندات بأحد أسلوبين :

الأول : التقديم المباشر : وذلك بأن يقدم كل واحد من المكتتبين للجهة ما لديه من السلعة المطلوبة ، وتعطيه الجهة صكوكا تتناسب مع ما قدمه من السلعة بالنظر إلى الثمن المعلن. وهذا الأسلوب ممكن إذا كانت السلعة المطلوبة شيئا مثليا يمكن بسهولة ضبط أوصافه ومعرفة مدى توافر هذه الأوصاف فيه، كبعض المنتجات الزراعية.

الثاني : تمثيل المكتتبين : وذلك بأن يتم تمثيل الراغبين في الاكتتاب في هيئة مستقلة عن الجهة المصدرة ، تقوم بتقدير المبلغ اللازم لتوفير السلعة المطلوبة وتقسيمه على وحدات تطرح للاكتتاب ، وبعد تحصيل النقود من المكتتبين تقوم هذه الهيئة بتوفير السلعة المطلوبة بالمواصفات المحددة وتقديمها للجهة ، ثم تتولى هذه الهيئة تحصيل ثمن السلعة من الجهة عند حلول أجله وتقوم بتوزيعه على المكتتبين^(١).

ويمكن أن ينتهي دور الهيئة عند تقديم السلعة للجهة ، على أن يتم إصدار صكوك بثمان السلعة مقسوما على عدد الوحدات المكتتب فيها، ثم توزيعها على المكتتبين . ويمكن أن تصدر هذه الصكوك من الجهة بطلب من الهيئة ، أو من الهيئة مسحوبة على الجهة مع تعهد من الجهة بقبولها . وهذا الأسلوب ممكن في عموم السلع، وقد اقتصر عليه بعض الباحثين^(٢).

(١) انظر بيع الدين وسندات القرض لسامي حمود، ص ٣٣١-٣٣٢ .

(٢) انظر بيع الدين وسندات القرض لسامي حمود، ص ٣٣١-٣٣٢ .

المسألة الثانية : حكم إصدار صكوك الثمن المؤجل.

يظهر مما تقدم أن المرجح في صكوك الثمن المؤجل أن تصدر بأسلوب التمثيل، وهذا الأسلوب يعتمد على فكرة المراجعة للأمر بالشراء مع تطويرها لتتم عن طريق الاكتتاب من الجمهور . وعلى نحو ما تقدم في بدائل حسم الأوراق التجارية فإن بيان حكم إصدار صكوك الثمن المؤجل يبنى على حكم المراجعة للأمر بالشراء، وبناء على ما ذهب إليه عامة الفقهاء والباحثين المعاصرين من جواز بيع المراجعة للأمر بالشراء، فإنه يجوز إصدار صكوك الثمن المؤجل بأسلوب تمثيل المكتبتين بهيئة مستقلة، خاصة إذا كان عقد البيع بين الهيئة والجهة مسبقاً بوعده غير ملزم صادر من أحد الطرفين أو كليهما.

وكذلك الحكم في أسلوب إصدار صكوك الثمن المؤجل بأسلوب التقديم المباشر، والبيع في هذه الطريقة غير مسبوق بوعده، أو هو مسبوق بوعده غير ملزم لا يشبه العقد، لأن الجهة تعلن عن رغبتها في شراء سلعة بثمن مؤجل، دون أن يكون ذلك موجهاً لشخص بعينه ، ودون أن يتضمن ذلك إلزام الجهة بالشراء من جميع من يتقدم إليها.

وعلى أي من الأسلوبين فإن عقد البيع إذا وقع على السلعة موصوفة في الذمة غير معينة فيجب قبضها أو تعيينها في مجلس العقد أو بعده بمدة وجيزة، على نحو ما تقدم في تأخير رأس مال السلم^(١)، لأنها إذا لم تقبض ولم تعين كان ذلك من ابتداء الدين بالدين المجمع على عدم جوازه. ويحسن الإشارة إلى أنه إذا تم إصدار صكوك الثمن المؤجل بطريقة تمثيل المكتبتين في هيئة مستقلة مع إصدار صكوك بالثمن المؤجل على عددهم ، فيرد على هذه الطريقة أنها من اقتسام الشركاء دينهم الثابت في ذمة مدين واحد ، وقد تقدم بيان الخلاف في ذلك وترجيح جوازه^(٢) .

(١) انظر ص ٤٠٦-٤٠٧ ، ٤١٧-٤٢٠ .

(٢) انظر ص ٥٤٦-٥٤٨ .

المسألة الثالثة : حكم بيع صكوك الثمن المؤجل.

وفيها أمران :

الأمر الأول : حكم بيع صكوك الثمن المؤجل.

الأمر الثاني : حكم تداول صكوك الثمن المؤجل في أسواق المال الثانوية .

الأمر الأول : حكم بيع صكوك الثمن المؤجل .

أولاً: حكم بيع صكوك الثمن المؤجل الصادرة بأسلوب التقديم المباشر .

تشبه صكوك الثمن المؤجل الصادرة بأسلوب التقديم المباشر صكوك القرض الحسن في كون كل منهما وثيقة بدين من النقود، ولهذا فحكم بيعها وما يشترط فيه من الشروط على نحو ما تقدم في صكوك القرض الحسن بما لا حاجة معه لإعادته .

وتمتاز صكوك الثمن المؤجل عن صكوك القرض الحسن في كونها صادرة في مقابل سلعة، وقد تكون هذه السلعة مما يجري فيه ربا النسيئة، وفي هذه الحال يشترط لبيعها أن لا تباع للجهة المصدرة ببدل يجري بينه وبين السلعة ربا النسيئة، إلا أن يقع ذلك اتفاقاً من غير مواطاة ولا حيلة .

ومثال ذلك أن تصدر الدولة صكوكاً بثمن مؤجل من العملة المحلية للمزارعين في مقابل قمح تشتريه منهم ، فلا يجوز في هذه الحالة أن يبيع المزارعون الصكوك للدولة بقمح أو شعير أو تمر ، إلا أن تطرأ رغبة الطرفين في هذا البيع في وقت لاحق للإصدار دون أن يكون ذلك مقصوداً لأي منهما حين الإصدار.

ثانياً: حكم بيع صكوك الثمن المؤجل الصادرة بأسلوب تمثيل المكتتبين .

تمر صكوك الثمن المؤجل الصادرة بأسلوب تمثيل المكتتبين بثلاث مراحل :

المرحلة الأولى : ما قبل شراء السلعة ، وفي هذه المرحلة تمثل الوحدة المكتتب فيها نصيب حاملها من ثمن السلعة المتوفر لدى الهيئة .

وللوحدة في هذه المرحلة حكم النقود ، فإن بيعت بنقود اشترط لذلك شروط الصرف ، وإن بيعت بعروض لم يشترط فيها ذلك .

المرحلة الثانية : ما بعد شراء السلعة وقبل بيعها للجهة ، وفي هذه المرحلة تمثل الوحدة المكتتب فيها نصيب حاملها من السلعة .

وللوحدة في هذه المرحلة حكم السلعة نفسها ، ويشترط في بيعها ما يشترط في بيع السلعة .
فإن اشترت السلعة أو جزء منها ببعض النقود لا بجمعها، فإن الوحدة المكتتب فيها تمثل نصيب حاملها من السلعة المشتراة والمتبقي من النقود ، ويكون للوحدة حينئذ حكم بيع النقود ومعها سلعة غيرها، وهي مسألة "مد عجوة ودرهم" المتقدم بياها^(١) .

المرحلة الثالثة : ما بعد بيع السلعة وتسليمها للجهة ، وفي هذه المرحلة تمثل الوحدة المكتتب فيها نصيب حاملها من الدين الثابت في ذمة الجهة . ويستوي في ذلك ما لو بقيت الوحدة على حالها حين الاكتتاب أو أعطي المكتتب صكا صادرا من الجهة أو مسحوبا عليها بنصيبه من الدين .
و للوحدة أو الصك في هذه المرحلة الحكم المتقدم في الصكوك الصادرة بأسلوب التقديم المباشر.

الأمر الثاني : حكم تداول صكوك الثمن المؤجل في السوق الثانوية .

لا تختلف صكوك الثمن المؤجل عن صكوك القرض الحسن في أنه لا يتصور تداولها في أسواق المال (البورصات) الثانوية إلا بالنقود أو بسلع مثلية موصوفة في الذمة، في حين أن من شرط بيعها أن لا تباع بالنقود، وأن لا تباع إلا بعوض معين أو مقبوض، ولذا فلا يجوز تداولها في أسواق المال.
ولا يمنع من ذلك أن صكوك الثمن المؤجل بأسلوب التمثيل ليست ديونا في المرحلتين الأولى والثانية، لأن هاتين المرحلتين مرحلتان مؤقتتان تمر بهما هذه الصكوك لمدة وجيزة تمهيدا للوصول للمرحلة الثالثة، والغالب أن لا يتم طرح الصكوك للتداول خلال هاتين المرحلتين.

(١) انظر ص ٣٢٣-٣٣٣ .

الفرع الثالث : صكوك السلم .

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : التعريف بصكوك السلم.

المسألة الثانية : حكم إصدار صكوك السلم.

المسألة الثالثة : حكم بيع صكوك السلم.

المسألة الأولى : التعريف بصكوك السلم.

تقوم فكرة صكوك السلم على أن تصدر الدولة أو أي جهة أخرى صكوكا بسلعة موصوفة في الذمة -مما يجوز فيه السلم- مؤجلة إلى أجل محدد ، مقابل مبالغ نقدية تقبضها من المكتتبين في هذه الصكوك^(١) .

ويمكن استيفاء السلعة المسلم فيها من الجهة المصدرة عند حلول الأجل بطريقتين :

الأولى : أن يستوفي كل واحد من حاملي الصكوك ما يخصه من السلعة بنفسه. وهذه الطريقة ممكنة إذا كانت السلعة مما جرت العادة بتداوله بين الأفراد ، كبعض المنتجات الزراعية .

الثانية : أن يتم تمثيل حاملي الصكوك في هيئة مستقلة عن الجهة المصدرة ، تقوم باستيفاء السلعة بعد التأكد من مواصفاتها ، ثم بيعها في الأسواق المحلية أو العالمية وتوزيع الأرباح أو الخسائر على حاملي الصكوك كل بقدر حصته. كما يمكن للهيئة بيع السلعة أو جزء منها للجهة المصدرة أو غيرها قبل استيفائها.

ولهذه الصكوك عدد من المزايا منها^(٢) :

١- إمكانية استخدامها من قبل الدولة والشركات لسد العجز المؤقت في ميزان المدفوعات بدلا من السندات الربوية.

٢- إمكانية استخدامها من قبل الدولة للسيطرة على حجم النقد.

٣- تمكين الدولة والشركات من بيع السلع المتوقع إنتاجها أو استخراجها في مدد مستقبلية بما يتفق مع الاحتياجات الحالية والخطط المستقبلية.

(١) انظر الأسواق المالية لعلي القره داغي، ص ١٥١ ؛ تعقيب الدكتور محمد علي القري والدكتور عبداللطيف الجناحي على موضوع بيع الدين بالدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية المطروح في الدورة الحادية عشرة لجمع الفقه الإسلامي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي : ٣٦٧/١/١١ - ٣٦٨ - ٣٧٧/١/١١).

(٢) انظر تعقيب الدكتور عبداللطيف الجناحي المشار إليه آنفا ؛ الأدوات المالية الإسلامية لسامي حمود، ص ١٤٠٤ .

- ٤- إيجاد سوق ثانوية للسلعة المسلم فيها ، وذلك لقابلية هذه الصكوك للتداول.
- ٥- المشاركة الجماهيرية في جني ثمار الثروة الوطنية، مما يتولد عنه الإحساس بقيمتها والحرص على المحافظة عليها وزيادة إنتاجها، وتقدير جهود الدولة، والتعاون معها في مخططاتها المالية.

المسألة الثانية : حكم إصدار صكوك السلم.

لا تعدو صكوك السلم أن تكون تنظيمًا وتوثيقًا لعقد السلم بين المكتتبين والجهة المصدرة ، وذلك جائز بشروط السلم. ومنها تقديم الثمن في مجلس العقد أو خلال مدة وجيزة^(١)، لئلا يكون العقد من ابتداء الدين بالدين المجمع على عدم جوازه.

المسألة الثالثة : حكم بيع صكوك السلم.

وفي هذه المسألة أمران :

الأمر الأول : حكم بيع صكوك السلم .

الأمر الثاني : حكم تداول صكوك السلم في السوق الثانوية .

الأمر الأول : حكم بيع صكوك السلم .

صكوك السلم وثيقة بدين السلم، وبيعها بيع لما تتضمنه من دين السلم ، وفي جواز ذلك خلاف تقدم إيراده^(٢) ، وقد تقدم ترجيح الجواز^(٣) ، سواء بيع دين السلم للمدين ، أو لغيره ، وسواء كان طعاما ، أو غير ذلك.

(١) انظر ص٤٠٦-٤٠٧ ، ٤١٧-٤٢٠ .

(٢) انظر ص ٢٦٤-٢٦٩ ، ٤٥٣ .

(٣) إلا أن الاجتهاد المعاصر يذهب في معظمه إلى عدم جواز بيع صكوك السلم بناء على ترجيح عدم جواز بيع دين السلم لغير من هو عليه قبل قبضه، ففي القرار رقم ٣/١٧ الصادر عن ندوة البركة السابعة عشرة المنعقدة بجدة بتاريخ ٧-٨ رمضان ١٤٢٠هـ تحت عنوان صكوك السلم: "لا يجوز إصدار صكوك قابلة للتداول سواء كان مصدرها هو البائع سلماً، لأنه يملك نقوداً هي رأس مال السلم، أو كان مصدرها هو المشتري، لأنه كالمستصنع يملك سلعاً موصوفة في الذمة، وهي دين لا يمكن تداوله. لا مانع من إصدار صكوك سلم تمثل ثمن السلم أو البضاعة المشتراة بالسلم، إذا كانت مغلقة (غير قابلة للتداول) يحتفظ بها المستثمرون حتى نهاية الاستثمار (استهلاك الصكوك). ولا يتغير الحكم المشار إليه أعلاه بالنسبة لصكوك الاستصناع من المستصنع، أو صكوك السلم باختيار القول بجواز بيع المسلم فيه قبل قبضه، لأنه سينتقل إلى المشتري الجديد ديناً فلا يصح تداوله أيضاً" (قرارات وتوصيات ندوات البركة، ص٢٩٦)

وفي المعيار رقم ١٠ من المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (ص١٧١): "لا يجوز للمسلم (المشتري) أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه". وفيه (ص١٧٣): "لا يجوز إصدار صكوك سلم قابلة للتداول".

وإذا تقرر الجواز فإنه يشترط لبيع صكوك السلم ما يشترط لبيع الدين من شروط فإن كان بيع الصك للمدين فيه، أي للجهة المصدرة، فهو من بيع الدين ممن هو عليه ، وذلك جائز بشروط منها :

الشرط الأول : قبض عوض الصك أو تعيينه في مجلس العقد ، ويجب القبض ولا يكتفى بالتعيين إن كان الثمن نقوداً، أو كان مما يجري بينه وبين الدين المحرر في الصك ربا النسيئة، أو كان مثلياً لا يعرف بعينه إلا أن ينتقل إلى ضمان بائع الصك .

الشرط الثاني : مساواة العوض للدين المحرر في الصك إذا كان يجري بينهما ربا الفضل. وفي حال عدم حلول أجل الصك فيجوز عند شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم بيعه للمدين بعوض معجل أقل من الدين، على سبيل الصلح المنهي للدين المبرئ لذمة المدين ، والراجح عدم جواز ذلك ، لأن أقل أحواله أن يكون من ربا الفضل . ويجوز إذا كان أجل الصك حالاً الزيادة في العوض والإسقاط منه على سبيل الهبة أو الإبراء لا على سبيل المعاوضة ، لأن ذلك من حسن القضاء والاقتضاء .

الشرط الثالث: أن لا تباع صكوك السلم للجهة المصدرة بعوض يجري بينه وبين رأس مال السلم (سعر إصدار الصك) ربا النسيئة، إلا أن يقع ذلك اتفاقاً من غير مواطأة ولا حيلة. ومثال ذلك أن تصدر الدولة صكوكاً بمقادير محددة من النفط، في مقابل مبالغ من عملة محلية أو عالمية تقبضها من المكتتبين ، فلا يجوز في هذه الحالة أن يبيع المكتتبون الصكوك للدولة بنفس العملة أو بأي عملة أخرى أو بذهب أو فضة، إلا أن تطرأ رغبة الطرفين في هذا البيع في وقت لاحق للإصدار دون أن يكون ذلك مقصوداً لأي منهما حين الإصدار.

وإن كان بيع الصك لغير المدين فيه ، فهو من بيع الدين لغير من هو عليه ، وذلك جائز على الراجح، بشروط منها :

الشرط الأول : قبض العوض الذي يباع به الصك أو تعيينه في مجلس العقد ، ويجب القبض ولا يكتفى بالتعيين إن كان العوض نقوداً، أو كان مثلياً لا يعرف بعينه إلا أن ينتقل إلى ضمان بائع الصك.

الشرط الثاني : أن لا يكون العوض الذي يباع به الصك ديناً لمشتري الصك على غيره ، ولا ديناً لمشتري الصك على البائع إلا على سبيل الحوالة .

الشرط الثالث : أن لا يجري بين الدين المحرر في الصك وعوضه الذي يباع به ربا النسيئة ، فإذا كان الصك من البر مثلاً فإنه لا يجوز بيعه بتمر، لأن ذلك من ربا النسيئة، ولا يجوز بيعه ببر ولو كان مساوياً له في القدر، لأنه إذا كان مساوياً له في القدر ففيه ربا النسيئة، وإذا كان مخالفاً له في القدر

ففيه ربا النسيئة والفضل.

الأمر الثاني : حكم تداول صكوك السلم في السوق الثانوية .

تختلف صكوك السلم عن صكوك القرض الحسن وصكوك الثمن المؤجل في أنه يجوز بيعها بالنقد، وبناء عليه فإنه يمكن تداولها في أسواق المال الثانوية إذا رأت السلطة التنظيمية مصلحة عامة في ذلك تربو على ما قد يترتب عليه من مفسد، وبالضوابط التي تكفل تحقيق ذلك^(١). وترد حينئذ الحاجة إلى بيان حكم تداولها بالمعاملات المعتادة في أسواق المال، وأتناول ذلك فيما يلي:

أولاً : المعاملات العاجلة :

أ- الشراء بكامل الثمن :

حكم هذه المعاملة الجواز، لتعجيل الثمن فيها، مما يخرجها عن ابتداء الدين بالدين. ويحسن التنبيه إلى أن المتبع في بعض الأسواق المالية تأخير تسليم الثمن مدة وجيزة، قد تكون أربعة أيام أو يومين أو نحو ذلك، ويتجه مع ذلك القول بصحة العقد، لأن القبض خلال مثل هذه المدة الوجيزة في معنى القبض حالاً عرفاً، ولأن ما قارب الشيء يعطى حكمه، ولأن هذا التأخير من أجل إجراءات نقل الملكية والمقاصة بين المتعاملين بالأوراق المالية ، فهو من تأخير القبض للانشغال بما هو من لازمه، وقد نص على نحو ذلك المالكية في بيع الدين لغير من هو عليه، وفي تأخير رأس مال السلم، على ما تقدم الإشارة إليه^(٢).

ب- الشراء بالهامش :

يتضمن الشراء بالهامش محذورين :

- ١- المحذور الأول : القرض الربوي، فالمشتري يقترض ثمن الصك بفائدة، وغالباً ما يكون ذلك من أحد بيوت السمسرة ، وبيوت السمسرة تقترض ما تقرضه لعملائها من المصارف بفائدة أيضاً.
- ٢- المحذور الثاني : الجمع بين عقدي القرض والسمسرة، وذلك فيما إذا اقترض المشتري من السمسار ، فإن السمسار يقرض المشتري ثمن الصك، ويشتريه له بعمولة، وهذا من الجمع بين السلف والبيع المنهي عنه^(٣).

(١) ومن المفسد التي يجب تجنبها مفسدة جعل السلع الرئيسية محلاً للمضاربة في أسواق المال، وذلك بوضع ضوابط تجعل معظم المتعاملين في هذه الأسواق من قاصدي السلعة لا من المضاربين فيها، على نحو ما طرحه بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين في تداول الأسهم.

(٢) انظر ص ٢٥٤، ٤٠٨، ٤١١.

(٣) سبق تحريجه ص ٧٣، ١٩٨-٢٠٠.

ولهذين المحذوران يحرم الشراء بالهامش^(١)، كما يبطل عقد السمسرة باشتراط اقتراض المشتري من السمسار^(٢)، ويثبت للسمسار أجره مثله عن توليه شراء الصك للمشتري^(٣).
أما عقد شراء الصك فإنه مع ذلك يقع صحيحا إذا روعيت فيه شروطه، لأنه يقع مستقلا عن عقد الاقتراض، غاية ما فيه أن المشتري أدى الثمن الواجب في ذمته مما اقترضه بفائدة، وذلك أمر خارج عن العقد لا يؤثر في صحته^(٤).

ج- البيع على المكشوف :

يتضمن البيع على المكشوف محاذير تقتضي عدم جوازه ، منها:

أ- اقتراض الصكوك : وذلك لا يجوز ، حتى على القول بأن صكوك السلم من المثليات التي تثبت في الذمة، لأنه يقتضي أن يكون الصك المردود خيرا من المقترض، وبيان ذلك أن المقترض إذا اقترض في شهر رجب من عام ١٤٢٠ صكا صادرا في شهر محرم يحل أجله في شهر ذي الحجة ، ثم أدى مثله في شهر رمضان ، فقد أدى خيرا مما اقترض، لأنه اقترض صكا يحل بعد خمسة أشهر وأدى صكا يحل بعد ثلاثة أشهر ، وذلك غير جائز ، لأن الأجل في الصك بمتلة الصفة، واشتراط القضاء بأفضل صفة لا يجوز.

ب- الجمع بين عقدي القرض والسمسرة^(٥)، وذلك فيما إذا اقترض المشتري من السمسار ، على ما تقدم في الشراء بالهامش .

(١) انظر الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٢٢٢ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشيلي: ٢٩٨/٢ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٦٩٥/٢ ؛ الأسواق المالية لعلي القره داغي، ص ١٦٤ ؛ الأسواق المالية لمحمد القرى، ص ١٦٠١ .

(٢) انظر البحر الرائق: ١٩/٨ ؛ المنتقى للباقي: ٢٩/٥، ٥٧ ؛ مواهب الجليل: ٣١٤/٤ ؛ أسنى المطالب: ٣١/٢ ؛ المغني: ١٦٢/٤ .

(٣) الغالب أن تكون الأجرة المتفق عليها مع السمسار أعلى من أجرة المثل لوجود القرض، وفي هذه الحال يجب للسمسار أجرة المثل ، فإن كانت الأجرة المتفق عليها أقل من أجرة المثل فذلك محل خلاف :
أ- فعند الحنفية والمالكية يثبت له الأقل من أجرة مثله أو الأجرة المتفق عليها.

ب- وعند الشافعية والحنابلة يثبت له أجرة المثل ولو كانت أعلى من الأجرة المتفق عليها .

(انظر البحر الرائق: ١٩/٨ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٦٧/٣ ؛ حاشية البجيرمي على الخطيب: ٢٠٦/٣ ؛ كشف القناع: ٥٥٤/٣).

(٤) انظر أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٧٠٣/٢، ٦٩٦-٧٠٤ .

(٥) انظر أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٧٧٦/٢ .

ج- اشتراط رهن ثمن الصكوك لدى المقرض مع تمكينه من التصرف فيه باستثماره وتحقيق عوائد مالية منه ، وهذا لا يجوز، لأنه من اشتراط المقرض أن يقرضه المقرض^(١) ، وهو ما يسمى بـ "أسلفني أسلفك"^(٢) ، فالمقرض يسلف البائع الصكوك على أن يسلفه البائع ثمنها، وهذا محرم^(٣) .

ثانيا : المعاملات الآجلة .

تقدم أن المعاملات الآجلة هي المعاملات التي يتأجل تسليمها وتسليم ثمنها إلى أجل لاحق يسمى يوم التصفية . وتداول صكوك القرض الحسن بهذه المعاملات غير جائز ، لما يلي :

١- ما فيه من تأجيل ثمن الصكوك، وقد تقدم أنه مما يشترط في بيع صكوك السلم قبض ثمن الصك أو تعيينه في مجلس العقد.

٢- ما فيه من تأجيل الصكوك ، وهذا لا يجوز سواء قيل إن صكوك السلم من المثليات التي تثبت في الذمة أو قيل إنها ليست كذلك ولا تكون إلا معينة ، بيان ذلك :

أ- أنه إن قيل إن صكوك السلم من المثليات التي تثبت في الذمة، ووقع البيع على ذلك، فتأجيلها مع تأجيل الثمن من ابتداء الدين بالدين المجمع على عدم جوازه على ما تقدم^{(٤)(٥)} .

ب- وإن قيل إن صكوك السلم لا تكون إلا معينة، فإن الصكوك ليست مملوكة للبائع حين العقد، وعليه فبيعها من بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه^{(٦)(٧)}، ولو كانت مملوكة له فإن في ذلك تأجيلا لتسليم الصكوك دون غرض صحيح، واشتراط تأخير تسليم المبيع المعين لا يجوز -عند القائلين به- إلا لغرض صحيح^{(٨)(٩)}.

(١) مواهب الجليل: ٣٩١/٤ ؛ حاشية البجيرمي على المنهج: ٣٥٦/٢ ؛ المغني : ٢١١/٤ .

(٢) وهذا المصطلح عند المالكية ، انظر على سبيل المثال مواهب الجليل: ٣٩١/٤ ؛ منح الجليل: ٧٩/٥ .

(٣) انظر الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٠٠/٢ ؛ الأسواق المالية لمحمد القري، ص ١٦٠٣ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٢٢٤ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٧٨٢/٢ .

(٤) انظر ص ٢٨٤-٢٨٥ .

(٥) انظر الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٠٤/٢ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ١٩٩ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٨١١/٢ ؛ الأسواق المالية لمحمد القري، ص ١٦٢١ ؛ .

(٦) سبق تخريجه ص ٧٣ .

(٧) انظر الأسواق المالية لعلي القره داغي، ص ١٥٥ .

(٨) انظر أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٨١١/٢ .

(٩) ذهب المالكية والحنابلة -خلافا للحنفية والشافعية- إلى جواز اشتراط البائع منفعة في المبيع وتأخير تسليمه لذلك، كأن يبيع

٣- أن ما يجري في المعاملات الآجلة ليس إلا "عقد صفقات وهمية على كميات خيالية من السلع المؤجلة بأسعار وأثمان مؤجلة، لا يقصد بها إنتاج ولا تسليم، بل مجرد مضاربة بالأسعار ثم المحاسبة في الموعد المحدد على فرق السعر الذي يربحه أحد الطرفين في حالة ارتفاع السعر أو هبوطه، وهي عملية .. أشبه بالمقامرة منها بالنشاط الاقتصادي، والإسلام إنما يهدف إلى تحقيق المصالح الصحيحة فيفتح لها الأبواب التي تنتج نفعاً للمجتمع ، ويغلق أبواب المضاربة بالحظوظ التي تغري بالكسل وتقعّد الفرد عن العمل"^(١) .

ثالثاً : عقود الاختيارات .

لا يجوز تداول صكوك السلم بعقود الاختيارات ، لما يلي^(٢) :

- ١- أن في عقود الاختيارات تأجيلاً لتسليم الصكوك والتمن ، وفي ذلك محاذير سبق إيرادها في المعاملات الآجلة . بل يمكن اعتبار عقود الاختيارات نوعاً من المعاملات الآجلة، ذلك أنها بمعنى إيقاع العقد حالاً وتأجيل تسليم الصكوك وتسليم ثمنها إلى أجل لاحق، مع اشتراط خيار الفسخ لأحد الطرفين مقابل تعويض يدفعه للطرف الآخر حين العقد ولا يرد إليه بحال ، وهذا أحد أنواع المعاملات الآجلة على ما تقدم، وعليه فما تقدم في حكم المعاملات الآجلة يرد هنا .
- ٢- أن بيع صكوك السلم عقد يشترط فيه قبض الثمن، والعقود التي يشترط فيها القبض لا يجوز فيها خيار الشرط ، كالصرف^(٣) ، لأن "موضوعها على أن لا يبقى بينهما علاقة بعد التفرق ، بدليل اشتراط القبض ، وثبوت الخيار يبقى بينهما علاقة"^(٤) .

الدار ويستثنى سكانها سنة، ويشترط المالكية أن يكون ذلك لمدة لا يخشى تغير المبيع فيها، أما اشتراط التأخير إذا لم يكن للبائع غرض صحيح في ذلك فلا يجوز اتفاقاً . (انظر فتح القدير: ٤٨٨/٦ ؛ المبسوط: ٣٢/٢١ ؛ المدونة: ٢٦٦/٣ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٣/٤ ؛ أسنى المطالب: ٣٢/٢ ؛ حاشية الجمل: ٧٦/٣ ؛ مطالب أولي النهى: ٧٠/٣ ؛ المغني: ٨١/٤).

(١) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوסף الشبيلي: ٣٠٥/٢ ؛ وانظر الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٢٠٣ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٧٤ .

(٢) اقتصرنا هنا على إيراد بعض المعاني الموجبة لمنع عقود الاختيارات في تداول صكوك السلم ، ويأتي لاحقاً -إن شاء الله- في الأسهم تناول حكم عقود الاختيارات من حيث الأصل ، أي بغض النظر عن محلها.

(٣) انظر المبسوط: ٢٣/١٤ ؛ العناية: ١٣٨/٧ ؛ المدونة: ٢٢٣/٣-٢٢٤ ؛ التاج والإكليل: ١٣٩/٦ ؛ المجموع شرح المذهب: ٢٢٨/٩-٢٢٩ ؛ مغني المحتاج: ٤١٦/٢ ؛ المغني: ٢٤/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٣٨/٢ .

(٤) المغني: ٢٤/٤ .

الفصل الثالث: بيع الأسهم ووحدات

صناديق الاستثمار.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : بيع الأسهم.

المبحث الثاني : بيع وحدات صناديق الاستثمار.

المبحث الأول: بيع الأسهم

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التعريف بالأسهم.

المطلب الثاني : حكم بيع الأسهم.

المطلب الأول : التعريف بالأسهم.

تقدم في الفصل الثاني من هذا الباب بيان طرق تداول الأوراق المالية، والتي تشمل السندات والأسهم، وأتناول في هذا المطلب التعريف بالأسهم مقدما له بالتعريف بشركة المساهمة، مقتصرًا في ذلك على القدر الذي أجده كافيا لبنى عليه حكم بيع الأسهم، وذلك في تمهيد وأربعة فروع :

التمهيد : في التعريف بشركة المساهمة.

الفرع الأول : تعريف الأسهم.

الفرع الثاني : خصائص الأسهم.

الفرع الثالث : حقوق حامل السهم.

الفرع الرابع : أنواع الأسهم.

تمهيد : في التعريف بشركة المساهمة.

وفيه خمس مسائل :

المسألة الأولى : تعريف شركة المساهمة.

المسألة الثانية : خصائص شركة المساهمة.

المسألة الثالثة : الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة.

المسألة الرابعة : نشأة شركات المساهمة وتطورها.

المسألة الخامسة: أهمية شركات المساهمة.

المسألة الأولى : تعريف شركة المساهمة.

شركة المساهمة هي منظمة مالية ربحية يشترك فيها عدد من الشركاء، يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول، ولا يتحمل الشركاء في أموالهم الخاصة شيئاً من ديونها والتزاماتها عدا ما دفعوه أو التزموا به من قيمة أسهمهم، ولا تعنون باسم أحد الشركاء، ويتولى إدارتها مجلس إدارة ينتخبه الشركاء^(١).

وعرفها بعض الباحثين بأنها "عقد على مال بقصد الربح، مقسوم إلى أسهم متساوية القيمة، قابلة للتداول، على أن لا يسأل كل شريك إلا بمقدار أسهمه، وعلى أن لا يقل عدد الشركاء عن خمسة، وعلى أن يتولى إدارتها وكلاء مختارون عن ملاك الأسهم"^(٢).

والتعريف الأول أولى، لعدم الاتفاق على أن شركة المساهمة عقد، إذ يميل الكثير من القانونيين في العصر الحاضر^(٣) إلى اعتبار شركات المساهمة منظمة أو مؤسسة قائمة على النظام أكثر من قيامها على العقد بين أعضائها، خاصة بعد انتهاء مرحلة التكوين، وذلك لأمر منها^(٤):

١ - كثرة تدخل الأنظمة واللوائح في تنظيم شركات المساهمة، وشمول هذه الأنظمة إلى حد يمكن معه القول بأنه ليس للشركاء في شركات المساهمة من دور سوى الإعلان عن رغبتهم في الانضمام لهذه التنظيمات التي لا يملكون مناقشتها.

٢ - أن هذه الشركات تعتبر جزءاً مهماً من اقتصاد الأمة، مما يلزم معه ضمان انسجام أهدافها مع خطة التنمية الاقتصادية في البلد الذي تنشأ فيه، والسعي بكل الوسائل الممكنة إلى نجاح هذه الأهداف، ولهذا المعنى يفسر ما تقدم من كثرة تدخل الأنظمة في تنظيم هذه الشركات، إضافة إلى أن ذلك يجعل هذه الشركات خاضعة لبعض القواعد التي تحكم عمل المؤسسات العامة كمؤسسات

(١) انظر القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٨٩؛ مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٣٠٦-٣٠٧؛ الشركات لعبدالعزیز الخياط: ٨٦/٢؛ الشركات المساهمة لعلي الحمصي، ص ١٠١؛ العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة لعيسى عبده، ص ١٨-١٩..

(٢) شركة المساهمة لصالح المرزوقي، ص ٢٥٩.

(٣) انظر شركة الشخص الواحد لفيروز الريماوي، ص ٢٣٦-٣٤٠؛ الشركات التجارية لفوزي سامي، ص ٢٥٥-٢٥٦؛ القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ١٦٣-١٦٥؛ مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ١٨١-١٨٣؛ الشركات لعبدالعزیز الخياط: ٨٥/٢-٨٦؛ شركة المساهمة لصالح المرزوقي، ص ٣٢؛ العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة لعيسى عبده، ص ١٨-١٩.

(٤) شركة الشخص الواحد لفيروز الريماوي، ص ٢٣٦-٣٤٠؛ الشركات التجارية لفوزي سامي، ص ٢٥٥-٢٥٦؛ القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ١٦٣-١٦٥؛ مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ١٨١-١٨٣.

الدولة، مما يبعدها عن الشركات الأخرى القائمة على التعاقد، ويجعلها مؤسسة خاصة "تهدف إلى تحقيق مصلحة الأفراد ومصلحة الدولة.. تتشابه مع المؤسسات العامة التي يجب أن تستمر في خدمة مصلحة المجموع بشكل ثابت ومستمر لكي تحقق هدفها في خدمة الاقتصاد الوطني"^(١).

٣- أنه يجوز لأغلبية الشركاء أن تفرض إرادتها على الأقلية وأن تعدل من نصوص نظام شركة المساهمة، مع أن تعديل العقود يتطلب إجماع المتعاقدين.

٤- أنه يصعب القول بوجود عقد بين أشخاص لا يعرف بعضهم بعضاً، ولا يستطيعون مناقشة الشروط التي يتم على أساسها مساهمتهم في المشروع، بل إن بعض المساهمين في هذه الشركات يجهلون طبيعة المشروع الذي يساهمون فيه.

٥- أن من يشتري سهماً في البورصة لبيعه بعد وقت قصير يصعب اعتباره شريكاً متعاقداً مع غيره من الشركاء.

المسألة الثانية : خصائص شركة المساهمة.

تختص شركة المساهمة بخصائص أهمها:

أولاً : رأس مال شركة المساهمة.

- ١- يقسم رأس مال الشركة إلى الأسهم محل البحث هنا، ولهذه الأسهم خصائص يأتي إيرادها، منها قابليتها للتداول دون أن يؤثر تداولها على الشركة، وتتسم هذه الأسهم غالباً بضالة قيمتها.
- ٢- يتميز رأس المال بضحامته مقارنة برأس المال في أنواع الشركات الأخرى، وذلك نظراً لأن شركات المساهمة تنشأ عادة للقيام بالمشروعات الضخمة التي تحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة^(٢). ويشترط نظام الشركات السعودي أن لا يقل رأس مال شركة المساهمة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام عن عشرة ملايين ريال سعودي، وفيما عدا هذه الحالة -أي في حالة الاكتتاب المغلق- لا يقل رأس مال الشركة عن مليوني ريال سعودي^(٣)، والهدف من هذا التحديد عدم استخدام شركات المساهمة في المشروعات الصغيرة.

(١) الشركات التجارية لفوزي سامي، ص ٢٥٦.

(٢) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٨٩؛ الشركات لعبد العزيز الخياط، ص ٨٩.

(٣) المادة ٤٩ من نظام الشركات المعدلة بالمرسوم الملكي رقم م/٢٣ وتاريخ ٢٨/٦/١٤٠٢هـ.

٣- يعتبر رأس المال الحد الأدنى للضمان العام لدائني الشركة، وهو المقابل لتحديد المسؤولية بالنسبة للشركاء المساهمين، لذا لا يجوز رده إلى المساهمين أثناء حياة الشركة^(١).

ثانيا : مسؤولية المساهمين.

١- مسؤولية المساهمين في شركة المساهمة مسؤولية محدودة بقدر قيمة أسهمهم، فلا يمكن لدائني الشركة أن يرجعوا عليهم للحصول على باقي ديونهم التي لم يكف للوفاء بها موجودات الشركة، وكل ما لهم هو الرجوع على المساهم. بما لم يدفعه من قيمة السهم إن لم يكن قد دفع قيمته كاملة^(٢)، وتعتبر المسؤولية المحدودة للمساهم من الأمور المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم لا يصح الاتفاق على خلافها^(٣).

٢- يتفرع من المسؤولية المحدودة للمساهمين عن ديون الشركة أن إفلاس شركة المساهمة لا يترتب عليه إفلاس المساهمين، ذلك أن ديون الشركة إذا تجاوزت مجموع ممتلكاتها لا تتعداها إلى أموال المساهمين الخاصة^(٤).

هذا "ويعتبر تحديد مسؤولية المساهم وقابلية الأسهم للتداول بالطرق التجارية بالإضافة إلى ضالة قيمة الأسهم من أهم العوامل التي ساعدت على انتشار شركات المساهمة وإقبال المدخرين على استثمار أموالهم فيها"^(٥).

ثالثا : اسم شركة المساهمة.

"ليس لشركة المساهمة عنوان تجاري باسم أحد الشركاء لكثرة عدد المشتركين فيها، وهذا لا يعني عدم وجود اسم للشركة، بل يجب أن يكون لها اسم تجاري يميزها عن غيرها باعتبارها شخصا معنويا له شخصيته الاعتبارية، وقد يحمل هذا الاسم الغرض من إنشائها كشركة السكر... أو شركة

(١) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٩٠ ؛ الشركات لعبدالعزیز الخياط: ٨٨/٢.

(٢) شركة المساهمة لصالح المرزوقي، ص ٢٧٤ ؛ القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٩٠ ؛ مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٣٠٧ الشركات لعبدالعزیز الخياط: ٨٨/٢.

(٣) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٩٠.

(٤) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٩٠ ؛ مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٣٠٧ ؛ شركة المساهمة لصالح المرزوقي، ص ٢٧٤ ؛ الشركات لعبدالعزیز الخياط: ٨٨/٢.

(٥) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٩٠.

الفسفات. ويمنع أن يكون اسمها مستمداً من اسم شخص طبيعي إلا إذا كانت مملوكة لشخص أصبحت له شهرة معينة ثم تحولت إلى شركة مساهمة، فيجوز أن تستمد اسمها من شهرته شريطة أن يضاف إلى ذلك ما يفيد أنها شركة مساهمة"^(١).

"ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الهدف من عنوان الشركة هو تقوية ائتمائها عن طريق إعلام الغير بأسماء المسؤولين بالتضامن، في حين أن مسؤولية الشركاء في شركة المساهمة محدودة بقيمة أسهمهم"^(٢).

رابعا : تأسيس شركة المساهمة وإدارتها.

تختلف شركة المساهمة عن غيرها من الشركات في أن تأسيسها يستغرق وقتاً طويلاً ويتطلب إجراءات كثيرة تختلف بحسب نوع نشاط الشركة، وتزداد هذه الإجراءات صعوبة في حال طرح أسهم شركة المساهمة للاكتتاب العام، وذلك لتمكين الدولة من الرقابة على تأسيس شركة المساهمة والتحقق من جدية المشروع الذي تقوم به وحماية أموال الجمهور"^(٣).

"كما تقوم إدارة الشركة على اشتراك هيئات متعددة بعضها يتولى التنفيذ والبعض الآخر الرقابة والإشراف:

فهناك مجلس الإدارة الذي يتولى الإدارة والقيام بكافة التصرفات التي تستلزمها هذه الإدارة. وهناك الجمعية العامة العادية التي تجتمع مرة كل سنة على الأقل لمناقشة تقرير مجلس الإدارة وإبراء ذمته عن أعمال السنة المنتهية.

وهناك هيئة مراقبي الحسابات التي تتولى الرقابة على مالية الشركة والتحقق من انتظام حساباتها. وهناك أخيراً الجمعية العامة غير العادية التي تجتمع عندما يقتضي تعديل نظام الشركة"^(٤). ومثل هذه الهيئات بتعددتها وتنوعها مما تختص به غالباً شركات المساهمة عن أنواع الشركات الأخرى.

(١) الشركات لعبد العزيز الخياط: ٨٨/٢ ؛ وانظر القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٩٠-٢٩١ ؛ مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٣٠٧.

(٢) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٩٠.

(٣) مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٣٠٩ ؛ القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٩١.

(٤) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٩١.

المسألة الثالثة : الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة.

لا تختلف الأنظمة في وصف شركة المساهمة بالشخصية الاعتبارية، ومن ذلك نظام الشركات السعودي الذي نص في المادة الثالثة عشرة منه على أنه "فيما عدا شركة المحاصة، تعتبر الشركة من وقت تأسيسها شخصا اعتباريا".

والشخصية بالمعنى القانوني هي الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات^(١)، ويسمى المتصف بها "الشخص القانوني"، ويمكن تعريفه بأنه "كل كائن أو تكوين يصلح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات"^(٢)، أو أنه "كل كائن ذي قيمة اجتماعية بالنظر لما يتعلق به أو يستهدفه أو يمثل من مصالح إنسانية، ويعتبره القانون قادرا على اكتساب الحقوق والتزام الواجبات"^(٣).
والشخص القانوني نوعان^(٤) :

النوع الأول : الشخص الطبيعي، وهو الإنسان، وهو مرتبط بالشخصية وأساسها، إلا أن الناس يتفاوتون في مدى اتصافهم بالشخصية القانونية، "فبينما يتمتع بها الإنسان البالغ الرشيد كاملة، تضعف كثيرا عند البعض، كالصبي المميز والسفيه، وتضعف أكثر عند الصبي غير المميز والمجنون. فبقدر توافر الخصائص الإنسانية تكون نسبة الشخصية في نظر القانون"^(٥).

النوع الثاني: الشخص الاعتباري، ويسمى أيضا بالشخص المعنوي، وهو ما سوى الإنسان مما يشاركه الشخصية القانونية، ومن ذلك جماعات الأشخاص والأموال التي تسعى لتحقيق أغراض معينة، كالدولة ومؤسساتها والجمعيات والأوقاف والشركات، وغير ذلك مما يعتبره القانون أشخاصا صالحة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. وسميت مثل هذه الأشخاص بالأشخاص الاعتبارية

(١) الشخصية الاعتبارية لأحمد علي عبدالله، ص ٢٣-٢٤ ؛ المدخل لدراسة العلوم القانونية لخالد الرويس وورق الرئيس، ص ٢٣٥ ؛ القانون التجاري السعودي لحمد الجبر، ص ٢٠٣ ؛ نظرية الشخصية الاعتبارية لأحمد الخولي، ص ١٥ ؛ مبادئ القانون لعبد المنعم البدر، ص ٣٢٤ ؛ وانظر المدخل لدراسة الأنظمة لعبدالرزاق الفحل وآخرين، ص ٢٢٦.

(٢) المدخل لدراسة العلوم القانونية لخالد الرويس وورق الرئيس، ص ٢٣٥.

(٣) الشخصية الاعتبارية لأحمد علي عبدالله، ص ٢٧.

(٤) الشخصية الاعتبارية لأحمد علي عبدالله، ص ٢٣-٢٨ ؛ المدخل لدراسة العلوم القانونية لخالد الرويس وورق الرئيس، ص ٢٣٥ ؛ القانون التجاري السعودي لحمد الجبر، ص ٢٠٣ ؛ المدخل لدراسة الأنظمة لعبدالرزاق الفحل وآخرين، ص ٢٢٦ ؛ المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق لإبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي، ص ٢٠٠، ٢٢٩ ؛ النظرية العامة للحق لحمد شكري سرور، ص ١٤٥-١٤٦، ٢١٥.

(٥) الشخصية الاعتبارية لأحمد علي عبدالله، ص ٢٣-٢٤.

"نظرا إلى أن شخصيتها ليست طبيعية ولا حقيقية، وإنما نسبت لها الشخصية نظرا لما تقوم به وتؤديه من وظيفة هي من وظائف الإنسان، فاستعيرت لها الشخصية بناء على ذلك" ^(١).

وترتب الأنظمة على اتصاف شركة المساهمة بالشخصية الاعتبارية آثارا أتناول أهمها فيما يلي ^(٢):

أولا : الذمة المالية المستقلة.

لشركة المساهمة ذمة مالية ^(٣) مستقلة عن ذمم المساهمين وأعضاء مجلس إدارتها، ويترتب على ذلك آثار منها:

١ - تعتبر موجودات شركة المساهمة وما لها من الحقوق ملكا للشركة نفسها باعتبارها شخصا اعتباريا له ذمة مستقلة، وليست ملكا شائعا بين المساهمين، ونظرا لذلك لا يعتبر المساهم مالكا لشيء من موجودات الشركة أيا كان ما تمثله أسهمه من رأس المال، وليس له أن يتصرف بشيء منها بأي نوع من التصرفات، بل ذلك موكول إلى مجلس إدارة الشركة المعين من قبل المساهمين، كما أن ما يقدمه المساهم للشركة مقابل أسهمه يخرج من ملكه ويكون ملكا للشركة، ويقتصر حق المساهم في الشركة في الحصول على نصيبه من الأرباح ومن الأموال التي تبقى بعد تصفية الشركة. ولهذا يعتبر حق المساهم المتمثل في السهم مالا منقولاً ولو كانت جميع موجودات الشركة من العقارات.

ولعل في المثال التالي زيادة إيضاح: لو أن مجموعة من الأفراد اشتركوا في تملك عقار على الشيوع يؤجرونه ويقتسمون إيجاره بحسب حصة كل منهم، فإن هؤلاء الملاك يشتركون في الملك ويتعاونون في الإدارة، لكنهم لو قاموا بتسجيل شركة مساهمة وقدم كل منهم مقابل أسهمه نصيبه المشاع في العقار، فإنه لن يكون لأي منهم ملك في هذا العقار ولا حق في التصرف فيه، مع أن

(١) الشخصية الاعتبارية لأحمد علي عبدالله، ص ٢٧-٢٨.

(٢) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٠٦-٢١٦؛ مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٢١٣-٢٢٢؛ الشركات لعبد العزيز الخياط: ١/٢٢١-٢٤٦؛ النظرية العامة للحق لمحمد شكري سرور، ص ٢٢٥-٢٢٩؛ مبادئ القانون لعبد المنعم البدر، ص ٤٢٨-٤٣٥؛ المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، لإبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي، ص ٢٣١-٢٣٥؛ المدخل لدراسة الأنظمة لعبد الرزاق الفحل وآخرين، ص ٢٧٧-٢٨١؛ المدخل لدراسة العلوم القانونية لخالد الرويس وروزق الرئيس، ص ٢٧٦-٢٨١.

(٣) المراد بالذمة هنا الذمة بالمعنى القانوني، وهي مجموع ما للشركة من حقوق وما عليها من التزامات مالية موجودة حالا أو قد توجد مستقبلا (نظرية الذمة المالية لمنصور الفتلاوي، ص ١٧-١٨).

موجودات الشركة محصورة في هذا العقار، ذلك أن العقار خرج عن ملكهم وأصبح مملوكا للشركة، وأصبح ما يملكه كل منهم حصة في الشركة نفسها لا في العقار، وهذه الحصة تمنحه حق الحصول على نصيبه من الأرباح والأموال التي تبقى بعد تصفية الشركة، ولا تمنحه حق التصرف في العقار، لأنه ملك الشركة فالتصرف فيه منوط بها نفسها، وهي تملك الأهلية لهذا التصرف كما سيأتي، وغاية ما قد يكون للمساهم من دور في التصرفات التي تجريها الشركة أن يشارك في التصويت لتعيين من يمثل الشركة، وإن عمل المساهم في الشركة أي عمل فهو يعمل كموظف لا كشريك مالك^(١).

٢- أنه لا يجوز مطالبة المساهم بدين ثابت على الشركة، وإنما تتوجه المطالبة إلى شركة المساهمة نفسها، وذلك لاستقلال ذمة الشركة عن ذمة المساهم مع تحديد مسؤوليته عن ديونها بقدر أسهمه^(٢).

٣- أنه لا يجوز مطالبة الشركة بدين ثابت على المساهم، كما لا يجوز المطالبة بالحجز على ما يقابل أسهمه من أموال الشركة ولا على الحصة التي قدمها في رأس المال، ويقتصر حق دائني المساهم في المطالبة بالحجز على نصيبه في الأرباح، أو المطالبة ببيع أسهمه ووفاء ديونهم من قيمتها، ويستمر هذا الحكم ما دامت شركة المساهمة قائمة لقيام شخصيتها الاعتبارية، أما إذا انحلت شركة المساهمة وتمت تصفيتها فإن شخصيتها الاعتبارية تزول، ويكون لدائني المساهم الحجز على نصيبه في فائض التصفية.

٤- "امتناع المقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء، فلا يجوز لأحد من مديني الشركة أن يمتنع عن الوفاء بدينه لها بحجة أنه أصبح دائنا لأحد الشركاء، كما لا يجوز لمدين أحد الشركاء أن يمتنع عن الوفاء بدينه له بحجة أنه أصبح دائنا للشركة"^(٣).

٥- "أن إفلاس الشركة لا يستتبع إفلاس الشركاء، كما أن إفلاس أحد الشركاء لا يستتبع إفلاس الشركة، وذلك لاستقلال الذمم"^(٤).

(١) انظر الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة لمحمد القري، ص ١٦-١٧.

(٢) يعتبر إثبات الشخصية الاعتبارية للشركة أمراً لازماً -في كثير من الأنظمة- لتحديد مسؤولية الشركاء عن ديونها، إلا أنه لا يلزم من إثبات الشخصية الاعتبارية للشركة أن تكون مسؤولية الشركاء محدودة، ولهذا نجد أن الشخصية الاعتبارية كانت مقارنة لشركات المساهمة من حيث النشأة، في حين أن تحديد مسؤولية المساهمين عن ديونها تطلب مدة غير يسيرة على ما سيأتي في نشأة شركات المساهمة، كما نجد أن شركات الأشخاص غير محدودة المسؤولية ومع ذلك فهي تتصف في كثير من الأنظمة بالشخصية الاعتبارية، وكذلك الحال في بعض أنواع شركات المساهمة في إنجلترا. انظر ص ٧٢٣-٧٢٤.

(٣) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٠٨.

(٤) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٠٨.

هذا وتعتبر الذمة المستقلة للشخص الاعتباري "المزية الكبرى التي تحققها فكرة الشخصية الاعتبارية، فالانفصال بين ذمة الشخص الاعتباري وذمم الأفراد المكونين له من شأنه أن يهيئ له الاستقلال اللازم للسير في سبيل تحقيق الغاية التي أنشئ من أجل تحقيقها"^(١).

ثانيا : الأهلية.

١- تتمتع شركة المساهمة بأهلية الوجوب، أي بكونها صالحة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات^(٢)، فلها أن تباع وتشترى، وأن تقرض وتستقرض، وتستطيع أن تملك بعوض وبغير عوض، إلا أن أهلية الوجوب بالنسبة لشركة المساهمة محدودة تتحدد من جهتين :

الجهة الأولى : أنها غير صالحة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات التي تكون ملازمة للشخص الطبيعي وقاصرة عليه، وذلك كالحقوق العائلية التي تتوقف على صلة القرابة، كالنفقة والإرث.

الجهة الثانية : أنها غير صالحة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات التي لا تحقق الغرض الذي أنشئت من أجله، وهذا ما يسمى بمبدأ التخصيص، وتخصيص شركة المساهمة إما أن يكون بقواعد النظام العام، أو بما ينص عليه سند إنشائها ونظامها الخاص، ومثال ذلك : أن شركة المساهمة المتخصصة في مجال العقارات لا يجوز لها التعامل بتجارة المواد الغذائية.

٢- تتمتع شركة المساهمة بأهلية الأداء، أي مباشرة وإبرام التصرفات القانونية، "فلها حق التعاقد مع الغير بيعا وشراء، وأن تتعامل معهم فتصبح دائنة ومدينة، وأن تساهم في شركة أخرى، وأن تتقاضى وتقاضي، إلى آخر التصرفات، ويمثلها في ذلك مديرها أو الشخص الممثل لها في حدود ما يمنح من صلاحيات"^(٣). وأهلية الأداء بالنسبة لشركة المساهمة محدودة بحدود أهلية الوجوب السابق الإشارة إليها، فلا يمكن لشركة المساهمة مباشرة التصرفات الخاصة بالشخص الطبيعي، كالنكاح مثلا، كما لا يمكنها مباشرة التصرفات التي لا تحقق الغرض الذي أنشئت من أجله، على ما يحدده سند إنشائها ونظامها الخاص، أو قواعد النظام العام.

٣- حين تباشر شركة المساهمة نشاطها فإن ذلك قد يترتب عليه وقوع أضرار تلحق بالغير نتيجة الأخطاء التي يرتكبها ممثلوها، وهذه الأخطاء تنسب لشركة المساهمة نفسها ولا تنسب لممثليها

(١) مبادئ القانون لعبد المنعم البدر اوي، ص ٤٣٥.

(٢) انظر ص ٢٤ .

(٣) الشركات لعبد العزيز الحياط: ٢٢٨/١.

وإن كانت من الناحية العملية واقعة من قبلهم، ويمكن للمتضرر في هذه الحالة إقامة الدعوى على شركة المساهمة.

٤- تذهب بعض الأنظمة إلى إمكانية مساءلة شركة المساهمة جنائيا في بعض الحالات، وإن كانت طبيعة شركة المساهمة لا يتصور معها أن تكون العقوبة سوى غرامة مالية توقع عليها، أو على الأكثر حلها كلية ووقف نشاطها.

ثالثا : الاسم والجنسية والموطن.

١- لشركة المساهمة اسم خاص بها، يميزها عن سائر الأشخاص القانونية الأخرى، وغالبا ما يكون اسمها معبرا عن نشاطها. ويعد هذا الاسم حقا ماليا يتمتع بحماية القانون.

٢- لشركة المساهمة جنسية تنتمي إليها، تتحدد عادة بالدولة التي يوجد بها مركز إدارتها دون نظر إلى جنسية المساهمين فيها أو القائمين على إدارتها.

٣- لشركة المساهمة موطن خاص بها يستقل عن موطن المساهمين فيها أو القائمين على إدارتها، ويتحدد موطنها بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها، وإذا كان لها فرع في مكان آخر جاز اعتبار مكان الفرع موطنها خاصا بالنسبة لنشاطه، وذلك تيسيرا على المتعاملين مع الشركة. ومن ثمرة تحديد الموطن تحديد المحكمة المختصة والنظام واجب التطبيق عند رفع الدعاوى في المسائل المتعلقة بنشاط الشركة.

المسألة الرابعة : نشأة شركات المساهمة وتطورها.

بعد تناول تعريف شركة المساهمة وخصائصها وشخصيتها الاعتبارية أجد من المناسب تناول نشأة شركات المساهمة وكيفية تطورهما إلى شكلها الحالي وما تتصف به من خصائص، وذلك بالإيجاز المناسب لمقتضى الحال فيما يلي :

أولا : نشأة شركات المساهمة^(١).

نشأت شركات المساهمة مع بداية حركة الكشف الجغرافية ورحلات التجار المغامرين، التي قادتها بعض الدول الأوروبية البحرية في القرن الخامس عشر الميلادي، فقد ظهر في إيطاليا مثلا شركات قائمة على المساهمة يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية وقابلة للتداول.

(١) انظر شركة المساهمة لصالح المرزوقي، ص ٢٥-٢٩ ؛ الشخصية المعنوية للشركة التجارية لمحمود بري، ص ١٩-٢٣ ؛ الشركات المساهمة لعلي الحمصي، ص ٩٩.

وفي القرنين السادس عشر والسابع عشر الميلاديين ازداد عدد الشركات القائمة على المساهمة واكتسبت طابعا رسميا، فقد استعمرت عدد من الدول الأوروبية أمريكا والهند وأفريقيا وغيرها، واحتاجت هذه الدول لرؤوس أموال ضخمة لاستثمار مستعمراتها، وكانت خير طريقة لذلك إنشاء شركات مساهمة تجمع رؤوس أموالها من المساهمين من التجار وغيرهم، وتعطى امتيازات واحتكارات وصلاحيات واسعة تمكنها من إدارة المستعمرات.

وقد كانت هذه الشركات تُنشأ بترخيص أو مراسيم ملكية تسمح بطرح أسهمها على الجمهور، لجمع رؤوس الأموال اللازمة لتغطية التكاليف، وتمنحها هذه التراخيص امتيازات واحتكارات وصلاحيات تيسر لها مباشرة نشاطها وتحقيق الأرباح المرجوة منها، وكانت صلاحياتها واسعة إلى حد أنها تشمل أحيانا تكوين الجيوش وسك النقود وسن النظم وتحصيل الضرائب وإصدار اللوائح، ونحو ذلك مما هو من اختصاص الدول. وسميت هذه الشركات في ذلك الحين "الشركات المنظمة"، نظرا لوجود قواعد لائحية تنظم الشركة وروابط الشركاء فيها.

ومع تزايد شركات المساهمة وازدهارها وضخامة أرباحها بدأت تظهر سلباتها، وكان من أبرز سلباتها اندفاع المستثمرين نحو هذه الشركات وظهور المضاربات في أسهمها، واستخدام أساليب احتيالية لخداع الجمهور في تقويم الأسهم وتداولها في الأسواق، مما أدى إلى العديد من الأزمات والاضطرابات المالية، وزاد من ذلك التشدد في بعض البلدان في منح تراخيص تأسيس شركات المساهمة، مما جعل أسهم شركات مفلسة أو على وشك الإفلاس محلا للتداول رغبة في الاستفادة من تراخيصها، مما زاد من فوضى المضاربات وحدة الأزمات، فكانت نتيجة ذلك أن صدر في إنجلترا قانون حرم طرح أو تداول أسهم الشركات، إلا بإذن من البرلمان البريطاني، أو بمرسوم ملكي، وفي فرنسا صدر مرسوم بإلغاء شركات المساهمة وتحريمها مستقبلا تحت أي شكل تكون عليه.

وفي القرن الثامن عشر ظهرت الكشوف العلمية والاختراعات، التي مكنت من التوسع في التجارة والصناعة وال عمران، وفي ظل هذا التوسع وجدت المشاريع الكبيرة التي تتطلب أموالا كثيرة لا يستطيع أن يقوم بها فرد واحد أو أفراد قلائل، ويقتضي تنفيذها وقتا طويلا، فظهرت شركات المساهمة وسيلة مناسبة - بل وحيدة أحيانا - للقيام بهذه المشاريع

وتعتبر شركة المساهمة اليوم أحد معالم العصر الحديث وأهم أشكال الشركات الحديثة، فقد غزت جميع فروع الصناعة والتجارة، واستأثرت بالمشروعات الاقتصادية الكبرى، كأعمال البنوك والتأمين والصناعة الضخمة واستخراج البترول والمعادن، والفنادق والنقل البري والبحري والجوي وتوريد المياه والكهرباء وغير ذلك من المشروعات.

ثانيا : الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة^(١).

اتسمت شركات المساهمة من حين نشأتها بكونها أشخاصا اعتبارية، وليست مجرد عقود تنظم علاقات الشركاء كما في المشاركات، وسبب ذلك يعود إلى أمرين رئيسيين:

الأمر الأول : ارتباط شركات المساهمة من حين نشأتها بالدولة، وخضوعها لإذن الدولة في إنشائها، ولتنظيمها وإشرافها في إدارتها، وما تمنحه الدولة بعض شركات المساهمة من امتيازات واحتكارات وصلاحيات، مما جعلها تتسم بما تتسم به مؤسسات الدولة من الشخصية الاعتبارية.

الأمر الثاني : أن نجاح شركات المساهمة لا يمكن غالبا دون استمرارها مددا طويلة، وذلك لضخامة تكاليف تأسيسها وما تحصل عليه من امتيازات، مما يقتضي بقاءها مددا طويلة تتمكن خلالها من قيامها بمهامها وتغطية تكاليفها وتحقيق أرباح للمساهمين فيها، وهذا الاستمرار لا يمكن إلا بأن تضاف إليها صفة الشخصية الاعتبارية المستقلة عن الشركاء.

ويحسن الإشارة هنا إلى أن اتصاف شركات الأشخاص^(٢) في فرنسا بالشخصية الاعتبارية كان

(١) الشخصية المعنوية للشركة التجارية لمحمود بري، ص ١٩-٢٣.

(٢) تقسم الشركات الحديثة في القانون الفرنسي والقوانين العربية إلى شركات أشخاص، وشركات أموال، وشركات مختلطة :
أولا : شركات الأشخاص، وهي الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء، ومن أنواعها:
أ- شركة التضامن، وهي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر مسؤولين بالتضامن في جميع أموالهم عن ديون الشركة.
ب- شركة التوصية البسيطة، وهي الشركة التي تتكون من فريقين من الشركاء، فريق يضم على الأقل شريكا متضامنا مسؤولا في جميع أمواله عن ديون الشركة، وفريق آخر يضم على الأقل شريكا موصيا مسؤولا عن ديون الشركة بقدر حصته في رأس المال.

ج- شركة المحاصة، وهي شركة تعتقد بين شخصين أو أكثر للقيام بعمل واحد أو عدة أعمال، يباشرها أحد الشركاء باسمه الخاص، على أن يقتسم الأرباح والخسائر بينه وبين باقي الشركاء، وهي شركة مستترة لا تتمتع بشخصية اعتبارية.
ثانيا : شركات الأموال، وهي الشركات التي تعتمد على المال المقدم من كل شريك دون النظر إلى شخصه، ويقصرها البعض على شركة المساهمة محل البحث هنا.

ثالثا : الشركات المختلطة، وهي الشركات القائمة على الاعتبار المالي والاعتبار الشخصي في آن واحد، ويعدها البعض من شركات الأموال، في حين يعدها آخرون قسما مستقلا، والشركات المختلطة هي:

أ- شركة التوصية بالأسهم: وهي الشركة التي تتكون من فريقين، فريق يضم على الأقل شريكا متضامنا مسؤولا في جميع أمواله عن ديون الشركة، وفريق آخر يضم شركاء مساهمين لا يقل عددهم عن أربعة، ولا يسألون عن ديون الشركة إلا بقدر حصصهم في رأس المال.

ب- الشركة ذات المسؤولية المحدودة: وهي الشركة التي تتكون بين شريكين أو أكثر مسؤولين عن ديون الشركة بقدر حصصهم في رأس المال، ولا يزيد عدد الشركاء في هذه الشركة عن خمسين.

محلا للشك، ثم تطور الأمر إلى أن استقر على أن جميع الشركات التجارية تتسم بالشخصية الاعتبارية من حين قيدها في السجل التجاري، وهو ما نص عليه القانون الفرنسي الصادر عام ١٩٦٦م^(١)، وتبعه في ذلك القانون المصري^(٢)، ونص نظام الشركات السعودي على أن الشركة تكتسب الشخصية الاعتبارية بمجرد تأسيسها، واستثنى من ذلك شركة المحاصة^(٣).

أما في إنجلترا فلا تزال شركات الأشخاص تخضع لأحكام الوكالة التي تنظم العلاقة بين الشركاء، وعلاقتهم مع الغير، دون أن تتمتع بشخصية اعتبارية^(٤).

ثالثا : المسؤولية المحدودة للمساهمين في شركة المساهمة^(٥).

مع اتصاف شركات المساهمة بالشخصية المعنوية إلا أن مسؤولية المساهمين فيها بقيت غير محدودة

(انظر القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٣٧-٤٠٥ ؛ الشركات لعبدالعزیز الخياط: ١٣/٢-١٤، ٧١-١١٨)

(١) الشخصية المعنوية للشركة التجارية لمحمود بريري، ص ٢٧ ؛ مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٢١١.

(٢) الشخصية المعنوية للشركة التجارية لمحمود بريري، ص ٣٢ ؛ مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٢١٠-٢١١.

(٣) المادة ١٣ من نظام الشركات السعودي.

(٤) يقول الدكتور إلياس ناصيف في كتابه موسوعة الشركات التجارية (١/٢٧) :

"يُميز القانون الإنجليزي بين نوعين من الشركات:

أ- شركات مجردة من الشخصية المعنوية، تقوم على الاعتبار الشخصي، ولا تضم أكثر من عشرين شريكا، وهي تشبه شركات الأشخاص، وتسمى (Partnerships).

ب- والشركات المتمتع بالشخصية المعنوية، وهي الشركات الخاضعة للأحكام المتعلقة بالشركات حسب المفهوم العام للشركة، وتسمى (Companies). هذه الأخيرة إما أن تكون غير محدودة..، بمعنى أن يكون الشركاء فيها مسؤولين مسؤولية مطلقة عن ديون الشركة، وإما أن تكون محدودة، وتنقسم الشركات المحدودة بدورها إلى :

١- شركة محدودة بالضمان.. تتحدد مسؤولية كل شريك فيها عن ديون الشركة عند حلها بمبلغ معين.

٢- وشركات محدودة بالأسهم..، ويقسم فيها رأس المال إلى أسهم، وتتحدد مسؤولية الشركاء فيها عن ديون الشركة بقيمة ما يملكونه من الأسهم. والشركة المحدودة بالأسهم إما أن تكون شركة خاصة..، أو شركة عامة.

والشركة الخاصة لا تضم أكثر من خمسين شريكا، ولا يجوز لها أن تصدر أوراقا مالية تعرض على الجمهور، ويجب أن يتضمن عقدها التأسيسي شروطا تحد من حرية التنازل عن الأسهم، وبذلك تشبه هذه الشركة الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

أما الشركة العامة فلا تخضع للقيود المفروضة على الشركة الخاصة. مما يعني أن الشركة العامة المحدودة بالأسهم.. ما هي إلا الشكل الإنكليزي للشركة التي تقابل الشركة المساهمة".

وانظر شركات المساهمة لمحمد صالح بك، ص ١٧-١٨ ؛ الشخصية المعنوية للشركة التجارية لمحمود بريري، ص ٣٣.

(٥) الشخصية الاعتبارية لمحمد القرني، ص ٢١، ١٣ ؛ الشخصية المعنوية للشركة التجارية لمحمود بريري، ص ٢٢، ٣٠-٣٤

مدة طويلة، فكانت التراخيص الصادرة بتأسيس شركات المساهمة تمنحها حق الرجوع على المساهمين لإلزامهم بتسديد ديونها، حتى لو تجاوزت مساهماتهم، فإن لم تفعل ذلك كان لدائنيها الرجوع على المساهمين، ويحلون في مطالبتهم محل الشركة.

وفي القرن الثامن عشر بدأ ينص على تحديد مسؤولية المساهمين في عقود إنشاء بعض شركات المساهمة في بعض الولايات الأمريكية، حيث تجيز قواعدها القانونية العامة تحديد المسؤولية في الشركات، وتطور الأمر في أوائل القرن التاسع عشر إلى تقنين هذه الفكرة بأن صدرت قوانين تنص على جواز أن تكون الشركة محدودة المسؤولية.

أما في بريطانيا فلم يكن من الجائز تحديد المسؤولية في أي نوع من أنواع الشركات، ومن ذلك شركات المساهمة، إلا أن فشل شركة القطارات البريطانية في جمع الأموال الكافية لتمويل إنشاء مشروع السكك الحديدية، لانصراف الناس عن المساهمة فيها خوفاً من المسؤوليات المتضمنة في هذا الاستثمار الضخم، قد دفع البرلمان إلى إصدار نظام جديد للشركات، فصدر في سنة ١٨٥٥م قانون الشركات الذي تضمن إباحة النص على المسؤولية المحدودة في عقود تأسيس الشركات على أن يكون ذلك مشروطاً بموافقة البرلمان.

وبعد أن أصبح تحديد مسؤولية المساهم في الشركة حقيقة واقعة ومؤثرة في أمريكا وبريطانيا بدأت دول أخرى -ومنها فرنسا- تأخذ بذلك وتنص عليه في قوانينها، حتى أصبحت المسؤولية المحدودة من سمات شركات المساهمة في معظم بلدان العالم.

ويحسن الإشارة إلى أنه وإن كان الغالب في شركات المساهمة أن تكون المسؤولية فيها محدودة، إلا أنه لا تلازم بين الأمرين، أي بين كون الشركة مساهمة، واتصافها بالمسؤولية المحدودة، فيجوز في معظم البلدان أن تكون الشركة غير مساهمة وتتصف بالمسؤولية المحدودة، كما يجوز في بعض البلدان -كبريطانيا- أن تكون شركة المساهمة غير محدودة المسؤولية.

رابعا : تنظيم الدولة لشركات المساهمة وإشرافها على إدارتها.

يتبين مما تقدم أن شركات المساهمة كانت في بداية نشأتها تنشأ بتراخيص من أعلى السلطات في الدولة تمنحها الصلاحيات وتحدد مهامها وتنظم عملها وروابط الشركاء فيها.

وفي ظل نمو وازدهار النظام الرأسمالي بدأت شركات المساهمة تتحرر إنشاء وإدارة من سيطرة الدولة، حتى صارت تنشأ باستيفاء إجراءات محددة من أهمها قيدها في السجل التجاري، وأصبحت مجالس إدارتها واسعة الصلاحيات.

إلا أن التجربة كشفت أن الآليات المتبعة لإدارة شركات المساهمة من مجالس إدارة ومجالس عمومية كثيرا ما تتخذ "ستارا يخفي وراءه سيطرة كبار رجال الأعمال على هذه الشركات، بحيث أصبحت هذه الشركات مرتعا للاستغلال والمضاربات الخبيثة والاحتكار وما يتبعه من التحكم في الأسعار والسيطرة على الحكم وإفساد الذمم.

فقد عمت شركات المساهمة ظاهرة تغيب المساهمين عن حضور الجمعيات العمومية، وترتب على عدم استعمال المساهم حقوقه في الرقابة على استغلال المشروع وإدارته، أن احتكر أعضاء مجلس الإدارة تلك السلطة وأصبحوا سادة المشروع، كما ترتب على ذلك انكماش أرباح المساهمين وتضخم مكافآت أعضاء مجلس الإدارة، وذلك لأن الحكم في التوزيع هو مجلس الإدارة، ولا رقيب حقيقيا عليه في الجمعية العمومية، ومما زاد الأمر خطورة أن مجلس الإدارة يتكون عادة من عدد محدود من الأعضاء تربطهم علاقات شخصية ويدعم تكتلهم اتحاد المصالح المشتركة، وكان من شأن تضخم النفوذ الاقتصادي لأعضاء مجالس إدارة الشركات المساهمة واشتراك كل منهم في عدة مجالس إدارة شركات أن سيطرت فئات من رجال الأعمال على كيان الدولة السياسي وأصبحت بعض الشركات دولة داخل الدولة"^(١).

ومن هنا ظهرت الحاجة لتدخل الدولة مرة أخرى في إنشاء شركات المساهمة ومراقبتها ووضع القواعد المنظمة لجوانبها المختلفة، وفرض العقوبات عند مخالفة هذه القواعد، إلى حد جعل البعض يميل إلى اعتبار شركات المساهمة نظاما قانونيا أكثر من اعتبارها عقدا يقوم على تراضي أطرافه، على ما تقدم الإشارة إليه.

المسألة الخامسة : أهمية شركات المساهمة.

تبرز أهمية شركات المساهمة في أمور منها^(٢) :

١- أنها يسرت لعموم الناس استثمار أموالهم، خصوصا صغار المستثمرين الذين لا يملكون مالا كافيا لاستثماره في مشاريع منفردة، وكذلك الذين تعوقهم أعمالهم عن مزاولة التجارة بأنفسهم،

(١) القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٨٦.

(٢) انظر الشركات لعبدالعزیز الحياط: ٨٥/٢، ٨٩-٩٠ ؛ الشركات المساهمة لعلي الحمصي، ص ٩٧-٩٩ ؛ الشخصية

الاعتبارية لمحمد القرني، ص ١٧-١٩ ؛ القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٢٨٥ ؛ شركة المساهمة لصالح

المرزوقي، ص ٢٦٤-٢٧٠.

ذلك أن اشتراكهم في شركات المساهمة لا يتطلب منهم جهدا، وغاية ما يتطلبه متابعة أخبار شركاتهم ومعرفة حال أسهمها في بورصة الأوراق المالية وحضور الجمعيات العمومية للمساهمين واشتراكهم في مداولاتها.

٢- أنها تعتبر استثمارا قليل المخاطر، وذلك لاتصاف شركات المساهمة بالشخصية الاعتبارية وتحديد مسؤولية المساهمين فيها، مما يجعلها لا تتأثر بمن يفلس أو يموت أو ينسحب من المساهمين، ويحد من خسارة المساهمين فيها فلا تتجاوز خسارتهم ما قدموه أو التزموا به من قيمة الأسهم. بينما يمكن عند إفلاس الشركات الأخرى التي لا تتسم بتحديد المسؤولية أن يخسر الشريك أمواله جميعها، ولو كان لا يملك إلا حصة صغيرة من الشركة، وذلك إذا ترتب على إفلاسها مطلوبات كثيرة للآخرين لا تفي موجوداتها بتغطيتها.

٣- أن كثرة شركات المساهمة تسمح لأصحاب رؤوس الأموال أن يوزعوا أموالهم في شركات مساهمة مختلفة، مما يقلل من خطر الخسارة، خاصة مع تحديد مسؤوليتهم عن ديون شركة المساهمة.

٤- أنها مكنت التجار والمستثمرين من الاستثمار في مشاريع لا يتمكنون من الاستثمار فيها فرادى أو عن طريق الشركات الخاصة، إما لكونها تتطلب رؤوس أموال ضخمة لا يملكونها، أو لكونها تتطلب وقتا طويلا يفقدون معه السيولة النقدية التي يحتاجونها، فبواسطة شركات المساهمة يمكن الدخول في هذه المشاريع، لأن الأموال اللازمة تجمع من عدد كبير جدا من المساهمين، ولأن المساهم لا يفقد السيولة النقدية، فيمكنه متى شاء أن يبيع أسهمه في أسواق الأوراق المالية.

٥- وتعد السيولة النقدية من أهم مزايا شركات المساهمة، ذلك أن تقسيم رأس مال الشركة إلى أسهم متداولة في أسواق الأوراق المالية جعل بيع هذه الأسهم عملية ميسرة وذات تكاليف قليلة، حيث يفصح السوق نفسه عن أهم المعلومات التي يحتاجها الراغبون في شراء أسهم الشركة، بخلاف الحال في الشركات الأخرى التي يلزم لبيع سهم منها موافقة بقية الشركاء، ويلزم له أيضا حصول مشتري السهم على معلومات موثقة ومؤكدة عن وضع الشركة، وذلك يتطلب قدرا غير يسير من الجهد والوقت والمال.

٦- أن شركات المساهمة سبيل للقيام بالمشاريع الضرورية للأمة التي تتطلب رؤوس أموال ضخمة، كاستخراج المعادن والنفط من باطن الأرض، والصناعات الكبيرة، والمراكز التجارية الضخمة، والمشروعات الزراعية، وغيرها مما يتطلب أموالا ضخمة لا تتوفر عند آحاد الناس.

٧- أنها سبيل للقيام بالمشاريع الضرورية للأمة التي تكون نتائجها بعيدة لا تحصل إلا بعد مضي مدة طويلة من الزمن، فمثل هذه المشاريع بعيدة النتائج لا يقبل عليها آحاد المستثمرين لما يترتب عليها

من فقدان السيولة مددا طويلة، إضافة إلى أنه لا يمكن القيام بهذه المشاريع بواسطة الشركات ذات الطابع الشخصي، لأن طول أمد هذه المشاريع يتطلب أن تكون الشركات القائمة عليها متسمة بالاستقرار، لا يؤثر فيها موت الشركاء وإفلاسهم وانسحابهم، الأمر الذي تفتقر إليه هذه الشركات وتتميز به شركات المساهمة.

٨- أنها سبيل لتجميع مدخرات الأمة المتفرقة بين آحاد الناس وتوظيفها للقيام بالمشاريع الضرورية للأمة، والنهوض باقتصادها، بدلا من بقائها مهددة في خزائن أصحابها، أو صرفها في أمور استهلاكية لا تعود على عموم الأمة بالنفع.

الفرع الأول : تعريف الأسهم.

تعرف الأسهم بأنها: وثائق قابلة للتداول، تثبت حقوق مالكيها والتزاماتهم في شركة مساهمة، تصدر من شركة المساهمة نفسها عن طريق الدعوة للاكتتاب العام، على هيئة وحدات متساوية القيمة غير قابلة للتجزئة^(١).

وربما عرف البعض السهم بأنه "صك يمثل حصة في رأس مال شركة المساهمة"^(٢). إلا أنه لا يعني بذلك أن السهم هو في حقيقته حصة من رأس مال الشركة، بل يعني أنه صك يثبت تقديم حامله حصة في رأس مال الشركة، وما يترتب على ذلك من حقوق والتزامات. لما يقرره القانونيون بوضوح من أن ما يملكه حامل السهم ليس حصته في رأس المال، لأن هذه الحصة قد قدمها للشركة فانتقلت ملكيتها منه إليها، فلا يكون مالكا لها بعد تقديمه لها^(٣)، وإنما يملك حقوقاً على الشركة هي حقوق حامل السهم الآتي بيانها.

وللسهم قيمة اسمية، وقيمة إصدار، وقيمة دفترية، وقيمة حقيقية، وقيمة سوقية^(٤):

١- فالقيمة الاسمية : هي القيمة التي تحدد للسهم عند تأسيس الشركة، وتدون في شهادة السهم الصادر للمالكه، ومن مجموع القيم الاسمية لجميع الأسهم يتكون رأس مال الشركة.

٢- وقيمة الإصدار : القيمة التي يصدر بها السهم عند التأسيس أو عند زيادة رأس المال، وتكون مساوية للقيمة الاسمية في الغالب. ولا يجوز إصدار السهم بأقل من قيمته الاسمية طبقاً لنظام الشركات بالمملكة، ويجوز إصداره بأكثر من قيمته الاسمية، و يطلق على فرق القيمة في هذه الحالة "علاوة الإصدار".

٣- والقيمة الدفترية : قيمة السهم كما تظهر في دفاتر الشركة، ويتم استخراجها بقسمة أصول الشركة -بعد خصم التزاماتها- على عدد الأسهم المصدرة، أو بقسمة حقوق المساهمين التي تشمل رأس المال المدفوع، والاحتياطيات، والأرباح المحتجزة، على عدد الأسهم المصدرة.

ولا تمثل القيمة الدفترية القيمة الفعلية لموجودات الشركة.

(١) انظر المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير، ص ١٦٢ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٣٠-٣١ ؛ المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهبني، ص ٣٣٨ ؛ الشامل لمحمود إرشيد، ص ٢١١ ؛ الاستثمار بالأسهم لعبد الجهن، ص ٣٥-٣٦.

(٢) مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٣٢٥؛ وانظر القانون التجاري السعودي لمحمد الجبر، ص ٣٠٧.

(٣) انظر الوسيط للسنيوري: ٣٣٤/٥؛ مبادئ القانون التجاري لمصطفى طه، ص ٢١٤.

(٤) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١١٥-١١٦ ؛ الشامل لمحمود إرشيد، ص ٢١٢ ؛ الاستثمار بالأسهم لعبد الجهن، ص ٣٦-٣٧.

٤- والقيمة الحقيقية : ما يقابل السهم من ممتلكات الشركة مقومة بالأسعار الجارية بعد حسم ديونها.

٥- والقيمة السوقية : القيمة التي يباع بها السهم في السوق، والمتغيرة بحسب حالة العرض والطلب . وكثيرا ما تختلف القيمة السوقية عن القيمة الدفترية والحقيقية للسهم، ويرجع ذلك إلى أسباب منها أن القيمة السوقية للسهم لا تمثل فقط الأصول، أو موجودات الشركة المادية، "بل هي تشمل ما يأتي:

"أ- الموجودات المتداولة، والموجودات الثابتة اللتين تظهران في الميزانية السنوية فقط مع المطلوبات.

ب- العقود والامتيازات، والاتفاقيات التي تلعب دورا كبيرا 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 أيضا في إنجاح الخطط والبرامج للشركة، والإدارة والتنفيذ الجيد هما السبب في اختلاف ربحية شركة مع أخرى تتوافر لكلتيهما نفس العناصر الأساسية، مع أن إحداها مربحها أكثر، وقيمة أسهمها السوقية أكبر.

د- الحقوق المعنوية، بما فيها حق الرخصة ، وبراءة الاختراع وحقوق الملكية والشهرة، وكل ذلك له دور عظيم في استعظام قيمة الأسهم السوقية. فشركة مايكروسوفت التي تعتبر أثمن شركة في العالم.. تعود قيمتها الأساسية إلى برامج الكمبيوتر التي لا يكلف تطويرها سوى مبالغ زهيدة قياسا للربح الذي تحققه، وكذلك شركة بيسي كولا مثلا يدر اسمها وأسماء منتجاتها لها دخلا على مستوى العالم"^(١).

ومن أسباب اختلاف القيمة السوقية أيضا "مقدار الأرباح التي تمنحها الشركة.. ، واحتمالات المستقبل بالنسبة لمشاريع الشركة، وقانون العرض والطلب، والظروف السياسية والاقتصادية للدولة، والمضاربات على الصعود أو التزلزل"^(٢) في أسواق الأوراق المالية ، وتعد هذه المضاربات "هي العنصر

(١) أثر ديون ونفود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٦٤-٦٥ .

(٢) الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٦٢ .

الأهم في ارتفاع قيم الأسهم، والمضاربون يرفعون قيم الأسهم من خلال الأساليب المتنوعة في العرض والطلب، وذلك كله بعيدا عن مراعاة شيء معين من موجودات الشركة من الحقوق والمنافع والأعيان والنقود... ولا أدل على ذلك من أن أسهم بعض الشركات ترتفع رغم إعلانها الخسارة ووجود انطباع سيء عن أدائها عند المساهمين، وهذا كله يؤدي إلى تدني قيم الحقوق والموجودات العينية، ولكن مع ذلك ترتفع أسهمها بسبب المضاربات السوقية"^(١).

الفرع الثاني : خصائص الأسهم.

تعتبر الأسهم أوراقا مالية لها خصائص الأوراق المالية، ولها أيضا خصائص تمتاز بها عن بقية الأوراق المالية كالسندات، ويمكن إجمال أهم خصائصها فيما يلي^(٢) :

- ١- يعتبر حامل السهم شريكا في شركة المساهمة، وله حقوق فيها يأتي تفصيلها لاحقا، إلا أن مسؤوليته عن ديون الشركة محدودة بأسهمه التي يملكها لا تتجاوزها إلى ذمته.
- ٢- يبقى السهم ما دامت الشركة قائمة، وليس لإدارة الشركة ولا للمساهمين فيها إخراج أحد المساهمين إلا برضاه، كما أنه ليس لحامل السهم مطالبة الشركة بقيمته قبل تصفيتها، ويستثنى من ذلك حالة استهلاك الأسهم التي قد تلجأ بعض الشركات لها.
- ٣- يقبل السهم التداول في السوق المالي، ويعتبر هذا من أهم خصائص الأسهم.
- ٤- تصدر الأسهم من شركة المساهمة عند إنشائها أو عند زيادة رأس مالها عن طريق الدعوة للاكتتاب العام عادة.
- ٥- تصدر الأسهم على هيئة وحدات متساوية القيمة، فلا تكون بعض الأسهم أعلى قيمة من البعض الآخر، والحكمة من ذلك تسهيل تقدير الأغلبية في الجمعية العمومية، وتسهيل عملية توزيع الأرباح على المساهمين، وتنظيم سعر الأسهم في البورصة.
- ٦- لا تقبل الأسهم التجزئة في مواجهة الشركة، أي لا يجوز أن يتعدد مالكو السهم أمام

(١) الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٣٧٨ .

(٢) الشامل لمحمود إرشيد، ص ٢١١-٢١٢ ؛ الاستثمار بالأسهم لعبد الجهن، ص ٣٩-٤٠ ؛ شركات المساهمة لحسام عيسى، ص ١٥٣-١٥٥ ؛ المصارف الإسلامية لعبدالرزاق الهيبي، ص ٣٤٩ ؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٨٤-١٢٨٧ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٣١-٣٢ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي، ص ٢٢٣-٢٢٤ .

الشركة، ويجوز اشتراك أكثر من شخص في السهم على أن يمثلهم أمام الشركة شخص واحد.

الفرع الثالث : حقوق حامل السهم.

تقدم أن حامل السهم يعتبر شريكا في شركة المساهمة، إلا أنه نظرا لطبيعة هذه الشركة وشخصيتها الاعتبارية فإن حامل السهم لا يعتبر - في الأنظمة المقارنة - مالكا لشيء من أموال الشركة، بل أموالها مملوكة لها نفسها، وإنما يثبت لحامل السهم في الشركة حقوق مالية وغير مالية^(١) أهمها^(٢) :

أ- الحق في الحصول على نسبة من أرباح الشركة واحتياطياتها المتكونة من الاقتطاع من الأرباح.

ب- حق البقاء في الشركة، فلا يجوز فصل أي مساهم من الشركة إلا برضاه.

ج- حق الاشتراك في إدارة الشركة وفي انتخابات مجلس الإدارة، وذلك بالتصويت في الجمعية العمومية.

د- حق الرقابة على أعمال الشركة، بمراجعة ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر وتقارير مجلس الإدارة، وكل ما يتعلق بأموال الشركة، قبل انعقاد الجمعية العمومية، ويكون ذلك بإذن من الجمعية العمومية أو بقرار من المحكمة.

هـ- حق رفع دعوى على مديري الشركة في حال خطئهم في الإدارة.

و- الأولوية في الاكتتاب، فإذا قررت الشركة زيادة رأس المال، فإن الأولوية في الاكتتاب تكون للمساهمين القدامى، فيعطى لهم الحق في المساهمة في زيادة رأس المال خلال مدة معينة، ثم يساهم المساهمون الجدد بعد ذلك.

ز- حق التنازل عن السهم والتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو غير ذلك.

ح- الحق في اقتسام ناتج تصفية أموال الشركة عند حلها.

(١) وبناء على ما تقدم من أن شركة المساهمة منظمة أو مؤسسة قائمة على النظام أكثر من قيامها على العقد بين أعضائها يمكن تشبيه هذه الحقوق بحقوق المواطن في الدولة، ولهذا فإنها ليست حقوقا مكتسبة ولا مطلقة، بل هي حقوق نسبية خاضعة لقرارات الشركة نفسها (انظر الشركات التجارية لفوزي سامي، ص ٢٥٧).

(٢) أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٨٧-١٢٨٨ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٢٦-٢٢٧.

الفرع الرابع : أنواع الأسهم.

تتنوع الأسهم باعتبارات مختلفة، وأتناول شيئاً من ذلك في أربع مسائل :

المسألة الأولى: أنواع الأسهم باعتبار الحصة التي يدفعها المساهم.

المسألة الثانية: أنواع الأسهم باعتبار شكل الإصدار.

المسألة الثالثة: أنواع الأسهم باعتبار الحقوق التي تعطى لها لصاحبها.

المسألة الرابعة : أنواع الأسهم باعتبار استهلاكها من عدمه.

المسألة الأولى: أنواع الأسهم باعتبار الحصة التي يدفعها المساهم.

تتنوع الأسهم باعتبار الحصة التي يدفعها المساهم إلى نوعين^(١) :

النوع الأول : أسهم نقدية، وهي التي يكتب فيها المساهم على أن تستوفي الشركة قيمتها نقداً، وقد يتم حين الاكتتاب الوفاء بجزء من القيمة، على أن يتم الوفاء بالباقي في أجل أو آجال لاحقة يحددها مجلس إدارة الشركة.

النوع الثاني: أسهم عينية، وهي التي يكتب فيها المساهم على أن يدفع مقابلها مالا عينيا (عرضا) عقارا أو منقولا.

المسألة الثانية: أنواع الأسهم باعتبار شكل الإصدار.

تتنوع الأسهم باعتبار الشكل الذي تصدر به إلى نوعين^(٢) :

النوع الأول : أسهم اسمية، وهي التي تصدر باسم صاحبها ولا يتم تداولها إلا بالقيد في دفاتر الشركة، ولا يحتاج بنقل ملكية السهم في مواجهة الشركة أو الغير إلا من تاريخ القيد في سجل الشركة.

النوع الثاني: أسهم لحاملها، وهي أسهم تصدر دون ذكر اسم شخص ما، ويعتبر حامل السهم

(١) أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٢٢-٢٢٣ ؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٨٩ ؛ وانظر الاستثمار بالأسهم لعبد الجهن، ص ٤٥-٤٦ ؛ شركات المساهمة لحسام عيسى، ص ١٥٦-١٥٨ ؛ الاستثمار بالأسهم لغازي فلمبان، ص ٢٨-٢٩.

(٢) الاستثمار بالأسهم لعبد الجهن، ص ٤٠-٤١ ؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٨٩ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٢٤-٢٢٥ ؛ الاستثمار بالأسهم لغازي فلمبان، ص ٢٤.

هو المالك له في نظر الشركة.

النوع الثالث: أسهم للأمر، وهي أسهم يذكر فيها اسم صاحبها مسبقا بعبارة (لأمر) أو (لإذن)، ويتم تداول هذا النوع من الأسهم بالتظهير دون حاجة إلى الرجوع إلى الشركة.

المسألة الثالثة: أنواع الأسهم باعتبار الحقوق التي تعطيها لصاحبها.

تتنوع الأسهم باعتبار الحقوق التي تعطيها لصاحبها إلى نوعين^(١) :

النوع الأول : أسهم عادية، وهي التي يكون لحاملها الحقوق المعتادة المذكورة سابقا، دون أن يمتاز بشيء من الحقوق عن غيره من المساهمين.

النوع الثاني: أسهم ممتازة، وهي الأسهم التي يمتاز حاملوها بحقوق ليست لبقية المساهمين من حملة الأسهم العادية. ومن ذلك:

أ- الأولوية في الحصول على نسبة معينة من أرباح الشركة، كأن يقرر للسهم الممتاز ربح لا يقل عن ٥٪ من قيمته، فيعطى أولا أصحاب الأسهم الممتازة هذه النسبة من أرباح الشركة، فإن بقي شيء من الأرباح وزعت على مجموع الأسهم.

ب- الحق في استيفاء فائدة سنوية ثابتة سواء ربحت الشركة أو خسرت.

ج- الأولوية عند تصفية الشركة، فيستحق حاملوا الأسهم الممتازة استعادة قيمة أسهمهم بكاملها عند تصفية الشركة قبل إجراء القسمة بين سائر المساهمين.

د- حق التصويت في الجمعية العمومية بأكثر من صوت للسهم الواحد.

وقد يمتاز السهم ببعض هذه الحقوق دون بعض، وتختلف الأنظمة فيما يجوز وما لا يجوز منحه من هذه الحقوق للأسهم الممتازة.

ومن أسباب إصدار الأسهم الممتازة أن الشركة قد ترغب في زيادة رأس مالها، فتعطي الأسهم الجديدة امتيازات لا تتمتع بها الأسهم القديمة، لتشويق الجمهور للاكتتاب بها.

(١) أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٨٩ ؛ الاستثمار بالأسهم لعبد الجهنى، ص ٤٢-٤٣ ؛ أحكام الأسواق المالية

لمحمد هارون، ص ٢٢٦-٢٢٧ ؛ شركات المساهمة لحسام عيسى، ص ١٥٩ ؛ الاستثمار بالأسهم لغازي فلمبان، ص ٢٥-

المسألة الرابعة : أنواع الأسهم باعتبار استهلاكها^(١) من عدمه.

تتنوع الأسهم باعتبار استهلاكها أو عدم ذلك إلى نوعين^(٢) :

النوع الأول : أسهم رأس المال، وهي الأسهم التي لم تستهلك قيمتها.

النوع الثاني: أسهم التمتع، وهي أسهم تعطى للمساهمين الذين استهلكوا أسهمهم عوضاً

عنها، ويعتبر أصحاب أسهم التمتع مساهمين في الشركة، إلا أن نصيبهم من الأرباح أقل من نصيب أصحاب أسهم رأس المال.

(١) يقصد باستهلاك السهم قيام الشركة بدفع القيمة الاسمية للمساهم أثناء حياة الشركة، واستهلاك السهم يعتبر عملية استثنائية، فالأصل ألا يسترد المساهم قيمة السهم إلا بعد تصفيته وتقسيم موجوداتها. إلا أن بعض الشركات المؤقتة تلجأ إلى الاستهلاك لتفادي رد قيمة الأسهم جميعاً في وقت واحد عند نهاية الشركة، كما أن بعض الشركات التي يكون موضوعها مشروعاً يهلك تدريجياً أو تكون موجوداتها مما يستهلك مع مرور الزمن كالسفن والسيارات تلجأ إلى استهلاك الأسهم تدريجياً، ليتم استهلاك جميع الأسهم عند انتهاء مدة الشركة أو المشروع.

ويتم الاستهلاك التدريجي لمجموع الأسهم إما باستهلاك كامل لجزء من الأسهم يتم اختيارها دورياً بالقرعة، أو باستهلاك جزئي لجميع الأسهم بحد نسبة معينة من قيمة جميع الأسهم كل مدة من الزمن، أو بشراء الشركة لبعض أسهمها المعروضة في الأسواق المالية. (الاستثمار بالأسهم لعبد الجهنى، ص ٤٣-٤٤)

(٢) الاستثمار بالأسهم لعبد الجهنى، ص ٤٣-٤٤ ؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٩٠ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٣٢-٢٣٣ ؛ شركات المساهمة لحسام عيسى، ص ١٦٢ ؛ الاستثمار بالأسهم لغازي فلمبان، ص ٢٦-

المطلب الثاني : حكم بيع الأسهم

وفيه تمهيد وفرعان :

تمهيد : في الوصف الفقهي للأسهم.

الفرع الأول : حكم بيع أسهم الشركات التي يكون جزء من موجوداتها ديونا.

الفرع الثاني : حكم التعامل في الأسهم بالمعاملات الآجلة وبعقود الاختيارات.

تمهيد : في الوصف الفقهي للأسهم.

أتناول الوصف الفقهي مقدما له بتناول الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة - باعتبار هذه

المسألة من المسائل المؤثرة في الوصف الفقهي للأسهم-، وذلك في مسألتين :

المسألة الأولى : مدى ثبوت الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة.

المسألة الثانية : الوصف الفقهي للأسهم.

المسألة الأولى : مدى ثبوت الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة.

تقدم في بيان معنى الشخصية الاعتبارية في القانون أن ذلك يراد به صلاحية الشركة لاكتساب

الحقوق والتحمل بالالتزامات، الأمر الذي يقترب إلى حد كبير من معنى أهلية الوجوب التي يراد بها

صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه^(١).

و قبل تناول هذه المسألة يحسن التنبيه إلى أن مصطلح "الشخصية الاعتبارية" مصطلح قانوني، له

معان وآثار متعددة، ولا يلزم من إطلاقه هنا -إثباتا أو نفيا- إرادة جميع معانيه، وإنما المعاني المؤثرة في

الوصف الفقهي للأسهم، وهي الذمة المستقلة -بالمعنى الفقهي لا القانوني^(٢)- لشركة المساهمة

(١) تقدم الإشارة إلى نوعي الأهلية ص ٢٤.

وقد ذهب بعض الشراح إلى أن أهلية الوجوب هي الشخصية القانونية نفسها، وذهب البعض إلى التفريق بينهما بأن المراد بالشخصية القانونية مطلق الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، والمراد بأهلية الوجوب مدى هذه الصلاحية وشمولها لكل الحقوق والالتزامات، أو اقتصرها على بعضها فقط (انظر المدخل لدراسة الأنظمة لعبدالرزاق الفحل وآخرين، ص ٢٥٥).

(٢) الذمة بالمعنى الفقهي هي: وعاء مقدر في الإنسان (أو الشخص الاعتباري كما في الشركة)، تشغله الحقوق التي عليه (وتقدم تعريفها، انظر ص ٢٣-٢٥).

والذمة بالمعنى القانوني هي : مجموع ما للشركة من حقوق وما عليها من التزامات مالية موجودة حالا أو قد توجد

وملكيتها لموجوداتها ولما لها من الحقوق، أما المعاني الأخرى للشخصية الاعتبارية فليست مرادة هنا، وذلك بغض النظر عن صحة هذه المعاني من عدمه، فذلك خارج عن محل البحث.

لقد اختلف الفقهاء والباحثون المعاصرون في مدى اتصاف شركة المساهمة بالشخصية الاعتبارية، وذلك على قولين :

القول الأول : أن شركة المساهمة تتصف بالشخصية الاعتبارية، فتثبت لها ملكية موجوداتها، ويثبت لها ذمة مالية مستقلة عن المساهمين^(١).

القول الثاني : أن شركة المساهمة لا تتصف بالشخصية الاعتبارية، فلا تتصف بالذمة المالية المستقلة عن المساهمين، ولا تثبت لها ملكية موجوداتها^(٢). وأصحاب هذا القول قد يطلقون الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، لكن ذلك عندهم على سبيل التجوز، لتسليمهم ببعض الآثار العملية

مستقبلا (وقد تقدم الإشارة إلى ذلك، انظر ص ٧١٨).

والفرق بين المعنيين أن الذمة في الفقه الإسلامي تستوعب -إضافة إلى حقوق الخلق- حقوق الله تعالى، المالية منها وغير المالية، بخلاف الذمة بالمعنى القانوني فإنها تنحصر في الحقوق المالية التي للعباد دون غيرها من الحقوق. وثمة فرق آخر بينه الشيخ مصطفى الزرقا -رحمه الله- فقال : "إذا كان النظرة الإسلامي والأجنبي قد اتفقا في أن الذمة فكرة متصورة، فإنهما مختلفان في ماهية هذا المفهوم المتصور لها: فالفقه الأجنبي يتصور الذمة في صورة مال للشخص صالح لوفاء الديون. والفقه الإسلامي يتصورها في صورة محل مقدر في الشخص تثبت فيه الديون، كما سلف بيانه. فالذمة في الفقه الإسلامي هي ذمة شخصية.

أما في الفقه الأجنبي فإنها ذمة مالية يقوم مفهومها على أساس مادي هو أموال الشخص.

ولكن لما اعترضتهم مشكلة تعلق الديون عندئذ بعين أموال المدين وما يستوجبه ذلك من شلل في حركته الاقتصادية التجأوا إلى طريقة الافتراض والتجريد التي سار عليها الفقه الإسلامي في نظرية الذمة، فجردوا مفهوم الذمة ونقلوه من معنى أموال الشخص والتزاماته الحاضرة إلى مجموعة حقوقه والتزاماته الحاضرة والمتوقعة، أي كل ما يمكن أن يتكون له وعليه من حقوق والتزامات، واعتبروا لهذه المجموعة كيانا اعتباريا مستقلا عن أمواله القائمة. ولكنها بقيت في نظرهم عبارة عن مجموعة أموال الشخص الضامنة لديونه. فلم يصلوا إلى الخطوة الفنية التي خطاها الفقه الإسلامي في اعتبار مفهوم الذمة أمرا شخصيا محضا هو تلك المحلية الاعتبارية المقدرة في الشخص لاستقرار الحقوق عليه.

فلذا بقي في مفهوم الذمة القانوني شيء من الاضطراب وقلة الانسجام بين نظريتين متنافرتين: نظر مادي ونظر مجرد، في موضوع واحد منظور إليه، هو مالية الشخص.

فبينما يعرفون الذمة بأنها مجموع الأموال التي يختص بها الشخص من حقوق له وتكليفات عليه، تراهم يعتبرون لهذه الأموال خاصية التجرد والاستقلال عن نفسها، فكأنها مجموعة أموال أخرى متصورة للشخص ليست بملكه حالا ولا ما سيملكه، لكي لا تتعلق الحقوق بأعيان المال فتحجره" (المدخل إلى نظرية الالتزام لمصطفى الزرقا، ص ٢١٢-٢١٣).

(١) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٤٩؛ أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي محيي الدين القره داغي، ص ٤٨.

(٢) انظر أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لمبارك آل سليمان: ١/١٨٩-١٩٠.

المرتبة على مبدأ الشخصية الاعتبارية، خاصة في مسائل الإدارة ونحوها، إلا أنهم يصرحون بترتيب هذه الآثار على قواعد شرعية أخرى غير الشخصية الاعتبارية^(١) على ما سيأتي بيانه.

دليل القول الأول :

أن الحاجة العامة داعية لشركات المساهمة، ولا يمكن قيام شركات المساهمة بدورها وتحقيقها النتائج المرجوة منها دون اتصافها بالشخصية الاعتبارية.

والشخصية -بمعنى الذمة والملكية- تثبت لغير الإنسان إذا دعت الحاجة إلى ذلك، فليس فيما جاء به الكتاب ولا فيما أثر من السنة ما يمنع من ذلك^(٢)، وقد عرفها الفقه الإسلامي وإن لم يسمها ويعرفها بهذه الاسم الحديث، "فتتجلى صورة الشخصية على أتم وجه وأكمل صورة في شخصية الوقف وبيت المال، فقد جعل الفقه الإسلامي لهما ذمة اعتبارية وأهلية وجوب لتكون لهما حقوق ولتجب عليهما التزامات وواجبات"^(٣).

وإذا ثبت ذلك فإن الشخصية الاعتبارية تثبت لشركة المساهمة كما أثبتت للوقف وبيت المال ونحوهما، بجامع الحاجة الداعية إلى ذلك في كل منها.

ويتأكد ذلك بالنظر إلى ما تقدم في تعريف شركة المساهمة من أنها أقرب إلى أن تكون نظاما من كونها عقدا، مما يتوجه معه القول بأن لها حكم المنظمات الحكومية وغير الحكومية التي لا ينبغي أن يختلف في ثبوت الشخصية الاعتبارية لها.

ويضاف إلى هذا أن المتعاملين مع شركة المساهمة والمتداولين لأسهمها لا ينظرون إلى أشخاص الشركاء، وإنما ينظرون إلى الشركة نفسها مركزا ماليا وإدارة ونشاطا، وأن المساهمين يتغيرون باستمرار -بتداول أسهمها في الأسواق المالية- دون أن يؤثر ذلك في الشركة، وذلك يدل على أن شركة المساهمة لها شخصيتها الاعتبارية المستقلة تمام الاستقلال عن شخصيات الشركاء.

(١) انظر أثر ديون ونقود الشركة أو الحفظة لعللي القره داغي، ص ٣٥-٣٧.

(٢) انظر الشركات لعللي الخفيف، ص ٢٦.

(٣) الذمة والحق والالتزام للمكاشفي الكباشي، ص ٣١-٣٢ ؛ وانظر الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ١٦.

ويعترض على هذا الدليل باعتراضات :

الاعتراض الأول :

عدم التسليم بثبوت الشخصية للجهات كالوقف وبيت المال، وذلك لعدم ثبوت الذمة لها، فإن الذمة مشتقة من العهد، ولا عهد لها، إضافة إلى أن الذمة لا تختص بالحقوق المالية، بل يثبت فيها أيضا بعض حقوق الخلق غير المالية، وحقوق الله المالية وغير المالية، ومثل هذه الحقوق لا تجب على هذه الجهات، ويتأكد ذلك بأن ما يبقى في ذمة الإنسان من حقوق الخلق دون وفاء في الدنيا يوفيه في الآخرة، وذلك غير متصور في هذه الجهات.

وقد نص على ذلك الفقهاء :

أ- فنص الحنفية في جدار الوقف إذا كان مائلا فسقط فأُتلف نفسا أو مالا : أن الضمان على الواقف أو على عاقلته، ولا يرجع فيه في الوقف، لأنه لا ذمة له^(١).

ب- ونصوا على أن استدانة القيم على الوقف لإصلاح الوقف لا تُثبت الدين في الوقف، إذ لا ذمة له، والموقوف عليهم - كالفقراء - لا تتصور مطالبتهم لكثرتهم، ولهذا لا يثبت الدين إلا على القيم، ويرجع به في غلة الوقف، وإذا مات القيم فإن ورثته يقومون مقامه في ذلك^(٢).

ج- وذكر بعض الشافعية فيمن عمر وقفا من غلته بإذن ناظره وفضل له شيء، فأحاله الناظر على أحد مستأجري الوقف بما فضل له، أن ذلك لا يصح حواله، لعدم ثبوت الدين المحال به في ذمة المحيل، ذلك أن الناظر لم تشتغل ذمته بشيء بل هي بريئة، والوقف لا ذمة له، وإنما يصح ذلك من باب الإذن للعامر باستيفاء حقه من المستأجر، والإذن للمستأجر بأداء ما عليه للعامر^(٣).

د- ولما نص الحنابلة على أن من شأن القرض أن يصادف ذمة وأن الدين لا يثبت إلا في الذم، استشكل بعضهم صحة الاقتراض لبيت المال والوقف ونحوه، وأجاب عنه بأن الدين في ذلك "يتعلق بذمة المقترض، وبهذه الجهات، كتعلق أرش الجناية برقبة العبد الجاني، فلا يلزم المقترض الوفاء من ماله، بل من ريع الوقف وما يحدث لبيت المال، أو يقال : لا يتعلق بذمته رأسا وما هنا بمعنى الغالب فلا ترد المسائل المذكورة لندرتها"^(٤)، وما ذلك إلا لعدم ثبوت الذمة لهذه الجهات.

(١) رد المختار: ٥٩٩/٦.

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية : ٢٢٢/١ ؛ رد المختار : ٤٣٩/٤.

(٣) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: ٢٣١/٥.

(٤) كشف القناع : ٣١٤/٣-٣١٥.

ويجاب عن هذا الاعتراض :

بأن الذمة - وإن كانت مشتقة من العهد- إلا أنها في الاصطلاح الفقهي ليست إلا وعاء مقدرا يفرضه الذهن موجودا في الإنسان، حتى تقدر الديون والالتزامات الواجبة على الإنسان مستقرة فيها حتى يؤديها^(١).

وإذا كانت الذمة بهذا المعنى فلا مانع من تقديرها ثابتة لكل جهة تثبت عليها الديون، الأمر المتحقق في الوقف وبيت المال ونحوهما من الجهات، لما قرره الفقهاء من جواز الاستقراض عليهما^(٢) وثبوت بعض الحقوق فيهما^(٣)، وأن الوفاء بذلك يكون من غلة الوقف وما يرد لبيت المال. ولا معنى للاستقراض على الوقف وبيت المال ولا لثبوت الحقوق فيهما إلا أن الدين ثابت عليهما.

وقد نص الشافعية على أن الوصية للوقف جائزة، وعللوا ذلك بأن الوقف "حر يملك، أي منزل منزله"^(٤)، كما نص المالكية على أن من شرط الموقوف له "أن يكون أهلا للتملك حكما كالمسجد، أو حسا كالآدمي"^(٥).

(١) انظر ص ٢٣-٢٥.

(٢) انظر في الاستقراض على بيت المال: تحفة المحتاج: ٣٤٨/٦ ؛ الفروع: ١٦٣/٤ ؛ كشف القناع : ٢٢٧/٤ ؛ الموسوعة الفقهية: ١١٧/٣٣.

وانظر في الاستقراض على الوقف: البحر الرائق: ٢٢٦-٢٢٨/٥ ؛ رد المختار : ٤٣٩-٤٤٠ ؛ تحفة المحتاج: ٢٨٩/٦ ؛ حاشية الجمل : ٥٩٢/٣ ؛ الإنصاف : ٧٢/٧ ؛ كشف القناع: ٢٦٧/٤ .

(٣) من الحقوق اللازمة في بيت المال على سبيل المثال:

أ- المصارف المستحقة في بيت المال على وجه البذل كأرزاق الجند وأثمان السلاح، فإن كان فيه ما يفي بها وجب تعجيل دفعها، وإن لم يكن فيه ما يفي بها كانت مستحقة عليه مع وجوب الإنظار، كما هو الحكم في الدين على المعسر (الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٢٥٧، ٢٦٧ ؛ وانظر المبسوط : ١٨/٣).

ب- الدية في بعض الحالات، كما في جناية الخطأ من الحاكم والقاضي ومن في حكمهما من أهل الولايات العامة، وكذلك جناية الخطأ من ليس له عاقلة فإنه يعقل عنه بيت المال (المبسوط: ٦٠، ٦٣/٩ ؛ بدائع الصنائع: ٤٨/٧ ؛ تبين الحقائق: ٢٩٧/٣-٢٩٨، ١٨١/٦ ؛ منح الجليل: ٢٤٨/٨ ؛ تحفة المحتاج: ٢٩/٩ ؛ المغني: ٣٦-٣٧، ٣٠٨/٨ ؛ كشف القناع: ٤٤٦/٦).

ومن الحقوق اللازمة في الوقف :

أ- أداء الخراج إذا كان أرضا خراجية (المبسوط: ٤٣/١٢)

ب- أجور القائمين عليه والعاملين فيه (المبسوط: ٤٣/١٢ ؛ وانظر بلغة السالك: ١١٩-١٢٠ ؛ مغني المحتاج: ٥٥٤/٣ ؛ الإنصاف : ٣٤٠/٥ ؛ كشف القناع: ٢٧١/٤)

(٤) نهاية المحتاج: ٤٨/٦ ؛ تحفة المحتاج: ١٣/٧.

(٥) شرح الخرشي: ٨٠/٧ ؛ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: ٢٦٥/٢ .

أما ما ورد عن بعض الحنفية من أن الدين ثابت في ذمة الناظر ويرجع به في غلة الوقف، فإنهم "في الوقت الذي يصرحون فيه أن الوقف لا ذمة له وأن الدين لا يثبت عليه واتخذوا من ذمة القيم الشخصية جسرا لثبوت الدين عليها، نراهم قد وقعوا فيما قهربوا منه، فقد أثبتوا في النهاية للقيم أو لورثته من بعده الرجوع على الوقف بالدين، وما ذلك إلا اعترافا منهم بثبوت الدين في ذمة الوقف، فالوقف هو المدين الحقيقي الذي يطالب بالدين، ولبعض فقهاء الأحناف نصوص تفيد بظواهرها ثبوت الدين على الوقف رأسا دون وساطة ذمة القيم"^(١).

على أن إثبات الذمة لهذه الجهات لا يلزم منه أن تكون ثابتة لها على نحو ثبوتها للإنسان، بل تثبت لها بالكيفية والقدر المناسب لطبيعتها الخاصة، حتى لا تستوعب إلا حقوق الخلق المالية المتناسبة مع طبيعتها وحاجتها والنشاط الذي تقوم به.

وفي هذا يقول الشيخ علي الخفيف -رحمه الله- : "إن نظرية الذمة وما فرع عليها من الأحكام ليست إلا تنظيما تشريعا فقهيلا لا يراد منه إلا ضبط الأحكام واتساقها وليس إلا أمرا اجتهاديا يصح أن يتغير ويتطور لمقتضيات المعاملات وتطورها وتغير أحكامها وتنوعها إذا ما اقتضت المصلحة والعرف ذلك. وليس فيما جاء به الكتاب ولا فيما أثر من السنة ما يمنع من أن تفرض الذمة لغير الإنسان وتفسر تفسيراً يتسع لأن تثبت للشركات والمؤسسات والأموال العامة على أن يكون ما يثبت لهذه الجهات من الذمة دون ما يثبت لغيرها من ذلك، فلا يتسع لغير الالتزامات المالية من ناحيتها السلبية والإيجابية"^(٢).

أما ما نص عليه الفقهاء من عدم ثبوت الذمة لهذه الجهات فمرادهم بذلك -والله أعلم- الذمة بمعناها التام المتحقق في الإنسان، والتي يثبت فيها الحقوق بأنواعها، المالي منها وغير المالي، ما كان منها من حقوق الله أو من حقوق العباد، فالذمة بهذا المعنى لا تثبت -قطعا- لغير الإنسان، إلا أنه لا مانع من إثبات ذمة دون هذه الذمة للجهات غير الإنسان.

ويضاف إلى ذلك أنه لم يكن في عصور الفقهاء المتقدمين ما يقتضي إثبات ذمة لغير الإنسان، ويتضح ذلك من النقل المتقدم عن الحنابلة من أن المسائل التي يقترض فيها للجهات نادرة، مما يظهر معه أنهم لم يثبتوا الذمة -والتي ليست إلا صناعة فقهية يراد منها ضبط الأحكام- لهذه الجهات لعدم الحاجة إلى ذلك، أما في العصر الحاضر فإن الحاجة لإثبات الذمة للجهات متأكدة، لكثرة ما تجريه

(١) الذمة والحق والالتزام للمكاشفي الكباشي، ص ٣٧ ؛ وانظر المدخل إلى نظرية الالتزام لمصطفى الزرقا، ص ٢٧٧.

(٢) الشركات لعلّي الخفيف، ص ٢٦.

هذه الجهات -خاصة الدولة ومؤسساتها- من المعاملات مع الأفراد ومع الجهات الأخرى، ولا تستقيم أحكام هذه المعاملات دون تقدير الذمة ثابتة للجهات التي تجريها. ومنه يتبين أن "اختلاف الشرع الوضعي عن الفقه الإسلامي في إثبات الذمة للشركات مرده إلى مراعاة التعامل والعرف والاستجابة للتطور الاقتصادي والمعاملات الشائعة بين الناس في الأزمان الأخيرة، وليس خلافا جوهريا يرجع إلى اختلاف في أصول الفقهاء الأساسية"^(١).

الاعتراض الثاني :

على التسليم بثبوت الشخصية للوقف وبيت المال فإنه لا يصح قياس شركة المساهمة عليهما، وذلك من وجهين :

الوجه الأول : أن شركة المساهمة مملوكة، وذلك يتنافى مع كونها مالكة لموجوداتها، بخلاف الوقف وبيت المال، فإن الوقف لا مالك له، وبيت المال بمعناه، لتعذر الإحاطة بمالكيه.

ويجاب عن هذا الوجه :

بأنه لا مانع من أن يثبت الملك لشركة المساهمة مع كونها مملوكة لأصحابها، بدليل أن العبد مع كونه مملوكا يكون مالكا أيضا على ما تقدم ترجيحه^(٢).

الوجه الثاني : أنه لا يمكن في الوقف وبيت المال تقدير الديون ثابتة على غيرهما، ولا تقدير الأموال المخصصة لهما ملكا لغيرهما، فإن الوقف لا مالك له، وبيت المال وإن كان بيت مال المسلمين، إلا أنهم لكثرتهم وانتشارهم يتعذر حصرهم، فلهذا يتوجه القول بإثبات الشخصية الاعتبارية لهما.

أما شركة المساهمة فملاكها -وإن كثروا- محصورون، كما أن لهم نائبا ينوب عنهم وهو مجلس إدارة الشركة، فلهذا تثبت الديون الناشئة عن نشاط الشركة في ذممهم وتكون موجوداتها وحقوقها ملكا لهم، دون حاجة لتقدير شخصية اعتبارية للشركة.

ويجاب عن هذا الوجه :

بأن الحاجة لتقدير الشخصية الاعتبارية لشركات المساهمة قائمة مع وجود الملاك، لما يترتب على

(١) الشركات لعل الخفيف، ص ٢٦

(٢) انظر ص ٣٨٣.

ذلك من آثار لا بد منها لقيام شركات المساهمة بدورها وتحقيقها النتائج المرجوة منها.
ويردّ هذا الجواب ويجاب عن رده على نحو ما سيأتي في الاعتراض الثالث.

الاعتراض الثالث :

لا يسلم بأن شركات المساهمة لا يمكن أن تقوم بدورها دون اتصافها بالشخصية الاعتبارية، لأنه يمكن تحقيق أهم الأحكام المترتبة على وصفها بالشخصية الاعتبارية بتنزيلها على قاعدة أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وأن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة^(١)، ومن ذلك على سبيل المثال:

أ- يرد عدم تصرف المساهمين في أموال الشركة طيلة مدة بقائها إلى العرف الذي هو كالشرط، فذلك كالمشروط عليهم، ولا يعني ذلك أن هذه الأموال خرجت عن ملكهم، كالمال المرهون، لا يملك صاحبه التصرف فيه مع بقائه على ملكه^(٢).

ب- وإلى ذلك أيضاً يرد عدم جواز مطالبة دائني المساهم بالحجز على ما يقابل أسهمه من أموال الشركة أو على الحصة التي قدمها في رأس المال، ذلك أنه يجوز للمدين قبل الحجر أن يرهن ما يشاء من أمواله، ويجوز له أيضاً أن يرهن بعض ماله فيما يستقبل من الدين وإن لم يحدث بعد، فكذلك يجوز للمساهم أن يجعل بعض ماله -وهو حصته من الشركة- مخصصاً للوفاء بديون الشركة الحالية والمستقبلية، وليس لدائنيه المطالبة بها بعد هذا التخصيص.

ج- أما تحديد مسؤولية المساهم عن ديون الشركة، فمرده أيضاً إلى العرف، الذي هو بمقتضى الشرط، فإن دائني الشركة عند تعاقدهم معها يعلمون أن مسؤولية المساهمين عن ديونها محدودة، فيكون ذلك كما لو اشترط عليهم براءة المساهمين عند إفلاس الشركة مما زاد عن أموال الشركة من ديونها، وذلك جائز^(٣).

(١) انظر أثر ديون ونقود الشركة أو الحفظة لعلّي القره داغي، ص ٣٥ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لمبارك آل سليمان: ١٩٠/١ ؛ شركة المساهمة لصالح المرزوقي، ص ٢١٥-٢٢١ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٢٢٤/١-٢٤٢.

(٢) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لمبارك آل سليمان: ١٩٠/١.

(٣) انظر الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٢٢٤/١-٢٤٢.

والجواب عن هذا الاعتراض من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول:

أن الرد إلى قاعدة الشروط لا يمكن في بعض الخصائص المهمة لشركة المساهمة، ومن ذلك المسؤولية المحدودة للمساهمين عن الأضرار الواقعة على الغير الناتجة عن مزاولة الشركة لنشاطها^(١)، فإنه لا يمكن رد ذلك إلى قواعد الشروط، لعدم وجود علاقة تعاقدية بين الشركة والمتعدى عليه.

الوجه الثاني:

أن الرد إلى قاعدة الشروط قد لا يسلم في بعض الخصائص، ومن ذلك مثلاً اشتراط البراءة مما يزيد من الدين عن المال عند الإفلاس، فإن في هذا الشرط غرراً^(٢)، للجهالة بما يتحصل للبائع ونحوه من الثمن، فهو بمعنى أن يشتري سلعة بثمن مؤجل على أنه إن قدر على الوفاء فالثمن مائة، وإن أعسر فالثمن ما يتيسر له الوفاء به، فهذا الشرط غير جائز، لما فيه من الجهالة بالثمن، بخلاف من اشترى سلعة بمائة وهو معسر أو على خطر الإفلاس، فإن ما لا يوفيه المشتري من الثمن يبقى في ذمته وللبائع مطالبته به عند الميسرة.

الوجه الثالث:

أنه وإن أمكن رد خصائص شركة المساهمة إلى قاعدة الشروط إلا أن ردها إلى الشخصية الاعتبارية أولى، ذلك أن الرد إلى الشخصية الاعتبارية ينتظم معظم هذه الخصائص ويؤلف بينها حتى تصبح متجانسة مفهومة المعنى والعلة، بخلاف قاعدة الشروط التي ترد كل خصيصة إلى معنى الاشتراط الخاص بها، مما يجعل هذه الخصائص متنافرة غير منسجمة لا ينتظمها معنى واحد، وإنما هو التكلف في تخريج كل خصيصة على حدة.

ويضاف إلى ذلك أن مرد هذه الخصائص في الحقيقة هو معنى الشخصية الاعتبارية المقرر لشركة المساهمة عند القانونيين، فإذا لم يكن في هذه الشخصية محذور شرعي فإن إثباتها وفق الضوابط الشرعية ثم الانطلاق منها إلى إثبات آثارها أولى من إنكارها مع إثبات آثارها كل واحدة على حدة وتخريج كل منها على معنى خاص بها، مما يجعلها مجموعة من الأحكام لا ينتظمها معنى واحد، يقطع

(١) والتعويض عن هذه الأضرار لا يمكن أن يتحملة من وقع الضرر منه من موظفي الشركة على كل حال، لأن الموظف أجير خاص لا يضمن ما تجنيه يده فيما أذن له من العمل دون تعد منه أو تفريط (انظر مجمع الضمانات، ص ٢٨ ؛ المبسوط: ١٠٣/١٥ ؛ شرح الخرشي: ٢٨/٧ ؛ المغني: ٣٠٦/٥-٣٠٧).

(٢) فتح العلي المالك: ٣٤٢/١ ؛ وانظر - في الجواب عنه - الخدمات الاستثمارية ليويسف الشيبلي: ٢٢٧/١.

المتأمل فيها أن منشأها ليست هذه التخاريج ولا ضرورات التعامل المباشرة وإنما معنى مستتر لا يريد أصحاب هذه التخاريج الإقرار به، وفي نفس الوقت يريدون تحصيل آثاره.

دليل القول الثاني :

أن "شركة المساهمة... تنطبق عليها قواعد شركة العنان، وهي إما شركة عنان بحتة، وإما عنان ومضاربة.

أما أنها شركة فلا أنه يصدق عليها أنها اجتماع في استحقاق أو تصرف كما يعرفها الحنابلة^(١)، ولأنها عقد بين المتشاركين في الأصل والربح^(٢)، أو هي إذن من كل واحد من المتشاركين للآخر في التصرف في مال لهما مع بقاء التصرف لأنفسهما، كما يعرفها المالكية^(٣).

ولا يقال إن شركاء المساهمة لا يتحقق لهم جميعا الاشتراك في التصرف، فالتصرف إما أن يكون منهم جميعا، وإما أن يكون ممن هو وكيل عنهم، وهو مجلس الإدارة.

وإما أنها شركة عنان فلا تنطبق شركة العنان عليها، فقد عرفها ابن قدامة بأنها: أن يشترك اثنان بماليهما، ليعملا فيه ببدنيهما^(٤)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٥) جواز أن يعمل فيه أحدهما، وشركة المساهمة مثلها....

فإن قلنا إن مجلس الإدارة يجب أن يكون مساهما كما هو شرط في النظام السعودي، ويأخذ مكافأته نسبة من الربح كانت عنانا ومضاربة، لأن مجلس الإدارة سيتكفل بالعمل في مقابل نصيب من الربح، جاء في المغني^(٦) : وإن اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فذلك جائز.

وإن قلنا إن مجلس الإدارة يأخذ أجرة أو مكافأة ولا يكون مساهما، تكون شركة عنان بحتة، لأن

(١) انظر الإنصاف : ٤٠٧/٥ ؛ كشف القناع : ٤٩٦/٣. ففي كشف القناع: أن الشركة نوعان اجتماع في استحقاق أو اجتماع في تصرف. والنوع الأول : شركة في المال، كائنين ملكا عينا بمنافعها بإرث أو شراء أو هبة ونحوها ، أو ملكا الرقبة دون المنفعة ، أو بالعكس، ويلحق بذلك ما إذا اشتركا في حق الرقبة ، كما لو قذفهما إنسان بكلمة واحدة فإنه يحد لهما حدا واحدا.. والنوع الثاني شركة عقود ، وهو المراد هنا، وفي الإنصاف نحو ذلك مختصرا.

(٢) الجوهرة النيرة : ٢٨٥/١ ؛ مجمع الأثر : ٧١٤/١.

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٤٨/٣ ؛ منح الجليل : ٢٤٨/٦.

(٤) المغني : ١٠/٥.

(٥) الإنصاف : ٤٠٨/٥ ؛ شرح منتهى الإرادات : ٢٠٨/٢.

(٦) ٩/٥، والعبارة للخرقي بتصرف.

مجلس الإدارة حينئذ يعمل بالوكالة عن جميع الشركاء، والوكالة بأجر جائزة^(١).

وإذا تبين أن شركة المساهمة لا تخرج عن قواعد الشركات، من العنان والمضاربة، لم تثبت لها الشخصية الاعتبارية على ما هو مقرر في أحكام الشركات في الفقه الإسلامي، خاصة وأن اتصاف شركة المساهمة بالشخصية الاعتبارية "ليس جزءاً من حقيقة شركة المساهمة، وإنما هو تصور منبثق من مجموعة الأحكام التي وضعتها القوانين الوضعية لهذا النوع من الشركات، بل وللشركة بشكل عام، وفي مقدمة هذه الأحكام أن أموال الشركة ليست ملكاً للشركاء، وإنما هي ملك للشركة ذاتها، وهو حكم ليس خاصاً -عندهم- بشركة المساهمة، بل هو حكم عام لكل أنواع الشركات، عدا شركة المحاصة^(٢)، ولذا فإن للفقهاء مندوحة في عدم الاتفاق مع هذا التصور، ووضع تصور يتطابق مع حقيقة شركات المساهمة، يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها المنظمة للشركات"^(٣).

ومما يؤكد أن وصف الشخصية الاعتبارية ليس جزءاً من حقيقة شركة المساهمة " أن القوانين نفسها اختلفت في المرحلة التي تمنح فيها الشركة هذا الوصف، ففي بعض القوانين -كالقانون الأردني- تكتسب الشركة هذا الوصف بمجرد تسجيلها من قبل السلطات المختصة في السجل المعد لهذا الغرض، وهو أمر يسبق مرحلة طرح أسهم الشركة للاكتتاب العام، وفي بعض القوانين -كقانون الشركات المصري- لا تكتسب الشركة هذا الوصف إلا بعد القيد في السجل التجاري، الذي لا يتم إلا بعد انتهاء مرحلة الاكتتاب.

ولذلك يتصور قيام شركة مساهمة بكل ما هو مقرر لها من أحكام...، دون أن توصف بالشخصية الاعتبارية، ودون أن تكون مسؤولية الشركاء فيها محدودة، ودون أن يحكم بترع ملكية الشركاء لأموالهم"^(٤).

ويعترض على هذا الدليل:

بعدم التسليم بأن شركة المساهمة من شركة العنان أو شركة المضاربة، للفوارق التي بين شركة المساهمة وشركة العنان والمضاربة، ومن ذلك :

١ - ضعف المعنى التعاقدي في شركة المساهمة، على ما تقدم الإشارة إليه، وأبرز ما يتجلى به

(١) شركة المساهمة لصالح المرزوقي، ص ٢٩٩-٣٠١.

(٢) انظر ص ٧٢٣-٧٢٤.

(٣) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لمبارك آل سليمان: ١/١٨٧.

(٤) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لمبارك آل سليمان: ١/١٨٩.

هذا الضعف ما تمتاز به شركات المساهمة من كثرة تدخل الأنظمة واللوائح في تنظيمها من أجل الرقابة على نشاطها وحماية أموال الجمهور ومصالح الأمة، وشمول هذه الأنظمة لكثير من جوانب تكوين ونشاط شركات المساهمة إلى حد يمكن معه القول بأنه ليس للشركاء في شركات المساهمة من دور سوى الإعلان عن رغبتهم في تكوين مؤسسة أو منظمة محكومة بهذه الأنظمة التي لا يملكون مناقشتها.

٢- "أن حملة أسهم شركة المساهمة ليس لهم المشاركة في إدارتها، إلا إذا جرى تعيينهم في مجلس الإدارة أو كانوا موظفين لا يتميزون على سائر العاملين فيها، أما في المشاركة.. فلهم حق إدارة الشركة إلا إذا تنازل بعضهم لبعض أو الجميع لطرف آخر"^(١).

٣- "أن المالك لأسهم الشركة ليس وكيلا عن الشركة ولا أنداده من الشركاء، ولذلك لا يمكنه أن يلزم الشركة بتصرف يتصرفه مع الآخرين. أما في المشاركة فإن الشريك وكيل عن الشركة، ولذلك فإن تصرفاته ملزمة للشركة"^(٢).

٤- "مسؤولية حامل الأسهم في شركة المساهمة محدودة، أما مسؤولية الشريك في المشاركة فهي غير محدودة"^(٣).

وعلى التسليم بأن شركة المساهمة من شركة العنان أو المضاربة فإن ذلك وإن كان لا يقتضي إثبات الشخصية الاعتبارية لها إلا أنه لا يقتضي المنع منه أيضا، وعليه فيجوز إثبات الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة إذا دعت الحاجة لذلك.

أما ما ذكر من أن الشخصية الاعتبارية ليست جزءا من حقيقة شركة المساهمة فغير صحيح، بدليل أنه لا توجد شركة مساهمة إلا وهي تتصف بالشخصية الاعتبارية، وأن شركات المساهمة منذ نشأت كانت متصفة بهذه الشخصية، على ما تقدم في نشأة شركات المساهمة، وأن الاتصاف بالشخصية الاعتبارية لازم لبقاء شركة المساهمة واستقامة نشاطها.

وهذا بخلاف أنواع الشركات الأخرى، فإن اتصافها بالشخصية الاعتبارية محل خلاف بين القوانين، وكثير من القوانين لم تقرر لها هذه الصفة إلا في وقت متأخر، إضافة إلى أن هذه الصفة ليست ضرورية لها، ويمكن الاستغناء عنها بقواعد الوكالة، بخلاف شركة المساهمة.

(١) الشخصية الاعتبارية لحمد القري، ص ٢٠.

(٢) الشخصية الاعتبارية لحمد القري، ص ٢٠.

(٣) الشخصية الاعتبارية لحمد القري، ص ٢٠.

وأما اختلاف القوانين في المرحلة التي تمنح فيها الشركة صفة الشخصية الاعتبارية، فليس فيه دلالة على أن هذه الصفة ليست جزءاً من حقيقتها، لاتفاقها في النهاية على وصفها بهذه الصفة، وعلى أنها لا تراول نشاطها ولا يتحقق الغرض منها إلا بعد اتصافها بهذه الصفة.

أما أن الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة تصور منبثق من مجموعة أحكام وضعتها القوانين الوضعية، فليس مبرراً لنفيها، ذلك أن إثبات الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة في القوانين الوضعية لم يكن ناتجاً عن نظريات قانونية موروثة من التراث الروماني أو الكنسي لأوروبا، بل نتج عن ضرورات التعامل الناشئة عن التطورات المتسارعة التي يشهدها عصرنا الحاضر، وما كان كذلك من الأحكام والنظريات القانونية فهو إرث بشري تستفيد منه الأمم كافة ولا ينسب لأمة بخصوصها، كما هو الحال في علوم الطب والطبيعة والصناعة، فإذا أضيف إلى ذلك أن ضرورات التعامل المشار إليها لم تكن ناتجة عن أوضاع أو أحكام غير شرعية، وأن فكرة الشخصية الاعتبارية - بمعنى ثبوت الذمة والملكية لغير الإنسان - موجودة في الفقه الإسلامي، وأن الحاجة داعية لإثباتها لشركة المساهمة حتى في ظل واقع محكوم بقواعد الفقه الإسلامي لعدم إمكانية الاستغناء عنها بقاعدة الشروط على ما تقدم الإشارة إليه، وأنه لا محذور ولا مفسدة في ذلك، إذا تبين ذلك كله فإنه لا مانع من إثبات الشخصية الاعتبارية لشركات المساهمة، وليس سبق إثباتها في القوانين الوضعية بمؤثر في ذلك.

الترجيح :

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، لما تقدم في بيان دليله والإجابة عن الاعتراضات الواردة عليه، ولما يعترض به على دليل القول الثاني.

هذا ومما تقدم في عرض أدلة القولين والمناقشات يتبين أن إثبات الشخصية الاعتبارية لشركات المساهمة قائم على أمرين :

الأمر الأول: الحاجة الملحة لشركات المساهمة في الاقتصاد المعاصر، وعدم إمكان قيامها دون إثبات شخصية اعتبارية لها، خاصة أن تحديد مسؤولية المساهمين عن ديون الشركة - والذي يعد من أهم مزايا شركات المساهمة - يتعذر دون إثبات الشخصية الاعتبارية لها.

الأمر الثاني: ضعف المعنى التعاقدي في شركات المساهمة، مما يباعد بينها وبين سائر الشركات، ويجعلها أقرب لأن تكون منظمة لها حكم المنظمات والمؤسسات العامة في ثبوت الشخصية الاعتبارية لها.

وحيث كان الأمر كذلك فالأولى قصر هذه الشخصية على شركات المساهمة التي تطرح

أسهمها للجمهور ويساهم فيها الكثير من الناس -وهي محل البحث هنا-، إذ يتجلى فيها هذان الأمران بوضوح، ويصعب فيها تطبيق قواعد الشركات القائمة على معنى التعاقد بين الشركاء ووكالة بعضهم عن بعض، بخلاف الشركات التي يكون المساهمون فيها عددا قليلا فإن المعنى التعاقدي يكون بارزا فيها، إضافة إلى أنه لا حاجة لإثبات الشخصية الاعتبارية لها، لأن قواعد الشركات ممكنة التطبيق فيها وكافية لقيامها بعملها، خاصة إذا تقرر أن الأصل في الشروط الصحة والجواز، مما يمكن معه للشركاء اشتراط ما يحفظ حقوقهم ويضمن حسن إدارة الشركة واستمرارها مددا طويلة من الزمن، أما تحديد مسئولية الشركاء عن ديون الشركة فلا مسوغ له -فيما يظهر لي- في هذا النوع من الشركات، لأن فيه مفسد منها إمكان أن يتواطأ الشركاء على اتخاذ المسئولية المحدودة ذريعة لأكل أموال الناس بالباطل^(١).

(١) انظر تعليق الدكتور الصديق محمد الضير على بحث الشخصية الاعتبارية ذات المسئولية المحدودة لمحمد القرى، ص ٦٣.

المسألة الثانية : الوصف الفقهي للأسهم.

اختلف الفقهاء والباحثون المعاصرون في الوصف الفقهي للأسهم على ثلاثة أقوال^(١):

القول الأول : أن السهم يمثل حصة شائعة من الشركة نفسها دون موجوداتها، وذلك باعتبارها شخصية اعتبارية تتمتع -مع كونها مملوكة للمساهمين- بذمتها المستقلة وملكيته لموجوداتها، وإلى هذا ذهب الدكتور محمد علي القري^(٢).

وهذا القول يقترب من التصور القانوني للسهم المتقدم الإشارة إليه، بل هو مبني عليه، يقول الدكتور محمد القري: "إن الفتوى في نوازل شركة المساهمة الحديثة يجب أن تعتمد تصورا مستمدا من القوانين التي اخترعت هذه الصيغة، وتلك التي قدمت لها القواعد التنظيمية، وجميعها تنص على أن المساهم لا يملك موجودات الشركة، إذ هي شخصية اعتبارية مستقلة عن ملاكها، تمتلك بنفسها تلك الموجودات، فهو يملك سهما في الشركة فحسب، وليس حصة مشاعة في موجوداتها"^(٣).

إلا أن الفرق بين هذا التصور والتصور القانوني أن السهم على هذا التصور حصة شائعة من شركة المساهمة باعتبارها مملوكة على الشيوع للمساهمين، أي أنهم شركاء فيها شركة ملك، أما على التصور القانوني فإن السهم يمثل حقوق المساهم في الشركة، كالحق في الأرباح وحق البقاء في الشركة وحق الاشتراك في إدارة الشركة والحق في ناتج التصفية وغير ذلك من الحقوق المتقدم بياها، وذلك

(١) يذكر بعض الباحثين في هذه المسألة قول من ذهب من الفقهاء المعاصرين إلى أن الأسهم من عروض التجارة، والذي يظهر لي أن محل هذا القول في باب زكاة الأسهم، لا في باب بيعها، وذلك لما يلي :
أ- أن القائلين بهذا القول إنما أوردوه في معرض بيان حكم زكاة الأسهم حسب ما اطلعت عليه من أقوالهم.
ب- أنه لا تأثير لكون الأسهم من عروض التجارة في حكم بيعها، إذ لا يختلف حكم بيع الشيء إذا كان معدا للتجارة عن حكم بيعه إذا لم يكن كذلك.

ج- أنه لا تعارض بين القول بأن الأسهم من عروض التجارة، والأقوال الواردة أعلاه، فيجوز أن يقال بأن الأسهم في باب الزكاة لها حكم عروض التجارة بالنظر إلى ما أعدت له، وفي باب البيع لها حكم موجودات الشركة بالنظر إلى حقيقتها، كما أن حلية الذهب المعدة للاستعمال تأخذ حكم الذهب في باب البيع بالنظر إلى ما صنعت منه، ولا تأخذ حكمه في باب الزكاة بالنظر إلى ما أعدت له.

(انظر الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ١٨٨ ؛ حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس ليويسف الشبيلي؛ فقه الزكاة ليويسف القرضاوي: ٥٢٧/١ ؛ بحوث في الزكاة لرفيق المصري، ص ١٨٢-١٨٣ ؛ التكييف الفقهي للسهم لفهد الجيحي، ص ١٠-١١ ؛ أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة لحسان السيف، ص ١١٦-١١٧)

(٢) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٩.

(٣) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٩.

باعتبار هذه الحقوق حقوقاً ذات قيمة مادية يجوز تداولها، ولا يعتبر السهم حصة شائعة في الشركة نفسها، لأن لها شخصيتها الاعتبارية المستقلة عنهم غير المملوكة لهم.

ويذهب بعض الباحثين المعاصرين كالـدكتور حسين حامد^(١) إلى بناء الوصف الفقهي للسهم على هذا التصور القانوني، ونظراً لتقارب القولين في المعنى وكون مؤداهما واحداً في حكم بيع الأسهم فإنني أميل إلى اعتبارهما قولاً واحداً.

القول الثاني: أن السهم يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة، وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء والباحثين المعاصرين^(٢).

وبهذا جاء بيان الندوة الثانية للأسواق المالية المنعقدة في دولة البحرين عام ١٤١٢هـ، وقرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٧/١/٦٥ الصادر في دورة مؤتمره السابع عام ١٤١٢هـ، وفيهما أن "الحل المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة، وشهادة السهم عبارة عن وثيقة للحق في تلك الحصة"^(٣).

القول الثالث: أن السهم يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة إضافة إلى المشاركة فيها^(٤). وتوضيح ذلك أن السهم وإن كان يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة إلا أنه "إذا أطلق - وبخاصة عند الحديث عن تداول الأسهم- يشمل معنى أعم من ذلك، باعتباره حصة في شركة غرضها تحقيق الربح، وهو معنى يكسب السهم قيمة أكبر من قيمته باعتباره مجرد حصة شائعة في موجودات الشركة... لأن الذي يشتري السهم يصبح شريكاً له حقوق الشركاء، يستفيد من أرباحها وزيادة موجوداتها، بخلاف من يشتري شيئاً من موجودات الشركة"^(٥). يقول الدكتور مبارك آل سليمان: "إن السهم لا يمثل موجودات الشركة... فحسب، وإنما يمثل بالإضافة إلى ذلك حصة الشريك في

(١) انظر أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٤٨-٤٩؛ المناقشات بشأن الأسواق المالية في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ١٦٧٦/٢/٦ وما بعدها؛ الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٩.

(٢) انظر تعليق الصديق الضير على بحث الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٦٤؛ أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٤٣؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لمبارك آل سليمان: ١٨٣/١؛ الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٩؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٢٩٣؛ التكييف الفقهي للسهم لفهد اليحيى، ص ٧؛ أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة لحسان السيف، ص ١١٥.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٥٤٢/١/٧، ٧١٢.

(٤) الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم لمبارك آل سليمان، ص ٦٨-٧٠؛ وانظر التكييف الفقهي للسهم لفهد اليحيى، ص ٢٦-٢٨.

(٥) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لمبارك آل سليمان، ص ١٨٨.

الشركة، باعتبار شركة المساهمة شركة عقد، وليس مجرد شركة ملك، والمقصود من شركة العقد هو الربح المتوقع من تشغيل أموالها وتنميتها وتحريكها بالتجارة وغيرها، وهذا يعني أن من يشترك في أي شركة من شركات العقود (بما فيها شركة المساهمة) وكذلك من يشتري سهما في هذه الشركات، فإنما مقصوده الأعظم وباعثه الأول هو الاشتراك في الشركة والحصول على أرباحها المتوقعة، وهذا يحصل له بشراء السهم، ولكن لما كان عقد شراء السهم يقع على ما يمثله من موجودات أيضاً فإن تملك المشتري لتلك الموجودات يعد ثمرة من ثمرات هذا الشراء"^(١).

دليل القول الأول :

ما تقدم من ثبوت الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، وعليه فإن "المساهم لا يملك موجودات الشركة، إذ هي شخصية اعتبارية مستقلة عن ملاكها، تملك بنفسها تلك الموجودات، فهو يملك سهما في الشركة فحسب، وليس حصة مشاعة في موجوداتها"^(٢).

وشركة المساهمة بالنظر إلى هذا المعنى تشبه العبد الذي له مال وهو مملوك لعدد من الشركاء على الشيوع^(٣)، فإن ما يملكه كل منهم جزء مشاع من العبد، أما مال العبد فليس مملوكا لهم على نحو مباشر، وإنما يملكونه على سبيل التبعية للعبد بمقتضى الصفة فيه^(٤).

ويعترض عليه باعتراضات منها :

الاعتراض الأول :

أن الشخصية الاعتبارية ليست على سبيل الحقيقة، بل هي على سبيل الفرض عند كثير من القانونيين^(٥)، مما يعني أن موجودات الشركة هي في الحقيقة مملوكة للمساهمين، وما عليها من الالتزامات ثابتة في ذمتهم، إلا أن النظام يفترض لشركة المساهمة شخصية اعتبارية حتى يكون لها كيان خاص وإدارة مستقلة وحياة منفصلة عن حياة الأعضاء فيها، ولئلا تختلط حقوقها والتزاماتها بحقوقهم والتزاماتهم، ذلك الخلط الذي تسبب في عرقلة الشركات في السابق وعدم تطويرها وعدم تشجيع

(١) الاكتتاب والتجارة بالأسهم لمبارك آل سليمان، ص ٦٨-٦٩.

(٢) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٩.

(٣) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٩، ٢٧-٣٢.

(٤) انظر ما تقدم في بيع العبد الدائن ص ٣٨٤-٣٨٩.

(٥) أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٣٥ ؛ وانظر النظرية العامة للحق لمحمد شكري سرور، ص ٢٤٦-

٢٤٨ ؛ مبادئ القانون لعبد المنعم البدر اوي، ص ٤١٨-٤١٩ ؛ الشركات لعبد العزيز الحياط، ص ٢٠٨-٢١٠.

الناس عليها بسبب الخوف من آثار المسؤولية المطلقة^(١).

ويجاب عن هذا الاعتراض :

بأن الاحتجاج هنا بثبوت الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة باعتبار ذلك حكماً شرعياً. بمعنى ثبوت الذمة والأهلية شرعاً للشركة، وليس بثبوتها من الناحية القانونية، ومع ذلك فإنه لا يسلم من الناحية القانونية بأن الشخصية الاعتبارية على سبيل الفرض، لأن القانونيين القائلين بافتراضية الشخصية الاعتبارية إنما يستندون في ذلك إلى أن الشخصية لا تثبت في الحقيقة إلا للإنسان لتمتعه وحده بالإدراك والإرادة وإمكان توجيه الخطاب إليه، وأنها لا تثبت لغيره إلا افتراضاً يفترضه النظام دون أن يكون له حقيقة، وأن الشخصية الاعتبارية من صنع النظام، وللنظام الحق في منح هذه الشخصية أو عدم منحها للجهات المختلفة. وهذا القول -من الناحية القانونية- منتقد من وجوه منها:

الوجه الأول : أن الشخصية لا تثبت للإنسان لمجرد كونه إنساناً من الناحية الواقعية، ولا لتمتعه بالإرادة، بدليل أنها لم تكن تثبت للعبيد في أغلب النظم^(٢)، مع أن إنسانيتهم وتمتعهم بالإرادة حقيقة واقعة، وأنها تثبت للجنين الذي لم يخرج بعد للوجود كائناً حقيقياً فضلاً عن أن يكون له إرادة، وتثبت للصغير والمجنون الذين لا إرادة لهما، وإنما تثبت الشخصية للإنسان لحاجته لها بالنظر إلى الأهداف المشروعة التي يسعى إليها والتي يتطلب تحقيقها إثبات هذه الشخصية، وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا فرق بين إثبات الشخصية للإنسان وإثباتها لغيره مما يشاركه في هذا المعنى^(٣).

الوجه الثاني : أن الشخصية نفسها ليست صفة موجودة من الناحية الواقعية وإنما هي أمر مفترض أو مقدر -على نحو ما تقدم في الذمة^(٤)-، وعليه فلا فرق بين إثباتها للإنسان وإثباتها لغيره من الجهات، إذ لا يخلو الأمر من الافتراض على كل حال.

الوجه الثالث: أن القول بافتراضية الشخصية الاعتبارية ربما كان سائغاً قبل، أما في عصرنا الحاضر فإن الأشخاص الاعتبارية تعد حقيقة اجتماعية فرضها تطور المجتمعات وما وصلت إليه من مدنية، لا يملك النظام الحرية في الاعتراف بها أو تجاهلها، بل يلزمه التعامل معها كما يتعامل مع

(١) أثر ديون ونفود الشركة أو المحفظة لعللي القره داغي، ص ٣٥-٣٧.

(٢) وانظر ما تقدم في ملكية العبد ص ٣٧٧-٣٨٣.

(٣) انظر النظرية العامة للحق لمحمد شكري سرور، ص ٢٥٢-٢٥٥.

(٤) انظر ص ٢٣-٢٥.

الاعتراض الثاني :

أنه على التسليم بملكية شركة المساهمة لموجوداتها، فإن هذا لا تأثير له في الوصف الفقهي للسهم، لأن الشركة ملك للمساهمين، فما تملكه يكون ملكا لهم أيضا^(٢).

يقول الدكتور الصديق الضيرير : "واختلاف الفقهاء في كون العبد يملك أو لا يملك، لا يؤثر في الحكم المتفق عليه، وهو أن العبد وما ملك لسيده، وما قرره الدكتور القري من أن السيد يملك العبد لكنه لا يملك مال العبد خطأ لا نزاع فيه، سواء أخذنا برأي من يقول العبد يملك، أو من يقول العبد لا يملك. وبناء على هذا فإن قياس الدكتور القري ملك حامل السهم للشركة على ملك السيد للعبد يهدم نظريته من أساسها، لأن السيد يملك العبد وما ملكه، فيجب أن يملك حامل السهم الشركة وما ملكت"^(٣).

ويجاب عنه :

بأنه إذا ثبت أن مال الشركة ملك لها، لم يعد ملكا للمساهمين إلا على سبيل التبع لها، وكذلك الحكم في العبد: إذا ملك شيئا لم يكن ما ملكه مملوكا لسيده إلا على سبيل التبع للعبد كالصفة فيه، وقد قرر الفقهاء هذا بوضوح، ورتبوا عليه أحكاما منها^(٤) :

١- أن السيد إذا باع عبده وله مال، فممن أثبت الملك للعبد من الفقهاء من أجاز البيع دون اشتراط معرفة المال ولا سائر شروط البيع فيه، "لأنه غير داخل في العقد وإنما اشترط على ملك العبد ليكون عبدا ذا مال وذلك صفة في العبد لا تفرد بالمعاوضة"^(٥).

٢- أن تصرف السيد في مال العبد دون انتزاعه يحتمل أن لا يصح، لأنه تصرف فيما لا يملكه، ويحتمل أن يصح باعتبار تضمنه للانتزاع، قال ابن رجب رحمه الله في القواعد^(٦): "من ثبت له حق

(١) النظرية العامة للحق لمحمد شكري سرور، ص ٢٥١.

(٢) لا يرد هذا الاعتراض - كما هو واضح - على التصور القانوني للسهم.

(٣) تعليق الدكتور الصديق محمد الضيرير على بحث الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة لمحمد القري، ص ٧١ ؛ وانظر أثر ديون ونقود الشركة أو الحفظة لعللي القره داغي، ص ٤٢-٤٣.

(٤) انظر القواعد لابن رجب، ص ٣٨٦ وما بعدها.

(٥) القواعد لابن رجب، ص ٣٨٨، وتقدمت هذه المسألة في بيع العبد الدائن ص ٣٨٤، ٣٨٧.

(٦) ص ٩١.

التملك بفسخ أو عقد هل يكون تصرفه فسخاً أم لا وهل ينفذ تصرفه أم لا ؟ المذهب المشهور أنه لا يكون تملكاً ، ولا ينفذ وفي بعض صورها خلاف" ، ثم ذكر مسائل تندرج تحت هذه القاعدة إلى أن قال: "ومنها تصرف السيد في مال عبده الذي ملكه إياه وقلنا يملكه ، ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ ويكون استرجاعاً لتضمنه إياه وذكر القاضي^(١) في الجامع الكبير أنه يحتمل حمله على أنه سبق رجوعه التصرف لينفذ"^(٢).

٣- وقال ابن رجب رحمه الله أيضاً^(٣) : "لو ملك السيد عبده مالا زكوايا، فإن قلنا لا يملكه فزكاته على السيد لأنه ملكه، وإن قلنا يملكه فلا زكاة على السيد لانتفاء ملكه له، ولا على العبد لأن ملكه منزل... وحكى بعض الأصحاب رواية بوجوب زكاته على العبد على القول بأنه ملكه... وعن ابن حامد^(٤) أنه ذكر احتمالاً بوجوب زكاته على السيد على كلا القولين لأنه إما ملك له أو في حكم ملكه لتمكنه من التصرف فيه كسائر أمواله"^(٥).

٤- وقال أيضاً^(٦) : "إذا أذن المسلم لعبده الذمي أن يشتري له بماله عبدا مسلماً فاشتراه فإن قلنا: يملك، لم يصح شراؤه له ، وإن قلنا: لا يملك، صح وكان مملوكاً للسيد... ويتخرج فيه وجه آخر: لا يصح على القولين بناء على أحد الوجهين أنه لا يصح شراء الذمي لمسلم بالوكالة. ولو كان بالعكس: بأن يأذن الكافر لعبده المسلم الذي يثبت ملكه عليه أن يشتري بماله رقيقاً مسلماً. فإن قلنا : يملك صح وكان العبد له وإن قلنا : لا يملك لم يصح".

ومما سبق من المسائل وغيرها يتبين أن إثبات الملك للعبد يترتب عليه أن لا يثبت الملك للسيد على ماله إلا على سبيل التبع للعبد، ويتضح منه أن إطلاق القول بأن "العبد وما ملك لسيده" لا يصح عند القائلين بإثبات الملك للعبد.

وإذا ثبت ذلك في العبد المملوك لواحد، فهو في العبد المملوك لعدد من الشركاء أظهر، لأنه ليس

(١) هو القاضي أبو يعلى، وتقدمت ترجمته.

(٢) ص ٩٤-٩٥.

(٣) ص ٣٨٦-٣٨٧.

(٤) هو الحسن بن حامد بن علي بن مروان البغدادي الوراق، أبو عبد الله، إمام الحنابلة في زمانه، من أهل بغداد، توفي عام ٤٠٣ هـ ، وكان يقتات من نسخ الكتب، له مصنفات في الفقه وغيره، منها "الجامع" في الفقه، و"شرح أصول الدين". (الأعلام للزركلي: ١٨٧/٢ ؛ سير أعلام النبلاء: ٢٠٣/١٧-٢٠٤ ؛ تاريخ بغداد: ٣٠٠/٧).

(٥) انظر في حكم هذه المسألة عند المالكية: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: ٢٣٥/٢ ؛ الفواكه الدواني: ١٠٦، ١٣٩/٢ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٤٣١/١.

(٦) ص ٣٨٨.

لأحد منهم الانفراد بانتزاع ماله منه^(١) بخلاف العبد المملوك لواحد، فإن له انتزاع ماله منه متى شاء.

دليل القول الثاني :

أن شركة المساهمة لا تخرج عن قواعد الشركات، من العنان والمضاربة، وعليه فإن "ما يقدمه كل مساهم عند إنشاء الشركة هو في الحقيقة جزء من رأس مالها، وتسميته سهما لا يغير من حقيقته شيئا، لأن العبرة بالحقائق لا بالأسماء، فإذا تحول رأس المال إلى أعيان ونحوها، كان السهم في حقيقته حصة شائعة في تلك الأعيان"^(٢).

ويعترض على هذا الدليل باعتراضات :

الاعتراض الأول :

عدم التسليم بأن شركة المساهمة شركة عنان أو مضاربة، لما بينهما من فروق تقدم بيانها، إضافة إلى أن "شركة المساهمة هي شخصية اعتبارية ذات مسؤولية محدودة منفصلة ومستقلة عن شخصيات ملاكها، ولها كيان قانوني خاص بها يمكن من خلاله أن تمتلك وتتعاقد وتقتضي باسمها. أما المشاركة (شركة العنان) فهي غير مستقلة عن ملاكها، وهي ربما كان لها أن تمتلك وأن تتعاقد وتقتضي باسمها، لكن ليس لها شخصية اعتبارية مستقلة عن الملاك، إذ يمتلك هؤلاء الشركاء موجوداتها ملكا تاما، وهم مسؤولون مباشرة عن التزاماتها تجاه الغير"^(٣).

الاعتراض الثاني :

على التسليم بأن شركة المساهمة شركة عنان أو مضاربة وأن ما يقدمه كل واحد من المساهمين جزء من رأس المال، فإن ذلك في مرحلة تأسيس الشركة، أما بعد اتصاف شركة المساهمة بالشخصية الاعتبارية فإنها تصبح منظمة أو مؤسسة تمتلك بنفسها موجوداتها، فتكون شركة المساهمة عقد شركة ابتداء، وشخصية اعتبارية لها حكم المنظمات انتهاء، ولا مانع في ذلك، فحكمه حكم ما لو اشترك اثنان أو أكثر في مال اشتروا بجزء منه عبدا، وملكوه ما بقي من المال على أن يتجر به، فإن ملكهما في أول الأمر كان هو المال، ثم صار ملكهما في العبد يملكانه على الشيوع ولا يملكان ماله.

(١) انظر المنتقى للباجي: ٣/٣٣٨.

(٢) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة لمبارك آل سليمان: ١/١٨٤.

(٣) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٢٠.

الاعتراض الثالث :

أن القول بأن السهم يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة ينفيه واقع التعامل بالأسهم، وذلك من أوجه منها :

١- تختلف القيمة السوقية للأسهم ارتفاعا وهبوطا عن القيمة الحقيقية لموجوداتها، ولو كانت الأسهم تمثل هذه الموجودات لما اختلفت القيمتان.

٢- كثيرا ما لا يجد المتعاملون بالأسهم حاجة لمعرفة ما في الشركة من موجودات، مما يدل على أن الأسهم لا تمثل هذه الموجودات، وإلا لكان العلم بها ضروريا للتعامل فيها.

والجواب عن هذا الاعتراض :

١- إن السهم وإن كان يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة إلا أنه لا يقدر بالنظر إلى هذه الموجودات مجردة، بل يقدر باعتبارها حصة في شركة معرضة للربح والخسارة، وهذا يعطيه قيمة مختلفة و"يفسر ما يوجد من اختلاف بين قيمة موجودات الشركة عند بيعها مجردة، وبين قيمة أسهمها في السوق، لأن الذي يشتري السهم يصبح شريكا، له حقوق الشركاء، يستفيد من أرباحها، وزيادة موجوداتها، بخلاف من يشتري شيئا من موجودات الشركة"^(١).

يضاف إلى ذلك أن موجودات الشركة تشمل الحقوق المعنوية للشركة -على ما تقدمت الإشارة إليه-، وهذه الحقوق لا تخضع غالبا للتقدير ضمن موجودات الشركة، في حين أن لها قيمة مالية قد تزيد أحيانا عن قيمة الموجودات الأخرى من الأعيان والنقود وغيرها، وهي "ملازمة لوجود الشركة منذ تأسيسها، إذ لا تخلو شركة مساهمة -ولو في مرحلة التأسيس- من هذه الحقوق، وتشمل هذه الحقوق: الاسم التجاري للشركة، والتصريح بالاككتاب والتداول، والدراسات السابقة لنشأتها، وكلفة المخاطرة، وكفاءة الإدارة وجودتها وغير ذلك. فحصة مستثمر مع مدير للاستثمار ذي كفاءة عالية قيمتها عند البيع أعلى من حصة آخر مع مدير كفاءته أقل، ولو تساوت حصتهما من حيث القيمة الرأسمالية النقدية، لأن الزيادة ليست بسبب زيادة في الموجودات العينية، بل بسبب قوة الإدارة"^(٢).

٢- أما عدم احتياج المتعاملين بالأسهم للعلم بالموجودات فلأنها ليست مقصودة بذاتها، وإنما

(١) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٨٨/١.

(٢) حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس ليوسف الشبيلي.

المقصود منها المشاركة في الشركة وما يرجى لها من نمو وما يؤمل منها من ربح^(١)، مما لا يجعل المتعاملين في حاجة إلى معرفة أعيان هذه الموجودات ولا مقاديرها اكتفاء بمعرفة مركز الشركة المالي وما يتوقع لها في المستقبل.

دليل القول الثالث:

يحتج أصحاب هذا القول بأن "من يشتري سهماً..، فإنما مقصوده الأعظم وباعثه الأول هو الاشتراك في الشركة والحصول على أرباحها المتوقعة، وهذا يحصل له بشراء السهم، ولكن لما كان عقد شراء السهم يقع على ما يمثله من موجودات أيضاً فإن تملك المشتري لتلك الموجودات يعد ثمرة من ثمرات هذا الشراء

وعلى ذلك فإن الذي يترتب على تملك الأسهم بالشراء ونحوه أمران:
الأمر الأول: حصول الشركة وثبوتها لمشتري السهم، بمعنى حلوله محل البائع شريكاً في الشركة.
الأمر الثاني: تملك ما يمثله السهم من موجودات الشركة.

وهذا يعني أن من يشتري السهم فإنما يقصد بشرائه هذين الأمرين معاً، وأن الدخول في الشركة هو المقصود أصالة بالعقد، وأن موجودات الشركة... وإن كانت مقصودة بالعقد أيضاً لكنها مقصودة بالتبع لا بالأصالة، ولذلك فإن طبيعة تلك الموجودات لا تعني مشتري السهم بالدرجة الأولى^(٢).

ويمكن الاعتراض عليه :

بأن الحاصل منه الاحتجاج بقصد متداولي الأسهم، ومحل البحث هنا هو حقيقة السهم مطلقاً، بغض النظر عن كونه محلاً للتعامل من عدمه.

ومن جهة أخرى فإن القصد في بيع الشيء لا يغير من حقيقته ووصفه الفقهي، وإن كان له أثره في تحديد محل عقد البيع وشروطه وآثاره. وشاهده مسألة بيع العبد ذي المال، فيما أن يقال في حقيقة ذلك أنه عبد ذو مال، أو يقال أنه عبد ومعه مال، وعلى القولين فإن قصد المال وعدم قصده عند بيع العبد قد يكون مؤثراً في تحديد محل العقد، وهل هو العبد وحده والمال تابع له، أو هو العبد والمال معاً، وما يترتب على ذلك من اشتراط العلم بمال العبد وجريان الربا بين هذا المال والتمن الذي يبيع به

(١) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٩٩/١.

(٢) الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم لمبارك آل سليمان، ص ٦٨-٦٩؛ وانظر التكييف الفقهي للسهم لفهد اليحيى، ص ٢٦-٢٧.

العبد، وثبوت الخيار لو تبين عيب في المال، إلا أن هذا القصد ينحصر أثره في تحديد محل عقد البيع دون أن يكون مؤثراً في الوصف الفقهي للعبد وماله.

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، بناء على ما تقدم من ترجيح ثبوت الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، مما ينبني عليه اعتبار السهم حصة في الشركة لا في موجوداتها التي هي ملك للشركة نفسها وليست ملكاً للمساهمين.

الفرع الأول : حكم بيع أسهم الشركات التي يكون جزء من موجوداتها ديونا.

لا تكاد تخلو شركة مساهمة قائمة تزاوّل نشاطها من ديون لها في ذمم الغير، إلا أن هذه الديون قد تقل وقد تكثر بناء على طبيعة نشاط الشركة وسياساتها وظروف عملها^(١)، بل قد يتصور في الذهن أن تكون جميع موجودات شركة المساهمة ديونا في ذمم الغير، وإن كان ذلك متعذرا من الناحية العملية، إذ لا تخلو شركة مساهمة من أن يكون شيء من موجوداتها نقودا أو أعيانا، كالمباني والآلات، أو منافع، كمنافع العقارات المستأجرة والموظفين، إضافة إلى الحقوق المعنوية التي لا تخلو منها شركة مساهمة على ما تقدم الإشارة إليه.

وكما لا تكاد تخلو شركة مساهمة قائمة من ديون لها في ذمم الناس، فإنها لا تخلو أيضا من وجود مبالغ نقدية ضمن موجوداتها، بل يتعذر من الناحية العملية أن لا يكون ضمن موجودات الشركة شيء من النقود.

(١) ومما يزيد من الديون في موجودات الشركة أن غالب ما لدى الشركات من النقود مودع لدى المصارف، والوديعة المصرفية تكيف على أنها دين للمودع في ذمة المصرف على ما ذهب إليه معظم الفقهاء والباحثين المعاصرين، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ٩٠/٣/٩٥ في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي عام ١٤١٥ هـ، وفيه :

"أولا : الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي، حيث أن المصرف المتسلم لهذه الودائع يده يد ضمان لها هو ملزم شرعا بالرد عند الطلب، ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك (المقترض) مليئا.

ثانيا : إن الودائع المصرفية تنقسم إلى نوعين بحسب واقع التعامل المصرفي:

أ- الودائع التي تدفع لها فوائد، كما هو الحال في البنوك الربوية، هي قروض ربوية محرمة ، سواء أكانت من نوع الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية)، أم الودائع لأجل، أم الودائع بإشعار، أم حسابات التوفير.

ب- الودائع التي تسلم للبنوك الملتزمة فعليا بأحكام الشريعة الإسلامية بعقد استثمار على حصة من الربح هي رأس مال مضاربة، وتنطبق عليها أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لرأس مال المضاربة" (مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٩/١/٩٣١-٩٣٢ ؛ وانظر في تكييف الوديعة المصرفية: الودائع المصرفية لأحمد الحسني، ص ١٠٢-١٠٦ ؛ الودائع المصرفية النقدية لحسن الأمين، ص ٢٣٢-٢٣٨ ؛ المنفعة في القرض لعبدالله العمراني، ص ٤٣١-٤٤٤ ؛ البحوث والمناقشات بشأن الودائع المصرفية (حسابات المصارف) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٩/١/٩٢٧-٩٢٧ ؛ الاقتصاد الإسلامي لعلي السالوس: ١/١٦٢-١٧٦ ؛ الجامع في أصول الربا لرفيق المصري، ص ٤٣٥-٤٣٨ ؛ الربا والمعاملات المصرفية لعمر المترك، ص ٣٤٦-٣٤٨ ؛ المصارف الإسلامية لعبدالله الرزاق الهيتي، ص ٢٦٠-٢٦٤ ؛ بنوك تجارية بدون ربا لمحمد الشباني، ص ١٩١-١٩٤ ؛ الربا في المعاملات المصرفية لعبدالله السعيد: ٩٧٩/٢-٩٨١).

وإذا كان الأمر كذلك فما تأثير هذه الديون والنقود في حكم تداول الأسهم؟ ، هل هي غير مؤثرة حتى يجوز تداول الأسهم بالنقود وغيرها مقبوضة ومؤجلة؟. أم أنها مؤثرة مما يجعل لبيع الأسهم حكم الصرف وبيع الدين ، الأمر الذي يترتب عليه ما يلي :

أولاً: بالنظر إلى الديون:

أ- أن لا يجوز بيع الأسهم بضمن في الذمة، وإلا دخله بيع الدين بالدين.
ب- أن لا يجوز بيع الأسهم بنقود -ولو ذهباً أو فضة- ، مؤجلة كانت النقود أو مقبوضة، لما تقدم في بيع الدين لغير من هو عليه أنه يشترط أن لا يجري بين الدين والضمن ربا النسيئة، وذلك لكون الدين المبيع غير مقبوض، هذا إذا كانت جميع الديون من النقود كما هو الغالب ، فإن كان شيء من الديون ربوياً سلعياً (من غير النقود) ، كالبر، لم يجز بيع الأسهم أيضاً بما يجري بينه وبين هذه الديون ربا النسيئة، كالبر أو التمر.

ثانياً: بالنظر إلى النقود:

أ- أن لا يجوز بيع الأسهم بنقود في الذمة، وإلا كان ذلك من ربا النسيئة.
ب- أن يأخذ بيع الأسهم بضمن مقبوض من النقود حكم مسألة "مد عجوة ودرهم"^(١)، والجمهور -كما تقدم- على عدم جوازها، وعلى القول بالجواز فإنه يشترط أن يكون الثمن أكثر مما يقابله من النقود في موجودات الشركة. وهذا -وإن كان هو الغالب- إلا أنه قد لا يتحقق في بعض الحالات.

ومما تقدم يظهر أن القول بتأثير الديون التي للشركة في بيع أسهمها، وأن لذلك حكم بيع الدين لغير من هو عليه، هو -من الناحية العملية- كالقول بتحريم تداول الأسهم، وذلك في ظل الواقع الراهن لأسواق الأوراق المالية حيث يتعذر على المتعاملين بالأسهم تداولها بغير النقود .

إذا تبين هذا فقد اختلف الفقهاء والباحثون المعاصرون في مدى تأثير ديون ونقود الشركة في حكم بيع أسهمها، وذلك على أقوال^(٢):

القول الأول : أنه لا تأثير للنقود والديون، قلت أو كثرت، وأيا كان نشاط الشركة^(٣)، على

(١) تقدم تناولها ص ٣٢٣.

(٢) انظر في هذه المسألة أيضاً إضافة إلى المراجع المشار إليها في عرض الأقوال: أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٩٧/١-١٩٨ ؛ الربا والمعاملات المصرفية لعمر آل مترك، ص ٣٧٣ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٣٧١-٣٧٩؛ التكييف الفقهي للسهم لفهد اليحيى، ص ٤٢-٤٨.

(٣) الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة لمحمد القرني، ص ٣٩-٤١ ؛ حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة

اختلاف بين أصحاب هذا القول في مستنده، الأمر الذي يتضح -إن شاء الله- من عرض أدلته.

القول الثاني : أنه لا تأثير لها ما لم تكن مقصودة^(١)^(٢). ويتحدد القصد بالنظر إلى طبيعة نشاط الشركة، فإذا كان مجال نشاط الشركة التعامل بالديون بيعاً أو شراءً أو الاستثمار في البيع بالأجل كبيع المراجعة للأمر بالشراء^(٣) فالديون مقصودة بالأصالة، وإذا كان مجال نشاط الشركة أعمال الصرافة أو التجارة بالعملات فالنقود مقصودة بالأصالة، وإذا كان مجال النشاط الاستثمار في نشاط زراعي أو تجاري أو عقاري أو صناعي أو خدمي فالديون والنقود -ولو كثرت- تابعة غير مقصودة^(٤).

ويشترط بعض أصحاب هذا القول أن لا تكون القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق قليلة^(٥).

التأسيس ليوسف الشبيلي؛ الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم لمبارك آل سليمان، ص ٦٩.

(١) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٨٧/٢-٨٨، ٢٨٠-٢٨١ ؛ وانظر الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٣٧٩-٣٧١؛ تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق لأمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ؛ تأملات ونظرات في بحث تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق لتزيه حماد.

(٢) وبذلك جاءت فتوى ندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي رقم ٢/٢٠، وفيها: "يجوز التداول في أسهم الشركات أو وحدات الصناديق أو الصكوك الإسلامية، بالسعر المتراضي 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 تتمحض تلك الأوعية في النقود، مثل الأوعية الاستثمارية قبل مزاوله أنشطتها في الأعيان والمنافع، أو قبيل تصفيتها، أو أن يكون نشاطها في الذهب والفضة والعملات، فيطبق عليها حينئذ أحكام الصرف، أو أن تتمحض تلك الأوعية في الديون فيطبق عليها أحكام بيع الديون.. والمراد بالقصد المعتبر هو أن يكون محل التعاقد حصة في الوعاء الاستثماري للنشاط المشروع القائم أصالة على الموجودات السلعية والخدمية غير المقتصر على التعامل في النقود المحضه والديون المحضه" (قرارات وتوصيات ندوات البركة، ص ٣٥٠-٣٥١).

وكذلك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، إلا أنها اشترطت ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة، ويأتي إيراد ذلك.

(٣) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٨٧/٢. وظاهر ما ذكره الدكتور على القره داغي أنه يرى أن بيوع المراجعة للأمر بالشراء (وبيوع التقسيط بمعناها) من الأنشطة التجارية التي لا تجعل الديون مقصودة بالأصالة (أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي: ص ١٠٠-١٠١).

(٤) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٨٧/٢ أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ١٠٢.

(٥) في المعيار الشرعي رقم ٢١ من المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (ص ٣٨٧-٣٨٨) :

=

القول الثالث : أنه لا تأثير لها ما لم تكن كثيرة^(١)، وهو -فيما يظهر- توجه مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٢).

إلا أن تحديد ضابط الكثرة غير متفق عليه بين أصحاب هذا القول، فاعتمد مجمع الفقه الإسلامي الغالب دون تحديده بأي نسبة^(٣)، مما يفهم منه الغلبة المطلقة^(٤)، أي ما جاوز ٥٠٪، وهو

"- لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها نقوداً فقط، سواء في فترة الاكتتاب أو بعد ذلك قبل أن تزاول الشركة نشاطها أو عند التصفية إلا بالقيمة الاسمية وبشرط التقابض.

- لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها ديوناً فقط إلا بمراعاة أحكام التصرف في الديون.

- إذا كانت موجودات الشركة 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 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.

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".

ومن فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة للبركة: "لا يؤثر على مشروعية الاكتتاب في الإصدار أو تداول أسهمه أو استردادها كون بعض موجودات الإصدار نقوداً أو ديوناً نشأت عن مبيعات أو بيع وقعت قبل الاكتتاب ما دامت تلك النقود أو الديون تابعة للأعيان الكثيرة التي اشتمل عليها الإصدار، والنقود والديون هنا غير مقصودة". (بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية لعبدالستار أبو غدة، ص ٤٨).

وانظر تأملات ونظرات في بحث تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق لتزيه حماد.

(١) انظر أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٦٢ ؛ الشخصية الاعتبارية لحمد القري، ص ٣٧ ؛ بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية لعبدالستار أبو غدة، ص ٤٥ ؛ تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق لأمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ؛ تأملات ونظرات في بحث تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق لتزيه حماد.

(٢) ففي قراره رقم ٧/١/٦٥ الصادر في دورة مؤتمره السابع عام ١٤١٢ هـ أن "المحل المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة"، وفي قراره رقم (٥) د ٨٨/٠٨/٤ في شأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار الصادر في دورة مؤتمره الرابع عام ١٤٠٨ هـ أنه "إذا صار مال القراض موجودات مختلفة من النقود والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع" (مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٧١٢/١/٧، ٢١٦٢/٣/٤-٢١٦٣).

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٢١٦٢/٣/٤-٢١٦٣.

(٤) أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٦٢ ؛ وانظر المناقشات بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٢٠٤٦/٣/٤ وما بعدها ؛ وقارن تعقيب الشيخ الصديق الضيرير بشأن بيع الدين وسندات

=

ما مال إليه البعض^(١)، وذهب البعض إلى اعتبار الثلث في التفرقة بين الكثير والقليل^(٢).

وينبغي على هذا القول أن تحتسب الحقوق المعنوية ضمن موجودات الشركة وتضم إلى الأعيان والمنافع^(٣).

القول الرابع : أنه لا تأثير لها ما لم تكن كثيرة مقصودة^(٤)، ويتحدد القصد بالنظر إلى طبيعة النشاط على ما تقدم في القول الثاني.

القول الخامس : أنه لا تأثير لها إذا كان معها شيء من الأعيان أو المنافع^(٥)، أي اكتفاء بالخلطة من غير اعتبار لنوع النشاط ولا للكثرة، وإلى هذا ذهب ندوة البركة الثانية^(٦)، وبعض الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية^(٧).

وبعض أصحاب هذا القول يشترط أن لا تكون الأعيان والمنافع قليلة^(٨)، لأن النقود والديون حينئذ تكون هي النسبة الغالبة و"من المستحيل أن تكون هذه النسبة... مقصودة للمشتري تبعاً لأصالة"^(٩).

القول السادس : أنها مؤثرة مطلقاً، قلت أو كثرت، وأياً كان نشاط الشركة^(١٠)، وعليه فتكون

القرض في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ١١/١/٣٩٢-٣٩١.

(١) أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٦٢؛ الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٣٧-٣٨؛ المناقشات بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٤/٣/٢٠٤٦ وما بعدها.

(٢) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٣٧.

(٣) أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٦٢.

(٤) أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٦٤، ٩٩-١٠٢.

(٥) تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق لأمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي؛ تعليق على بحث تداول أسهم الشركات لعبدالله آل خنين؛ أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٧٤.

(٦) صناديق الاستثمار الإسلامية لعز الدين خوجة، ص ٤٨.

(٧) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٧١/٢.

(٨) تأملات ونظرات في بحث تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق لتزيه حماد؛ بحث في المعاملات والأساليب المصرفية لعبدالستار أبو غدة، ص ٤٧.

(٩) تأملات ونظرات في بحث تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق لتزيه حماد.

(١٠) وبه صدرت إحدى فتاوى بيت التمويل الكويتي، وفيها: "السؤال: إن من أنواع الشركات التي تتداول أسهمها بالبيع بالأجل الشركة التي تكون لها موجودات وأصول ثابتة، ولكن توجد عليها ملاحظات: (أ) ... (ب) أن هذه الشركات من بين موجوداتها نقود، سواء بالبنوك أو لديها بالصندوق، فهل يجوز تداول أسهمها بالشراء والبيع بالأجل؟. الجواب: أنه لا مانع من شراء وبيع أسهم هذه الشركات بالأجل إذا كان مبلغ الثمن أزيد من النقد الذي لدى الشركة فيعتبر النقد

=

المسألة من مد عجوة بالنسبة إلى النقود، وتجري أحكام بيع الدين.

وقبل إيراد أدلة كل قول يحسن الإشارة إلى أن الأقوال من القول الأول إلى الخامس تستند -فيما تستند إليه- إلى القاعدة التي قررها الفقهاء والتي تقضي بأنه "يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها"^(١)، وهي قاعدة متفق عليها -في الجملة- دل على اعتبارها "استقراء فروع الفقه الإسلامي وجزئياته ومسائله التي اعتبرت في عدد غير يسير منها رعاية الأصالة والتبعية"^(٢). كما دل عليها أحاديث منها:

١- حديث بيع العبد ومعه ماله^(٣)، فظاهر الحديث أنه لا يشترط العلم بمال العبد، ولا اعتبار لجريان الربا -بنوعيه- بين ثمن العبد وماله، فيجوز البيع ولو كان مال العبد نقودا أو دينا أكثر من قيمة العبد أو أقل، ويجوز مع ذلك أن يكون ثمن العبد مؤجلا، وما ذلك إلا لكون مال العبد تابعا في البيع غير مقصود بنفسه.

٢- حديث بيع الثمر الذي لم يبد صلاحه تبعا لأصله^(٤)، "ففيه أن حكم الشيء مع أصله يختلف عن حكمه إذا استقل بنفسه، فيكون الحكم للأصل، والتبع مغتفر، ولو كان التبع أصلا بنفسه مستقلا بأمره لمنع"^(٥).

إلا أنه يقع الخلاف في المسألة محل البحث في تحديد الأصل من التبع، وضوابط ذلك، الأمر الذي يتضح -إن شاء الله- من عرض أدلة كل قول.

بمقابلة النقد، وما زاد فهو بمقابلة الأعيان... " (الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية: ٣/٣٢٤). وأشار الدكتور عبدالستار أبو غدة إلى أن هذه الفتوى لم ينتشر التعويل عليها (بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية لعبدالستار أبو غدة، ص ٥٨).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٣٦٥/١ ؛ شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: ٥٥/١ ؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٢٠ ؛ وانظر المنشور للزركشي: ٣٧٦/٣ ؛ القواعد الفقهية لعلي الندوي، ص ٤٢٣ ؛ شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص ٢٩١.

(٢) أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ٦٨.

(٣) سبق تخريجه ص ٣٢٠ .

(٤) سبق تخريجه ص ٣٢٠ .

(٥) تعليق على بحث تداول أسهم الشركات لعبدالله آل حنين.

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

ما تقدم من ثبوت الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، وأن موجوداتها ملك لها وليست ملكا للمساهمين إلا تبعاً لها، وأن السهم حصة شائعة في الشركة نفسها لا في موجوداتها، وعليه فيجوز بيع أسهم الشركة دون نظر لموجوداتها من النقود والديون، لأنها غير مقصودة في العقد وإنما دخلت فيه على سبيل التبع للشركة. بمثالة الصفة فيها، أي أن المبيع حصة شائعة في شركة ذات موجودات، وليس حصة شائعة من موجودات الشركة، ولا حصة شائعة من الشركة وموجوداتها.

ويتأكد ذلك بالنظر إلى أن موجودات الشركة ليست مقصودة للمتعاملين بالأسهم، ولا اعتبار لها إلا من جهة تأثيرها في المركز المالي لشركة المساهمة، مما يؤكد أن هذه الموجودات ليست محلاً مقصوداً بالمعاوضة في بيع الأسهم، وأن شأنها فيه شأن الصفة في المبيع: تزيد في ثمنه وليست هي المقصود بالمعاوضة.

ويشبه بيع الأسهم من هذا الوجه بيع العبد ذي المال -من النقود والديون^(١)- إذا اشترط المشتري ماله وهو لا يقصد انتزاعه منه وإنما يقصد إبقائه في يده، فلا يشترط لجواز البيع العلم بما للعبد من المال، ولا اعتبار لجريان الربا بين ثمن العبد وماله ولا لشروط بيع الدين، على ما تقدم بيانه في موضعه.

الدليل الثاني :

على فرض عدم ثبوت الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة فإن الديون وسائر الموجودات ليست مقصودة في بيع أسهم الشركات على اختلاف أنواعها، ومما يدل على ذلك:

أ- أن المشتري بشرائه السهم لا يقصد الحصول على شيء من موجودات الشركة، بل قصده الحصول على الربح الدوري للأسهم أو الربح الحاصل ببيعها، وطبيعة الموجودات ومقاديرها وقيمها لا تعني له شيئاً إلا من جهة تأثيرها في قيمة السهم أو في أرباحه.

ب- أن كثيراً من المساهمين "لا يعلم ما يمثله السهم من موجودات في الشركة، بل لربما لا يعرف موجودات الشركة أصلاً أو نشاطها"^(٢).

(١) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٣٩-٤١.

(٢) حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس ليوסף الشبيلي.

ج- أن قيمة الأسهم غير مرتبطة بالقيمة الحقيقية لموجودات الشركة، وإن كانت تتأثر بها، بل "قد تتناقص قيمة موجودات الشركة بينما القيمة السوقية للسهم في تصاعد، والعكس كذلك، وقد تخسر الشركة وقيمتها السوقية تزداد، وهكذا، فقيمة السهم لا تعبر بالضرورة عن قيمة الموجودات، فهي قد تتأثر بها، ولكنها لا ترتبط بها ارتباطا مباشرا صعودا وهبوطا"^(١).

وإذا تبين أن موجودات الشركة ليست هي المقصودة في التعامل بالأسهم، فإن المقصود هو حق المشاركة في الشركة، أي أن مشتري السهم إنما يريد بشرائه الحلول محل بائعه في الشركة، وذلك بالنظر لما تتصف به الشركة من جودة الإدارة والمركز المالي والسمعة التجارية والخبرة في مجال النشاط والفرص المستقبلية، أما الموجودات فلا ينظر إليها إلا من جهة كونها عاملا مؤثرا فيما سبق.

وعليه فإن موجودات الشركة وإن شملها عقد بيع الأسهم إلا أنه شملها مع أمر آخر هو المقصود بالعقد ضمت إليه الموجودات لعدم انفكاكها عنه، وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا تأثير لهذه الموجودات في العقد لأنها تابعة غير مقصودة.

وقد أشار إلى قريب من هذا المعنى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رحمه الله في فتواه حول شركات المساهمة فقال: "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. فإن قيل إن للشركة ديونا في ذمم الغير... وبيع الدين في الذمم لا يجوز إلا لمن هو عليه بشرطه. فيقال: وهذا أيضا من الأشياء التابعة التي لا تستقل بحكم، بل هي تابعة لغيرها، والقاعدة أنه يثبت تبعا ما لا يثبت استقلالا". وذكر أدلة القاعدة، ثم قال: "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 غالبا، ومما ذكر يتضح وجه القول بجواز بيعها على هذه الصفة"^(٢).

ويعترض عليه :

بأن حق المشاركة لا تجوز المعاوضة عنه، فإذا جعل هو المقصود الأصلي في التعامل بالأسهم اقتضى ذلك عدم جواز المعاملة.

(١) حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس ليويسف الشبيلي.

(٢) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم: ٤٢/٧-٤٣.

ويجاب عن ذلك :

بأن حق المشاركة في الشركة حق متقوم بالمال تجوز المعاوضة عليه فقد "أجاز جمهور الفقهاء بيع الحقوق المجردة، مثل حق المرور، وحق التعلي، وحق التسييل، وحق الشرب، وحق وضع الخشب على الجدار، وحق فتح الباب، ونحو ذلك، ودلت الشريعة على جواز المعاوضة ببذل المال للتنازل عن حق من الحقوق، كالمصالحة على العفو عن القصاص، والخلع، والصلح بعوض للتنازل عن حق الشفعة، وبيع العربون، وغير ذلك من المعاوضات التي يكون محل العقد فيها حقاً مجرداً"^(١).

وقد أجاز بعض الفقهاء التزول عن الوظائف بعوض للعرف الجاري بذلك مع الحاجة إليه^(٢)، فالتزول عن حق الشركة بعوض أولى بالجواز، لأن الوظيفة لا يملك شاغلها سوى التزول عنها، ثم يكون لولي الأمر تعيين المتزول له أو غيره بحسب ما يراه أصلح، بخلاف الحال في شركة المساهمة، فإن للمساهم بيع سهمه لمن يشاء.

الدليل الثالث:

على فرض أن المقصود بالمعاوضة في بيع السهم هو موجودات الشركة، فإن هذه الموجودات تشمل أعياناً أو منافع أو حقوقاً معنوية -ولا تخلو منها شركة مساهمة على ما تقدم- إضافة إلى الديون والنقود، والمقصود بالعقد من ذلك هو الأعيان والمنافع والقيم المعنوية مهما كانت نسبتها، أما النقود والديون فهي تابعة لها فلا تكون مؤثرة^(٣).

ويعترض عليه :

بأن افتراض أن المقصود بالعقد -على كل حال- هو الأعيان والمنافع والقيم المعنوية دون النقود والديون تحكم لا دليل عليه، بل إن قصد الناس للنقود وما في حكمها من الديون المستحقة الحالة وحرصهم على تحصيلها أقوى من قصدهم لما عداها من الموجودات^(٤).

(١) حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس ليويسف الشبيلي.

(٢) انظر ص ٣٤٨.

(٣) أثر ديون ونقود الشركة أو الحفظة لعللي القره داغي، ص ٧٤.

(٤) أثر ديون ونقود الشركة أو الحفظة لعللي القره داغي، ص ٧٤.

دليل القول الثاني :

أن محل العقد في بيع الأسهم هو موجودات الشركة بما فيها من النقود والديون، إلا أن هذه النقود والديون قد تكون مقصودة بالأصالة، وقد تكون تابعة غير مقصودة، فينبغي التفريق بين الحالتين، فتكون مؤثرة في الحالة الأولى دون الثانية، دون نظر إلى قلتها أو كثرتها، بناء على ما قرره الفقهاء من أنه "يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها"^(١).

ومن المسائل النظرية التي تؤيد هذا في باب الربا:

١- جواز بيع العبد ومعه ماله إذا كان المقصود هو العبد دون المال^(٢)، دون اعتبار لجريان الربا -بنوعيه- بين ثمن العبد وماله، فيجوز البيع ولو كان مال العبد نقوداً أو ديناً أكثر من قيمة العبد أو أقل، ويجوز مع ذلك أن يكون ثمن العبد مؤجلاً، وما ذلك إلا لكون مال العبد تابعا في البيع غير مقصود بنفسه.

٢- ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية من أن "ظاهر مذهب أحمد جواز بيع السيف المحلى بجنس حلته لأن الحلية ليست بمقصودة"^(٣).

أما المعيار الذي يعلم به هل الديون مقصودة أو غير مقصودة فهو طبيعة نشاط الشركة وعملها وأغراضها المصرح بها في النظام الأساسي، فإذا كانت الشركة تستثمر أموالها في البيع بالأجل مثل بيع التقسيط، أو في بيع الديون وشرائها، فإن الديون تكون أصيلة مقصودة ولو قلت نسبتها من الموجودات.

وإذا كانت الشركة تستثمر أموالها في التجارة في العملات أو الصرافة فإن النقود تكون أصيلة مقصودة.

وإذا كانت الشركة تستثمر أموالها في الأنشطة الزراعية أو التجارية أو الصناعية أو الخدمية ونحوها فالديون والنقود تعتبر تابعة غير مقصودة^(٤).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٣٦٥/١ ؛ شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: ٥٥/١ ؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٢٠ ؛ وانظر المنشور للزركشي: ٣٧٦/٣ ؛ القواعد الفقهية لعلي الندوي، ص ٤٢٣ ؛ شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص ٢٩١.

(٢) تقدم تناول المسألة وبيان ما فيها من الخلاف ص ٣٨٤-٣٨٩ .

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٣٩٢/٥ ؛ وانظر الفروع: ١٦٠/٤ ؛ الإنصاف: ٣٤/٥ .

(٤) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٨٧/٢ ؛ أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعلي القره داغي، ص ١٠٠-١٠١.

وفي بيان هذا يقول الدكتور علي القره داغي: "إن 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 كالمراجحة 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.

وبناء على ذلك فإن الأصل المتبوع في الشركات التي تحدد أغراضها في التجارة... هو ذلك النشاط المتمثل في بيع موجودات الشركة، أو بقية العقود الأخرى، وما نتج عن 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، وتجعلها محور نشاطها"^(١).

ويعترض على هذا الاستدلال باعتراضات:

الاعتراض الأول :

أن هذا الاستدلال مبني على أن حقيقة السهم حصة شائعة من موجودات الشركة، والراجح خلافه على ما تقدم.

الاعتراض الثاني :

أن جميع موجودات الشركة -من الديون وغيرها- غير مقصودة في التعامل بالأسهم أي كان نوع نشاط الشركة، وذلك لما تقدم في أدلة القول الأول.

(١) أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعللي القره داغي، ص ١٠٠-١٠١.

الاعتراض الثالث :

أنه لو سلم أن محل العقد في بيع الأسهم هو موجودات الشركة، وأن منها ما هو مقصود بالأصالة وما هو تابع غير مقصود، فإن الديون والنقود إذا كثرت ينبغي أن تكون مقصودة أيا كانت طبيعة نشاط الشركة وعملها وأغراضها، وذلك لما سيأتي في دليل القول الثالث من أن اعتبارها من قبل المتعاملين بالأسهم وتأثيرها في قيمتها يكون كبيرا، وأنه لا يجوز أن يجعل معظم المقصود في العقود تابعا للأقل.

أما ما ذكر من أن الديون أو النقود نتجت تبعا للعمل، وأن الغرض منها تدويرها بإعادة استثمارها، فهو أمر يؤكد قصدها وأهميتها ولا ينفيه، وذلك باعتبارها نتيجة العمل وثمرته وأمرنا لازما لاستمراره.

الاعتراض الرابع:

أن هذا القول يترتب عليه منع تداول أسهم كثير من المصارف الإسلامية بالنقود، وذلك لأن كثيرا من موجوداتها نقود وديون، خاصة إذا كانت تعتمد في غالب نشاطها على البيع بالأجل، و"القول بجرمة تداول أسهم البنوك الإسلامية تعني عمليا نهاية فكرة العمل المصرفي الإسلامي"^(١).

دليل القول الثالث :

أن محل العقد في بيع الأسهم هو موجودات الشركة بما فيها من الديون والنقود، فإن كانت الديون والنقود من بين هذه الموجودات قليلة لم تكن مؤثرة، ذلك أن من القواعد المقررة عند الفقهاء أن "القليل يتبع الكثير في العقود"^(٢)، ورعاية الكثرة والقلة أصل عظيم من أصول الشريعة الإسلامية يدخل ضمن الأصول الكلية والقواعد الكلية التي يمكن البناء عليها.

أما إذا كانت الديون والنقود كثيرة فإنها تكون مؤثرة، فيجب مراعاة أحكام الصرف وبيع الدين في بيع الأسهم، وذلك تمسكا بالأصل فيها، ولأن "القليل يتبع الكثير في العقود، ولا يجوز أن

(١) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٣٩ .

(٢) قواعد الأحكام للجز بن عبد السلام (١٨٥/٢-١٨٦) ؛ وفي المبسوط (٨٢/٢٦): " إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع"؛ وفي أحكام القرآن لابن العربي (٢٢٤/٤) : "والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم"، وفي كشف القناع (٢٨١/١) : "الأكثر ملحق بالكل في أكثر الأحكام" .

يجعل معظم المقصود تابعا لأقله"^(١)، ولأن اعتبارها من قبل المتعاملين بالأسهم وتأثيرها في قيمتها يكون حينئذ كبيرا.

ويعترض على هذا الاستدلال باعتراضات:

الاعتراض الأول :

أن هذا الاستدلال مبني على أن حقيقة السهم حصة شائعة من موجودات الشركة، والراجح خلافه على ما تقدم.

الاعتراض الثاني :

بأن أصحاب هذا القول يفرقون بين القليل والكثير بالغلبة أو بالثلث ، وكلا القولين لم يقل به أحد من الفقهاء المتقدمين في مسائل الربا، كمسألة "مد عجوة"^(٢) ، وإنما يجعلون القليل تابعا للكثير في هذه المسائل إذا كان القليل يسيرا غير مقصود^(٣)، أو لا قيمة له، وفرق بين اليسير غير المقصود والثلث أو المغلوب^(٤).

ويجاب عن هذا الاعتراض من وجهين :

الوجه الأول : أن المالكية قد أجازوا في المحلى بالذهب أو الفضة أن يباع بجنس ما فيه من الحلية، واشتروا لذلك شروطا أربعة^(٥) :

الشرط الأول : أن تكون الحلية مباحة .

الشرط الثاني : أن تكون الحلية مرتبطة بالمحلى ارتباطا في إزالته مضررة .

الشرط الثالث : أن تكون الحلية تابعة للمحلى، وذلك بأن تكون -من حيث الوزن- بقدر

الثلث فأقل ، وذهب بعض المالكية إلى اعتبار النصف في حيز القليل .

الشرط الرابع : التقابض ، فلا يجوز تأجيل الثمن في المشهور من مذهب المالكية خلافا لربيعة في

تجويزه^(٦)، إلا أن ما ذهب إليه ربيعة من جواز التأجيل أولى ، لأنه إذا لم يجر ربا الفضل في المسألة

(١) قواعد الأحكام: ١٨٥/٢-١٨٦ .

(٢) تقدم تناولها ص ٣٢٣-٣٣٣ .

(٣) انظر المجموع : ٢٧٢/١٠-٤٦١، ٤٥٨، ٢٨٨-٤٦٢؛ المغني : ٤٤/٤-٤٦ .

(٤) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشيبلي: ٨٥/٢ ؛ وانظر الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم لمبارك آل سليمان، ص ٥٩ .

(٥) المنتقى للباحي: ٢٦٨-٢٧٠ ؛ التاج والإكليل: ١٧٢/٦-١٧٤ ؛ منح الجليل: ٥١٨-٥١٩ .

(٦) في المدونة (٢٤/٣): "وسئل [أي ابن القاسم] عن الحلبي أو السيف المحلى يكون ما فيه من الحلبي الثلث يباع بالفضة أو

لكون الحلية جاءت تابعة، فذلك يقتضي أن لا يجري ربا النسيئة أيضا.

إذا تبين هذا فإن بيع الأسهم يقاس على بيع المحلى، فيجوز بالشروط الثلاثة الأولى، أما الشرطان الأول والثاني فمتحققان ضمنا، لأن الخلط بين موجودات الشركة جاء على وجه مباح، ولا يمكن فصل النقود والديون عن بقية الموجودات، فيبقى الشرط الثالث وهو أن لا تتجاوز النقود والديون الثلث أو النصف الأمر الذي لا بد من تحقيقه لجواز بيع الأسهم.

الوجه الثاني : وعلى التسليم بأن هذا القول لم يقل به أحد من الفقهاء المتقدمين في مسائل الربا فإنهم قالوا به في مسائل كثيرة أخرى في البيوع وغيرها ، ولا مانع من أن يتوصل الاجتهاد الفقهي إلى التفريق بين القليل والكثير واعتبار القليل تابعا للكثير أيضا في بعض مسائل الربا الحادثة - كبيع الأسهم - ، خاصة وأن الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة داعية إلى تجويز بيع الأسهم بالنقود حالة ومؤجلة ما أمكن، وفي التفريق بين القليل والكثير يحصل الجمع بين مراعاة الحاجة وعدم الوقوع في الربا بالنظر إلى أن القليل تابع للكثير على قرره الفقهاء المتقدمون في كثير من المسائل .

الاعتراض الثالث:

أن التفريق بين القليل والكثير وإن كان ممكنا نظريا إلا أنه عسير إن لم يكن متعذرا من الناحية العملية ، مما يجعل هذا القول قريبا من القول بتأثير النقود والديون على كل حال . يقول الدكتور محمد القرني معترضا على آراء القائلين بالتفريق بين القليل والكثير: "إن الجوانب التطبيقية لمثل هذه الآراء بالغة التعقيد. ذلك لأن مالية الشركة - لا سيما إذا كانت كبيرة الحجم واسعة الانتشار- تكون من التنوع ومن التغير -بين يوم وآخر- بحيث يصعب التأكد من تحقق الشروط المطلوبة فيها في كل حين ولحظة. والديون التي تكون في دفاتر الشركة ديون لها أو عليها. أما الديون التي لها ، فهو ما كان على صفة بيع بالأجل أو قروض إلى مؤسسات أخرى. ولما كان السهم في نظرهم يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة، فإن جزءا منه يكون حصة من تلك الديون. فإذا جرى فيه البيع لزم التأكد أن تلك الديون ليست هي الغالبة على موجودات الشركة،

بالذهب إلى أجل فينقض المشتري حليته ويفرقها. قال : قد نزلت بمالك ، ورأى أن البيع جائز ولم يرد البيع [أي لم يفسخه إذ وقع، مع عدم جوازه ابتداء عنده] وأنا أرى ذلك إذا وقع مثل هذا ، وقد كان ربيعة يجيز بيع السيف المحلى بالفضة تكون الفضة تبعا بالذهب إلى أجل ، ولكني أرى إن أدرك ولم ينقضه وهو قائم فسخ البيع".

وروى عبدالرزاق في مصنفه عن إبراهيم النخعي والحسن جواز بيع السيف المحلى والمنطقة والخاتم بالنسيئة، كما روي أن علياً رضي الله عنه باع عمرو بن حريث درعا موشحة بأربعة آلاف درهم إلى العطاء، وكان العطاء إذ ذاك له أجل معلوم (مصنف عبدالرزاق: ٦٩/٨، باب السيف المحلى والخاتم والمنطقة).

لأنها إن كانت كذلك لم يجز البيع بحسب هذه الآراء. لكن الحقيقة أن هذا العرض النظري المبسط لوضع الديون في الشركة يقابله واقع بالغ الاختلاف. فمالك السهم لا يتوافر على طريقة عملية لمعرفة ديون الشركة أو نقودها فكيف له أن يتقيد بضابط الغلبة، أو الثلث.. في معاملاته. ورب قائل إن الشركة تظهر في ميزانيتها السنوية مثل هذا النوع من المعلومات. الجواب عن ذلك أن ميزانية الشركة إنما تصور وضعها المالي في يوم واحد فحسب هو يوم إقفال الدفاتر لانتهاء السنة المالية. فرمما تكون جميع موجودات الشركة في أول العام من الديون فلا تظهر في الميزانية إذا سددت قبل نهاية العام. وعلى ذلك فإن الميزانية السنوية وإن كانت أداة نافعة من الناحية المحاسبية إلا إنها لا قيمة لها من ناحية المسألة التي نحن بصدددها. أضف إلى ذلك أن مالية الشركة تتبدل وتتغير يوميا إذ لا ثبات فيها، فلزم للتطبيق الصحيح أن يعرف لحظة بيعه لأسهمه وضع الديون والنقود في الشركة ، وهو مستحيل...

فإذا انتهينا من هذا كله، فكيف نقيس الثلث؟ أهو ثلث جميع الموجودات؟ أم الديون منسوبة إلى رأس المال، أم الصافي بعد طرح ما على الشركة مما لها؟ وهل هناك ثلث جائر للديون، وآخر للنقود، (حتى يكون ما بقي هو الأصول الحقيقية) أم أنها ثلث مشترك؟ ليس لهذه الأسئلة أجوبة تنبني على فقه صحيح أو تستند إلى دليل^(١).

الاعتراض الرابع:

أن هذا القول يترتب عليه منع تداول أسهم كثير من المصارف الإسلامية بالنقود، وذلك لأن كثيرا من موجوداتها نقود وديون، خاصة إذا كانت تعتمد في غالب نشاطها على البيع بالأجل ، و"القول بجرمة تداول أسهم البنوك الإسلامية تعني عمليا نهاية فكرة العمل المصرفي الإسلامي"^(٢).

دليل القول الرابع :

هذا القول جمع بين القولين الثاني والثالث ، وعليه فأدلتة وما يرد عليها من اعتراضات لا تخرج عما تقدم إيراده في أدلة القولين .

ويعترض على هذا القول أيضاً: بأنه تلفيق على وجه غير جائز، وذلك في اعتباره القلة والكثرة إذا كانت الديون والنقود قليلة مقصودة، واعتباره القصد إذا كانت الديون والنقود كثيرة غير مقصودة، والواجب اعتبار أحد الأمرين في كلا الحالتين، أما اعتبار أحد الأمرين في الحالة الأولى،

(١) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٣٨-٣٩ .

(٢) الشخصية الاعتبارية لمحمد القري، ص ٣٩ .

واعتبار الآخر في الحالة الثانية ، فهو تلفيق يفضي إلى التناقض.

أدلة القول الخامس :

يذهب أصحاب هذا القول إلى أنه إذا كان مع الديون والنقود شيء من الأعيان أو المنافع فإن النقود والديون تكون تابعة غير مقصودة، دون نظر إلى قلتها أو كثرتها، وإن كان بعض أصحاب هذا القول يشترط أن لا تكون الأعيان والمنافع قليلة.

ويختلف أصحاب هذا القول فيما تتبعه النقود والديون، وهو ما يتضح من سياق دليلهم التاليين:

الدليل الأول:

"أن الديون والنقود تابعة غير مقصودة بالعقد، فالمقصود بالعقد هو ما يمثله السهم من أعيان ومنافع وحقوق معنوية، والنقود والديون دخلت تبعا فلا تفرد بحكم.

وهكذا إذا لم يكن لشركة المساهمة أعيان ولا منافع، وإنما لها نقود حاضرة أو ديون في ذمم الناس مما يحظر بيعها فإن الحكم السابق في اغتفار التبع لا يجري عليها، لأنه لم يختلط بها شيء يقصد بالعقد من الأعيان وما في حكمها.

وإذا لم يبق في الشركة سوى الديون والنقود أو أحدهما ومعهما أو أحدهما الحقوق المعنوية للشركة فيمنع تداول أسهمها، سدا لذريعة اتخاذ ذلك وسيلة للتداول لأجل الديون أو النقود أو أحدهما من غير تحقق شرطهما، لكن إذا تحقق شرط التصرف في الديون جاز"^(١).

ووجه اعتبار النقود والديون تبعاً دون العكس "أن غرض المشاركة في وعاء استثماري واحد هو الاسترباح بتحويل النقود إلى أعيان وبيعها وتقليبها، فإن حكم النقود والديون يتبع حكم الموجودات من الأعيان، لأنها هي الأصل في نشاط المشاركات، فلو بقي رأس المال نقداً لما حصل الاسترباح الذي هو الغرض من المشاركات"^(٢).

ويعترض على هذا الاستدلال باعتراضات منها :

الاعتراض الأول :

أن هذا الاستدلال مبني على أن حقيقة السهم حصة شائعة من موجودات الشركة، والراجح

(١) تعليق على بحث تداول أسهم الشركات لعبدالله آل حنين.

(٢) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية لعبدالستار أبو غدة، ص ٤٩.

خلافه على ما تقدم.

الاعتراض الثاني :

أن جميع موجودات الشركة -من الديون وغيرها- غير مقصودة في التعامل بالأسهم أيا كان نوع نشاط الشركة، وذلك لما تقدم في أدلة القول الأول.

الاعتراض الثالث :

افتراض أن المقصود بالعقد -على كل حال- هو الأعيان والمنافع والقيم المعنوية دون النقود والديون تحكم لا دليل عليه، بل إن قصد الناس للنقود وما في حكمها من الديون المستحقة الحالة وحرصهم على تحصيلها أقوى من قصدهم لما عداها من الموجودات^(١).

الدليل الثاني:

أن "المتبوع في الشركات هو ذلك الكيان الحسي والمعنوي المتكون من مجموع مكونات الشركة الحسية، إضافة إلى اسمها الاعتباري وقيمتها المعنوية. والتابع هو الجزء من ذلك، سواء أكان نقداً أو ديناً أو غيرهما. والتابع هنا لا يحد بتحديد رقمي أو عددي وإنما هو تقدير بالنسبة العامة"^(٢) وعلى هذا فإن "الديون والنقود في الشركات والصناديق الاستثمارية توابع قطعاً فتكون غير مقصودة بالعقد، فيغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها. ومما يدل على أنها توابع غير مقصودة:

- أن الظاهر من واقع الحال عدم قصد النقود الموجودة، وإنما القصد هو امتلاك الأسهم التي تمثل حصة شائعة في الشركة بهدف المتاجرة بها، أو جني أرباحها السنوية، ولا يدور في خلد المشتري النقود أو الديون، ولهذا لا يسأل عنها ولا يهتم كثرتها أو قلتها وإنما يهتم قيمة السهم ومن ثم قيمة الشركة ونجاحها ونسبة ربح السهم فيها.

- أنه لا يمكن بيع النقود أو الديون مفردة وهذا ينفي قصدتها. فتكون مثل ما لا يباع مفرداً، فيتبع متبوعه، كتزويق الدار وحلية السيف.. الخ، وما لم يمكن إيقاع العقد عليه وحده أو أنه لا يقصد بالعقد وحده فهو تابع لما يرد عليه العقد وما يقصد بالعقد.

- أن النقود بمفردها لا تمثل شيئاً بالنسبة لنجاح الشركة وقيمتها الاعتبارية، ولا أثر لها في قيمة

(١) انظر أثر ديون ونقود الشركة أو المحفظة لعللي القره داغي، ص ٧٤ ؛ الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم لمبارك آل سليمان، ص ٦٢.

(٢) تعقيب على بحث تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق لعبدالله العمار.

الأسهم...

- أن لفظ العقد في بيع الأسهم لا يتناول النقود أو الديون، وما لم يذكر في العقد أصالة فهو تابع، فليس التابع على ذلك مورداً للعقد، لأن توجه العقد لأحد الشيئين يعطيه قوة تجعله هو المتبوع ولو كان التابع أكثر منه^(١).

ويعترض على هذا الاستدلال:

بأن "النقود [والديون] هي أحد مكونات السهم، فلا معنى للقول بأنها غير مقصودة مع القول بأن مجموع المكونات (والنقود [والديون] جزء منها) هي المقصودة بالعقد. أما كون مشتري السهم لا يبالي بنوع هذه المكونات، وإنما همه امتلاك السهم بصرف النظر عما يتكون منه السهم من نقود أو ديون أو غيرهما، فهذا لا ينفي أن العقد قد ورد على السهم بما فيه من النقود والديون، وهذا هو المعول عليه في القصد وعدمه، إذ ليس المراد بالقصد القصد العام، وهو الباعث للمشتري على الشراء، وإنما المراد به القصد الخاص، وهو ما يراد بالعقد ابتداءً، فما يرد عليه العقد ابتداءً هو المقصود به أصالة، وهو -على هذا القول- السهم بجميع مكوناته التي منها النقود أو الديون^(٢).

وأما الاحتجاج بأن النقود أو الديون لا تباع مفردة فإن "عدم إمكان إيقاع العقد على الشيء بمفرده لا يدل على تبعيته مطلقاً، وإنما يكون كذلك إذا كان قليلاً، كما في تزويق الدار، ولذا إذا كان كثيراً فإنه لا يحكم بتبعيته، كما في السيف الحلى إذا كانت الحلية أكثر من النصف مثلاً، وإن كان لا يمكن بيع الحلية وحدها"^(٣).

وأما القول بأن النقود بمفردها لا تمثل شيئاً فغير مسلم، "ولا سيما إذا كانت النقود هي الأكثر في موجودات الشركة، ثم لا دليل على أن النقود لا تمثل شيئاً بالنسبة لنجاح الشركة، وهل تنجح شركة بلا نقود؟"^(٤).

وأما أن لفظ العقد لا يتناول النقود أو الديون فإن "العقد متوجه إلى السهم بكل ما يمثله من نقود وأعيان، وليس إلى الأعيان فقط"^(٥).

(١) تعقيب على بحث تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق لعبدالله العمار.

(٢) الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم لمبارك آل سليمان، ص ٦٣-٦٤.

(٣) الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم لمبارك آل سليمان، ص ٦٥.

(٤) الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم لمبارك آل سليمان، ص ٦٥.

(٥) الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم لمبارك آل سليمان، ص ٦٦.

دليل القول السادس :

هذا القول "لا يعطي حكماً خاصاً لحالة الاختلاط.. في مكونات محل التعامل، بل يستبقي الحكم الأصلي لكل نوع كما هو"^(١). وينبغي على هذا القول إما عدم جواز بيع الأسهم، بناء على القول بمنع مسألة "مد عجوة"^{(٢)(٣)}، ومنع بيع الدين لغير من هو عليه، أو جواز بيعها بناء على القول بجواز بيع الدين لغير من هو عليه بشروطه، وجواز مسألة "مد عجوة" بشرطها، وهو أن يكون ثمن السهم أكثر من النقود التي يمثلها من موجودات الشركة^(٤).

ويعترض عليه باعتراضات:

الاعتراض الأول :

أن هذا الاستدلال مبني على أن حقيقة السهم حصة شائعة من موجودات الشركة، والراجع خلافه على ما تقدم.

الاعتراض الثاني :

أن جميع موجودات الشركة -من الديون وغيرها- غير مقصودة في التعامل بالأسهم أيا كان نوع نشاط الشركة، وذلك لما تقدم في أدلة القول الأول، وما ليس مقصوداً بالعقد فلا تجب مراعاة أحكامه.

الاعتراض الثالث :

على فرض أن السهم يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة، وأن هذه الموجودات مقصودة بالتعامل، فيجب التفريق بين ما إذا كانت الديون والنقود قليلة وما إذا كانت كثيرة، لما تقدم في أدلة القول الثالث.

الترجيح :

الراجع -والله أعلم- هو القول الأول ، بناء على ما تقدم من ثبوت الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، وأن ثبوت هذه الشخصية على سبيل الحقيقة لا على سبيل الفرض، وما يترتب على ذلك

(١) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية لعبدالستار أبو غدة، ص ٤٣.

(٢) تقدم بياها، ص ٣٢٣-٣٣٣.

(٣) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية لعبدالستار أبو غدة، ص ٤٣.

(٤) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية لعبدالستار أبو غدة، ص ٥٤.

من أن حقيقة السهم حصة شائعة من هذه الشخصية ، وعليه فجميع موجودات الشركة -بما فيها من الديون والنقود- ملك لها، وليست ملكا للمساهمين إلا على سبيل التبعية للمكيثهم للشركة. بمقتضى الصفة فيها. فإذا انضم إلى ذلك أن موجودات الشركة غير مقصودة بتداول الأسهم، فإنها لا تكون مؤثرة في الحكم، على ما تقدم في بيع العبد ذي المال إذا لم يكن ماله مقصوداً.

وحتى - على القول بعدم ثبوت الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة- فإن المقصود بالتعامل بالأسهم ليس هو موجودات الشركة، وإنما هو ما للمساهمين فيها من الحقوق المختلفة، وهو ما يمكن أن نعبر عنه بحق الشركة، وموجودات الشركة -بما فيها من الديون والنقود- تبع لذلك غير مقصود بنفسه فلا أثر له.

ويتأكد هذا الترجيح بما يترتب على القول باعتبار القصد أو اعتبار الكثرة والقلّة من المشقة والخرج، وصعوبة التطبيق ، على ما أشير إليه في مناقشة أدلة القائلين بذلك .

الفرع الثاني : حكم التعامل في الأسهم بالمعاملات الآجلة وبعقود الاختيارات.

تقدم في الفصل الخاص بالسندات بيان طرق تداول الأوراق المالية عامة في الأسواق المالية، والمتعلق ببيع الدين من تداول الأسهم بهذه الطرق نوعان من المعاملات هما : التعامل في الأسهم بالمعاملات الآجلة، والتعامل في الأسهم بعقود الاختيارات، أتناولهما في مسألتين مقدما لهما بتمهيد في مدى ثبوت أسهم شركة معينة في الذمة.

تمهيد : في مدى ثبوت أسهم شركة معينة^(١) في الذمة.

يحتمل في هذه المسألة قولان ذهب إلى كل منهما بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين:

القول الأول : أن الأسهم لا تثبت في الذمة، ولا تكون إلا معينة^(٢).

القول الثاني : أن الأسهم تثبت في الذمة. كالمثلثات^(٣)، وكبعض المتقومات التي

(١) أما ثبوت أسهم مطلقة في الذمة دون تعيين للشركة فالظاهر أنه مما لا خلاف في عدم جوازه، لشدة تباين الأسهم في المعاني المقصودة منها، وشدة تباينها في القيمة تبعاً لذلك.

(٢) ذهب إلى ذلك الدكتور مبارك آل سليمان ويأتي النقل عنه في بيان وجه هذا القول.

(٣) اختلف في ضابط المثلي على أقوال:

أ- أن المثلي هو المكيل والموزون، وقيل: هو ما يحصر بكيل أو وزن ويجوز السلم فيه، وقيل: كل مكيل أو موزون لا صناعة فيه يصح السلم فيه، والمراد بصحة السلم فيه هنا أن يكون مما يضبط بالصفة.

ب- أن المثلي هو المكيل، والموزون، والعدي المتقارب كالجوز والبيض، ونحو القول بأن المثلي ما حصره كيل أو وزن أو عدد ولم تتفاوت أفراده.

ج- أن المثلي ما انقسم بالأجزاء بين الشريكين من غير تقويم.

د- أن المثلي ما لا يختلف أجزاء النوع الواحد منه في الجرم والقيمة.

هـ- أن المثلي ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت بين أجزائه يعتد به، وعليه فالثياب التي تباع بالذراع دون تفاوت بينها مثلية، أما المصنوع فقد تخرجه الصناعة عن المثلية بجعله نادراً بالنسبة إلى أصله كالقمقمه والقدر والإبريق فيكون قيمياً، وقد لا تخرجه الصناعة عن المثلية لبقاء كثرته وعدم تفاوته كالدراهم المضروبة والدنانير والفلوس.

(انظر تبين الحقائق: ٢٢٣/٥-٢٢٤؛ البحر الرائق: ١٢٥/٨؛ تنقيح الفتاوى الحامدية: ١٦٢/٢-١٦٣؛ شرح الخرشي: ١٣٥/٦؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٥٩٣/٣؛ تحفة المحتاج: ١٩/٦-٢٠؛ أسنى المطالب: ٣٤٥/٢؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٦١؛ الإنصاف: ١٩٢/٦-١٩٣؛ شرح منتهى الإرادات: ٣١٧/٢؛ مطالب أولي النهى: ٥٢/٤-٥٣).

يصح السلم فيها^{(١)(٢)} .

وجه القول الأول :

يبين الدكتور مبارك آل سليمان وجه هذا القول فيقول : "الذي يظهر بالتأمل أن الأسهم لا يمكن إلا أن تكون معينة، فلا يمكن أن تثبت في الذمة، وذلك لأمرين:
الأمر الأول :.. أن السهم حصة شائعة في موجودات الشركة^(٣) ، وأن التصرف في السهم هو تصرف في هذه الحصة، والغالب في هذه الموجودات أن تكون أعيانا قائمة مشخصة، فالتصرف فيها

(١) الأصل في المثليات جواز السلم فيها ، لأن المثليات تنضبط بالصفة، وما لا ينضبط بالصفة لا يكون مثليا .

أما المقومات - كالحياوان - فاختلف في جواز السلم فيها، فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز ذلك إذا كانت مما ينضبط بالصفة، وذهب الحنفية إلى عدم جوازه. (المبسوط: ١٣١/١٢-١٣٢ ؛ بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥ ؛ شرح المحلى مع حاشيتي قليوبي وعميرة: ٣١٣/٢-٣١٤ ؛ منح الجليل: ٣٦٤/٥-٣٦٧ ؛ شرح الخرشي: ٢١٦/٥ ؛ أسنى المطالب: ١٣١/٢؛ المغني: ١٨٦/٤-١٨٧ ؛ كشف القناع: ٢٩٠/٣)

(٢) ذهب إلى ذلك الشيخ محمد المختار السلامي ، إذ أجاز اقتراض الأسهم ورد مثلها. (اقتراض الأسهم لمحمد السلامي، ص ٣١-٣٢).

وهو أيضا ظاهر ما ذكره الدكتور أحمد الخليل في كتابه : الأسهم والسندات وأحكامها (ص ٢٢٩) في حكم إقراض السهم، ففيه: "ويمكن القول إن السهم مهما كان -أي سواء كانت موجودات الشركة مثلية أو قيمة- فهو بحد ذاته مثلي" ، وبني على ذلك أن الواجب في اقتراضها رد مثلها لا قيمتها ، فقال (ص ٢٣٠): "والذي يبدو لي أن اعتبار الاقتراض إنما هو لقيمة السهم السوقية ليس بصحيح، لأن القيمة تجب في ذمة المقرض إذا كان القرض لقيمي. والأسهم ليست قيمة بل مثلية".

إلا أنه في حكم السلم في الأسهم (ص ٢٤٤-٢٤٥) ذهب إلى أن السلم في الأسهم لا يجوز .. سواء اعتبر السهم نصيبا في موجودات الشركة أو اعتبر عرضا من عروض التجارة ، وعلل ذلك بأن من شروط السلم عدم تعيين المسلم فيه، في حين "أن الأسهم إذا سميت أسهم شركة من الشركات فستكون معينة، لأن الشركة معينة، وأسهمها مهما كثرت محدودة"، ثم قال : "فإن قيل : إن أسهم الشركة الواحدة وإن كانت محدودة إلا أن السلم لم يقع على سهم منها معين. فالجواب: إن هذا ممنوع أيضا، فقد ذكر الفقهاء أنه لا يجوز السلم في حائط معين، بل ولا في ثمر بلد صغير" .

ولعله يرى أن الأسهم مثلية تثبت في الذمة بالاقتراض ونحوه، لكن لا يجوز السلم فيها لكونها محدودة مهما كثرت مما يجعلها مظنة للانقطاع، فهي أشبه بالسلم في ثمر بلد صغير أو حائط معين.

هذا ويظهر من بعض التعليقات التي يوردها بعض الباحثين في معرض بيان أحكام الأسهم ميلهم إلى جواز ثبوت الأسهم في الذمة، ومن ذلك تعليلهم عدم جواز بيع الأسهم مؤجلة بثمن مؤجل بأن ذلك من بيع الدين بالدين (انظر مثلا الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٠٤/٢-٣٠٥).

(٣) تقدم ترجيح خلاف ذلك، إلا أن هذا لا تأثير له هنا ، لأنه سواء كان السهم حصة شائعة من موجودات الشركة أو كان حصة من الشركة نفسها فهو حصة شائعة في معين.

هو تصرف في أعيان قائمة مشخصة، وهذا معنى كونها معينة، غاية ما في الأمر أنها غائبة عن مجلس العقد، وهذا لا ينافي التعيين.

الأمر الثاني : أنه يلزم -عند بيع السهم- تعيين الشركة التي يراد بيع أسهمها فتكون تلك الأسهم معينة تبعا لذلك.

يوضح ذلك أن من يبيع سهما أو أكثر من أسهم شركة معينة، فإنه يبيع جزءا من تلك الشركة، وجزء المعين معين.

ولا ينافي ذلك أن السهم جزء شائع في الشركة، وليس جزءا معيناً منها، وذلك أن لفظ (المعين) يطلق عدة إطلاقات، فيطلق ويراد به ما يقابل المشاع، ويطلق ويراد به ما يقابل ما في الذمة، فالسهم وإن كان غير معين بالنظر إلى الإطلاق الأول، إلا أنه معين بالنظر إلى الإطلاق الثاني، وهو المراد هنا، فمن حيث إن السهم شائع في الشركة أو في ممتلكاتها فإنه ليس بمعين، إذ إن مالك السهم يملك جزءا شائعا في ممتلكات الشركة، لا جزءا معيناً منها. ومن حيث إن الواجب على البائع أن يسلم أسهم هذه الشركة بعينها، دون غيرها من الشركات فإن السهم يكون معيناً، إذ لو كان ثابتاً في الذمة، لكان يجزئه سهم من أي شركة كانت.

وهذا كمن اشترى سهماً في أرض، أو في عدد من المباني، لا يقال إنه اشترى سهماً في الذمة، بل هو اشترى سهماً في أرض معينة، وفي مبان معينة، مشاهدة أو موصوفة، لكنه -أي السهم- شائع في تلك الأرض وهذه المباني، فكان معيناً بالاعتبار الأول، غير معين بالاعتبار الثاني.

ولا ينبغي أن يوقع في اللبس أن البائع إذا باع عدداً من الأسهم التي يملكها في شركة معينة، لا يطالب بتسليم سهم بعينه من أسهم تلك الشركة، أو بتسليم صك بعينه من صكوك تلك الأسهم، إذ ذلك راجع إلى أن الأسهم شائعة في الشركة، لا مفرزة، وأن هذه الصكوك ليست إلا وثائق تثبت ملكية المساهم لجزء من الشركة، وليست هي المبيعة قطعاً، فلم تكن هي المنظور إليها في تحديد كون بيع السهم من قبيل بيع المعين، أو من قبيل بيع ما في الذمة^(١).

وإضافة إلى المعنى الذي ذكره يمكن إيراد أمر آخر يقتضي المنع من ثبوت الأسهم في الذمة، وهو أن الشأن فيما يثبت في الذمة من المثليات والمتقومات التي يجوز فيها السلم أن تتماثل في الأوقات المختلفة بالنظر إلى الصفات المقصودة منها، في حين أن الأسهم تختلف من وقت لآخر بالنظر إلى ما تمثله والمقصود منها، سواء قلنا إنها تمثل الشركة نفسها أو قلنا إنها تمثل موجودات الشركة، وذلك

(١) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٨٠٢/٢ .

لاختلاف موجودات الشركة نوعا وكما وقيمة من حين لآخر، واختلاف الوصف المقصود من الشركة -وهو النشاط واليسار- تبعا للظروف المختلفة.

وجه القول الثاني :

يمكن توجيه هذا القول بما يلي:

- ١- أن معنى الوجوب في الذمة وجوب أداء شيء مالي محدد بوصفه لا بعينه، مع تعدد ما يصدق عليه هذا الوصف في الخارج، حتى يكون الواجب في الذمة من باب المطلق الكلي. وبالنظر إلى كثرة أسهم شركات المساهمة - حتى تبلغ الملايين بل ومئات الملايين في كثير من الشركات - ، فإن هذا المعنى يكون متحققا في أسهم الشركة الواحدة، فيمكن الالتزام في الذمة بأداء عدد من أسهمها دون تعيين، ويحصل الوفاء بأي أسهم منها. ولا يقدح في ذلك أن الأسهم في الذمة تمثل حصصا من معين، لأنها إن كانت معينة بهذا الاعتبار فإنها غير معينة باعتبار كثرتها وتميز كل منها عن الآخر، حتى لا يعلم أيؤدي الملتزم السهم الفلاني أو السهم الفلاني أو غيرهما.
- على أن كل ما يجب في الذمة لا يكون في الخارج إلا أفرادا معينة، والواجب على المدين أداء أحدها مما هو بمثابة الجزء منها، فالأسهم بمعناها.
- ولا يقدح في ذلك أيضا أن الأسهم محدودة مهما كثرت، بدليل أنه يجوز السلم في تمر قرية كبيرة بعد إبانته على أن يسلمه خلال شهر أو شهرين، فالتمر الموصوف في الذمة هنا هو في الخارج محدود لا يتجدد، ومع ذلك جاز بيعه في الذمة، فكذلك الأسهم.
- ٢- أن الأسهم من المثليات ، ذلك أن ضابط المثلي أنه : ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت بين أجزائه يعتد به^(١)، أو هو : ما تماثلت آحاده وأجزاؤه من الأموال بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به^(٢)، وهذا الضابط متحقق في الأسهم . وعليه فإن الأسهم تثبت في الذمة ، لأن "الأموال المثلية.. تقبل أن تثبت في الذم ثبوت الديون"^(٣) .

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢٦٢/٢ ؛ تنقيح الفتاوى الحامدية: ١٦٢/٢-١٦٣ .

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام لمصطفى الزرقا، ص ١٣٩ .

(٣) المدخل إلى نظرية الالتزام لمصطفى الزرقا، ص ١٤٤ .

٣- أن الأسهم تثبت في الذمة على سبيل الضمان، لأن إيجاب القيمة في الضمان لا يكون إلا عند تعذر المثل، والمثل ممكن في الأسهم . وإذا ثبتت الأسهم في الذمة على سبيل الضمان فمن باب أولى أن تثبت فيها على سبيل المعاوضة بالسلم ونحوه.

٤- أن السلم جائز في الأسهم، لأن الفقهاء إنما منعوا السلم في المعين لعدم الأمن من انقطاعه ولعدم القدرة على تسليمه^(١)، وذلك غرر، وهذه العلة "غير متصورة هنا لاستبعاد تعرض الشركة لجوائح مفاجئة تأتي على أسهم الشركة بالانقطاع إلا في حالات نادرة لا حكم لها"^(٢) .

٥- "أن الإنسان يستطيع إذا اقترض ٥٠ سهماً مثلاً من أي شركة كانت أن يرد ٥٠ سهماً من أسهم هذه الشركة، ويكون قد رد مثل ما أخذ تماماً..."^(٣).

٦- أن للعرف تأثيراً في اعتبار المال قيمياً أو مثلياً^(٤)، والعرف في الأسهم أنها مثلية، "فمن الدارج أن يقتض من يتوقع انخفاض الأسعار أسهما معينة ويبيعها بالسعر الحالي، ثم إذا حصل ما توقع وانخفضت الأسعار فإنه يشتري تلك الأسهم بالثمن الأقل ويكسب الفرق بين السعرين. وهذا يدل على أن المتعارف عليه بين التجار أن الأسهم مثلية"^(٥) .

٧- أجاز بعض الشافعية إقراض نصف الدار والسلم فيه بالنظر إلى أن له مثلاً هو النصف الآخر، فأجازوا ثبوته في الذمة^(٦)، مع كونه جزءاً من معين، والسهم أولى بالجواز، نظراً لكثرة أمثاله.

الترجيح :

لم يظهر لي ترجيح أحد القولين على الآخر ، فقد تقدم في الوصف الفقهي للسهم ترجيح تكييفه على أنه جزء من الشركة نفسها بالنظر إلى شخصيتها الاعتبارية ، وهذا قد يقوّي القول بثبوت الأسهم في الذمة باعتبار أن ما يمثله السهم لا يختلف من وقت لآخر، إلا أن تفاوت الصفة المقصودة من الشركة -وهي النشاط واليسار- من وقت لآخر قد يورث غرراً غير يسير في إثبات الأسهم في الذمة في عقود المعاوضات، وذلك أمر مؤثر لا يحسن التغاضي عنه.

(١) انظر المغني: ١٩٦/٤ .

(٢) الأسواق المالية لمحمد القرني، هامش ص ١٦٢١-١٦٢٢ .

(٣) الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٢٢٩ .

(٤) المدخل إلى نظرية الالتزام لمصطفى الزرقا، ص ١٤٤ .

(٥) الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٢٣٠ .

(٦) انظر أسنى المطالب: ٤٠٣/٣ .

المسألة الأولى: حكم التعامل في الأسهم بالمعاملات الآجلة.

تقدم أن المعاملات الآجلة هي المعاملات التي يتأجل تسليمها وتسليم ثمنها إلى أجل لاحق يسمى يوم التصفية ، وأن هذه المعاملات أنواع كثيرة أهمها ما يسمى بالمعاملات الباتة القطعية، وهي التي يكون العقد فيها باتا ملزما للطرفين لا يملك أحدهما فسخه ولا تأجيله، إلا أن لهما تأجيل موعد التسوية النهائية حتى موعد تسوية لاحقة. أما الأنواع الأخرى فقد اختزلت في عقود الاختيارات.

وقد اختلف الفقهاء والباحثون المعاصرون في حكم تداول الأسهم بالمعاملات الآجلة من حيث أصل المعاملة -أي دون نظر إلى ما يزداد فيها من الشروط- على قولين:

القول الأول : أن ذلك غير جائز ، وإليه ذهب عامة الفقهاء والباحثين المعاصرين^(١) وبه جاء قرار الجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الصادر في دورة مجلسه المنعقدة بمكة عام ١٤٠٤هـ، وفيه : "إن العقود الآجلة بأنواعها التي تجري على المكشوف، أي على الأسهم والسلع التي ليست في ملك البائع، بالكيفية التي تجري في الأسواق المالية (البورصة) غير جائزة شرعا..."^{(٢)(٣)}.

(١) انظر الأسواق المالية لعلي القره داغي، ص١٥٣-١٦٢؛ حكم أعمال البرصة لعلي السالوس، ص١٣٤٤-١٣٤٦ ؛ الأسواق المالية لمحمد القري، هامش ص١٦٢١-١٦٢٢ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٠٣/٢ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص١٩٩ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٨١٤/٢ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص٢٧٢ ؛ السوق المالية لوهبة الزحيلي، ص١٣٣٣ .

(٢) قرارات الجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة من دوارته الأولى إلى السابعة عشرة ، ص١٣٤ .

(٣) وقد تضمن ما يفيد ذلك أيضا قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ٧/١/٦٥ الصادر بشأن الأسواق المالية في دورة مؤتمره السابع بمكة عام ١٤١٢هـ وفيه : "يتم التعامل بالسلع في الأسواق المنظمة بإحدى أربع طرق هي التالية:...

الطريقة الثالثة : أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن عند التسليم وأن يتضمن شرطا يقتضي أن ينتهي فعلا بالتسليم والتسلم.

وهذا العقد غير جائز لتأجيل البدلين. ويمكن أن يعدل ليستوفي شروط السلم المعروفة. فإذا استوفى.. شروط السلم جاز.

وكذلك لا يجوز بيع السلعة المشتراة سلما قبل قبضها.

الطريقة الرابعة: أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل ودفع الثمن عند التسليم دون أن يتضمن العقد شرط أن ينتهي بالتسليم والتسلم الفعليين، بل يمكن تصفيته بعقد معاكس.

وهذا هو النوع الأكثر شيوعا في أسواق السلع، وهذا العقد غير جائز أصلا (مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٧١٥/١/٧-٧١٦).

القول الثاني : جواز ذلك، وإليه ذهب بعض الباحثين^(١).

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

أن تأجيل الأسهم في هذه المعاملة لا يجوز سواء قيل إن الأسهم مما يثبت في الذمة أو قيل إنها لا تثبت في الذمة ولا تكون إلا معينة ، بيان ذلك :

أ- أنه إن قيل إن الأسهم من المثليات التي تثبت في الذمة، ووقع البيع على ذلك، فتأجيلها مع تأجيل الثمن من ابتداء الدين بالدين المجمع على عدم جوازه على ما تقدم^{(٢)(٣)}، بل وتظهر في المعاملات الآجلة الحكمة التي ذكرها شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره في المنع من ابتداء الدين بالدين^(٤)، فإن فيها التزاما وشغلا لذمة كل واحد من المتعاقدين بلا فائدة إلا المخاطرة وخسارة أحد الطرفين لا محالة^(٥).

ب- وإن قيل إن الأسهم لا تكون إلا معينة ، فإنها ليست مملوكة للبائع حين العقد، وعليه فبيعها من بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه^{(٦)(٧)} ، ولو كانت مملوكة للبائع فإن في ذلك تأجيلا لتسليم الأسهم، وذلك غير جائز إلا لغرض صحيح^(٨)، ولا غرض صحيح هنا، "وذلك أن البائع إنما يؤخر التسليم .. إن كان يملك الأسهم أملا في أن تنخفض الأسعار في المستقبل، ليشتري أسهما

(١) انظر أحكام السوق المالية لمحمد عبدالغفار الشريف، ص ١٣٠٧ .

(٢) انظر ص ٢٨٤-٢٨٥ .

(٣) انظر الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٠٤/٢ ؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ١٩٩ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٨١١/٢ ؛ الأسواق المالية لمحمد القري، ص ١٦٢١ .

(٤) انظر ص ٣١٤ .

(٥) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ٨١٨/٢ .

(٦) تقدم تخريجه ص ٧٣، ١٩٨-٢٠٠ .

(٧) انظر الأسواق المالية لعلي القره داغي، ص ١٥٥ .

(٨) ذهب المالكية والحنابلة - خلافا للحنفية والشافعية - إلى جواز اشتراط البائع منفعة في المبيع وتأخير تسليمه لذلك، كأن يبيع الدار ويستثنى سكانها سنة، ويشترط المالكية أن يكون ذلك لمدة لا يخشى تغير المبيع فيها، أما اشتراط التأخير إذا لم يكن للبائع غرض صحيح في ذلك فلا يجوز اتفاقا . (انظر فتح القدير: ٤٨٨/٦ ؛ المبسوط: ٣٢/٢١ ؛ المدونة: ٢٦٦/٣ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٣/٤ ؛ أسنى المطالب: ٣٢/٢ ؛ حاشية الجمل: ٧٦/٣ ؛ مطالب أولي النهى: ٧٠/٣ ؛ المغني: ٨١/٤) ..

أخرى بالأسعار الرخيصة ويسلمها للمشتري، ويحتفظ هو بالأسهم التي يملكها، وإن ارتفعت الأسعار سلم تلك الأسهم"^(١).

الدليل الثاني :

أن ما يجري في المعاملات الآجلة ليس إلا "عقد صفقات وهمية على كميات خيالية من السلع المؤجلة بأسعار وأثمان مؤجلة، لا يقصد بها إنتاج ولا تسليم، بل مجرد مضاربة بالأسعار ثم المحاسبة في الموعد المحدد على فرق السعر الذي يربحه أحد الطرفين في حالة ارتفاع السعر أو هبوطه، وهي عملية .. أشبه بالمقامرة منها بالنشاط الاقتصادي، والإسلام إنما يهدف إلى تحقيق المصالح الصحيحة فيفتح لها الأبواب التي تنتج نفعاً للمجتمع ، ويغلق أبواب المضاربة بالحطوط التي تغري بالكسل وتقعّد الفرد عن العمل"^(٢).

دليل القول الثاني :

يبين الدكتور محمد عبدالغفار الشريف رأيه في العمليات الآجلة الباتة القطعية ووجه ذلك فيقول: "والبيع في هذه الصورة صحيح إن كان في أوراق مالية جائزة التعامل فيها...، ويملك المشتري المبيع، ويملك البائع الثمن، ويكون ملك المشتري للمبيع بمجرد عقد البيع الصحيح، ولا يتوقف على التقابض، وإن كان للتقابض أثره في الضمان"^(٣).

ثم نقل عن الموسوعة الفقهية أنه "لا يمنع من انتقال الملك في المبيع أو الثمن كونهما ديونا ثابتة في الذمة إذا لم يكونا من الأعيان ، لأن الديون تملك في الذمم ولو لم تتعين ، فإن التعيين أمر زائد عن أصل الملك ، فقد يحصل مقارنا له ، وقد يتأخر عنه إلى أن يتم التسليم كما لو اشترى مقدارا معلوما من كمية معينة من الأرز ، فإن حصته من تلك الكمية لا تتعين إلا بعد التسليم ، وكذلك الثمن إذا كان ديناً في الذمة"^(٤).

(١) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١١١/٢.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٠٥/٢ ؛ وانظر الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٢٠٣ ؛ أحكام الأسواق المالية لمحمد هارون، ص ٢٧٤ ؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١١٥/٢-٨١٦ ؛ حكم أعمال البرصة لعلي السالوس، ص ١٣٤٥-١٣٤٦.

(٣) أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٣٠٧.

(٤) الموسوعة الفقهية: ٣٧/٩ .

ثم ذكر رأي المالكية والحنابلة^(١) في جواز اشتراط تأخير تسليم العين إلى المدة التي يحددها المتعاقدان.

ثم قال : "أما الدين فلا خلاف في جواز تأجيله، وهذه الأوراق عبارة عن ديون، لأنها لا تتعين بالتعيين، ولكن تحدد بالجنس والنوع"^(٢).

مناقشة ذلك :

لم يظهر لي وجه تناول الباحث لانتقال الملك في الأسهم بالمعاملات الآجلة وعدم توقف ذلك على التقابض ، ثم إيراده ما نقله عن الموسوعة، إلا أن يكون قد افترض أن مما قد يقدر في صحة هذه المعاملات القول بأنها لا تفيد، فأثبت أن ملك الدائن يثبت في الدين مع بقاءه في ذمة المدين. وليست هذه هي العلة القادحة في صحة المعاملات الآجلة، بل العلة أنها من ابتداء الدين بالدين المجموع على تحريمه.

وعليه فما نقله عن الموسوعة غير مفيد هنا، ذلك أن غاية ما فيه أن المبيع أو الثمن إذا ثبت في الذمة يكون مملوكا للدائن مع بقاءه في ذمة المدين، وهذا مسلّم ، إلا أنه فرع عن ثبوت الدين في الذمة والذي لا يكون إلا بسبب صحيح ، وليس من ذلك المعاملات الآجلة.

أما ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من جواز اشتراط تأخير قبض المبيع فهو في المبيع المعين، في حين أن الأسهم في المعاملات الآجلة "عبارة عن ديون" على ما ذهب إليه الباحث، ولو وقعت هذه المعاملات على أسهم معينة لم يكن فيما ذهبوا إليه حجة، لأن ما أجازوه هو التأخير لسبب صحيح، وليس ها هنا سبب إلا المضاربة في الأسعار على نحو يشبه المقامرة.

أما عدم الخلاف في جواز تأجيل الدين فإنما هو في بيع المعين بالدين، أما بيع الدين بالدين فذلك غير جائز بالإجماع .

على أن الباحث قد اشترط في الأسهم أن تكون موجودة عند بائعها^(٣)، وذلك لا يتفق مع ما ذهب إليه من أن الأسهم ديون ، لأن سبق ملك البائع للمبيع إنما يشترط في المبيع المعين ، أما المبيع في الذمة فلا يشترط فيه ذلك ، خاصة إذا كان مؤجلا^(٤).

(١) تقدم إيراده قريبا ، انظر ص ٢٨٦ .

(٢) أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٣٠٨.

(٣) أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٣٠٦.

(٤) انظر ص ٧٣-٧٤.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لما تقدم في أدلته من أن الأسهم إن كانت ديناً في الذمة فالمعاملة من بيع الكالئ بالكالئ، وإن كانت معينة فهي من بيع ما لا يملك ، ولو كانت مملوكة للبائع فهي بيع اشترط فيه تأخير انتقال الملك وتأخير تسليم المبيع دون غرض صحيح.

المسألة الثانية : حكم التعامل في الأسهم بعقود الاختيارات.

اختلف في حكم التعامل في الأسهم بعقود الاختيارات على قولين:

القول الأول : عدم جواز ذلك، وإليه ذهب معظم من اطلعت على أقوالهم من الفقهاء والباحثين المعاصرين^(١)، وبه جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي الصادر في دورة مؤتمره السابع بجدة عام ١٤١٢ هـ ، فقد تضمن هذا القرار "أن 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 مالا ولا منفعة ولا حقا ماليا يجوز الاعتياض عنه فإنه عقد غير جائز شرعا، وبما أن هذه العقود لا تجوز ابتداء فلا يجوز تداولها"^(٢).

القول الثاني : جواز ذلك، وإليه ذهب بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين^(٣)، إلا أن منهم من اقتصر على تجويز اختيار الشراء دون اختيار البيع والاختيار المركب^(٤)، ومنهم من منع من الاختيار المركب وأجاز كلا من اختيار الشراء واختيار البيع بشروط منها^(٥):

١- أن يكون حق الخيار حالا، بمعنى أن تكون مدة الخيار تالية لشرائه مباشرة ولو امتدت لفترة طويلة.

٢- أن تكون الأسهم أو الأصول محل العقد مملوكة للملتزم بالبيع - وهو محرر الخيار في خيار الشراء، ومشتري الخيار في خيار البيع- من حين الشراء حتى التنفيذ.

(١) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٠٤٩/٢-١٠٥٢ ، ١٠٦٧-١٠٦٨؛ نحو سوق مالية إسلامية لأشرف دوابة، ص ٦٨، ٧٧-٧٩؛ الأسهم والسندات لأحمد الخليل، ص ٢١٨-٢١٩؛ الأسواق المالية لعلي محيي الدين القره داغي، ص ١٨٣-١٨٤؛ الاختيارات لمحمد المختار السلامي، ص ٢٤١؛ الاختيارات للصديق الضير، ص ٢٦٣-٢٦٧؛ الاختيارات في الأسواق المالية لعبد الستار أبو غدة، ص ٣٣٤-٣٣٥؛ عقود الاختيارات لوهبة الزحيلي، ص ٢٥٦-٢٥٨؛ المناقشات والقرار في موضوع الأسواق المالية في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ١/٧-١/٧، ٦٠٧-٧١٥.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ١/٧-١/٧.

(٣) انظر السوق المالية لوهبة الزحيلي، ص ١٣٣٠-١٣٣٢؛ وقارن: عقود الاختيارات لوهبة الزحيلي، ص ٢٥٢-٢٥٦.

(٤) انظر أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٣٠٨-١٣٠٩.

(٥) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٤٦/٢؛ وانظر سوق المال لعبد الله الرزين، ص ١٨٣.

أدلة القول الأول:

يستدل أصحاب هذا القول بأدلة أهمها :

الدليل الأول:

أن المعقود عليه في بيع الاختيار ليس مالا ولا منفعة ولا حقا ماليا يجوز الاعتياض عنه ^(١)، فيكون من أكل المال بالباطل.

و"قاعدة الشريعة المقررة : عدم جواز أكل مال الغير بالباطل، لقول الله عز وجل: {يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ} ^(٢)، وأخذ المال مقابل إعطاء حق الاختيار من أكل المال بالباطل ، لأنه ليس بمال ولا متعلقا بمال، كما أن هذا الحق لا نفع فيه لمشتريه إلا باستعماله، وهو أمر يتوقف على تغير الأسعار في صالحه، فإذا لم تتغير الأسعار في صالحه لم يستعمله، وذهب عليه ما بذله من مال بلا مقابل، فكان في ذلك أكلا للمال بالباطل من هذا الوجه أيضا" ^(٣) .

ويعترض عليه :

بأن "الخيار من الحقوق المجردة، وقد أجاز جمهور الفقهاء بيع الحقوق المجردة، مثل حق المرور، وحق التعليم، وحق التسييل، وحق الشرب، وحق وضع الخشب على الجدار، وحق فتح الباب، ونحو ذلك" ^(٤)

ويجاب عن هذا الاعتراض: بأن ما أجاز جمهور الفقهاء بيعه من الحقوق إنما هو الحقوق المتعلقة بعين مالية، كحق المرور، أما الحقوق الأخرى - كحق القصاص والشفعة - فإنما أجاز بعضهم إسقاطها بعوض إذا كانت ثابتة للبائع بوجه شرعي، ولم يجيزوا بيعها. وحق الاختيار ليس حقا متعلقا بعين مالية ، وإنما يتعلق بشيء مجرد هو البيع أو الشراء، كما أنه ليس حقا ثابتا للبائع ، وإنما يتم إنشاؤه بالعقد، وعليه فلا يدخل في هذه الحقوق ^(٥) .

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٧/١/٦٥ السابق الإشارة إليه ص ٧٨٥ .

(٢) النساء : ٢٩ .

(٣) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٠٥١/٢-١٠٥٢ .

(٤) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٣١/٢ .

(٥) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٠٤٧/٢-١٠٤٩ ؛ الأسواق المالية لعلي القره داغي، ص ١٨٤ -

١٨٦ ؛ الاختيارات لمحمد السلامي، ص ٢٣٥ ؛ عقود الاختيارات لوهبة الزحيلي، ص ٢٥٤ ؛ الاختيارات للصادق الضير،

ص ٢٦٥ .

الدليل الثاني :

أن عقود الاختيارات بمعنى إيقاع البيع حالا وتأجيل الأسهم وثنها إلى أجل لاحق، مع اشتراط خيار الفسخ لأحد الطرفين مقابل مبلغ يدفعه للطرف الآخر حين العقد ولا يرد إليه أمضى العقد أو فسخه.

وفي تأجيل تسليم الأسهم والضمن محاذير سبق إيرادها في المعاملات الآجلة . وعليه فما تقدم في حكم المعاملات الآجلة يرد هنا نظرا لعدم الفرق في المعنى .

ويعترض عليه :

بأن الأسهم إذا كانت مملوكة للبائع فليس في إجراء عقد الاختيار فيها على التعيين شيء من المحاذير السابق إيرادها في المعاملات الآجلة ، ذلك أنها معينة، فلا يرد فيها بيع الكالئ بالكالئ، وهي مملوكة للبائع، فليست من بيع ما لا يملك ، أما تأجيل انتقال ملك الأسهم إلى حين التنفيذ فذلك مقتضى العقد، بناء على ما يراه المالكية وغيرهم من أن المبيع مدة الخيار باق على ملك البائع^(١)، وكذلك تأجيل تسليم الأسهم لا محذور فيه، لأن الغرض فيه صحيح بالنظر إلى تعلق حق البائع بالأسهم مدة الخيار وعدم لزوم البيع.

(١) ذهب الحنفية إلى أن الخيار إن كان للبائع والمشتري جميعا، أو للبائع وحده فالمبيع مدة الخيار على ملك البائع، وإن كان الخيار للمشتري فإن المبيع يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، وهذا عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه إذا كان الخيار للمشتري فإن المبيع يخرج عن ملك البائع ويدخل في ملك المشتري. وذهب المالكية في المعتمد عندهم إلى أن المبيع مدة الخيار على ملك البائع، سواء كان الخيار لأحد المتبايعين أو لهما جميعا، والقول الثاني عندهم : أنه على ملك المشتري .

أما الشافعية فلهم في ملك المبيع في زمن الخيار ثلاثة أقوال : أحدها أن المبيع للمشتري، والثاني : أنه للبائع ، والثالث: أنه موقوف، فإن تم البيع بان حصول الملك للمشتري بنفس البيع، وإلا بان أن ملك البائع لم يزل. وفي موضع هذه الأقوال الثلاثة عند الشافعية طرق عدة، وقد صحح كثير منهم أن الأقوال الثلاثة مطردة سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعا ، والأظهر عندهم أنه إن كان الخيار للبائع فملك المبيع له ، وإن كان للمشتري فله ، وإن كان لهما فموقوف .

وذهب الحنابلة إلى أن المبيع مدة الخيار على ملك المشتري ، سواء كان الخيار لأحد المتبايعين أو لهما جميعا. وفي المذهب رواية أخرى : أن المبيع على ملك البائع .

(بدائع الصنائع: ٢٦٤/٥-٢٦٥؛ العناية شرح الهداية: ٣٠٥/٦؛ تبين الحقائق: ١٦/٤-١٧؛ المنتقى للباجي: ٥٨/٥-٥٩؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ١٤٦/٣-١٤٧؛ حاشية الدسوقي: ١٠٣/٣؛ روضة الطالبين: ٤٥٠/٣؛ المنهاج مع مغني المحتاج: ٤٢٢/٢؛ حاشية الجمل: ١١٦/٣؛ المغني: ١٠/٤؛ الإنصاف: ٣٧٨/٤-٣٧٩؛ كشاف القناع: ٢٠٥/٣-٢٠٦).

الدليل الثالث :

"أن التعامل في عقود الاختيار قائم على الغرر...، وذلك أن حق الاختيار وإن ملكه المشتري بالعقد إلا أن فائدته إنما تكون بممارسته، و..إنما يقدم على ممارسته إذا تغيرت الأسعار في صالحه.. وتغير الأسعار في صالحه أمر مجهول له قد يحصل.. وقد لا يحصل فتذهب عليه فائدة العقود عليه - حق الاختيار- لأنه لن يستعمله حينئذ، والعقد عليه إذا خلا من الفائدة كان كالمعدوم، فكان العقد عليه مترددا في حصوله بين الوجود والعدم ، وهذا هو معنى الغرر.

وهكذا الأمر بالنسبة لمحرر الاختيار، وذلك أنه إنما يقدم على إبرام عقد الاختيار .. أملا في أن تكون الأسعار خلال فترة الاختيار في غير صالح المشتري، بحيث لا يمارس المشتري حقه في الشراء أو البيع، ليربح -أي المحرر- حينئذ ثمن الاختيار.. وهذا الأمر .. أمر مجهول للمحرر، مبني على أمر مجهول، وهو تغير الأسعار، فقد يقدم المشتري على ممارسة الاختيار.. وقد لا يقدم.. وكل ذلك غرر بالنسبة له." ^(١).

و إضافة إلى ما تقدم فإن في الخيار المركب غررا فاحشا ، "إذ لا غرر أكثر من أن لا يدري المتعاقد حين العقد أهو بائع أم مشتر" ^(٢).

الدليل الرابع :

أن عقد الاختيار ينتهي غالبا بالتسوية النقدية بين الطرفين، دون تسليم الأسهم أو ثمنها، وهذه التسوية إذا لم تكن مقصودة للمتعاقدين حين عقد الاختيار، فإن الاتفاق اللاحق عليها ليس إلا عقدا جديدا لا يؤثر في حكم العقد الأول. إلا أن الواقع الحالي للأسواق المالية يدل على قصد هذه التسوية عند غالب المتعاملين بالاختيارات، وبذلك جرى عرف هذه الأسواق، مما يجعل عقد الاختيار مشتملا على محذورين :

المحذور الأول : القمار ^(٣)، ذلك أن معنى القمار أن يكون كل واحد من المتقارمين مترددا بين أن

(١) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٠٥٣/٢-١٠٥٤.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣١٢/٢.

(٣) أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٠٥٣/٢-١٠٥٤؛ الأسواق المالية لعلي القره داغي، ص ١٨٠؛ الاختيارات لمحمد السلامي، ص ٢٣٥.

يغرم أو يغرم^(١)، أي "أن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه ، ويجوز أن يستفيد مال صاحبه، فيجوز الازدياد والانتقاص في كل واحد منهما"^(٢)، وهذا المعنى موجود في عقد الاختيار المنتهي بالتسوية النقدية إذا كانت هذه التسوية مقصودة للمتعاقدين حين العقد أو جاريا بها عرف التعامل.

الحذور الثاني : الربا^(٣)، ذلك أن مشتري الاختيار يدفع ثمن الاختيار نقودا، ويقبض بالتسوية نقودا أكثر منها إذا تحققت توقعاته ، فإذا كان ذلك مقصودا حين عقد الاختيار أو جاريا به عرف التعامل كان العقد عقدا ربويا لا يجوز.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول :

أن الأصل في العقود الصحة والجواز^(٤) لعموم الأدلة الدالة على ذلك، كقوله تعالى: {يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} ^(٥) ، وقوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم»^(٦) ، وعقد الاختيار عقد مستحدث لا يدخل تحت أي عقد من العقود المعروفة، فيبقى على أصل الجواز والصحة.

ويعترض عليه :

بأن في هذا العقد من المعاني الموجبة للتحريم ما يخرج عن أصل الجواز، وقد تقدم إيراد هذه المعاني في أدلة القول الأول.

الدليل الثاني :

أن عقد الاختيار نوع من خيار الشرط، وخيار الشرط جائز إذا كان لمدة معلومة طالت أو

(١) تبين الحقائق: ٢٢٧/٦؛ رد المختار: ٤٠٣/٦ ؛ تحفة المحتاج: ٤٠٢/٩؛ المغني: ٣٧٠/٩.

(٢) تبين الحقائق: ٢٢٧/٦ .

(٣) انظر أحكام التعامل في الأسواق المالية لمبارك آل سليمان: ١٠٥٧/٢ .

(٤) المقدمات الممهدة: ٣٧٣/١ ؛ مجموع الفتاوى : ١٢٦/٢٩-١٣٣ ؛ إعلام الموقعين : ٢٥٩/١ .

(٥) المائدة: ١.

(٦) تقدم تخريجه في تخريج حديث «الصلح جائز بين المسلمين»، انظر ص ٥٠٥.

قصرت، "ويجوز دفع المال بشرط متفق عليه أو التبرع به لاستعمال حق الخيار، لأن المسلمين على شروطهم، ولأن دفع المال يؤيد ما شرعه الشرع من حق الخيار"^(١).

ويعترض على هذا الدليل:

بأن عقد الاختيار يتضمن ثمنا للخيار، وخيار الشرط لا يكون مقابل ثمن باتفاق الفقهاء إلا على القول بجواز بيع العربون^(٢)، فإن كان هذا القول هو مستند هذا التخريج فليكن التخريج على بيع العربون بخصوصه لا على خيار الشرط.

أما ما ذكر من التبرع فلا مدخل له هنا، لأن العقد عقد معاوضة، وإن وقع على وجه الحيلة فذلك غير جائز لما تقدم في الحيل^(٣).

الدليل الثالث :

أن عقد اختيار الشراء بمثالة بيع العربون^(٤)، وذلك بأن يجعل ثمن الاختيار بمثابة العربون، فإن لم يمارس مشتري الاختيار حقه في الشراء كان للبائع، وإن مارس حقه في الشراء احتسب من الثمن وصار ثمن السلعة مركبا من ثمن الاختيار وسعر التنفيذ المتفق عليه^(٥).

أما اختيار البيع فهو وإن لم يكن بمثالة بيع العربون، إلا أنه يصح قياسا عليه، فإن "جواز بيع العربون يستفاد منه صحة المعاوضة عن حق الاختيار، وكون المعتاض بائعا أو مشتريا لا أثر له في الحكم"^(٦).

وخلاصة هذا الدليل تخريج عقد الاختيار على بيع العربون أو قياسه عليه، ومع ما في بيع العربون من الخلاف^(٧)، فإنه يعترض على هذا التخريج باعتراضات :

(١) الأسواق المالية لوهبة الزحيلي، ص ١٣٣١.

(٢) يأتي تعريفه في الدليل الثالث.

(٣) انظر ص ١٦٨-١٧٨.

(٤) بيع العربون: هو بيع شيء أو إجارته مع دفع جزء من ثمنه أو أجرته، على أنه إن تم العقد احتسب ذلك من الثمن أو الأجرة، وإلا فهو للبائع أو المؤجر لا يسترد منه (المغرب، ص ٣٠٩؛ المصباح المنير، ص ٤٠١؛ شرح حدود ابن عرفة، ص ٢٥٧؛ كشاف القناع: ١٩٥/٣).

(٥) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٤١/٢؛ أحكام السوق المالية لمحمد الشريف، ص ١٣٠٨.

(٦) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٤٥/٢.

(٧) اختلف الفقهاء في حكم بيع العربون على قولين :

القول الأول : عدم جوازه ، وإليه ذهب المالكية والشافعية، وهو رواية عند الحنابلة اختارها بعضهم.

الاعتراض الأول :

أن محل المعاوضة في عقد الاختيار ليس هو الأسهم ، بل هو الحق في بيع الأسهم أو شرائها، أما الأسهم نفسها فليست محلا لعقد الاختيار ولا تتأثر به من حيث الملكية أو جواز التصرف، ولهذا فإنها لو كانت قبل عقد الاختيار مملوكة لباذنها لم تخرج بعقد الاختيار عن ملكه وجاز له التصرف فيها بأي نوع من التصرفات، وغاية ما يلزمه إذا حل تاريخ التنفيذ أن يسلم للطرف الآخر مثلها . أما في بيع العربون فإن محل المعاوضة فيه هو السلعة المعينة، ولهذا لا يجوز للمالكها أن يتصرف فيها بأي تصرف يفيت حق المشتري فيها إلى حين انتهاء أجل الخيار.

الاعتراض الثاني :

أنه على التسليم بأن محل المعاوضة في عقد الاختيار هو الأسهم تخريجا على بيع العربون، فإن ذلك يقتضى عدم صحته، لما فيه من تأجيل الأسهم وثمنها، وفي ذلك محاذير سبق إيرادها في المعاملات الآجلة .

ويجاب عن هذا الاعتراض من أوجه :

الوجه الأول : "أن العوضين وإن لم يتم تسليمهما فهما غير مؤجلين (كما في عقود الاختيارات الأمريكية)، فلا محذور في ذلك، وليس هذا من الكالئ بالكالئ"^(١) .
ويرد هذا الوجه: بأن معنى الكالئ بالكالئ يحصل بقاء العوضين في الذمة وإن كانا حالين غير مؤجلين.

الوجه الثاني : "أن من طبيعة بيع العربون عدم تسليم الثمن والمثمن في الحال"^(٢) .

ويرد هذا الوجه: بأن ذلك في السلعة المعينة، بخلاف السلعة الموصوفة في الذمة لما في تأجيلها مع تأجيل الثمن من الكالئ بالكالئ.

الوجه الثالث : أن الأسهم إذا كانت مملوكة للبائع وباعها على التعيين للمشتري فليس في إجراء عقد الاختيار فيها شيء من المحاذير السابق إيرادها في المعاملات الآجلة على ما تقدم في مناقشة

القول الثاني : جوازه ، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة .

(المنتقى للباحثي: ١٥٧/٤؛ مواهب الجليل: ٣٦٩/٤؛ شرح الخرشبي: ٨٧/٥؛ مغني المحتاج: ٣٩٥/٢؛ تحفة المحتاج: ٣٢٢-٣٢١/٤؛ أسنى المطالب: ٣١/٢؛ المغني: ١٦٠/٤-١٦١؛ الإنصاف: ٣٥٧/٤-٣٥٨؛ كشاف القناع: ١٩٥/٣).

(١) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٤٥/٢.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٤٥/٢.

أدلة القول الأول.

الاعتراض الثالث :

"أن هذا التخريج لا يصح على إطلاقه، فهو إن صح في الأسواق التي يكون فيها للمشتري مدة خيار (كما هو المعمول به في السوق الأمريكية)، فلا يصح في الأسواق التي تحدد يوما واحدا مؤجلا للتنفيذ (كما هو الحال في الأسواق الأوروبية)"^(١).

الدليل الرابع :

"جواز الشرط الجزائي عند امتناع المتعهد عن التنفيذ، .. ويمكن أن نعتبر قيمة الخيار شرطا جزائيا يلزم به المتعهد عند التخلف"^(٢).

ويعترض على هذا الاستدلال باعتراضات:

الاعتراض الأول :

أن هذا مبني على أن المعقود عليه في عقد الاختيار هو الأسهم نفسها، مما يمكن معه اعتبار ثمن الاختيار بمثابة شرط جزائي في عقد بيع الأسهم، في حين أن المعقود عليه في عقد الاختيار هو حق بيع الأسهم أو شرائها، وثن الاختيار هو ثمن هذا الحق.

الاعتراض الثاني:

أن من أحكام الشرط الجزائي -على القول بصحته- أن لا يعمل به إذا أثبت من شرط عليه أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد^(٣)، في حين أن ثمن الاختيار يستحقه محرره على كل حال بغض النظر عن تضرره من عدمه.

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول ، لما تقدم في أدلته، ولأن أقوى ما يمكن أن يتمسك به لتجويزه تخريجه على بيع العربون، إلا أن هذا لا حجة فيه على الجواز لأمرين:

(١) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٤١/٢.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٣٤٧/٢.

(٣) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم ١٠٩ (١٢/٣) الصادر في دورته الثانية عشرة بالرياض عام ١٤٢١هـ (مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٣٠٣/٢-٣٠٦).

١- أن محل العقد في الاختيارات هو حق البيع أو الشراء، في حين أن محل العقد في بيع العربون هو السلعة نفسها، وعليه فلا يصح التخرج على بيع العربون.

٢- أنه على فرض صحة التخرج على بيع العربون فإن الغالب في الاختيارات أن تكون مكشوفة، أي أن تكون الأسهم موصوفة في الذمة غير مملوكة لباذلها، وبيع العربون بيع يجري عليه الحكم المقرر في عامة البيوع من أنه لا يجوز تأجيل الثمن والمثمن الموصوفين في الذمة وإلا كان ذلك من بيع الكالئ بالكالئ .

وحتى في الاختيارات المغطاة لا يقع العقد على أسهم معينة، بل يقع على أسهم موصوفة في الذمة، ولهذا يحق لبازل الأسهم التصرف في الأسهم التي يملكها وتسليم أسهم غيرها، وعليه فإن العقد يكون من بيع الكالئ بالكالئ أيضا.

المبحث الثاني: بيع وحدات صناديق الاستثمار

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التعريف بصناديق الاستثمار وطرق تداول وحداتها.

المطلب الثاني : حكم بيع وحدات صناديق الاستثمار.

المطلب الأول : التعريف بصناديق الاستثمار وطرق تداول وحداتها.

وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول : تعريف صناديق الاستثمار.

الفرع الثاني : أهمية صناديق الاستثمار.

الفرع الثالث : أنواع صناديق الاستثمار.

الفرع الرابع : طرق تداول وحدات صناديق الاستثمار.

الفرع الأول : تعريف وحدات صناديق الاستثمار

تعرف صناديق الاستثمار بأنها "إحدى أساليب الاستثمار الجماعي، تعمل على تجميع أموال جمهور المستثمرين وإصدار وحدات استثمارية مقابلها تمثل حقوق المشتركين فيها، وتوجيه هذه الأموال إلى استثمارات متعددة ومتنوعة .. وفقا لأهداف إنشاء الصناديق ورغبات جمهور المستثمرين المشتركين فيها، ويتم إدارة هذه الاستثمارات من جهات محترفة ومتخصصة في مجال الاستثمار المرغوب، وبموجب سياسات استثمارية معلنة تهدف إلى تحقيق عوائد مجزية وحماية المدخرات من المخاطر وتحقيق المزايا التي لا يمكن لجمهور المستثمرين.. تحقيقها منفردين، وقد يأخذ الصندوق شكل شركة استثمارية أو يتم تكوينه عن طريق الشركات والبنوك الاستثمارية"^(١).

(١) صناديق الاستثمار لحسن الفطافطة، ص ٢٠-٢١ ؛ وانظر صناديق الاستثمار لمنى قاسم، ص ٤٥ ؛ إدارة الاستثمارات لمحمد مطر، ص ٧٧-٧٨؛ واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية لعياد المهلكي، ص ٧-٨ ؛ صناديق الاستثمار لمحمد القرني، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢١٦، ص ٢٨ ؛ صناديق الاستثمار لأشرف دوابه، ص ٤٩ .

ويتم تقسيم الصناديق الاستثمارية إلى حصص متساوية، تسمى كل منها "وحدة" أو "سهما" أو "وثيقة استثمار"، ومجموع هذه الحصص يكون الأصول الصافية للصندوق. وتصدر إدارة الصندوق صكوكا للمستثمرين يسجل في كل منها عدد الحصص التي يملكها المستثمر في الصندوق، وقد تسمى هذه الصكوك "وثائق الاستثمار" أو "شهادات الاستثمار"، وتتضمن إثبات ملكية المستثمر للحصص، بصرف النظر عن القيمة التي ستؤول إليها زيادة أو نقصا بعد الاستثمار^(١).

الفرع الثاني : أهمية صناديق الاستثمار.

وفيه مسألان:

المسألة الأولى : أهمية صناديق الاستثمار للمستثمرين الأفراد.

المسألة الثانية : أهمية صناديق الاستثمار للاقتصاد الوطني.

المسألة الأولى : أهمية صناديق الاستثمار للمستثمرين الأفراد

تحقق صناديق الاستثمار للمستثمر الفرد فوائد عديدة أهمها^(٢) :

١- تحقيق عوائد أفضل بالمقارنة مع العوائد البنكية، فعوائد صناديق الاستثمار في الأوراق المالية -مثلا- تحتوي على العوائد الدورية للأسهم والسندات إضافة إلى الأرباح الرأسمالية التي تتمثل في الفرق بين القيمة الاسمية والقيمة السوقية لهذه الأسهم والسندات، وهذا يزيد كثيرا عما يحصل عليه المدخرون لدى البنوك من عوائد تتمثل في عوائد الودائع البنكية فقط، دون أرباح رأسمالية، بل إن قيمة هذه الودائع تتآكل أحيانا بفعل التضخم.

٢- الاستفادة من خبرات الإدارة المحترفة والمتخصصة التي تدير صناديق الاستثمار مما يعفي المستثمر من أعباء إدارة الاستثمار التي يتحملها والمخاطر التي يتعرض لها في حالة الاستثمار المباشر، ولهذا فإن صناديق الاستثمار تناسب المدخرين الذي لا يتوفر لديهم ما يلزم من المهارة أو الوقت أو

(١) عوائد صناديق الاستثمار لعصام أبو النصر، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢٠٠٤، ص ٤٢؛ صناديق الاستثمار لأحمد الحسني،

ص ٦؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١/١٠٨، ٩٥؛ أساسيات الاستثمار لمخير هندي، ص ٣٦، ٤٢.

(٢) انظر واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية لعياد المهلكي، ص ٢٥-٣٠؛ صناديق الاستثمار لأشرف دوابه، ص ٥٥-

٥٧؛ صناديق الاستثمار لحسن الفطافطة، ص ٣٢-٣٦؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١/٨٦-٨٧؛

أساسيات الاستثمار لمخير هندي، ص ٥٤-٥٥.

المعلومات لإدارة محفظة استثمارية خاصة.

٣- تنوع الاستثمارات بطريقة تسهم في تخفيض المخاطر، ذلك أن صناديق الاستثمار تستثمر أموالها في استثمارات عديدة متنوعة، بل وربما في أقطار مختلفة، مما يجعلها أقل عرضة للمخاطر المستقبلية المحتملة. وهذا التنوع قد لا يكون ممكنا للمستثمر الفرد، ذلك أن التنوع لا يمكن تحقيقه في المبالغ اليسيرة، وإن أمكن فإنه يحصل بكلفة مالية تنقص من الربح إن لم تتسبب في الخسارة، إضافة إلى أن التنوع الكفاء -الذي يحقق قدرا مناسباً من الربح بمخاطر منخفضة- إنما يكون بقواعد علمية مدروسة قد لا يدركها المستثمر الفرد، أما صناديق الاستثمار ففي مقدورها أن تنوع استثماراتها بقواعد علمية مدروسة وبأقل التكاليف لقوة مركزها المالي ولما يتوفر لديها من الدراسات الاقتصادية اللازمة والإدارة المتخصصة المحترفة.

٤- ملائمة وحدات الصناديق الاستثمارية للمستثمرين، ذلك أن منها الفئات الصغيرة والكبيرة، مما يجعلها تتناسب مع قدرات كافة المستثمرين.

٥- إمكانية استرداد قيمة الاستثمار جزئياً أو كلياً، أو الإضافة إليه، أو تغييره، وذلك في صناديق الاستثمار ذات النهاية المفتوحة، فيمكن للمستثمر متى شاء أن يسترد قيمة استثماره كلياً أو جزئياً في أوقات قصيرة يومية أو أسبوعية، وذلك بسعر عادل، مما يتيح له الحصول على السيولة النقدية على نحو يكفل له المرونة في إدارة أمواله وتدفقاته النقدية. كما يمكن المستثمر أن يضيف إلى استثماره مبالغ جديدة في الوقت الذي يراه مناسباً، وبالقدر الذي يلائمه.

إضافة إلى ذلك يمكن المستثمر أن يتحول من نوع من الاستثمار إلى نوع آخر، بأن يحول استثماراته من صندوق إلى آخر، وذلك إذا كان الصندوقان يتبعان إدارة واحدة.

٦- تخفيض تكلفة السمسرة في العمليات الاستثمارية، وذلك نظراً لضخامة العمليات الاستثمارية التي تقوم بها الصناديق، مما يمكنها من الحصول على خصومات من أتعاب السمسرة.

٧- إمكانية متابعة أداء الاستثمار، إذ تعلن أسعار وحدات الصناديق الاستثمارية بشكل دوري يحقق قدراً كبيراً من الشفافية والإفصاح عن الأداء، مما يتيح للمستثمر معرفة مدى نجاح الصندوق واتخاذ قراره بالاستمرار أو الاسترداد أو الإضافة.

المسألة الثانية : أهمية صناديق الاستثمار للاقتصاد الوطني.

تحقق صناديق الاستثمار للاقتصاد الوطني فوائد منها^(١) :

- ١- أنها وسيلة فعالة لتحقيق أهداف برامج الإصلاح الاقتصادي، وخاصة فيما يتعلق بتوسيع قاعدة الملكية، وذلك لأن هذه الصناديق تمكّن صغار المدخرين من الدخول في استثمارات ضخمة لا يتمكنون فرادى من الدخول فيها، مما يجعل هذه الاستثمارات ملكا لقاعدة واسعة من صغار المدخرين بدلا من كونها حكرًا على القطاعات العامة أو على كبار المدخرين فقط.
- ٢- أنها وسيلة لتجميع أموال صغار المدخرين المكتنزة وتوجيهها لاستثمارات غير بنكية، مما يؤدي إلى زيادة نشاط وفعالية الاستثمارات الوطنية ويسهم في زيادة معدلات النمو الاقتصادي.
- ٣- أنها وسيلة لحماية المدخرات الوطنية من التسرب إلى جهات استثمارية غير مأمونة أو إلى جهات استثمارية خارجية.
- ٤- أنها وسيلة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية للمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية الوطنية.
- ٦- أنها تساهم في امتصاص السيولة من المجتمع، وبالتالي خفض معدلات التضخم.
- ٥- تساهم صناديق الاستثمار في الأوراق المالية في التقييم السليم للأوراق المالية، كما أنها وسيلة لجذب صغار المستثمرين للاستثمار في الأوراق المالية، ومن ثم فهي ذات دور فعال في تنشيط وتدويل بورصة الأوراق المالية وتحسين شروط البيع فيها لصالح الاقتصاد الوطني.

الفرع الثالث : أنواع صناديق الاستثمار

تتنوع صناديق الاستثمار باعتبارات متعددة، وأتناول ذلك في خمس مسائل:

المسألة الأولى: أنواع صناديق الاستثمار من حيث الجهة المؤسسة لها .

المسألة الثانية: أنواع صناديق الاستثمار من حيث شكلها القانوني.

المسألة الثالثة: أنواع صناديق الاستثمار من حيث القابلة لدخول مستثمرين جدد .

المسألة الرابعة : أنواع صناديق الاستثمار من حيث مجال الاستثمار .

(١) انظر بورصة الأوراق المالية لمحمد الحناوي وجمال العبد، ص ٢٠١-٢٠٤ ؛ صناديق الاستثمار لأشرف دوابه، ص ٥٥-

٥٧ ؛ صناديق الاستثمار لحسن الفطاطة، ص ٣٢-٣٦ ؛ أساسيات الاستثمار لمنير هندي، ص ٥٤-٥٥ ؛ صناديق

الاستثمار لمخى قاسم، ص ٤٧-٤٩ ؛ عوائد صناديق الاستثمار لعصام أبو النصر، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢٠٠،

ص ٤٢.

المسألة الخامسة : أنواع صناديق الاستثمار من حيث الهدف من الاستثمار .

المسألة الأولى : أنواع صناديق الاستثمار من حيث الجهة المنشئة لها .

تتنوع صناديق الاستثمار من حيث الجهة المنشئة لها إلى نوعين^(١) :

النوع الأول : صناديق الاستثمار التي تنشئها البنوك وشركات التأمين ونحوها من المؤسسات

التي لديها من القدرة المالية والإدارية والتخصصية ما يمكنها من إقامة هذه الصناديق وإدارتها بنجاح.

النوع الثاني : صناديق الاستثمار التي ينشئها أفراد مساهمون، وبذلك يقوم الصندوق شركة

مستقلة .

المسألة الثانية : أنواع صناديق الاستثمار من حيث شكلها القانوني.

تتنوع صناديق الاستثمار من حيث شكلها القانوني إلى نوعين^(٢) :

النوع الأول : صناديق استثمار تتخذ شكل شركة استثمارية تتصف بشخصية اعتبارية مستقلة

عن جهة التأسيس -إن وجدت-، فيكون لها ذمة مستقلة وتملك بنفسها أصولها ، كما يكون لها

مجلس إدارة يتم تعيين أعضائه أو معظمهم من قبل الجهة المنشئة، ويتولى هذا المجلس تعيين الجهة التي

تتولى إدارة الصندوق.

وفي معظم الدول فإن صناديق الاستثمار تدرج تحت هذا النوع، بل إن بعض الدول توجب أن

يتم تأسيس كل صندوق شركة استثمارية مستقلة بذاتها حتى ولو كان صندوقا فرعيا ينتمي إلى

صندوق رئيسي.

وتصدر هذه الشركات أسهما أو وحدات خاصة بالمؤسسين، وأسهما أو وحدات خاصة

بالمستثمرين، وتمنح الأولى حاملها حق المشاركة في إدارة الشركة، أما الثانية فلا تمنح حاملها هذا

الحق، أو تمنحهم حق مشاركة محدود يتمثل في اختيار نسبة من أعضاء مجلس الإدارة كالثالث مثلا،

(١) بورصة الأوراق المالية لمحمد الحناوي وجمال العبد، ص ٢١٨-٢١٩.

(٢) الإطار القانوني لصناديق الاستثمار لعطية صقر، ص ١٩١-١٩٢، ٢٠٥ ؛ صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار

المدخرين لمنير هندي، ص ١٧، ٤٧-٤٩ ؛ أسواق المال لعبد الغفار حنفي ورسمية قرياقص، ص ٣٩٩-٤٠٠ ؛ واقع وآفاق

صناديق الاستثمار في المملكة العربية السعودية لعياد المهلكي، ص ٩، ١١، ٤٩ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف

ليوسف الشيبلي: ٩٣/١-٩٤ ؛ صناديق الاستثمار الإسلامية لمحمد القري، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢١٧، ص ٤٩.

وانظر المادة (٣٥) والمادة (٤١) من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥/١٩٩٢ م.

ويكون اختيار بقية الأعضاء من قبل حملة أسهم أو وحدات المؤسسين.
وتتنوع هذه الشركات إلى شركات مغلقة وشركات مفتوحة، وذلك بالنظر إلى ما إذا كانت الصناديق التي تديرها مغلقة أو مفتوحة ، على ما سيأتي في المسألة اللاحقة إن شاء الله.

النوع الثاني : صناديق استثمار تنشئها بعض الجهات كالبنوك وشركات التأمين، دون أن تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عنها، وإن كانت تتمتع بالاستقلال التام في حساباتها وإدارتها، وعليه فإن هذه الصناديق لا تزيد عن كونها تنظيمًا عقديًا بين الجهة المنشئة والمستثمرين، كما أن أصولها تكون مملوكة للمستثمرين فيها على أساس جمعي. ولا تتداول وحدات هذه الصناديق في أسواق المال، والغالب أن تكون صناديق مفتوحة.

ويندرج تحت هذا النوع جميع الصناديق في المملكة العربية السعودية وغالب الصناديق في مصر.

المسألة الثالثة : أنواع صناديق الاستثمار من حيث القابلية لدخول مستثمرين جدد .

تتنوع صناديق الاستثمار من حيث القابلية لدخول مستثمرين جدد وزيادة رأس مالها إلى نوعين^(١):

النوع الأول : صناديق الاستثمار المغلقة .

وتسمى أيضا صناديق الاستثمار ذات رأس المال الثابت، وصناديق الاستثمار ذات التداول. وتتاح هذه الصناديق بصورة دورية بين الحين والآخر، إذا ما ظهرت فرصة مناسبة للاستثمار في مجال ما، فيتم تشكيل صناديق مغلقة لهذه الغاية.
وتتميز هذه الصناديق بمزايا منها :

١- تصدر وحدات هذه الصناديق وفق إجراءات إصدار أسهم شركات المساهمة، فإذا ظهرت فرصة مناسبة للاستثمار في مجال ما تم تشكيل هذه الصناديق وفتح باب الاكتتاب فيها لفترة محدودة لجمع رأس المال المطلوب، ثم يتم غلق باب الاكتتاب ولا يحق لإدارة الصندوق طرح وحدات جديدة.

(١) بورصة الأوراق المالية لـ محمد الحناوي وجمال العبد، ص ٢١٠-٢١٥؛ صناديق الاستثمار لحسن الفطافطة، ص ٣٧-٤٠؛ صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين لمخير هندي، ص ١٨-٣١؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١/١٠٠-١٠٢؛ صناديق الاستثمار لأشرف دوابه، ص ٥٩-٦١؛ صناديق الاستثمار الإسلامية لمحمد القري، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢١٦، ص ٢٨؛ الإطار القانوني لصناديق الاستثمار لآمال عبدالسلام، ص ٢٤٦-٢٤٧.

٢- عدد وحداتها محدود ، مما يجعل رأس مالها ثابتا .

٣- مدتها محددة بعدد من الأشهر أو السنوات، وبعدها يلزم تصفيتها أو تحويلها إلى صناديق استثمار مفتوحة .

٤- تختلف الصناديق المغلقة في مدى إمكانية تداول وحداتها في الأسواق المالية، فبعض هذه الصناديق تسجل في أحد الأسواق المالية ، مما يمكن معه تداول وحداتها في الأسواق المالية ، ويتوفر لها حينئذ سعر سوقي من خلال قوى العرض والطلب، وتنشر قيمتها السوقية يوميا في صحف المال كما هو الشأن في الأسهم، وبعض الصناديق لا تسجل في أسواق البورصة فلا يمكن تداول وحداتها في هذه الأسواق، إلا أنها تنظم سوقا ثانوية داخلية يتم من خلالها تداول وحداتها بين الراغبين في الدخول والراغبين في الخروج، وهنالك صناديق مغلقة لا تسجل في البورصة ولا تنظم أسواقا داخلية لتبادل وحداتها، مما يجعلها متدنية السيولة إلى حد كبير .

٥- في حال رغبة المستثمرين في هذه الصناديق في الخروج منها فإن السبيل إلى ذلك هو بيع ما يملكونه من وحدات في الأسواق المالية أو في الأسواق الداخلية في هذه الصناديق إن كان ذلك ممكنا، ولا يحق لهم مطالبة هذه الصناديق برد قيمة وحداتهم، كما لا تبدي هذه الصناديق استعدادها لشراء هذه الوحدات.

النوع الثاني : صناديق الاستثمار المفتوحة .

وتسمى أيضا صناديق الاستثمار ذات رأس المال المتغير، وتتميز هذه الصناديق غالبا بمزايا منها :

١- يتم الاكتتاب في هذه الصناديق بشراء وحداتها من نفس الصندوق. وتقوم الجهات القائمة على هذه الصناديق بتسويق إصداراتها من الوحدات الاستثمارية من خلال منافذ توزيع مقابل رسوم شراء يدفعها المستثمر، وبعض الصناديق تقوم بتسويق وحداتها الاستثمارية من خلال الإعلان عنها في وسائل الإعلان أو البريد ومن ثم لا يتحمل المستثمر أي رسوم شراء، ويكون الاستثمار في هذه الصناديق مفتوحا طيلة عمر الصندوق، إلا أن مدير الصندوق يحدد أياما معينة في الأسبوع تسمى "أيام الاشتراك"، أو "التسعير" أو "التقييم" يتم فيها تقييم موجودات الصندوق ، وبدء سريان استثمار أموال المستثمرين الجدد.

٢- عدد وحداتها غير محدود ، وذلك نظرا لجاهزية هذه الصناديق لإصدار وحدات جديدة لتلبية احتياجات المستثمرين، وجاهزيتها أيضا لإعادة شراء وحدات أي مستثمر يرغب في بيع وحداته، وهذا ما يجعل رأس مالها متغيرا غير ثابت.

٣- مدتها غير محددة بفترة زمنية معينة، بل تظل باقية حتى تقرر إدارتها إنهاؤها في الوقت الذي تراه مناسباً، ولهذا فإنها قد تستمر مدة طويلة إذا بقيت استثماراتها ناجحة طيلة هذه المدة.

٤- لا تطرح وحدات هذه الصناديق للتداول في أسواق رأس المال، ولهذا فليس لوحدها قيمة سوقية وإن كانت قيم أصولها تنشر دورياً في الصحف المالية.

ويستثنى من ذلك وحدات صناديق شركات الاستثمار المساهمة، فإنه لا يمنع من طرحها للتداول النص في نشرة الاكتتاب فيها على جواز استرداد المستثمر قيمتها، إلا أن القيمة التي ترد إلى المستثمر لا تتحدد بالقيمة الصافية لأصول الصندوق كما هو الحال في الصناديق المفتوحة التي لا تطرح للتداول على ما سيأتي إن شاء الله، وإنما تتحدد بالقيمة التي صدرت بها الوثيقة أو قيمة آخر سعر إقفال لها في البورصة أيهما أقل.

٥- في حال رغبة المستثمرين في هذه الصناديق في استرداد قيمة استثماراتهم كلياً أو جزئياً فإنهم يقومون ببيع ما يملكونه من الوحدات الاستثمارية للصناديق نفسها، التي تكون على استعداد دائم لذلك وأوقات قصيرة يومية أو أسبوعية، مما يجعل هذه الصناديق تحتفظ دوماً بمقدار من السيولة تحسباً لما لو زادت طلبات الاسترداد على طلبات الاكتتاب. وتتم عملية الشراء بمعايير ثابتة ودون مجال للمساومة، وذلك بالنظر إلى عدد الوحدات والقيمة السوقية للأصول الصافية للصندوق.

"وتشكل الصناديق المفتوحة ما نسبته ٩٥٪ من الصناديق الاستثمارية العالمية في الوقت الحاضر، كما أن معظم الصناديق العاملة في المملكة هي من هذا النوع"^(١).

المسألة الرابعة : أنواع صناديق الاستثمار من حيث مجال الاستثمار .

تتنوع صناديق الاستثمار من حيث مجال الاستثمار إلى نوعين :

النوع الأول : صناديق الاستثمارات الحقيقية^(٢) .

والمقصود بالاستثمارات الحقيقية الاستثمار في الأصول الحقيقية، والأصل الحقيقي هو ما له قيمة اقتصادية في حد ذاته، ومثاله: العقارات والسلع والمعادن.

ومقابل الأصل الحقيقي الأصل المالي، وهو ما له قيمة لا بالنظر إلى ذاته وإنما بالنظر إلى ما يخول

(١) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١٠١/١.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٩٦-٩٧؛ إدارة المحافظ الاستثمارية لحسني خريوش وآخرين،

صاحبه من المطالبة بأصل حقيقي، وعادة ما يكون هذا الحق مرفقا بصك أو مستند قانوني، ومثاله الأسهم والسندات والأوراق التجارية.

وتتنوع صناديق الاستثمار الحقيقية بدورها إلى أنواع كثيرة بالنظر إلى الأصول المستثمر فيها، ومن ذلك مثلاً^(١) :

أ- صناديق الاستثمار العقاري.

ب- صناديق الاستثمار في السلع المتداولة في أسواق المال العالمية كالقطن والنفط والسكر.

ج- صناديق الاستثمار في سوق الصرف الأجنبي والمعادن الثمينة.

النوع الثاني : صناديق الاستثمار المالية.

والمقصود بالاستثمارات المالية الاستثمار في الأصول المالية بالمعنى السابق بيانه ، وهذا النوع هو الغالب في صناديق الاستثمار ، "بل لا يكاد كثير من الباحثين يذكر من أنشطة الصناديق الاستثمارية سوى هذا النوع، وتحظر قوانين بعض الدول استثمار الصندوق في غير هذا المجال"^(٢).

وتتمثل الاستثمارات المالية في الاستثمار في الأوراق المالية المتداولة في أسواق النقد وأسواق رأس المال، كالأسهم والسندات وشهادات الإيداع المصرفية القابلة للتداول، وأذونات الخزينة، ونحوها، وذلك لما تمتاز به هذه الأوراق من مزايا أهمها^(٣):

١- كونها من أبرز أدوات الاستثمار في العصر الحاضر لما توفره لحاملها من حقوق ومزايا.

٢- توفرها بأعداد كبيرة مع تجانسها في قيمها ومواصفاتها.

٣- وجود أسواق خاصة بها على درجة عالية من الكفاءة والتطور والتنظيم.

٤- وجود سماسة يتولون بيع هذه الأوراق وشراءها نيابة عن المستثمرين بعمولات يسيرة.

٥- انعدام تكاليف المتاجرة بها عدا عمولات السماسرة.

(١) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٩٧/١ ؛ صناديق الاستثمار لحسن الفطافطة، ص٣٧؛ واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية لعياد المهلكي، ص١٩.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٩٨/١.

(٣) إدارة المحافظ الاستثمارية لحسن خريوش وآخرين، ص١٨-١٩.

وتتنوع صناديق الاستثمارات المالية بالنظر إلى الأوراق المالية محل الاستثمار إلى أنواع أهمها^(١):

أ- صناديق الأسهم العادية .

تتكون هذه الصناديق من أسهم عادية فقط، وقد تكون هذه الأسهم أسهما محلية فقط ، أو خليطا من الأسهم المحلية والدولية، أو أسهم دولة أو منطقة معينة كاليابان أو أوروبا ، أو أسهم قطاعات معينة، كأسهم الشركات الزراعية أو العقارية أو شركات الكيماويات.

ب- صناديق السندات .

تتكون هذه الصناديق من سندات فقط، وقد تكون هذه السندات سندات محلية، أو سندات دولية، أو خليطا منهما، كما قد تكون سندات ذات عوائد دورية، أو سندات ذات نمو رأسمالي، أو سندات قابلة للتحويل إلى أسهم .

ج- الصناديق المتوازنة .

ويطلق عليها أيضا الصناديق المتنوعة، وتشتمل هذه الصناديق على مزيج من الأسهم العادية وأوراق مالية أخرى ذات دخل ثابت، مثل السندات الحكومية، والسندات التي تصدرها منشآت الأعمال، والسندات القابلة للتحويل إلى أسهم عادية ، والأسهم الممتازة .

وتختلف نسبة كل من هذه الأوراق المالية في الصندوق وفقا لأهدافه ، فإذا كان من أهداف الصندوق تحقيق عائد مرتفع نسبيا مع تحمل مخاطر متوسطة نسبيا فإن نسبة الأسهم العادية فيه ترتفع إلى حد ما، أما إذا كان من أهداف الصندوق تحميل المستثمر حدا متدنيا من المخاطر فإن نسبة الأوراق المالية ذات الدخل الثابت تكون مرتفعة .

د- صناديق الأوراق المالية المتداولة في سوق النقد

وتسمى أيضا الصناديق النقدية^(٢) ، وتتكون هذه الصناديق من تشكيلة من الأوراق المالية قصيرة الأجل التي لا تتجاوز مدتها سنة، والمتداولة في سوق النقد من خلال مؤسسات مالية، كالبنوك التجارية وبيوت السمسرة المتخصصة في التعامل في تلك الأوراق. ومن أمثلة هذه الأوراق: شهادات الإيداع المصرفية القابلة للتداول، وأذونات الخزينة، والكمبيالات، والقبولات البنكية.

(١) صناديق الاستثمار لأشرف دوايه، ص ٦٧ ؛ أساسيات الاستثمار لمنير هندي، ص ٤٦-٥٠ ؛ بورصة الأوراق المالية لمحمد

الحناوي وجلال العبد، ص ٢١٥-٢١٦ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٩٨/١-٩٩ ؛ صناديق

الاستثمار لحسن الفطافطة، ص ٤١-٤٣ .

(٢) صناديق الاستثمار لمنى قاسم، ص ٥٣ .

" وتناسب هذه الصناديق المستثمرين الذي يضعون هدفي السيولة والأمان في مقدمة أهدافهم الاستثمارية، بل إن هذه الصناديق نجحت في جذب المستثمرين.. الذين كانوا عادة ما يفضلون استثمار أموالهم من خلال الودائع المصرفية، حيث إنها تفوق الودائع المصرفية من حيث العائد الذي تحققه كما أن هذه الصناديق توفر للمستثمر فيها ميزة هامة، حيث إنها تعطيه الحق في السحب منها في أي وقت يشاء دون تعرض للغرامة، بل أتاحت هذه الصناديق للمستثمر حرية تحرير شيكات ليسحب بها، ويتم ذلك عن طريق عقد يجمع بين الصندوق وأحد البنوك الذي من خلاله يقوم المستثمر برد عدد من الوثائق التي يمتلكها تساوي في قيمتها المبلغ المسحوب، ويشترط أن لا يقل المبلغ المسحوب عن حد معين تقرره إدارة الصندوق"^(١).

ويحسن التنبيه إلى أن الأنظمة والقوانين توجب على إدارة صناديق الاستثمارات المالية -أيا كان نوعها- أن تكون الأوراق المالية المكونة لأصولها من إصدارات متنوعة، فلا تقتصر على إصدار أو إصدارين من الأسهم أو السندات، وعلى سبيل المثال فإن النظام السعودي يوجب "ألا تزيد استثمارات أي صندوق في أي إصدار للأسهم أو السندات عن ١٠٪ من صافي الأصول، وهذا يستلزم ألا يقل ما يمتلكه الصندوق عن عشرة إصدارات متنوعة"^(٢).

المسألة الخامسة : أنواع صناديق الاستثمار من حيث الهدف من الاستثمار .

تتنوع صناديق الاستثمار من حيث الهدف من الاستثمار إلى ثلاثة أنواع^(٣) :

النوع الأول : صناديق النمو .

تهدف هذه الصناديق إلى تحقيق تحسن في القيمة السوقية للشكيلة التي يتكون منها الصندوق، لذا عادة ما تشتمل على أسهم عادية لشركات عاملة في قطاعات تتصف بدرجة عالية من النمو، بل وتركز هذه الصناديق من بين تلك الشركات على الشركات التي تظهر سجلاتها نموا متزايدا في الأرباح المحتجزة التي يزيد مجرد بقاؤها لدى الشركة -فضلا عن إعادة استثمار الشركة لها- من قيمة أسهمها السوقية. كما تعتمد هذه الصناديق إلى إعادة استثمار العوائد التي تحصل عليها مما لديها من

(١) صناديق الاستثمار لأشرف دوابه، ص ٦٧.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١٠٨/١

(٣) أساسيات الاستثمار لمخير هندي، ص ٥١-٥٢؛ صناديق الاستثمار لأشرف دوابه، ص ٦١-٦٢؛ صناديق الاستثمار لحسن

الفطافطة، ص ٤٤-٤٥؛ إدارة المحافظ الاستثمارية لغازي المومني، ص ٢١-٢٣ .

أوراق مالية مقابل حصول المستثمرين على وحدات استثمارية إضافية في الصندوق تعادل قيمة هذه العوائد.

وتناسب هذه الصناديق عادة المستثمرين الراغبين في تحقيق عائد مرتفع على المدى الطويل، والذين لا يعتمدون على عائدات استثماراتهم في تغطية نفقات معيشتهم.

النوع الثاني : صناديق الدخل .

تهدف هذه الصناديق إلى تحقيق دخل مستمر للمستثمرين من مكونات الصندوق يزيد على ما يحصلون عليه من عوائد الودائع البنكية، لذا عادة ما تشمل هذه الصناديق على أوراق مالية ذات دخل ثابت كالسندات متوسطة وطويلة الأجل، وأسهم المنشآت الكبيرة والمستقرة التي توزع الجانب الأكبر من أرباحها.

وتناسب هذه الصناديق المستثمرين الذين يعتمدون على عائد استثماراتهم في تغطية نفقات معيشتهم.

النوع الثالث : صناديق الدخل والنمو .

تهدف هذه الصناديق إلى تحقيق دخل مستمر للمستثمرين مع تحقيق نمو في القيمة السوقية للتشكيلة التي يتكون منها الصندوق. ولذا فإن هذه الصناديق تشمل على تشكيلة من الأسهم القابلة للنمو والأوراق المالية ذات الدخل الثابت.

وتناسب هذه الصناديق المستثمرين الذين يعتمدون على عائد استثماراتهم في تغطية نفقات معيشتهم ويريدون في الوقت نفسه تحقيق قدر من النمو في استثماراتهم.

الفرع الرابع : طرق تداول وحدات صناديق الاستثمار.

لا تكاد تختلف طرق تداول وحدات الصناديق في الأسواق المالية عن طرق تداول الأسهم والسندات المتقدم بيانها.

وأتناول هنا طرق تداول وحدات الصناديق المفتوحة التي لا تتداول في الأسواق المالية الثانوية، وإنما يقوم المستثمرون الراغبون في الخروج ببيعها للصناديق نفسها بسعر الشراء الذي يحدده الصندوق، كما تقوم هذه الصناديق ببيع وحداتها للمستثمرين الراغبين في الدخول على أساس سعر البيع الذي تحدده، مما يعني أن تداول وحدات صناديق الاستثمار في الصناديق المفتوحة ، قد يكون شراء من المستثمرين لهذه الوحدات من الصناديق، وهو ما يسمى بالاشتراك في الصندوق، أو شراء من الصناديق لهذه الوحدات من المستثمرين ، وهو ما يسمى باسترداد وحدات الصندوق،

ويتطلب كل من الأمرين -الاشتراك والاسترداد- تقييما للوحدة الاستثمارية، كما يتطلب الوفاء بالرسوم والمصاريف الإدارية التي يستحقها الصندوق في كل منهما، وأتناول ذلك في أربع مسائل :

المسألة الأولى: تسعير الوحدة الاستثمارية .

المسألة الثانية : الرسوم والمصاريف الإدارية.

المسألة الثالثة: الاشتراك في الصندوق.

المسألة الرابعة: استرداد وحدات الصندوق .

المسألة الأولى : تسعير الوحدة الاستثمارية^(١) .

يقصد بالتسعير إعلان السعر الذي تباع وتشتري به الوحدة الاستثمارية، أي السعر الذي يمكن بناء عليه خروج المستثمرين الراغبين في الحصول على السيولة ودخول المستثمرين الذين يرغبون في الاستثمار.

ويتم التسعير دوريا بعد التشغيل الفعلي للصندوق، وقد يكون شهريا أو أسبوعيا أو في أيام محددة من الأسبوع أو يوميا، بل قد يكون في بعض الصناديق مرتين في اليوم الواحد.

ويعتمد في التسعير على القيمة الحقيقية للوحدة الاستثمارية، وهي عبارة عن القيمة الصافية لأصول الصندوق وقت التقييم مقسومة على عدد الوحدات القائمة وقت التقييم ، وتحتسب القيمة الصافية على أساس القيمة السوقية للأصول (الأوراق المالية) التي يشتمل عليها الصندوق مضافا إليها ما لدى الصندوق من نقود وديون على الغير (كالحسابات الجارية والودائع لأجل والأرصدة المدينة)، ومخصوما منها إجمالي الالتزامات (كالقروض والأرصدة الدائنة والأتعاب الإدارية والمصروفات التشغيلية) ، ولا تتأثر القيمة الحقيقية للوحدة بخروج المستثمرين أو دخولهم ما دام ذلك مبنيا عليها^(٢).

(١) أساسيات الاستثمار لمنير هندي، ص ٤٢-٤٦ ؛ صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين لمنير هندي، ص ٢٦-٣١ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١٠٩/١-١١٠ ؛ صناديق الاستثمار الإسلامية لمحمد القري، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢١٦ ، ص ٣١ .

(٢) ومثال ذلك ما لو كانت القيمة الصافية للأصول مثلا ٨,٠٠٠,٠٠٠ ريال ، وعدد الوحدات الموجودة ٨,٠٠٠ وحدة ، فإن القيمة الحقيقية للوحدة ستكون ١٠٠٠ ريال ، فلو باع الصندوق -قبل تغير الأسعار- ١٠٠٠ وحدة جديدة لمستثمرين جدد بناء على هذه القيمة، فإن القيمة الصافية للأصول ستكون ٩,٠٠٠,٠٠٠ ريال، وعدد الوحدات سيكون ٩٠٠٠ وحدة، وذلك بعد إضافة الوحدات الجديدة والمبالغ المحصلة من المستثمرين الجدد، مما يعني أن القيمة الحقيقية للوحدة ستبقى ١٠٠٠ ريال . وكذلك لو أن الصندوق استرد ١٠٠٠ وحدة بناء على هذه القيمة ، فإن القيمة الصافية

ومع اعتماد التسعير على القيمة الحقيقية إلا أنه لا يلزم أن يكون مطابقا لها، إذ تعتمد كثير من الصناديق إلى تحديد سعر لبيع الوحدة للمستثمرين (سعر اشتراك) يساوي القيمة الحقيقية للوحدة مضافا إليها مصروفات الشراء إن وجدت. وسعر لشراء الوحدة من المستثمرين (سعر استرداد) يساوي القيمة الحقيقية للوحدة مخصوما منها أي أتعاب إدارية إن وجدت، وقد تعتمد بعض الصناديق إلى توحيد السعرين بما يساوي القيمة الحقيقية، إلا أنها تفرض رسوم استرداد أو اشتراك.

المسألة الثانية : المصاريف الإدارية والرسوم.

أولا : المصاريف الإدارية^(١) .

يقصد بالمصاريف الإدارية الأجر والمرتبات المدفوعة للعاملين في الصندوق، والإيجارات، والمصاريف القانونية والمحاسبية، ومصاريف الطباعة والترويج، وتكاليف المعاملات، وما شابه ذلك، ويتم خصم هذه القيمة عادة من إجمالي أصول الصندوق، "أي أنها لا تخصم من حصة المدير وحده، وإنما من عموم حصته وحصة المستثمرين"^(٢).

ثانيا : الرسوم^(٣) .

أ- رسوم الإدارة ورسوم الأداء:

يقصد برسوم الإدارة الرسوم التي تدفع لإدارة صندوق الاستثمار، وتحتسب في يوم التسعير بنسبة معينة من صافي قيمة الأصول (المبنية على القيمة السوقية للأصول). ونظرا لأن هذه الرسوم تتحدد على أساس القيمة الكلية للاستثمار فإن الإدارة تسعى جاهدة لزيادة تلك القيمة، من خلال الأداء الجيد الذي من شأنه أن يحدث تحسنا في القيمة السوقية لأصول

للأصول ستكون ٧,٠٠٠,٠٠٠ ريال ، وعدد الوحدات سيكون ٧٠٠٠ وحدة ، وذلك بعد حسم الوحدات المستردة والمبالغ المدفوعة للمستثمرين الجدد، مما يعني أن القيمة الحقيقية ستبقى ١٠٠٠ ريال أيضا.

(١) صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين لمنير هندي، ص٥٥؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١١١/١.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١١١/١.

(٣) صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين لمنير هندي، ص٢٨-٣١، ٥٥؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١١١/١؛ أسواق المال لعبد الغفار حنفي ورسمية قرياقص، ص٣٩٩؛ بورصة الأوراق المالية لمحمد الحناوي وجمال العبد، ص٢٠٤-٢٠٦؛ صناديق الاستثمار الإسلامية لمحمد القري، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع٢١٦، ص٣٢.

الصندوق -ويترك أثره بالتالي على قيمة الأصل الصافية- ، ومن خلال الحملات الإعلانية لجذب المزيد من المستثمرين، والعمل على تأسيس أكبر عدد ممكن من الصناديق، لتلبية احتياجات مختلف فئات المستثمرين، مما يثمر العديد من مزايا الحجم الكبير التي تعود بالنفع على المستثمرين .

أما رسوم الأداء فهي رسوم إضافية تدفع للإدارة إذا زادت أرباح الصندوق عن نسبة معينة.

ب- رسوم الاشتراك والاسترداد:

تفرض الصناديق الاستثمارية أحيانا رسوما على المستثمرين فيها عند ابتداء اشتراكهم في هذه الصناديق، وتتناسب هذه الرسوم تناسباً عكسياً مع حجم المبلغ المستثمر.

والغرض من رسوم الاشتراك دفع عمولات السماسرة والتجار المسوقين لوحدات الصندوق، ولهذا فإن الصندوق إذا كان يسوق وحداته بنفسه أو عن طريق الإعلانات التجارية فإنه لا يفرض رسوماً على الاشتراك أو يفرض رسوماً يسيرة جداً.

كما تفرض الصناديق أحيانا رسوماً على المستثمرين عند استردادهم قيمة وحداتهم، وغالباً ما يكون ذلك في صناديق الاستثمار التي لا يوجد فيها رسوم اشتراك، أو يوجد فيها رسوم اشتراك منخفضة، كما تتناسب هذه الرسوم في بعض الصناديق تناسباً عكسياً مع مدة الاستثمار ، بحيث تناقص هذه الرسوم بقدر ما تطول مدة الاستثمار، حتى تنعدم إذا وصلت المدة إلى حد معين. وتعتمد بعض الصناديق إلى عدم تحميل المستثمر شيئاً من رسوم الاشتراك أو الاسترداد، ولو كان تسويق الوحدات عن طريق السماسرة، سعياً منها إلى جذب المستثمرين والمحافظة عليهم.

هذا وتعتبر المصاريف الإدارية والرسوم المشار إليها كبيرة "إلى الحد الذي يجعل صناديق الاستثمار أداة استثمارية غير جذابة لأولئك الذي يخططون لاستثمار مدخراتهم لفترة قصيرة، بل ويكشف الواقع عن وجود تكاليف أخرى خفية يتحملها المستثمر، فلقد فرضت بعض الصناديق على المستثمرين فيها رسوماً إضافية تتراوح نسبتها ما بين ١-١,٥٪ من قيمة الأصل الصافية للوحدة، وذلك في مقابل مصاريف الإعلان والبريد وما شابه ذلك. كما أضافت صناديق أخرى رسوماً على المستثمرين في مقابل إعادة استثمار التوزيعات والأرباح الرأسمالية. وتتراوح نسبة تلك الرسوم ما بين ٣٪ و ٤٪ من قيمة المبالغ التي أعيد استثمارها. ومن الضروري أخذ تلك التكاليف الخفية في الحسبان عند المقاضلة بين الصناديق التي يوجه إليها المستثمر مدخراته"^(١).

(١) صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين لمنير هندي، ص ٥٥ [بتصرف] .

المسألة الثالثة: الاشتراك في الصندوق^(١).

تبدأ أولى مراحل اشتراك المستثمر في الصندوق بمعرفته به وقناعاته بملاءمته لخططه الاستثمارية، وقد يكون ذلك عن طريق الصندوق نفسه من خلال الإعلانات التسويقية التي يقوم بها في وسائل الإعلان أو بالبريد، أو من خلال المسوّقين التابعين له ، أو يكون عن طريق منافذ التوزيع (بيوت السمسة) التي لا يقتصر دورها على مجرد تسويق الأسهم بل تقوم أيضا بمساعدة المستثمر في التخطيط المالي لموارده، وفي اختيار صندوق الاستثمار الذي يناسب ظروفه. وتزويده صحيفة التسجيل، التي تتضمن معلومات عن طبيعة نشاط الصندوق وإدارته ولوائحه ونحو ذلك.

يلي ذلك اطلاع المستثمر على اتفاقية الصندوق، والتي تكون معدة سلفا من قبل الصندوق وفق نماذج تتضمن وصف الصندوق وأهدافه وسياساته الاستثمارية ومخاطرها وعمولة الصندوق وكيفية الاشتراك والاسترداد، وتقييم الأصول وتسعير الوحدات، وأتعاب الإدارة والقوائم المالية الواجب إعدادها بصفة دورية، ونحو ذلك من البيانات الضرورية. كما تتضمن الاتفاقية الحد الأدنى من عدد الوحدات اللازمة للاشتراك المبدئي، والحد الأدنى من عدد الوحدات اللازمة للاشتراك الإضافي، وعدد الوحدات أو مبلغ الاستثمار الذي يلزم الاحتفاظ به للبقاء في الصندوق.

وبعد اطلاع المستثمر على الاتفاقية وموافقتها على بنودها يتم توقيعها بعد تدوين بيانات المستثمر وتحديد عدد الوحدات التي يرغب في الاشتراك فيها، والرسوم اللازمة للاشتراك، كما يتم تحديد سعر الوحدات في العقد إذا كان اشتراك المستثمر في الصندوق خلال مدة الاكتتاب في بداية الصندوق، أي قبل مزاولة الصندوق لنشاطه، أما بعد ذلك -أي في حال مزاولة الصندوق لنشاطه- فإن تحديد سعر الوحدات يكون عند حلول أقرب موعد للتسعير، مما يعني أن التعاقد يتم على أساس أسعار مستقبلية.

ويبدأ سريان استثمار أموال المستثمر في يوم التسعير الذي يلي توقيع العقد، وفي حال الدفع بال شيك أو بعملة أخرى غير عملة الصندوق فإن الاستثمار يبدأ من يوم التسعير الذي يلي تحصيل قيمة الشيك أو تحويل العملة.

(١) صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين لمدير هندي، ص ٢٩-٣٠؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١/١٠٥-١٠٧؛ واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية لعياد المهلكي، ص ٤٩-٥٢.

المسألة الرابعة: استرداد وحدات الصندوق^(١).

يحق للمستثمر في الصناديق المفتوحة متى شاء أن يسترد كل الوحدات المستثمرة أو جزءا منها، وتشترط بعض الصناديق للاسترداد الجزئي أن يبقى في الصندوق بعد الاسترداد عدد محدد من الوحدات، أو وحدات لا تقل قيمتها عن مبلغ محدد، كما تشترط بعض الصناديق لذلك أيضا أن لا يقل عدد الوحدات المستردة عن عدد محدد أو أن لا تقل قيمتها عن مبلغ محدد .

وتختلف الصناديق في كيفية تقدير قيمة الوحدة المستردة، فبعض الصناديق تأخذ بالأسعار القائمة في يوم تقديم طلب الاسترداد ، أي بناء على آخر تسعير تم للوحدات، وذلك غالبا في الصناديق التي يكون التسعير فيها يوميا ، وبعض الصناديق تأخذ بأقرب تسعير لاحق لطلب الاسترداد ، وبعضها تأخذ بأقرب تسعير لاحق لطلب الاسترداد على أن لا تقل المدة بين تقديم الطلب والتسعير عن حد معين.

ويقوم الصندوق بدفع قيمة الوحدات المستردة خلال مدة معينة حسب ما تنص عليه اتفاقية الصندوق، وتختلف هذه المدة من صندوق لآخر لكنها غالبا لا تتجاوز ثلاثة أيام من تاريخ طلب الاسترداد.

ويفترض أن يوفي الصندوق قيمة الوحدات المستردة من الأموال التي يستوفيهها من المستثمرين الجدد، إلا أن طلبات الاسترداد تزيد أحيانا عن طلبات الاشتراك، مما يجعل الصندوق يحتفظ بقدر من السيولة على نحو مستمر استعدادا لذلك، ويعتمد حجم هذه السيولة على خبرة المدير وعلى عمر الصندوق والظروف والبيئة الاقتصادية التي يعمل فيها الصندوق ، إلا أنه نظرا لأن هذه السيولة لا تدر عائدا للصندوق ، أو تدر عائدا غير مجزي، فإن الصندوق يحرص على الاحتفاظ بالحد الأدنى منها.

وقد يواجه الصندوق طلبات استرداد تزيد قيمة الوحدات فيها عن الأموال التي يقدمها المستثمرون الجدد وعن السيولة الموجودة في الصندوق، وتعالج هذه الحالة بطرق منها :

١- بيع بعض الأوراق المالية التي لدى الصندوق للحصول على السيولة.

٢- قبول بعض طلبات الاسترداد وتأجيل باقيها إلى حين توفر السيولة، وهذا إذا كان نظام

(١) بورصة الأوراق المالية لمحمد الحناوي وجمال العبد، ص ٢١١ ؛ الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ١١١/١-١١٢ ؛ واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية لعياد المهلكي، ص ٥٣؛ صناديق الاستثمار الإسلامية لمحمد القري، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢١٦، ص ٣٢ .

الصندوق يسمح بذلك .

٣- الاتفاق مع إحدى المؤسسات الكبيرة على أن تلتزم بتوفير السيولة للصندوق عند الحاجة إليها، أو أن تلتزم بشراء الوحدات التي لا يستطيع الصندوق استردادها لعدم توفر السيولة له، وذلك مقابل رسوم محددة يدفعها الصندوق للمؤسسة .

المطلب الثاني : حكم بيع وحدات صناديق الاستثمار.

وفيه فرعان :

الفرع الأول : الوصف الفقهي لوحدات صناديق الاستثمار .

الفرع الثاني : حكم بيع وحدات صناديق الاستثمار.

الفرع الأول : الوصف الفقهي لوحدات صناديق الاستثمار .

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الوصف الفقهي لوحدات صناديق الاستثمار المتصفة بالشخصية الاعتبارية.

المسألة الثانية : الوصف الفقهي لوحدات صناديق الاستثمار غير المتصفة بالشخصية الاعتبارية.

المسألة الأولى: الوصف الفقهي لوحدات صناديق الاستثمار المتصفة بالشخصية الاعتبارية^(١).

تقسم وحدات صناديق الاستثمار المتصفة بالشخصية الاعتبارية إلى فئتين، وقد يصدر الصندوق الواحد كلا الفئتين من الوحدات، أو يصدر فئة منهما دون الأخرى، وهما :

الفئة الأولى: الوحدات التي يحق لأصحابها المشاركة في إدارة الصندوق بقدر نصيب كل منهم من إجمالي الوحدات من هذه الفئة، وهذه الوحدات لا تكاد تختلف عن الأسهم، وعليه فإن ما تقدم في الوصف الفقهي للأسهم يرد هنا دون فرق مؤثر من حيث المعنى، مما يترجح معه -والله أعلم- في حقيقة هذه الوحدات أنها حصص شائعة في الصندوق نفسه لا في شيء من موجوداته، نظراً لما يتمتع به من شخصية اعتبارية وما يترتب على ذلك من اتصافه بذمة مالية مستقلة وملكيته لموجوداته.

الفئة الثانية: الوحدات التي ينحصر حق أصحابها في المشاركة في نتائج استثمارات الصندوق من ربح أو خسارة، ولا يحق لهم المشاركة في إدارة الصندوق، أو يحق لهم مشاركة محدودة في ذلك، وهذه الفئة لا يمكن اعتبار أصحابها شركاء في ملك الصندوق، لأنهم لو كانوا كذلك لوجب تسويتهم بالفئة الأولى في

(١) مما يجب مراعاته أن وصف الصناديق بالشخصية الاعتبارية من الناحية الفقهية يجب أن لا يكون تبعاً للأنظمة بإطلاق، بل يجب أن يكون ذلك تبعاً للمعاني الشرعية الموجبة لذلك، مثل الحاجة العامة لهذه الصناديق وما تقوم به من أنشطة استثمارية، وتعذر قيامها بعملها دون اتصافها بالشخصية، لأن وصف غير الإنسان بالشخصية خلاف الأصل، وإنما يجوز في موطن الحاجة، فلا يتعدى به موضعها. ومما يلاحظ في هذا الشأن أن الصناديق في بعض الدول لا تتصف بالشخصية الاعتبارية ولم يمنع هذا مزاولتها أنشطتها على أتم وجهه، خلافاً للشركات المساهمة التي يتعذر من الناحية العملية قيامها ومزاولتها أنشطتها دون اتصافها بالشخصية الاعتبارية. وتناولي للوصف الفقهي للصناديق المتصفة بالشخصية الاعتبارية بافتراض أن هذه الشخصية قائمة على اعتبارات شرعية صحيحة.

إدارة الصندوق، وعليه فإن علاقة هذه الفئة بالصندوق لا تخرج عن قواعد الشركات من العنان والمضاربة^(١)، فالصندوق بما له من شخصية اعتبارية شريك لهم أو مضارب بأموالهم، وعليه فإن وحدات هذه الفئة ستكون حصصاً شائعة في موجودات الصندوق، لأن ما قدمه كل واحد من المستثمرين من هذه الفئة في سبيل حصوله على الوحدة جزء من رأس مال شركة العنان أو المضاربة، فإذا تحول رأس المال إلى أوراق مالية أو غير ذلك، كانت الوحدة في حقيقتها حصة شائعة فيها.

وهذا الوصف الفقهي مبني على ما تقدم في الأسهم من ثبوت الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، فإن الصندوق بما له من شخصية اعتبارية مع كونه مملوكاً للمؤسسين يشبه العبد المملوك لأكثر من واحد إذا أذنوا له في التجارة بمشاركة الغير أو المضاربة بمال الغير، فعلى القول بأن العبد يملك -وهو ما تقدم ترجيحه^(٢)- فإن ما في يده يكون مملوكاً على الشيوع له ولشركائه أو للمضاربين، وما كان مملوكاً له فليس مملوكاً لأسياده إلا على سبيل التبع لملكهم له.

أما على القول بعدم ثبوت هذه الشخصية، فإنه لا فرق بين الفئتين الأولى والثانية في كونهما حصصاً شائعة من موجودات الصندوق.

المسألة الثانية : الوصف الفقهي لوحدات صناديق الاستثمار غير المتصفة بالشخصية الاعتبارية.

يتبع الصندوق غير المتصف بالشخصية الاعتبارية جهة أخرى منشئة له، تتولى جميع ما يلزم لإدارته ومباشرته لنشاطه وتشرف عليه ، إضافة إلى أنها قد تكتسب في عدد كبير من وحداته بمبلغ كبير ، خاصة في ظل القوانين التي تلزم بذلك .

ولا تخرج العلاقة بين المستثمرين في الصندوق وهذه الجهة عن قواعد الشركات من العنان والمضاربة، وعليه فإن وحدات هذه الفئة ستكون حصصاً شائعة في موجودات الصندوق على نحو ما تقدم في المسألة السابقة .

(١) انظر الخدمات الاستثمارية في المصارف ليوسف الشبيلي: ٢٠٤-٢٠٦ ؛ صناديق الاستثمار لأشرف دوابه، ص ١٥٤-١٦٠ ؛ صناديق الاستثمار الإسلامية لعز الدين خوجة، ص ١٦ ؛ عوائد صناديق الاستثمار لعصام أبو النصر، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٢٠٠، ص ٤٥ ؛ الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية لعبدالستار أبو غدة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ١٩٠، ص ٦٥-٦٦ ؛ التكييف الشرعي لصناديق الاستثمار لعطية فياض، ص ٦١ ؛ وانظر ما تقدم في الوصف الفقهي للأسهم.

(٢) انظر ص ٣٧٧-٣٨٣.

الفرع الثاني : حكم بيع وحدات صناديق الاستثمار.

إذا كانت موجودات شركات المساهمة لا تكاد تخلو من نقود وديون لها في ذمم الغير^(١)، فإن الحال في صناديق الاستثمار قريب من ذلك، بل قد تكون الديون هي الأعم الأغلب من موجودات بعض الصناديق، كما في صناديق الاستثمار بالسندات أو الأوراق المالية المتداولة في سوق النقد.

وكما تقدم في الأسهم فإني أتناول هنا بالبحث مدى تأثير ما للصندوق من الديون في حكم بيع وحداته، لتعلق ذلك بموضوع بيع الدين. وقد اختلف الفقهاء والباحثون المعاصرون في ذلك على نحو الخلاف المتقدم إirاده في الأسهم، مما لا حاجة معه إلى الإطالة بإعادة إirاده. إلا أنه فيما يتعلق بالقول الأول المتقدم ترجيحه في الأسهم وهو أنه لا تأثير للنقود والديون، قلت أو كثرت، وأياً كان نشاط الشركة، فإن هذا القول -بالنظر إلى مستند قائله- يمكن أن يفرع عنه في وحدات صناديق الاستثمار ثلاثة أقوال:

القول الأول: التفريق بين ما إذا كانت موجودات الصندوق مقصودة لتداولي وحداته وما إذا كانت غير مقصودة، ويظهر القصد من عدمه بالنظر إلى تأثير موجودات الصندوق في قيمة الوحدات، وما إذا كانت هذه القيمة تعبر عن قيمة الموجودات، فترتبط بها صعوداً وهبوطاً، أو كانت غير مرتبطة بها ولا معبرة عنها، ويتحدد أيضاً بالنظر إلى حرص المتعاملين في هذه الوحدات على معرفة موجودات الصندوق لتحديد سعرها بناء على ذلك، فإذا ظهر أن الموجودات غير مقصودة لتداولي الوحدات، فلا تأثير للديون والنقود، قلت الديون والنقود أو كثرت، وأياً كان نشاط الصندوق، وأما إذا كانت الموجودات مقصودة لتداولي الوحدات، فيجب النظر للتابع والمتبوع من هذه الموجودات، وترد حينئذ بقية الأقوال الواردة في الأسهم، وهي أنه لا تأثير للديون والنقود ما لم تكن مقصودة، أو أنه لا تأثير لها ما لم تكن كثيرة، أو أنه لا تأثير لها ما لم تكن كثيرة مقصودة، أو أنه لا تأثير لها إذا كان معها شيء من الأعيان أو المنافع، أو أنها مؤثرة مطلقاً.

القول الثاني: التفريق بين وحدات المؤسسين في الصناديق الاستثمارية المتصفة بالشخصية الاعتبارية، وغيرها من الوحدات، وهي وحدات المستثمرين في هذه الصناديق، ووحدات الصناديق غير المتصفة بالشخصية الاعتبارية، بناء على أن الوصف الفقهي لوحدات المؤسسين أنها تمثل حصصاً في الصندوق نفسه بما له من شخصية اعتبارية، وليست حصصاً في موجودات الصندوق، مما يجعل الموجودات بما فيها من ديون ونقود ليست محلاً للتداول، فلا تكون مؤثرة، بخلاف وحدات المستثمرين ووحدات الصناديق غير المتصفة بالشخصية الاعتبارية، فإن الوصف الفقهي لهذه الوحدات أنها تمثل حصصاً شائعة في موجودات الصندوق، مما يجعل الموجودات محلاً للتداول، ويجب النظر حينئذ للتابع والمتبوع من هذه الموجودات على ما تقدم في القول الأول.

(١) انظر ص ٧٦٠ .

القول الثالث: أنه لا تأثير للديون والنقود مطلقاً، لأن موجودات الصندوق لا تخلو من أعيان أو منافع أو حقوق معنوية إضافة إلى الديون والنقود، والمقصود بالعقد من ذلك هو الأعيان والمنافع والقيم المعنوية مهما كانت نسبتها، أما النقود والديون فهي تابعة لها فلا تكون مؤثرة.

والراجع -من هذه الأقوال الثلاثة- هو القول الأول، لأن موجودات الصندوق إذا لم تكن مقصودة بالتداول على النحو المذكور، فالمقصود بالتداول حينئذ هو إما الشخصية الاعتبارية للصندوق إن وجدت أو حق المشاركة في الصندوق، أي أن مشتري الوحدة إنما يريد بشرائها الحلول محل بائعها في الصندوق، وذلك بالنظر لما يتصف به الصندوق من جودة الإدارة والمركز المالي والسمعة التجارية والخبرة في مجال النشاط والفرص المستقبلية، أما الموجودات فلا ينظر إليها إلا من جهة كونها عاملاً مؤثراً فيما سبق. وعليه فإن موجودات الصندوق وإن شملها عقد بيع الوحدة إلا أنه شملها مع أمر آخر هو المقصود بالعقد ضمت إليه الموجودات لعدم انفكاكها عنه، وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا تأثير لهذه الموجودات في العقد لأنها تابعة غير مقصودة.

وأما القول الثاني، فإنه وإن كانت وحدات صناديق الاستثمار توصف أحياناً بالوصف الفقهي الذي يوصف به السهم، إلا أن الأسهم لا يقصد بتداولها شيء من موجودات الشركة، مما يجعل هذه الموجودات ليست محلاً للتعامل، أما وحدات صناديق الاستثمار فإن القصد في التداول يتجه في كثير من الأحيان إلى موجودات الصندوق، مما يوجب اعتبار الموجودات حينئذ هي محل التعامل وإن كان الصندوق متصفاً بالشخصية الاعتبارية، وفقاً لما تقدم ترجيحه في بيع العبد ذي المال إذا كان ماله مقصوداً.

وأما القول الثالث فيعترض عليه بما تقدم من أن افتراض أن المقصود بالعقد -على كل حال- هو الأعيان والمنافع والقيم المعنوية دون النقود والديون تحكم لا دليل عليه، لأن قصد الناس للنقود وما في حكمها من الديون المستحقة الحالة وحرصهم على تحصيلها أقوى من قصدهم لما عداها من الموجودات. وإذا تقرر ما تقدم فإن موجودات الصندوق إذا لم تكن مقصودة بالتداول، فلا تأثير للديون والنقود، وأما إذا كانت الموجودات مقصودة بالتداول، فيجب النظر للتابع والمتبوع من هذه الموجودات، فإن كانت الديون والنقود تابعة لم تكن مؤثرة، بخلاف ما إذا كانت متبوعة لا تابعة. وهنا يرد الخلاف في تحديد الأصل من التبع على أقوال أربعة:

القول الأول: اعتبار القلة والكثرة، أي أنه لا تأثير للديون والنقود ما لم تكن كثيرة، على اختلاف بين أصحاب هذا القول في تحديد ضابط الكثرة، وذلك بناء على القاعدة المقررة عند الفقهاء من أن "القليل يتبع الكثير في العقود"، ولأن الديون والنقود إذا كانت قليلة لم تكن مقصودة، فتكون تابعة للكثير المقصود.

القول الثاني: اعتبار القصد، فإن كانت الديون والنقود غير مقصودة فلا تأثير لها ولو كثرت، وإن كانت مقصودة فهي مؤثرة وإن قلت. ويتحدد القصد بالنظر إلى طبيعة نشاط الصندوق

القول الثالث: اعتبار القلة والكثرة مع القصد الذي يتحدد بالنظر إلى طبيعة نشاط

الصندوق، فلا تأثير للديون والنقود ما لم تكن كثيرة مقصودة.

القول الرابع: اعتبار الديون والنقود تابعة للأعيان والمنافع متى ما وجدت هذه الأعيان والمنافع، بغض النظر عن القلة والكثرة وعن نشاط الصندوق، ويرون أن المقصود بالعقد هو ما تمثله الوحدة من أعيان ومنافع وحقوق معنوية، والنقود والديون دخلت تبعا فلا تفرد بحكم، وعليه فلا تأثير للديون والنقود إذا كان معها شيء من الأعيان أو المنافع اكتفاء بالخلطة من غير اعتبار لنوع النشاط ولا للكثرة.

والقول الثاني محل نظر، فالديون والنقود مقصودة بالتعامل أيا كان نشاط الصندوق، كيف وهي اللازمة لاستمرار الصندوق ونجاحه، وثمرته المقصودة.

وما يرد على القول الثاني يرد أيضاً على القول الثالث، مع ما في هذا القول من التلقيق على وجه غير جائز، وذلك في اعتباره القلة والكثرة إذا كانت الديون والنقود قليلة مقصودة، واعتباره القصد إذا كانت الديون والنقود كثيرة غير مقصودة، والواجب اعتبار أحد الأمرين في كلا الحالتين، أما اعتبار أحد الأمرين في الحالة الأولى، واعتبار الآخر في الحالة الثانية، فهو تلفيق يفضي إلى التناقض.

وأما القول الرابع فإن افتراض أن المقصود بالعقد -على كل حال- هو الأعيان والمنافع والقيم المعنوية دون النقود والديون تحكم لا دليل عليه، بل إن قصد الناس للنقود وما في حكمها من الديون المستحقة الحالة وحرصهم على تحصيلها أقوى من قصدهم لما عداها من الموجودات.

وبذلك يتبين -والله أعلم- رجحان القول الأول، لما تقدم في تعليقه، خاصة وأنه يمكن الاستشهاد له بما ذهب إليه المالكية من جواز أن يباع المحلى بالذهب أو الفضة بجنس ما فيه من الحلية بشروط ذكرها تقدم بيانها وبيان وجه قياس المسألة محل البحث على ذلك.

وأقوى ما يعترض به على هذا القول أنه لم يقل به أحد من الفقهاء المتقدمين في مسائل الربا، وفيما ذهب إليه المالكية في بيع المحلى ما يجاب به عن ذلك، وعلى التسليم بأن هذا القول لم يقل به أحد من الفقهاء المتقدمين في مسائل الربا فإنهم قالوا به في مسائل كثيرة أخرى في البيوع وغيرها، ولا مانع من أن يتوصل الاجتهاد الفقهي إلى التفريق بين القليل والكثير واعتبار القليل تابعا للكثير أيضا في بعض مسائل الربا الحادثة -كبيع وحدات صناديق الاستثمار-، خاصة وأن الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة داعية إلى تجويز بيع الوحدات بالنقود حالة ومؤجلة ما أمكن، وفي التفريق بين القليل والكثير يحصل الجمع بين مراعاة الحاجة وعدم الوقوع في الربا بالنظر إلى أن القليل تابع للكثير على قرره الفقهاء المتقدمون في كثير من المسائل.

وخلافا للأسهم فإنه من المتيسر من الناحية العملية التفريق بين القليل والكثير في وحدات صناديق الاستثمار، خاصة في الصناديق المفتوحة التي تقوم بالتسعير بشكل دوري تمهيدا لعمليات الاشتراك والاسترداد، وذلك يتطلب بيان أصول الصندوق، مما يمكن معه تحديد نسبة هذه الديون والنقود من بين هذه الأصول.

والذي يظهر -والله أعلم- أن اعتبار الثلث أولى من اعتبار النصف في التفريق بين القليل والكثير، لاعتبار الشارع له في الوصية، فما دون الثلث قليل، وما زاد على الثلث كثير، أما الثلث نفسه فهو أدنى الكثير، وأكثر القليل، فيحتمل أن يلحق بالكثير ويحتمل أن يلحق بالقليل، "أما وجه .. اعتبار الثلث كثيرا فلقول النبي عليه الصلاة والسلام في باب الوصية «الثلث والثلث كثير»^(١)، جعل عليه الصلاة والسلام الثلث كثيرا مطلقا، وأما وجه .. اعتباره قليلا فاعتباره بالوصية، لأن الشرع جاز الوصية بالثلث ولم يجوز بما زاد على الثلث فدل أنه إذا لم يزد على الثلث لا يكون كثيرا"^(٢) ، ولعل الأولى اعتبار الثلث في حكم القليل، لأن الشارع وإن نص في الوصية على أنه كثير إلا أنه ألحقه فيها بالقليل، فكذلك هنا.

وبناء على ما تقدم فإن الديون إذا زادت على ثلث موجودات الصندوق جرى في بيع وحداته أحكام بيع الدين ومن ذلك :

١- لا يجوز بيع الوحدة بدين، فلا يجوز بيعها بثمان مؤجل، ولا جعلها رأس مال في السلم، ولا بيعها بدين لمشتريها على غيره، وإلا كان ذلك من بيع الدين بالدين.

٢- لا يجوز بيع الوحدة بثمان مقبوض من جنس الدين أو من غير جنسه مما يجري بينه وبين ديون الصندوق ربا النسيئة، فإذا كانت الديون التي للصندوق مثلا من الريالات، فإنه لا يجوز بيع الوحدة بالريالات أو الدولارات أو الذهب أو الفضة، ويجوز بيعها بسلعة معينة كسيارة معينة، وتمر أو بر معين، فإن كانت الديون التي للصندوق من التمر أو البر -كما لو كان نشاط الصندوق في السلم- فإنه لا يجوز بيع الوحدة بتمر معين أو بر معين ويجوز بيعها بريالات مقبوضة أو ذهب مقبوض.

أما إذا لم تزد الديون على ثلث موجودات الصندوق فلا أثر لها من جهة كونها ديونا، وإن بقيت مؤثرة من جهة جنسها، فلو كانت هذه الديون من النقود فإنه يجب احتسابها عند احتساب نسبة النقود في موجودات الصندوق، فإذا زاد ذلك على الثلث وجب في بيع الوحدات بنقود أو ذهب أو فضة مراعاة أحكام ربا النسيئة والفضل.

(١) متفق عليه (صحيح البخاري: ١٠٠٦/٣) كتاب الوصايا باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ، ١٠٠٧/٣ كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث ، ١٤٣١/٣ كتاب فضائل الصحابة باب قول النبي صلى الله عليه وسلم اللهم أمض لأصحابي هجرهم وميراثه لمن مات بمكة، ١٦٠٠/٤ كتاب المغازي باب حجة الوداع ، ٢٠٤٧/٥ كتاب النفقات باب فضل النفقة على الأهل، ٢١٤٢/٥ كتاب المرضى باب وضع اليد على المريض ؛ صحيح مسلم: ١٢٥٠/٣-١٢٥٣ كتاب الوصية باب الوصية بالثلث).

(٢) بدائع الصنائع: ٧٥/٥.