الدورة الحادية والعشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي
1435هـ - 2013م

حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة، حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل العقد، معايير التبعية وحالاتها، معايير الغلبة وحالاتها

إعداد
د.عبدالباري مشعل
رئيس مجموعة رقابة - المملكة المتحدة

بسم الله الرحمن الرحيم

استكمال موضوع الصكوك

حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة، حكم تداول صكوك إجارة إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل العقد، معايير التبعية وحالاتها، معايير الغلبة وحالاتها

الحمدلله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبيان والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والتابعين وتابعيهم بإحسان ليوم الدين. أما بعد؛

فيأتي هذا البحث استجابة لاستكتاب فضيلة أمين مجمع الفقه الإسلامي الدولي الأستاذ الدكتور أحمد خالد بابكر ضمن أعمال الدورة الحادية والعشرين للمجمع التي ستقام في المملكة العربية السعودية في رحاب جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في الرياض في الفترة من 15-21 من شهر المحرم 1435هـ الموافق 18-24 نوفمبر 2013. وقد حدد طلب الاستكتاب مسائل بعينها استكمالا لموضوع الصكوك، وهي المدرجة في عنوان هذا البحث (حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة، حكم تداول صكوك الإجارة قبل تعيين محل العقد، معايير التبعية وحالاتها، معايير الغلبة وحالاتها)، وسيتم الاقتصار عليها. ويأتي تناول هذه المسائل بالبحث استكمالاً لمناقشات المجمع في الدورة العشرين التي عقدت في الفترة من 13-18 سبتمبر 2012م، ولندوة الصكوك التي عقدها المجمع بتاريخ 24-25 مايو 2010م بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي بجدة. وقد صدرت عن هذه الندوة توصيات بشأن بعض المسائل المطروحة، وتحول بعضها بعضها إلى قرارت في الدورة العشرين، وما زالت توصيات أخرى بحاجة لمزيد البحث، وهي مدرجة على هذه الدورة الحادية والعشرين ومنها المسائل محل هذا البحث.

وحتى يحقق البحث في هذا الموضوع النتائج المرجوة في إصدار قرار عن مجلس المجمع بشأنها؛ فإنه من المهم التنويه بأنه بعد تحرير محل النزاع في كل مسألة فإن البحث سيبني على ما انتهى إليه مجلس المجمع من قرارات سابقة في المسائل ذات الصلة بموضوع البحث، وسوف يستأنس بالمعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة في مملكة البحرين، وتوصيات ندوة البركة، وغيرها من الهيئات التي تمثل نوعاً من الاجتهاد الجماعي المعاصر.

وتحقيقاً لأغرض البحث تم تقسيمه للمباحث الآتية:

- المبحث الأول: توطئة في مفهوم الإجارة الموصوفة.

- المبحث الثاني: حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة.
- المبحث الثالث: حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل العقد.
- المبحث الرابع: معايير وحالات التبعية والغلبة

وأسأل الله العون والتوفيق.

د.عبدالباري مشعل

1. توطئة في محل الإجارة الموصوفة في الذمة

1.1. الإجارة بالنظر للمحل نوعان: إجارة أعيان وإجارة أعمال. وإجارة الأعيان نوعان: إجارة أعيان معينة، وإجارة أعيان موصوف في الذمة. وإجارة الأعمال، وتعرف بإجارة الخدمات، وهي نوعان أيضاً: إجارة عمل من جهة معينة، وإجارة عمل في الذمة أي متعلق بذمة الجهة لا بالجهة نفسها، كالخدمات العلاجية والطبية من جهة غير محددة.

1.2. وعليه تكون إجارة الموصوف في الذمة نوعان:

1.2.1. النوع الأول: "إجارة عين موصوفة في الذمة"، ومحل العقد فيها منافع عين موصوفة في الذمة، وهي تقابل إجارة العين المعينة. "وقد اختلف الفقهاء في مشروعية إجارة الذمة، فذهب جمهورهم من الشافعية والحنابلة والمالكية إلى جوازها في الجملة. وذهب الحنفية إلى أنها غير جائزة أصلاً، لأن من شروط صحة عقد الإجارة عندهم كون المؤجَّر معيناً، وعلى ذلك فلا يجوز في الإجارة ورود العقد على منفعة موصوفة في الذمة، غير متعلقة بذات معينة". (حماد: 328). وقد انتهى المجمع إلى جواز هذه الصورة في الدورة العشرين. وطبقاً لقرار المجمع "يتركز إشكال هذه الصيغة في أمرين: (أ) حكم تأجيل الأجرة عن مجلس العقد. (ب) حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعين محل الإجارة". (القرار: 188 (20/3): بند رابعاً). ومحل البحث هنا هذا النوع وهذان الإشكالان. ويطلق على هذا النوع "إجارة الذمة، نظراً لتعلق المنفعة المعقود عليها بذمة المؤجر، لا بعين محددةٍ بذاتها" (حماد: 328).

1.2.2. النوع الثاني: "إجارة عمل في الذمة" ويقصد به عدم تعيين الجهة التي تقوم بالعمل سواء أكانت العين محل العمل معينة أو موصوفة. ولم يتطرق المجمع في دورته العشرين لهذا النوع، كما أن ندوة الصكوك التي أقامها المجمع تمهيدا للدورة العشرين بشأن إجارة الموصوف في الذمة أجلت دراسته طبقاً للعبارة الآتية: "إجارة عمل في الذمة، سواء كان محل العمل موصوفاً أو معيناً، فهذا يخضع للدراسة نظراً لوجود شرط العمل" (ندوة الصكوك: المحور الثالث). وهذا النوع ليس داخلاً في البحث هنا.

2. حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة:

2.1. إن القائلين بجواز إجارة الذمة (الشافعية والمالكية والحنابلة) اختلفوا في اشتراط تسليم الأجرة في مجلس العقد لصحتها، وذلك على ثلاثة أقوال (نزيه حماد، ص329-330):

2.1.1. الأول: الشافعية، وهو أنه يُشترط المذهب الشافعي في صحة إجارة الذمة قبضُ المؤجِر الأجرة في مجلس العقد، كما اشتُرط قبضُ المسْلَم إليه" رأسَ مال السَّلم "في المجلس. فإن تفرقا قبل

القبض بطلت الإجارة، لأن إجارة الذمة سلمٌ في المنافع، فكانت كالسلم في الأعيان في الحكم سواء عقدت بلفظ الإجارة أو السلم أو غير ذلك في الأصح عندهم. وفيما يلي بعض النصوص لتجلية المسألة لدى الشافعية:

النص الأول: (المهذب: 252/2): "فإن كان العقد على منفعة في الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة لأن إجارة ما في الذمة كالسلم ولا يجوز السلم بثمن مؤجل فكذلك الإجارة ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس كما لا يجوز في السلم ومن أصحابنا من قال إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس لأنه سلم وإن كان بلفظ الإجارة لم يجب لأنه إجارة والأول أظهر لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه ولا تستقر الأجرة في هذه الإجارة إلا باستيفاء المنفعة لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه.

النص الثاني: (تحفة المحتاج: 125/6): " ويشترط في إجارة الذمة (إن عقدت بلفظ إجارة أو سلم) تسليم الأجرة في المجلس (كرأس مال السلم ؛ لأنها سلم في المنافع فيمتنع فيها تأجيل الأجرة سواء أتأخر العمل فيها عن العقد أم لا والاستبدال عنها والحوالة بها وعليها والإبراء منها وإنما اشترطوا ذلك في العقد بلفظ الإجارة ولم يشترطوه في العقد على ما في الذمة بلفظ البيع مع أنه سلم في المعنى أيضا، لضعف الإجارة بورودها على معدوم وتعذر استيفائها دفعة ولا كذلك بيع ما في الذمة فيهما فجبروا ضعفها باشتراط قبض الأجرة في المجلس.

النص الثالث: (فتح العزيز 204/12-206): "(النوع الثاني) الاجارة الواردة على الذمة فلا يجوز فيها تأجيل الاجرة والاستبدال عنها ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الإبراء بل يجب التسليم في المجلس كرأس المال السلم لأنه سلم في المنافع وان كانت الأجرة مشاهدة غير معلومة القدر فهي على القولين في رأس مال السلم ولا يجئ ههنا الطريق الاخر * هذا إذا تعاقدا بلفظ السلم بأن قال أسلمت إليك هذا لدينار في دابة تحملني إلى موضع كذا فان تعاقدا بلفظ الاجارة بأن قال: استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملني إلى موضع كذا فوجهان بنوهما على أن الاعتبار باللفظ أم بالمعنى (أصحهما) عند العراقيين والشيخ أبى علي أن الحكم كما لو تعاقدا بلفظ السلم لأنه سلم في المعنى وتابعهم صاحب التهذيب على اختيار هذا الوجه".

النص الرابع (المنثور: 354/2): "الضابط لهذه القاعدة أنه إن تهافت اللفظ حكم (بالفساد) على المشهور كبعتك بلا ثمن، وإن لم يتهافت فإما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو المعنى، فإن كانت الصيغة أشهر كأسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد ، فالأرجح اعتبار الصيغة؛ لاشتهار السلم في بيوع الذمم ، وقيل ينعقد بيعا ، وإن لم يشتهر ، بل كان

المعنى هو المقصود كوهبتك بكذا فالأصح انعقاده بيعا، وإن استوي الأمران فوجهان ، والأصح اعتبار الصيغة؛ لأنها الأصل والمعنى تابع لها فإذا (أوقع) في إجارة الذمة لفظ السلم اعتبر قبض المال في المجلس قطعا، وإن (أوقع) لفظ الإجارة فوجهان : ، والأصح : اعتبار المعنى (كما في) الهبة ، وإن قال : اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم انعقد (بيعا في الأصح) ؛ لتعادل المعنى والصيغة ، والأصح اعتبار الصيغة فينعقد بيعا. (راجع الموسوعة الفقهية: اعتبار اللفظ أو المعنى).

2.1.2. الثاني: المالكية: وهو أنه يجب لصحة إجارة الذمة تعجيل الأجرة، لاستلزام التأخير بيع الكالئ بالكالئ، وتعمير الذمتين، وهو منهي عنه، إلا إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة —كما لو ركب المستأجر السيارة الموصوفة في طريقه إلى المكان المشترط أن تحمله إليه– فيجوز عندئذ تأخير الأجرة، لانتفاء بيع المؤخَّر بالمؤخَّر، حيث إنَّ قبض أوائل المنفعة كقبض أواخرها فارتفع المانع من التأخير...ولا فرق في ذلك بين عقدها بلفظ الإجارة أو السلم. وقد اعتبر المالكية في حكم تعجيل الأجرة تأخيرها اليومين والثلاثة لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه، كما في السلم.

ومن نصوصهم (الشرح الكبير: 3/4):) "(أَوْ) كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ كَدَرَاهِمَ أَوْ ثَوْبٍ مَوْصُوفٍ لَكِنْ وَقَعَ (فِي) مَنَافِعَ (مَضْمُونَةٍ) فِي ذِمَّةِ الْمُؤَجِّرِ كَاسْتَأْجَرْتُكَ عَلَى فِعْلِ كَذَا فِي ذِمَّتِك إنْ شِئْت عَمِلْتَهُ بِنَفْسِك أَوْ بِغَيْرِك أَوْ عَلَى أَنْ تَحْمِلَنِي عَلَى دَوَابِّك لِبَلَدِ كَذَا فَيَجِبُ تَعْجِيلُ الْأَجْرِ لِاسْتِلْزَامِ التَّأْخِيرِ الدَّيْنَ بِالدَّيْنِ وَتَعْمِيرَ الذِّمَّتَيْنِ وَقَيَّدَهُ فِي الْمَوَّازِيَّةِ بِعَدَمِ الشُّرُوعِ فِيهَا، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ (لَمْ يَشْرَعْ فِيهَا) أَيْ فِي الْمَنَافِعِ الْمَضْمُونَةِ فَإِنْ شَرَعَ جَازَ التَّأْخِيرُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ قَبْضَ الْأَوَائِلِ كَقَبْضِ الْأَوَاخِرِ".

2.1.3. الثالث: الحنابلة: وهو أن إجارة المنفعة الموصوفة في الذمة إذا جرت بلفظ "سلم" أو "سلف" كأسلمتُك هذا الدينار في منفعة سيارة صفتها كذا وكذا لتحملني إلى مكان كذا، أو في منفعة آدمي صفتها كذا وكذا لبناء حائط صفته كذا، وقبل المؤجر، فإنه يشترط لصحة إجارة الذمة عندئذ تسليم الأجرة في مجلس العقد، لأنها بذلك تكون سلما في المنافع، ولو لم تُقْبض قبل تفرق العاقدين لآل الأمر إلى بيع الدين بالدين (أي المؤخَّر بالمؤخَّر) وهو منهي عنه، أما إذا لم تجر إجارة الذمة بلفظ السلم، أو السلف، فلا يشترط فيها تعجيل الأجرة، لأنها لا تكون سلما في هذه الحالة، فلا يلزَم فيها شرطُه. ومن نصوص الحنابلة ما يأتي:

النص الأول: (شرح منتهى الإرادات: 252/2): "(وَإِنْ جَرَتْ) إجَارَةٌ عَلَى مَوْصُوفٍ بِذِمَّةٍ (بِلَفْظِ) سَلَمٍ كَ أَسْلَمْتُك هَذَا الدِّينَارَ فِي مَنْفَعَةِ عَبْدٍ صِفَتُهُ كَذَا وَكَذَا لِبِنَاءِ حَائِطٍ مَثَلًا وَقَبِلَ

الْمُؤَجِّرُ (أُعْتُبِرَ قَبْضُ أُجْرَةٍ بِمَجْلِسِ) عَقْدٍ لِئَلَّا يَصِحَّ بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ (وَ) أُعْتُبِرَ (تَأْجِيلُ نَفْعٍ) إلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ كَالسَّلَمِ فَدَلَّ أَنَّ السَّلَمَ يَكُونُ فِي الْمَنَافِعِ كَالْأَعْيَانِ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بِلَفْظِ سَلَمٍ وَلَا سَلَفَ لَمْ يُعْتَبَرْ ذَلِكَ. "

النص الثاني: (الكافي: 175/2): "إلا أن يكون العقد على منفعة في الذمة ففيه وجهان : أحدهما: يجوز لأنه عوض في الإجارة فجاز تأجيله كما لو كان على عين. والثاني: لا يجوز لأنه عقد على ما في الذمة فلم يجز تأجيل عوضه كالسلم".

2.1.4. ومحصلة هذه الأقوال رأيان: الأول: وجوب تعجيل الأجرة في إجارة الذمة في مجلس العقد، قياساً على السلم سواء أعقدت بلفظ السلم أم بلفظ الإجارة وهو قول المالكية والحنابلة والشافعية. الثاني: جواز تأجيل الأجرة في إجارة الذمة إذا لم تكن بلفظ السلم أو السلف على وجه عند الحنابلة والشافعية.

2.1.5. وقد اشتهر هذا الخلاف، وقد أخذ بجواز تأجيل الأجرة في إجارة الذمة المعيار الشرعي رقم (8) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وندوة البركة الثلاثين (6/2/30)، والهيئة الشرعية لبنك الإنماء ((القرار (8) بتاريخ 1430/04/09هـ - 2009/04/06م). والهيئة الشرعية لمصرف الراجحي. وفيما يلي بعض النصوص:

نص المعيار الشرعي (17)

"البند 5/3 منه ومستنده الشرعي منسوباً للشافعية والحنابلة). "5/3 يجوز أن تقع الإجارة على موصوف في الذمة وصفاً منضبطاً، ولو لم يكن مملوكاً للمؤجر (الإجارة الموصوفة في الذمة) حيث يتفق على تسليم العين الموصوفة في موعد سريان العقد، ويراعى في ذلك إمكان تملك المؤجر لها أو صنعها، ولا يشترط فيها تعجيل الأجرة ما لم تكن بلفظ السلم أو السلف. وإذا سلم المؤجر غير ما تم وصفه فللمستأجر رفضه وطلب ما تتحقق فيه المواصفات"اهـ. وجاء في مستند ذلك: "مستند جواز الإجارة لعين موصوفة في الذمة قبل تملكها أن ذلك لا يؤدي للنزاع، وهي كالسلم، ولا يشترط تعجيل الأجرة فيها على أحد قولين للشافعية والحنابلة"اهـ.

نص قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي (القرار 663 بتاريخ 1426/2/28هـ):

القرار (663)

السنة الثالثة – الدورة الثالثة

1426/2/28هـ

مرفق 6 بمحضر الاجتماع 3/3/101

الموضوع: حكم إجارة الموصوف في الذمة مع تأجيل الأجرة أو تقسيطها، وحكم مقاولة المستأجر لإنشائه.

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد، وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار في اجتماعها الأول بعد المئة، السنة الثالثة، الدورة الثالثة، أيام الثلاثاء والأربعاء والخميس 26و27و1426/2/28هـ-5و6و2005/4/7م، في مدينة الرياض، مبنى الإدارة العامة، قاعة اجتماعات الهيئة الشرعية، بعد اطلاعها على مذكرة العرض المعدة من أمانتها بشأن ما ورد من المجموعة المصرفية للشركات؛ للنظر في حكم إجارة الموصوف في الذمة وتقسيط الأجرة، فالشركة ترغب الدخول –وحدها أو مع بنوك أخرى- في تمويل مشاريع للعملاء بطريق الإجارة مع التمليك اللاحق، وذلك على النحو الآتي:

يكون لدى العميل مشروع يحتاج إلى تمويل وتنفيذ، فتؤجره الشركة عيناً موصوفة في الذمة مع تعليق تمليكه إياها على سداد جميع دفعات الإجارة، وهذه العين الموصوفة هي المشروع الذي يريده العميل، ثم تقاول الشركةُ العميل على إنشاء هذه العين الموصوفة، فيقوم هو بالتعاقد مع مقاول لتنفيذ المشروع بالمواصفات نفسها التي تضمنها عقد المقاولة بينه وبين الشركة، فإذا انتهى المشروع وتسلمته الشركة سلمته للعميل إنفاذاً لعقد الإجارة.

وكانت الهيئة قد درست هذا الموضوع في اجتماعاتها السابع والتسعين في 3و4و1425/12/5هـ والثامن والتسعين في 21و1425/12/22هـ والتاسع والتسعين في 21و22و1426/1/23هـ والمئة في 6و1426/2/7هـ.

وبعد اطلاعها على مذكرة العرض المعدة من أمانتها بشأن ما ورد من المجموعة المصرفية للشركات؛ للنظر في حكم توكيل الشركة للمستأجر منها موصوفاً في الذمة في توقيع عقد المقاولة مع المقاول المنفذ، مع التصريح باسم الشركة طرفاً في عقد المقاولة، وفي حكم توكيل الشركة للمستأجر في الإشراف على إنشاء المؤجَر الموصوف.

وبعد الاطلاع على البحث المعد من أمانة الهيئة في إجارة الموصوف في الذمة، والذي تبين منه أن للفقهاء قولين في إجارة الموصوف في الذمة مع تأجيل الأجرة.

القول الأول: المنع؛ لئلا يصير بيع دين بدين، وهو قول المالكية والأصح عند الشافعية.

القول الثاني: الجواز ما لم تكن بلفظ السلم أو السلف، وهو قول الحنابلة ووجه عند الشافعية.

ومن النصوص الفقهية في القولين ما يأتي:

جاء في بداية المجتهد لابن رشد 434/4: "ومن شرط إجارة الذمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين"اهـ.

وفي المهذب للشيرازي 530/3: "فإن كان العقد على منفعة في الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة؛ لأن إجارة ما في الذمة كالسلم، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل فكذلك الإجارة، ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس كما لا يجوز في السلم، ومن أصحابنا من قال: إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس؛ لأنه سلم، وإن كان بلفظ الإجارة لم يجب؛ لأنه إجارة، والأول أظهر؛ لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم، ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه، ولا تستقر الأجرة في هذه الإجارة إلا باستيفاء المنفعة؛ لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه"اهـ.

وفي العزيز شرح الوجيز للرافعي 85/6: "النوع الثاني: الإجارة الواردة على الذمة، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة والاستبدال عنها ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الإبراء، بل يجب التسليم في المجلس كرأس مال السلم؛ لأنه سلم في المنافع ... هذا إذا تعاقدا بلفظ السلم ... فإن تعاقدا بلفظ الإجارة ... فوجهان، بنوهما على أن الاعتبار باللفظ أم بالمعنى؟، أصحهما عند العراقيين والشيخ أبي علي أن الحكم كما لو تعاقدا بلفظ السلم .."اهـ.

وفي شرح منتهى الإرادات للبهوتي 360/2: "(وإن جرت) إجارة على موصوف بذمة (بلفظ سلم) كأسلمتك هذا الدينار في منفعة عبد صفته كذا وكذا لبناء حائط مثلاً وقبل المؤجر (اعتبر قبض أجرة بمجلس) عقد؛ لئلا يصير بيع دين بدين، (و) اعتبر (تأجيل نفع) إلى أجل معلوم كالسلم، ... فإن لم تكن بلفظ سلم ولا سلف لم يعتبر ذلك"اهـ.

وفي الإنصاف للمرداوي 11/6: "الفائدة الثانية: قال في التلخيص والرعاية: وإن استأجر في الذمة ظهراً يركبه أو يحمل عليه إلى مكة بلفظ السلم اشترط قبض الأجرة في المجلس وتأجيل السفر مدة معينة. زاد في الرعاية: وإن كان بلفظ الإجارة جاز التفرق قبل القبض. وهل يجوز تأخيره؟ يحتمل وجهين. انتهى"اهـ.

وبعد الاطلاع على قرار الهيئة ذي الرقم (215) في 1416/2/20هـ، وموضوعه: التمويل الجماعي، وقرار الهيئة ذي الرقم (246)، وموضوعه: "الدخول مع مجموعة بنوك إسلامية لتمويل جزء من مشروع"، وقرار الهيئة ذي الرقم (272) في 1418/6/6هـ، وموضوعه: "تعديل القرار ذي الرقم (246)"، وقرار الهيئة ذي الرقم (431) في 1421/11/12هـ، وموضوعه: حكم توكيل الطرف المقابل (الواعد بالشراء أو الآمر بالشراء) في عمليات المرابحة، وقرار الهيئة ذي الرقم (536) في 1423/6/13هـ، وموضوعه: التمويل التجميعي، وقرار الهيئة ذي الرقم (578) في 1424/4/12هـ، وموضوعه: حكم استئجار عين موصوفة في الذمة وتوكيل المؤجر –بعد تعينها– بتأجيرها لطرف ثالث.

وبعد الاطلاع على المعيار الشرعي ذي الرقم (9) الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وموضوعه: "الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك"، وفيه:

"5/3 يجوز أن تقع الإجارة على موصوف في الذمة وصفاً منضبطاً، ولو لم يكن مملوكاً للمؤجر (الإجارة الموصوفة في الذمة) حيث يتفق على تسليم العين الموصوفة في موعد سريان العقد، ويراعى في ذلك إمكان تملك المؤجر لها أو صنعها، ولا يشترط فيها تعجيل الأجرة ما لم تكن بلفظ السلم أو السلف. وإذا سلم المؤجر غير ما تم وصفه فللمستأجر رفضه وطلب ما تتحقق فيه المواصفات"اهـ.

وجاء في مستند ذلك: "مستند جواز الإجارة لعين موصوفة في الذمة قبل تملكها أن ذلك لا يؤدي للنزاع، وهي كالسلم، ولا يشترط تعجيل الأجرة فيها على أحد قولين للشافعية والحنابلة"اهـ.

وبعد الاطلاع على كلام الفقهاء في الاستصناع، وخلافهم في تأجيل الثمن فيه.

وبعد الاطلاع على قرار الهيئة ذي الرقم (48) في 1411/2/20هـ، الذي نص على أنه: "يجوز أن يكون الثمن في الاستصناع معجلاً أو مؤجلاً أو مقسطاً"اهـ.

وبعد الاطلاع على قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم 7/3/67 الذي نص على أنه "يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة"اهـ.

وبعد الاطلاع على قرار الهيئة ذي الرقم (635) في 1425/7/10هـ، وموضوعه: "إجازة نموذج تمليك لعين مؤجرة معلق على السداد".

وبعد الاطلاع على قرار الهيئة ذي الرقم (650) في 1425/12/2هـ، وموضوعه: "حكم الإجارة بأجرة متغيرة".

وبعد الدراسة والنظر والمناقشة قررت الهيئة ما يأتي:

أولاً: يجوز أن تقع الإجارة على موصوف في الذمة مما ينضبط بالوصف، والأصل –حينئذٍ– أن تكون الأجرة معجلة، ويجوز تقسيط الأجرة أو تأجيلها إذا لم يكن عقد الإجارة بلفظ السلم أو السلف في أرجح قولي العلماء.

ثانياً: يجوز للشركة في إجارة الموصوف في الذمة أن تعلق تملك العميل لذلك الأصل المؤجر على سداد جميع دفعات الإجارة، فتنتقل ملكية العين إلى العميل بحصول المعلَّق عليه، وهذا جارٍ على ما أجازته الهيئة في قرارها ذي الرقم (635) والتاريخ 1425/7/10هـ، وموضوعه: "إجازة نموذج تمليك لعين مؤجرة معلق على السداد".

ثالثاً: إجارة الموصوف في الذمة الذي يحتاج إلى إنشاء ترد على صور، أبرزها ما يأتي:

الصورة الأولى: أن تكون الإجارة بدون تمليك لاحقٍ، ويتولى المؤجِر إنشاء المؤجَر الموصوف أو يقاول طرفاً ثالثاً لإنشائه.

الصورة الثانية: أن تكون الإجارة بدون تمليك لاحقٍ، ويقاول المؤجِرُ المستأجرَ لإنشاء المؤجَر الموصوف.

الصورة الثالثة: أن تكون الإجارة مع تمليك لاحقٍ، ويتولى المؤجِر إنشاء المؤجَر الموصوف أو يقاول طرفاً ثالثاً لإنشائه.

الصورة الرابعة: أن تكون الإجارة مع تمليك لاحقٍ، ويقاول المؤجِرُ المستأجرَ لإنشاء المؤجَر الموصوف.

فالصور الثلاث الأولى جائزة، أما الصورة الرابعة – وهي محل سؤال الشركة — فهي ممنوعة لشبهة العينة وابتعاداً عن الصورية.

رابعاً: يجوز – في حال كون المقاول المنفذ طرفاً ثالثاً– أن يكون المستأجر وكيلاً للمؤجِر في توقيع عقد المقاولة مع منفذ المشروع، وفي الإشراف على إنشاء المؤجَر الموصوف، وحينئذٍ تطبق أحكام الوكالة، ومن ذلك أن الوكيل لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الهيئة الشرعية

عبد الله بن عبد العزيز بن عقيل (رئيساً)	عبد الله بن سليمان المنيع (نائباً للرئيس)
أحمد بن علي سير المباركي (عضواً)	أحمد بن عبد الله بن حميد (عضواً)
عبد الله بن محمد بن خنين (عضواً)	إبراهيم بن عبد الله الجربوع (عضواً)

عبد الرحمن بن صالح الأطرم (عضواً وأميناً)

2.1.6. وقد استدرك (السويلم: 21) على رأي الشافعية والحنابلة بجواز التأجيل إذا لم يكن العقد بلفظ الإجارة بما يأتي:

"وظن البعض أن هذا التفريق شكلي أو لفظي، وليس كذلك، بل هذا التفريق يختص بما إذا كانت النقود (الأجرة أو الثمن) معينة عند العقد، كأن يقول: أسلمت إليك هذا الدينار، أو اشتريت بهذا الدينار، ويتم التصريح باسم الإشارة إلى الدينار. وذلك أن النقود تتعين بالتعيين عند الشافعية والحنابلة، فإذا قال هذا الدينار فقد تعين الثمن، وفي هذه الحالة لا يبقى الثمن أو الأجرة في ذمة المشتري أو المستأجر، فلو تفرقا قبل قبض الدينار لم يكونا قد تفرقا عن دين بدين لأن الثمن تعين وخرج من ذمة المشتري أو المستأجر، بخلاف المعقود عليه إذ لا يزال في ذمة الأجير أو البائع".

وقد ذكر هذا المعنى في توصيات ندوة الصكوك فنصت التوصية على النحو الآتي:

"(2) صيغة العقد هل هي بلفظ السلم أو الإجارة: (2/1) مع تعين الثمن، يرجع الحكم إلى مسألة تعين النقود بالتعيين. (2/2) بدون تعين الثمن، فيجب تعجيل الأجرة". [ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم، جدة 24-25 مايو 2010].

ولا يظهر للباحث صحة ما يؤيد هذا التوجه من عبارات الشافعية، راجع عبارة المهذب وفتح العزيز، بل فيهما تصريح بالتردد بين اعتبار المعنى أو الاسم، ولا يوجد هذا المعنى في عبارة الإنصاف لدى الحنابلة، وقد وقع القول بالجواز من شيوخ بعض الحنابلة في الهيئة الشرعية للراجحي كما مر.

2.2. رأي الباحث: وبعد التأمل في محل النزاع، والخلاف المذكور لا يرى الباحث مانعاً من العمل برأي الحنابلة في الجواز، ويستأنس لهذا الرأي التشابه بين الإجارة المعينة المضافة للمستقبل، والإجارة الموصوفة في الذمة، والتعيين وإن تضمن معنى زائداً للعين، إلا أنه ليس فيه معنى زائد ومؤثر للمنافع، لأن المنافع في الحالين لا توصف بالتعيين، ومضافة للمستقبل. ولذا فإن الباحث لا يرى مانعاً من الأخذ برأي الحنابلة من حيث جواز تعجيل الأجرة، أو تأجيلها، أو تقسيطها.

3. حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل العقد:

3.1. يقابل إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة، وإجارة العمل في الذمة السابقين صكوك صكوك محلها المنافع في كل نوع، وطبقاً للمعيار الشرعي (رقم 17) للصكوك الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية :

3.1.1. "صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة: وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها بغرض إجارة أعيان موصوفة في الذمة واستيفاء الأجرة من حصيلة الاكتتاب فيها. وتصبح منفعة العين الموصوفة في الذمة مملوكة لحملة الصكوك" (البند2/2/3). ومحل البحث هنا هذا النوع من الصكوك، وهي تقابل صكوك ملكية منافع الأعيان الموجودة (البند 1/2/3) بنوعها سواء أكانت صادرة على عن مالك العين، أو مالك المنفعة).

3.1.2. "صكوك ملكية الخدمات من موصوف في الذمة: هي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها بغرض تقديم الخدمة من مصدر موصوف في الذمة (كمنفعة التعليم من جامعة يتم تحديد مواصفاتها دون تسمتها) واسيتفاء الأجرة من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح تلك الخدمات مملوكة لحملة الصكوك" (البند 4/2/3). وقد تم التنويه سابقاً بأن هذا النوع خارج نطاق البحث.

3.2. صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة تمر بمرحلتين: الأولى: قبل تعيين المحل الذي تستوفى منه المنفعة، والثانية: بعد تعيين المحل وبدء العمل في المحل الذي تستوفى منه المنفعة. أما التداول بعد التعيين فيخضع لأحكام تداول الموجودات التي تتكون من الديون والنقود والأعيان والمنافع والحقوق، على أساس الغلبة أو التبعية وقد سبق للمجمع أن أصدر فيها رأياً وسوف يستكمل في المبحث الرابع من هذا البحث. وأما التداول قبل تعيين المحل فهو محل الإشكال هنا، ومصدر الإشكال أن محل الصكوك متعلق بعين موصوفة في الذمة، والمحل بمثابة دين في ذمة المصدر كالمسلم فيه في السلم، ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه، أو تداوله إلا بشروط الدين، وإنما يجوز إنشاء سلم موازي. وقد جاء في ندوة الصكوك بشأن توصيف المحل ما يأتي: "إجارة عين موصوفة في الذمة: لاخلاف في أن المنافع في هذه الحالة دين في ذمة المؤجر". (ندوة الصكوك: المحور الثالث).

3.3. يجدر التنويه بأن إشكال تأجيل الأجرة الذي نوقش في المبحث الثاني –رغم أهميته– ليس وارداً عند إصدار صكوك على منافع عين موصوفة في الذمة، لأن الاكتتاب في الصكوك يتم نقداً.

3.4. وقد نوه المجمع في دروته العشرين –كما مر في المبحث الأول– إلى أن تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة من الإشكالات التي تتعلق بالإجارة الموصوفة في الذمة، وتضمنت التوصية الصادرة عن (ندوة الصكوك: 3/1) ما يأتي: "التداول لصكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين العين، يخضع لأحكام السلم. (3/2) التداول لصكوك إجارة الموصوف في الذمة بعد تعيين العين، تراجع قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي السابقة".

3.5. وقد أظهر البحث أن هناك قولان في حكم تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل التعيين وهما:

3.5.1. الأول: عدم الجواز. وهو القول الذي أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار المعيار الشرعي (17)، وكذلك ندوة البركة الثلاثين، وفيما يأتي تفصيل هذا نصوصهم:

المعيار الشرعي (رقم: 17: البند 8/2/5): "لا يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين التي تستوفى منها المنفعة إلا بمراعاة ضوابط التصرف في الديون. فإذا تعينت جاز تداول الصكوك[1].

[1] كما نص المعيار الشرعي (17) بشأن الصكوك: (على عدم جواز تداول النوع الثاني لا يجوز تداول صكوك ملكية الخدمات التي تستوفى من طرف موصوف في الذمة قبل تعيين الطرف الذي تستوفى منه الخدمة إلا بمراعاة ضوابط التصرف في الديون. فإذا تعين الطرف جاز تداول الصكوك). (البند رقم 10/2/5). وهي ليست محل البحث هنا.

توصية ندوة البركة الثلاثين (6/2/30): "لا يجوز لمن استأجر عينا موصوفة في الذمة أن يعيد تأجيرها لغيره (من الباطن) إلا بعد أن يتسلمها لأنها –كالسلم– لا يجوز التصرف فيهما قبل القبض، لكن يحق له تأجير عين موصوفة في الذمة بالمواصفات نفسها – دون ربط بما استأجره– ثم إذا تسلمها يُسلمها للمستأجر الثاني (إجارة موازية).

3.6. القول الثاني: الجواز بدون اشتراط تعيين المحل. وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى الجواز (حسان، حماد) وفيما يلي النصوص:

نص (حماد: 335):

"وحيث إن منافع الأعيان المحددة بذواتها يجوز تصكيكها، وكذا تداولها؛ (أي بيع الصكوك التي تمثل ملكية تلك المنافع المعقود عليها في إجارة الأعيان) فإنه يجوز تصكيك المنافع المعقود عليها في إجارة الذمة، الموصوفة في ذمة المؤجر، الثابتة ديناً فيها، وتداولها بالبيع، لأن المنافع المعلومة –بطبيعتها– تقبل البيع (بعقد الإجارة) وكذا التداول بتأجير المستأجر المنفعة التي استأجرها لشخص ثالث ورابع وخامس..إلخ يمثل البدل الذي استأجر به وبأقل وبأكثر، سواء أكان عقد الإجارة الأول إجارة عين أم إجارة ذمة، **إذ لا فرق في النظر الفقهي بين كون المنفعة التي ترد عليها الملكية بعقد الإجارة متعلقة بعين محددة بذاتها وبين كونها متعلقة بذمة المؤجر**، طالما أنها محددةٌ بالوصف، مبينَّةٌ على نحو تتحقق معها المعلومية المشترطة لصحة بيعها وتداولها.

نص (حسان):

"ويجوز لحملة الصكوك أو وكيلهم بصفتهم مستأجرين لعين موصوفة أو مشترين لمنفعة موصوفة في ذمة المؤجر أن يعيدوا تأجير هذه العين لمؤجرها أو لمستأجر آخر بأجرة أعلى من الأجرة التي دفعت للمؤجر ولو قبل قبض العين التي تستوفى منها هذه المنفعة".

والقول بالجواز طبقاً لمستندات (حسان) يستند إلى خلاف الفقهاء في إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة من حيث حكم الإجارة من الباطن قبل قبض العين. والقول بالجواز وجه عند الحنابلة وقول عند بعض الشافعية. وأما التأجير بعد قبض العين التي تستوفى منها المنفعة فجائز عند جمهور الفقهاء، وفقاً لما أورده ابن قدامة في المغني.

نص (المغني 354/5):

فَصْلٌ: وَيَجُوزُ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُؤَجِّرَ الْعَيْنَ الْمُسْتَأْجَرَةَ إذَا قَبَضَهَا. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ. وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ، وَابْنِ سِيرِينَ، وَمُجَاهِدٍ، وَعِكْرِمَةَ، وَأَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَالنَّخَعِيِّ، وَالشَّعْبِيِّ، وَالثَّوْرِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ. وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ –صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ– نَهَى عَنْ رِبْحِ

مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَالْمَنَافِعُ لَمْ تَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ. وَلِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى مَا لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ، فَلَمْ يَجُزْ، كَبَيْعِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ قَبْلَ قَبْضِهِ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْعَيْنِ قَامَ مَقَامَ قَبْضِ الْمَنَافِعِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهَا، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا، كَبَيْعِ الثَّمَرَةِ عَلَى الشَّجَرَةِ. وَيَبْطُلُ قِيَاسُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى لِهَذَا الْأَصْلِ. إذَا ثَبَتَ هَذَا فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ إجَارَتُهُ إلَّا لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، أَوْ دُونَهُ فِي الضَّرَرِ؛ لِمَا تَقَدَّمَ. فَأَمَّا إجَارَتُهَا قَبْلَ قَبْضِهَا فَلَا تَجُوزُ مِنْ غَيْرِ الْمُؤَجِّرِ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مَمْلُوكَةٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ، فَاعْتُبِرَ فِي جَوَازِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا الْقَبْضُ، كَالْأَعْيَانِ. وَالْآخَرُ، يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْعَيْنِ لَا يَنْتَقِلُ بِهِ الضَّمَانُ إلَيْهِ، فَلَمْ يَقِفْ جَوَازُ التَّصَرُّفِ عَلَيْهِ. فَأَمَّا إجَارَتُهَا قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ الْمُؤَجِّرِ، فَإِذَا قُلْنَا: لَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ الْمُؤَجِّرِ كَانَ فِيهَا هَاهُنَا وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَيْهَا قَبْلَ قَبْضِهَا.

3.7. رأي الباحث: جواز التداول لما يأتي:

3.7.1.1. أسوة بالإجارة المعينة والإجارة المعينة المضافة للمستقبل، فلا يوجد معنى زائد في الإجارة المعينة عن الموصوفة في الذمة فيما يتعلق بملكية المنفعة ومواصفاتها.

3.7.1.2. تغليباً لأحكام الإجارة على أحكام السلم، وهو المعنى الوارد في نص الكافي الذي سبق نقله في سياق بيان حكم تأجيل الأجرة ونصه: "إلا أن يكون العقد على منفعة في الذمة ففيه وجهان : أحدهما: يجوز لأنه عوض في الإجارة **فجاز تأجيله كما لو كان على عين**. والثاني: لا يجوز لأنه عقد على ما في الذمة فلم يجز تأجيل عوضه كالسلم".

3.7.1.3. انسجاماً مع القول بجواز تأجيل الأجرة لهذا السبب نفسه – الذي تم التوصل إليه في المبحث السابق- فقد رجح القول بجواز التأجيل نظراً لمعنى الإجارة، وهكذا هنا.

4. معايير وحالات التبعية والغلبة:

4.1. في ضوء استقراء الباحث لنظريتي التبعية والغلبة[2] من حيث النشأة والتطبيق يلاحظ أن نظرية التبعية والغلبة نشأتا بغرض وضع إطار شرعي لتداول الأسهم والوحدات الاستثمارية والصكوك التي تتكون موجوداتها من خلطة –من النقود والديون والأعيان والمنافع والخدمات والحقوق- دون الالتزام بالأحكام الشرعية لبيع وتداول النقود والديون.

2 مصادر الباحث في هذا الاستقراء رأي الهيئات الشرعية في كل من مصرف الراجحي في السعودية، وبيت الأوراق المالية في الكويت، والبنك الأهلي في السعودية، المعيار الشرعي (21)، وبحثا الدكتور علي الندوي في موضوع في تداول الأسهم والتبعية المعدين في أمانة الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي لأغراض الملتقى الفقهي الأول لمصرف الراجحي المنعقد بتاريخ 2001/8/2. وقد تضمنت أبحاث الدكتور الندوي جمعاً نفيساً للقواعد الفقهية وأقوال الفقهاء في القلة والكثرة والقصد والتبعية ومسألة مدة عجوة ومسألة العبد الذي له مال. وكانت تلك الأبحاث والمناقشات التي جرت حولها أساساً لما صدر عن الملتقى الفقهي الأول لمصرف الراجحي.

4.2. وتفيد نظرية الغلبة بأنه إذا كانت الأعيان والمنافع غالبة فيجوز تداول الخَلْطة بدون النظر لأحكام الديون والنقود عملاً بقاعدة "الحكم للغالب". وتتحقق الغلبة إما بالزيادة على النصف، وهذا يعني ألا تبلغ الديون والنقود النصف. أو أن يكون المغلوب قليلاً وليس كثيراً، وحد الكثرة للمغلوب هو أن يبلغ الثلث – ويدعم ذلك شواهد من الفقه المالكي– أو أن يزيد عن الثلث، وهذا يعني أن تبلغ الأعيان والمنافع الثلثين أو تزيد. (الندوي: تداول).

4.3. وتفيد نظرية التبعية بأنه إن كانت النقود والديون تابعة للأعيان والمنافع وليست مقصودة لذاتها؛ فيجوز تداول الخلطة بدون النظر لأحكام الديون والنقود عملاً بقاعدة "التابع لا يفرد بالحكم" وقاعدة "يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها". واشترطوا لإعمال نظرية التبعية: أن يكون المتبوع هو المقصود بالبيع والتداول، وأن يكون البيع والتداول بعد بدء النشاط، وأن يبقى النشاط مستمراً، أو يراعى ما سبق ومعه شرط ألا يقل المتبوع (الأعيان والمنافع) عن الثلث عملا بحديث الوصية "الثلث والثلث كثير"، لأن الأقل من الثلث يكون في حكم التابع (المعيار الشرعي:21)، أو يستأنس لبدء النشاط بأن تبلغ الأعيان والمنافع 10% من الخلطة (الهيئة الشرعية لبيت الأوراق المالية في الكويت)، أو بدون شرط نسبة معينة (الراجحي: الملتقى الفقهي الأول، والقرار: 516).

4.4. ويفيد استقراء التطبيقات أن بعضها يعمل قاعدة الغلبة، والبعض الآخر يعمل بقاعدة التبعية ويرون أن قاعدة التبعية الأنسب للتطبيق على أسهم البنوك الإسلامية والشركات المساهمة ذات الأنشطة المباحة وشركات الاستثمار والتمويل الإسلامية، والصكوك والوحدات الاستثمارية في الصناديق الإسلامية بعد بدء النشاط واستمراره على أساس أن المقصود هو الغرض والنشاط الأساسي المتمثل في الأعيان والمنافع والحقوق، وأن النقود والديون تبع لها، خلافاً لشركات الصرافة وشركات التسهيلات الربوية التي لا تنشأ ديونها عن سلع.

4.5. من الإشكالات التي تعرضت لها قاعدة التبعية هل يعرف المقصود بنية المكلف أم بمحل العقد؟ احتمالان، الراجح طبقاً أن العبرة بما في نفس الأمر:

> ففيما يظهر أن الأعيان أو المنافع التي جعلت أساسا في نشاط الشركة، هي التي تعتبر مقصودة بغض النظر عن نسبتها وحجمها... وعلى أساس هذا التخريج يمكن أن يقال إنه لا يمنع أن تكون للأتباع غير المقصودة في الأسهم ووحدات الصناديق قيمة مقدرة مأخوذة في الاعتبار من حيث الجملة ، وهذا الذي ينسجم مع واقع التعامل، ولكن باعتبار أنها غير مقصودة أصالة إذ نشأت من النشاط الفعلي في الأعيان والمنافع المقصودة أصالة واستقلالا في محل العقد، ...وأما ما هو القدر الذي يعد تابعا غير مقصود أصالة ... في جميع الأحوال سيكون لعادة الناس في التعامل والعرف الجاري بينهم. (الندوي: التبعية)

4.6. وقد تأسست نظريتا الغلبة والتبعية على العديد من القواعد والمسائل الفقهية منها (الندوي: تدوال أسهم، التبعية):

- مسألة الحمل تابعاً لأمه.
- بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها مع الأصل.
- بيع الدار مع سقفها وحيطانها؟.
- ومسألة العبد ذي المال والواردة في قوله صلى الله عليه وسلم: "من باع عبداً وله ماله فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع" متفق عليه.
- ومسألة "مدة عجوة ودرهم" المبنية على حديث القلادة، وفيه أن فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال: اشتريت بوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً فيها ذهب وخرز، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: "لاتباع حتى تفصل". رواه مسلم.

وخلاف الفقهاء في المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: المنع وهو قول الشافعية.

الجواز؛ إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره، وهو قول الحنفية.

القول الثالث: الجواز؛ إذا كان الربوي تابعاً. وهو قول المالكية.

القول الرابع: الجواز؛ ما لم يكن حيلة على الربا. ومن علامات انتفاء الحيلة: أن يكون المفرد أكثر، وأن يكون الربوي تابعاً. وهو رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية.

والقول الرابع هو الأرجح؛ توفيقاً بين حديث العبد وحديث القلادة وهو يجمع القول الثاني والقول الثالث، وهو الأقرب للمقصود الشرعي من المعاملات (السند: ص7).

4.6.1. ولأن البحث يستهدف صياغة معايير للتبعية والغلبة وتطبيقاتها فإن سيبني على القواعد والمسائل الفقهية ذات العلاقة، وعلى ما توصلت إليه أبرز الهيئات الاجتهادية الجماعية مثل: ندوة البركة العشرين، الملتقى الفقهي الأول لمصرفي الراجحي والملتقى الفقهي الأول في الكويت مع مراعاة ما آخر ما توصل إليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في هذا الشأن. وفيما يلي عرض لقرارات الهيئات الجماعية.

توصية ندوة البركة العشرين رقم (20/2)

مكونات الأسهم وأثرها على تداولها

بعد الاطلاع علي ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 30(4/5) من أنه " إذا كان الغالب (في موجودات الصكوك) نقودا أو ديونا فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع ....) وهذه اللائحة لم توضع حتي الآن، وحيث اشتملت أوراق العمل المقدمة في هذا الموضوع علي مبادئ شرعية عديدة، بديلة عن مبدأ الغلبة، في حالة اشتمال الوعاء الاستثماري (من شركات أو صناديق أو صكوك) على أعيان ومنافع وديون ونقود فإن المبدأ الذي يلائم أوضاع تلك الأوعية الاستثمارية التي يتعذر عليها تطبيق مبدأ غلبة الأعيان والمنافع على الديون والنقود هو اعتبار ما هو مقصود من التعامل وإلحاق ما هو تابع له. عليه فإنه يجوز التداول في أسهم الشركات أو وحدات الصناديق أو الصكوك الاستثمارية ، بالسعر المتراضي عليه إذا اشتملت أصولها على أعيان (موجودات مادية ومعنوية) ومنافع وديون ونقود دون نظر إلي نسبة كل منها، ما دامت الديون والنقود غير مقصودة بالتعامل بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع ولم تتحمض تلك الأوعية في النقود مثل الأوعية الاستثمارية قبل مزاولة أنشتطتها في الأعيان والمنافع أو قبيل تصفيتها، أو أن يكون نشاطها في الذهب والفضة والعملات فينطبق عليها حينئذ أحكام الصرف، أو أن تتحمض تلك الأوعية في الديون فينطبق عليها أحكام بيع الديون ، كما في قرار المجمع

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 المحضة والديون المحضة. ولا يجوز تطبيق مبدأ "أن العبرة بالقصد" للتحايل واتخاذه ذريعة لتصكيك الديون وتداولها. ومما يستدل به لهذا المبدأ حديث بيع العبد الذي له مال ، إذا اشتراطه المشتري ، والتطبيقات الشرعية العديدة لمبدأ التبعية مثل تبعية التمر قبل بدو الصلاح للشجر المبيع ، وتبعية الحمل للدابة المبيعة وغيرها مما يكون تابعا غير مقصود بالعقد بالقصد الأساسي.

توصيات الملتقى الفقهي الأول لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار

موضوعه: تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود.

المكان: مدينة الطائف – فندق الهدا شيراتون.

الزمان: يوم الخميس 1422/5/12هـ – 2001/8/2م.

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد بن عبدالله وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فقد انتهى المشاركون في الملتقى الفقهي الأول لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار إلى التوصيات الآتية:

أولاً: توصيات عامة:

[... تم حذفها لعدم تعلقها بالموضوع]

ثانياً: توصيات في موضوع الملتقى:

اطلع المشاركون في الملتقى على البحث المعد من أمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار بعنوان: (تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود)، كما اطلع المشاركون على بحوث مساندة وأوراق عمل وفتاوى هيئات إسلامية في هذا الموضوع، كما استمع المشاركون للتعقيبات المقدمة من كل من:

1) فضيلة الشيخ د. عبدالستار أبو غدة.
2) فضيلة الشيخ د. عبدالله المطلق.
3) فضيلة الشيخ د. علي القرة داغي.
4) فضيلة الشيخ عبدالله بن خنين.
5) فضيلة الشيخ د. محمد بن عبدالرزاق الدويش.
6) فضيلة الشيخ د. عبدالله بن موسى العمار.
7) فضيلة الشيخ د. نزيه حماد.

وبعد الدراسة والمناقشة أوصى المشاركون بما يلي:

1 - يجوز تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقود بناء على قاعدة التبعية وأن العبرة بالقصد وما عداه فتبع؛ ويدل لذلك ما يلي:

- عموم النصوص الدالة على أنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها، مثل حديث بيع العبد الذي له مال، وبيع الحمل مع أمه، وبيع الثمرة التي لم يبدُ صلاحها مع الأصل، وغير ذلك من الأمثلة الفقهية العديدة.
- أن هذا الرأي يعد الأقرب إلى تحقيق مقصود الشارع من إباحة التعامل فيما تحققت فيه شروط الإباحة، كما أن في الأخذ به سداً لحاجة المسلمين المقتضية للتعامل في أسهم الشركات المساهمة ووحدات الصناديق الاستثمارية.
- أن هذا الرأي يعد أقرب الآراء إلى إمكانية التطبيق.

2 – الجواز المذكور في الفقرة السابقة مشروط ببدء نشاط الشركات المساهمة والصناديق الاستثمارية؛ لئلا يؤدي القول بذلك إلى فتح باب الصورية وتداول النقود والديون، كما أنه مشروط باستيفاء الشروط الأخرى لجواز التعامل بالأسهم والوحدات ككون النشاط المتعامل به مباحاً.

3 – وعلى القول بهذا الرأي فهل يشترط في التابع أن يكون أقل من المتبوع؟.

4 – وفي الصناديق الاستثمارية المبنية على المضاربة هل يستحق المضارب ربح عمله قبل تصفية المشاركة؟ [لم يتبين علاقتها بالتبعية]

هذا، ولله العلم من قبل ومن بعد، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المشاركون في الملتقى الفقهي الأول

عبدالله بن عبدالعزيز بن عقيل (رئيساً)

عبدالله بن سليمان المنيع	عبدالله بن عبدالرحمن البسام	د.عبدالله بن عبدالله الزايد
د.أحمد بن علي سير المباركي	د.عبدالرحمن بن صالح الأطرم	د. عبد الستار أبو غدة
د.عبدالله بن محمد المطلق	عبدالله بن محمد الخنين	د. محمد بن عبد الرزاق الدويش
د. عبد الله بن موسى العمار	د.علي أحمد بن غلام الندوي	

قرار الملتقى الفقهي الأول في الكويت

قاعدة التبعية في العقود وأثرها على الترخيصات الشرعية

أولاً: مفهوم التبعية وضابطها:

1. التبعية في الاصطلاح الفقهي تعني اللحاق والتلو، والمراد بالتابع وبالمقصود تبعاً في العقود والمعاوضات والصفقات ما كان القصد إليه لاحقاً أو تالياً للمقصود أصالة وهو المتبوع.
2. المقصود أصالة هو الغرض الأساس الذي يهدف إليه جملة المتعاقدين أو أغلبهم من المعاملة، وهو ما عبر عنه الفقهاء "ما توجه إليه القصد الأول"، أو المقصود الأكبر، أو المقصود الأعظم"، والمراد بالتابع أو المقصود تبعاً ما كان تالياً للمقصود أصالة، أو لاحقاً به في الاستهداف وتوجه الإرادة في المعاملة. ويعرف ذلك يوحدد ويميز بلالة العرف التجاري وخبرة أهل الشأن والاختصاص.

ثانياً: ما يغتفر بموجب التبعية في العقود والصفات التجارية:

يستخلص من كلام الفقهاء أنه يغتفر بموجب التبعية في العقود – ما كن وجوده في العقد تابعاً– ويشمل الأمور الخمسة التالية:

1. الغرر المؤثر في البيع ونحوه من عقود المعارضات المالية.
2. الجهالة المؤثرة في عقود المعاوضات المالية.
3. ربا البيوع وعدم توافر شروط صحة الصرف في بيع النقود ببعضها.
4. بيع الكالي بالكاليء (أي المبيع المؤخر بالثمن المؤجل).
5. فوات بعض الأركان أو شروط الصحة في العقود التابعة أو الضمنية، مما تدعو إليه الحاجة أو المصلحة الراجحة لاغتفار فواته.

ثالثاً: مبنى الرخص والتخفيضات الشرعية في التوابع على ما يلي:

1. ترجع جميع الرخص والتخفيضات الشرعية في التوابع إلى: رفع الحرج أو تحقيق المصلحة أو كليهما.
2. أما التخريج الفقهي لاغتفارها فهو مؤسس على حكم خطاب الوضع في التقديرات الشرعية بإعطاء الموجودة حكم المعدوم – وهي قاعدة أجمع عليها العلماء – حيث يقدر ذلك الخلل المغتفر بموجب التبعية كالعدم.

رابعاً: ضابط تطبيق قاعدة التبعية:

العرف هو المرجع في معرفة وتحديد المقصود المتبوع، وفي هذه الحالة لا تتعين التبعية بقدر معين، فيحتمل كون التابع أكثر من النصف أو أقل. أما إذا أشكل تحديد المقصود المتبوع في العرف أو التبس أمره، فيجب –لإعمال قاعدة التبيعة في هذه الحالة– أن يكون التابع دون النصف (أقل من 50%) والمتبوع أكثر من النصف (أكثر من 50%) مراعاة لضابط القلة والكثرة.

خامساً: من أهم التطبيقات المعاصرة لقاعدة التبعية:

1. يغتفر في تداول أسهم الشركات والصناديق الاستثمارية بعد ممارستها لنشاطها اشتمال موجوداتها أو محافظها على نقود وديون تزيد على الأعيان والمنافع والحقوق المالية إذا ظهر بدلالة العرف السائد أن المقصود أصالة – الذي يهدف إليه المتعاقدون أو أغلبيتهم من الشراء- هو نشاطها التجاري بالشراء والبيع والإحارة والاستصناع والسلم وغير ذلك من العقود الواردة على السلع والمنافع.

أما ذا كان ما هو مقصود أصالة وما هو مقصود تبعاً لدى المتعاقدين خفياً بدلالة العرف، فإنه يرجع في تحديد ذلك إلى ضابط القلة والكثرة، وهو أن الأقل تبع للأكثر في الأحكام، وفي هذه الحالة إذا كانت الديون والنقود أقل من الأعيان والمنافع والحقوق، فإن تداولها مغتفر بموجب

التبعية، وإن كانت أكثر منها بحيث تزيد على 50% من مجموع الموجودات فإنها تكون محظورة التداول.

وإلى هذا الرأي اتجه أكثر المشاركين في المؤتمر، بينما رجح بعضهم وجوب الالتزام بضابط القلة والكثرة في جميع الأحوال.

2. يغتفر في شراء تذاكر السفر للنقل بالطائرات وغيرها اشتمال المعقود عليه على التأمين التجاري الذي تجريه الشركات الناقلة على حياة الركاب وأمتعتهم لدى شركات التأمين التقليدية لكون ذلك تبعا في عقد النقل.

4.7. والمتتبع لقرارات المجمع الفقهي المتعلقة ببيع الدين، وتداول الصكوك، يلاحظ أن المجمع تدرج من نظرية الغلبة، إلى مراعاة نظرية التبعية، ثم إلى الجمع بين نظرية الغلبة والتبعية، لئلا يكون ذلك ذريعة لتداول الدين. وفيما يلي بيان تطور نظرية المجمع:

4.7.1. المرحلة الأولى: التأكيد على نظرية الغلبة حسب ما جاء في القرار [30(4/5)] بشأن سندات المقارضة، ونصه:

"أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بع انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية.

أ- إذا كان مال القراض المجتمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإنَّ تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتُطبق عليه أحكام الصرف.

ب- إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون.

ج- إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع".

4.7.2. المرحلة الثانية: استدعاء نظرية التبعية بالإضافة للغلبة حسب ما جاء في القرار [158 (17/7)] بشأن بيع الدين. فقد نص في صور بيع الدين الجائزة على الآتي:

"بيع الدين ضمن خلطة أغلبها أعيان ومنافع هي المقصودة من البيع".

وكذلك القرار [178 (19/4)] بشأن التوريق. فقد نص في أحكام الصكوك على الآتي:

ثالثا/4: "يراعى في الصكوك من حيث قابليتها للتداول الالتزام بالضوابط المنصوص عليها في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم : 30(4/3) التالية :

1 - إذا كانت مكونات الصكوك لا تزال نقوداً فتطبق أحكام الصرف.

2 - إذا انقلبت الموجودات لتصبح ديوناً كما هو الحال في بيع المرابحة فيطبق على تداول الصكوك أحكام الدين ، من حيث المنع إلا بالمثل على سبيل الحوالة .

3 - إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة".

وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصولياً في سجلات الجهة المصدرة.

رابعاً: لا يجوز أن يتخذ القول بجواز التداول ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول.

ولعل قرار التوريق يفسر قرار بيع الدين السابق من حيث المقصود بعبارة "أن تكون تكون الأعيان والمنافع هي المقصودة"، ومعناه "ألا يتحول نشاط الصندوق للمتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع".

4.7.3. المرحلة الثالثة: التفريق بين استخدامات الغلبة والتبعية، حسب ما انتهى إليه المجمع في دورته الأخيرة العشرين في الجزائر بشأن تداول الأوراق المالية، من صكوك، أو أسهم، أو وحدات، وذلك في القرار [188 (20/3)، ونصه:

"(**1**) إذا تمخضت موجودات الورقة المالية للنقود أو الديون، فيخضع تداولها لأحكام الصرف أو بيع الدين. (2) إذا تمخضت موجودات الورقة المالية للأعيان أو المنافع أو الحقوق، فيجوز التداول بالسعر المتفق عليه. (3) إذا كانت موجودات الورقة المالية خليطاً من النقود والديون والأعيان والمنافع والحقوق فلها حالان: (أ) إذا كانت النقود والديون تابعةً لما يصح أن يكون متبوعاً، وتكون الورقة المالية متضمنة لملكية المتبوع، فيجوز حينئذ تداول الورقة المالية دون مراعاة نسبة النقود والديون إلى الموجودات. (ب) انتفاء تبعية النقود والديون أو عدم تضمن الورقة المالية لملكية المتبوع، فيخضع التداول حينئذ لأحكام الغلبة. (4) إذا كانت الشركة أو المشروع الذي تمثله الورقة المالية لم يبدأ العمل الفعلي أو كان تحت التصفية، فيخضع لأحكام الغلبة. (5) ظهر من خلال البحوث المقدمة أن التبعية قد تثبت من خلال

ملكية المشغل، أو العمل، أو النشاط. كما ظهر اتساع معيار الغلبة، ونظراً للحاجة لتحديد معايير التبعية وتحرير حالاتها، يوصي المجمع أن تقوم أمانته بتشكيل فريق من العلماء والخبراء لدراسة هذه المعايير في ضوء ما سبق وتقديم دراسة مفصلة قبل انعقاد المجمع في دورة قادمة". [البند رابعاً، القرار رقم 188 (20/3) الدورة العشرون، الجزائر].

4.8. والظاهر من قرار المجمع الأخير في الدورة العشرين أنه في حال الخلطة فرق بين حالات تطبق عليها قاعدة التبعية وأخرى تطبق عليها قاعدة الغلبة. وقد تضمن القرار بعض المعايير والحالات الخاصة بتطبيق قاعدة التبعية أو الغلبة مثل:

4.8.1. الأصل تبعية النقود والديون للأعيان والمنافع والحقوق في أسهم الشركات ووحدات الصناديق والصكوك، فإن انتفت هذه التبعية طبقت أحكام الغلبة.

4.8.2. تطبق قاعدة التبعية في حال كون التابع داخلاً في ملكية الورقة المالية، وتطبق أحكام الغلبة في حال كون التابع خارجاً عن ملكية الورقة.

4.8.3. تطبق قاعدة التبعية في حال بدء النشاط واستمراره، وتطبق نظرية الغلبة قبل بدء النشاط، أو في حال التصفية.

4.8.4. في حال طبقت قاعدة التبعية فلا يوجد حد أدنى للأعيان والمنافع والحقوق بشرط ما سبق.

4.8.5. في حال طبقت قاعدة الغلبة فقد سكت القرار عن النسبة التي تحقق الغلبة. وهي كما سبق في مقدمة هذا المبحث على عدة أوجه تحقق الغلبة وتتراوح بين ما تجاوز نسبة العنصر النصف أو بلغت الثلثين أو تجاوزت الثلثين.

وعلى الرغم من هذه المحاولة إلا أن قرار المجمع استشعر الحاجة لمزيد من البحث.

4.9. وقد أخذ بقاعدة التبعية بشكل واضح المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، والهيئة الشرعية لمصرف الراجحي في القرار رقم 305 بشأن الأسهم والقرار رقم 516 بشأن تداول وحدات صناديق البضائع في السعودية، والهيئة الشرعية لبيت الأوراق المالية في الكويت. وفيما يلي بعض النصوص:

المعيار الشرعي (21) بشأن الأسهم والسندات:

17/3 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.

18/3 لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها ديوناً فقط إلا بمراعاة أحكام التصرف في الديون.

19/3 إذا كانت موجودات الشركات مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون فيختلف حكم تداول أسهمها بحسب الأصل المتبوع وهو غرض الشركة ونشاطها المعمول به، فإذا كان غرضها ونشاطها التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة 30% [والأصح 33% طبقاً للمستندات الشرعية] 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.

20/3 يشترط لتطبيق ما ورد في البند 18/3 ألا يتخذ ذريعة لتصكيك الديون وتداولها بضم جزء من الأعيان والمنافع إلى الديون حيلة لتصكيك الدين.

وجاء في المستندات الشرعية لتلك البنود:

- مستند جواز تداول أسهم الشركات المشتملة على نقود أو ديون دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون ولو كانت أكثر من النصف؛ هو أنها تابعة، ويغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها لكن إذا كانت الأعيان والمنافع أقل من الثلث فإنه لا يجوز تداول الأسهم إلا بمراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون، لأن الأعيان والمنافع في هذه الحالة قليلة فلا يمكن اعتبار الديون والنقود تابعة لها، فتكون مقصودة بالعقد أصالة فيشترط فيها
- الشروط التي تشترط فيها لو كانت مفردة.
- مستند جواز تداول أسهم الشركات المشتملة على ديون ونقود إذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في الأعيان والمنافع دون نظر إلى نسبة الديون والنقود هو ما يأتي:
- حديث ابن عمر رضي الله عنهما: من ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع.[9] فالحديث نص على جواز ذلك دون نظر إلى جنس الثمن، وعموم لفظ "مال" في الحديث يتناول جميع أحواله؛ نقداً كان أو ديناً أو عرضاً، قليلاً أو كثيراً، ويدل على أن كونه ديناً أو نقداً أو قليلاً أو كثيراً في مقابلة ثمن العبد غير معتد به في الحكم؛ لأنه حينئذ تابع غير مقصود بالعقد أصالة.

[9] متفق عليه واللفظ للبخاري، صحيح البخاري كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (2250)، صحيح مسلم كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر(1543).

- وقد روى الإمام مالك هذا الحديث في الموطأ ثم قال: "الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له، نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم، وإن كان للعبد من المال أكثر مما اشتري به، كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً"[10] اهـ

-

حديث ابن عمر رضي الله عنهما: من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع.[11] فالحديث دليل على جواز اشتراط المشتري للثمرة مطلقاً سواء بدا صلاحها أو لم يبدُ، مع ثبوت النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها كما في حديث جابر رضي الله عنه: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه[12]، لكن لما كانت الثمرة تابعة لأصلها وهو النخل اغتفر فيها ما لم يغتفر لو كانت مستقلة بالعقد.

- من القواعد الفقهية المقررة عند أهل العلم أن (التابع تابع)، والناظر في هذه القاعدة وما تفرع عنها من قواعد، وما بني عليها من فروع، يدرك أن هذه القواعد تفيد بمجموعها: أن التابع يتبع أصله، وأنه لا يفرد بحكم، وأنه يملك بملك أصله، وأنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في الأصول المتبوعة.

- ومن المسائل التي فرعها أهل العلم على هذه القاعدة ما يأتي:

(أ) تبعية ما لم يتم صلاحه من الثمر لما تم صلاحه، وإن كان الذي صلح من الثمرة قليلاً، قال في "كشاف القناع" ما نصه: "... وصلاح بعض ثمرة شجرة في بستان صلاح لها أي للشجر وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد ... وإنما صح مع ما بدا صلاحه تبعاً له"[13]

(ب) بيع الدار المموه سقفها بالذهب بذهب، أو بالفضة بفضة، وبيع السيف المحلى بالذهب بذهب، وبيع اللبن بلبن، أو ذات الصوف بصوف ..الخ.

قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي

رقم 516 بتاريخ 2002/8/21

بشأن تداول وحدات صندوق البضائع ما نصه:

---

(10) انظر الموطأ

(11) متفق عليه واللفظ للبخاري، البخاري كتاب المساقات، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (2250)، صحيح مسلم كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر (1543).

(12) متفق عليه

(13) ج 287/3، وانظر: المغني 156/6.

"لا يجوز تداول وحدات الصندوق إلا بعد بدء نشاطه واستمرار مزاولته لهذا النشاط ، فلا يجوز التداول في فترة الاكتتاب إلا بمراعاة أحكام الصرف ، كما لا يجوز التداول عند توقف نشاط الصندوق نهائياً، كالتوقف للتصفية؛ وإذا كان في موجوداته ديون و نقود فيجب أن تراعى هنا أحكام الصرف و شروطه وأحكام بيع الدين".

4.9.1. يلاحظ أن المعيار الشرعي اشترط في المتبوع أن لا يقل عن الثلث من قيمة الخلطة، وهو حد الكثرة، وإلا أصبح تابعاً لا متبوعاً. كما يلاحظ أن الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي لم تشترط حداً أدنى للأعيان والمنافع بعد بدء النشاط واستمراره في صناديق البضائع. وقد اشترطت الهيئة الشرعية لبيت الأوراق المالية أن تبلغ الأعيان والمنافع 10% من الخَلطة.

4.10. وذهبت الهيئة الشرعية لمؤشر داو جونز في الصيغة المنشورة، وكذلك الهيئة الشرعية للبنك الأهلي السعودي إلى العمل بمعيار الغلبة، وهو أن تزيد الأعيان والمنافع عن النصف، أو ألا تبلغ الديون والنقود النصف.

4.11. في ضوء الجهود السابقة والتي استعراضها في هذا المبحث نعتقد ينتهي البحث إلى تحديد معايير وحالات التبعية والغلبة فيما يأتي:

4.11.1. الأصل تبعية النقود والديون للأعيان والمنافع والحقوق في أسهم الشركات ووحدات الصناديق والصكوك، لأن المقصود هو التعامل بها، والنقود والديون نشأت عن أصل هذا التعامل. فإن انتفى ذلك طبقت أحكام الغلبة بأن كانت النقود والديون هي مقصود التعامل.

4.11.2. تطبق قاعدة التبعية في حال كون التابع داخلاً في ملكية الورقة المالية أو الوحدة الاستثمارية، وتطبق أحكام الغلبة في حال كون التابع خارجاً عن ملكية الورقة.

4.11.3. تطبق قاعدة التبعية في حال بدء النشاط واستمراره، وتطبق نظرية الغلبة قبل بدء النشاط، أو عند توقف النشاط كما في حال التصفية.

4.11.4. ينتفي العمل بأحكام الغلبة أو التبعية في شركات الصرافة، وشركات الديون الربوية التي لا تتعامل بالسلع والمنافع والحقوق. وكذلك الشركات والصناديق والصكوك في حال توقف النشاط للتصفية.

4.11.5. إذا طبقت قاعدة التبعية فلا يوجد حد أدنى للأعيان والمنافع والحقوق بشرط تحقق ما سبق.

4.11.6. في حال طبقت قاعدة الغلبة فهناك ثلاثة توجهات لتحقيق غلبة الأعيان والمنافع والحقوق: الأول أن تزيد عن النصف، أو تبلغ الثلثين أو تزيد عن الثلثين. ويرى الباحث العمل بالأيسر وهو أن تزيد عن النصف، أو أن تكون النقود والديون أقل من النصف.

4.11.7. العرف هو المرجع في معرفة وتحديد المقصود المتبوع، وإذا أشكل تحديد المقصود المتبوع في العرف أو التبس أمره، فيجب –لإعمال قاعدة التبيعة في هذه الحالة– أن يكون التابع دون النصف (أقل من 50%) والمتبوع أكثر من النصف (أكثر من 50%).

4.11.8. لا يجوز أن يتخذ القول بجواز التداول ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول. أو أن يتجه الصندوق أو الشركة إلى التعامل بتلك الديون الناشئة عن الأعيان والمنافع.

والحمدلله رب العالمين.

مشروع القرار

حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة، حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل العقد، معايير التبعية وحالاتها، معايير الغلبة وحالاتها

حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة:

يجوز في إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة تعجيل الأجرة وتقسيطها، وتأجيلها، وهو قول عند الحنابلة ووجه عند الشافعية مراعاة لمعنى الإجارة.

حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل العقد:

يجوز تداول صكوك إجارة الأعيان الموصوف في الذمة قبل تعيين المحل، وهو قول عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة، أسوة بالإجارة المعينة المضافة للمستقبل، وتغليباً لأحكام الإجارة على أحكام السلم، وانسجاماً مع القول بجواز تأجيل الأجرة في الحالة نفسها.

معايير وحالات التبعية وحالاتها:

1. يؤكد المجمع على القرار (188 (20/3) بشأن استكمال موضوع الصكوك.
2. الأصل تبعية النقود والديون للأعيان والمنافع والحقوق في أسهم الشركات ووحدات الصناديق والصكوك، لأن المقصود هو التعامل بها، والنقود والديون نشأت عن أصل هذا التعامل. فإن انتفى ذلك طبقت أحكام الغلبة بأن كانت النقود والديون هي مقصود التعامل.
3. تطبق قاعدة التبعية في حال كون التابع داخلاً في ملكية الورقة المالية أو الوحدة الاستثمارية، وتطبق أحكام الغلبة في حال كون التابع خارجاً عن ملكية الورقة.
4. تطبق قاعدة التبعية في حال بدء النشاط واستمراره، وتطبق نظرية الغلبة قبل بدء النشاط، أو عند توقف النشاط كما في حال التصفية.
5. ينتفي العمل بأحكام الغلبة أو التبعية في شركات الصرافة، وشركات الديون الربوية التي لا تتعامل بالسلع والمنافع والحقوق. وكذلك الشركات والصناديق والصكوك في حال توقف النشاط للتصفية.
6. إذا طبقت قاعدة التبعية فلا يوجد حد أدنى للأعيان والمنافع والحقوق بشرط تحقق ما سبق.
7. في حال طبقت قاعدة الغلبة فهناك ثلاثة توجهات لتحقيق غلبة الأعيان والمنافع والحقوق: الأول أن تزيد عن النصف، أو تبلغ الثلثين أو تزيد عن الثلثين. ويرى الباحث العمل بالأيسر وهو أن تزيد عن النصف، أو أن تكون النقود والديون أقل من النصف.

8. العرف هو المرجع في معرفة وتحديد المقصود المتبوع، وإذا أشكل تحديد المقصود المتبوع في العرف أو التبس أمره، فيجب –لإعمال قاعدة التبيعة في هذه الحالة– أن يكون التابع دون النصف (أقل من 50%) والمتبوع أكثر من النصف (أكثر من 50%).

9. لا يجوز أن يتخذ القول بجواز التداول ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول. أو أن يتجه الصندوق أو الشركة إلى التعامل بتلك الديون الناشئة عن الأعيان والمنافع.

د.عبدالباري مشعل

مراجع البحث

1. حماد، نزيه حماد، فقه المعاملات المالية المعاصرة قراءة جديدة، دار القلم، 2007.
2. السويلم، سامي السويلم، منتجات صكوك الإجارة، ندوة الصكوك: عرض وتقويم، جدة، 2010/5/24.
3. الندوي، على الندوي، تداول أسهم الشركات المساهمة والصناديق، مقدم في الملتقى الفقهي الأول، مصرف الراجحي.
4. الندوي، علي الندوي، التبعية، مقدم في أمانة الهيئة الشرعية، مصرف الراجحي.
5. السند، عبدالرحمن السند، حكم تداول الأسهم والصكوك وضابطها الشرعية، دورة المجمع العشرين، الجزائر.
6. حسان، حسين حامد حسان، صكوك الاستثمار، دورة المجمع التاسعة عشرة، الشارقة.
7. مجمع الفقه الإسلامي، قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
8. مجمع الفقه الإسلامي، ندوة الصكوك: عرض وتقويم، جدة، 2010.
9. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية.
10. الراجحي، مصرف الراجحي، قرارات الملتقى الفقهي الأول.
11. الراجحي، مصرف الراجحي، قرارات هيئة الشرعية.
12. الإنماء، بنك الإنماء، قرارات الهيئة الشرعية.
13. المهذب، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.
14. فتح العزيز، فتح العزيز بشرح الوجيز، دار الفكر.
15. مغني المحتاج، مغني المحتاج إلى شرح ألفاظ النهاج، دار الكتب العليمة، 1994.
16. المنثور، نسخة المكتبة الشاملة،
17. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر.
18. شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، 1993.
19. الكافي، موفق بن قدامة، دار الكتب العلمية، 1994.
20. المغني، ابن قدامة، مكتبة القاهرة.