



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الثاني

المشاركة المتناقصة لتمويل الأصول الثابتة

فضيلة الشيخ / د.خالد بن محمد السيار

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



الرعاة الفضية

بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإحتياز
ALIMTAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحلي



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



المعهد الإسلامي للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد :

فهذه ورقة موجزة في هذا الموضوع، أكتبها بناء على طلب الجهة المنظمة المشرفة على مؤتمر شورى الفقهي الثامن، المتوقع انعقاده في الكويت في شهر ربيع الثاني ١٤٤١هـ (ديسمبر ٢٠١٩م).

وحرصا على الإيجاز، وطلبا للاقتصاد في الكتابة، للتركيز في المطلوب في ضوء كتاب الاستكتاب، فقد جعلت هذه الورقة في النقاط التالية:

١. هدف الورقة وحدودها .
 ٢. الاجتهادات السابقة في هذه المسألة .
 ٣. تعريف شركة الملك وشركة العقد وأحكامهما .
 ٤. تعريف المشاركة المتناقصة وتخريجها الفقهي .
 ٥. تطبيقات المشاركة المتناقصة .
 ٦. مقترح توصية .
 ٧. ملحقات الورقة .
- والموضوع جدير بالإفراد بالبحث والدراسة وإصدار معيار شرعي خاص بشأنه من أيوفي، يستوعب حقيقة شركة الملك وضابطها وأقسامها وأحكامها وتطبيقاتها بما في ذلك صور المشاركة المتناقصة محل الورقة .
- وتأتي هذه الورقة في سياق الطبيعة التراكمية للبحث العلمي، وهي تستكمل الجهود والأعمال السابقة وتبني عليها، لتكون ممهدة لإنضاج الموقف الشرعي من هذه المعاملة .
- وبالله تعالى التوفيق، والله من وراء القصد، وعليه قصد السبيل .



(١)

هدف الورقة وحدودها

أولاً: هدف الورقة:

١. سبق عرض هذا الموضوع في مؤتمر شورى الفقهي السادس (عام ٢٠١٥م)، ولم تصدر توصية بشأنه، لأسباب مختلفة، وترغب الجهة المنظمة إصدار توصية لإقفال الموضوع، بإصدار التوصيات والقرارات من شأنه الانتفاع بالمحافل العلمية على نحو أمثل.
٢. تحرير التخرّيج الفقهي لهذه الممارسة الشائعة في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، والتي جرى الاصطلاح على تسميتها (المشاركة المتناقصة). وهل هي شركة ملك أم شركة عقد، للفروق المؤثرة بينهما في الآثار والنتائج والأحكام.

ثانياً: حدود الورقة:

١. يقصد بهذه الورقة، المشاركة المؤقتة التي تنتهي بالتملك، والتي يكون الغرض منها التمويل، وغالباً ما تكون في تمويل المساكن، إضافة إلى بعض نماذج أصول صكوك الإجارة أو صكوك محافظ التمويل.
٢. وتقتصر الورقة على بحث الأصول الثابتة (العقارات) دون سواها لحصر النقاش فيها للوصول إلى توصية مناسبة تحصل على أغلبية الحضور، فلا يدخل في الورقة في هذه المرحلة من البحث، الأصول المنقولة مثل سلع التاجر التي يدفع ثمنها بواسطة اعتماد مستندي (أو ما يسمى اعتمادات المشاركة في بعض المؤسسات)، أو الحصص في شركات قائمة.
٣. كما لا يدخل في هذه الورقة، من باب أولى، عموم استخدام عقد المشاركة في تعاملات المؤسسات المالية الإسلامية، مثل الصناديق الاستثمارية أو حسابات الاستثمار (ودائع المضاربة) أو صكوك المضاربة، أو المشاركة التي تحصل بين العملاء في سلع المعادن الدولية لغرض التورق، أو المشاركة التي تحصل بين حملة وثائق التأمين الإسلامي القائمة على أساس شركة المناهدة، أو غيرها من الممارسات.

(٢)

الاجتهادات السابقة في هذه المسألة

هناك عدد من الاجتهاد السابقة في هذا الموضوع، منها حسب اطلاع كاتب الورقة:

أولاً: اجتهادات جماعية:

١. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن المشاركة المتناقصة عام ١٤٢٥هـ (٢٠٠٤م). ملحق بالورقة.



٢. المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن الشركة عام ١٤٢٣هـ (٢٠٠٢م). ملحق بالورقة.
٣. المعيار الشرعي رقم (٥٨) بشأن إعادة الشراء، بند (المشاركة المتناقصة)، عام ١٤٣٨هـ (٢٠١٧م). ملحق بالورقة.
٤. معيار شرعي بشأن شركة الملك صادر عن الهيئة الشرعية للبنك المركزي الباكستاني، بتاريخ ٨ أبريل ٢٠١٣م. وهو أوفى اجتهاد جماعي وقفت عليه. ملحق بالورقة.
٥. أعمال مؤتمر شوري الفقهي السادس بشأن (تطوير المشاركة المتناقصة) عام ٢٠١٥م.
٦. أعمال مؤتمر شوري الفقهي السابع بشأن (الإضافة إلى المستقبل في عقدي البيع والإجارة، حكمها وأثرها في تطوير العمل بمنظومة المشاركة المتناقصة) عام ٢٠١٧م.

ثانياً: اجتهادات فردية:

١. كتاب الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، للشيخ د. محمد تاويل رحمه الله، وهو رسالة دكتوراه، وهو من أوفى من رأيته قد حرر شركة الملك على نحو واسع، في النصف الأول من كتابه من ص ٣١ إلى ص ٢٦٩.
 ٢. بحث د. عبدالستار أبو غدة بعنوان: (تكييف شركتي العقد والملك، وأثره في تطبيقات الصكوك والمشاركة المتناقصة).
 ٣. ورقة للشيخ د. نزيه حماد الذي كتبه لهذا المؤتمر عن هذا الموضوع بعنوان (التكييف الفقهي للشركة التي تقوم عليها منظومة المشاركة المتناقصة: أهي شركة ملك أو شركة عقد؟).
 ٤. ورقة للشيخ د. علي الندوي بعنوان (الفرق بين شركة الملك وشركة العقد).
 ٥. بحث قانوني بعنوان (شركة الملك وفقاً للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية) تأليف: علي دروبي، ط. مكتبة زين الحقوقية، عام ٢٠٠٦م.
 ٦. تناول عدد من أعضاء المجلس الشرعي لأبوي في هذه المسألة في ثنايا أبحاث لهم سيأتي ذكرها في الورقة^١.
- وغيرها من الأعمال والجهود العلمية^٢.

١- بحوث في قضايا فقهية معاصرة، بحث الصكوك، تقي عثمان ج ٢ ص ٢٧٤ إلى ص ٢٧٦، أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي، بحث الصكوك، د. أسيد كيلاني ج ٤ ص ٢٠٣ إلى ص ٢٠٨.

٢- جرت مناقشات علمية مفيدة في هذا الموضوع في بعض المجموعات العلمية منها (منتدى الاقتصاد الإسلامي) وهي جديرة بالاطلاع عليها والإفادة منها.



(٣)

تعريف شركة الملك وشركة العقد وأحكامهما

أولاً: تعريف شركة الملك وشركة العقد:

١. توطئة:

شركة العقد هي المقصودة عند إطلاق الشركة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، وهي المقصودة بكتاب الشركات في المدونات الفقهية، وهي أظهر من التعريف بها، فليست محلاً للبحث أو الاشتباه. بينما يتناول الفقهاء شركة الملك وأحكامها في أبواب مختلفة، منها القسمة والصلح والجوار والشفعة والهبة والإرث والوصية وغيرها.

جاء في الفتاوى الهندية: (الشركة نوعان: شركة ملك، وهي أن يمتلك رجلان شيئاً من غير عقد الشركة بينهما، كذا في التهذيب. وشركة عقد، وهي أن يقول أحدهما شاركتك في كذا ويقول الآخر قبلت، هكذا في كنز الدقائق)^٢.

٢. تعريف شركة الملك:

لقد عرف الفقهاء شركة الملك تعريفات متقاربة، منها:

١. تعريف الحنفية: (شركة الأملاك: العين يرثها رجلان أو يشتريانها، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي)^٣.

٢. تعريف المالكية: (قال ابن عرفة: الشركة الأعمية تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط)^٤. فأخرج ما ليس بتمول، مثل النسب والقصاص والولاية^٥.

٣. وعرفها الشافعية مع شركة العقد بأنها: (ثبوت الحق ولو قهراً شائعاً في شيء لأكثر من واحد أو عقد يقتضي ذلك كالشراء)^٦.

٤. وعرفها الحنابلة: بأنها (اجتماع في استحقاق)، وهي: (شركة في المال، كاشتين ملكاً 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 حداً واحداً)^٧.

٣. مشروعية شركة الملك:

(لا خلاف بين المسلمين في مشروعية شركة الملك، وقد دل الكتاب والسنة والإجماع على مشروعيتها)^٨، (وليس يخالف أحد من أهل الفقه خلافاً يذكر في ثبوت شركة الملك...)

٢- الفتاوى الهندية ٢/٢٠١.

٤- فتح القدير ٦/١٥٣.

٥- مواهب الجليل ٥/١١٨.

٦- الشركات، تاويل ص ٣٧.

٧- تحفة المحتاج ٥/٢٨١.

٨- كشف القناع ٨/٤٧٦.

٩- الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. محمد تاويل ص ٤٢.



وإن لم يصرح بعضهم باسمها بل يتعمد كثير منهم أن يجمعوها في تعريف واحد مع شركة العقد، كما فعل بعض الشافعية^{١٠}. ولعل بهذا يمكن توجيه كلام ابن تيمية عن نفي الشافعي شركة العقد، وذلك بأنه لا يثبت شركة العقد إلا مع شركة الملك التي هي محل اتفاق المذاهب الفقهية^{١١}.

٤. أسماء شركة الملك في الفقه الإسلامي:

لشركة الملك عدة أسماء تختلف باختلاف المذاهب الفقهية:

١. شركة الملك أو شركة الأملاك. وهذه تسمية الحنفية والحنابلة.
٢. شركة العين. وهي من تسميات الحنفية^{١٢}، وهذا من أظهر الأسماء التي تبين حقيقة شركة الملك، بأنها شركة في عين محددة.
٣. الشركة العامة. وهي من تسميات الحنفية أيضا.
٤. الشركة الأعمىة. وهذه تسمية المالكية.
٥. أسماء شركة الملك في القانون المقارن^{١٣}:

كما لشركة الملك عدة أسماء بحسب استعمال القانون المقارن منها:

١. الملكية الشائعة.
٢. الملكية المشتركة.
٣. شراكة في الملك.
٤. شبه الشركة.
٥. حالة الشيوخ.

١٠- الموسوعة الفقهية ٢٦/٢١. والذي أعدد مادة (الشركة) في الموسوعة مع مواد أخرى: مثل (شركة العقد) و (الحوالة) و (المضاربة) و (القسمية) و (الوكالة) و (الإكراه) وغيرها، هو الشيخ العلامة الفقيه أ.د. إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة، تخرج في جامعة الأزهر، ولد عام ١٣٢٨هـ (١٩١٠م) وتوفي عام ١٤٠٩هـ (١٩٨٩م)، من أبرز مشايخه الشيخ عيسى منون، ومن زملائه د. عبد الغني عبد الخالق، ومن طلابه د. عبد الستار أبو غدة. عمل خبيراً في الموسوعة الفقهية في وزارة الأوقاف بالكويت، توفي مغموراً ولم يتزوج.

١١- قول ابن تيمية في الفتاوى ٣٠/٧٤: أن شركة العقد (لم يجوّزها الشافعي بناء على أصله، وهو أن مذهبه أن الشركة لا تثبت بالعقد، وإنما تكون الشركة شركة الأملاك خاصة، فإذا كانا شريكين في مال كان لهما نموؤه وعليهما غرمه... والجمهور يخالفونه في هذا ويقولون: الشركة نوعان: شركة أملاك، وشركة عقود، وشركة العقود أصلاً لا تفتقر إلى شركة الأملاك، كما أن شركة الأملاك لا تفتقر إلى شركة العقود، وإن كانا قد يجتمعان). ولذلك قال الشيخ د محمد تاويل رحمه الله بعد نقله كلام ابن تيمية: (المعروف عن الشافعية إثبات شركة العقود). الشركات، تاويل ص ٢٠.

١٢- رد المحتار ٤/٢٩٩.

١٣- ينظر: كتاب شركة الملك وفقاً للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية، علي درويبي.



٦. محل شركة الملك:

شركة الملك تكون في العين والمنفعة والحق والدين والنقد، وبعض الحنفية يرى أن شركة الملك لا تكون في الدين^{١٤}، ويجب عنه بأن الورثة شركاء في التركة شركة ملك بما فيها من أعيان وتقود وديون لمورثهم.

ثانيا: أحكام شركة الملك وشركة العقد:

هناك آثار وفروق وأحكام مختلفة بين شركة الملك والعقد، بعضها محل اتفاق بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين، وبعضها محل خلاف ستأتي الإشارة له، كما يقوى الخلاف في تحقيق المناط كما سيأتي في الفقرة التالية، ومن هذه الفروق والأحكام ما يأتي:

١. أهلية الشركاء:

أ. لا يشترط في شركاء شركة الملك من حيث الأصل: العقل ولا البلوغ ولا الرشد ولا أهلية التوكل والتوكيل.

ب. ولا غير ذلك مما يشترط في شركاء شركة العقد^{١٥}.

٢. شرط الرضا:

أ. شركة العقد لا تكون إلا اختيارية.

ب. بينما شركة الملك تكون اختيارية وإجبارية (إلزامية) مثل الإرث والغنيمة.

٣. محل الشركة:

أ. شركة الملك تصح في كل ما يصح تملكه، سواء جاز بيعه أم لا.

ب. بخلاف شركة العقد فلا تجوز إلا فيما يجوز بيعه، وعند بعض الفقهاء لا تجوز في بعض الأموال مثل العروض^{١٦}.

٤. الشريك أجنبي عن شريكه:

أ. الشريك في شركة الملك: أجنبي عن شريكه، وصرح بذلك عامة الفقهاء في تعريف شركة الملك، فلا يحق لأي من الشريكين التصرف في نصيب شريكه في الملك المشترك بغير إذن شريكه.

ب. وهذا خلافا لشركة العقد فإنها (مبنية على الوكالة والأمانة؛ لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه؛ آمنه، وبإذنه له في التصرف؛ وكله. ومن شرط صحتها: أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف)^{١٧}.

١٤- فتح القدير ١٥٣/٦.

١٥- الشركات، تاويل ص٤٩ و٥٦.

١٦- الشركات، تاويل ص٥٧.

١٧- المغني ١٢٨/٧.



٥. أثر موت الشريك:

أ. تبطل شركة العقد بموت أحد الشريكين أو زوال أهليته.

ب. خلافاً لشركة الملك فإن الجنون والسفه مثلاً لم يمنعا ابتداءها فلا يؤثر في دوامها، وأما الموت فينتقل نصيب الملك للورثة جبراً، وتستمر الشركة حينئذ بين الشريك وورثة شريكه^{١٨}.

٦. توزيع الربح.

أ. في توزيع الربح على الشركاء في شركة العقد خلاف مشهور، فمنهم من يرى أن الربح على حسب رأس المال، وهو مذهب المالكية^{١٩}، والشافعية^{٢٠}، ومنهم من يرى أن الربح بحسب الاتفاق، وهو مذهب الحنفية^{٢١}، والحنابلة^{٢٢}، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد الجماعي، وعليه العمل.

ب. بينما توزيع الربح في شركة الملك يكون بحسب حصص الملكية بالإجماع^{٢٣}.

قال الكاساني: (لا خلاف في شركة الملك أن الزيادة فيها تكون على قدر المال، حتى لو شرط الشريكان في ملك ماشية لأحدهما فضلاً من أولادها وألبانها، لم تجز بالإجماع)^{٢٤}.

وقال ابن رشد: (اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعاً لرؤوس الأموال، أعني إن كان أصل مال الشركة متساويين، كان الربح بينهما نصفين)^{٢٥}. ثم لما حكى الخلاف في توزيع الربح في شركة العقد، ذكر أن من أدلة من يرى أن الربح بحسب رأس المال: القياس على توزيع الربح في شركة الملك، فقال: (وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين، أعني أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة)^{٢٦}.

٧. ضمان رأس المال:

أ. لا يجوز في شركة العقد ضمان الشريك لشريكه بالإجماع، للربا والغرر، وهذا حكم ظاهر لا يحتاج مزيد بيان، وعليه استقرت الاجتهادات الجماعية.

ب. بينما في شركة الملك، وباعتبار أن الشريك فيها أجنبي عن شريكه، فيكون ضمانه حينئذ في حكم ضمان الطرف الثالث (الالتزام بالتبرع من طرف ثالث) الذي أجازته الاجتهادات الجماعية.

١٨- الشركات، تاويل ص٥٧.

١٩- الشرح الصغير ٤٦٨/٣.

٢٠- نهاية المحتاج ١٢/٥.

٢١- بدائع الصنائع ٦٢/٦ على ألا يشترط الشريك عدم العمل، ومشى عليه معيار الشركة.

٢٢- كشف القناع ٤٨١/٨ إذا كانت الزيادة في الربح نظير عمل الشريك.

٢٣- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د.عبدالستار أبو غدة ٦٤٨/٢/١٣ و٦٤٩، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، تقي عثمانى ج٢ ص٨٠، وج٢ ص٢٧٥، الشركات، تاويل ص٥٥ و٥٦ و١١٦ و٢٩٦ و٣٦٧.

٢٤- بدائع الصنائع ٦٢/٦.

٢٥- بداية المجتهد ٢٥٣/٢.

٢٦- بداية المجتهد ٢٥٣/٢.



٨. الوعد (في عقد الشركة) بالبيع بالقيمة الاسمية:

أ. في شركة الملك يجوز للشريك في عقد الشركة أن يلتزم بشراء حصة شريكه (أو يبيع حصته له) بثمن محدد ولو كان يساوي رأس مالها، ولو أدى ذلك إلى ضمان رأس المال أو جزء منه، فهذا ليس ممنوعاً في شركة الملك كما سبق، ويظهر هذا في تطبيقات المؤسسات المالية عند استخدام عقد المراجعة الذي ينتهي غالباً بتغطية أصل المال وربحه.

وهذا ما جاء في المعيار الشرعي رقم (٥٨) بشأن إعادة الشراء، في البند ٣/٤/٥: (يجوز في شركة الملك أن يبيع الشريك حصته لشريكه مع وعد من البائع بشرائها منه أو وعد من شريكه ببيعها له بقيمتها السوقية أو بما يتفق عليه العاقدان في حينه أو بثمن محدد... وللمشتري أن يؤجر حصته لشريكه)، أي ولو زاد مجموع دفعات الإجارة ودفعة التمليك (إن وجدت) عن الثمن الأول، كما هي تطبيقات المؤسسات في الإيجار التمويلي.

وجاء في مستند الأحكام الشرعية للمعيار: (مستند جواز التزام الشريك في شركة الملك بشراء حصة شريكه بثمن محدد، أن الشريك هنا أجنبي في حصة شريكه؛ إذ لا يتصرف أحد الشريكين في نصيب شريكه دون إذنه، فلا يؤدي الالتزام إلى محذور)^{٢٧}.

ب. أما في شركة العقد، فلا يجوز للشريك (في عقد الشركة) أن يلتزم بشراء حصة شريكه بثمن محدد مثل القيمة الاسمية، وهذا ما جاء في قرارات مؤسسات الاجتهاد الجماعي؛ لما يؤدي إليه ذلك من الربا بضمان الشريك لشريكه، وللغفر بمنافاة ذلك مقتضى المشاركة في الغنم والغرم والريح والخسارة، وهذا المعنى منتف فيما إذا كان الالتزام بالشراء بالقيمة السوقية^{٢٨}.

وقد جاء التأكيد على هذا المعنى في مواطن عدة من قرارات المجامع، والمعايير الشرعية، منها ما جاء في المعيار الشرعي للمراجعة في البند (٥/٢/٢): (يمتع الاتفاق بين المؤسسة والعميل على المشاركة في مشروع أو صفقة محددة مع وعد أحدهما للآخر بشراء حصته بالمراجعة الحالية أو المؤجلة في وقت لاحق)، وجاء في مستند الأحكام الشرعية: (أن ذلك يؤول إلى ضمان الشريك لحصة شريكه، وإلى الربا).

وذهبت بعض الاجتهادات الفرعية^{٢٩} إلى أن هذا ليس من الفروق المؤثرة بين شركة الملك وشركة العقد، وأن الالتزام (بالبيع أو الشراء) بالقيمة السوقية قد يؤدي إلى الغرر الفاحش فيمنع منه^{٣٠}، سواء أكان في شركة الملك أم شركة العقد.

٢٧- المعايير الشرعية ص ١٢٧٨.

٢٨- قرار مجمع الفقه الإسلامي في المشاركة المتناقصة (ملحق)، والمعيار الشرعي للشركة البند ٧/٥، والمعيار الشرعي لإعادة الشراء البند ٥/١/٥ والبند ٢/٤/٥، ومستندات المعايير الشرعية ص ١٢٧٧.

٢٩- أبحاث مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. سامي السويلم ص ١٥٢-١٥٥، مع مناقشات المؤتمر عام ٢٠١٥، ودراسات المعايير الشرعية، د. حسين حامد حسان ١٠٠٨/٢-١٠١٢.

٣٠- وهو متعذر في ممارسات المؤسسات المالية، كما أنه يفتح الباب على جواز البيع بثمن متغير (مناقشات مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. سامي السويلم، عام ٢٠١٥).

كما يجوز الالتزام بالشراء بالقيمة الإسمية في كل من شركة الملك وشركة العقد على حد سواء، بالشروط التالية:

١. بقاء الأصل عند تنفيذ الالتزام، لئلا يكون من بيع المعدوم.
٢. ألا يكون الشراء الأول من الشريك نفسه؛ لئلا يكون من بيع العينة.
٣. أن يكون المشروع رابحا.

والغرض من هذه الشروط نفي الربا والغرر، فليس في الالتزام بالقيمة الإسمية في نفسه ربا ولا ضمان لرأس المال، لأنه ليس أمرا متحققا في جميع الأحوال.

والذي يظهر لكاتب هذه الورقة أن هذا من الفروق المؤثرة بين شركة الملك والعقد. إلا أن ما جرى به القول بجواز الالتزام بالقيمة السوقية في شركة العقد، وإن كان خارج محل بحث هذه الورقة، لا يظهر أنه يخلو من شبهة الربا، باعتباره في حكم ضمان جزء من رأس المال، ذلك أن القيمة السوقية إن كانت مثل القيمة الاسمية أو أكثر، فهذا ظاهر أنه في حكم ضمان رأس المال، وأما إن كانت أقل فهي في حكم ضمان جزء من رأس المال، وهو ممنوع كضمان أصله، ولم أقف على من فرق بينهما من الفقهاء. ورغم هذا الإيراد الذي لم أجد ما يدفعه، إلا أنني لا أعلم فقيها معاصرا يقول به.

٩. تأجير الشريك حصة من الشركة لشريكه:

أ. أما في شركة الملك: فقد اتفق الفقهاء^{٣١} على جواز إجارة المشاع للشريك في شركة الملك، ونصوا فيها على جواز (إجارة السهم)^{٣٢}، ولو أدى ذلك إلى ضمان رأس المال أو جزء منه، فهذا ليس ممنوعا في شركة الملك كما سبق، ويظهر هذا في تطبيقات المؤسسات المالية عند استخدام عقد الإيجار التمويلي الذي ينتهي غالبا بالتمليك وتغطية أصل المال وربحه.

ب. وأما في شركة العقد:

• فإن كان الاستئجار لبعض أعيان الشركة المتاحة للتأجير، فالأصل جوازه، ولم أقف على من منعه إن كان غير مشروط في عقد الشركة، قال ابن قدامة في جملة ما يجوز من تصرفات الشريك في الشركة: (وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر)^{٣٣}.

• وإن كان الاستئجار لحصة الشريك المشاعة نفسها في شركة العقد:

١. فبعض الفقهاء المعاصرين^{٣٤} يمنعها في شركة العقد، لأن هذا يناه في مقتضى عقد الشركة، ويؤدي إلى قطع الشركة في الربح، فلا يجوز للشريك إجارة حصته في شركة العنان (أو المضاربة) لشريكه، لتناهي العقود، فالشريك (المؤجر) قد ضمن بذلك مبلغا معيناً في الشركة وهو ممنوع.

٣١- بدائع الصنائع ١٨٠/٤، حاشية الدسوقي ٤٤/٤، نهاية المحتاج ٢٧٨/٥، كشف القناع ٧٠/٩.

٣٢- بدائع الصنائع ١٨٠/٤.

٣٣- المغني ١٢٨/٧.

٣٤- أبحاث مؤتمر شورى الفقهي السادس، د يوسف الشيبلي ص٢٤٨، وظاهر معيار إعادة الشراء.



٢. وبعض الفقهاء المعاصرين^{٢٥}، يرى أنه لا فرق في ذلك بين شركة الملك والعقد، وهذا ظاهر المعيار الشرعي للإجارة ففي البند (٢/١/٥): (يجوز أن يكون محل الإجارة حصة من عين مملوكة على الشبوع، سواء أكان المستأجر شريكاً فيها للمؤجر أم لم يكن شريكاً فيها)، وهذا قد يشمل شركة الملك وشركة العقد، كما جاء مثله في قرار المجمع ومعيار الشركة (ملحقة بالورقة) في جواز تأجير حصة الشريك في شركة العقد.

(٤)

تعريف المشاركة المتناقصة وتخريجها الفقهي

أولاً: تعريف المشاركة المتناقصة:

جرى تعريف هذه المعاملة في قرار المجمع والمعيار الشرعي للشركة ولدى أكثر الباحثين بأنها عقد شركة يتعهد فيها أحد الشركين بشراء حصة الآخر (تدرجياً) إلى أن يملك المشتري المشروع بكامله.

ووصفها بأنها (متناقصة) الذي قد يوحي بأن هذا التناقص يحصل شيئاً فشيئاً، بأن يحصل التملك (تدرجياً) على دفعات، فهو وصف غير مؤثر ولا مقصود، وأغلب ممارسات المؤسسات المالية الإسلامية على أن التملك يحصل دفعة واحدة، سواء منذ البداية إذا جرى توقيع عقد المرابحة بعد المشاركة، أو عند النهاية إذا جرى توقيع عقد الإيجار التمويلي بعد المشاركة.

على أن هذا التملك التدريجي لا يتناسب مع طبيعة عمل المؤسسات المالية إلا في حال اختيار عقد الإيجار التمويلي مع اختيار التملك التدريجي بالهبة بعد سداد كل دفعة إيجار، أما البيع بالمرابحة على دفعات، فلا يناسب طبيعة مؤسسات التمويل التي تقتضي احتساب أرباح التمويل على حصة الممول كاملة وتحديدها منذ بدء السحب ومنح التمويل.

وأبرز فارق مؤثر يخرج هذه المشاركة التي تمارسها المؤسسات المالية عن المشاركة المعهودة عند الفقهاء، هو وجود عنصر التملك الذي ينقل الأصل إلى العميل، باعتبار أن غرض هذا العقد هو التمويل.

ولذا جاء من أسماء هذا العقد:

١. المشاركة المنتهية بالتمليك.

٢. المشاركة المؤقتة.

وهي أسماء تدل على المقصود وتشمل جميع الصور، وهي في نظري أقرب للمطلوب، إلا إن قيل أن مصطلح (المشاركة المتناقصة) قد بات علماً على هذه المعاملة بجميع صورها. وعلى أي حال فقد جرى عنوان الورقة متابعة لخطاب الاستكتاب، والتزاماً بمحاور المؤتمر.

٢٥- بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، د. عبدالستار أبو غدة ٥١/٥، ومناقشة شخصية من الباحث مع فضيلته على هامش دورة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في إمارة دبي في ٦ نوفمبر ٢٠١٩م.



ثانياً: التخريج الفقهي للمشاركة المتناقصة:

الذي تحصل لي بعد الاطلاع على ما وقفت عليه مما كتب في هذا الموضوع من التخريج الفقهي للمشاركة المتناقصة كما تجربها المؤسسات المالية الإسلامية، والمقارنة بينها وجمع الأقوال فيها، أنها تعود إلى ثلاث اتجاهات رئيسية:

١. أنها شركة عقد.

٢. أنها شركة ملك.

٣. أنها شركة مترددة بينهما.

الاتجاه الأول: أنها شركة عقد.

وأبرز أنصار هذا الرأي: د. عبدالستار أبو غدة^{٣٦}، ود. وهبة الزحيلي رحمه الله^{٣٧}.

وهو ظاهر قرار مجمع الفقه الإسلامي (ملحق بالورقة) فقد أجرى عليها أحكام شركة العقد، وإن نص في أول القرار على أنها: (معاملة جديدة).

ومستند هذا الاتجاه: خلط الأموال، ووجود نية الربح من أحد الطرفين أو كليهما.

وعلى هذا الاتجاه: فالمشاركة المتناقصة في المساكن، والعقارات الاستثمارية، والعقارات المؤجرة، والمصانع، والأصول التي تقوم عليها بعض نماذج الصكوك، كلها من قبيل شركة العقد، وينبغي أن تجري عليها أحكامها التي سبق ذكرها في الفقرة السابقة.

الاتجاه الثاني: أنها شركة ملك:

وأبرز أنصار هذا الرأي: د. نزيه حماد^{٣٨}.

ومستند هذا الاتجاه: أن شركة الملك تكون في عين أو منفعة محددة، وشركة العقد تكون في مال يتم تقليبه واستثماره والاتجار به لغرض الاسترباح.

وعلى هذا الاتجاه: فالمشاركة المتناقصة في الأصول الثابتة كالمساكن والعقارات، والسلع التي يدفعها ثمنها بواسطة اعتماد مستندي، والأصول الثابتة التي تقوم عليها بعض نماذج الصكوك هي من قبيل شركة الملك، وتطبق عليها أحكامها.

الاتجاه الثالث: أنها شركة مترددة بين شركة الملك وشركة العقد:

وهو ظاهر اختيار المعايير الشرعية لأبويه، واختار هذا الاتجاه عدد من الفقهاء والباحثين.

٣٦- بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ج ٥ ص ٢٧ و ٢٨ و ٤٦ و ٥٦، وج ٨ ص ٢٥ إلى ٥٢. ومناقشة شخصية من الباحث مع فضيلته على هامش دورة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في إمارة دبي في ٦ نوفمبر ٢٠١٩م. لكن قارن مع اجتهاد سابق لفضيلته في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٥٩/١/٦.

٣٧- مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٥٨/١/٦، ١٥٨/٢/١٢، ٤٨٨ و ٦٢٣ و ٦٥٦.

٣٨- التكييف الفقهي للشركة التي تقوم عليها منظومة المشاركة المتناقصة ص ٥، نظرية الوعد الملزم ص ١٤٢، في فقه المعاملات المالية والمصرفية ص ٨٢، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥١٣/٢/١٢ و ٦٣٣.



١. المعايير الشرعية ففي المعيار الشرعي رقم ١٢ بشأن الشركة الصادر عام ٢٠٠٢م نص صراحة على أن المشاركة المتناقصة تأخذ أحكام شركة العنان، ومن ثم أجرى عليها أحكامها، وأخرج من نطاق المعيار شركة الملك. بينما عقد بندا مستقلا للمشاركة المتناقصة في المعيار الشرعي رقم ٥٨ بشأن إعادة الشراء، الصادر عام ٢٠١٧م (ملحق بالورقة)، وجعلها نوعين شركة عقد، وشركة ملك. وهذا الذي دعاني إلى نظمه تحت هذا الاتجاه.
٢. كما يفرق الشيخ تقي عثمانى بين المشاركة المتناقصة في تمويل المساكن والسيارات التي غرضها الانتفاع الشخصي، فيجعلها من قبيل شركة الملك، ولا مانع من تطبيق أحكامها عليها، خلافا للأصول التي تقوم عليها بعض نماذج الصكوك، وأيضا الاستثمار في المستغلات والمشروعات التجارية، فهي من قبيل شركة العقد لأن الغرض منها الاسترباح^{٣٩}.
٣. ويرى الشيخ نظام يعقوبي أيضا أنها شركة جديدة لها شبه بشركة العنان وشركة الملك، وهي لشركة الملك أقرب^{٤٠}.
٤. ويرى د.عجيل النشمي أنها شركة مستحدثة فقد تكون شركة عقد وقد تكون شركة ملك بحسب الحال^{٤١}.

الموازنة بين هذه الاتجاهات:

الذي يظهر والله تعالى أعلم، بعد التأمل في تعريف شركة الملك، والنظر في ممارسات المؤسسات المالية الإسلامية، أن ضابط التفريق بين شركة الملك وشركة العقد: هو في أن الشركة بين الطرفين إذا كان غرضها تملك عين محددة (أصل)، دون عمل من أحد الطرفين فيها، ولم يكن غرضها تملك الأعيان لبيعها أو الاتجار فيها بتقليب عروض الشركة، فتكون من قبيل شركة الملك وتطبق عليها أحكامها، ولذا جاء من أسمائها (شركة العين)^{٤٢}.

ولا يؤثر في هذا الضابط قصد التبريح أو جود العائد أو الغلة، كاستغلالها بالتأجير مثلا بغير عمل الشريك^{٤٣}، فهذا لا يخرجها عن كونها شركة ملك، وعلى هذا جرى اصطلاح بعض الفقهاء، فقال: (و جاز كراء دار.. أو نصفها أو نصف كعبد، يعني أنه: يجوز كراء بعض الشيء والبعض الثاني إما لربه أو شريكه، ثم يستعملانه أو يقسما أجرته على قدر الحصص)^{٤٤}.

وأما القول بأنها تنشأ من غير عقد، فالمقصود عقد الشركة، وهذا يكون في شركة الملك الجبرية، ولذا لا يشترط لها الأهلية والرضا، كما يصح أن تكون في ما لا يصح بيعه مثل الثمر الذي لم يبد صلاحه، بينما شركة الملك الاختيارية فلا مانع أن تكون بعقد شركة، وليس هذا مؤثرا فيها.

٣٩- بحوث في قضايا فقهية معاصرة ج ١ ص ٢٢٩ و ج ٢ ص ٢٧٤، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣/٢٠١٣-٦٤٦-٦٤٧. وقد أحال

سماعته إلى كتاب الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله في المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٢٦٣ و ٥٥١.

٤٠- مناقشات مؤتمر شوري الفقهي السادس عام ٢٠١٥.

٤١- أبحاث مؤتمر شوري الفقهي السادس ص ١١٢ و ١١٣، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣/٢٠١٣-٥٦٨.

٤٢- في الدر المختار مع رد المحتار ٤/٢٩٩: (وركنها في شركة العين اختلاطهما، أي الملك، فإنها في مقابلة العقد الذي هو عرض غير عين).

٤٣- الشركات، تاويل ص ١٢٤.

٤٤- الشرح الصغير ٤/٦٠.



وبناء على ذلك:

فيكون من قبيل شركة الملك^{٤٥}: الأصول الثابتة كالمساكن والعقارات^{٤٦}، والأصول المنقولة كالمدات والسيارات والسلع التي يدفعها ثمنها بواسطة اعتماد مستندي^{٤٧} (ما يسمى اعتمادات المشاركة في بعض المؤسسات^{٤٨})، والأصول الثابتة التي تقوم عليها بعض نماذج الصكوك مثل صكوك الإجارة وصكوك محافظ التمويل، التي يعمد فيها المصدر إلى بيع جزء شائع من محفظته التمويلية القائمة على أصول مؤجرة إلى حملة الصكوك، أو بيع جزء شائع من أعيان مملوكة له إلى حملة الصكوك ثم استئجارها منهم.

أما إن كانت المشاركة بين الطرفين تقوم على أموال وعروض يتم تقليبها واستثمارها لغرض الربح، مثل ودائع المضاربة (حسابات الاستثمار)، وصناديق الاستثمار التي يقوم نشاطها على شراء السلع وبيعها بالأجل (صناديق المربحات)، وصكوك المضاربة في نشاط الشركة أو البنك، فهي من قبيل شركة العقد^{٤٩}، وتطبق عليها أحكامها. وليست هذه الصور محلاً للبحث في هذه الورقة.

كما أن هناك صور من المشاركة لدى المؤسسات هي من قبيل شركة الملك فيما يظهر للكتاب، إلا أنها ليست محلاً للبحث في هذه الورقة أيضاً كما سبق ذكره، ومن ذلك:

١. المشاركة التي تحصل بين العملاء المتمولين في تمويل المساكن وهو ما يسمى بعقود التضامن^{٥٠}.
٢. الشركة بين العملاء المتمولين في السلع الدولية المستخدمة في التورق، سواء اشترك عملاء في معادن كما في بورصة لندن، أو المشاركة في زيت الطعام كما في بورصة ماليزيا^{٥١}.
٣. علاقة حملة الوثائق فيما بينهم في نموذج التأمين التعاوني قائمة على شركة الملك استناداً إلى شركة المناهدة.
٤. الشركة في المنفعة بين المنتفعين في عقد التملك الزمني (التايم شير) التي تنشأ بينهم شركة ملك في المنافع المشاعة، ويتقاسمون بها المهايأة الزمانية.
٥. الشركة في الحقوق، مثل الاشتراك في تأليف الكتب بالاشتراك بين الباحثين.

٤٥- جاء في فتوى ندوة البركة ٧/١٥ فترة (ب) عام ١٩٩٨م: (يترتب على إسهام العميل في ثمن العين التي يشتريها البنك لإيجارها له، أن يصبح العميل شريكاً للمصرف في العين شركة ملك بنسبة إسهامه).

٤٦- قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ج ٢ ص ١١٢١، قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم ٩ عام ٢٠٠٩م، ٤٧- قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي التجاري ج ٢ ص ٤٨، و قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ج ٢ ص ١١٤٤ وعنوان القرار (إجازة اتصافية إنشاء شركة ملك)، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم ٤٢ عام ٢٠٠٩م.

٤٨- هذا استعمال الهيئات الشرعية لبنوك المملكة. ينظر مثلاً: الضوابط المستخلصة ص ٧١. وقد يطلق «اعتماد المشاركة» على الاعتماد المستندي الجماعي الذي يشترك في إصداره أكثر من بنك، وليس هذا مقصوداً هنا، ينظر: المعيار الشرعي رقم (١٤) بشأن الاعتمادات المستندية، بند ١٠/٢/٢، وأبحاث مؤتمر شورى الفقهي السابع ص ٢١٦ د.عبدالستار أبو غدة.

٤٩- قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي التجاري ج ١ ص ٣٩٨.

٥٠- قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي التجاري ج ١ ص ٦٧.

٥١- بحث د.أسيد كيلاني بشأن البطاقات في ندوة البركة، وبحث ودائع المراجعة د.يوسف الشبيلي.



٦. بعض الاجتهادات ترى أن العلاقة التعاقدية بين حملة الصكوك هي شركة ملك دوماً بغض النظر عن نوع العقد الشرعي الذي أنشئ الصك على أساسه، ويتكرر هذا الاجتهاد في علاقة ملاك وحدات الصناديق الاستثمارية فيما بينهم، وعلاقة أصحاب حسابات الاستثمار فيما بينهم^{٥٢}، وعلاقة المساهمين فيما بينهم في شركة المساهمة لا سيما على القول بأن السهم حصة في الشخصية الاعتبارية^{٥٣}، وهذا خلافاً للاجتهادات الجماعية في هذه المسألة.

(٥)

تطبيقات المشاركة المتناقضة

هناك تطبيقات متفرقة للمشاركة المتناقضة محل البحث، في ممارسات المؤسسات المالية الإسلامية رأت بعض الاجتهادات الشرعية تخريجها على شركة الملك، ورتبت عليها آثارها، وليس من غرض الورقة دراستها أو مناقشتها، فهذا يخرج الأمر عن مقصوده، وإنما المقصود استصحابها عند بيان الحكم في هذه المسألة، لاطراد الأحكام وعدم تعارضها، فمن هذه التطبيقات:

١. الشركة في التمويل العقاري، التي تكون المشاركة فيها بين الممول مع الممول.
٢. الشركة في أصول منقولة يدفع ثمنها بواسطة اعتماد مستندي فيما يسمى اعتمادات المشاركة في بعض المؤسسات في المملكة كما سبق.
٣. الشركة في الأصول الثابتة التي تقوم عليها بعض نماذج صكوك الإجارة وصكوك محافظ التمويل.

(٦)

مقترح توصية^{٥٤}

١. تقوم المنظومة التمويلية المستحدثة الموسومة بـ«المشاركة المتناقضة»^{٥٥} على إحداث (إنشاء) شركة ملك مؤقتة في العقار (أو المشروع^{٥٦}) المراد تمويله بين المصرف الممول والعميل طالب التمويل. وفقاً للمفاهيم المسبقة بينهما.

٥٢- بحوث في قضايا فقهية معاصرة، تقي عثمان ج ٢ ص ٨٠.

٥٣- تعليق د. الصديق الضيرير على بحث د. محمد القري عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فذكر د. الصديق الضيرير أن نوع الشركة بين المساهمين (في ضوء ذلك التخريج) تكون شركة ملك.

٥٤- أصل هذا المقترح من الجهة المنظمة للمؤتمر، وقد علقت عليها بمقترحات، والمأمول هو الوصول إلى صيغة توافقية تحصل على أغلبية الحاضرين.

٥٥- أقترح إضافة العبارة التالية: (أو «المشاركة المؤقتة» أو «المشاركة المنتهية بالتمليك»).

٥٦- أقترح استخدام كلمة (الأصل) بدلاً عن كلمة (المشروع) الذي قد يطلق على عروض يتم تقليبها.



٢. وتتألف هذه المنظومة، بحسب طبيعتها، والغرض التمويلي المقصود من إبرامها، من مجموعة عقود والتزامات مترابطة الأجزاء، متعاقبة المراحل، وفقا لنظام هيكلي يحكمها كمعاملة واحدة، لا تقبل التفكيك أو التغيير أو الاجتزاء، يجري التواطؤ (التفاهم) المسبق بين طرفيها على إنشائها على نسق محدد، ونظام مرتب، يؤول ويفضي الى تحقيق الغرض التمويلي الذي اتجهت إرادة العاقدين وقصدهما إلى بلوغه.

٣. أما بنود اتفاقيتها بحسب مراحل تنفيذها، فتكون على النسق الآتي:

أولاً: بتعهد (التزام) كل واحد من طرفيها بالاشتراك مع الآخر في تملك الأصل (محل التمويل) بعقد شراء من ماله بالحصص النسبية الشائعة المتفق عليها بينهما. وتعتبر هذه الشركة المحدثة من قبيل (شركة الملك).

ثانياً: بالمواعدة الملزمة^{٥٧} ببيع الشريك الممول (البنك) حصته من العين المشتركة للعميل^{٥٨} منجمة (مفرقة) على بيعات متعددة متوالية مضافة إلى المستقبل، معلومة المقادير النسبية من الملك المشترك، ومحددة الأثمان بالقيمة الاسمية، أو غيرها مما يقع عليه تراضيهما منذ البداية. ولا يخفى أن المواعيد الملزمة بالبيع بثمن معلوم في أجل معلوم من الطرفين هي عقود بيع مضاف إلى المستقبل حكما وتقديرا في النظر الفقهي^{٥٩}، وأن البيع المضاف الى المستقبل صحيح لازم على الراجح من أقاويل الفقهاء إذا كانت العين المبيعة مأمونة الهلاك وتغير الصفات التي كانت عليها وقت المواعدة عند حلول الأجل الذي أضيف اليه البيع في المستقبل، لعدم ثبوت دليل شرعي مانع. (انظر البند الأول والثاني من قرار مؤتمر شوري الفقهي السابع في المحور الثاني من «تطوير المشاركة المتناقصة» بالإضافة إلى المستقبل في عقدي البيع والاجارة، حكمهما وأثرهما في تطوير العمل بمنظومة المشاركة المتناقصة).

ثالثاً: بالمواعدة الملزمة^{٦٠} بتأجير الشريك الممول (المصرف) حصته في الملك المشترك إلى شريكه (العميل) للفترات الزمنية المحددة بأجرة معلومة مسبقا لكل فترة، ولكل نسبة معينة من الحصة، أو بالأجرة التي يتفقان على تحديدها عند مجيء كل فترة زمنية مستقبلية معلومة. ولا يخفى أن المواعيد الملزمة بتأجير الأملاك هي عقود اجارة مضافة إلى المستقبل اعتبارا وتقديرا في النظر الفقهي^{٦١}، وأن حكمها الصحة واللزوم في قول جماهير أهل العلم إذا كانت الأجرة محددة وقت المواعدة. أما إذا كانت غير محددة المقدار وقتها، كتواعدهما على اجارة الشريك (الممول) حصته للعميل بالبدل الذي يتفقان عليه عند بداية كل فترة زمنية قادمة (كل عام مثلا)

٥٧- أقتراح وضع ثلاث خيارات:

١. البيع المضاف كما صدرت به توصية مؤتمر شوي الفقهي السابع.
٢. الوعد الملزم من طرف واحد، فالأغلب على جوازه، ووجوده يخدم التوصية ولا يؤثر فيها، وعليه عدد من الممارسات.
٣. المواعدة الملزمة كما في التوصية، ويسكت عن تخريجها، فبعضهم يرى جوازها في هذه الصورة إلا أنه يخالف في تخريجها على البيع المضاف، فقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي الذي أجاز المواعدة الملزمة في بعض الأحوال: (المواعدة الملزمة لا تاخذ حكم البيع المضاف إلى المستقبل، فلا ينتقل بها ملك المبيع إلى المشتري، ولا يصير الثمن ديناً عليه، ولا ينقذ البيع إلا في الموعد المتفق عليه بإيجاب وقبول).

٥٨- أقتراح هنا إضافة عبارة (دفعة واحدة أو على دفعات) لتشمل جميع ممارسات المشاركة المتناقصة.

٥٩- لو اكتفينا بجواز المواعدة الملزمة في هذه الصورة، دون تخريجها، كسبا للأصوات.

٦٠- مثل الاقتراح في (ثانياً). تذكر ثلاث خيارات: الإجارة المضافة، والوعد الملزم من طرف واحد، والمواعدة الملزمة.

٦١- لو اكتفينا بجواز المواعدة الملزمة في هذه الصورة، دون تخريجها، كسبا للأصوات.



فإن حكمها الأصلي هو الفساد^{٦٢}، لجهالة الأجرة عند إنشاء المواعدة، حيث إن جهالتها تتنافى مع التراضي الذي هو ركن جميع عقود المعاوضات (إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم) إذ التراضي لا يكون إلا بمعلوم. غير أن هذه الجهالة لما كانت في عقد تبعية أو ضمني في معاهدة مالية مركبة من مجموعة عقود والتزامات في صفقة واحدة، فإنها تكون مغتصرة في النظر الشرعي، بناء على ما قرره جمهور الفقهاء من اغتفار الجهالة في عقود المعاوضات المالية إذا وقعت في التوابع والضمينيات وبذلك أخذ المعيار الشرعي للجمع بين العقود رقم (٢٥) لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في الفقرة (٢/٢/٥).

٤. وختاماً، فنظراً لتأسيس هذه المنظومة المستحدثة على قواعد الهندسة المالية، فإن جميع ما تتطوي عليه اتفاقيتها الجامعة من عقود والتزامات، تعتبر صفقة واحدة ومعاملة واحدة. ولا يصح أي شيء من أجزائها أو مفرداتها بعقد مستقل أو منفرد.

(٧)

ملحقات الورقة

(أولاً): قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي

١. المشاركة المتناقصة: معاملة جديدة تتضمن شركة بين طرفين في مشروع ذي دخل، يتعهد فيها أحدهما بشراء حصة الطرف الآخر تدريجياً، سواء أكان الشراء من حصة الطرف المشتري في الدخل أم من موارد أخرى.

٢. أساس قيام المشاركة المتناقصة: هو العقد الذي يبرمه الطرفان ويسهم فيه كل منهما بحصة في رأس مال الشركة، سواء أكان إسهامه بالنقود أم بالأعيان بعد أن يتم تقويمها، مع بيان كيفية توزيع الربح، على أن يتحمل كل منهما الخسارة (إن وجدت) بقدر حصته في الشركة.

٣. تختص المشاركة المتناقصة بوجود وعد ملزم من أحد الطرفين فقط، بأن يملك حصة الطرف الآخر، على أن يكون للطرف الآخر الخيار، وذلك بإبرام عقود بيع عند تملك كل جزء من الحصة، ولو بتبادل إشعارين بالإيجاب والقبول.

٤. يجوز لأحد أطراف المشاركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولمدة محددة، ويظل كل من الشريكين مسؤولاً عن الصيانة الأساسية بمقدار حصته.

٥. المشاركة المتناقصة مشروعة إذا التزم فيها بالأحكام العامة للشركات، وروعت فيها الضوابط الآتية:

أ. عدم التعهد بشراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع.

٦٢- أفتتح احتواء اجتهاد من يرى جواز الأجرة المتغيرة (قدر الإمكان) كما عليه المجمع والمعايير وغالب الهيئات الشرعية.



- ب. عدم اشتراط تحمل أحد الطرفين مصروفات التأمين أو الصيانة وسائر المصروفات، بل تحمل على وعاء المشاركة بقدر الحصص.
- ج. تحديد أرباح أطراف المشاركة بنسب شائعة، ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح أو نسبة من مبلغ المساهمة.
- د. الفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة.
- هـ. منع النص على حق أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل).

٦٢ (ثانياً): المعيار الشرعي بشأن الشركة (أيوفي)

المشاركة المتناقصة (المبنية من شركة العنان):

١. المشاركة المتناقصة عبارة عن شركة يتعهد فيها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجياً إلى أن يملك المشتري المشروع بكامله. ولا بد أن تكون الشركة غير مشترط فيها البيع والشراء، وإنما يتعهد الشريك بذلك بوعد منفصل عن الشركة، وكذلك يقع البيع والشراء بعقد منفصل عن الشركة، ولا يجوز أن يشترط أحد العقدين في الآخر.
٢. يجب أن تطبق على المشاركة المتناقصة الأحكام العامة للشركات، وبخاصة أحكام شركة العنان. وعليه لا يجوز أن يتضمن عقد الشركة أي نص يعطي أياً من طرفي المشاركة الحق في استرداد حصته من رأس مال الشركة.
٣. لا يجوز اشتراط تحمل أحد الشريكين وحده مصروفات التأمين أو الصيانة ولو بحجة أن محل الشركة سيؤول إليه.
٤. يجب أن يقدم كل من الشريكين حصة في موجودات الشركة، سواء كانت مبالغ نقدية أو أعياناً يتم تقويمها مثل الأرض التي سيقام البناء عليها، أو المعدات التي يتطلبها نشاط الشركة. وتعتمد حصص الملكية الخاصة لكل طرف لتحميل الخسارة إن وقعت، وذلك في كل فترة بحسب تناقص حصة أحد الشركين وتزايد حصة الشريك الآخر.
٥. يجب تحديد النسب المستحقة لكل من أطراف الشركة (المؤسسة والعميل) في أرباح أو عوائد الشركة، ويجوز الاتفاق على النسب بصورة مختلفة عن حصص الملكية، ويجوز استبقاء نسب الأرباح ولو تغيرت حصص الملكية، ويجوز الاتفاق بين الطرفين على تغييرها تبعاً لتغير حصص الملكية دون الإخلال بمبدأ تحميل الخسارة بنسبة حصص الملكية.
٦. لا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح لأحد الطرفين.

٦٢- اقتصر على نقل محل الشاهد من المعيار، وهي الفقرة ٢/٢/٢، مع البند (٥) كاملاً. كما يلاحظ أنه قد جاء في نطاق المعيار: لا يتناول هذا المعيار شركة الملك (حالة الشيوخ في الملكية).



٧. يجوز إصدار أحد الشريكين وعدا ملزما يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجيا من خلال عقد بيع عند الشراء وبحسب القيمة السوقية في كل حين أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الشراء. ولا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية.
٨. لا مانع من تنظيم عملية تملك حصة المؤسسة من قبل شريكها بأي صورة يتحقق بها غرض الطرفين، مثل التعهد من شريك المؤسسة بتخصيص حصته من ربح الشركة أو عائدها المستحق له ليمتلك بها حصة نسبية من حصة المؤسسة في الشركة أو تقسيم محل الشركة إلى أسهم يقتتي منها شريك المؤسسة عددا معيناً كل فترة إلى أن يتم شراء شريك المؤسسة الأسهم بكاملها فتصبح له الملكية المنفردة لمحل الشركة.
٩. يجوز لأحد أطراف الشركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولدة محددة مهما كانت، ويظل كل من الشريكين مسئولاً عن الصيانة الأساسية لحصته في كل حين.

(ثالثا): المعيار الشرعي بشأن إعادة الشراء (أيوفي)^{٦٤}

٤/٥ المشاركة المتناقصة في العين مع بائعها:

١/٤/٥ هي شراء حصة مشاعة من عين أو مشروع، مع وعد من الشريك البائع بالشراء التدريجي لحصة شريكه. وهي جائزة بالشروط السابقة في البند (٣)، ويراعى ما جاء في البند (٥) من المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن المشاركة والشركات الحديثة.

٢/٤/٥ لا يجوز للشريك في شركة العقد أن يعد شريكه وعدا ملزما بشراء الحصة التي باعها لذلك الشريك إذا كان الوعد بثمن محدد عند صدور الوعد بصرف النظر عن قيمتها السوقية وقت التنفيذ؛ لمنافاة ذلك لمقتضى المشاركة في الغنم والغرم، ويجوز إذا كان الشراء بالقيمة السوقية أو بما يتفق عليه العاقدان في حينه. وينظر البند رقم (٧/٥) من المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن الشركة والشركات الحديثة.

٣/٤/٥ يجوز في شركة الملك أن يبيع الشريك حصته لشريكه مع وعد من البائع بشرائها منه أو وعد من شريكه ببيعها له بقيمتها السوقية أو بما يتفق عليه العاقدان في حينه أو بثمن محدد، مع مراعاة ما جاء في الفقرة (٣) والبند (١/٥) من هذا المعيار، وللمشتري أن يؤجر حصته لشريكه^{٦٥}. ولا ينال في ذلك ما جاء في البند رقم (٧/٥) من المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن الشركة والشركات الحديثة؛ لأن ما جاء فيه وارد في شركة العقد.

٦٤- اقتضرت على نقل محل الشاهد من هذا المعيار الصادر عام ٢٠١٧م، ويعدّ مفسرا ومقيدا لما جاء في معيار الشركة الصادر عام ٢٠٠٢م.

٦٥- يلاحظ أن جواز التأجير لم يذكر في فترة شركة العقد.



(رابعاً): المعيار الشرعي بشأن شركة الملك والمشاركة المتناقصة (المبنية على شركة الملك)^{٦٦}

الصادر عن الهيئة الشرعية للبنك المركزي الباكستاني

في ٨ أبريل ٢٠١٣ م

نطاق المعيار:

١. يطبق هذا المعيار على جميع أشكال الملكية المشتركة، المنظمة على أساس شركة ملكية الأصول أو العقارات باستثناء الديون والنقود.

٢. يطبق هذا المعيار أيضاً على المشاركة المتناقصة المبنية على شركة الملك.

تعريفات:

١. تعريف شركة الملك: هي ملكية مشتركة لشخصين أو أكثر في أصول أو عقارات معينة، دون وجود نية مشتركة للدخول في أعمال فيما يتعلق بهذه الأصول أو العقارات.

٢. علاقة الملاك المشتركين في شركة الملك: يكون كل مالك مشترك مستقلاً عن المالك (المالك) الآخرين، أي أن كل منهم ليس كفيلاً أو ضامناً أو وكيلًا ولا أمينًا، فيما يتعلق بحصة المالك أو المالكين الآخرين المشتركين في الأصول أو العقارات المشتركة.

القواعد العامة لشركة الملك:

أولاً: تنفيذ عقد الشركة:

١. قد تنشأ شركة الملك (الملكية المشتركة) بانتقال حق الملكية بسبب الميراث أو الهدية أو الشراء المشترك. وقد تكون هذه العلاقة القانونية اختيارية كما في حال الشراء المشترك، أو إلزامية (إجبارية) كما في حال الميراث. يجب أن يتم توثيق (تسجيل) هذا الترتيب بطريقة رسمية.

٢. تُحدد الحصة النسبية لكل مالك مشترك في الأصل أو العقار المشترك عند بداية شركة الملك كما تم تقويمها من قبل المقوم (أو المقومين) وفقاً لممارسات السوق أو القيمة العادلة الثابتة التي يتم تحديدها من خلال إبرام اتفاقية متبادلة أو على أساس المساهمة النقدية الذي يساهم بها الملاك المشتركين.

٣. يجوز للمؤسسة التي تقدم خدمات مالية إسلامية تقديم تمويل مؤسسي عن طريق الدخول في شركة الملك مع البنوك التقليدية والمؤسسات المالية الأخرى الخاضعة لضمان الامتثال للعمليات وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

٦٦- حصلت على نسخة منه من فضيلة الشيخ إرشاد إعجاز عضو الهيئة الشرعية لأحد البنوك الإسلامية الباكستانية، وعضو اللجنة التحضيرية المشكلة من البنك المركزي الباكستاني لإعداد المعيار، وقد اعتمد من الهيئة الشرعية للبنك المركزي، وصدر عام ٢٠١٣م باللغة الإنجليزية. وقد توليت ترتيب ترجمته إلى اللغة العربية وراجعتها. وقد اقتصر البنك المركزي على هذا المعيار لحاجة سوق التمويل الإسلامي في باكستان إليه، وأما في بقية المعاملات فالبنوك الإسلامية الباكستانية تعتمد على المعايير الشرعية لأبوة.



٤. يحق لكل مالك مشترك بيع أو هبة أو تأجير حصته في الأصل أو الملكية المشتركة إلى مالك (ملاك) مشتركين آخرين أو إلى أي شخص آخر، ما لم يؤثر هذا الإجراء على حق المالك أو الملاك المشتركين الآخرين.
٥. يجوز للمالك المشترك في شركة الملك أن يتعهد بشراء حصة المالك أو الملاك الآخرين بالقيمة الاسمية أو القيمة الدفترية أو القيمة المتفق عليها أو القيمة السوقية؛ على أن يكون هذا التعهد مستقلا عن عقد شركة الملك.
٦. يجوز للمالك المشترك في شركة الملك أن يعوض خسارة المالك أو الملاك الآخرين، في حال أساء التصرف أو الإهمال أو الإخلال بالعقد.
٧. سيعامل أي ربح أو خسارة في الأصول أو العقارات المملوكة ملكية مشتركة لأي سبب من قبل مالكيها المشتركين، على أساس نسبة ملكيتهم.
٨. يجوز للملاك المشتركين إسناد إدارة الأصول أو العقارات المشتركة للمالك المشترك (الملاك) المشتركين، أو تعيين مدير آخر غير المالك أو الملاك المشتركين لإدارة الأصول أو العقارات المشتركة.
٩. يجوز دفع أجرة مقابل إدارة الأصول أو العقارات المشتركة، إلى المالك (الملاك) المشتركين أو للمدير المعين من غير الملاك المشتركين، وستعد هذه المكافأة ضمن مصروفات شركة الملك.
١٠. لا يجوز للمالك (الملاك) المشتركين استعمال حصة (حصص) المالك أو المالكين الآخرين دون الحصول على موافقتهم. ومع ذلك، يمكن للمالك (الملاك) المشتركين استعمال حصة المالك أو الملاك الآخرين، بشروط متفق عليها، مقابل عوض أو بدون عوض.
١١. يجوز للمالك المشترك في شركة الملك أن يشترط أن مالكا مشتركا آخر، يجب أن يوفر ضمانا شخصيا أو تعهدا لتغطية حالات إساءة التصرف أو الإهمال أو الإخلال بالعقد.
١٢. يتحمل جميع المالكين المشتركين المصروفات، بما في ذلك الضرائب، والرسوم المفروضة، والرسوم المتعلقة بالملكية المشتركة، وذلك بما يتناسب مع ملكيتهم.
١٣. يجوز للمالك المشترك الدخول في وعد ملزم لاستمرارية الملكية المشتركة لفترة زمنية متفق عليها بشكل متبادل.

ثانيا: الانسحاب من أو إنهاء شركة الملك:

١. وفقا لأي اتفاقية يتم إبرامها أو من خلال موافقة متبادلة من المالكين المشتركين، يجوز للمالك المشترك سحب حصته من الأصل المشترك أو الملكية المشتركة بعد تقديم إخطار حسب الأصول، إلى المالك (الملاك) المشتركين الآخرين.
٢. يمكن أن يتأثر السحب من خلال بيع أو منح هدية للمالك (الملاك) المشتركين الحاليين أو لأي شخص (أشخاص) آخرين. في حال البيع، قد يتفق الأطراف على القيمة الاسمية أو القيمة الدفترية، أو أي قيمة يتفق عليها، أو القيمة السوقية.

٣. لا يؤدي سحب مالك واحد أو أكثر من الملاك المشتركين إلى إنهاء الملكية المشتركة بين المالك (الملاك) الآخرين.

٤. مع مراعاة البند الفرعي (١٣) من (أولاً)، يجوز للملاك المشتركين الاتفاق على إنهاء الملكية المشتركة قبل الفترة المتفق عليها.

المشاركة المتناقصة (على أساس شركة الملك):

١. المشاركة المتناقصة هي شكل من أشكال الملكية المشتركة في الأصول أو العقارات التي يتعهد فيها أي من المالكين المشتركين بشراء حصة ملكية المالك أو المالكين المشتركين الآخرين تدريجياً، إلى أن يتم نقل ملكية الأصل المشترك أو الملكية المشتركة بالكامل إلى المالك المشترك الذي قام بالشراء.

٢. تطبق القواعد العامة لشركة الملك على المشاركة المتناقصة على أساس شركة الملك.

٣. يجب أن يكون بيع وشراء حصة المالك المشترك في الملكية المشتركة مستقلاً عن عقد الملكية المشتركة.

٤. يجوز لأي من المالكين المشتركين تأجير حصته إلى المالك أو المالكين المشتركين الآخرين بأي مبلغ ومدة محددة. في مثل هذه الحال، يظل كل مالك مشترك مسؤولاً عن الصيانة الأساسية لحصته في الوقت المناسب بينما يتحمل المستأجر الصيانة التشغيلية.

٥. تسري القواعد العامة للإجارة على ترتيب الاستئجار من قبل المالك المشترك لحصته في الأصل أو الملكية المشتركة.

٦. تتضمن ترتيبات المشاركة المتناقصة عدة عقود وتعهدات يجب أن تكون مستقلة عن بعضها البعض ويجب تنفيذها بالتتابع على النحو المنصوص عليه في البند الفرعي (٩) من هذه الفقرة.

٧. يتكون ترتيب المشاركة المتناقصة التي تتكون على أساس الإجارة مما يلي على الأقل:

أ. عقد شركة الملك.

ب. عقد الإجارة.

ج. تعهد من أي مالك (ملاك) مشتركين ببيع أو شراء حصة من المالك أو الملاك الآخرين.

٨. تسري جميع شروط وأحكام أساليب التمويل أو إبرام العقود أو الاتفاقيات ذات الصلة على ترتيب هذه المشاركة المتناقصة.



٩. يكون تسلسل الاتفاقات والتعهدات في المشاركة المتناقضة على النحو التالي:

أ. يجب أن يتم توقيع عقد شركة ملك للملكية المشتركة بين الملاك المشتركين.

ب. يجب أن يكون هناك عقد إجارة بين المؤجر والمستأجر، وأن يكون كلاهما مالك مشترك. يخضع هذا العقد لقواعد الإجارة.

ج. يجوز منح تعهد من أي مالك مشترك لبيع أو شراء حصة من مالك مشترك آخر من قبل (مالك مشترك آخر بصفته مشتريا)، إلى (مالك مشترك آخر بصفته بائعا) بحيث يقوم (المالك المشترك بصفته مشتريا) بشراء جميع الحصص بسعر متفق عليه بشكل متبادل وفقا للفقرة الفرعية (٢) من (ثانيا) إلى أن يتم نقل ملكية الأصل أو العقار بالكامل إليه. يمكن أيضا تقديم تعهد من (المالك المشترك الآخر بصفته بائعا) إلى (مالك مشترك آخر بصفته مشتريا) بحيث يكون مفاده أن (المالك المشترك بصفته بائعا) سيبيع الحصص التي يملكها إلى (المالك المشترك بصفته مشتريا) في حال رغبته في شراء الحصص في وقت يسبق الجدول الزمني المتفق عليه، على النحو المحدد في البند الفرعي (٢) من (ثانيا).

١٠. يتم توثيق بيع الحصص من قبل المالك المشترك إلى المالك المشترك الآخر بالطريقة التي يتفق عليها الملاك المشتركون.

١١. في حال تعذر على المالك المشترك (بصفته مشتريا) الوفاء بتعهدة فيما يتعلق بالدفع والشراء الدوريين، يجوز بيع الأصل المشترك في السوق المفتوحة ويحق للمالك المشترك (بصفته بائعا) استرداد ما يأتي:

أ. الخسارة الفعلية، وهي تمثل الفرق بين سعر السوق والسعر المذكور في التعهد، إن وجد، باستثناء تكلفة الفرصة البديلة. وفي مثل هذه الحالات، يتم تحويل أي ربح ينتج من بيع الأصول أو العقارات المشتركة ويزيد أو يكون أكثر من السعر المذكور في التعهد إلى المالك المشترك (بصفته مشتريا).

ب. بالإضافة إلى ما سبق، يحق للمالك المشترك استرداد مبالغ الإيجار الدورية غير المسددة فيما يتعلق بالفترة التي استعمل فيها المالك المشترك الآخر الأصل أو العقارات المشتركة.