



## 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 الثالث

# التمويل بصيغة المشاركة المتناقصة تكييفها وآثارها

فضيلة الشيخ / د. علي السرطاوي

الرعاية الرئيسية



بيت التمويل الكويتي  
Kuwait Finance House



الرعاية الفضية

موشن بيك  
فندق ويندزاندس برج هاجر مكة



بنك بويان  
Boubyan Bank

الرعاية الذهبية

الإمتياز  
ALIMTAZ GROUP

الرعاية البنلانتينية

البنك الأهلي المتحد  
ahli united bank



الأهلي  
NCB

النقل المحلي



شركة سماتر لخدمات  
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للبنوك والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي  
Kuwait Finance House

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد «صلى الله عليه وسلم» خاتم الانبياء والمرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين وبعد :

بناء على خطاب الاستكتاب الذي وجه إلي من شركة شوري جزاهم الله خيرا لكتابه ورقة عن التمويل بصيغ المشاركة المتناقصة ، تعريف هذه الصيغة وما تنطوي عليه من مجموعه عقود والتزامات مترابطة وكيفية تنفيذها والتكييف الفقهي والقانوني لطبيعتها والاثار الناشئة عنها والحاجه إلى البيع والتأجير المضاف إلى المستقبل وبيان هل يكون ذلك بثمن وأجرة متفق عليها مسبقا أم لاحقا ووضعت ورقة تمهيديه لفضيلة الأستاذ الدكتور نزيه حماد حفظه الله تكلمت عن الشركة وأنواعها وحاول فيها فضيله الأستاذ الدكتور تخريج الشركة على أساس أنها شركة ملك ، ومن نص القرار المقترح للمؤتمر الفقهي الثامن تريد شوري أن تتعامل مع الصيغة على أساس أنها منظومه متكاملة لا تتجزأ .

وبناء على ما تقدم سأركز البحث على ما تم طلبه للمؤتمر أخذا بعين الاعتبار أن طبيعة البحث الشرعي لا تضع نتيجة مسبقة ثم تبدأ بالبحث على الأدلة التي توصل إليها فهذا قد ينفع في فروع علوم أخرى أما البحث الشرعي التأسيلي فالأصل فيه أن الدليل الشرعي والقواعد الفقهية هي التي توصل إلى النتائج فالأصل أن يتقدم الدليل الشرعي فيكون متبوعا، ويتأخر الفهم العقلي فيكون تابعا ولكن هنا نحسن الظن أن ما كان من شركة شوري هو الاسترشاد فقط والبحث هو الذي يوصل إلى النتائج إن شاء الله .

أمر آخر لا بد من التذكير به أن البحث في صيغ التمويل الإسلامي من وجه نظري لا يكتفى له بالنظر فقط في شرعية جزئيه للصيغ دون نظرة أخرى إلى شرعية الصيغة ككل وتكاملها مع مقاصد العقود في الشريعة الإسلامية الغراء .

فمن أهم الامور التي دفعت الشريعة إلى تنظيم العقود أن العقد جامع لمصالح متضاربة بين طرفيه فحرصت الشريعة على تنظيم العقود بطريقة عادلة قائمة على مبدأ الموازنة بين المصالح المتضاربة بين الأطراف وهذا كان أمرا أساسيا في مشروعية العقد ووجدنا الفقهاء يحرصوا عليه في الأحكام الجزئية للعقود فمبدأ التوازن في العقد مرتبط بأصل العدل الذي يعد أصلا من الأصول التي قام عليها التشريع الإسلامي ودعت إليها الشريعة الإسلامية .

فالفقهاء في عقد البيع مثلا قالوا إن ارتباط الأيجاب بالقبول ينقل الملكية للمشتري حكما فتعد هذه نقطة في جانب المشتري ومن أجل مبدأ التوازن وجب بدء المشتري بتسليم الثمن حتى يحصل التوازن بين الطرفين . والذي يستعرض أحكام العقود في الفقه الإسلامي يجد أن المذاهب الفقهية كانت تحرص على هذا المبدأ في تفصيل الأحكام الجزئية للعقود أي إنه كان حاضرا في أذهان الفقهاء عند بحث حكم أي جزئية في عقد من العقود .

والذي يوجب التذكير في هذا المبدأ ما نراه على أرض الواقع حيث إن بعض الهيئات للمؤسسات المالية أو الهيئات العامة التي تهتم بشأن الصناعة المالية الإسلامية قد تغفل عند بحثها في صيغ التمويل الإسلامي لمبدأ التوازن والملاحظ على بعض الصيغ أنه تم الاهتمام بالمشروعية الجزئية للصيغة ودليل ذلك أننا نجد بعض الصيغ في التمويل الإسلامي تميل إلى مصلحة



مؤسسات التمويل على مصلحة العملاء مما يفقد هذه الصيغ مبدأ التوازن الذي هو مقصد شرعي وتشريعي في المذاهب القانونية ويعد الغاية التي من أجلها نظمت التشريعات العقود.

وأمر غير مستغرب أن يقوم محامي المؤسسة الإسلامية عند صياغة العقد بوضع كل الشروط التي تضمن مصلحة مؤسسته لأن هذه هي وظيفته وواجبه بذل العناية اللازمة لمن وكله ولكن لا يجوز للهيئات الشرعية أو الهيئات العامة التي تبحث في مشروعية الصيغ الإسلامية لمؤسسات التمويل الإسلامي أن تقوم بدور محامي المؤسسات أو أن تميل إلى مصالحها على حساب العملاء بل يجب في كل الفتاوي التي تتعلق في صيغ التمويل الإسلامي أن يكون مبدأ التوازن حاضراً فيها فإنه إن تم إغفال هذا المبدأ فستكون مشروعية الصيغ مشروعية شكلية وسيصبح الفارق بين صيغ التمويل الإسلامي والصيغ التقليدية فارقاً شكلياً فقط مع أن النظام الإسلامي يختلف عن النظام التقليدي اختلافاً جوهرياً لا شكلياً فقط فهو قائم على مبدأ التوازن وأصل العدل.

#### أولاً : تعريف الشركة وأنواعها

##### أ . الشركة بمعناها العام:

قليل من فقهاء المسلمين من عرف الشركة تعريفاً عاماً، يشمل جميع أنواعها لأنها تختلف في الشروط والأحكام<sup>١</sup>، ونجد عند الحنفية في الدر المنقذ<sup>٢</sup> تعريفاً للشركة «اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد، وفي المغني لابن قدامه الحنبلي الاجتماع في الاستحقاق والتصرف»<sup>٣</sup> وجاء في مجله الأحكام العدلية مادة ١٠٤٥ «الشركة في الأصل هي اختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وامتيازهم به، و عرف القانون المدني الأردني الشركة في المادة ٥٨٢ «عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما ينشأ عنه من ربح وخسارة» ويلاحظ على تعريف القانون المدني الأردني أنه عرف شركة العقد بمعناها العام أما شركة الملك فأحكامها تدرج تحت باب الملكية الشائعة وأحكامها .

وفي المادة ٥٨٢ يقول القانون المدني الأردني «تعتبر الشركة شخصاً حكماً بمجرد تكوينها ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل».

##### ب. أنواع الشركة:

الشركات في الفقه الإسلامي لها مفهوم واسع فلم تقتصر على المشاركة في أصل أو في مال فقط وبالمقارنة بين مفهوم الشركة في الفقه الإسلامي والفقه القانوني نجد أن مفهوم الشركة واسع فقهاً فقد تنشأ وفق هذا المفهوم عدة صيغ من الشركات غير التي وجدت في كتبنا الفقهية فالشركة قد تكون في الربح وكذلك في الأعمال أو بالسمعة والخبرة فضلاً عن شركات الأموال ولم يرد دليل على أن الصيغ الواردة في المصادر الفقهية هي الصور المشروعة فقط.

١- أنظر الخياط الشركات في الشريعة الإسلامية ج ١ ص ٢٢

٢- شرح الملتقى ج ٢ / ص ٧٢٢

٣- أنظر المغني على مختصر الخرقي لابن قدامه ج ٥ ص ١ وانظر الخياط ج ١ ص الشركات في الشريعة الإسلامية ٢٢



تنقسم الشركات إبتداء في الفقه إلى شركة ملك وشركة عقد وتعرف مجلة الأحكام العدلية شركة الملك في المادة ١٠٦٠ «هي كون الشيء مشتركا بين أكثر من واحد اي مخصوصا بهم بسبب من أسباب التملك كالاشتراء والاتهاب وقبول الوصية والتوارث أو بخلط واختلاط الأموال».

وتنقسم شركة الملك إلى نوعين الاختيارية ١٠٦٣ «الاشترار الحاصل بفعل المشاركين كالاشترار الحاصل في الاشرار والاتهاب وبخلط الأموال بالاتفاق» والجبرية عرفتها المادة ١٠٦٤ «الاشترار الحاصل بغير فعل المشاركين كما في التوارث واختلاط المالمين» بدون اتفاق وقد تكلمت المادة ١٠٦٦ «عن أقسام شركة الملك فهي تنقسم إلى شركة عين ودين» وعرفت شركة العين في المادة ١٠٦٧ «الاشترار في المال المعين والموجود كاشترار اثنين شائعا في ملك شاه أو في قطع غنم» وفي المادة ١٠٦٨ عرفت شركة ملك الدين «كاشترار اثنين أو أكثر في كذا درهم في ذمة اخر» وهو ما يعرف عند الفقه الحنفي بالدين المشترك واشترار للتصرف في الملك المشترك الاتفاق فجاء بالمادة ١٠٦٩ «مثلما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه كيفما شاء فاصحاب الملك المشترك يتصرفون كذلك بالاتفاق» وفي المادة ١٠٧٢ تقول المجلة «ليس لاحد الشريكين أن يجبر الاخر بقوله بعني حصتك أو اشترى حصتي فإذا كان الملك المشترك قابل للقسمة والشريك ليس بغائب فله حق طلب القسمة فإذا كان غير قابل للقسمة يطلب المهايأة» .

وتكلمت المجلة في المادة ١٠٧٣ «تقسم حاصلات الأموال المشتركة بين الشركاء بنسبه حصصهم فإذا اشترار أحد الشركاء أكثر من حصة لا يجوز» وفي المادة ١٠٧٥ بينت «أن كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الاخر ولا يعتبر وكيل عن الاخر فلا يجوز لأحدهما التصرف في حصة الاخر إلا بإذنه» وفي المادة ١٠٧٨ قالت «إن حصة أحد الشريكين في حكم الوديعه في يد الآخر» وفي المادة ١٠٨٨ «لأحد الشريكين إن شاء يبيع حصته إلى شريكه وإن شاء باعها لآخر دون إذن شريكه إلا في الاختلاط» أي خلط المالمين بقوة قاهرة بطريقة يصعب التمييز بينهما فاشترار للتصرف بالإذن.

هذه بعض أحكام وأنواع شركة الملك كما وردت في مجلة الأحكام العدلية وينظر في ذلك أحكام شركة الملك كتاب الدكتور علي الخفيف الشركات في الفقه الإسلامي بحوث مقارنة وكذلك كتاب الدكتور عبد العزيز الخياط الشركات في الشريعة الإسلامية الجزء الأول وهم ردوا أحكامها إلى أحكام الملكية الشائعة التي نظمها القوانين المدنية المعاصرة وعليه فان تم تكييف المشاركة المتناقصة على أساس أنها شركة ملك فستسري عليها أحكام الملكية الشائعة في القانون المدني وهذا التكييف له ايجابياته وله سلبياته كما سنرى لاحقا .

وأما شركة العقد فعرّفها الشيخ علي الخفيف - رحمه الله - في كتابه الشركات في الفقه الإسلامي بحوث مقارنة ص ١٩ «هي شركة تنشأ بالعقد وقد يطلق اسم الشركة على العقد الذي ينشأها وهي بهذا المعنى عقد بين اثنين أو أكثر على الاشرار بالمال وربحه أو على الاشرار في ربحه دون الاشرار في رأس المال» ونقل الدكتور عبد العزيز الخياط تعريفا عن الشيخ المرحوم أحمد أبو الفتح في كتابه المعاملات ج ٢ ص ٤٦٦ «هي عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر على العمل والكسب بواسطة الأموال والأعمال أو الجاه ليكون الغرم بالغنم بينهما أو حسب الاتفاق المشروع» أما مجله الأحكام العدلية فعرّفت شركة العقد في المادة ١٣٢٩ «عقد شركة بين اثنين أو أكثر على كون رأس المال والربح مشتركا بينهما» وفي المادة ١٣٣٣ «تقول يتضمن كل قسم من شركة العقد الوكالة وذلك أن كل واحد من الشركاء وكيل لآخر في تصرفه في البيع والشراء».



وهناك بعض التعريفات للفهاء فعند الحنفية جاء في مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٧٢٢ «عقد بين المتشاركين في الأصل والربح»، وعند المالكية جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل ٤٠/٦ «إذن من كل واحد من المتشاركين للآخر في التصرف في ما ماله لهما مع بقاء تصرف أنفسهما» وعرفها الشيخ الدردير في أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك ٩٩/٢ بقوله: «عقد مالكي مالين فأكثر على التجر فيهما معا أو عقد على عمل بينهما والربح بينهما بما يدل عليه عرفا».

وعند الشافعية «ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ» حاشية البجيرمي على شرح المنهج للأنصاري ١٢/٢ وعند الحنابلة جاء في كشاف القناع على متن الإقناع ٤١٤/٣ «اجتماع اثنين فأكثر في التصرف».

أما القانون المدني الأردني في المادة ٥٨٢ فعرف الشركة بأنها «عقد يلتزم بمقتضاه شخصان فأكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو عمل لاستثمار ذلك المشروع أو اقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة» وشركة العقد تكلمت عنها اليوم القوانين وهناك في أغلب الدول قانون خاص للشركات نظم أنواعها وأقسامها وقسمها إلى شركات تجارية وهي الكبرى وشركات مدنية وكما أوردنا عن القانون المدني الأردني في المادة ٥٨٣ «تعتبر الشركة شخصا حكما بمجرد تكوينها ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل».

ومعنى ذلك أن شركة العقد وهذا في أغلب القوانين السائدة في الدول العربية والإسلامية تكون بالتكوين ذمة مالية مستقلة وأن ما وضعه الشركاء يصبح مملوكا لهذه الذمة المالية ويكون لكل شريك الإذن بالتصرف فيه إلا إذا قصر الشركاء الإذن بالتصرف على أحدهما بعكس شركة الملك الذي يبقى فيه الشخص مالكا لخصته فقط وله مكنة التصرف فيها أجنبيا بالنسبة إلى حصة شريكه.

### ثانيا. المشاركة المتناقصة

المشاركة المتناقصة صيغة تمويلية حديثة أحدثتها الصناعة المالية الإسلامية حيث إن القوانين التي تحكم المؤسسات المالية في أغلب العالم تحد من حرية الأشخاص المعنويين في تملك الأصول العقارية إلا في حدود الغرض الذي أنشأ الشخص المعنوي من أجله ولذا كان لا بد من أن يكون تملك البنك للأصول لفترة زمنية محددة ثم يخرج من ملكية الأصل.

وتكلم عن المشاركة المتناقصة المجمع الفقهي وكذلك المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوبي)، حيث كان المعيار ١٢ عن الشركة وأنواعها، وتكلم عن المشاركة المتناقصة، وفي الفقرة ٥ من المعيار ١٢ عرف المعيار المشاركة المتناقصة «شركة يتعهد بها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجيا إلى أن يملك المشتري المشروع بكاملة».

واشترط المعيار وكذلك المجمع الفقهي أن لا يشترط البيع في عقد الشركة وإنما يتعهد الشريك ذلك بوعده مستقل ويقع البيع والشراء بعقد منفصل ولا يجوز أن يشترط أحد العقدين في الآخر ٢/٥/١٢، وأوجب المعيار تطبيق أحكام الشركة على المشاركة المتناقصة وبخاصة أحكام شركة العنان، ولا يجوز حسب المعيار أن يتضمن عقد الشركة أي نص يعطي



أيا من طرفي الشركة الحق في استرداد حصته من رأس مال الشركة ولا يجوز كذلك اشتراط تحمل أحد الشريكين وحده مصروفات التأمين أو الصيانة ولو بحجة أن محل الشركة سيؤول إليه، وأوجب تحديد النسب المستحقة لكل طرف، ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع .

وأجاز الميعار ١٢ في البند ٩/٥ لأحد أطراف الشركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولدة محددة مهما كانت ويظل كل من الشريكين مسؤولاً عن الصيانة الأساسية لحصته في كل حين، وفي حال البيع يجب أن يكون البيع حسب الميعار وقرارات المجمع بسعر الحصة وقت البيع أو بما يتفق عليه حينها لا بالقيمة الاسمية.

وواضح من الميعار وقرارات المجمع أن تكييف المشاركة المتناقصة كان عندهم على أساس أنها شركة عقد لا شركة ملك ودليل ذلك أن الميعار ذكر في مقدمته في ص ٣٢٥ من نسخة المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة «يتناول الميعار الشركات المعروفة في كتب الفقه بأنواعها القائمة على أساس شركة العقد» وقال بعد ذلك «ولا يتناول الميعار.. ولا شركة الملك حالة الشيوخ في الملكية»، ونص كذلك في البند الخامس من الميعار فقره ٢ «يجب أن يطبق على المشاركة المتناقصة الأحكام العامة للشركات وبخاصة شركة العنان» فيتضح أن الميعار وكذلك قرارات المجمع التي أخذ عنها اعتبروا المشاركة المتناقصة أحد صور شركة العقد وعليه يجب أن تبنى أحكامها عليها.

والبحث الاسترشادي الذي قدمته شوري لفضيلة الأستاذ الدكتور نزيه حماد -حفظه الله- بعد أن عرف شركة الملك والعقد وبين أنواع شركة الملك وخصائصها حيث أن الشركاء يختصوا بمحل واحد وامتيازهم به وليس المقصود بها الاشتراك بالريح أو الكسب المتولد نتيجة تصرف الشركاء في المشترك الذي هو مقتضى شركة العقد، وأن كل شريك يعد أجنبياً عن حصة شريكه. وخلص -حفظه الله- إلى أنه بناء على ما تقدم من بيان حقيقة شركة العقد والملك فإن اتفاق الشريكين في المنظومة الموسومة « بالمشاركة المتناقصة» على بناءها على أساس الاشتراك في تملك عقار أو غيره من المستغلات لا يترتب ولا ينشأ عنه شركة عقد بحسب المفهوم الاصطلاحي لها وإنما يتولد عنه شركة ملك اختيارية وذلك لأحد أمرين:

أحدهما: أن تلك الشركة ليس المقصود بها الربح والكسب الذي ينشأ عن تصرفات وأعمال شركات العقد كما أنها لا تتطوي على وكالة من أي شريك لشريكه أو إذن بالتصرف في ماله من أجل تحقيق الربح والاشتراك فيه ولا يشترط فيه أن تحدد حصة كل شريك بجزء شائع معلوم بالنسبة إلى جملته.

والأمر الثاني: أن لا فرق في النظر الفقهي بالنسبة إلى الشركة الملك الاختيار بين أن يقع التملك شخصين فأكثر عينا ماليا على التعاقب أو مصادفة دون اتفاق أو تراض مسبق بينها وبين أن يقع في عقد واحد أو صفقة واحدة بناء على اتفاق أو تراض متقدم بينهما، والفرق غير مؤثر في الحكم الشرعي، وساق فضيلته أدلة للفقهاء وتؤيد ما ذهب إليه.

والذي يرى أن الاختلاف في تكييف صيغة المشاركة المتناقصة بين الميعار الشرعي رقم ١٢ الذي اعتبرها شركة عقد وكذلك قرارات المجمع التي استند إليها والبحث الشرعي الذي أعده فضيلة الأستاذ الدكتور نزيه حماد - حفظه الله - الذي كَيفها على أساس أنها شركة ملك اختيارية هذا الاختلاف في التكييف سينشأ عنه اختلاف في الأحكام والآثار.



فالأصل أن هذه الصيغة إن كُتبت على أساس أنها شركة عقد أن يطبق عليها جميع أحكام شركة العقد وإن كُتبت شركة ملك أخذت أحكامها، أو ما نظمته القوانين المعاصرة من أحكام الملكية الشائعة.

والسؤال الذي لا بد من طرحه للبحث فيه هل صيغة المشاركة المتناقصة شركة عقد أم شركة ملك ؟ ، أم هي تحتمل المعنيين؟، أم قد تكون شركة عقد وقد تكون شركة ملك ؟ وما ميزات كل منهما وسلبياتها؟، أم هي صيغة جديدة لها طبيعتها الخاصة؟، أي تنظم كعقد جديد له أحكامه الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود التي تشبهه به ؟ كما وضع في أغلب البلدان الإسلامية قانون خاص للإيجار التمويلي يتميز في أحكامه عن عقد الإيجار.

### ثالثاً. تكييف المشاركة المتناقصة:

قلنا سابقاً إن تكييف المشاركة المتناقصة على صيغة شركة ملك أو شركة عقد يتبعه تطبيق أحكام كل منهما، وسأقوم باستعراض تكييفها على أساس كل منهما مبيناً مميزات التكييف وسلبياته حتى نصل إلى الرأي الراجح في المسألة.

#### أ. تكييف المشاركة المتناقصة على أساس أنها شركة عقد:

أي إنها حصلت بين البنك والعميل على خلط المالين بقصد إنشاء مشروع واقتسام الأرباح والخسائر ثم يقوم البنك ببيع تدريجي لحصته حتى يكون المشروع بشكل كامل للعميل وهذا ما أكده المعيار رقم ١٢ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة والمجامع الفقهية التي استند إليها المعيار وبهذا التكييف فإن رأس المال الذي يدفعه البنك لا يشترط أن يكون أصلاً في المشروع بل قد يكون سيولة ويجوز أن يذهب لتشغيل المشروع وللبيع الاستهلاكية فيه التي تستخدم للتشغيل، ويجوز الأخذ من رأس مال البنك كذلك أجور العمال أو النفقات والمصاريف الإدارية.

فلو أن المشروع مثلاً كان رأس ماله ٢٠٠ الف ساهم البنك ب ٢٠٠ الف والعميل ب ١٠٠ لف فإن مجموع رأس المال يجوز استخدامه ابتداءً في كل ما يلزم المشروع وتشغيله ولا ينحصر في نوع معين من المال، وهذا التكييف يحتاجه كثير من المشاريع التي تنشأ جديداً وقد تكون بحاجة إلى سيولة لتشغيل المشروع واستكمال رأس مال المشروع مع العميل. والعقد الذي يعقده البنك مع العميل يجب أن ينصب على تنظيم عمل الشركة ولا يجوز أن يشترط فيه البيع لأنه أمر يتنافى مع مقتضاه بل لا بد أن يكون هناك مواعدة مستقلة عن عقد الشركة بالبيع للحصص، وأن يتم البيع بعقد مستقل ثالث، ويكون البيع للحصة في رأس مال الشركة بالسعر الذي يتفق عليه عند البيع أو بقيمتها وقت البيع، ولا يجوز أن يكون البيع بالقيمة الإسمية، وتكون مصروفات الشركة على الأطراف كل بنسبته، ولا يجوز أن تشترط على أحدهما، ويجب تحديد النسبة فيها المستحقة لكل طرف من الأطراف ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع، وأجاز المعيار ١٢ بند ٩/٥ لأحد الأطراف استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولدة محددة ويظل كل من الشريكين مسؤولاً عن الصيانة الأساسية لحصته في كل حين.

وهذا خطأ فاحش وقع فيه المعيار الشرعي الذي أجاز التأجير للحصة في الشركة مع تكييف الشركة على أساس أنها شركة عقد، فالأصل في شركة العقد أن يمتزج المال ويصبح مملوكاً للشركة، واشترط في رأس المال إن يكون نقداً وإن قدمت أعيان فيجب تقويمها لأن حصة



الشريك في شركة العقد تكون في رأس مال الشركة لا في أعيانها، والقوانين الحديثة قسمت الشركات إلى مدنية وتجارية.

والشركة المدنية حسب القانون المدني الأردني تنشأ لها شخصية حكومية بمجرد العقد ولكن لا يحتج بها على الغير إلا بالتسجيل أي إن مال الشركة أصبح مملوكا لشخصية حكومية، وحصص الشريك تنصب على حصته في رأس المال لا في أعيان الشركة، وهذا يجعل الإجارة غير ممكنة لأنه في الشرع وحتى في قوانيننا المدنية التأجير يكون للسلع وليس لرأس المال، وعليه نجد كتب القانون التجاري تتكلم عن الشريك أنه يجوز له بيع حصته من رأس المال وعن رهن الأسهم ولكن لا نجد قانونا تكلم عن تأجير السهم، ثم إن موضوع عقد الشركة قائم على اشتراك الأطراف في الربح والخسارة وتكون الخسارة على مقدار الحصص، وإذا اشترط شرط في العقد لضمان عدم الخسارة فإنه يسمى شرط فاسد يكون معه الشرط باطلا لأنه خالف مقتضى عقد الشركة ولا قيمة له. والقول بجواز إجارة الحصص في شركة العقد فضلا عن كونه إجارة لرأس مال لا تجوز إجارته ويكون قد حصل فيه طرف على أجرة معلومة لمنفعة رأس مال لا يعرف إن ربحت أم خسرت إلا في نهاية السنة المالية فكان الشريك المؤجر ضامنا لعدم الخسارة وهذا مناف لمقتضى عقد الشركة، فالأصل عدم جوازه في شركة العقد والله أعلم. وفيه مخالفة لقوانين الشركات سواء التجارية أم المدنية.

ومن الأمور التي تؤخذ على شركة العقد أن البنك سيكون عليه عنصر مخاطرة حيث سيبقى تحت رحمة صاحب المشروع، نعم له حق الرقابة والإدارة ولكن سيبقى بعيدا أكثر عن طبيعة المشروع وسيبقى مرتكزا على أمانة العميل وقيامه بالعمل الواجب أو بذل العناية المناسبة وعليه عبء إثبات التعدي والتقصير في حال حصلت خسارة حتى يرجع على الشريك بالضمان وعبء اثبات هذه الوقائع فيه صعوبة على أرض الواقع.

والشركة بطبيعتها في الفقه عقد جائز يستطيع أحد أطرافها أن يطالب بالفسخ إلا إذا قيدت بمدة فإنها تصبح لازمة للأطراف طيلة مدتها وهذه ميزة في شركة العقد، ويلاحظ أن شركة العقد إن أخذت حكم الشخص الحكمي كما في القوانين الحديثة أي أصبحت لها ذمة مالية مستقلة وحق الشركاء وحصتهم تكون في رأس مال الشركة لا في أعيانها.

#### ب. تكييف المشاركة المتناقصة على أنها شركة ملك اختيارية:

ذكرنا في البحث ان البحث الاسترشادي الذي قدمه الأستاذ الدكتور نزيه حماد -حفظه الله- توصل إلى تكييف العقد في المشاركة المتناقصة على أساس أنها شركة ملك اختيارية، وبهذا التكييف فإن العقد الذي ينشأ بين البنك وبين العميل هو عقد ليس بغرض خلط المال من أجل العمل أو الربح به ولا تكون مالكا لحصص في رأس المال مشروع إنما انصب الاتفاق على أن يمتلك الطرفان أصلا على سبيل الشيوخ، فيكون البنك مالكا لحصص شائعة في أصل أو عينا مملوكة على الشيوخ بين البنك وعميله سواء أكان هذا العميل شخصا طبيعيا أو معنويا، ويتم الاتفاق بينهما على أن يبدأ البنك بالتنازل مستقبلا عن حصته حتى تؤول ملكية الأصل كاملة للعميل، فتكييف المشاركة المتناقصة على هذا الأساس، قلنا إنه يوجب تطبيق أحكام الملك الشائع وهذا قد يكون له ميزاته وسلبياته.

أولا. لا يستطيع البنك بهذا التكييف أن يقدم للمشروع سيولة أو أن تستخدم أموال البنك بهذه الصيغة للنفقات الإدارية والعمومية أو المصاريف التشغيلية، ولا يستطيع البنك أن



يشترى بهذه الصيغة سلعا مستهلكة بل ينصب التمويل على السلع التي تعد أصولا وقابلة للتأجير والاستعمال المتكرر، فتكون قدرة البنك بهذه الصيغة على تمويل شراء الأصول بطريقة المشاركة المتناقصة والبنك قد لا يكون شريكا في مشروع قائم ولا يتدخل في إدارته فعلى سبيل المثال لو مول البنك شراء خط إنتاج لمعمل بطريقة المشاركة المتناقصة يكون مالكا لحصة شائعة في عين ضمن المشروع أي لا يملك في المصنع وإدارته بل يكون له حصة شائعة في الآلات خط إنتاج داخل المصنع.

ثانيا. يكون كل شريك بالنسبة إلى حصة شريكه كالشخص الأجنبي ولا تقوم شركة الملك على الوكالة وكل شريك له حرية التصرف في حصته ولا يحتاج في التصرف إلى إذن شريكه إلا في حال اختلاط الأموال بقوة قاهرة بطريقة يصعب التمييز بينهما.

ويجوز للشريك في شركة الملك أن يقوم بإجارة حصته لشريكه ولغيره، فقد اتفق الفقهاء على أن المالك على الشيوع هو مالك بكل ما للكلمة من معنى، فهو يستطيع أن يتصرف بالحصة الشائعة بالبيع والرهن والهبة ولا يحتاج إلى إذن شريكه، وأعطى الشريك بعد البيع حق رفع الشفعة على المشتري، وكذلك يستطيع إجارة حصته الشائعة في عين من الأعيان لأنه يملكها ولا يملك حصة في رأس المال في شركة لأن تأجير المال غير جائز، وكذلك يستطيع أن يبيع حصته سواء دفعة واحدة أو بالتدريج على شريكه حسب ما نظمه الاتفاق بينهما ولكن هل يذكر هذا في عقد واحد مع العقد الذي أنشأ شراكة الأصل؟ أم كما في شركة العقد لا بد أن يرد في عقد مستقل سنرى ذلك لاحقا.

ثالثا. أي تصرف في الأصل الشائع يحتاج حسب الفقهاء إلى الإجماع من جميع الملاك على الشيوع، وهناك بعض القوانين التي أجازت للشريك الذي يملك ٥١٪ من أسهم المال الشائع بالإدارة المعتادة ومن يملك ٧٥٪ مع شروط أخرى القيام بالإدارة غير المعتادة، أما عند الفقهاء سواء كانت الإدارة معتادة أم غير معتادة تحتاج إلى الإجماع سواء كان صريحا أم سكوتيا.

رابعا. إذا كانت الشركة شركة ملك فإن حصتك الشائعة في الأصل تستطيع أن تباعها بالثمن الذي تريد ويمكن أن يتم الاتفاق بين الأطراف على الثمن مسبقا ولا تقيد كما في شركة العقد بالثمن المتفق عليه وقت البيع، لا بالقيمة الاسمية.

فالإنسان الذي يملك عينا أو حصة فيها وقيمة مثل العين أو حصته كانت مبلغ كذا... فأراد بيعها فما دام كامل الأهلية يستطيع أن يبيعها بمبلغ أقل من ثمن المثل ولا مانع شرعي من ذلك، وكذلك الأجرة يستطيع الشركاء الاتفاق على أجرة محددة أو معيار يحددها مسبقا، فعقد الإجارة عقد ممتد يمكن إضافته إلى المستقبل، فلا مانع شرعا من أي يختلف في عقد الإجارة تاريخ العقد عن تاريخ نفاذه.

ومع كل ما مر فإن الملك الشائع الثابت في أغلب القوانين أن صاحب أصغر حصة فيه له حق طلب القسمة ولا يوجد شيء يقف أمام القسمة حتى لو وقع الشركاء اتفاقا لإدارة المال الشائع أو اتفقوا على المهابة، فهذه لا تقف أمام طلب القسمة. وأقيس على ما ورد في القانون الأردني والفلسطيني طلب القسمة إجابته على القاضي وجوبا ولا يشترط أن يكون مسببا والقانون الأردني والفلسطيني وهو مجلة الأحكام العدلية لم يجيزا الاتفاق على البقاء في الشيوع أي الشركاء لو اتفقوا على البقاء على الشيوع مدة من الزمن فهذا الاتفاق غير ملزم ولا يمنع طلب القسمة وان طلبت القسمة وكان العقار غير قابل لها فان قسمته ستكون



تصفية اي يبيعه في المزداد العلني وتوزيع ثمنه على حصص الملاك على الشيوع وان كان قابلا للافراز أخذ كل شريك حصته المفروزة. وبعض القوانين كالقانون المصري أجازت الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة 5 سنوات قابله للتجديد وحتى هذه القوانين التي أجازت فلا تستطيع خلال المدة تقديم طلب قسمه ولكن تستطيع تقديم طلب خروج ويجب ان يكون مسببا ويقتنع القاضي به فان اقتنع يخرجك من الشيوع وقد يكون بالقسمة أي تطبيق أحكام شركة الملك أو أحكام الملكية الشائعة قد يضع المؤسسة أو العميل في مخاطره في حال نزول أو ارتفاع السعر عن الحد المتفق عليه بحيث لا يكون الاتفاق المبرم بين العميل والبنك كما في بعض القوانين ملزما فقد يلجأ أحد الأطراف إلى إنهائه بطريق القسمة.

#### ج. تكييف المشاركة المتناقصة على أساس أنها صيغة تمويلية حديثة

عرفنا مما مر أن صيغة المشاركة المتناقصة لا يخلو تكييفها إما بشركة عقد أو ملك من ايجابيات وسلبيات والأصل ان مفهوم المشاركة في الفقه كما قلنا سابقا مفهوم واسع يقبل نشوء صيغ جديدة للشراكات فلم يتعبنا الله بالصيغ التي وردت في المراجع الفقهية والدليل على ذلك ان الجامع قبلت بالشركات المساهمة بضوابط شرعية وكل المؤسسات المالية الإسلامية هي شركات مساهمة والأصل ان هذه الصيغة الحديثة « المشاركة المتناقصة » ان تكييف على أنها عقد جديد وتكون آثارها و أحكامها تتناسب مع طبيعتها وخصوصيتها وهذا كان ديدن الفقهاء فكانت العقود تتولد مع الحاجة المجتمعية لها.

فالعقود لا ترد في أي مذهب أو مدرسة قانونية على سبيل الحصر فالحق الشخصي يتجدد والعقود الجديدة قد يجتمع فيها أكثر من عقد فعلى سبيل المثال عندما ينزل الانسان في الفندق ويتعاقد معه هل هذا العقد عقد إجارة أم عقد بيع أم عقد خدمة؟ فأنت تستأجر الجناح وتشترى الطعام ويقدم لك خدمه التنظيف في عقد واحد ولذا في كثير من القوانين الحديثة جعلته عقد مسمى جديد هو عقد الفندقية.

وهذه الصيغة لها خصوصيتها فالأصل ان أحكام هذه الصيغة التمويلية تصاغ بشكل متوازن مشروع وفق ما تحتاجه إرادة أطرافها، لا ان نجبر الإرادتين على الخضوع لأحكام وتكييف صيغة أخرى بل يجب ان ينظر إلى الصيغة بكل ما فيها على أساس أنها عقد واحد وما فيها التزامات متقابلة لا تنفك عن بعضها البعض.

وهذا الكلام له كذلك مخاطره من الناحية القانونية والقضائية فالأصل أن الصيغ الإسلامية يجب أن تحول إلى مشاريع قوانين أو أن تنتقل بها من المعيرة إلى التقنين وسبب ذلك ان القضاء في حال النزاع إن كان للصيغة قانون خاص بها حكم بين المتنازعين بالأحكام الخاصة الواردة في القانون المختص بالصيغة فان فقد وجود مثل هذا القانون فان التقاضي والتحكيم يكون بناء على القواعد العامة وبناء على أقرب عقد ترد إليه الصيغ الجديدة وهذا إشكالية في الصناعة المالية الإسلامية فعلى سبيل المثال نجد أن صيغة التمويل التأجيري قد وجد لها قانونا خاصا بها وتناقضته كثير من الدول العربية عن بعضها واصله كان اجنبيا فلم لا تقوم الهيئات العامة التي تعمل بالصناعة المالية الإسلامية على إيجاد مشاريع قوانين للصيغ الإسلامية حتى تقر وتصبح قانونا ويعطى لكل صيغة خصوصيتها وتصاغ أحكامها بشكل مشروع يحقق الهدف التي نشأت الصيغة من أجله.



والذي أراه بعد البحث أن صيغة المشاركة المتناقضة لا تستطيع بدون وجود قانون خاص بها أن تحصرها بشركة ملك أو عقد فطبيعة الصيغة والغرض من التعاقد قد يجعلها شركة ملك أو يجعلها شركة عقد وحصرها في أحدهما قد يكون فيه تضيق لأن كثيرا من المشاريع ينقصها السيولة لا الأصول وقد نجد بعضها على خلاف ذلك.

والذي نريده حسب ما ورد من شركة شوري أنه لو كُيِّفَت هذه الصيغة على أساس أنها شركة ملك اختيارية، هل يجوز أن يجمع كل هذه الالتزامات عقد واحد فتكون التزامات طرفيه متقابلة متكاملة هذا ما سنبحثه في البند القادم.

**رابعا. النظر إلى المشاركة المتناقضة كمجموعة واحدة متكاملة متقابلة للالتزامات:**

تحتوي صيغة المشاركة المتناقضة على مجموعة من العقود والالتزامات، وحتى تؤدي إلى الغرض المطلوب فلا بد إلى اتفاقية إطار تنظم شراء الأصل وبمواعدة بيع وشراء الحصص أو إن كان بالإمكان بعقد بيع مضاف إلى المستقبل وتحديد السعر ثم عقد إيجار لمدة معينة لهذه الحصة الشائعة حتى نصل في النهاية إلى خروج البنك من ملكية الأصل ويصفي الأصل بعينه ومنفعته للعميل. ولا بد لنا من البحث أولا في حكم البيع المضاف إلى المستقبل وكذلك الإجارة المضافة إلى المستقبل وحكم الوعد والمواعدة التي تحتاجها المشاركة المتناقضة.

**أولا. البيع المضاف إلى المستقبل:**

العقد المضاف «هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى الزمن المستقبل» الزرقاء، المدخل الفقهي العام ٥٧٧/١، وجاء في المادة (٢٢٠) مرشد الحيران «العقد المضاف هو ما كان مضافاً إلى وقت مستقبل والمضاف إليه ينعقد سبباً في الحال لكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه»، وأما حكم عقد البيع المضاف إلى المستقبل فقد انقسم الفقهاء إلى ثلاثة أقوال:

١- جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية وطائفة من الحنابلة انه لا يجوز إضافة البيع للمستقبل، فقد جاء في درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج ١، ص ٨٤.

«والعقود التي لا تصح إضافتها للزمن المستقبل هي البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة، والهبة..» ومثال ذلك لو قال شخص لآخر قد بعك مالي هذا اعتباراً من أول الشهر القادم وقبل هذا الشخص البيع لم يصح. وادعى ابن رشد الحفيد الاجماع على ذلك فقال «وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل لأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة» بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٥٦.

فقد البيع هو عقد فوري يوجب نقل الملكية بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، وإضافة إلى المستقبل منافية لهذا الموجب، ورد ابن القيم على هذا الامر في اعلام الموقعين، ج ٢، ص ١٠ و ١١. وقال «إن موجب العقد أما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه، وكلاهما منتف في هذه المسألة، فلا الشارع أوجب أن يكون المبيع مستحق التسليم عقب العقد ولا العاقدان التزما ذلك» والناظر في جوابه رحمه الله يرى أنه نقل الموضوع من أن موجب عقد البيع نقل الملكية إلى أنه مستحق التسليم ولم يقل الفقهاء إن موجبه التسليم، فالقاعدة المنطق عليها أن العقد ينقل الملكية والتسليم ينقل الضمان.



فنقل الملكية حكم العقد في البيع أما التسليم، فهو التزام يقع على عاتق الطرفين أي أثر من آثار العقد ولم يقل أحد بوجوب حصوله بعد الانعقاد، بل قد يكون عاجلا وقد يكون أجلا بناء على ما اتفقت إرادة المتعاقدين.

حتى لو نظرنا إلى تعريف العقد فهو «ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله». والمراد انتقال الملكية، والإضافة إلى المستقبل تمنع ترتيب حكم عقد البيع، أما التسليم فمسألة أخرى يتفق الفقهاء معه في حكمها، والعقد الذي أضيف إلى المستقبل أي أنه أجل انعقاده إلى زمن مستقبل كما في البيع طبيعته لا تقبل الإضافة، فالتأجيل إلى المستقبل لا يُنشئ عقد بيع كما في العقود الأخرى التي ينشأ فيها السبب ويتأخر تنفيذها، وسببه أن طبيعة العقد ومحله أنه عقد ممتد والزمن عنصر جوهري فيه كما في عقد الايجار، بينما البيع عقد فوري والزمن ليس عنصرا جوهريا فيه، وقد أورد الدكتور نزيه حماد حفظه الله في بحثه في مؤسسة المحاسبة والمراجعة (أيو في)، ج ٤، ص ٣٢٧١، ويؤكد صحة الجواب أن العقد المضاف إلى المستقبل وإن كان ينقصد سببا في الحال لكن حكمه يتأخر وقوعه إلى حلول الوقت المضاف إليه كما اسلفنا، وهذا يقتضي عدم ترتب حكم البيع المضاف إلى المستقبل وهو نقل الملكية إلى المشتري والتمن إلى البائع في الحال وتراخيه إلى حدوث الزمان الذي أضيف إليه خلافا للبيع المنجز».

ولكن يرد على ذلك إن كان العقد الذي تم لم ينقل الملكية من البائع للمشتري ولا الثمن إلى البائع فهل يجوز أن يسمى ببيعا؟، إذا كان تعريف عقد البيع أنه عقد لنقل ملكية سلعة بعوض، وعدم خروجها من ملك البائع يعني أنها ملكه يجوز أن تجري عليها منه جميع التصرفات القانونية من هبة وبيع اخر ورهن وعقد ايجار فما حكمها لو وقعت بعد العقد وقبل مجيء الزمن المستقبل، فهي صدرت من مالك ونحن نعلم أن من مقتضيات حق الملكية سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال، وهل يجوز لشخص ان يقيد ملكية المالك دون مبرر ومسوغ قانوني.

ومن أدلتهم أن البيع المضاف إلى المستقبل غرر والغرر منهي عنه، وكذلك بأن الأعيان لا تقبل التأجيل أصلا فلا يؤمن هلاكها قبل حلول الأجل، وهذا استدلال ضعيف لأن ما أوردوه يرد عليهم أنه قد ترد الصورة على العقد بعد انعقاده وقبل التسليم، وقد تهلك العين وهذا يؤدي إلى انفساخ العقد لانعدام المحل، فهذه الصفة قد ترد على الأعيان قبل الانعقاد فتمنع انعقاد العقد وقد ترد على الأعيان بعد انعقاد العقد وقبل التسليم يحصل هلاك للعين محل العقد مما يؤدي إلى انفساخ العقد لانعدام المحل ولا إشكال في ذلك.

٢- يرى ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله أن البيع المضاف إلى المستقبل صحيح وأدلتهم على ذلك (نظرية العقد ص ٢٣٤، اعلام الموقعين، ج ٢، ص ١١) «الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالانعقاد» الفتاوى الكبرى، ج ٤، ص ٩٤، وقال أيضا «فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقب البيع ولا العاقدان التزما ذلك بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه كما إذا باع معيناً بثمن حال وتاره يشترطان تأخير التسليم الثمن كما في السلم، وكذلك في الأعيان قد يكون مقصود البائع تأخير التسليم كما كان لجابر حين باع بعيره من النبي ﷺ استثنى ظهره إلى المدينة» مجموع الفتاوى ابن تيمية ج ٢، ص ٥٤٤.



والناظر إلى الأدلة يجد أن هناك خلط بين انعقاد العقد وبين العقد المنعقد الذي يجوز للمتعاقدين أن يكتيفا اثاره وفق مصالحها، فالآثار إذا انعقد العقد يجوز أن تضاف إلى المستقبل، والحديث الذي ساقه باع واشترط أي عدل في الالتزامات التعاقدية وهذه مسألة لا خلاف فيها بين العلماء، ولكن المسألة التي يدور عليها الخلاف لا أريد أن أبيع الآن بل في المستقبل فهل يعد هذا بيعاً وهل تقبله القواعد العامة للبيع فحكم عقد البيع فوري لا يقبل الاضافة بينما آثار عقد البيع تقبل الإضافة إلى المستقبل لأن الآثار جوهرها الالتزام بالقيام بأعمال مثل تسليم المبيع والتمن فهو عمل يقبل الإضافة إلى المستقبل.

٣- هناك قول ثالث للامام الشوكاني رحمه الله وحاول فيه ان يأخذ رأياً وسطاً بين الجمهور وبين ابن تيمية رحمه الله.

فان كانت الأعيان المضاف بيعها إلى المستقبل فيها غرر وجهاله فلا يجوز بيعها مضافة، أما إن كان الغرر والجهاله منتفيين فانه يصح البيع، بالإضافة إلى المستقبل يقول «لو قال بعث منك هذا -بعد سنه كان بيعاً شرعياً إذا حصل التراضي وطبقة النفس ويخرج من ملك البائع إلى ملك المشتري بعد مضي سنه» السيل الجرار، ج ٣، ص ٧.

ويقول «ولا مانع من أن يحصل التراضي على انتقال الملك من ملك البائع إلى المشتري بعد شهر أو سنه أو أكثر إذا كان مما لا يجوز فيه المصير إلى صفة غير الصفة التي كان عليها عند التراضي كالأراضي ونحوها من الأعيان التي لا تتغير بمضي المدة من الزمان فهذه تجارة عن تراض بأباحها الشرع ولم يرد ما يدل على المنع منها لا من شرع ولا عقل» السيل الجرار ج ٣، ص ٥٩-٦٠.

#### ثانياً. الإجارة المضافة إلى المستقبل:

ان عقد الإجارة هو من العقود التي ترد على منفعة العين أو منفعة الأشخاص وعقد الإجارة من العقود الممتدة التي يعد عنصر الزمن فيها جوهرياً، فالمنفعة ليست كالملكية التي تنتقل دفعة واحدة بموجب عقد البيع إلى المشتري، فالمنفعة تتحصل شيئاً فشيئاً مع مرور الزمن، فمرور الزمن امر ضروري لتحصيل المنفعة، لذا طبيعة العقد هذه جعلت حكمه عند جمهور الفقهاء يختلف من حيث الاضافة إلى المستقبل عن البيع.

١- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، والحنابلة إلى جواز وصحة الإجارة المضافة إلى المستقبل. بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٦، ابن قدامه المغني، ج ٨، ص ٩، يقول ابن عابدين، رد المختار، ج ٤، ص ٢٢٤ «الإجارة تقبل الاضافة»

وجاء في درر الحكام لعلي حيدر، ج ١، ص ٨٤ «العقود التي يجوز إضافتها إلى المستقبل الإجارة والمساقاة والمزارعة والمضاربة والوكالة...» مثال لو قال أحد لآخر أجرتك داري اعتباراً من الغد ببديل قدرة كذا فيكون ذلك صحيحاً، وجاء في المادة (٤٠٨)، مجلة الأحكام العدلية، الإجارة المضافة ايجار معتبر...، وجاء في المادة (٤٤٠)، مجلة الأحكام العدلية «الإجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها بناء عليه ليس لإحد العاقدين فسخ الإجارة بمجرد قوله ما أن وقتها».



ويقول الأستاذ الزرقاء رحمه الله «الإجارة تقبل الإضافة إلى المستقبل لأن معنى الإضافة موجود في طبيعتها لكونها عقدا زمنيا بمعنى أن الزمن المستقبل هو عنصر أساسي في تنفيذها». المدخل الفقهي، ج ١، ص ٥٨٢.

٢- يرى الشافعية عدم جواز إجارة العين مضافة إلى المستقبل حيث تكون منفعة العين في الوقت الذي أضيفت إليه غير مقدورة التسليم. الشريبي مغني المحتاج ج ٢، ص ٣٢٨ والقدرة على التسليم هذه أثر في الآثار اللاحقة لانقضاء العقد وليس لها بانقضائه أثر مثلها مثل باقي العقود.

هذه اقوال العلماء في البيع المضاف إلى المستقبل حيث ان الجمهور مع عدم جواز مثل هذا الامر لأن طبيعة وأحكام عقد البيع والغرض الذي شرع له يتنافى مع جواز ذلك فهو عقد فوري تنتقل فيه الملكية دفعة واحدة وبعد انعقاد العقد يظهر الاثر في المحل بانتقال الملكية ولكن لم يمنع الفقهاء ان يقترن عقد البيع بشروط تعدل في التزامتهما التعاقدية بما يضمن تحقيق مصالحهما، وهذه الشروط قد تؤجل تسليم أحد البديلين أو تسلب العقد صفة اللزوم بما يؤدي إلى امكانية فسخ العقد مستقبلا، كالعقود التي نشأت مقترنه بالخيارات الإرادية مثل الشرط والتعيين أو شرط التجربة أو العقود التي اقترنت بخيارات يفرضها القانون فهي عقود منعقدة ترتب عليها حكمها، ولكن هناك إمكانية لفسخها وهذه في حقيقتها تختلف عن العقود التي أجل المتعاقدان حصول العقد في ذاته على حصول شرط أو مرور زمن فلا يتكون العقد ولا ينشأ الا بحصول المعلق عليه فكيف نسمي ما اتفق عليه المتعاقدان قبل حصول الشرط أو مرور الزمن عقد بيع؟.

وكيف يستقيم الأمر لو تمت تسميته عقد بيع فعلي أي أساس سنيني الأحكام الفقهية، لهذه العين هي ملك من؟ وطبيعة اليد التي عليها وحكم تصرفات مالكة التي قد تحدث قبل حصول الشرط سواء كانت مادية أم قانونية وطبيعة حق المتعاقد معه ونسبة الهلاك فلو دققنا في هذه الأحكام لوجدناها تختلف كلية عن الأحكام التي تختص بعقد البيع، فما الذي يمنع أن نكيفها قبل حصول الشرط أو قبل مرور الزمن المتفق عليه عقدا اخر له طبيعته الخاصة به التي يختلف بها عن البيع، وهذا ما سأتناوله لاحقا إن شاء الله.

أما عقد الإيجار، بإضافته إلى المستقبل لا يتعارض مع طبيعته ولا مقتضى حكمه، ولذا جازت إضافته لا تعليقه الذي قد يؤثر على جزم الارادتين ويمنع انعقاده حالا، أما الإضافة فلا تمنع انعقاده في الحال عقدا صحيحا ملزما لطرفيه فتكون الإضافة منصبة على تأجيل آثاره كالتسليم والتمكين، وعليه لا إشكال بإضافته مع طبيعته بل جاءت الإضافة متفقة مع طبيعة ومقتضى عقد الإجارة الذي كان الزمن عنصرا جوهريا في تكوينه أن يتحصل مقتضاه في المستقبل شيئا فشيئا، ورأينا كيف خلط من اجاز الاضافة والتعليق في البيع بين فرضين:

١- العقد الذي يؤجل عقده ووجوده كرابط قانوني إلى حصول شرط أو مرور زمن وهذا الذي منعه جمهور الفقهاء.

٢- والفرض الاخر وهو العقد الذي نشأ حين ارتبط الايجاب بالقبول على المحل المشروع وظهر الحكم في المحل، والعقود المنعقدة هي التي تنشأ الآثار وان هذه الآثار لا مانع عند الفقهاء من اضافتها للمستقبل فلم يوجب الفقهاء فورية الآثار



بعد الانعقاد إلا استثناء في العقود الربوية والقاعدة عند الفقهاء أنه يجوز أن تقتصر العقود بشروط إن كانت هذه الشروط تحقق مصلحة حقيقة لأحد المتعاقدين ولا تخالف مقتضى العقد «أي حكمه» وكانت في ذاتها مشروعة.

### ثالثاً. الوعد والمواعدة:

إن كثيراً من الصيغ التي تتعاقد بها المؤسسات المالية الإسلامية تقوم على الوعد كما في المرابحة والإيجار المنتهي بالتملك وكذلك المشاركة المتناقصة وفي صكوك التأجير وبيع الشقق، وفي التأمين التكافلي وغيرها من الصيغ التي كلما مر الوقت كنا بحاجة فيها إلى وعد ومواعدة ومسألة الوعد مسألة مختلف فيها فقهاً، حيث إن بعض الفقهاء يرى أن الوعد ملزم من ناحية دينية لا قضائية، والبعض الآخر يرى إلزاميته من الناحية القضائية بشروط خاصة في الفقه الحنفي والمالكي، وكثير من الهيئات الشرعية في المرابحة في البنوك الإسلامية اشترطت عدم الزامية الوعد، وحسب معايير (أيويف) الوعد إن كان من طرف واحد كان ملزماً له من الناحية القانونية، ولكن المجمع الفقهي ومعايير (أيويف) رفضت المواعدة إن كانت ملزمة من طرفين لأنها بمعنى البيع المعلق والمضاف، وهذا غير مقبول فقهاً.

الوعد والمواعدة إذا دخلت الالتزامات والتصرفات خرجت عن كونها من الواجبات الدينية أو خرجت عن دائرة الأخلاق، والأصل أن تدخل دائرة الواجبات القضائية أو الالتزامات القانونية، ولذا نجد الحطاب المالكي في كتابه: تحرير الكلام في مسائل الالتزام قد فرق بوضوح بين الالتزام والعدة، «الالتزام إلزام الشخص نفسه من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء» ص ٦٩، بينما العدة إخبار عن إنشاء فكأن الإرادة غير جازمة، أما إن كانت الإرادة جازمة فإنه يسمى التزاماً سواء كان معلقاً أو مطلقاً عن التعيين.

فالإخبار بمعنى الإعلام بما يحتمل الصدق والكذب انظر: محمد رواسي القلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص ٨٥.

والإخبار لا يستعمل عند الفقهاء للدلالة على إنشاء الالتزامات، أما الإنشاء أو الفرض فهو الذي يستخدم للدلالة على الإنشاء. يقول ابن الهمام فتح القدير، ج ٥، ص ٧٤ «الإنشاء إثبات يفيد حكماً يثبت جبراً» وعليه يكون الوعد على تعريف الفقهاء: إعلام عن إيقاع وليس إيقاعاً للالتزام، وكأن فيصل التفريق بينهما قضية الإرادة، فإن كان الملتزم يريد الإخبار والإعلام عن نيته فهذه بقيت في نطاق الالتزامات الأدبية التي فيها عنصر المديونية، ولكن لا يوجد فيها عنصر المسؤولية، أما إن فرض على نفسه القيام بعمل بإرادة جازمة فالإرادة الجازمة من الشخص فقهاً قادرة على إنشاء الالتزام، فالوصية، والوقف، والنذر التزامات تنشأ بإرادة واحدة.

والناظر في آراء الفقهاء في الوعد يجد أن الفقهاء في الأغلب يقولون إن صيغة الوعد إذا صحبتها قرينة تدل على الالتزام أو إذا كانت معلقة أو عقدت على سبب فإنها تلزم لأنها تشعر بالالتزام.

وكذلك إن الوعد إذا ترتب على عدم الوفاء به ضرر فإنه يجب الوفاء به، وكذلك إن الوفاء بالوعد ليس على إطلاقه. ورأينا كيف انقسم الفقه المالكي في رأيه في الوعد، وكذلك الفقه الحنفي وبقيّة المذاهب، مما يوحي أن صيغة الوعد مشكلة، وكان الفقهاء يبحثون عن ضابط



يميز فيه بين المواعيد التي تكون ملزمة قضاءً وديانة، والمواعيد التي تكون ملزمة ديانة فقط، وتعدد الآراء ما هو إلا لمحاولة وضع ضوابط تمييز للمسألة، فالقول بالزامية الوعد على إطلاقه غير ممكن، والقول بعدم إلزامية الوعد على إطلاقه فيه ضرر كبير، وأرى أن حل الإشكالية يكون في وضع ضوابط تميز بين ما هو ملزم وما هو غير ملزم من الوعود، ومن خلال أقوال الفقهاء نرى أنهم اتفقوا على أن المواعيد التي ترد على الأمور الأخلاقية وبين الناس هذه تكون مستحبة الوفاء بها من الناحية الدنيانية، ولكنها غير ملزمة قضاءً.

أما المواعيد التي ترد على أمور المعاملات القانونية كالوعد بالبيع والإجارة والقرض والعارية وغيرها من التصرفات فهذه إما أن تكون إرادة الواعد فيها، إرادة مساومة ومفاوضة متمحضة للاستقبال ولا يفهم منها دلالة الإلتزام وهذه لا تكون ملزمة، وإما أن يكون الوعد بإرادة جادة ونهائية وجازمة وموضوع هذه الإرادة أنه ألزم نفسه بالقيام بالالتزام بالمستقبل، فهذه الصيغة الأصل أنها ملزمة ديانة وقضاءً، ولكن الفقهاء بهذه الصيغة بعضهم حصرها على أمور التبرعات فلا يجوز أن تلحق عقود المعاوضات، والبعض منهم قال: أن العدة تلحق كل شيء جائز شرعاً.

وحاول المجمع الفقهي وهيئة المحاسبة والمراجعة كذلك في المعيار (٤٩) ضبط الوعد والمواعدة التي تدخل المعاملات المالية الحديثة وخاصة المؤسسات المالية الإسلامية، فجعل الوعد الذي يصدر بإرادة جازمة لفعول أمر في المستقبل ويكون الغير مخيراً في الاستفادة من الوعد، وأن لا يكون الوعد بفعل محرم شرعاً أو تحايلاً على الربا كالوعد على العينة أو أن يجز القرض نفعاً، أما في التصرفات المالية المباحة فيجب الوفاء به ديانة وإخلافه بلا عذر إثم ولكنه غير ملزم قضاءً، فإن ترتب على عدم الوفاء ضرر على الموعود له فيلزم الواعد التعويض في الضرر قضاءً الحاصل فقط، وهذا تناقض في المعيار فكيف تقول إنه ملزم ديانة غير ملزم قضاءً إلا إذا رتب ضرراً فإنه يصبح واجب التعويض، وهذا من ناحية قانونية مستحيل التطبيق حالياً، فإما أن تقول إن الوعد ملزم قضاءً وبالتالي الإخلال به يوجب المساءلة القانونية في حال وجود ضرر، وإما أن تقول إنه غير واجب قضاءً وبالتالي الإخلال به حتى وإن سبب ضرراً لا يجوز المطالبة بالتعويض به.

وكذلك قالوا إن الوعد الملزم قضاءً يلزم الواعد فقط، ولا يلزم الموعود له، وقالوا إن الوعد بالتبرعات لا يلزم قضاءً إلا إذا كان على سبب فيه كلفة على الموعود له فيلزم قضاءً، ويجوز كذلك أن ينشأ الوعد على عقد معاوضة في المستقبل بحيث يكون محل الوعد عقداً مختلفاً عن العقد الأول، فقالوا إنه يلزم قضاءً إذا دخل الموعود له في كلفة، وكذلك العقد النهائي لا يتم تلقائياً بل يجب أن ينجز في حينه بتبادل الإيجاب والقبول في حال كونه وعداً ملزماً.

أما المواعدة التي يقصد بها وعدين متقابلين من طرفين بإيقاع فعل من كل واحد منهما في المستقبل في محل واحد وبزمن واحد إذا كانت على أفعال وتصرفات مباحة شرعاً، فقالوا إنها لازمة ديانة لا قضاءً إلا في الحالات التي لا يمكن إنجاز المعاملة التجارية حقيقة دون وعد ملزم إما بحكم القانون أو بحكم الأعراف التجارية وليس لأغراض التمويل.

وهذا المعيار أيضاً فيه إشكالية فالمشروعية دائماً صفة يجب أن تسبق التصرف لا أن تكون لاحقة عليه والأصل أن يكون الضابط ابتداءً يميز بين ما هو ملزم وغير ملزم لا إن يترك الأمر حتى يحصل الضرر أو يتركه لطبيعة المعاملة، وقالوا إن المواعدة لا تعد عقداً مضافاً إلى المستقبل والعقد الموعود لا يتم تلقائياً عند حلول الوعد بل ينجز في حينه بتبادل الإيجاب



والقبول ويجب على الطرفين الوفاء لأن المواعدة تلزم الطرفين، والإ تحمل الضرر الفعلي. وذكر المعيار بعض الحالات التي يكون فيها الوعد ملزماً في معاملات المؤسسات المالية الإسلامية. وأرى ان المعيار فيه اشكال وفيه تضيق على المؤسسات المالية الإسلامية ولم تحل فيه اشكالية الوعد أو لم يخرج منه ضابطاً واضحاً يميز فيه بين ما هو ملزم وغير ملزم في العِدات مع أن الاقوال الفقهية فيها سعة إن أردنا ذلك.

وكذلك أرى أنه لا مانع شرعاً من أن ننظر كيف ضبط القانون المدني مسألة الوعد وحاول فهم حقيقته وأن نستفيد منها في محاولة ضبط الموضوع فبدائية كانت مسألة الوعد في المراجعة ومع مرور الزمن بدأت مسألة الوعد تدخل في اهم الاساليب والصيغ التي تجريها المؤسسات المالية الإسلامية وكثير من المعاملات المالية في الوقت الحاضر تقوم عليها، فأغلب القوانين المدنية في العالم العربي نظمت مسألة الوعد بالتعاقد واعتبروه التزاماً قد ينشأ برأده منفردة ويلحق جميع التصرفات ويكون ملزماً لمن أصدره كوعد البيع يلزم البائع ووعد الشراء يلزم المشتري وقد يكون مواعدة أو عقد وعد أو ما يسمى بالبيع الابتدائي ويكون ملزماً للطرفين انظر مصادر الالتزام في المدني الأردني. أنور سلطان، ص ٦٠، وكذلك السنهوري، نظرية العقد ٢٦٢، وتكلم القانون المدني الأردني في المواد (٩٢، ١٠٥، ١٠٦) في مسألة الوعد بالتعاقد بما يتفق وأحكام القانون مع ان القانون المدني الأردني اعتمد على المجلة والفقهاء الإسلامي في معظم أحكامه واشترط القانون الأردني شروطاً له مثل تعيين العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه، وتعيين الثمن أو وضع مؤشر لتعيينه دون تعقيد بحيث لا يفرض إلى تنازع وتحديد المدة التي يتم الالتزام فيها. انظر المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني المادة ٩٢، ص ٩٩، ج ١ والوعد في القانون إذا صدر بإرادة الطرفين فإنه يقع عقداً ملزماً إذا توافرت الشروط انفة الذكر، وهو لا يكسب الموعد له الا حقوقاً شخصية قبل الواعد فعقد الوعد لا يرتب الا التزاماً وحقوقاً شخصية على الواعد أو من أصدره حتى لو كان من شأن العقد النهائي أن ينقل حقاً عينياً.

وعليه لو كان الوعد على بيع فيبقى البائع مالاً للشئ الذي وعد ببيعه ويتحمل كذلك تبعه هلاكه، وإذا تنازل الموعد له عن حقه فهو يتنازل عن حق شخصي يجب أن تراعى في التنازل إجراءات حوالة الحق، وفي حال أخل الواعد بالتزامه بموجب عقد الوعد فإن من حق الموعد له أن يرجع عليه بالتعويض، ومن حق الموعد له أن يأخذ تأمينات عينية لحقه، وان يقوم باعمال التوثيق لإثبات حقه، وايضا له الحق بمنع الواعد من الأعمال التي من شأنها اعاقبة تنفيذ العقد النهائي، وينتقل هذا الحق للورثة وله أن يتنازل عنه بوعض وبدون عوض، وفي حال أبدى الموعد له رغبته في إبرام العقد النهائي تحول الاتفاق من مرحلة الوعد إلى مرحلة العقد النهائي دون أن يكون له أثر رجعي والتعبير عن الرغبة قد يكون صريحاً أو ضمناً.

وعليه أرى المشكلة في تكييف حقيقة الوعد سواء كان ملزماً لجانب واحد أي أصدره البائع أم المشتري أم كان مواعده ملزمة للجانبين، فالوعد ان جاء بصيغة جازمة فهو أما أن يكون التزام بالقيام بعمل أو التزام بالامتناع عن القيام بعمل ولا تخرج حقيقة الوعد عن أي من الموضوعين، فموضوع الالتزام أو موجه هو قيام بعمل أو امتناع وليس نقل ملكية سلعة أو تمليك منفعة، والفقهاء الإسلامي عرف الالتزام بالقيام بعمل وكذلك الامتناع عن القيام بعمل والإرادة لها حرية في إنشاء الالتزامات، وقد يكون موضوعها نقل ملكية بوعض أو بدون عوض، وكذلك المنفعة، وقد ينصب العقد على حفظ الشيء وقد يكون على القيام بعمل أو امتناع عن القيام بعمل وهذه قد تنشأ بإرادة واحدة «تصرفاً انفرادياً»، وقد تنشأ بإرادتين



فعندما يلتزم انسان بالقيام بالبناء لآخر ويقبل الاخر ذلك فهذا عقد موضوعه القيام بعمل البناء في المستقبل، فالعقود التي موضوعها عمل الوعد جزء من طبيعتها لأننا نستطيع أن نقول وعده بالقيام بالبناء في المستقبل بطريقة جازمة ملزمة، وهذه لا خلاف بين العلماء على أنها ملزمة ديانة وقضاء لأنه عقد، أما إن لم تكن الإرادة جازمة فلا ينشأ التزام.

والالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل الزمن والمستقبل عنصر جوهرى في تكوينه، ولذا يقبل الإضافة إلى المستقبل، وكذلك لو نظرنا إلى حقيقة الشروط المقترنة بالعقود التي أجازها الفقهاء وأفتوا بلزومها نجد أنها في حقيقتها قائمة على الوعد وهي التزامات بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه، فعندما تشتراط زوجة في عقد الزواج على زوجها أن لا يتزوج عليها، فلو دققنا في حقيقة الشرط لوجدناه وعد من الزوج بالامتناع عن القيام بالزواج في المستقبل عند من أجازها من الفقهاء.

وعندما يشترط الشخص على آخر أن يسلمه المبيع في مكان ما فهو وعد بالقيام بعمل في المستقبل، فهذه هي حقيقة الشرط المقترن بالعقد، والفقهاء قالوا بلزومه قضاءً وديانة، وعليه هل يعقل أن الوعد إن اقترن بعقد يكون ملزماً ديانة وقضاءً، وإن جاء مستقلاً بذاته لا يقوى على ذلك؟! وهل الالتزامات بعمل لا تنشأ إلا إذا جاءت مقترنة بالعقود؟!، ولذا عندما يذكر شرط من شروط العقد أن الطرف الأول يعد الطرف الثاني ببيعه جزءاً من حصته في المشروع، فهذا التزام بالقيام بعملية البيع في المستقبل، موضوع هذا الالتزام هو القيام بعملية البيع نفسها، ولكن ليس موضوعه بيعاً ولا يكون ناقلاً للملكية، إنما انصب ذات الالتزام على القيام بعمل البيع وهو ملزم لمن اشترطه، فإن كان هناك خلاف في إلزامية الوعد فلا خلاف بين العلماء على إلزامية الشرط.

وأما المواعدة «أو ما يسمى في القانون البيع الابتدائي» التي يصدر فيها وعد من البائع بالبيع ووعد من المشتري بالشراء، والبعض أجاز الوعد في الصور السابقة أي ان كان ملزماً لجانب واحد، أما المواعدة الملزمة للجانبين فلم يجزها، فهذا عقد بين إرادتين بصيغة جازمة وموضوع هذا العقد أن يلتزم البائع ببيع محل معين مستقبلاً ويقدم المشتري كذلك وعداً بشراء ذات المحل، ويتم التوافق على ذلك خلال مدة، فإن كيّف العقد على أنه بيع فهو باطل من الناحية الفقهية وهذا صحيح. ولكن ما الذي يمنع أن يكون عقد الوعد موضوعه التزام بالقيام بعمل من طرفيه الأول يقوم بعمل البيع والثاني يقوم بعمل شراء لذات المحل، فمحل العقد مشروع معلوم وحددا مدة للقيام بالعمل، فهذا عقد التزام بعمل، وهو جائز وملزم لطرفيه وآثاره تبنى على هذا الأساس، وليس على أساس أنه عقد بيع، فهذا العقد لا يخرج المبيع من ملكية البائع وتكون عليه تبعة هلاكه وإذا تم البيع في المستقبل فإن الملكية تنتقل إلى المشتري من تاريخ العقد النهائي ولا تعود بأثر رجعي، وأهم ما يميز هذا العقد عن البيع أن عقد البيع إن أراد البائع عدم تنفيذ التزامه فإنه يجبر عليه بقوة القانون فتأخذ السلعة منه بقوة القانون وتعطى للمشتري أو ما يسمى «بالتنفيذ العيني»، أما عقد الوعد الذي كيّف على أساس أنه التزام بالقيام بعمل فلا يوجد فيه تنفيذ عيني لأن التنفيذ العيني في الالتزامات بعمل قد يؤدي إلى المساس بالحرية الشخصية، ولذا إذا أخل العاقد بالتزامه فليس أمام الطرف الاخر إلا رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تخلفه عن تنفيذ التزامه.



والالتزام بالقيام بعمل من طبعه أنه يكون دائما على أمور مستقبلية ويكون العقد فيه منظما لعمل يراد القيام به، وقد يكون هذا العمل تصرفا ماديا وقد يكون تصرفا قانونيا.

فلو نظرنا إلى عقد الوكالة بالبيع فإنه عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل أن يقوم بعقد بيع أو عقد شراء للأصيل ويكون في المستقبل من الزمان، وقد يقال إن الوكالة عقد جائز ولكنها تصبح لازمة إن تعلق بها حق للغير، وكذلك عقد المقاولة يلتزم أن يقوم فيها المفاوض بأعمال لرب العمل، وقد تتضمن البيع والشراء ويكون العقد ملزما لطرفيه، وعقد الشركة كذلك جوهره القيام بعمل لأنه قائم على الوكالة فالعقد ينظم قيام الشركاء بالأعمال بهدف الربح، ويكون العقد منظما لعمل تقوم به الأطراف في المستقبل، والذي ينظر كذلك ويدقق في حقيقة عقد الاستصناع الذي اختلف في تكييفه الحنفية فهو عقد بيع لسلعة معدومة عند التعاقد يتفق الأطراف على مواصفاتها ويتم التسليم في المستقبل عند الفراغ منها، تكون إرادة المتعاقدين جادة عند التعاقد جازمة وينشأ على الرجح عقدا ملزما لطرفيه وسبب الخلاف عندهم في التكييف هل الاستصناع مواعدة أم بيع؟ وهل موضوع العقد ينصب على وعد من العامل بصنع سلعة للمستصنع أم أنه انصب على بيع عين موصوفة في الذمة، فمنهم من قال هو مواعدة ابتداءً وينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطي، ومنهم من قال اجارة أشخاص ابتداءً وعقد بيع انتهاءً جاء في الفتاوى الهندية «الاستصناع ينعقد إجارة ابتداءً ويصير بيع انتهاءً قبل التسليم» الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٢٠٧. وجاء في البحر الرائق «فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد ابن سلمة وصاحب المنثور أنه مواعدة، وإنما ينعقد بيعا عند الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يجبر عليه «ابن نجيم البحر الرائق، ج ٦/ص ١٧١.

والشاهد من ذلك أن عقد الاستصناع دخل فيه عنصر العمل الذي من سماته أن يكون في المستقبل، فهو التزام من الصانع بالقيام بعمل أي وعد منه ولكن غرض العقد الحقيقي ان ينصب الاتفاق لا على العمل إنما على العين فكان بيع عين موصوفة في الذمة وهذا تحليل دقيق من الفقه الحنفي، وفيه فتح لأنه بإجازته أجازوا بيع المدوم ممكن الوجود ممكن ضبط صفته ومقداره.

ولو كان العقد بيعاً لوحده دون أن يدخل عنصر العمل لما جاز العقد على عين قيمية، فنحن نعلم أن الفقهاء أجازوا بيع المال المثلي بالتقدير وإن كان غير موجود، لأنه يثبت في الذمة ويكون حقا شخصيا ولا تنتقل الملكية إلا إذا حصل الافراز والتسليم، ولكن الأعيان لا تثبت في الذمة ويشترط وجودها عند العقد، وبلاستصناع أجاز الحنفية التعاقد على مال قيمى غير موجود إذا استطعنا أن نضبط وصفه لدخول عنصر العمل جاز بيع سلعة توجد في المستقبل وبه تم جمع عقد العمل والبيع في عقد واحد سمي استصناعا.

ونجد كثيرا من التصرفات التي أقرها الفقهاء وتكون قائمة على الالتزام بالقيام بالعمل في المستقبل مثل النذر الذي يكون التزام بالقيام بعمل مادي أو قانوني مستقبلا والإيجاب الممتد الذي يكون ملزما للموجب طيلة المدة التي التزم بها وينعقد به العقد إذا ارتبط به القبول وأغلب عقود التبرعات في الفقه هي عقود عينية، ينعقد العقد بالإيجاب والقبول ولكن لا تظهر قيمة للعقد إلا إذا قام بعد الانعقاد بعملية التسليم، وكذلك كما قلنا كل الشروط المترتبة بالعقود تقوم على فكرة الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل مستقبلا، وطبيعة العقود التي تنظم الالتزام بالقيام بعمل قائمة على تنظيم عمل فيما يستقبل من الزمان وقد يشمل العمل التصرفات المادية والقانونية.



فاتفاقيات الإطار التي تقوم بها البنوك الإسلامية مع الشركات لتنظيم عقد بيع سلع عند طلبها هي اتفاقيات تنظيم عمل بيع فيما يستقبل من الزمان وكذلك سقف المبيعات كل هذه العقود أساسها فكرة الالتزام بالقيام بأعمال وتصرفات قانونية مستقبلا تكون ملزمة لأطرافها، وكذلك عقود التوريد والعطاءات اتفاق على أسعار سلع مضبوطة أو صافها، وعلى تنظيم القيام بأعمال بيع متتالية طيلة عام أو أكثر وتكون كذلك ملزمة لأطرافها.

والأصل أن لا يبقى العلماء الأفاضل يحكموا على عقد الوعد والمواعدة على أساس أنها عقد بيع وهي عقود موضوعها ومقتضاها التزام بالقيام بأعمال البيع والشراء في المستقبل وهذه عقود ملزمة تنشأ حقوقا شخصية لا حقوق عينية كالتي ينشأها عقد البيع الذي يكون مقتضاه حقا عينيا بنقل ملكية عين للمشتري.

والذي نخلص إليه من البحث ما يلي:

- ١- مفهوم الشركة والشراكة في الفقه الإسلامي مفهوم واسع ولا يقتصر على الصيغ التي وردت في مصادرنا الفقهية وقد يندرج تحت هذا المفهوم صيغ جديدة والأصل أن تأخذ الأحكام التي تتفق مع طبيعتها والغرض التي أعدت من أجله ضمن الضوابط الشرعية التي تضبط الشركة والعقود.
- ٢- تعتبر أغلب شركات العقد حسب القوانين السارية شخصا حكما بمجرد تكوينها وتسجيلها أي لها ذمة مالية مستقلة ويكون الشركاء لهم حصة في رأس مالها لا أعيانها.
- ٣- الأصل أن رأس المال شرعا وفي القوانين التجارية في الشركات غير قابل للإجارة بعكس الأعيان فهي قابلة للتأجير.
- ٤- صيغة المشاركة المتناقصة طبيعتها تقبل أن تكون شركة عقد وأن تكون شركة ملك اختيارية وطبيعة العقد وقصد أطرافه هي التي تحدد ذلك ولكل صيغة منها إيجابيات وسلبيات تم التطرق إليها بالبحث وقصر هذه الصيغة على أحدهما قد يكون فيه تضيق على الصناعة المالية الإسلامية.
- ٥- إذا كيفت المشاركة المتناقصة على أي من الشركتين وجب أن تبنى أحكامها وآثارها على الشركة التي كُتبت عليها.
- ٦- الأفضل لصيغ التمويل الإسلامي أن تنتقل بها من المعيرة إلى التقنين حتى تكون لكل صيغة أحكامها الخاصة التي تتلائم مع طبيعتها والغرض التي أنشأت من أجله.
- ٧- إذا كيفت المشاركة المتناقصة على أساس أنها شركة ملك اختيارية أو تم التعاقد على هذا الأساس يسري عليها أحكام الملك الشائع ويكون البنك مالكا فيها لحصة شائعة في أصل لا حصة في رأس مال الشركة.
- ٨- يجوز لمصاحب الحصة الشائعة في الأعيان يبيعها وإجارتها بالسعر والأجرة التي يريد ما دام كامل الأهلية.



- ٩- الأصل أن البنك يستطيع مع العميل تنفيذ اتفاقيه إطار أو مواعدا للمشاركة المتناقصة ينظم فيها أطراف العقد الأعمال والتصرفات القانونية التي سيقوم بها في المستقبل وينظر إلى هذه الاتفاقية على أساس أنها التزامات متقابلة متكاملة يجمعها رابط قانوني واحد موضوعه التزامات قيام بعمل بالمستقبل أو امتناع عن عمل وتنشأ حقوقا شخصية بين أطرافها ويتفق فيها على طبيعة ومحل الأعمال المنوي القيام بها وتكون ملزمة للأطراف ديانة وقضاء.
- ١٠- ما تم الاتفاق عليه في اتفاقية الإطار من البيع والشراء بالتدرج لا يعد عقود بيع فالبيع بطبيعته لا يقبل الإضافة إلى المستقبل وكل عملية بيع تتم تنتقل الملكية فيها إلى المشتري في وقتها.
- ١١- سبب الاختلاف في قضية إضافة البيع إلى المستقبل بين جمهور الفقهاء وابن القيم وابن تيمية أنه يجب أن نضرب بين حكم العقد أو مقتضاه وأثار العقد، فالبيع عقد فوري مقتضاه وموجبه نقل ملكية عين بعوض، وهذا الحكم يثبت بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول وبطبعه لا يقبل الإضافة إلى المستقبل، بينما أثار العقد هي الالتزامات التي تجب على طرفيه بعد التعاقد كتسليم المبيع والثمن ولا ينشأ هذه الالتزامات إلا العقد الصحيح. وحقيقة هذه الالتزامات قيام بعمل أو امتناع عنه والالتزام بالقيام بعمل يقبل بطبعه الإضافة إلى المستقبل وكل الأدلة التي ساقها ابن تيمية وابن القيم -رحمهما الله- انصبت على قبول الآثار للإضافة وهذا لا يخالفهم فيه جمهور الفقهاء.
- ١٢- كل التزام لا يحصل مقتضاه إلا بمرور الزمن أو كان الزمن عنصرا جوهريا في تكوينه أو كان مقتضاه التزام بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل فإنه يقبل الإضافة إلى المستقبل.
- ١٣- الالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن العمل العقد بين طرفيه يكون منظما للأعمال التي سيقوم بها الأطراف مستقبلا سواء إن كانت هذه الأعمال مادية أو قانونية كالبيع أو الشراء ويندرج تحت هذا البند الاتفاقية المنظمة للمشاركة المتناقصة.
- ١٤- لا يستطيع الأطراف في الالتزامات بعمل أن يجبروا الطرف الآخر على التنفيذ العيني بقوه القانون، ولكن لهم حق رفع دعوى تعويض عن الأضرار في حالة الإخلال بالتزاماتهم.
- ١٥- يجب أن يراعى في عقد المشاركة المتناقصة إن كُيِّفَت على أساس شركة ملك اختيارية أحكام الملكية الشائعة في القوانين المدنية السارية.