



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

استكمال الصكوك الإسلامية

إعداد
الدكتور العياشي فداد
المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
البنك الإسلامي للتنمية بجدة

بسم الله الرحمن الرحيم

استكمال الصكوك الإسلامية

مسائل البحث

1. حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة
2. حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل العقد
3. معايير التبعية وحالاتها

معايير الغلبة وحالاتها

العايشي الصادق فداد

تمهيد

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى اللهم وبارك على المصطفى الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين.
تناول مجمع الفقه الإسلامي الدولي موضوع الصكوك بأنواعها المختلفة في عدة دورات لمؤتمر مجلس المجمع، وقد أصدر بشأنها قرارات وتوصيات شملت مختلف مجالات الصكوك والعقود والصيغ الشرعية التي تم هيكلتها الصكوك وفقها.

فقد درس المجمع في دورته الثانية عشرة بالرياض، 1421هـ / 2000م. موضوع (الإيجار المنتهي بالتمليك، وصكوك التأجير)، وأصدر قراره رقم: 110 (12/4). ثم ناقش موضوع صكوك الإجارة في دورته الخامسة عشرة بمسقط 1425هـ، 2004م. وأصدر قراره رقم 137 (15/3). وفي دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجزائر) خلال شهر ذي القعدة 1433هـ/سبتمبر 2012م بشأن استكمال موضوع الصكوك الإسلامية ، وأصدر قراره رقم 188 (20/3).

أشار المجمع في قراره السابق 188 بند رابعاً : إجارة الموصوف في الذمة: (يجوز إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة بما لا يخالف قواعد المعاملات الشرعية، ويجوز إصدار صكوك مبنية على ذلك). ويؤكد القرار على أنه يتركز إشكال هذه الصيغة في أمرين:

1. حكم تأجيل الأجرة عن مجلس العقد.
 2. حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل الإجارة.
- وأوصي المجمع أن تقوم أمانته بتشكيل فريق من العلماء والخبراء لدراسة هذه الصيغة في ضوء ما سبق .
كما أشار كذلك القرار في بند خامسا : (تداول الأوراق المالية) إلى أنه ظهر من خلال البحوث المقدمة أن التبعية¹ قد تثبت من خلال ملكية المشغل، أو العمل، أو النشاط. كما ظهر اتساع معيار الغلبة. ونظراً للحاجة لتحديد معايير التبعية وتحرير حالاتها، يوصي المجمع أن تقوم أمانته بتشكيل فريق من العلماء والخبراء لدراسة هذه المعايير في ضوء ما سبق، وتقديم دراسة مفصلة قبل انعقاد المجمع في دورة قادمة.

وبناء على ذلك عرضت أمانة المجمع في هذه الدورة المباركة، الدورة الحادية والعشرين لمؤتمر مجلس المجمع (استكمال موضوع الصكوك الإسلامية). وحددت أمانة المجمع مشكورة في رسالة الاستكتاب محاور الموضوع في أربعة قضايا أساسية هي:

4. حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة

¹ تبعية النقود والديون لما يصح أن يكون متبوعا

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

6. معايير التبعية وحالاتها

7. معايير الغلبة وحالاتها

وسأحاول تناول هذه القضايا ومناقشتها مستعرضا مذاهب الفقهاء والفتاوى المعاصرة والمعايير الصادرة في هذا الخصوص مع ترجيح ما تؤيده الأدلة الشرعية وقواعد الشريعة وتسند آراء الفقهاء في المدارس الفقهية المختلفة.

شاكرا ومقدرا الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي ممثلة في رئيسها، وأمينها العام وإدارة البحوث على ثقتها، والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

المبحث الأول

تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة

الفرع الأول: تعريف الإجارة الموصوفة في الذمة:

قسم الفقهاء الإجارة باعتبار المحل (المنفعة المعقود عليها) إلى قسمين: إجارة عين معينة، وإجارة موصوفة في الذمة. جاء في جواهر العقود: (تنقسم الإجارة إلى واردة على العين كإجارات العقارات وكما إذا استأجر دابة بعينها للحمل أو الركوب أو شخصا بعينه للخياطة أو غيرها، وإلى واردة على الذمة كاستئجار دابة موصوفة وكما إذا التزم للغير خياطة أو بناء)¹.

والإجارة الموصوفة في الذمة: هي التي ترد على محل غير معين بل موصوف بصفات منضبطة متفق عليها. كأن ترد على عمل في الذمة، مثل: أن يقول: استأجرتك على أن يحصل لي خياطة هذا الثوب، فيجوز أن يخيطة بنفسه، ويجوز أن يستأجر غيره، أو يستعينه على خياطته؛ لأن المنافع كالأعيان، فلما جاز عقد البيع على عين معينة، وعلى عين موصوفة في الذمة، فكذلك الإجارة². لذلك ضمن الحنابلة في تعريفهم للإجارة مضمون هذا المعنى فقالوا أن الإجارة هي: عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم³.

أنواع الإجارة: مما سبق، وتأسيساً على ما أورده الفقهاء، يمكن بيان الأقسام المتعددة للإجارة هي⁴:

(1) إجارة واردة على عين معينة: يشترط معرفتها بما تعرف به في البيع، ومتى تعطل نفعها ابتداءً انفسخ العقد.

¹ المنهاجي، شمس الدين محمد بن أحمد، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، ط1، [بيروت: دار الكتب العلمية بيروت، 1417 هـ - 1996 م]، ج1، 209.

² العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط1، (جدة: دار المنهاج 1421 هـ - 2000 م) ج7، ص296.

³ الحجاوي المقدسي، موسى بن أحمد، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، [بيروت: دار المعرفة]، ج2، 283.؛ البهوتي، منصور بن يونس، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ط1، [بيروت: عالم الكتب، 1414 هـ، 1993 م]، ج3، 546.

⁴ انظر: ابن تيمية (الجد)، أو المجد مجد الدين عبد السلام بن عبد الله، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط3، [الرياض: مكتبة المعارف - 1404 هـ - 1984 م]، ج1، ص356. وانظر كذلك: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج7، ص296. ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، [القاهرة: مكتبة القاهرة، 1388 هـ - 1968 م]، ج5، ص352. البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع، [بيروت: دار الكتب العلمية]، ج3، ص546.

(2) إجارة عين موصوفة في الذمة: فيعتبر لها صفات السلم ومتى سلمها فتلفت أو غصبت أو تعيبت وجب إبدالها.

(3) إجارة عقد على عمل عامل إما معين، أو في الذمة: في محل معين أو موصوف كخياطة وقصارة فيشترط وصفه بما لا يختلف.

وقد أوضح صاحب البيان هذه الأقسام غاية الوضوح حين قال: (يصح عقد الإجارة على الأعمال والأعيان، فأما عقدها على الأعمال: فينقسم قسمين: أحدهما: إجارة على عمل معين، مثل: أن يقول: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب. فيلزمه أن يخيطه بنفسه. والثاني: على عمل في الذمة، مثل: أن يقول: استأجرتك على أن يحصل لي خياطة هذا الثوب، فيجوز أن يخيطه بنفسه، ويجوز أن يستأجر غيره، أو يستعينه على خياطته؛ لأن المنافع كالأعيان، فلما جاز عقد البيع على عين معينة، وعلى عين موصوفة في الذمة، فكذلك الإجارة. وأما عقد الإجارة على الأعيان: فالأعيان تنقسم قسمين: عقارًا، وغير عقار¹.

وما يهم البحث في هذه المسألة هو الإجارة الواردة على الموصوف في الذمة عينا كانت أم عملا. أي:

- الإجارة الواردة على عين موصوفة في الذمة.
- الإجارة الواردة على عمل موصوف في الذمة.

الفرع الثاني: حكم الإجارة الموصوفة في الذمة:

يمكن القول إجمالاً بأن ثمة اتفاق بين المذاهب الثلاثة (المالكية، والشافعية، والحنابلة) على مشروعية الإجارة الموصوفة في الذمة. أما المذهب الحنفي فنظراً لأن الراجح عندهم بأن المنفعة ليست مالا فذكر غير واحد بأن الأصل المشهور عندهم عدم الجواز بناء على أصلهم بأن المنافع ليست أموالاً².

ولكن هذا الأصل نفسه محل خلاف. فالجمهور اعتبروا أن المنفعة مال متقوم يضمن بالإتلاف كالعين، أما الحنفية فعندهم أن المنفعة مال بالتمول والاحتراز، وعلى حد تعبير السرخسي أَنَّ الْمَنَافِعَ فِي الْمَالِيَّةِ مِثْلُ الْأَعْيَانِ، وَلَيْزْنَ لَمْ تَكُنْ الْمَنْفَعَةُ مَالًا فَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ؛ لِأَنَّهَا تُقَوِّمُ الْأَعْيَانَ فَيَسْتَجِيلُ أَنْ لَا تَكُونَ مُتَقَوِّمَةً بِنَفْسِهَا، وَلِأَنَّهَا تُمْلِكُ بِالْعَقْدِ³. ولذلك نصوا في القواعد على أن (الأصل عند الشافعي أن المنافع بمنزلة الأعيان

¹ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج7، ص296 .

² انظر على سبيل المثال: د.عبدالله العمراني، صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة، بحث مقدم لندوة الصكوك التي عقدت بمقر جامعة الملك عبد العزيز، ص5 .

³ انظر: السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، [بيروت: دار المعرفة 1414هـ-1993م]، ص11، ص78، ص79، ج15، ص137 .

القائمة، وعندنا بمنزلة الأعيان في حق جواز العقد عليها لا غير¹. واعتبارا لذلك فقد أجاز فقهاء الحنفية إجازة المنافع للحاجة ولأن العين قائمة مقامها. جاء في تبين الحقائق: (لأن المنافع ليست بمال مطلقاً وإنما تصير مالا بعقد الإجازة)². قال السرخسي: (كذلك جواز عقد الإجازة فإنه ثابت بخلاف القياس لحاجة الناس إلى ذلك فإن العقد على المنافع بعد وجودها لا يتحقق لأنها لا تبقى زمانين فلا بد من إقامة العين المنتفع بها مقام الإجازة في حكم جواز العقد لحاجة الناس إلى ذلك)³. وقال السمرقندي: (أما الإجازة على المنافع فكإجازة الدور والمنازل... والعقد جائز في ذلك كله وشرط جوازه أن تكون العين المستأجرة معلومة والأجرة معلومة والمدة معلومة.. إلا أن المعقود عليه ههنا هو المنافع فلا بد من إعلامها بالمدة، والعين والذي عقدت الإجازة على منافع)⁴.

ويمكن ذكر مذاهب الفقهاء في حكم الإجازة الموصوفة في الذمة كما يلي:

1) مذهب الحنفية: تتبع بعض الدارسين كتب الحنفية فأثب القول بصحة الإجازة الموصوفة في الذمة كالإجازة المعينة⁵. ومن أقوال فقهاء الحنفية في ذلك ما ذكره السرخسي حيث قال: (وإن استأجر دابة بعينها إلى بعداد فبدا للمستأجر أن لا يخرج فهذا عذر؛ لأن عليه ضرراً في إبقاء العقد وهو تحمّل مشقة السفر... وإن كانت الدابة بعينها لم يكن هذا عذر؛ لأن المكارى التزم العمل في ذمته وهو قادر على الوفاء به بدابة أخرى يحمله عليها)⁶. وقال الكاساني: (وإن كانت الإجازة على دواب بعينها فسلم إليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الإجازة، وعلى المؤاجر أن يأتيه بعير ذلك؛ لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد؛ لأن الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة، وإنما تسلم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمته، فإذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه أن يعين غيرها)⁷. وجاء في المحيط البرهاني:

¹ المجددي البركتي، محمد عميم الإحسان، قواعد الفقه، ط1، [كراتشي، الصدف بيلشرز، 1407 - 1986]، ج1، ص46.

² الزيلعي، عثمان بن علي بن محسن فخر الدين، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط2، [بيروت: دار الكتاب الإسلامي]، ج6، ص119. وهو ما أكدت عليه مجلة الأحكام، وكذلك شراحها، فقد جاء في الدرر: (المنافع ليست في ذاتها متقومة؛ لأن التقوم يستدعي سبق الإحراز وما لا يبقى كيف يُجرز وإنما صارت متقومة شرعاً بالعقد لضرورة حاجة الناس إليها). حيدر، علي، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، ط1، [بيروت: دار الجليل، 1411هـ - 1991م]، ج1، ص540، المادة (472).

³ السرخسي، أصول السرخسي، [بيروت: دار المعرفة]، ج2، ص203.

⁴ السمرقندي، محمد بن أحمد أبو بكر علاء الدين، تحفة الفقهاء، ط2، [بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994م]، ج2، ص347.

⁵ انظر: عبد الرحمن بن عبدالله السعدي، إجازة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة: دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، الرياض، 1433هـ، ص92.

⁶ المبسوط، ج16، ص5. وانظر: ج2، ص361.

⁷ الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، [بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م]، ج4، ص223. ان

(وإذا وقعت الإجارة على دواب بعينها لحمل المتاع، فماتت انفسخت الإجارة بخلاف ما إذا وقعت على دواب لا بعينها. وسلم الآجر إليه دواباً فماتت لا ينفسخ العقد، وعلى الآجر أن يأتي بغير ذلك)¹.
فمحصلة الأقوال السابقة مشروعية الإجارة الموصوفة في الذمة عند فقهاء الحنفية.

(2) جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فالقول بمشروعية الإجارة الموصوفة في الذمة هو محل اتفاق بين المذاهب الثلاثة². وقد استندت المذاهب الثلاثة في ذلك إلى عموم الأدلة من القرآن والسنة واجماع الأمة حول مشروعية الإجارة. فالإجارة الموصوفة في الذمة عقد صحيح لازم وإنما اشترط فيه الجمهور شروط السلم بأن تكون المنفعة منضبطة بصفات السلم لأنهم يعدونه سلم في المنافع³. وقد لخص ذلك البهوتي في قوله: (فَصَلِّ وَالْإِجَارَةُ ضَرْبَانِ: أَحَدُهُمَا، أَنْ تَقَعَ (عَلَى) مَنْفَعَةٍ (عَيْنٍ) وَيَأْتِي أَنَّ لَهَا صُورَتَيْنِ إِلَى أَمَدٍ مَعْلُومٍ أَوْ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ، ثُمَّ الْعَيْنُ إِمَّا مُعَيَّنَةٌ أَوْ مَوْصُوفَةٌ فِي الذِّمَّةِ وَلِكُلِّ مِنْهُمَا شُرُوطٌ. وَبَدَأَ بِشُرُوطِ الْمَوْصُوفَةِ لِقِلَّةِ الْكَلَامِ عَلَيْهَا فَقَالَ: وَشَرَطُ اسْتِفْصَاءِ صِفَاتِ سَلْمٍ فِي مَوْصُوفَةٍ بِذِمَّةٍ⁴. وجاء في المقدمات الممهديات: (الإجارة الثابتة في ذمته، فحكمها حكم السلم الثابت في الذمة في تقديم الإجارة وضرب الأجل ووصف العمل)⁵.

والقول بجواز الإجارة الموصوفة في الذمة هو القول المتوافق مع الأصول والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية ويتواءم مع مقاصدها وهو ما اتجهت إليه المجمع الفقهي والمجالس الشرعية وهيئات الرقابة الشرعية⁶

¹ ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني، ج7، ص504. وانظر: البلخي، نظام الدين (رئيس لجنة العلماء)، الفتاوى الهندية، ط2، [بيروت: دار الفكر، 1310 هـ]، ج4، ص461.

² انظر: ابن رشد (الجد)، أبو الوليد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي وآخرون، ط2، [بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ-1988م]، ج8، ص410؛ القاضي عبد الوهاب البغدادي، أبو محمد، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد بو خبزة، ط1، [بيروت: دار الكتب العلمية، 1425هـ-2004م]، ج2، ص158؛ الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، [بيروت: دار الكتب العلمية]، ج2، ص252؛ المنهاجي، جواهر العقود، ج1، ص209؛ العمراني، البيان، ج7، ص296؛ ابن قدامة، المغني، ج5، ص352؛ الحجاوي المقدسي، الإقناع، ج2، ص283؛ البهوتي، شرح المنتهى، ج3، ص546؛ ابن تيمية (الجد)، المحرر في الفقه، ج1، ص356؛ البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص546.

³ انظر: النووي، روضة الطالبين، ج5، ص175؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص443. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص196؛ المرادوي، الإنصاف، ج6، ص11.

⁴ شرح منتهى الإرادات، ج2، ص252.

⁵ ابن رشد (الجد)، المقدمات الممهديات، ط1، [بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408 هـ - 1988 م]، ج2، ص167.

⁶ نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة رقم 188 (30/20) في دورته العشرين بمدينة وهران - الجزائر 1433هـ، / 2012م، "يجوز إجارة الأعيان الموصوفة في الذمة بما لا يخالف قواعد المعاملات الشرعية" كما جاء في المعايير الشرعية "معيار الإجارة والإجارة المنهية بالتملك رقم 9 - بند 5/3" ما نصه: (يجوز أن تقع الإجارة على موصوف في الذمة وصفاً منضبطاً، ولو لم يكن مملوكاً للمؤجر (الإجارة الموصوفة في الذمة) حيث يتفق على تسليم العين الموصوفة في موعد سريان العقد).

الفرع الثالث: تأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة

تمهيد :

هذه المسألة من دقائق الفقه جاء فيها كلام أهل العلم مطلقا في مواضع ومقيدا في مواضع أخرى، مبهما في سياق معين ومفصل في سياق آخر، ولا ينبغي في تقدير الجزم برأي في مذهب من المذاهب إلا بعد جمع الأقوال وحمل مطلقها على مقيدها، وإرجاع المبهم منها إلى المفصل عملا بأصول الاجتهاد في استنباط الأحكام.

أوردت التقديم السابق لأبادر بأن المسألة تحتاج في بعض الأحيان إلى أننا نخرج الفروع عن الأصول فإنه لزام علينا إرجاع الفروع إلى الأصول وإزالة التعرض بينهما إن وجد وإلا حكمنا بالأصل ورددنا الفرع.

وقد اختلف الفقهاء في حكم تأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة، ويمكن لمتبعتها أن يحددها في أربعة أقوال كما يلي:

أولا: عدم تأجيل الأجرة، ووجوب تسليمها في مجلس العقد ، انعقدت الإجارة بلفظ السلم أو بلفظ الإجارة، شرع في استيفاء المنفعة أم لا ؟

(1) هذا الرأي جزم به الشافعية في الصحيح من أقوالهم. قال الإمام النووي: (أما الإجارة الواردة على الذمة، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة، ولا الاستبدال عنها، ولا الحوالة بها ولا عليتها، ولا الإبراء، بل يجب التسليم في المجلس كراس مال السلم، لأنه سلم في المنافع)¹. وأضاف الشيخ زكريا الأنصاري: (ولو كان العقد وفي نسخة " كانت " أي الإجارة (بغير لفظ السلم) كأن كان بلفظ الإجارة كأن قال استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملني إلى موضع كذا لأنه سلم في المعنى كما مر)².

(2) وهو أحد القولين عند الحنابلة: قال المرادوي: (وإن كان بلفظ " الإجارة " جاز التفريق قبل القبض، وهل يجوز تأخيرها؟ يحتمل وجهين. انتهى)³.

ثانيا: تحدد الأجرة تعجيلا أو تأجيلا أو تنجيما بحسب الشرط. وهو رأي الحنفية.

● اختلفت أنظار الباحثين في تقرير مذهب الحنفية في تأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة. فبينما أكد البعض على انه لم يقف على قول للحنفية في المسألة¹، ذهب آخرون إلى أن المذهب يقول بوجوب

¹ روضة الطالبين، ج5، ص176 .

² أسنى المطالب، ج2، ص405 . والقول معروف رردته معظم مصنفات الشافعية. مثل: ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، [مصر: المكتبة التجارية الكبرى، 1357 هـ - 1983 م]، ج6، ص125 ؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص443 ؛ فليزي وعميرة، الحاشيتان، ج3، ص69 . المنهاجي، جواهر العقود ، ج1، ص209 .

³ الإنصاف، ج6، ص11 . أما إن كان بلفظ السلم فقد روى فيه قول واحد بعدم الجواز. وسيأتي.

بوجوب تعجيل الأجرة في الموصوف في الذمة عينا كان أم عملا². بينما رأى البعض الآخر أن ثمة تفصيل في المذهب الحنفي بحسب صيغة العقد والشرط المقترن بالأجرة تأجيلا أو تعجيلا³.

تحرير قول الحنفية في تأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة:

تم ترجيح القول بأن فقهاء الحنفية يقولون بجواز الإجارة الموصوفة في الذمة إجمالا، لكن الأصل عندهم أن ما يثبت من المال في الذمة هو الدين، وأن المنافع لا تثبت في الذمة؛ لأنها ليست من الأموال، وكذلك اعتبروا أن المنفعة ليست ذات قيمة في نفسها وليست شيئا ماديا يحاز ويدخر، وإنما هي أعراض تحدث شيئا فشيئا، وقد كان لهذا الأصل والقواعد المتفرعة عنه أثرها في الخلاف بينهم وبين جمهور الفقهاء وأهمها:

- أن المنافع ليست ذات قيمة في نفسها وإنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الإجارة على خلاف القياس للحاجة. وقد سبق أقوال فقهاء الحنفية في ذلك حيث أكدوا على أن المنافع وإن لم تكن مالا فهي مُتَقَوِّمَةٌ؛ ولأنَّهَا تُمَلِّكُ بِالْعَقْدِ، وَأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ فِي حَقِّ جَوَازِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا لَا غَيْرَ؛ لِأَنَّهَا تَصِيرُ مَالًا بِالْعَقْدِ⁴. وقعد الحنفية لذلك قاعدة فقالوا: (الأصل عند الشافعي أن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة، وعندنا بمنزلة الأعيان في حق جواز العقد عليها لا غير)⁵.
- وبناء على الفروق الجوهرية بين الجمهور والحنفية في تكييف أصل المنافع كما سبق، وتبعاً لذلك القواعد التي أسس عليها الأحناف أحكام الإجارة معينة كانت أو موصوفة في الذمة، فقد نشأت جملة من الأحكام والقضايا التطبيقية التي اختلف فيها المذهب الحنفي عن الجمهور وخاصة الشافعية. ومن تلك الأحكام ما يتعلق بالأجرة.

¹ انظر: د. يوسف الشيبلي، أحكام إصدار وتداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة وصكوك الإجارة مع الوعد بالتملك على من اشترت منه، بحث مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، ص 9. د. عبد الرحمن السعدي في رسالته حول إجارة الموصوف في الذمة، ص 191.

² انظر: د. حامد ميرة، صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة وصكوك منافع الأعيان المؤجرة لمن باعها تأجيلا منتهيا بالتملك، بحث مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، ص 8. د. سامي السويلم فبعد أن قسم تقسيمات نفيسة للموصوف عينا أو منفعة، وربط ذلك بالخلاف حول تعين النقود من عدمها، أكد على أنه بعد تلك المناقشة فإن الصيغة الشائعة لإجارة الموصوف في الذمة تندرج ضمن النوع التي لا إشكال في وجوب تعجيل الأجرة فيها إلا إذا تعين الثمن عند التعاقد. انظر: منتجات صكوك الإجارة، بحث مقدم لندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم، جامعة الملك عبد العزيز بجدة، 1431هـ/2010م، ص 23. بمعنى أنه إذا تعين الثمن في المجلس فلم يعد دينا ولا يسمى في هذه الحالة مؤجلا وإن لم يقبض في المجلس، لأن التعيين يخالف الدين كما نص على ذلك الفقهاء.

³ انظر: د. عبد الرحمن السعدي، إجارة الموصوف في الذمة، ص 182.

⁴ انظر مراجع الحنفية السابقة: السرخسي، المبسوط، ج 16، ص 5 و ج 2، ص 361؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 4، ص 223؛ ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني، ج 7، ص 504؛ نظام الدين (رئيس لجنة العلماء)، الفتاوى الهندية، ج 4، ص 461.

⁵ المجددي البركتي، قواعد الفقه، ج 1، ص 46.

• وقد نص محققو المذهب الحنفي على جواز أن تكون الأجرة دينا في الذمة؛ لأن المنفعة عندهم تقوم مقام العين فلا تدخل في بيع الدين بالدين المنهي عنه والمتفق على تحريمه. قال الباري في العناية: (لأنَّ الْمَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ وَهَذَا جازتُ الْإِجَارَةُ بِدَيْنٍ؛ أَيُّ بِأَجْرَةٍ هِيَ دَيْنٌ عَلَى الْمُؤَجَّرِ، وَلَوْ لَمْ تَكُنْ الْمَنَافِعُ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ لَكَانَ ذَلِكَ دَيْنًا بِدَيْنٍ)¹، وهو ما أكده الكمال ابن الهمام بقوله: (إنَّ الْمَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ حَتَّى جازتُ الْإِجَارَةُ بِأَجْرَةٍ دَيْنٍ وَلَا يَصِيرُ دَيْنًا بِدَيْنٍ)².

وفقهاء الحنفية يقررون بأن المنفعة والأجرة يشبان بالعقد؛ لأن الإجارة عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين، وأما وقت الثبوت فبحسب الشرط، أو بالتعجيل، أو بمقتضى العرف. قال في البدائع: (وَأَمَّا وَقْتُ ثُبُوتِهِ فَالْعَقْدُ لَا يَخْلُو إِذَا كَانَ عَقْدًا مُطْلَقًا عَنْ شَرْطِ تَعْجِيلِ الْأَجْرَةِ، وَإِنَّمَا أَنْ شَرْطَ فِيهِ تَعْجِيلِ الْأَجْرَةِ أَوْ تَأْجِيلِهَا، فَإِنَّ عَقْدَ مُطْلَقًا؛ فَالْحُكْمُ يَثْبُتُ فِي الْعَوْضَيْنِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ، فَيَثْبُتُ الْمَلِكُ لِلْمُؤَاجِرِ فِي الْأَجْرَةِ وَقْتُ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لِلْمُسْتَأْجِرِ فِي الْمَنْفَعَةِ، وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا)، وأعاد الكاساني بيان ذلك بقوله: (وفي شرح الطحاوي: الأجرة لا تخلو إما أن تكون معجلة، أو مؤجلة، أو منجممة، أو مسكوتاً عنها. فإن كانت معجلة فإن له أن يتملكها وله أن يطالب بها، وإن كانت مؤجلة، فليس له أن يطالب إلا بعد الأجل، وإن كانت منجممة فله أن يطالب عند كل نجم، وإن كانت مسكوتاً عنها تقدم بيان ذلك)³. ويعبر بعض فقهاء الحنفية تجاوزاً بأن الأجرة لا تجب بالعقد، لكن المقصود وجوب الأداء. (قال تاج الشريعة أي وجوب الأداء)⁴.

فيتلخص رأي الحنفية في أن الأصل جواز تأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة؛ لأن النفعة تقوم مقام العين فينتفي بذلك المحذور الشرعي وهو الدين بالدين، ولكن ان اشترط تعجيلها أو تأجيلها فيلتزم بالشرط، أما سكت فتقترب بمحصول المنفعة أو تمكين المستأجر منها.

ثالثاً: التفرقة بين إذا انعقدت الإجارة بلفظ السلم فيجب تعجيل الأجرة، وبين انعقادها بلفظ البيع فيجوز تأجيلها.

1. صيغة العقد التي تراعي التفرقة بين انعقاد الإجارة الموصوفة في الذمة بلفظ السلم أو لفظ الإجارة ليس خاصاً بالإجارة، وإنما جرى في البيع الموصوف في الذمة كذلك إذا تم عقده بلفظ البيع أو السلم.

¹ الباري، محمد بن محمد أكمل الدين، العناية شرح الهداية للمرغيناني، [بيروت: دار الفكر]، ج9، ص113.

² فتح القدير، ج9، ص113. وانظر كذلك: العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، البناء شرح الهداية للمرغيناني، ط1، [بيروت: دار الكتب العلمية، 1420 هـ - 2000 م]، ج10، ص304.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص201.

⁴ المرجع السابق. وانظر: ابن عابدين، الحاشية، ج6، ص10.

2. ذهب إلى جواز انعقاد السلم بلفظ البيع كل من المالكية ، والحنابلة ، وأبي حنيفة وصاحبيه ، وهو وجه عند الشافعية. وخالفهم في ذلك زفر من الحنفية، وهو الوجه الصحيح عند الشافعية فقالوا: إن السلم لا ينعقد بلفظ البيع¹ .

3. يفرق بعض فقهاء الحنابلة والشافعية بين أن ينعقد السلم بلفظ السلم أو بلفظ البيع، فإذا انعقد بلفظ السلم وجب تسليم رأس المال في المجلس، أما إذا كان بلفظ البيع فيمكن أن يكون الثمن معجلاً أو مؤجلاً.

- أما بخصوص الشافعية: فيقول الشيرازي: (وينعقد بلفظ السلف والسلم. وفي لفظ البيع وجهان: من أصحابنا من قال: لا ينعقد السلم بلفظ البيع ، فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعاً ولا يشترط فيه قبض العوض في المجلس؛ لأن السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه، ومنهم من قال ينعقد لأنه نوع بيع يقتضي القبض في المجلس فانهقد بلفظ البيع كالصرف)² . أضاف الإمام النووي: (هذا الخلاف لفظي؛ لأن صورة السلم يمكن أن تكون نوعاً من أنواع البيوع مستثنى منها بإطلاق لفظ السلف أو السلم عليه، ولا يؤثر الخلاف اللفظي في جوهره)³ . [(ويبيع الصفات) أي يبيع الأعيان في الذم المشتمل على ذكر الصفات ، لكن إن عُقد بلفظ البيع صح تأجيل كل من المبيع والثمن ، أو بلفظ السلم صح تأجيل المثلث فقط، وهو السلم فيه دون رأس المال]⁴ .

- ما نقل عن الشافعية نجد مثله عند الحنابلة، فصاحب الفروع يقول: (ويبيع موصوف غير معيّن يصحّ في أحد الوجهين اعتباراً بلفظه ، والثاني: لا، وحكاية شيخنا عن أحمد كالسلم الحال، والثالث: يصح إن كان ملكه، فعلى الأول حكمه كالسلم. ويعتبر قبضه أو ثمنه في المجلس في وجهه، وفي آخر لا، فظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه ، وظاهر المستوعب وغيره يعتبر، وهو أولى ليخرج عن بيع دين بدين)⁵ . فالوجه الذي خلاف ظاهر المستوعب عند الحنابلة عدم تعيين الثمن وقبضه ، وهو كما صرح ابن مفلح يؤدي إلى الدين بالدين وإن كان خلاف الرأي الظاهر. وفي تصحيح الفروع بعد نقله للروايات السابقة، قال: (قوله: فعلى الأول ، حكمه كالسلم ويعتبر قبضه، أو ثمنه في المجلس في وجهه، وفي آخر: لا. الوجه الأول: هو الصحيح، قدمه في

¹ انظر: الخطاب، مواهب الجليل، ج24، ص538؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص214. النووي، المجموع، ج13، ص105؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص201.

² المهذب، ج2، ص252.

³ المجموع، ج13، ص105.

⁴ الشرقاوي، عبدالله بن حجازي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب لأبي زكريا الأنصاري، [القاهرة: دار الفكر]، ج2، ص164. ومثل هذه العبارات متكررة في عدد من مصنفات الشافعية. انظر على سبيل المثال: الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف ، التنبيه في الفقه الشافعي، [بيروت: عالم الكتب]، ص: 126 . العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج7، ص334. النووي، روضة الطالبين، ج5، ص176 .

⁵ ابن مفلح، شمس الدين أبي عبد الله محمد، كتاب الفروع، مراجعه: عبد الستار فراج، ط3، [بيروت: عالم الكتب، 1388 هـ - 1967)، ج4، ص23.

المغني، والشرح، والرعاية الكبرى وغيرهم، وجزم به في الوجيز. والوجه الثاني : اختاره القاضي وهو ظاهر ما جزم به في المستوعب. والوجه الثالث: ما لفظه لفظ البيع ومعناه معنى السلم كقوله اشترت منك ثوباً من صفته كذا وكذا بهذه الدراهم، ولا يكون موجوداً ولا معيناً، فهذا سلم، ويجوز التفرق فيه قبل القبض، اعتباراً باللفظ دون المعنى¹.

4. الخلاف المذكور أعلاه قد يكون لفظياً إذا تم النظر إليه فقط من خلال استعمال لفظي البيع أو السلم وتغيير الأحكام وفق ذلك ، دون النظر بعمق لأصول هذا الخلاف، وهو ما أشار إليه الإمام النووي سابقاً بأنه خلاف لفظي، وهي المنهجية التي انتقدها شيخ الإسلام ابن تيمية في أن تختلف الأحكام بمجرد الاختلاف في الألفاظ ، فقال: (إِنَّ أَحْمَدَ لَا يَرَى اخْتِلَافَ أَحْكَامِ الْعُقُودِ بِاخْتِلَافِ الْعِبَارَاتِ، كَمَا يَرَاهُ طَائِفَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ الَّذِينَ يُجَوِّزُونَ هَذِهِ الْمُعَامَلَةَ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ وَيَمْنَعُونَهَا بِلَفْظِ الْمُرَارَعَةِ، وَكَذَلِكَ يُجَوِّزُونَ بَيْعَ مَا فِي الذِّمَّةِ بَيْعًا حَالًا لَا بِلَفْظِ الْبَيْعِ، وَيَمْنَعُونَهُ بِلَفْظِ السَّلْمِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ سَلْمًا حَالًا)². وهذا الخلاف له ما يبرره ويأتي ذكره.

5. الخلاف السابق الذي جرى في البيع الموصوف في الذمة كالسلم أكدته الشافعية والحنابلة في إجارة المنافع الموصوفة في الذمة إذا انعقدت بلفظ السلم أو بلفظ الإجارة، حيث قرروا وجوب تعجيل الأجرة إذا كانت الإجارة بلفظ السلم، وجواز التأجيل إذا كانت بلفظ الإجارة.

● أما الشافعية : فقد جاء في التنبيه: (وان كانت الاجارة على عمل في الذمة جاز بلفظ السلم، فإن عقد بلفظ السلم اعتبر فيه قبض الأجرة في المجلس، وان عقد بلفظ الاجارة فقد قيل يعتبر وقيل لا يعتبر)³. وقال الشيرازي: (فإن كان العقد على منفعة في الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة لأن إجارة ما في الذمة كالسلم ولا يجوز السلم بثمن مؤجل فكذلك الإجارة ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس كما لا يجوز في السلم ومن أصحابنا من قال إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس لأنه سلم وإن كان بلفظ الإجارة لم يجب لأنه إجارة والأول أظهر لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه)⁴. وقال في البيان: (ولا يجوز أن تكون الأجرة هاهنا مؤجلة؛ ل: «أن النبي -

¹ المرادي، أبو الحسن علي بن سليمان، تصحيح الفروع، مطبوع بمامش الفروع لابن مفلح، ج4، ص 23، 24. وثمة نصوص متعددة للحنابلة في سياق ما ذكر. وانظر مثلاً : ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، [بيروت: المكتب الإسلامي]، ج4، ص 27.

² ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج29، 121؛ الفتاوى الكبرى، 1، [بيروت: دار الكتب العلمية، 1408هـ - 1987م]، ج4، ص72. القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، ط1، [السعودية: دار ابن الجوزية]، ج1، ص251.

³ الشيرازي، التنبيه، ص 126.

⁴ المهذب، ج2، ص252.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نهي عن الكالئ بالكالئ»¹. و (الكالئ بالكالئ) : هو بيع النسيئة بالنسيئة، ولأن هذه الإجارة في معنى المسلم فيه، ورأس مال السلم لا يصح أن يكون مؤجلاً. وهل يشترط هاهنا قبض الأجرة في المجلس قبل أن يتفرقا؟ ينظر فيه: فإن عقد الإجارة بلفظ السلم.. اشترط قبض الأجرة قبل أن يتفرقا، كما قلنا في السلم. وإن عقد بلفظ الإجارة.. ففيه وجهان: أحدهما: لا يشترط قبضه في المجلس قبل التفرق اعتباراً باللفظ. والثاني: يشترط قبضه قبل التفرق، وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق اعتباراً بالمعنى، ومثل هذين الوجهين الوجهان في قبض رأس مال السلم في المجلس إذا عقد السلم بلفظ البيع، وقد مضى ذكرهما².

● أما الحنابلة: فقد جاء في شرح المنتهى ما نصه: (إن أجزت - العين - إجارة على موصوف بذمة بلفظ سلم، كأسلمتكم هذا الدينار في منفعة عبد صفته كذا وكذا لبناء حائط مثلاً، وقبل المؤجر، اعتبر قبض أجرة بمجلس عقد، لئلا يصير دينا بدين، واعتبر تأجيل نفع إلى أجل معلوم كالسلم، فدل على أن السلم يكون في المنافع كالأعيان، فإن لم تكن بلفظ سلم ولا سلف، لم يعتبر ذلك)³. وقد أكد القاري ذلك في مجلة الأحكام الشرعية المادة (539)⁴.

¹ أخرج الدارقطني، والبيهقي وغيرهما من أصحاب السنن والآثار، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: " نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ" قال نافع: وهو الدين بالدين. قال الصنعاني: (رواه إسحاق والبخاري بإسناد ضعيف، ورواه الحاكم والدارقطني من دون تفسير. وفي إسناده موسى بن عبيدة الرّبدي وهو ضعيف. قال أحمد: لا تحل الرواية عندي عنه، ولا أعرف هذا الحديث لغيره. وصحّفه الحاكم، فقال: موسى بن عقبة فصحه على شرط مسلم، وتعجب البيهقي من تصحيحه على الحاكم. قال أحمد ليس في هذا حديث يصح). الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبيل السلام شرح بلوغ المرام، [مكة المكرمة: مكتبة عباس أحمد الباز]، ج3، ص45. وقال شيخ الإسلام: (لفظ النهي عن بيع الدين بالدين لم يرو عن النبي صلى الله عليه وسلم، بإسناد صحيح ولا ضعيف، وإنما في حديث منقطع أنه نهي عن الكالئ بالكالئ. قال أحمد: لم يصح فيه حديث). نظرية العقد، [بيروت: دار المعرفة]، ص235. والحديث ضعف سنده بين كما تدل عليه كتب التخرّيج. انظر: على سبيل المثال: ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي، التلخيص الحبير في تخرّيج أحاديث الرافعي الكبير، تعليق: عبد الله اليماني، [المدينة المنورة: 1384هـ/1964]، ج3، ص26. ؛ الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف، نصب الرّاية لأحاديث الهداية، ط2، [كراتشي: المجلس العلمي]، ج4، ص39؛ الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، [بيروت: دار القلم]، ج5، ص156. وقد جرى العمل به في كل المذاهب، وأطبقت كلمتهم جميعاً على اعتبار معناه. ولعل هذا ما يرفع الاحتجاج بهذا الحديث رغم ضعف سنده، كيف لا وقد تلقته الأمة بالقبول والعمل به، وقد أشار إلى ذلك المواق نقلاً عن ابن عرفة، حيث ذكر أن تلقي الأمة لهذا الحديث يغني عن طلب الإسناد فيه. انظر: المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، مطبوع بمامش مواهب الجليل للحطاب، [بيروت: دار الفكر]، ج4، ص367.

² العمراني، البيان، ج7، ص335.

³ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص360. ؛ وانظر: كشف القناع، ج3، ص564.

⁴ القاري، أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دراسة وتحقيق: عبد الوهاب أبو سليمان، محمد إبراهيم أحمد علي، ط1، [جدة: مطبوعات تامة، 1401هـ/1981]، ص210.

● ذهب إلى هذه التفرقة عدد من أصحاب الفضيلة حيث أقرّوا بجواز تأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة إذا انعقدت الإجارة بلفظ الإجارة وليس السلم ، وهو ما رجحه المعيار الشرعي للإجارة، والهيئة الشرعية لمصرف الراجحي¹.

● انتقد بعض الفضلاء هذه المنهجية في التفريق في الأحكام مجرد ورودها عند فقيه في مذهب معين دون جمع جميع أقواله في نفس المسألة، وكذلك جمع أقوال المذهب ومقارنتها حتى يتسنى استنباط الحكم الصحيح من خلال فهم النصوص في إطار قواعد المذهب الكلية . وقد أكد فضيلة الشيخ الصديق الضيرير أن هذا التفريق الوارد في النصوص الفقهية السابقة ينبغي أن يكون من خلال نصوص الشافعية الأخرى التي تمنع تأجيل البدلين لما يؤدي إليه من بيع الدين بالدين ، وإن أقر بأن بعض العبارات موهمة يمكن أن يفهم منها معنى تأجيل البدلين معاً ، وكذلك معنى تأجيل أحدهما وهو الذي رآه يتسق مع نصوص الشافعية في كتبهم². فعبارة الشرفاوي مثلاً التي اعتمدها بعض الفضلاء في التفريق بين السلم بلفظ البيع أو بلفظ السلم ورتب عنها جواز تأجيل الثمن إذا كان بصيغة البيع ، تبين أن الشرفاوي قيد عبارته المطلقة السابقة. ففي تعليقه على عبارة المصنف قال: (يشترط تعيين أحد العوضين)، وذكر أن التعيين بمنزلة القبض، لصيرورة المعنى حالاً، لا يدخله أجل أبداً³. وعلق الشيخ الضيرير على هذه العبارة بقوله: (والصحيح أن الشرفاوي يقيد صحة هذا البيع بتعيين أحد البدلين في المجلس)⁴. وهذا يتسق مع أقوال الشافعية في بيع الموصوف في الذمة بلفظ البيع لا بلفظ السلم ، حيث أكدت تلك الأقوال على عدم وجوب تسليم الثمن في المجلس إذا انعقد بلفظ البيع وليس السلم. جاء في أسنى المطالب : (لكن يجب تعيين رأس المال في المجلس إذا كان في الذمة ليخرج عن بيع الدين بالدين) ، أما بخصوص القبض

¹ نص المعيار الشرعي رقم 9 للإجارة والإجارة المنتهية بالتملك - بند 5/3 (يجوز أن تقع الإجارة على موصوف في الذمة وصفاً منضبطاً، ولو لم يكن مملوكاً للمؤجر (الإجارة الموصوفة في الذمة) حيث يتفق على تسليم العين الموصوفة في موعد سريان العقد، ويراعى في ذلك إمكان تملك المؤجر لها أو صنعها، ولا يشترط فيها تعجيل الأجرة ما لم تكن بلفظ السلم أو السلف). وانظر: أحمد علي عبد الله، **البيع على الصفة**، ورقة مقدمة إلى الندوة الأولى لتأصيل العمل المصري، [الخرطوم: 1416هـ/1996]. ص 24؛ العياشي فداد، **البيع على الصفة للعين الغائبة وما يثبت في الذمة**، [جدة: مطبوعات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب]، ص 45 . وانظر بقية الآراء والقرارات في : حامد الميرة، **صكوك المنافع**، ص 10 .

² انظر تعليق الشيخ الضيرير، **الصديق الأمين**، بخطه على بحث البيع على الصفة، (ضمن أوراق الندوة الأولى لتأصيل العمل المصري ، الخرطوم)، ص 3.

³ انظر: حاشية الشرفاوي، ج 2، ص 15.

⁴ انظر: تعليق الشيخ الضيرير على بحث البيع على الصفة، ص 4.

فقد صرح بعدم وجوبه (لا القبض في المجلس، فلا يجب)¹، فالتعيين يخرج البيع من كونه ديناً بدين فيجوز التفرقة قبل القبض. وهو ما نقلناه عن المذهب الحنبلي في الأقوال السابقة².

● التفرقة السابقة لا يعول عليها في تأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة لأن الفقهاء قيدوا جواز تأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة إذا انعقدت بلفظ الإجارة بأن الأجرة معينة في المجلس، فإذا عينت لم تكن مؤجلة وهو ما يناسب أصول مذهبي الشافعية والحنابلة في النهي عن بيع الدين بالدين. وإن كان ثمة بعض الأقوال التي لم تشترط التعيين لكن ينبغي حملها على المقيد منها.

● أشار فضيلة الدكتور سامي السويلم³ إلى أن الخلاف السابق ليس لفظياً كما يتوهم البعض وإنما يعود إلى أصل اختلاف الفقهاء في أن النقود هل تتعين بالتعيين أم لا؟ فالشافعية والحنابلة تتعين عندهم بالتعيين⁴، فإذا عين الثمن أو الأجر كقوله "هذا الدين" خرجا من الذمة، فإذا تفرقا قبل القبض لم يتفرقا عن دين بدين. أما الحنفية والمالكية فحيث إن النقود لا تتعين بالتعيين فلا فرق عندهم بين أن يكون "بدينار أو بهذا الدينار" فهي في الذمة على كل حال، فلو تفرقا لكان تفرقا عن دين بدين.

● محصلة هذا الرأي أن هذه التفرقة لا أثر لها في أصح الأقوال؛ فالأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة معجلة إما بقبضها في المجلس أو بتعيينها في المجلس وتأخير قبضها على الخلاف الوارد عند أهل العلم.

رابعاً: الأصل تعجيل الأجرة إلا إذا شرع المستأجر في استيفاء المنفعة وهو مذهب المالكية، وهو قول عند الحنابلة.

● أما المالكية: فقد قال ابن رشد: (فأما إذا كان مضموناً في ذمته، فلا يجوز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع في العمل؛ لأنه متى تأخر جميعاً كان الدين بالدين، فلا يجوز إلا تعجيل أحد الطرفين أو تعجيلهما جميعاً،

1 انظر: الأنصاري، أسنى المطالب، ج2، ص124؛ وقریب منه عند: الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص253.

2 انظر بشكل مفصل: العياشي، البيع على الصفة، ص46.

3 انظر: منتجات صكوك الإجارة، ص22.

4 النقود تتعين بالتعيين هو رأي الحنفية، والمالكية، ورواية مرجوحة عند الحنابلة. ويقابله: مذهب الشافعية، والرواية المشهورة عند الحنابلة. انظر: البزدوي، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار، [بيروت: دار الكتاب الإسلامي]، ج3، ص322؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج7، ص13؛ السرخسي، المبسوط، ج14، ص25؛ القرابي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة، ط1، [بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م]، ج5، ص549. النووي، روضة الطالبين، ج3، ص513 الجويني، (إمام الحرمين)، عبد الملك بن عبد الله، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، ط1، [دار المنهاج، 1428هـ-2007م]، ج5، ص96. ابن قدامة، المغني، ج4، ص33؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص468؛ المرادوي، الإنصاف، ج5، ص50.

وأما إذا كان متعينا في عينه، فيجوز تعجيل الأجر وتأخيرها، على أن يشرع في العمل، وإن لم يشرع في العمل إلى أجل لم يجز النقد إلا عند الشروع في العمل¹.

- أما الحنابلة: فقد قال المرداوي: (فَأَيُّدَةٌ: قَوْلُهُ : الضَّرْبُ الثَّانِي: عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ فِي الدِّمَّةِ مَضْبُوطَةٌ بِصِفَاتِ كَالسَّلَامِ، كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ، وَبِنَاءِ دَارٍ، وَحَمَلٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ هَذَا صَحِيحٌ بِلَا نِزَاعٍ. وَيَلْزُمُهُ الشُّرُوعُ فِيهِ عَقَبَ الْعُقْدِ)².

الترجيح:

أولاً: مدار العقود على منع الدين بالدين أو عمارة الذمتين، فقد ذكر القرافي: أن الشرع منع العقود المبنية على بيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين أو تعميم الذمتين، لأن المعاملة إذا اشتملت على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين فكان ذلك سبباً لكثرة الخصومات والعداوات فمنع الشرع ما يفضي لذلك³. وقال الزروق: (ومراده بأصول الفقه: أمهات مسائله التي ترجع إليها فروعها، كمسألة بيوع الآجال، وبيع الدين بالدين)⁴.

ثانياً: رغم النقاش الذي دار بين الفقهاء في تعجيل وتأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة، لكن مرد الخلاف أساساً كان في مدى تحقق الدين بالدين في المسائل المختلف فيها.

- فالشافعية حكّموا هذا الأصل فقالوا بوجوب التعجيل لأن الإجارة الموصوفة في الذمة سلم في المنافع، وحتى من فرق من الشافعية والحنابلة بين انعقاد الإجارة الموصوفة بلفظ الإجارة أو السلم، قال: بوجوب التعجيل إذا كان بصيغة السلم، ووجوب تعيين الثمن في المجلس إذا كان بلفظ الإجارة حتى لا يؤول الأمر إلى الدين بالدين.
- أما الحنفية فرغم أن الأصل جواز تأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة؛ لأن المنفعة عندهم تقوم مقام العين فينتفي بذلك المحذور الشرعي وهو الدين بالدين. لكن يؤكدون على أن المنافع ليست بمرتبة

¹ ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، ج8، ص410. وانظر مثله في: المواق، التاج والإكليل، ج6، ص315. عليش،

منح الجليل، ج7، ص441. الدسوقي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للدردير، ج4، ص3.

² الإنصاف، ج6، ص44. وانظر مثل ذلك في: الحجاوي، الإقناع، ج2، ص301. البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص11.

³ الذخيرة، ج5، ص225.

⁴ الزروق، أحمد بن محمد البرنسي الفاسي، شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، ط1، [بيروت: دار الكتب العلمية، 1427هـ - 2006م]، ج1، ص13.

الأعيان، وليس لها جميع أحكامها وإنما تأخذ حكمها في حق جواز العقد عليها فقط¹، فهي عندهم ليست أموالاً متقومة بذاتها ولا تأخذ حكم المالية إلا بالعقد²

- والمالكية والحنابلة يرون وجوب تعجيل الأجرة في الإجارة في الذمة منعا للدين بالدين، إلا في إجارة العمل في الذمة فيقولون بجواز التأجيل بشرط الشروع في المنفعة لأنه يخرج الإجارة عن الكالء بالكالء .
- ونظرا لأن مسألة تأجيل الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة مردها كما أسلفنا إلى النهي عند الدين بالدين، ورغم ان الحديث فيه مقال كما سبق إلا أن ذلك محل إجماع عند أهل العلم.³ ، فلا يجوز تأجيل الأجرة إلا تعيينت المنفعة أو الشروع فيها.

-
- ¹ انظر: البورنو، أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، [بيروت: مؤسسة الرسالة، 1424هـ-2003م]، ج2، ص161 .
 - ² السرخسي، المبسوط، ج23، ص23 .
 - ³ نقل إجماع العلماء على منع بيع الدين بالدين غير واحد، وممن حكاه:
 1. الإمام أحمد كما نقله عنه صاحب المغني، وابن تيمية، والشوكاني، وغيرهم. انظر: ابن قدامة، المغني، ج6، ص106 . ؛ ابن تيمية، نظرية العقد، ص225 . ؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ص156.
 2. الإمام ابن المنذر، قال: (وأجمعوا على أن بيع الدين بالدين لا يجوز). ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم، الإجماع، [بيروت: دار الكتب العلمية]، ص53.
 3. أبو الوليد بن رشد (الحفيد) قال: (فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع لا في العين ولا في الذمة، لأنه الدين بالدين). بداية المجتهد، ج2، ص128.
 4. ابن قدامة المقدسي بعد أن حكى الإجماع عن ابن المنذر، والإمام أحمد قال: (ولنا أنه بيع دين بدين، ولا يجوز ذلك بالإجماع). المغني، ج6، ص106.
 5. شيخ الإسلام ابن تيمية في معرض التمثيل للدين بالدين قال: (فهذا الذي لا يجوز بالإجماع). نظرية العقد، ص235.
 6. السبكي في تكملة المجموع قال: أجمع أهل العلم على أن الدين بالدين لا يجوز. انظر: ج10، ص107.
 7. الشوكاني: قال تعقيباً على حديث الكالء بالكالء، وفيه دليل على عدم جواز بيع الدين بالدين وهو إجماع. نيل الأوطار، ج5، ص157. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمد إبراهيم زايد، ط1، [بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ/1985]، ج3، ص14 .
 8. القنوجي: قال: (رُوي الإجماع على معنى الحديث فشد ذلك من عضده لأنه صار متلقى بالقبول). الروضة الندية، ج2، ص146 .

المبحث الثاني

حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل العقد

أولاً: تعريف صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة:

يمكن أن تشمل صكوك الإجار الموصوفة في الذمة على:

- (1) صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة: وقد عرفت بأنها¹: وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها بغرض إجارة أعيان موصوفة في الذمة واستيفاء الأجرة من حصيلة الاكتتاب فيها. وتصبح منفعة العين الموصوفة في الذمة مملوكة لحملة الصكوك.
- (2) صكوك ملكية الخدمات الموصوفة في الذمة: وقد عرفت بأنها²: هي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها بغرض تقديم الخدمة من مصدر موصوف في الذمة (كمنفعة التعليم من جامعة يتم تحديد مواصفاتها دون تسميتها) واستيفاء الأجرة من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح تلك الخدمات مملوكة لحملة الصكوك.

وتتحدد العلاقة بين طرفي الإصدار وفق العقد الشرعي للمعاملة، وهي في هذه الحالة عقد الإجارة الموصوفة في الذمة التي سبق القول بمشروعيتها عند عامة الفقهاء بمختلف مذاهبهم.

فصكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، المصدر لتلك الصكوك بائع لمنفعة العين الموصوفة في الذمة، والمكتتبون فيها مشتركون لها، وحصيلة الاكتتاب هي ثمن تلك المنفعة، ويملك حملة الصكوك تلك المنافع على الشيوع بغنمها وغرمها³.

وبالبحث في تداول صكوك المنافع الموصوفة في الذمة سيُشمل ملكية منافع الأعيان ، وملكية الخدمات الموصوفة في الذمة.

ثانياً: تداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة

يفرق في تداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة (أعيان وخدمات) بين أن تكون العين الموصوفة غير موجودة أو معدومة لم يتم تعيينها بعد، وبين أن تكون متعينة ومكّن المستأجر من الانتفاع بها، شرع في ذلك أو لم يشرع.

¹ انظر: المعيار الشرعي رقم 17، صكوك الاستثمار - 2/3/3

² المرجع السابق - بند 4/2/3 .

³ المرجع السابق - بند 2/5/1/5

1- تداول صكوك الإجارة في حال تعيين العين الموصوفة وبعد القبض:

- فإذا تعينت العين وقبضها المستأجر فإن تداول الصكوك في هذه الحالة محل اتفاق لأنه تداول لصكوك ملكية أعيان معينة موجودة، ويشترط في ذلك توافر الشروط الشرعية للإجارة .

2- تداول صكوك الإجارة في حال تعيين العين الموصوفة وقبل القبض:

إذا تعينت العين ولم يمكن المستأجر منها ولم يقبضها، فتداول صكوك الإجارة في هذه الحالة يحكمه الخلاف الفقهي في إجارة العين قبل قبضها .

حكم إجارة العين قبل قبضها :

وقد اتجه الفقهاء في ذلك باتجاهات:

الأول: أن الإجارة لا تجوز وهو القول المعتمد عند الحنفية بلا خلاف كما نص عليه ابن الهمام¹، والراجح عند الحنابلة²، ووجه عند الشافعية³.

الثاني: تجوز في غير المنقول وهو مذهب أبي حنيفة وتلميذه أبي يوسف . جاء في الفتاوى الهندية: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ مَنْقُولًا فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَنْقُولٍ فَأَرَادَ أَنْ يُؤَاجِرَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى - يَجُوزُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - لَا يَجُوزُ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَقِيلَ إِنَّهُ فِي الْإِجَارَةِ لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ)⁴.

الثالث: الجواز: وهو مذهب المالكية⁵، وهو قول عند الشافعية⁶، والراجح من مذهب الحنابلة¹، وخلاف وخلاف الصحيح عند الحنفية².

¹ انظر: الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج6، ص515 . ملا خسرو، غرر الحكام، ج2، ص183 .

² ابن رجب الحنبلي، القواعد، ج1، ص82 . وانظر:

³ الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، ط1 ، [بيروت: دار الكتب العلمية، 1419 هـ -1999 م]، ج7، ص395 .

⁴ البلخي، الفتاوى الهندية، ج4، ص425 . وانظر: ابن عابدين، الحاشية، ج6، ص91 .

⁵ قال الباجي: (وَلَهُ فِي الَّذِي يَكْتَرِي الدَّابَّةَ لَهُ أَنْ يُكْرِهَهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا أَكْتَرَاهَا بِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَطَائِفَةٌ، وَجَمَاعَةٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ). الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، ط1، [مصر: مطبعة السعادة، 1332هـ]، ج5، ص113 .

⁶ قال السبكي: (ينشأ التردد في إجارة المبيع قبل القبض؛ فالراجح -عند الغزالي- الصحة؛ لأن مورد عقد الإجارة عين مورد عقد البيع). السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب ، الأشباه والنظائر، ط1، [بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ-1991م]، ج1، ص301 . وقال الماوردي: (قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ الْمُرْزِيُّ: عَقْدُ الْإِجَارَةِ إِنَّمَا تَنَاقُلُ الدَّارَ الْمُؤَجَّرَةَ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ مَخْلُوقَةٍ فَعَلَى هَذَا يَمْتَنِعُ مِنْ إِجَارَتِهَا قَبْلَ الْقَبْضِ كَمَا يَمْتَنِعُ مِنَ الْبَيْعِ. وَالْوَجْهُ الثَّانِي: وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِ مِنْ أَصْحَابِنَا إِنَّ الْعَقْدَ إِنَّمَا تَنَاقُلُ الْمَنْفَعَةَ دُونَ.... فَعَلَى هَذَا تَجُوزُ إِجَارَتُهَا قَبْلَ قَبْضِهَا وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ). الحاوي، ج7، ص395 .

مستند القائلين بعدم جواز الإجارة للعين الموصوفة المعينة والتي لم يتم قبضها هو أن الإجارة كالبيع، فالتصرف فيما لم يقبض داخل في نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن "بيع ما لم يقبض"، و"بيع ما ليس عندك"³.

ويناقش الاستدلال بما يلي:

- (1) رواية "بيع ما لم يقبض" قال ابن عبد البر من حيث السند أن في إسناده مقال⁴. أما من حيث المعنى فقال: انه خاص بالطعام. قال: [وَأَمَّا حَدِيثُ حَكِيمِ بْنِ حِرَامٍ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: (إِذَا ابْتَعْتَ بَيْعَةً فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ)، فَإِنَّمَا أَرَادَ الطَّعَامَ بِدَلِيلِ رِوَايَةِ الْحَفَاطِ لِلْحَدِيثِ حَكِيمِ بْنِ حِرَامٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَهُ: (إِذَا ابْتَعْتَ طَعَامًا فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ)⁵.
- (2) أما حديث "بيع ما ليس عندك" فإن العلماء حددوا معان وهي⁶:

الأول: أن يبيع عينا معينة وهي ليست عنده، بل ملك للغير، فيبيعها ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها إلى المشتري.

الثاني: أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة

كما أن ابن القيم ذكر صورا يشملها النهي منها:

- بيع عين معينة ليست عنده.

¹ انظر: ابن رجب الحنبلي، القواعد، ج1، ص82. وانظر كذلك: ابن مفلح، المبدع، ج4، ص422.
² قال ابن الهمام: (وَأَمَّا الْإِحَاقُ بِالْإِجَارَةِ فَعِنِّي مَنَعُ الْإِجَارَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ مَنَعٌ فَإِنَّهُ قِيلَ: إِنَّهُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَالصَّحِيحُ كَمَا قَالَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّهْرِيَّةِ أَنَّ الْإِجَارَةَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا تَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ إِلَّا أَنَّ الْمَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الْمُنْقُولِ وَالْإِجَارَةَ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ فَيَمْتَنِعُ جَوَازُهَا قَبْلَ الْقَبْضِ)، فتح القدير، ج6، ص515.

³ الحديث في رواه بهذا اللفظ الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تصحيح: عبد الرحمن محمد عثمان، [القاهرة: دار الفكر العربي، 1394هـ/1974]، كتاب البيوع، حديث رقم (1153) قال: (عَنْ حَكِيمِ بْنِ حِرَامٍ قَالَ أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُلْتُ يَا نَبِيَّ الرَّجُلُ يَسْأَلُنِي مِنَ الْبَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدِي أَبْتَاغُ لَهُ مِنَ السُّوقِ ثُمَّ أْبَيْعُهُ قَالَ: (لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)، وروى الحديث أصحاب السنن، انظر على سبيل المثال: النسائي، أبو عبد الرحمن شعيب، سنن النسائي بشرح الحافظ السيوطي، [بيروت: دار الثقافة]، كتاب البيوع، رقم الحديث (4534). ؛ أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ط1، [حمص: دار الحديث، 1393هـ/1973]، كتاب البيوع، حديث رقم (3040). ؛ ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، [مصر: مطبعة الحلبي]، كتاب التجارات حديث رقم (2178). وورد عند النسائي وغيره من أصحاب السنن بلفظ "لا تبعه حتى تقبضه".

⁴ ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، [المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - 1387 هـ]، ج13، ص332.

⁵ ابن عبد البر، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، ط1، [بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ - 2000م]، ج6، ص440.

⁶ انظر: ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج2، ص19. وانظر: ابن رشد (الجد)، المقدمات، ج2، ص29.

- سلم الحال في الذمة إذا لم يكن عنده ما يوفيه.
- السلم المؤجل إذا لم يكن على ثقة من توفيته عادة .، أما إذا كان على ثقة من توفيته فهو دين من الديون.

وواضح بأن إجارة العين المعينة مع التمكين من قبضها فإيجارها قبل قبضها لا تدخل في هذه الصور . لذلك رأى شيخ الإسلام ابن تيمية ان التصرف جائز باعتبار التمكين¹.

وبناء على ما سبق فإن تداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة إذا تعينت العين المؤجرة ومكن المستأجر من الانتفاع بها أمر جائز وفق الترجيح السابق للخلاف بين أهل العلم في المسألة.

4. تداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين المستأجرة:

اختلف الباحثون المعاصرون في تداول صكوك الإجارة الموصوفة قبل تعيين العين:

- فذهب عدد منهم إلى القول بجواز التداول.
- ومنهم أصحاب الفضيلة الدكتور حسين حامد حسان² ، والدكتور نزيه حماد³ وغيرهما من الباحثين. واستدلوا بجملة من الأدلة :

- القياس على جواز تداول صكوك السلم لأنها سلم في المنافع وليست ديناً نقدياً، وذلك على رأي المالكية وبعض الفقهاء⁴.

ويناقش بأن هذا خلاف رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية القائلين بعدم جواز التصرف في دين السلم بالبيع قبل القبض⁵. وأن ذلك داخل في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وعن " ربح ما لم يضمن"، ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه ، كما ذكر ذلك ابن قدامة في

¹ مجموع الفتاوى، ج30، ص276 . وكذلك: مجموعة الرسائل والمسائل، تعليق: الشيخ محمد رشيد رضا، [القاهرة: لجنة التراث العربي]، ج5، ص217 .

² صكوك الاستثمار الإسلامي ، بحث مقدم للدورة 19 لمجمع الفقه الإسلامي الدولي -الشارقة. وانظر : موقع د/حسين <http://www.hussein-hamed.com/pagedetails.aspx?id=92>

³ انظر: صكوك الإجارة، ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد 15، ج2، ص35 .

⁴ انظر: صكوك الاستثمار الإسلامي ، للدكتور حسين حامد حسان.

⁵ انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص214 . الزيلعي، تبیین الحقائق، ج4، 118 . الشيرازي، المهذب، ج1، 300 . الرملي، نهاية المحتاج، ج4، 214 . ابن قدامة، المغني، ج4، 201. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص293. المرتضى أحمد بن يحيى، البحر الرخار، ج4، ص409، 410.

المغني¹. كما أنه داخل في الحديث الذي ورد عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره)². وكذلك سدا لذريعة الربا.

- ذكر الدكتور منذر قحف³ الحامل سند (صك) الإجارة الممثل في خدمة موصوفة في الذمة كساعة تعليم في جامعة أن يؤجر خدمة موصوفة في الذمة مماثلة لهذه الخدمة لمنتفع آخر بتحويل السند الذي لديه إلى المستأجر الجديد بأي ثمن يتفقان . وذكر بأن تكييف ما يكتب على السند عن تسليمه للمستأجر الجديد بمثابة حوالة للوفاء بالتزام المؤجر نحو المستأجر في الإجارة الثانية.

- ويناقش المستند بأن صك إجارة الخدمات الموصوفة في الذمة بحسب التعريف يمثل حصة شائعة في تلك الخدمات ، فهي بيع حقيقي لمنافع موصوفة بعقد شرعي هو عقد الإجارة ، وليست حوالة وفاء. مما استدل على هذا القول هو قياس تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة على تداول صكوك ملكية منافع العيان المعينة.

- يناقش بأن ذلك قياس مع الفارق، إذ أن منافع الأعيان المعينة ليست كمنافع الموصوفة في الذمة، فالأولى عين والثانية دين. وقد أكد الفقهاء على التفاوت القائم بينهما وعدم التساوي⁴. بل صرحوا على أنه (لا مماثلة بين العين والدين)⁵. والنهي عن بيع ما لم يقبض يتناول العين والدين⁶.

● وذهب مجموعة من الباحثين والفقهاء المعاصرين إلى عدم جواز تداول صكوك تداول الإجارة الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين المستأجرة. وقد أيد هذا الاتجاه المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة في معيار الصكوك حيث أشار إلى ما يلي⁷:

- لا يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين التي تستوفي منها المنفعة إلا بمراعاة ضوابط التصرف في الديون. فإذا تعينت جاز تداول الصكوك.

- لا يجوز تداول صكوك ملكية الخدمات التي تستوفي من طرف موصوف في الذمة قبل تعيين الطرف الذي تستوفي منه الخدمة إلا بمراعاة ضوابط التصرف في الديون. فإذا تعين الطرف جاز تداول الصكوك.

¹ ج4، 201 .

² أخرجه أبو داود وابن ماجه. انظر: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب السلف لا يجوز، ج2، ص276 . ابن ماجه، السنن، كتاب التجارات، باب من أسلم في شيء، حديث رقم (2283)، ج2، ص76 .

³ انظر: سندات الإجارة والعيان المؤجرة، ط2، [جدة: مطبوعات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1420هـ- 2000م]، ص53-54 .

⁴ انظر: البزدوي، كشف الأسرار، ج1، ص175 . السرخسي، المبسوط، ج15، ص113 .

⁵ السرخسي، المبسوط، ج16، ص186 .

⁶ انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص234 .

⁷ المعيار الشرعي لصكوك الاستثمار رقم 17- البندين 8/2/5 و 10/2/5 .

- كما أوصت ندوة الصكوك التي عقدها مجمع الفقه بأن صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين يخضع لأحكام السلم¹.
- ومستندهم في ذلك:
- أن تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين التي تستوفى منها المنفعة، وتداول صكوك ملكية الخدمات التي تستوفى من طرف موصوف في الذمة قبل تعيين الطرف الذي تستوفى منه الخدمة يؤدي إلى بيع الدين؛ جاء في توصيات ندوة الصكوك : (إجارة الموصوف في الذمة، لا خلاف في أن المنافع في هذه الحالة دين في ذمة المؤجر)² لأن الموصوفة في الذمة هي التزام في الذمة، فلا يجوز تداولها إلا بمراعاة الضوابط الشرعية للتصرف في الديون.

- المناقشة:

- إن بيع الدين لمن عليه الدين أو لغير من عليه الدين لا يجوز عند جماهير أهل العلم إلا بطريق الحوالة؛ لأنَّ حَقِيقَةَ الْحَوَالَةِ بَيْعُ الدَّيْنِ الَّذِي لِلْمُحَالِ بِالَّذِينَ الَّذِي لِلْمُحِيلِ واشترطوا التماثل في الدينين³. وقد وقع الخلاف في بعض الصور كالتصرف في دين السلم قبل قبضه وسبق ترجيح رأي الجمهور بعدم الجواز. كما استثنى كل مذهب جملة من الصور من بيع الدين حكموا عليها بالجواز⁴. وهذه الاستثناءات التي قال بها بعض أهل العلم لمؤيدات شرعية خاصة بما لا تقدر في أصل منع بيع الدين إجمالاً. ولهذا منع تداول مشتقات بيع الدين كصكوك السلم والمراجحة وغيرها إلا بتوافر الضوابط الشرعية لأحكام بيع الديون.

¹ انظر: توصيات ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقييم، المنعقدة بجامعة الملك عبد العزيز، المحور الثالث : حكم إصدار الصكوك. ومن أهم أحكام السلم عدم جواز التصرف في دين السلم قبل قبضه وهو رأي جمهور الفقهاء، وما رجحته المعايير الشرعية في الصكوك المؤسسة على الديون ، حيث نصت في: معيار صكوك الاستثمار، رقم 17 على: (لا يجوز تداول صكوك السلم)- فقرة 14/2/5 . (لا يجوز تداول صكوك المراجحة بعد تسليم بضاعة المراجحة للمشتري، أما بعد شراء البضاعة وقبل بيعها للمشتري فيجوز التداول)- فقرة 15/2/5 . وواضح بأنه في حالة تملك البنك للبضاعة وقبل بيعها للمشتري فهو يملك عينا لا ديناً فيجوز التداول حينها.

² انظر: توصيات ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقييم، المنعقدة بجامعة الملك عبد العزيز، المحور الثالث : حكم إصدار الصكوك.

³ الباجي، المنتقى، ج5، ص 67 .

⁴ مثل: بعض المسائل في تطرح الديون، بيع المسلم فيه قبل قبضه، بيع الدين بعين معينة، أو بمنافع ذات معينة وهذه الصورة مما صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجوازها ، حيث نص القرار 158 (7/17) بشأن بيع الدين على ما يلي: من صور بيع الدين الجائزة: (بيع الدائن دينه لغير المدين في إحدى الصور التالية: (أ) بيع الدين الذي في الذمة بعملة أخرى حالة، تختلف عن عملة الدين، بسعر يومها. (ب) بيع الدين بسلعة معينة. (ج) بيع الدين بمنفعة عين معينة.

- وبيع الدين غرر ، وقد علل الإمام مالك منعه بذلك . قال: (لأنَّ بَيْعَ الدِّينِ غَرَرٌ، لا يُدْرَى، أَيْخُرُجُ مِنْهُ أَمْ لا؟ وهو قول أبي حنيفة)¹.
- ومما سبق يتضح رجحان القول القائل بعدم جواز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعيين العين محل الانتفاع.

¹ مالك بن أنس، الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، ط2، [بيروت: المكتبة العلمية]، ج1، ص293 .

المبحث الثالث

معايير التبعية والغلبة وحالاتها

مدخل :

إذا كنا نتحدث عن التبعية ومعاييرها وحالاتها فإنه لا بد أن يكون هناك تابع وأصل متبوع. والمقصود بالتبعية في تطبيقات الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية أن هناك أصلا ماليا مقصودا في العقد وثمة مكونات ومشمولات هذا الأصل تكون تابعة له.

وتظهر الحاجة لبحث قواعد التبعية ومعاييرها في جميع الأوعية التي تختلط فيها النقود والديون والأعيان والمنافع ، فأياها يكون أصلا مقصودا وباقي المكونات تابعة له حتى تأخذ حكمه.

ومراعاة الأصل المتبوع ومشمولاته من النقود والديون هو ما ورد في ضبطه عدد من النصوص الشرعية، وكذلك جملة من القواعد الفقهية التي لها تطبيقات فقهية متعددة. ومن أهمها:

- (1) الحديث الذي رواه مسلم وأصحاب السنن، عَنْ فَضَالَةَ بْنِ عُبَيْدٍ، قَالَ: اشْتَرَيْتُ يَوْمَ خَيْبَرَ قِلَادَةً بِأَثْنِي عَشَرَ دِينَارًا، فِيهَا ذَهَبٌ وَخَزْرٌ، فَفَصَّلْتُهَا، فَوَجَدْتُ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْ أَثْنِي عَشَرَ دِينَارًا، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: «لَا تُبَاعَ حَتَّى تُفْصَلَ»¹. قال الإمام النووي: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ ذَهَبٍ مَعَ غَيْرِهِ بِذَهَبٍ حَتَّى يُفْصَلَ، فَبَيْعُ الذَّهَبِ بِوَزْنِهِ ذَهَبًا وَبَيْعُ الْآخَرِ بِمَا أَرَادَ ، وَكَذَا لَا تُبَاعُ فِضَّةٌ مَعَ غَيْرِهَا .
- (2) حديث بيع العبد ومعه مال: فَعَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ سَالِمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ، وَمَنْ بَاعَ نَحْلًا مُؤَبَّرًا فَالْثَمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ»².
- (3) قاعدة: مُدٌّ عَجْوَةٍ وَهِيَ قَاعِدَةٌ عَظِيمَةٌ يَنْفَسِيهَا وَهِيَ : إِذَا بَاعَ رِبَوِيًّا بِجَنْسِهِ وَمَعَهُ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ مِنْ الطَّرَفَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا، كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدِّ عَجْوَةٍ أَوْ مُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدِّي عَجْوَةٍ بِدِرْهَمَيْنِ³.

تحديد نطاق بحث المسألة:

ولعل الأنسب لتحديد نطاق البحث في هذه القضية هو الانطلاق من قرار مجمع الفقه الذي حدد مكونات الخلطة وأثر الديون في تداول الأوراق المالية .

فقد صدر قرار رقم: 30 (4/3) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار. ومما جاء في ضوابط تداول تلك السندات (الصكوك):

¹ انظر: صحيح مسلم، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب، ج3، ص1213. وفي رواية النسائي «أفصل بعضهما من بعض، ثم بعها». انظر: سنن النسائي، ج6، ص47.

² أخرجه أبو داود، وأصحاب السنن. انظر: سنن أبي داود، ج3، ص268.

³ انظر: ابن رجب، القواعد، ج1، ص248.

- (1) إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف.
- (2) إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون.
- (3) إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة.

ثم في الدورة العشرين ، صدر قرار رقم 188 (20/3) فصل في القرار السابق. ومما جاء فيه:

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

ظهر من خلال البحوث المقدمة أن التبعية قد تثبت من خلال ملكية المشغل أو العمل، أو النشاط . كما ظهر اتساع معيار الغلبة . ونظراً للحاجة لتحديد معايير التبعية وتحرير حالاتها، وتحديد معايير الغلبة وتحرير حالاتها، يوصي المجمع أن تقوم أمانته بتشكيل فريق من العلماء والخبراء لدراسة هذه المعايير في ضوء ما سبق وتقديم دراسة مفصلة قبل انعقاد المجمع في دورة قادمة.

وبناء على القرارين السابقين فسيتم استبعاد صور : تمحض النقود، أو تمحض الديون، أو تمحض الأعيان والمنافع. وتبقى صورة الموجودات المختلطة فقد حدد القرار الأخير :

- تبعية النقود والديون لما يصح أن يكون متبوعاً
- انتفاء التبعية أو عدم تضمين الورقة المالية للملكية المتبوع.

ويمكن لمتتبع القرارات الجمعية والمعايير الشرعية والفتاوى المؤسسية أن يحصي عدداً من معايير التبعية التي تؤثر في الحكم على تبعية النقود والديون في وعاء تختلط فيه مع الأعيان والمنافع، وصولاً لحكم تداول الأوراق المالية التي تشتمل على تلك المكونات.

أهم معايير التبعية والغلبة وأثر كل منها في حكم تداول الصكوك:

1. اعتبار ما هو المقصود من التعامل:
 - غرض الشركة ونشاطها: التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق مثل الشركات الزراعية والصناعية والخدمية المباحة شرعاً، فإن تداول صكوكها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو أحكام التصرف في الديون¹.
 - أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها هو التعامل في الذهب والفضة أو المتاجرة في العملات (الصرافة) ففي هذه الحالة ينبغي لجواز تداول الصكوك المصدرة لمثل هذه الشركات مراعاة أحكام الصرف. وإذا كان غرضها التعامل في الديون مثل مؤسسات منح التسهيلات والائتمان فيجب مراعاة أحكام الديون.
 - قصد التعامل بالأعيان والمنافع والحقوق: يبيح تداول صكوك الوعاء الذي تختلط فيه مع الديون والنقود حتى وإن كانت هي الغالب طالما أنها لم تكن مقصودة أساساً بالتعامل. فيكون المقصود من التعامل (الأعيان والمنافع والحقوق مثلاً) هو الأصل المتبوع، وإلحاق ما هو تابع له. فيجوز التداول دون النظر إلى نسبة كل منها، ما دامت الديون والنقود غير مقصودة بالتعامل؛ بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع، ولم تتحمض تلك الأوعية في النقود. ومن أمثلتها: الأوعية الاستثمارية قبل مزاوله أنشطتها في الأعيان والمنافع أو قبيل تصفيتها².
 - فرق بعض الفضلاء بين معيار غرض الشركة وقصد التعامل، ورجح هذا المعيار الأخير³. وأرى أنهما معياراً واحداً فمعيار القصد هو في النشاط والتعامل وليس في غيره، فلذلك جميع التطبيقات الفقهية والمعاصرة جاءت في مشمولات المعيارين معاً.
 - مستند هذا المعيار:
- (1) هو حديث القلادة السابق الذكر من باع عبداً وله مال، فالحديث نص على الجواز دون النظر إلى جنس الثمن نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم، وإن كان للعبد مال أكثر مما اشترى به، كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً⁴.

¹ المعيار الشرعي للأوراق المالية رقم 21-، بند 19/3. وقد اشترط المعيار في هذه الحالة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن 30% من إجمالي موجودات الشركة وتختلف التطبيقات في هذه النسبة فمنها من تشترط أقل ومنها من تشترط أكثر. البيان الإيضاحي للمجلس الشرعي، بتاريخ 1429/2/8هـ.

² فتاوى ندوة البركة المستندة لقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

³ انظر: الدكتور أحمد عبد العليم أبو عليو، **تداول الأسهم والصكوك وضوابطه الشرعية**، بحث مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي - الجزائر، ص 27.

⁴ انظر: الإمام مالك، **الموطأ**، ج2، ص611. وانظر: ابن عبد البر، **الاستذكار**، ج6، ص274. مستندات المعيار الشرعي للأوراق المالية-21. وقد نقل أ.د عبد الرحمن السند، فتوى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ، مفتي الديار السعودية ورئيس قضااتها في وقته ت 1316 هـ، وما جاء في الفتوى: فإن قيل: إن في هذه الشركات نقوداً، وبيع النقد بنقد لا يصح إلا بشرطه. فيقال: إن النقود هنا تابعة غير مقصودة... فإن قيل: إن للشركة ديوناً في ذمم الغير، أو أن على تلك السهام المبيعة قسطاً من الديون التي قد تكون على أصل الشركة، وبيع الدين في الذمم لا يجوز إلا لمن هو

قال العيني: (وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَأَبِي حَنِيفَةَ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا، لِأَنَّ الرِّقَّ مَنَافٍ لِلْمَلِكِ، وَمَالَهُ لِسَيِّدِهِ عِنْدَ بَيْعِهِ وَعِنْدَ عِتْقِهِ، وَرُويَ ذَلِكَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ، وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ وَالثَّوْرِيُّ وَأَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ. وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: مَالُهُ دُونَ سَيِّدِهِ فِي الْعِتْقِ، وَالْبَيْعِ، رُويَ ذَلِكَ عَنِ عُمَرَ وَابْنِهِ وَعَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ، وَبِهِ قَالَ النَّخَعِيُّ وَالْحَسَنُ)¹.

(2) حيث تأبير النخل: فعَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِيهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ، فَتَمَرَّتْهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»². والحديث فيه دلالة على جواز اشتراط المشتري للثمرة مطلقا سواء بدا صلاحها أو لم يبد مع ثبوت النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، لكن لما كانت الثمرة تابعة لأصلها وهو النخل اغتفر فيها ما لم يغتفر لو كانت مستقلة بالعقد³.

(3) كما يحكم هذا الأصل قواعد فقهية متعددة منها:

- التابع تابع .
- الأقل تبع للأكثر .
- التابع لا يفرد بحكم
- التابع لا يتقدم على المتبوع .
- إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .
- المتولد من الأصل يكون بصفة الأصل .
- الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه واعتراف بصحته .
- المتبوع لا يبطل ببطلان التابع .
- يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع .
- يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع .

عليه بشرطه. فيقال: وهذا أيضاً من الأشياء التابعة التي لا تستقل بحكم بل هي تابعة لغيرها... ومما يوضح ما ذكر أن هذه الشركة ليس المقصود منها موجوداتها الحالية، وليست زيادتها أو نقصها بحسب ممتلكاتها وأقيامها الحاضرة، وإنما المقصود منها أمرٌ وراء ذلك وهو نجاحها ومستقبلها وقوة الأمر في إنتاجها والحصول على أرباحها المستمرة غالباً، وبما ذكر يتضح وجه القول بجواز بيعها على هذه الصفة . حكم تداول الأسهم والصكوك وضوابطها الشرعية، ورقة مقدمة للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي-الجزائر، ص 7 .

¹ العيني، عمدة القاري، ج 13، ص 114 .

² البخاري، صحيح البخاري، ج 3، ص 115 .

³ انظر: مستندات المعيار الشرعي للأوراق المالية.

(3) ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن صلاح بعض الثمرة صلاح لها ولسائر النوع الذي في البستان، وهذا أحد القولين في مذهب الإمام أحمد: أنه إذا بدا صلاح في شجرة فهو صلاح لها ولسائر النوع الذي في البستان¹.

2. الأصل المتبوع الغالب والتابع النادر القليل:

فإذا كانت الغلبة للأعيان والمنافع والحقوق فتكون هي المتبوعة والتابع هو الديون والنقود فيجوز التداول وفق قرار الجمع سالف الذكر. أما إن كانت الغلبة للديون أو النقود فلا يجوز التداول ويجب مراعاة أحكام الصرف والديون.

وفي تقديري أن المعيارين السابقين متكاملين . وفي التطبيق العملي يشكل المعيار الأول حلاً لكثير من الإشكالات العملية، ومن أهمها نازلة تداول أسهم البنوك الإسلامية التي تمثل أغلب مكوناتها الديون والنقود، ولكن عملاً بهذا المعيار نظر إلى المقصد ونشاط تلك البنوك فاعتبر ما فيها من ديون ونقود حتى وإن كانت في وقت من أوقات السنة المالية تزيد عن الأعيان والمنافع والحقوق وهكذا سائر الشركات المماثلة.

ضابط الغلبة

وفقاً لقرار الجمع فقد صدر قرار رقم: 30 (4/3)

- في حال وعاء الخلطة والذي مكوناته الأعيان والمنافع والحقوق والديون والنقود فالمعيار: أن تكون الغلبة في هذه الحالة للأعيان والمنافع والحقوق.

- إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية. وفي قرار 188 (20/3)

- أكد في حال الوعاء المختلط إلى تطبيق مبدأ التبعية كما ورد سلفاً.

- وفي حال انتفاء تبعية النقود والديون فيخضع التداول حينئذ لأحكام الغلبة.

وفي تقديري هذا أمر حسن لأنه يجمع ما بين القرارين السابقين للمجمع والجمع بينهما أولى من إهمال أحدهما ما لم يثبت خطأه.

أما معيار الغلبة فقد عرف اجتهادات من قبل المجالس والهيئات الشرعية واقترحت تحديدات مختلفة ومتنوعة منها:

● تطبيق مبدأ الثلث : حيث قيدت بعض الإصدارات وجوب أن لا تقل نسبة الأعيان والمنافع والحقوق عن 30 أو 33 % كما نص على ذلك المعيار الشرعي للأوراق المالية الصادر عن هيئة المحاسبة. قال ابن

¹ انظر: الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، [الرياض: دار ابن الجوزي، 1422-1428 هـ]،

بطل: الحد الكثير من الشيء ثلثه فصاعداً بدليل قوله عليه السلام لسعد: (الثلث، والثلث كثير)¹ فجعل ثلث ماله كثيراً في ماله².

ومبدأ الثلث طبق معياراً في كثير من القضايا والمسائل لتحديد حد الكثرة فيها:

- فطبق في تحديد الغبن الفاحش من اليسير.
 - وكذلك في الجوائح فاعتبر بعض الفقهاء أن ما دون الثلث لا يوجب الوضع³.
 - وكذلك في الرد في العيوب . وغيرها من المسائل المتشعبة في الفقه.
- مبدأ الثلثين: قيد البعض مبدأ الغلبة بالثلثين أي نسبة 66%⁴ . ومستند ذلك مراعاة بعض الفقهاء معيار الثلثين حين تعذر الفصل بين ما هو مال ربوي ومال غير ربوي فأجازوا استثناءً من منعهم لمسائل مد عجوة بيع المحلى بأحد النقدين بجنسه من الذهب أو الفضة مثل: بيع السيف المحلى بالذهب بذهب نقداً أو إلى أجل . قال ابن رشد (الجد): (هذا مثل ما في المدونة سواء، وسحنون يجيز ذلك على أصله في إجازة بيع السيف المحلى بالذهب نقداً أو إلى أجل إذا كان الذي فيه من الذهب الثلث فأقل)⁵، أي أن الباقي لا بد أن يكون الثلثان فأكثر. وقد بسط هذه المسألة ابن رشد (الحفيد) فقال: (المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: اِخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي السَّيْفِ وَالْمُصْحَفِ الْمُحَلَّى: يُبَاعُ بِالْفِضَّةِ وَفِيهِ حِلْيَةٌ فَضَّةٌ، أَوْ بِالذَّهَبِ وَفِيهِ حِلْيَةٌ ذَهَبٌ؟ فَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِجَهْلِ الْمُمَاتِلَةِ الْمُشْتَرِطَةِ فِي بَيْعِ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ فِي ذَلِكَ وَالذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، وَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ قِيمَةُ مَا فِيهِ مِنَ الذَّهَبِ، أَوْ الْفِضَّةِ الثُّلُثَ فَأَقْلَ جَازَ بَيْعُهُ ... وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ السَّيْفِ الْمُحَلَّى بِالْفِضَّةِ إِذَا كَانَتِ الْفِضَّةُ أَكْثَرَ مِنَ الْفِضَّةِ الَّتِي فِي السَّيْفِ وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ كَمَا قُلْنَا فَأَجَازَ ذَلِكَ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَقَدْ أَنْكَرَهُ عَلَيْهِ أَبُو سَعِيدٍ، وَقَالَ: لَا أَسْكُنُ فِي أَرْضٍ أَنْتَ فِيهَا لِمَا رَوَاهُ مِنَ الْحَدِيثِ)⁶.
- مبدأ النصف، أو الأغلبية المطلقة (50%) أو (أكثر من 50%). وهذا إعمالاً للعرف المحدد للغالب المطلق بأزيد من 50% . ومبدأ الأغلبية فيه تطبيقات فيه لكن دون تحديد لنسبة معينة فينبغي الرجوع في ذلك للعرف. جاء في البحر الرائق: (وفي البدائع وَقَوْلُ السَّلْفِ أَصَحُّ وَحُكْمُ الذَّهَبِ الْمُعْشُوشِ كَالْفِضَّةِ الْمُعْشُوشَةِ وَقَيَّدَ الْمُصَنِّفُ بِالْغَالِبِ لِأَنَّ الْعِشَّ وَالْفِضَّةَ لَوْ اسْتَوَيَا فَفِيهِ اخْتِلَافٌ وَاخْتَارَ فِي الْحَانِيَّةِ وَالْحَلَاصَةِ الْوُجُوبَ احْتِيَاظًا، وَفِي مِعْرَاجِ الدَّرَايَةِ وَكَذَا لَا تُبَاعُ إِلَّا وَزْنًا، وَفِي الْمُجْتَبَى الْمَفْهُومُ مِنْ كِتَابِ

¹ رواه الشيخان. البخاري، صحيح البخاري، ج4، ص3 . مسلم، صحيح مسلم، ج3، ص1250 .

² ابن بطال، أبو الحسن علي بن خلف، شرح صحيح البخاري لابن بطال، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، [الرياض، مكتبة الرشد، 1423هـ - 2003م]، ج6، ص321 .

³ انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ص211 .

⁴ انظر: د/السند، حكم تداول الأسهم، ص17 .

⁵ البيان والتحصيل، ج7، ص187 .

⁶ بداية المجتهد، ج3، ص212 .

الصَّرْفِ أَنَّ لِلْمُسَاوِي حُكْمَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ¹ ويتضح من هذا ان المراد بالغلبة أكثر من النصف (50%) لأنه لم يقبل التساوي.

● بعض المعايير المعاصرة: تحديد الغالب بأقل من الثلث. حيث اتجهت إلى ذلك بعض الإصدارات وحددت هذه النسبة بـ 10%².

● وهناك معيار آخر: في حال بيع المحفظة الاستثمارية ذات الشخصية الاعتبارية المستقلة: فقد ورد في معيار دبي³: يجوز إصدار صكوك تستخدم حصيلتها في شراء محفظة مالية ذات شخصية قانونية وذمة مالية مستقلة، وتشمل الأعيان والمنافع والنقود والديون والحقوق المالية، شريطة: ألا تزيد نسبة النقود أو الديون أو هما معا عن 71% من جملة الموجودات، وألا يكون القصد أو الغرض من إنشاء ه المحفظة هو الاحتيال على بيع الديون أو النقود دون التقييد بالشروط الشرعية لبيعها، فإن قلَّت الأعيان والمنافع وحقوق الانتفاع الشخصي والحقوق المالية عن 21% لم يجوز شراء المحفظة إلا بشروط شراء الديون أو النقود أو هما معا.

● وبحسب وجهة نظري طالما أن المسألة متعلقة بالربا سواء في فيما يتعلق بالنقود ومراعاة أحكام الصرف، أو الديون، فالأسلم هو العمل بمبدأ التبعية بضوابطه كما ورد في البحث، فإن تعذر فيصير الى مبدأ الغلبة والمسألة اجتهادية في تحديد المعيار، لكن على في تقديري لا ينبغي أن تقل عن 30% كحد مقبول لأنه معيار استعمله الفقهاء في قضايا متعددة في الفقه وبنوا عليه أحكاما مهمة.

هذا ما تيسر جمعه والحمد لله رب العالمين

¹ ابن نجيم، البحر الرائق، ج2، ص245 . وانظر: الزيلعي، تبين الحقائق، ج1، ص279 . البلخي، الفتاوى الهندية، ج1، ص179 .

² انظر بحث الصكوك، للدكتور عبد العظيم أبو زيد على الموقع :

http://www.eiiit.org/resources/eiiit/eiiit/eiiit_article_read.asp?articleID=9171

³ انظر: معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك، بند : صكوك المحافظ المالية.