



الدورة الحادية والعشرون
لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

استكمال موضوع الصكوك الإسلامية

دراسة مقارنة للجوانب القانونية والعملية والفقهية

- مسألة تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة
- مسألة تداول صكوك اجارة الموصوفة في الذمة قبل تعيين محل العقد
- معايير التبعية وحالاتها
- معايير الغلبة وحالاتها

إعداد

د . عادل عوض با بكر

مدير الإدارة القانونية

المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات (ICIEC)

عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية

أوصى مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته رقم (20) المنعقدة بمدينة وهران بجمهورية الجزائر في الفترة من 26 شوال إلى 1 ذي القعدة 1433هـ الموافق لـ 13 - 18 سبتمبر 2012م بأن تقوم أمانة المجمع بتشكيل فريق من العلماء والخبراء لدراسة المسائل المطروحة أدناه وتقديم دراسة مفصلة لإجتماع مجمع الفقه القادم، والمسائل المطروحة لمزيد من البحث هي: .

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

واستجابة للطلب الكريم من معالي أمين مجمع الفقه الإسلامي الدولي للكتابة في المسائل المشار إليها أعلاه، تم اعداد هذا البحث.

ويهدف هذا البحث أساساً إلى تبين الجوانب القانونية والتطبيقية للمسائل المطروحة للبحث بغرض المساعدة في الوصول للتكيف السليم ومعرفة أبعاد هذه المسائل حتى يتسنى لمجمع الفقه الإسلامي الدولي إصدار الأحكام الشرعية اللازمة لضبط هذه الممارسات والتطبيقات التي استجدت حديثاً وفق أحكام الشرع مع مراعاة تحقيق مقاصد التنمية الاقتصادية وتلبية حوائج العباد.

وبغرض التركيز علي المسائل المطروحة للبحث يقسم هذا البحث إلى ثلاثة أجزاء كالآتي :

- **الجزء الأول :** حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة
- **الجزء الثاني :** حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل العقد
- **الجزء الثالث :** معايير التبعية ومعايير الغلبة

الجزء الأول حكم تأجيل الأجرة في إجارة الموصوف في الذمة

المبحث الأول

عقد الإجارة

الجوانب الفقهية والقانونية والتطبيقية

عقد الإجارة من عقود المعاملات التي تعارف عليها الناس منذ زمن بعيد. واهتمت القوانين الوضعية بعقد الإجارة منذ ظهور القانون الروماني. وتوجد في الأنظمة القانونية الحالية تشريعات مفصلة لكل نوع من عقود الإجارة حسب محل العقد سواء أكان مال ثابت أو مال منقول أو خدمات أو عمل أجير.

وأما في الفقه الإسلامي فلا جدال على دليل مشروعية عقد الإجارة وقد وضع له الفقهاء الأسس والأركان والشروط التي تنظم صحته ونفاذه.

وسنستعرض المبادئ الشرعية والقانونية التي تحكم عقد الإجارة دون اسهاب ومن ثم مقارنتها لنخلص إلى نتائج تساعد في التكيف القانوني والشرعي للمسائل التي طلب منا مجمع الفقه الإسلامي الدولي القيام ببحثها.

1. الإجارة في الفقه الإسلامي

الإجارة من المعاملات التي أقرتها الشريعة الإسلامية ولا خلاف حول دليل مشروعيتها. وعرفها الحنفية بأنها " عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض " . وعرفها المالكية بأنها " تملك منفعة بعوض " . وعرفها الشافعية بأنها : " عقد على منفعة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم " . وعرفها الحنابلة بأنها : " عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة بعوض معلوم، أو على عمل مباح معلوم بعوض معلوم " ¹.

وترد الإجارة في الشريعة الإسلامية على الأشياء المعينة والأشياء الموصوفة في الذمة. والأشياء المعينة التي ترد عليها قد تكون مال ثابت كالعقار أو مال منقول مثل الدواب و الحافلات والمعدات.

كما ترد الإجارة في الشريعة الإسلامية على الأشخاص مثل إجارة العامل و الطبيب والموظف.

¹ انظر بحث د. عبد الستار أبو غدة ، ص 73 وبحث الأستاذ/ أحمد محمود نصار المقدمان لندوة البركة الثلاثين.

وللإجارة في الشريعة الإسلامية أركان وشروط لا بد من توفرها ولا نريد الإسهاب في أركان وشروط الإجارة لأنها لا تدخل ضمن هذا البحث ولكن سنستعرض لاحقاً بالتفصيل شروط الأجرة ومتى يتم تمليك الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة والتي هي مناط هذا البحث.

2. الإجارة في القانون الوضعي

أهتم القانون الوضعي بتنظيم عقود الإجارة وميِّز بين عقود إجارة الأشياء وإجارة الأشخاص. وخلاف ما أقره الفقه الإسلامي فإن فقهاء القانون الوضعي لم ينظروا إلى إجارة الأشخاص كعقود إجارة بل نظروا إلى العلاقة بين الأجير وصاحب العمل كعلاقة عمل وصدرت قوانين صارت تعرف بقوانين العمل. وهي قوانين عامة تنظم علاقات العمل بين أرباب العمل سواءً أكانوا مستشفيات أو مصانع أو شركات والعاملين بها سواءً أكانوا أطباء أو مهندسين أو عمّال فنيّين أو غير فنيّين.

أما فيما يتعلق بإجارة الأشياء فميِّز القانون بين إجارة المال الثابت (العقارات) وإجارة المال المنقول. وعقد الإجارة ينصرف عادة في أذهان الناس إلى العقد الذي ينظم العلاقة بين مالك العقار والمستأجرين.

أما إجارة الأشياء فهناك العديد من العقود المسماة والتي صارت لها طبيعة خاصة وتنظم ضمن قوانين خاصة بها مثل قانون النقل البحري وقانون النقل الجوي. أما عقود الإجارة غير المسماة فتخضع لقانون العقود العام.

3. تمليك أجرة الأعيان الموجودة في ضوء الشريعة الإسلامية

يعتبر عقد الإجارة في الشريعة الإسلامية عقد معاوضة وهو عقد لازم لا يمكن لأحد طرفيه فسخه بإرادة منفصلة إلا بموجب مسوغ شرعي.

ويجوز قبض أجرة الأشياء المعينة في مجلس العقد أو تأجيلها لحين استيفاء المنفعة أو تمام العمل، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك لأن إجارة العين كبيعها وبيع العين قد يكون بثمن حال أو معجل.

4. تمليك الأجرة في ضوء القانون

سداد الأجرة أو الالتزام بسداد الأجرة شرط أساسي لجعل العقد ملزماً للمؤجر. أما كيفية سداد الأجرة وتاريخ استحقاقها فهذا متروك لحرية المتعاقدين.

ومن السمات التي تميِّز قانون العقود في النظام الأنجلوساكسوني توفر (المقابل "Consideration").²

والمقابل قد يكون منجزاً (Executed) أو سينجز في المستقبل (Executory)، إلا أنه لا يمكن أن يكون سابق للوعد (Past).

² يثير بعض فقهاء القانون الإنجليزي جدل حول دور ووظيفة "المقابل"، مثل A.G.Chloros

وهذا يعني أن عقد البيع الذي ينص على تسليم السلعة المباعة في المستقبل ودفع الثمن في المستقبل يكون صحيحاً في نظر القانون بينما يتوقف فيه فقهاء الشريعة الإسلامية لأنه يدخل في بيع الدين بالدين. عليه نخلص إلى أنه ليس هناك ما يشوب، من الناحية القانونية، إجارة الموصوف في الذمة إذا كان سداد الأجرة مؤجلاً وستلزم المحاكم كل طرف بإنفاذ التزامه.

المبحث الثاني

تأخير الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة

تعددت آراء الفقهاء المتقدمين في مسألة تأخير الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة.

يري المالكية بضرورة تعجيل الأجرة وسدادها في مجلس العقد إذا كانت المنفعة المستأجرة مضمونة في الذمة، لأن تأخير الأجرة يؤدي إلى بيع الدين بالدين، فالمنفعة موصوفة في الذمة والأجرة كذلك وخروجاً من هذا المحذور فلا بد من تعجيل أحد الطرفين أو كليهما.³

منع الشافعية تأخير الأجرة في الإجارة الموصوفة في الذمة إذا اجريت بصيغة السلم واشتروا أن تكون الأجرة حالة، أي يجب سدادها في مجلس العقد لأن إجارة الموصوف في الذمة بمثابة إجارة سلم في المنافع ورأس مال السلم يجب دفعه في مجلس العقد.⁴

أما الحنابلة فقد فرقوا بين حالتين فإذا جرت الإجارة بلفظ السلم أو السلف فإن الأجرة تصبح مستحقة وواجبة في مجلس العقد وقبل أن يتفرق المتعاقدان، أما إذا ما تم عقدها بلفظ الإجارة فلا يشترط تعجيل الأجرة.⁵

ويرى الحنفية أن الإجارة الموصوفة في الذمة جائزة وإن تأخر دفع الأجرة عن مجلس العقد، لأن الأجرة لا تملك عند الحنفية بالعقد بل بالتعجيل أو بشروطه أو بالإستيفاء أو بالتمكين.⁶

³ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد الإجارة، ص 35، مطبوعات المعهد الإسلامي للتدريب والبحوث-البنك الإسلامي للتنمية، مستندا إلى المواق، تاج الإكليل بمامش مواهب الجليل، الطبعة الأولى ج5 ص 293

⁴ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد الإجارة، ص 37 مطبوعات المعهد الإسلامي للتدريب والبحوث-البنك الإسلامي للتنمية، مستندا إلى الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج5، ص 264 و265

⁵ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد الإجارة، ص 38 مطبوعات المعهد الإسلامي للتدريب والبحوث-البنك الإسلامي للتنمية، مستندا إلى البهوتي ن شرح منتهي الإرادات، ج5، ص 36

⁶ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد الإجارة، ص 35 مطبوعات المعهد الإسلامي للتدريب والبحوث-البنك الإسلامي للتنمية، مستندا إلى الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، ص 106- بحث عبدالستار أبو غدة، لندوة البركة رقم 30 مستندا علي بدائع الصنائع 202/4، حاشية الدسوقي 4/4، المهذب 139/1، نهاية المحتاج 322/5 والمغني 329/5.

رأي هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

درست هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عقود الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك وأصدرت المعيار الشرعي رقم (9) الذي يهدف إلى بيان الأسس والأحكام الشرعية للإجارة والإجارة المنتهية بالتملك. وتعرض المعيار الذي أصدرته الهيئة لموضوع الإجارة الموصوفة في الذمة وأجاز تأخير الأجرة إذا لم تكن الإجارة الموصوفة في الذمة بصيغة السلم، حيث نصت الفقرة 5/3 على الآتي: "يجوز أن تقع الأجرة على موصوف في الذمة وصفاً منضبطاً، ولم يكن مملوكاً للمؤجر (الإجارة الموصوفة في الذمة) حيث يُتفق على تسليم العين الموصوفة في موعد سريان العقد، ويُراعى في ذلك إمكان تملك المؤجر لها أو صنعها، ولا يشترط فيها تعجيل الأجرة ما لم تكن بلفظ السلم أو السلف. وإذا سُلم المؤجر غير ما تم وصفه فللمستأجر رفضه وطلب ما تحقق فيه المواصفات".

المبحث الثالث

إجارة الموصوف في الذمة

كأداة تمويل إسلامي

بدأ حديثاً استخدام عقد الإجارة كأداة تمويل. وبدأ تقسيم الإجارة إلى إجارة تشغيلية وإجارة تمويلية. كما صدرت قوانين في عدة دول تنظم صيغة الإجارة كأداة تمويل وتحكم عمل الشركات التي تقدم التمويل بصيغة الإجارة أو الـ Leasing كما يعرف في الدول الغربية.

ويرى الباحث أن الفتاوى والأحكام الشرعية التي صدرت قديماً من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة كانت تتعلق بعقود الإجارة المحضنة ولم تكن تتعلق بعقد الإجارة كأداة تمويل.

ومع ظهور المصرفية الإسلامية واستخدام المصارف الإسلامية لصيغة الإجارة كأداة تمويل، بدأ الفقهاء المعاصرون الاهتمام بدراساتها وصدرت الفتاوى والقرارات من المجامع الفقهية المعروفة بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، وغطت الكثير من جوانبها مثل: حقوق وواجبات كل من المؤجر والمستأجر وصيانة ومصاريف العين المؤجرة وكيفية انتقال ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر الخ. إلا أن الإجارة الموصوفة في الذمة ومسألة تأخير الأجرة فيها لم تجد حظها من الدراسة الكافية ولم تصدر، حسب علم الباحث، قرارات من المجامع الفقهية المعروفة بشأنها، عدا المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، بالرغم من أنه قد صار للإجارة الموصوفة في الذمة تطبيقات عملية مهمة في الحياة المعاصرة وصارت تلبي بعض الحوائج الأساسية للعباد مثل: توفير السكن أو المأوى وانتشار ما يعرف في الأسواق العقارية بممارسة "البيع على الخريطة".

وتستخدم صيغة الإجارة الموصوفة في الذمة كأداة تمويل لتمكين شركات الطيران بالذات التي تملك "خيار شراء" من الشركات المصنعة للحصول على طائرات حديثة أو شركات النقل البحري من الحصول على سفن يتم تصنيعها حسب مواصفات معينة وتسلم في المستقبل.

وعقود الإجارة الموصوفة في الذمة كأداة تمويل عقود ذات صياغة معقدة ولا تختلف في جوهرها عن عقود الإيجار التمويلي في القانون الوضعي وممارسات البنوك التقليدية.

وتقتزن عقود الإجارة الموصوفة في الذمة عادة بعقد استصناع أو مقاول.

وتتكون عقود الإجارة الموصوفة في الذمة من حزمة العقود والأدوات القانونية تشمل الآتي:

1. اتفاقية الشراء والبيع أو التصنيع
2. اتفاقية وكالة
3. اتفاقية الإجارة
4. تعهد الشراء
5. تعهد البيع
6. اتفاقية الضمان

ويعتبر التمويل العقاري الذي تقدمه المصارف للمطورين العقاريين سواء كان مباشر أو غير مباشر مبلغ مثال عملي وتطبيقي لصيغة الإجارة الموصوفة في الذمة كأداة تمويل مصرفي.

فمن الناحية الإجرائية والقانونية بصورة عامة، يوقع البنك الممول مع مطور عقاري عقد استصناع أو مقاول لإنشاء وحدات سكنية بمواصفات محددة تحديداً دقيقاً. ويبرم البنك الممول من خلال صيغة الإجارة الموصوفة في الذمة عقد تأجير وحدة عقارية (مع وعد بالتمليك) بذات المواصفات المحددة في عقد الاستصناع أو المقاول مع عملائه أو يقوم المطور نفسه بالترويج وإجارة الوحدات العقارية للراغبين من الموظفين والتجار وغيرهم من المشترين.

ويكتنف هذا النوع من التمويل مخاطر متعددة فمن جانب يواجه البنك الممول مخاطر فشل الصانع أو المقاول في التنفيذ أو التأخير أو الالتزام بالمواصفات.

ومن الجانب الآخر يواجه البنك الممول المخاطر الائتمانية لزيائنه المستأجرين.

ونخلص من هذه الأمثلة التطبيقية لصيغة الإجارة الموصوفة في الذمة إلى سؤال هام:

هل يستطيع البنك الممول أن يطلب من عميله الذي يستأجر وحدة عقارية بصيغة الإجارة الموصوفة في الذمة أن يعجل سداد الأجرة، وعادة ما يكون المستأجرون من ذوي الدخل المحدود أو صغار المستثمرين؟

أم هل يستطيع البنك الممول أن يطلب من شركة طيران ترغب في اقتناء طائرات تصنع لها حسب مواصفات معينة وفق صيغة الإجارة الموصوفة في الذمة أن تدفع كامل الأجرة في مجلس العقد؟
بداية لو كان بمقدور طالب التمويل بصيغة الإجارة الموصوفة في الذمة تعجيل أجرة الوحدة العقارية التي يريد اقتنائها لقام بالشراء والتملك بدلاً من اللجوء إلى الاستئجار.
ولو كان لشركة الطيران السيولة الكافية لتعجيل أجرة اقتناء الطائرة لوقعت عقد شراء مباشرة بدلاً من اللجوء لصيغة الإجارة.

لهذا لا بد من الإقرار بأن هنالك حاجة ماسة لاستخدام صيغة الإجارة الموصوفة في الذمة تُيسر فيها كيفية سداد الأجرة بالتأجيل أو التقسيط.

فوائد صيغة الإجارة كأداة تمويل

صارت لعقد الإجارة سواءً أكانت إجارة أعيان معينة أم موصوفة في الذمة مزايا هامة وصار يلي الحوائج الأساسية للعباد مثل الحصول على سكن أو سيارة أو معدات لأعمالهم.
وتلجأ كثير من الشركات كبيرة كانت أم صغيرة لصيغة الإجارة للحصول على أصول رأسمالية تحتاج لها، إذا لم تكن ترغب في ائصال مركزها المالي بديون أو لاستخدام سيولتها في أعمال أخرى أو إذا لم تكن لديها سيولة كافية.
وقد تلجأ الشركات لصيغة الإجارة للحصول على مزايا ضريبية أو لإجراء معالجات حسابية تظهر أداء أفضل.

خلاصة القول

إن البيئة القانونية و الاقتصادية التي تبرم فيها عقود الإجارة لأشياء معينة أو موصوفة في الذمة، في عصرنا هذا تختلف اختلافاً كبيراً عن البيئات السائدة في الحقب التي تلت مباشرة ظهور الإسلام.
وأصبحت عقود الإجارة في حد ذاتها صناعة قائمة بذاتها في عصرنا هذا وقامت شركات التأجير التمويلي ونشط قطاع التطوير العقاري بفضل صيغة الإجارة الموصوفة في الذمة وكثير من القطاعات الاقتصادية، وكل يعمل وفق قوانين خاصة به تنظمه تنظيمات دقيقة وتحمي حقوق كل طرف.
وساعد التطوير التقني في إبرام عقود بيع لسلع كثيرة تُنتج وتُسلّم في فترات لاحقة لانقضاء مجلس العقد، ويكون بوسع الأطراف الاتفاق على كل التفاصيل الدقيقة والمواصفات الخاصة بالسلع في مجلس العقد.
إن الظروف التي رأى فيها المالكية إن عقد الإجارة الموصوفة في الذمة يؤدي إلى الوقوع في بيع الدين بالدين المحظور إذا لم تعجل الأجرة تختلف كثيراً عن الظروف الحالية.

فالإجارة الموصوفة في الذمة قد تكون في زمننا هذا إجارة تشغيلية أو تمويلية وإن الالتزام بسداد الأجرة يكون على دفعات مستمرة لفترات طويلة قد تصل خمسة عشر عاماً أو أكثر في بعض القطاعات، ومن الصعب تعجيل الأجرة في هذه الحالة.

كما أن التزام المؤجر بتسليم عين موصوفة في الذمة ليس التزام نقدي بل هو التزام بتسليم أو تمليك منفعة عين يمكن الاتفاق عليها بدقة وبصورة تمنع حدوث الغرر أو الغش.

وأن الزامية المؤجر بتمليك منفعة العين الموصوفة في الذمة لا ينشأ وفق عقد معزول بل وفق نظام تشريعي وقوانين خاصة تحدد الحقوق والواجبات وتمنع الطرف القوي من فرض اشتراطاته الخاصة به. ومثال ذلك الزام المطورين العقاريين بإيداع مبلغ أمانة أو تعهد لدى الجهات الرقابية.

عليه يرى الباحث أن الرأي الذي ذهب إليه المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية هو الرأي السليم والذي يساعد في ازدهار صناعة التأجير للأعيان سواءً أكانت معينة أم موصوفة في الذمة ويلبي حاجة العباد والشركات والأعمال.

الجزء الثاني

تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل العقد

حكم تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل الإجارة

1. القرارات الصادرة بشأن تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل الإجارة

تعرض المعيار الشرعي رقم (17) لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية لموضوع تداول صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل الإجارة إذ نصت الفقرة 8/2/5 من المعيار الشرعي على الآتي:

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

وسبق لمجمع الفقه الإسلامي أن أصدر قراراً في عام 1408هـ الموافق 1988م بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار وبين ضوابط تداول سندات المقارضة وسندات الاستثمار في أربعة حالات هي:

- أ. إذا كانت مكونات الصكوك أعياناً
- ب. إذا كانت مكونات الصكوك لا تزال نقوداً فتطبق أحكام الصرف.
- ج. إذا كانت مكونات الصكوك ديوناً فتطبق أحكام التعامل بالديون.
- د. إذا كانت مكونات الصكوك موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان المنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضي عليه على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع.

وتنفيذاً لتوجيه مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة عشرة بعقد ندوة متخصصة لبحث هذا الموضوع، انعقدت ندوة بمقر البنك الإسلامي للتنمية بجدة بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي في مارس 2007م وأوصت بالآتي بشأن الضابط الشرعي لتداول الأسهم و الصكوك:

"أولاً: يجوز التداول بالسعر المتراضي عليه حالاً أو مؤجلاً لأسهم الشركات والصكوك الاستثمارية ووحدات الصناديق الاستثمارية التي تمثل حصصاً شائعة في موجودات مختلطة من الأعيان والمنافع والحقوق والنقود والديون إذا كانت تلك الأسهم والصكوك والوحدات صادرة عن مؤسسات أو شركات غرضها ونشاطها مباح وتعاملاتها الأساسية في الأعيان والمنافع والحقوق وذلك باعتبار أن النقود والديون التي توجد في مكوناتها تابعة ولست مقصودة في نشاط هذه الشركات أو المؤسسات الذي هو العمل في تجارة الأعيان أو

المنافع أو في التداول مع مراعاة أن الشركة إذا كانت جديدة فإن التداول يكون بعد إعلان تأسيسها وشروعها في العمل بأموالها.

ومن ثم أصدر مجمع الفقه الإسلامي في دورته رقم (20) المنعقدة بمدينة وهران بالجزائر قراراً مبيناً ضوابط تداول الصكوك والأسهم والوحدات، وأخذ هذا القرار بمحمل توصية الندوة المتخصصة التي عقدت في مقر البنك الإسلامي للتنمية بجدة.

لم تبين قرارات مجمع الفقه الإسلامي ما إذا كان التداول في صكوك إجارة الموصوف في الذمة قبل تعيين محل الإجارة يدخل ضمن ضوابط بيع الدين أو بيع النقد، أو أي تكييف آخر. بل أوصى المجمع بإجراء مزيد من الدراسات.

ويرى الباحث أن المعضلة الأساسية تكمن في التكييف القانوني السليم للصك ومن ثم التخرج الشرعي السليم له حتى يسنى لنا تحديد ما إذا كان تداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة بمثابة تداول ديون أو تداول لأصول رأسمالية في حد ذاتها.

التكيف القانوني للصك

1. الأوراق المالية في القانون الوضعي

تنقسم الأوراق المالية Securities من حيث القانون إلى قسمين كبيرين هما الأسهم (أدوات ملكية) والسندات (أدوات دين).⁷ ولا يزيد الدخول في تفاصيل أنواع الأسهم والسندات لكن من الضروري تبين السمات أو الخصائص الأساسية لكل من الأسهم والسندات. والسهم عبارة عن مستند إثبات لملكية حامله لنسبة من رأسمال الشركة المكتتب فيه. والقيمة الحقيقية للسهم تتفاوت تبعاً لأداء الشركة. والشركة غير ملزمة بتوزيع أرباح المساهمين dividends إلا إذا حققت أرباح من عملياتها أو من بيع جزء من أصولها الرأسمالية ووافق الاجتماع العام للمساهمين على توزيع أرباح. ولا يعتبر المساهم مالك لجزء من أصول الشركة حسب نسبة أسهمه من رأس المال المكتتب وليس له مصلحة في تأمين موجودات الشركة Insurable interest والمساهم غير مسؤول عن ديون الشركة وإن ملك جل أسهمها لأن الشركة تخص قائم بذاته وله ذمة منفصلة عن المساهمين فيه.⁸

وليس هناك سقف لتوزيع أرباح على المساهمين فإذا حققت أعمال الشركة نجاحاً باهراً قد يأخذ المساهم أرباح تزيد على رأسمال المستثمر في سنوات قليلة وقد يخسر كل ماله إذا خسرت الشركة وتكبدت ديون استغرقت أصولها.

⁷ Gower, Modern company law

⁸ Salamond V. Salamond

وللمساهمين حقوق أخرى غير مالية non-pecuniary مثل حق التصويت وحق تعيين أعضاء مجلس الإدارة.

أما السندات Bonds فهي أدوات دين وحامل السند هو دائن لفترة محددة ونسبة فائدة محددة.⁹ والشركة أو الجهة المصدرة للسندات ملزمة برد أصل السند والفوائد بغض النظر عن نتائجها المالية. وتوجد هنالك أدوات هجين تأخذ بعض خصائص أدوات الملكية وبعض خصائص أدوات الدين. ما ذكر أعلاه ليس إلا وصف عام لخصائص الأسهم والسندات ليساعد في توصيف الصك من الناحية القانونية وتخريجه من الناحية الشرعية.

2. التوصيف الشرعي والقانوني للصك

عرف المعيار الشرعي رقم (17) الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الصكوك كالاتي: " هي وثائق متساوية تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما صدرت من أجله. وتعرف هذه الصكوك في هذا المعيار بالصكوك الاستثمارية تمييزاً لها عن الأسهم وسندات القرض".

وتلخص خصائص صكوك الاستثمار وفقاً لنص المادة (4) من المعيار الشرعي المذكور كالاتي:

- أنها وثائق ذات قيمة متساوية.
- أنها شهادة ملكية تبين الحقوق والالتزامات المالية للمالكها.
- يشارك حملة الصكوك في غنمها ويتحملون غرمها.
- يخضع إصدارها وتداولها لأسس شرعية.

نخلص من هذا الوصف الشرعي للصكوك بأنه يوافق تماماً الخصائص الأساسية للأسهم العادية للشركات المسجلة في القانون الوضعي، ولا يمكن اعتباره بأي حال مستند دين.

3. هل بيع صك الإجارة الموصوفة في الذمة قبل تعيين محل الإجارة بيع أو دين؟

للإجابة على هذا التساؤل دعنا نأخذ مثال من الواقع.

هب أن هنالك مطور عقاري يرغب في شراء قطعة أرض مساحتها 100 هكتار لتطويرها وإقامة ألف وحدة سكنية عليها. وحسب دراسات الجدوى التي أعدها فإنه يحتاج إلى 100 مليون دولار لشراء وإنشاء

⁹ Gower, Modern company law Eilis Ferran, company law and corporate finance

هذه الوحدات. وإذا قام بإيجار هذه العقارات لمدة ثماني سنوات ستدر عليه عائد قدره 200 مليون دولار وأن فترة التشييد تستغرق سنتان.

فإذا قام المطور العقاري بتعيين بنك استثماري لي طرح له صكوك إجارة موصوفة في الذمة بمبلغ 120 مليون دولار، فترة الصكوك عشر سنوات، قيمة الصك 10 دولارات والعائد السنوي بواقع 6.6% السنة لتصل جملة حصيلة عائدات حملة الصكوك في نهاية فترة عمر الصكوك 200 مليون دولار.

ولنفترض أن أحد حملة الصكوك احتاج لمبلغ من المال مباشرة بعد الإصدار فقام ببيع صكوكه لمستثمر آخر بمبلغ أكبر من القيمة الاسمية التي صدرت بها الصكوك.

يرى الباحث أن حق مالك الصك ليس فقط مبلغ شراء الصك عند الإصدار بل هو حق الملكية أصل استثماري تلتصق به حقوق ومخاطر يتم في ضوئها تحديد قيمة الصك في السوق. ثانياً أن حامل هذا الصك قد يغرم أو يغرم فإذا زاد الطلب على العقارات وزادت الاسعار سوف يغرم وقد يخسر إذا انهارت أسعار العقارات وقل الطلب وقد لا يتمكن من بيع صكوكه أو خسارتها إذا نشبت حروب أهلية في منطقة استثماره وهرب السكان.

ومعظم الأسباب التي تؤدي إلى زيادة قيمة المنفعة الموصوفة في الذمة أو انخفاضها قد لا تكون لها علاقة بحالة محل الإجارة. وتسعيرة قيمة الصك أو أى ورقة مالية تربط دائماً بالمخاطر والعوائد المتوقعة والتغيرات والتنبؤات التي ستحدث وامكانية التسييل... الخ.

وحق مالك الصك قبل تشييد العقار أقرب في الوصف للحق المعنوي الذي يعترف به القانون وله قيمه في الأسواق.

عليه يرى الباحث أن يعاد النظر في تخريج وتوصيف حق حامل صك الإجارة الموصوفة في الذمة قبل إقامة وإنشاء محل الإجارة وعدم اعتباره فقط حق نقدي أو دين في ذمة.

الجزء الثالث معايير التبعية و الغلبة

1. الرأي الفقهي في تداول الأسهم والصكوك:

نظر الفقهاء المعاصرون في مسألة تداول الأسهم والصكوك ووحدات الصناديق الاستثمارية وأجريت كثير من البحوث حولها وصدرت بعض القرارات والمعايير من مجمع الفقه الاسلامي الدولي وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية . وميزت القرارات الصادرة من المجمع وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية بين أربعة حالات:

- حالة اشتغال موجودات الشركة على أعيان موجودة،
- حالة اشتغال موجودات الشركة على النقود،
- حالة اشتغال موجودات الشركة على ديون،
- حالة اشتغال موجودات الشركة على خليط من الأعيان والمنافع والنقد والديون.

وتختلف أحكام التداول للأسهم والصكوك والوحدات في الصناديق الاستثمارية حسب حالة موجودات الشركة. فإذا كانت موجودات الشركة تتكون من نقود محضه فإن تداول أسهمها يخضع لأحكام وشروط الصرف، وفي حال كون موجودتها ديونا محضه فينطبق عليها حكم التعامل بالديون وتخضع لشروط بيع الدين. وإذا كانت موجودات الشركة خليط من النقود والديون والأعيان والمنافع ، وكان غالبها من الأعيان والمنافع فيجوز التداول بالسعر المتراضي عليه. اما اذا كانت الغلبة للنقود والديون في الخليط المكون لموجودات الشركة فهذا ما لم يصدر به قرار.¹⁰

2. الرأي القانوني في تداول الأسهم والصكوك:

يخضع تداول الأسهم والسندات التقليدية لقانون الشركات وقوانين أسواق المال أو ما يعرف بالبورصة. وهي نفس القوانين والأسواق التي يتم فيها إدراج وتداول الصكوك الاستثمارية التي ظهرت كأداة سوق رأسمال اسلامي مع بداية هذا القرن الميلادي، حيث لا يوجد سوق ثانوى أو بورصة خاصة فقط بتداول الأوراق المالية الإسلامية. صحيح أن بعض الدول اصدرت قوانين تنظم اصدارات الصكوك كما قامت بعض الدول غير الإسلامية مثل بريطانيا بتعديل قانون الضرائب لتكون لندن مركز جاذب للمصرفية الإسلامية.

والقانون يميز بين نقل الأسهم Transfer of shares و Transmission of shares ويمكن أن يترجم تحويل الاسهم أو ما يتم بحكم القانون مثل انتقال الأسهم للورثة بسبب وفاة حامل الأسهم.

¹⁰ د. أحمد عبد العليم ، تداول الأسهم والصكوك وضوابطه الشرعية ، ورقة مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي - الدورة رقم (20) .

أما تداول أسهم شركات المساهمة العامة والشركات المدرجة في البورصات فله خصائص قانونية تميزه عن نقل الأسهم Transfer of shares.

وقبل استعراض أحكام التداول يستحسن أن نتعرض دون اسهاب لمبدأ "الشخصية الاعتبارية" في القانون الوضعي أو قانون الشركات بالتحديد.

مبدأ الشخصية الاعتبارية:

تعتبر الشركة شخص اعتباري قائم بذاته بمجرد اكتمال تسجيلها وتكون لها ذمة مالية منفصلة عن المساهمين فيها ولها حق تملك الأموال باسمها والتقاضي و إبرام العقود مثلها مثل الشخص الطبيعي.

وللشركة رأسمال يتم الاكتتاب فيه من قبل المساهمين. ومن الناحية الحسابية يسجل رأسمال الشركة المدفوع في قائمة الخصوم Liabilities لأنه بمثابة دين إلا أن أهم ما يميز هذا الدين أنه غير مسترد إلا بعد تصفية الشركة وليس للمساهمين أولوية عند التصفية إلا بعد سداد كافة الديون، ولهذا يسمى رأس المال بمال المخاطرة Risk capital

وليس للمساهمين أي حق في أموال الشركة كما أنهم غير ملزمين بسداد ديون الشركة.

وللمساهم حقوق مالية وحقوق غير مالية وتتمثل الحقوق المالية في استلام أرباح الأسهم Divided إذا حققت الشركة أرباح وتقرر توزيع جزء منها على المساهمين.

وللمساهم حق في الأرباح المستبقة حسب نسبة أسهمه في رأس المال وحق استرداد رأس ماله المدفوع أو جزء منه في حالة التصفية بعد سداد كل ديون الشركة والحقوق غير المالية تتمثل في حق حضور الاجتماع العام للمساهمين والتصويت وحق انتخاب الأعضاء الإدارة.

تعريف السهم وكيفية تحديد قيمته:

لم يعرف قانون الشركات الانجليزي لسنة 2006 السهم. ولكن المحاكم الإنجليزية تطرقت منذ عام 1901 لتعريف "السهم". فعرفه القاضي العلامة Farwell في سابقة Borlands Trustee v. Steel¹¹ بأنه "مصلحة للمساهم في الشركة تقاس بمبلغ من المال لغرض تحديد المسؤولية أولاً والمصلحة ثانياً، ويتكون أيضاً من مجموعة من الاشتراطات المتبادلة التي يدخل فيها كل المساهمون حسب القانون".

فالسهم من وجهة نظر القانون ليس بمستند ملكية شائعة في أصول وأموال الشركة.

¹¹ (1901) Ch. 279 at p. 288

ونرى أن السهم بمثابة سند أو صك يثبت ملكية حامله أو الشخص المسجل باسمه، لنسبة من رأس مال الشركة المكتتب فيه والمدفوع وهذه النسبة تحدد حقوق مالك السهم ومسؤوليته وفق اطار القانون ولوائح تأسيس الشركة.

ويصدر السهم بقيمة إسمية ويدفع المساهم عند الاكتتاب كامل القيمة الاسمية أو جزءاً منها ويظل الباقي قابل للاستدعاء.

أما القيمة الحقيقية للسهم تحدد بقسمة صافي أصول الشركة على مجموع عدد الأسهم المكتتبه. ولأسهم شركات المساهمة العامة قيمة أخرى تعرف بالقيمة السوقية Market value وهي لا ترتبط بالقيمة الحقيقية بل بحالة السوق وما يرد من اخبار إيجابية أو سيئة.

ومن هذا نخلص إلى أن السهم هو أصل رأسمالي في حد ذاته يمكن شراؤه وبيعه أو هبته ويدخل السهم في تصنيف الأموال غير الملموسة Intangible property

تداول الصكوك:

كما رأينا سابقاً فالصكوك من الناحية الفقهية هي بمثابة وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان ومنافع أو خدمات.

فالصكوك بهذا الوصف هي أقرب لأسهم الشركات ولكن لا يمكن اعتبارها من الناحية القانونية نوع من الأنواع المتعددة للأسهم لأن عائد الاكتتاب فيها لا يدخل في تكوين رأسمال الشركة ذات الغرض الخاص SPV التي تقوم بإصدارها.

ولا يمكن اعتبارها بمثابة دين على عاتق الشركة ذات الغرض الخاص التي أصدرتها لأنها غير ملزمة بسداد مستحقات حملة الصكوك إذا لم تولد أصول الصكوك أموالاً كافية لسداد مستحقات حملة الصكوك.

وعموماً نرى الصكوك كأوراق مالية اقرب للوحدات في الصناديق الاستثمارية ويمكن تحديد القيمة الحقيقية للصكوك بقسمة صافي أصول الصكوك على مجموع عدد الصكوك بالرغم من الصكوك هي وثائق تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات إلا أن القانون ينظر إليه كأصل رأسمالي في حد ذاته أو مال غير ملموس يمكن التصرف فيه بالبيع و الشراء دون النظر للأصول التي يمثلها.

ما هو الأثر الذي سيجري في حال تطبيق أحكام الصرف والتعامل في الدين ومعايير الغلبة والتبعية على تداول الأسهم والصكوك ؟

سترتب اشكالات عديدة إذا طبقت أحكام التعامل بالدين أو الصرف علي تداول الصكوك وأسهم الشركات التي تكون كل أصولها أو معظمها من ديون أو نقود سائلة ونصوغ الأمثلة الآتية:

(1) إن تطبيق أحكام التعامل بالدين أو الصرف علي تداول الصكوك وأسهم الشركات التي تكون كل أصولها أو معظمها من ديون أو نقود سائلة سيكون بمثابة خرق لمبدأ الشخصية الاعتبارية والفصل بين أصول وديون الشركة عن الأموال الخاصة للمساهمين فيها.

(2) إن تطبيق أحكام التعامل بالدين أو الصرف علي تداول الصكوك وأسهم الشركات التي تكون كل أصولها أو معظمها من ديون أو نقود سائلة سيجعل الإستثمار في الأوراق المالية غير جاذب، وستترتب أضرار اقتصادية كبيرة.

(3) إن جل موجودات البنوك الإسلامية تكون في شكل ديون علي عملائها وأموال نقدية (مخصصات أو احتياطيات) لدى البنك المركزي أو بنوك تجارية أخرى، فإذا طبقت أحكام التعامل بالدين أو الصرف علي تداول أسهم البنوك الإسلامية سيكون الإستثمار في أسهمها غير جاذب للمستثمرين والمدخرين.

(4) كذلك سينطبق الحال علي شركات التأجير الإسلامية.

(5) تداول شركات التكافل سيكون صعباً لأن شركات التكافل تحتفظ بجزء مقدر من رأسمالها في أصول شبيهة سائلة أو قابلة للتسييل لمحاكمة المطالبات.

(6) ليس هنالك قرار بشأن الأرباح المستبقاة.

(7) من الصعب إجراء تقييم لأصول الشركة المدرجة في اسواق المال الثانوية كل يوم لمعرفة نسبة الديون والأموال السائلة والأعيان القائمة.

عليه يرى الباحث ضرورة أن يبحث الفقهاء في تكييف السهم نفسه كمال منقول غير ملموس *intangible property* وامكانية تداوله كسلعة في حد ذاتها دون النظر إلى موجودات الشركة، وكذلك إعادة النظر في تداول الصكوك التي لا تمثل أعياناً موجودة.

ولنأخذ مثالين لتوضيح الصعوبة وربما الضرر على المستثمرين:

أ) لنفترض أن شركة تعدين مدرجة في البورصة وتعمل في مجال التنقيب عن البترول وبعد أن انفتحت 90% من رأسمالها في التنقيب عثرت علي حقل بحوي مخزونات هائلة من البترول. وعلي أثر الإكتشاف تضاعف سعر سهمها في السوق. وإذا افترضنا أن كل معدات الشركة وآلياتها مستأجرة وليس لديها أعيان فهل تلزم أحكام الشريعة حامل أسهم هذه الشركة أني بيع أسهمه بواقع 10% من القيمة الاسمية (وهي النسبة التي تمثلها قيمة الأصول علي عدد الأسهم) رغم ارتفاع سعر السهم في البورصة؟

ب) لنفترض أن شركة اتصالات أعمالها خاسرة أصدرت صكوك مشاركة لتنمية أعمالها ويعتمد عائد الصكوك على نتائج الشركة. فإذا توصلت الشركة بعد إصدار الصكوك مباشرة على رخصة في بلد يتميز سوق الاتصالات فيه بالربحية العالية مما أدى الى ارتفاع قيمة أسهمها وصكوك في السوق بمجرد اعلان الفوز بالرخصة.

فإذا كانت أموال الصكوك ما زالت نقوداً فهل يحق لحامل الصك أن يبيع بسعر السوق الذي صار أكبر من القيمة الاسمية لصك؟

الجزء الرابع أبرز نتائج البحث

- (1) إن عقود الإجارة أصبحت في عصرنا هذا صناعة متكاملة و قطاع اقتصادي قائم بذاته ونشأت شركات غرضها الأساسي تأجير المعدات والآليات ووسائل النقل ولها قوانين تنظمها.
- (2) أصبحت صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة أداة تمويل لحاجات أساسية للعباد مثل السكن، وتأجيل الأجرة وتبسيطها شرط مهم في نجاح تطبيق هذا النوع من الإجارة.
- (3) تطبيق أحكام الصرف واحكام التعامل بالدين على تداول أسهم الشركات التي يكون غالباً موجوداتها نقود أو ديون يؤدي إلى "حرق" في مبدأ الشخصية الاعتبارية الذي قامت على أساسه كل الشركات بما فيها الشركات التي تعمل وفق الشريعة مثل شركات التكافل والبنوك الإسلامية.
- (4) تطبيق أحكام التعامل بالدين على تداول أسهم البنوك الإسلامية (محاسياً وقانونياً تعتبر معظم أصول البنوك مستحقات أو ديون على العملاء) سيجعل الاستثمار في أسهم البنوك الإسلامية غير جاذب.
- (5) هنالك مشقة وصعوبة في أن تقوم الشركات المدرجة في البورصة كل يوم بتحديد نسبة النقد والديون والأعيان في مجمل أصولها.

والله المستعان ،،