

الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء
وأحكامها في الفقه الإسلامي

جميع الحقوق محفوظة
١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م

الخدمات الاستشارية في المصارف
وأحكامها في الفقه الإسلامي

(الصناديق والودائع الاستثمارية)

تأليف

د. يوسف بن عبد الله الشبيلي

الأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الجزء الأول

١٤٢٤ هـ

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أصل هذا الكتاب رسالة علمية تقدم بها الباحث لنيل درجة الدكتوراه من قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.
وكانت لجنة الحكم على الرسالة مؤلفة من كل من:

- ١ - فضيلة الدكتور: عبد الله بن محمد المطلق مشرفاً
- ٢ - فضيلة الشيخ: عبد الله بن سليمان بن منيع مناقشاً
- ٣ - فضيلة الدكتور: عبد الرحمن بن صالح الأطرم مناقشاً

وقد أوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الدكتوراه في الفقه المقارن مع مرتبة الشرف الأولى، كما أوصت بطباعة الرسالة وتداولها بين الجامعات.

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الله سبحانه جعل شريعة محمد ﷺ شريعة خاتمة لكل الشرائع، وعامة لكل الناس، وشاملة لكل نواحي الحياة، فما ترك شيئاً مما يحتاج إليه الناس إلا وبيّن لنا وجه الحق فيه، ودلّنا على خير ما يصلح لنا أمر ديننا ودنيانا، وحذّرنا من كل ما تعود عاقبته وبألاً علينا، فقال ﷺ: ﴿أَيُّوَمَ أَكَمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ [المائدة: ٣].

وإن من أهم المواضيع التي ينبغي أن يصرف لها علماء الشريعة همهم، ويبدلوا فيها جهدهم، «المعاملات المالية»، وما يتعلق بها من أحكام شرعية، نظراً لما تشهده الأسواق المالية من تطور وانفتاح لم تشهد لهما نظيراً من قبل، فأصبحت الحاجة ماسةً لمعرفة أحكام تلك المعاملات. ولما منّ الله علي بالتدرج في مسالك العلم... إلخ.

ولما كنت ممن تدرج في مسالك العلم في هذه الجامعة المباركة - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - وكان لزاماً على الطالب للحصول على درجة الدكتوراه، أن يحلّر بحثاً يختار له موضوعاً يجمع شتاته، ويكشف مستغلقه، فقد أجلت النظر، وتبصّرت في كثير من الموضوعات، فوقع اختياري - بعد إشارة من عددٍ من الأساتذة الأفاضل - على موضوع الخدمات الاستثمارية في المصارف وما يتعلق بها من أحكام شرعية.

أسأل الله تبارك وتعالى أن يكتب فيما اخترته التوفيق والسداد، وأن يلهمنا وجميع المسلمين الرشد والصواب.

أسباب اختيار الموضوع:

كان لهذا الاختيار أسباب ودوافع، من أهمها ما يأتي:

- ١ - جِدَّة هذا الموضوع، وحدثته، فإنه معدود في النوازل، وحسب علمي فإنه لم يسبق أن خص ببحث يجمع أطرافه، ويستوعب مسائله، وكل البحوث التي اطلعت عليها في الأعمال المصرفية إنما تتناول الخدمات الاستثمارية بشكلٍ موجز، وإشاراتٍ عابرة.
- ٢ - شدة الحاجة إلى بيان أحكام الخدمات الاستثمارية في المصارف لصلتها الوثيقة بواقع الناس ومعاملاتهم، وسعة انتشارها في أسواق المال والأعمال.
- ٣ - رغبتني في بيان شمولية الشريعة الإسلامية، وأنها بنصوصها العامة، وقواعدها الشاملة لم تدع شيئاً مما يستجد في حياة الناس، مهما توالى العصور والأزمان، إلا وقد بينت حكمه غاية البيان، وأوضحته بأجلى برهان.
- ٤ - إثراء البحوث العلمية الشرعية بمواضيع حية معاصرة.
- ٥ - الانفتاح الكبير الذي شهدته الأسواق الدولية في الآونة الأخيرة، ورفع القيود عن أعمال المصارف التجارية، مما أدى إلى ظهور فكرة المصارف الشاملة التي تقدم الخدمات الاستثمارية جنباً إلى جنب خدماتها المصرفية التقليدية، وقد صاحب ذلك انفتاح مماثل في السوق المحلية، حيث سمح للمصارف التجارية قانونياً بإنشاء صناديق استثمارية، والقيام بأعمال أمناء الاستثمار، وصدرت القواعد التنظيمية لذلك بموجب قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٢٥٠٢ في ٢٤/٧/١٤١٣هـ، فكان هذا التطور حرياً بمبادرة جادة من قِبَل علماء

الشريعة لاهتبال هذه الفرصة، وطرح أدوات استثمارية تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، ولعل في هذه الأطروحة مساهمةً متواضعةً لتصفية الأسواق المالية من كل ما يخالف الشريعة الغراء، واقتراح البدائل الشرعية المناسبة لتوظيف المال وتثميته.

خطة البحث:

تتكون خطة البحث من مقدمة، وفصل تمهيدي، وأربعة أبواب، وخاتمة. وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

المقدمة: وتشتمل على أهمية البحث، وأسباب اختياره، ومنهج الباحث، وخطة البحث.

فصل تمهيدي: التعريف بالأعمال المصرفية وخدمات استثمار أموال العملاء.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مفهوم الأعمال المصرفية، وأنواعها، ومواردها:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الأعمال المصرفية.

المطلب الثاني: أنواع الأعمال المصرفية: وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مجموعة أعمال الخدمات المصرفية.

الفرع الثاني: مجموعة التسهيلات المصرفية وأعمال القروض.

الفرع الثالث: مجموعة الأعمال الاستثمارية.

المطلب الثالث: الموارد المالية للأعمال المصرفية: وفيه فرعان:

الفرع الأول: الموارد الداخلية. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: رأى المال المدفوع من المساهمين.

- المسألة الثانية: الاحتياطات والأرباح المرحلة.
- الفرع الثاني: الموارد الخارجية. وفيه ثلاث مسائل:
- المسألة الأولى: الحسابات الجارية.
- المسألة الثانية: صناديق التوفير.
- المسألة الثالثة: الحسابات الاستثمارية.
- المبحث الثاني: مفهوم الاستثمار والتعريف بخدمات الاستثمار المصرفية وأنواعها:
- وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: مفهوم الاستثمار.
- وفيه ثلاثة فروع:
- الفرع الأول: مفهوم الاستثمار لغة.
- الفرع الثاني: مفهوم الاستثمار شرعاً.
- الفرع الثالث: مفهوم الاستثمار عند الاقتصاديين.
- المطلب الثاني: التعريف بخدمات الاستثمار.
- وفيه ثلاثة فروع:
- الفرع الأول: المحافظ الاستثمارية. وفيه ثلاث مسائل:
- المسألة الأولى: التعريف بالمحافظ الاستثمارية.
- المسألة الثانية: تصنيف المحافظ الاستثمارية.
- أولاً: تصنيفها من حيث مكوناتها.
- ثانياً: تصنيفها من حيث القابلية لدخول أعضاء جدد.
- المسألة الثالثة: آلية الاستثمار في المحافظ الاستثمارية.
- الفرع الثاني: صناديق التوفير.

- الفرع الثالث: الحسابات الاستثمارية. وفيه ثلاث مسائل:
- المسألة الأولى: التعريف بالحسابات الاستثمارية.
- المسألة الثانية: أنواع الحسابات الاستثمارية.
- المسألة الثالثة: أهمية هذا النوع من الحسابات للمصارف.
- الباب الأول: الشهادات الاستثمارية التي تصدرها المصارف والتخريج الفقهي لها.
- وفيه ثلاثة فصول:
- الفصل الأول: شهادة الوحدة الاستثمارية والتخريج الفقهي لها.
- وفيه ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: تعريف شهادة الوحدة الاستثمارية.
- المبحث الثاني: تخريج شهادة الوحدة الاستثمارية على عقد المضاربة.
- وفيه خمسة مطالب:
- المطلب الأول: تعريف المضاربة.
- المطلب الثاني: شروط عقد المضاربة.
- المطلب الثالث: كيفية تخريجها على عقد المضاربة ومستند ذلك.
- المطلب الرابع: مناقشة هذا التخريج.
- المطلب الخامس: الآثار المترتبة على هذا التخريج. وفيه فرعان:
- الفرع الأول: ما يملكه المصرف من التصرفات:
- المسألة الأولى: ما يملكه بمطلق العقد.
- المسألة الثانية: ما لا يملكه إلا بالتفويض العام أو الإذن الخاص.
- المسألة الثالثة: ما لا يملكه مطلقاً من التصرفات ولو بالإذن.
- الفرع الثاني: مسؤولية الضمان.

المبحث الثالث: تخريجها على عقد الوكالة.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بعقد الوكالة ومشروعيته.

المطلب الثاني: شروط عقد الوكالة.

المطلب الثالث: كيفية تخريجها على عقد الوكالة.

المطلب الرابع: مناقشة هذا التخريج.

المطلب الخامس: الآثار المترتبة على هذا التخريج. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: ما يملكه المصرف من التصرفات.

الفرع الثاني: حكم أخذ الأجر على الوكالة.

الفرع الثالث: مسؤولية الضمان.

الفصل الثاني: شهادات القيمة الاسمية والتخريج الفقهي لها.

المبحث الأول: تعريف شهادات القيمة الاسمية.

المبحث الثاني: تخريج شهادات القيمة الاسمية على عقد المضاربة:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: كيفية التخريج.

المطلب الثاني: مناقشة هذا التخريج.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على هذا التخريج.

المبحث الثالث: تخريجها على عقد القرض.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد القرض وأدلة مشروعيته.

المطلب الثاني: حكم المنفعة في القرض.

المطلب الثالث: كيفية التخريج.

المطلب الرابع: مناقشة التخريج.

- المطلب الخامس: الآثار المترتبة على هذا التخريج .
- الفصل الثالث: سندات المقارضة والتخريج الفقهي لها .
وفيه ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: تعريف سندات المقارضة .
- المبحث الثاني: تخريجها على عقد المضاربة .
وفيه أربعة مطالب:
- المطلب الأول: كيفية التخريج .
- المطلب الثاني: مناقشة هذا التخريج .
- المطلب الثالث: شراء سندات المقارضة وتداولها، وفيه فرعان:
الفرع الأول: شراء المصرف سندات المقارضة .
وفيه مسألتان:
- المسألة الأولى: حكم شراء سندات المقارضة .
- المسألة الثانية: المعتبر في شراء السند هل هو القيمة الاسمية أو السوقية .
- الفرع الثاني: تداول سندات المقارضة .
- المطلب الرابع: الآثار المترتبة على هذا التخريج .
- المبحث الثالث: تخريجها على عقد القرض .
وفيه ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: كيفية التخريج .
- المطلب الثاني: مناقشة التخريج .
- المطلب الثالث: الآثار المترتبة على هذا التخريج .
- الباب الثاني: عوائد العمليات الاستثمارية .
وفيه ثلاثة فصول:
- الفصل الأول: الأرباح .

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: معنى الربح وشروطه وفيه ثلاثة فروع.

المطلب الأول: معنى الربح. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: معناه لغة واصطلاحاً.

الفرع الثاني: الفرق بينه وبين الغلة والإنتاج والكسب.

الفرع الثالث: مفهوم الربح عند الاقتصاديين.

المطلب الثاني: شروط الربح.

المطلب الثالث: تقسيم الأرباح مع استمرار المضاربة.

المبحث الثاني: تحديد الأرباح في الخدمات الاستثمارية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: العقبات في التحديد الفعلي للأرباح في الخدمات

الاستثمارية. وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تأثير السحب والإيداع على تحديد الأرباح.

الفرع الثاني: تأثير تفاوت الإيداع من حيث التاريخ.

الفرع الثالث: الخلط بين أموال المساهمين والمستثمرين.

الفرع الرابع: استمرار المضاربة بعد توزيع الأرباح.

المطلب الثاني: الحلول المقترحة لهذه العقبات ومدى موافقتها

للأحكام الشرعية. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التقويم الدوري. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مفهوم التقويم الدوري.

المسألة الثانية: مناقشة هذه الطريقة.

الفرع الثاني: حساب النمر. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مفهوم حساب النمر.

المسألة الثانية: مناقشة هذه الطريقة.

الفرع الثالث: التصفية الحقيقية والحكمية. وفيه ثلاث مسائل.

المسألة الأولى: مفهوم التصفية الحقيقية.

المسألة الثانية: مفهوم التصفية الحكمية.

المسألة الثالثة: مناقشة التصفية الحقيقية والحكمية.

المبحث الثالث: معايير توزيع الأرباح في الخدمات الاستثمارية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: توزيع الأرباح في الخدمات الاستثمارية ذات الإدارة

المستقلة، وفيه فرعان:

الفرع الأول: ضوابط تحقق الربح في الخدمات الاستثمارية. وفيه

مسألتان:

المسألة الأولى: معيار تحقق الربح في عقود التمويل.

المسألة الثانية: معيار تحقق الربح في عقود المتاجرة.

الفرع الثاني: حكم اقتطاع جزء من الأرباح في صندوق

الاحتياط.

المطلب الثاني: توزيع الأرباح في الخدمات الاستثمارية المشتركة

بين المساهمين والمستثمرين. وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: الحقيقة الشرعية لكل من المساهمين والمستثمرين

بالتفويض العام والمستثمرين بالمضاربة الخاصة.

الفرع الثاني: تحمل المصروفات. وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: المصروفات الإدارية.

- المسألة الثانية: مكافآت أعضاء مجلس الإدارة.
- المسألة الثالثة: الزكاة.
- المسألة الرابعة: المصروفات اللازمة للعمليات الاستثمارية.
- المسألة الخامسة: اقتطاع جزء من الأرباح لدعم مكانة المصرف.
- الفرع الثالث: أنواع الأرباح. وفيه ثلاث مسائل:
- المسألة الأولى: عوائد الودائع الجارية.
- المسألة الثانية: عوائد الخدمات المصرفية.
- المسألة الثالثة: أرباح الأسهم.
- الفرع الرابع: التفرقة في نسبة الأرباح بين المساهمين والمستثمرين. وفيه مسألتان:
- المسألة الأولى: تصوير هذا الإشكال.
- المسألة الثانية: الحلول الشرعية المقترحة له.
- الفصل الثاني: الفوائد.**
- وفيه ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: تعريف الفائدة والفرق بينها وبين الربح والأجر.**
- وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: تعريف الفائدة.**
- المطلب الثاني: الفرق بينها وبين الربح والأجر.**
- المبحث الثاني: مجالات الفائدة في الخدمات الاستثمارية والتكليف الشرعي لها.**
- وفيه ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: مجالات الفائدة في الخدمات الاستثمارية.**
- المطلب الثاني: التكليف الشرعي للفائدة.**

المطلب الثالث: استثمار الأموال في المصارف الأجنبية بالفائدة.
المبحث الثالث: الصور المشابهة للفائدة في عقود المرابحات الشرعية.
وفيه مطلبان:
المطلب الأول: صورة استخدام معدلات الفائدة العالمية لتحديد هامش الربح.
المطلب الثاني: صور معاقبة المدين المماطل، وفيه ثلاثة فروع:
الفرع الأول: إلزام المدين المماطل بالتعويض عن الضرر.
الفرع الثاني: وضع صندوق للمماطلين وصرفه إلى جهات خيرية.
الفرع الثالث: دخول المصرف في شركة مع عميله المماطل بقدر الدين.

الفصل الثالث: الأجر.

وفيه ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: تعريف الأجر وشروطه.
وفيه مطلبان:
المطلب الأول: تعريف الأجر.
المطلب الثاني: شروط الأجر.
المبحث الثاني: حكم الأجر المأخوذة على الخدمات الاستثمارية.
وفيه ثلاثة مطالب:
المطلب الأول: أجر الإصدار وفيه فرعان:
الفرع الأول: تعريف أجر الإصدار.
الفرع الثاني: حكمها شرعاً.
المطلب الثاني: أجر الإدارة، وفيه فرعان:
الفرع الأول: تعريف أجر الإدارة.

- الفرع الثاني: حكمها شرعاً.
- المطلب الثالث: أجور الأداء، وفيه فرعان:
- الفرع الأول: تعريف أجور الأداء.
- الفرع الثاني: حكمها شرعاً.
- المبحث الثالث: الجمع بين الأجر والربح للمضارب (المصرف).
- وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: الصور التي يمكن أن يجتمع فيها الأجر والربح.
- المطلب الثاني: حكم الجمع بينهما.
- الباب الثالث: أحكام التعامل بالخدمات الاستثمارية.
- وفيه ثلاثة فصول:
- الفصل الأول: بيع الوحدات الاستثمارية.
- وفيه خمسة مباحث:
- المبحث الأول: التكييف الشرعي والاقتصادي للوحدة الاستثمارية.
- وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: التكييف الشرعي للوحدة الاستثمارية.
- المطلب الثاني: التكييف الاقتصادي للوحدة الاستثمارية.
- المبحث الثاني: بيع الوحدات الاستثمارية إذا كانت موجوداتها أوراقاً مالية.
- وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: التخريج الشرعي لهذا التداول.
- المطلب الثاني: الضوابط الشرعية لذلك.
- المبحث الثالث: بيع الوحدات إذا كانت موجوداتها ديوناً.
- وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: التخريج الشرعي لهذا التداول.

المطلب الثاني: الضوابط الشرعية له .

المبحث الرابع: بيع الوحدات إذا كانت موجوداتها أعياناً أو منافع .
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيعها إذا كانت موجوداتها أعياناً .

المطلب الثاني: بيعها إذا كانت موجوداتها منافع .

المبحث الخامس: التعهد بإعادة شراء الخدمات الاستثمارية .

المطلب الأول: تصوير هذه العملية .

المطلب الثاني: الحكم الشرعي لها، وفيه فرعان:

الفرع الأول: شراؤها بقيمتها السوقية .

الفرع الثاني: شراؤها بقيمتها الاسمية .

الفصل الثاني: مسؤولية الضمان في الخدمات الاستثمارية .

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التأصيل الشرعي للضمان في الخدمات الاستثمارية .

المبحث الثاني: الحلول المطروحة في مسألة الضمان وموقف
الشريعة الإسلامية منها .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التزام طرف ثالث بالضمان، وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان هذه العملية .

الفرع الثاني: الحكم الشرعي لها .

المطلب الثاني: تبرع المصرف بالضمان، وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان هذه العملية .

الفرع الثاني: الحكم الشرعي لها .

المطلب الثالث: تشكيل جمعية تعاونية بين المستثمرين، وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان هذه العملية.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي لها.

الفصل الثالث: رهن الشهادات الاستثمارية.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الحالات التي ترهن فيها الشهادات الاستثمارية.

المبحث الثاني: شروط العين المرهونة في الشريعة.

المبحث الثالث: مدى صحة رهن الشهادات الاستثمارية.

الباب الرابع: تطبيق في دراسة أساليب توظيف الأموال في الخدمات

الاستثمارية ومدى موافقتها للأحكام الشرعية.

تمهيد في بيان أساليب توظيف الأموال في المصارف.

الفصل الأول: أساليب استثمار الخدمات الاستثمارية في الأوراق المالية.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المتاجرة في الأسهم.

المطلب الأول: تعريف الأسهم وحكم المتاجرة بها، وفيه فرعان:

الفرع الأول: حقيقة الأسهم.

الفرع الثاني: حكم تداول الأسهم، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حكم تداول أسهم الشركات القائمة على

أنشطة محرمة.

المسألة الثانية: حكم تداول أسهم الشركات القائمة على أنشطة مباحة.

المسألة الثالثة: حكم تداول أسهم الشركات القائمة على أنشطة مختلطة.

المطلب الثاني: الضوابط الشرعية لتداول الأسهم.

المطلب الثالث: الجانب التطبيقي لتداول الأسهم، وموقف الفقه الإسلامي منه.

المبحث الثاني: المتاجرة في السندات.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة السندات شرعاً.

المطلب الثاني: حكم المتاجرة بالسندات.

المطلب الثالث: الجانب التطبيقي للمتاجرة بالسندات وموقف الفقه الإسلامي منه.

المبحث الثالث: المتاجرة في سلة العملات.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الضوابط الشرعية التي تحكم المتاجرة في العملات.

المطلب الثاني: الجانب التطبيقي لتداول العملات وموقف الفقه الإسلامي منه.

الفصل الثاني: أساليب استثمار الخدمات الاستثمارية في العقود التمويلية.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الاستثمار في عقود المرابحة.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بعقد المرابحة.

المطلب الثاني: شروط المرابحة.

المطلب الثالث: الجانب التطبيقي لعقود المرابحة، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: بيع المرابحة مع فتح الاعتماد المستندي باسم العميل.

الفرع الثاني: بيع المرابحة عن طريق تظهير بوليصة الشحن للعميل.

الفرع الثالث: بيع المرابحة مع توكيل العميل في القبض.

الفرع الرابع: اشتراط تأمين العميل على السلعة قبل إتمام العقد معه.

المبحث الثاني: الاستثمار في عقد الاستصناع.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بعقد الاستصناع.

المطلب الثاني: شروط عقد الاستصناع.

المطلب الثالث: الاستصناع المتوازي، وفيه فرعان.

الفرع الأول: تصوير الاستصناع المتوازي.

الفرع الثاني: حكم الاستصناع المتوازي.

المطلب الرابع: الجانب التطبيقي لعقد الاستصناع.

المبحث الثالث: التمويل بالمشاركة.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الشركة.

المطلب الثاني: شروط الشركة.

المطلب الثالث: المشاركة المنتهية بالتملك، وفيه فرعان.

الفرع الأول: تصوير المشاركة المنتهية بالتملك.

الفرع الثاني: حكم المشاركة المنتهية بالتملك.

المطلب الرابع: الجانب التطبيقي للتمويل بالمشاركة وموقف الفقه منه.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج.

الفهارس.

منهج البحث:

سلكت في دراسة وكتابة هذا البحث منهجاً حاولت الالتزام به قدر

الاستطاعة، ويتلخص في الآتي:

أ - منهج دراسة المسائل:

١ - أقدم بين يدي كل مسألة تصويراً عن كيفية التعامل بها لدى

المصارف، ثم أعقب ذلك ببيان الحكم الشرعي لها وما يستتبع ذلك من قيود وضوابط.

٢ - اقتصر في دراستي على المذاهب الأربعة، وقول ابن حزم من الظاهرية إن وقفت له على قول، وقد أذكر في بعض الأحيان أن هذا القول اختيار أحد أهل العلم لكنني لم ألتزم بذلك.

وإذا كانت المسألة من النوازل التي لم يتطرق لها العلماء المتقدمون بخصوصها أشير إلى أقوال أهل العلم المعاصرين، وهيئات الفتوى المعاصرة، لا سيما هيئات الرقابة في البنوك الإسلامية.

٣ - قبل الشروع في ذكر الخلاف في المسألة أبدأ بتحرير محل النزاع فيها إذا اقتضى الأمر ذلك.

٤ - راعيت في ترتيب الأقوال أن أبدأ أولاً بذكر القول الذي يستند إلى منزع الخلاف في المسألة، وهو القول الرافع لحكم الإباحة الأصلية غالباً، وذلك حتى يسهل على القارئ استحضار سبب الخلاف، من حين الشروع في عرض الأقوال، وإذا كان في المسألة أكثر من قولين أقدم الأقوال بالمنع أو الإباحة مطلقاً، ثم الأقوال المتوسطة بينهما لأن أدلة هذه الأقوال غالباً ما تستند إلى أدلة المنع والإباحة معاً.

٥ - أوثق كل مذهب من المذاهب بالإحالة إلى كتبهم الأصلية، دون نقل كلامهم إلا إن دعت إلى ذلك حاجة حسبما يظهر لي.

٦ - عند ذكر الأدلة أذكر وجه الدلالة ما لم يكن الدليل صريحاً في الدلالة، وأحرص على الإحالة إلى كلام أهل العلم في بيان وجه الدلالة إن وجد، وإلا بيته حسبما ظهر لي.

٧ - أذكر ما يرد على الأدلة من مناقشات والجواب عنها، فإن كانت المناقشة مما وقفت عليه من كلام أهل العلم عبرت عن ذلك بـ«نوقش»، وإن كانت هذه المناقشة مما بدا لي عبرت عن ذلك

ب«يناقش»، وهكذا في الإجابة عن المناقشة إن كان الجواب مما وقفت عليه من كلام أهل العلم عبرت ب«أجيب»، وإلا استعملت (يجاب).

٨ - بعد عرض الأقوال والأدلة وما يتعلق بها من مناقشات وإجابات أذكر الراجح من الأقوال وسبب الترجيح، ثم ما يترتب على هذا الترجيح من أحكام في المسألة المعاصرة التي أدرسها.

ب - الحواشي:

- ١ - عزوت الآيات القرآنية بذكر السورة ورقم الآية.
- ٢ - خرّجت الأحاديث وبيّنت ما ذكر أهل الحديث في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذٍ بالعزو إليها، لبلوغ الحديث الغاية في الصحة.
- ٣ - خرّجت الآثار الواردة في المتن من مصادرها الأصلية.
- ٤ - ذكرت ترجمة مختصرة للأعلام، ما عدا المشهورين من الصحابة، وأئمة المذاهب الأربعة، وذلك لشهرتهم وغناهم عن التعريف، كما إنني لم أترجم للأحياء من أهل العلم.
- ٥ - شرحت الألفاظ الغامضة، والمصطلحات الغريبة الواردة في البحث.
- ٦ - عند العزو إلى كتب أهل العلم فإنني أكتفي بذكر اسم الكتاب دون ذكر اسم المؤلف حرصاً على الاختصار وعدم إثقال الهوامش، سوى الكتب المتماثلة في التسمية كالكافي لابن عبد البر وابن قدامة، والمقنع لابن البناء وابن قدامة، ونظرية المحاسبة المالية لجمع من المؤلفين المعاصرين، ففي مثل هذه المؤلفات أنص على اسم المؤلف في الغالب، وقد أغفله أحياناً فأقول: الكافي وإنما أعني به مؤلف ابن عبد البر، وأقول: المقنع وإنما أعني به مؤلف ابن قدامة، وأقول: نظرية المحاسبة المالية وإنما أعني بها مؤلف الدكتور شوقي شحاتة.

٧ - إذا تعددت المصادر التي وثقت بها؛ فإن كانت من مذهب واحد ذكرتها في الهامش مبتدئاً بأشمليها وأوضحها على المعنى المراد، ثم أرّبت البقية حسب وفاة مؤلفيها في الغالب.

وإن كانت لمذاهب متعددة رتبها ترتيباً تاريخياً مبتدئاً بالمذهب الحنفي ثم المالكي ثم الشافعي ثم الحنبلي، وإن كان للظاهرة قول في المسألة ذكرت كتبهم أخيراً.

٨ - نظراً لكثرة البحوث والمقالات التي أفدت منها فقد راعيت عند الإحالة عليها أن أجعل اسم البحث أو المقال بين شولتين هكذا «...» تمييزاً له عن الكتاب.

ج - الفهارس:

ذيلت الرسالة بعدة فهارس تعين القارئ على الاستفادة من الرسالة في أقصر وقت ممكن، وهي كالاتي:

أولاً: فهرس الآيات القرآنية.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية.

ثالثاً: فهرس الأعلام.

رابعاً: فهرس المصطلحات والكلمات الغريبة.

خامساً: فهرس المصادر والمراجع.

سادساً: فهرس الموضوعات.

نطاق البحث:

يتناول البحث الخدمات التي تقدمها المصارف والتي تستهدف استثمار أموال العملاء، وهي تشمل نوعين من الخدمات:

١ - صناديق الاستثمار.

٢ - والودائع الاستثمارية بشقيها الادخاري والآجل .

وقد اخترت كلمة «خدمات» للتعبير عن هذه الأعمال المصرفية
لأمرين:

الأول: أن هذا المصطلح هو المتواضع عليه دولياً والذي أقرته منظمة التجارة العالمية، فقد قسمت الأمانة العامة لمنظمة التجارة العالمية النشاطات الاقتصادية المشمولة بكلمة «خدمات» إلى اثني عشر قطاعاً، والقطاع السابع منها هو الخدمات المصرفية، وكان من تعريفها لتلك الخدمات أنها: «الاتجار لحساب الذات أو لحساب عملاء في البنود التالية سواء داخل البورصة أو خارجها أو بأي طريقة أخرى:

- أدوات السوق المالية، النقد الأجنبي، المنتجات المشتقة بما في ذلك العقود الآجلة والخيارات على سبيل المثال لا الحصر. . الأوراق المالية القابلة للتحويل، السمسرة المالية. . إلخ»^(١).

الثاني: أن هذا هو المصطلح الذي مشى عليه المنظم السعودي، ففي المادة الثانية من قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني ذي الرقم ٢٠٥٢/٣ في ٢٤/٧/١٤١٣هـ ما نصه «الهيكل التنظيمي: أ - على البنوك التي لديها صناديق استثمار تأسيس إدارة خاصة بخدمات الاستثمار، من مهامها الإشراف على توظيف وإدارة أموال صناديق الاستثمار بصفتها مسؤولة عن إدارة أموال عملائها».

أهم الصعوبات:

واجهني في بحث هذا الموضوع عدة صعوبات، استعنت بالله تعالى في تجاوزها، وكان من أبرزها:

أولاً: جودة الموضوع، وندرة أو انعدام الدراسات المتخصصة التي

(١) دليل الأعمال إلى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية ص ٣٨٠.

بحث مسائله سواء في ذلك الدراسات القانونية أو الأبحاث الشرعية.

ثانياً: تعقد الموضوع وكثرة المواضع المشتبهة فيه، وتباين الاصطلاحات المستخدمة، فالاصطلاح الواحد يستخدم بمعانٍ مختلفة، وباعتبارات متعددة، ولهذا فقد عُني في هذه الدراسة بالقيود والضوابط دون التعويل على الأسماء.

ثالثاً: عدم توفر المراجع القانونية الحديثة التي تواكب سرعة تطور هذه الخدمات، فإن أكثر المراجع العربية التي وقفت عليها إنما تذكر عمومات لا تروي غليلاً، ولا تفي في إعطاء تصور تام عن هذه الخدمات، ولهذا فقد استعنت بالله وقمت بزيارات ميدانية متكررة لعددٍ من المصارف الإسلامية والتقليدية المحلية، والعربية لا سيما في منطقة الخليج العربي، للوقوف بنفسي على آلية تنفيذ تلك الخدمات، والإجراءات المتبعة في التعامل مع العملاء.

رابعاً: تنوع موضوعات البحث، وعدم اقتصاره على بابٍ واحدٍ من أبواب الفقه، فقد ضرب في كل باب بسهم، وكم أجهدت نفسي باحثاً عن قولٍ أو تخريجٍ لمسألة فلم أظفر ببغيتي، وما أشد وقع هذه النتيجة على نفس الباحث.

ومع هذا كله فإنَّ الصعب يكون سهلاً، والعسير يسيراً إذا أصلح الله للعبد شأنه، وهدهد وسدده ولم يكله إلى نفسه.

إذا لم يكن عون من الله للفتى فأول ما يجني عليه اجتهاده

شكر وتقدير

وأرى لزاماً عليّ في صدر هذا البحث أن أزجي الشكر والثناء لكل من أعانني على إتمام هذا البحث، فبعد شكر الله تعالى الذي له الحمد أولاً وآخرًا أتوجه بالشكر لوالديّ الكريمين، فقد كان فضلهما عليّ عظيمًا، وهما اللذان غرسا في نفسي التدين ومحبة العلم وأهله، وقد كان لتشجيعهما ووقوفهما معي دائمًا الأثر البالغ في مواصلة مسيرتي العلمية، فلا أملك في هذا المقام إلا أن أرفع أكف الضراعة إلى الله تعالى وأقول: ﴿رَبِّ أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ [الإسراء: ٢٤].

كما أتقدم بالشكر لفضيلة شيعي وأستاذي الفاضل الدكتور عبد الله بن محمد المطلق، الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وقد أعطاني من وقته - مع كثرة أعبائه وأشغاله - الشيء الكثير، وكان لآرائه وتوجيهاته الأثر الكبير في تقويم هذا البحث، وإخراجه بهذه الحلة.

كما أتوجه بالشكر لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية على جهودها في نشر العلم والتشجيع عليه، وأخص من ذلك المعهد العالي للقضاء الذي تدرجت في مسالكه، وارتويت من مشاركته.

والشكر موصول لكل من وقف على خطأ، أو عثر على قصور، فنبهني وأرشدني، وله من الله الأجر والمثوبة على بذل النصيحة، ومني الدعاء له بظهر الغيب، فإن المسلم للمسلم كالبنيان يشد بعضه بعضًا، وكل بني آدم خطاء وخير الخطائين التوابون.

وبعد: فقد بذلت ما في وسعي، واستفرغت طاقتي، فما كان في هذا البحث من صواب فبفضل الله وتوفيقه، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان، والله ورسوله منه براء.

والحمد لله أولاً وآخرًا وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

د. يوسف بن عبد الله الشبيلي - المعهد العالي للقضاء

هاتف: ٠٥٥٤٧١٦٢٠ - ص.ب: ٢٣٧١ القصيم

عنيزة الرمز البريدي: ٨١٨٨٨ - E-mail: alshubaily@hotmail.com

التمهيد

التعريف بالأعمال المصرفية وخدمات استثمار أموال العملاء

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مفهوم الأعمال المصرفية، وأنواعها، ومواردها.
المبحث الثاني: مفهوم الاستثمار والتعريف بخدمات الاستثمار
المصرفية وأنواعها

المبحث الأول

مفهوم الأعمال المصرفية، وأنواعها، ومواردها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

مفهوم الأعمال المصرفية

توطئة:

تشمل الأعمال المصرفية مجموعة من الأنشطة المختلفة التي أصبحت تحترف القيام بها مؤسسات تتسمى باسم «المصرف أو البنك» وذلك لاعتبارها مرخصة للقيام بهذا النوع من الأعمال وفقاً لأحكام القانون النافذ في البلد الذي تمارس مثل هذه المؤسسات نشاطها فيه.

ولفهم مدلول «الأعمال المصرفية» فإنه يتعين فهم المراد بالمؤسسة التي تنسب إليها تلك الأعمال، وهي المصرف، ثم حقيقة تلك الأعمال وتطوراتها المختلفة.

الفرع الأول: التعريف بكلمة «مصرف»:

المصرف بكسر الراء - على وزن مفعِل: مكان الصرف، فهي اسم مكان مشتق من الصرف، جاء في المعجم الوسيط: «المصرف: الانصراف ومكان الصرف، ومنه سمي البنك مصرفاً»^(١).

(١) المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وزملائه (٢/٥١٦).

والصرف مصدر ثلاثي من باب ضرب^(١)، ويأتي في اللغة لِمَعَانٍ عدة منها:

١ - بيع النقد بعضه ببعض، سواء اتحد الجنس أم اختلف، يقال: صرفت الدراهم بالدنانير أي بعته بها، جاء في أساس البلاغة: «صرفت الدراهم: باعها بدراهم أو دنانير، واصطرفها: اشتراها»^(٢).

٢ - فضل الأثمان بعضها على بعض في الجودة والقيمة، يقال: للدراهم على الدرهم صرف، أي فضل في الجودة والقيمة^(٣).

٣ - نقل الشيء وتحويله، ومنه تصريف الرياح أي تحويلها، وتصريف الدراهم: إنفاقها، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا صُرِفَتْ أَبْصَرُهُمْ لِقَاءَ أَحَبِّ النَّارِ قَالُوا رَبَّنَا لَا تَجْعَلْنَا مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ ﴿٤٧﴾﴾ [الأعراف: ٤٧]^(٤).

ولا يخرج المعنى الشرعي «للصرف» عن معنى مبادلة النقد بالنقد^(٥)، أي أنه مطابق للمعنى اللغوي الأول، قال في مغني المحتاج: «بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره يسمى صرفاً»^(٦) وقال في المغني: «الصرف بيع الأثمان بعضها ببعض»^(٧).

ومن هنا يظهر وجه التناسب في تسمية البنك مصرفاً - في الأوساط المالية -؛ لأن الوظيفة الأولى التي كانت تزاولها تلك المؤسسات - كما

(١) مختار الصحاح للرازي ص ١٥٢، المصباح المنير للفيومي ص ١٢٩.

(٢) أساس البلاغة للزمخشري ص ٣٥٢، وانظر: المصباح المنير ص ١٢٩، ولسان العرب لابن منظور ١٩٠/٩.

(٣) القاموس المحيط للفيروزآبادي ص ١٠٦٨، لسان العرب ١٩١/٩.

(٤) القاموس المحيط ص ١٠٦٩، مختار الصحاح ص ١٥٢.

(٥) إلا أن المالكية يخصصونه بما إذا بيع النقد بنقد مغاير في الجنس فإن بيع بمثله فهو المرافقة أو المبادلة، حاشية الدسوقي ٢/٣، وبلغة السالك ٣/٢.

(٦) مغني المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشربيني ٣٦٩/٢.

(٧) المغني لابن قدامة ١١٢/٦، وانظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام ١٧/٧، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ١٣٤/٤.

سيأتي - مبادلة العملات وفرز المسكوكات، ثم تطوّر الأمر، وتوسعت الأعمال المصرفية، إلا أن هذه التسمية بقيت ملازمة لها دون تغيير.

وقد كانت الغاية من إطلاق هذه الكلمة في الاستعمال العربي، هو إيجاد مقابل في اللغة لكلمة «بنك» ذات الأصل الأوروبي، فالبنك والمصرف مترادفان، قال في المعجم الوسيط: «البنك مصرف المال»^(١).

وفي المعجم الاقتصادي: «المصرف: البنك: مؤسسة مالية تقوم بأعمال الإقراض والاقتراض، وبإصدار الكمبيالات، وبالائتمان على الأموال والودائع والممتلكات الثمينة وبتمويل الأعمال والمشاريع، وما شابه ذلك»^(٢).

إلا أنّ كلمة «مصرف» العربية لم يغلب استعمالها بديلاً لكلمة «بنك» الأوروبية، لا في الاستعمال الدارج، ولا حتى في مجالات التأليف أو التقنين.

وقد حرص الباحث على تغليب كلمة «مصرف» في بحثه وفاءً للغة القرآن الكريم، ولعل في ذلك ما يعين على انتشارها وذيوعها بديلاً عن الكلمة الأجنبية.

الفرع الثاني: تطور مفهوم الأعمال المصرفية:

مرّت الأعمال المصرفية بتطورات عدة، وتدرج ظهورها بتتابع العصور بشكل أو بآخر حسب الظروف، ولم يتبلور المفهوم الشامل لتلك الأعمال إلا مع تكامل التكوين المصرفي الحديث.

فقد كانت الوظيفة الأولى للمصارف في بدايتها وظيفة نقدية، حين

(١) المعجم الوسيط ٧١/٢.

(٢) معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال، نبيل عطاس ص ٤٤، وانظر: الموسوعة الاقتصادية د. سميح مسعود ص ٢٨، الموسوعة العربية الميسرة، إشراف محمد شفيق غربال ١٧٠٨.

أفضى انتشار التعامل بخليط غير متجانس من العملات المعدنية المختلفة الوزن والمعيار في العهود السابقة إلى ظهور فريق متخصص من الأفراد في عمليات المصارفة، أي في فرز المسكوكات والتحقق من وزنها، ومبادلة بعضها ببعض^(١).

ثم تطور الأمر بأن اعتاد هؤلاء الصيارفة على قبول النقود المعدنية والمسكوكات من التجار بقصد حفظها من الضياع أو السرقة، فيقوم الصيارفة بوضع هذه الأموال في خزائهم مع تسليم المودع إيصالاً يتضمن مقدار وديعته، والالتزام بردها للمودع أو لأمره عند الطلب، ويحصل الصيرفي على رسم من المودع لقاء خدماته في المحافظة على الوديعة^(٢).

والتطور الأهم في العمل المصرفي ظهر عندما أبدى الأفراد استعدادهم لقبول إيصالات الإيداع، أو أوامر الصرف التي كان يحررها المودعون سحباً على رصيدهم للوفاء بما عليهم من ديون للآخرين، وذلك لما تحققت تلك الإيصالات من تماثل وأمان وسهولة تداول، وغيرها مما تتطلبه حاجات التداول النقدي^(٣).

وبذا أصبح إيصال الإيداع الذي يمثل التزاماً على المصرف أو الصيرفي يقوم بدور النقود الاعتيادية، كما هو الحال بالنسبة للنقود الورقية التي تصدرها المصارف المركزية والتي تمثل حقاً لحاملها على مصدرها^(٤).

(١) مقدمة في النقود والبنوك د. محمد زكي شافعي ص ٢٢٦، المصارف والأعمال المصرفية د. غريب الجمال ص ٩.

(٢) النقود والمصارف د. ناظم نوري الشمري ص ١٢٢، الدائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام د. حسن الأمين ص ٢٠١.

(٣) مقدمة في النقود والبنوك ص ٢٢٦، المصارف والأعمال المصرفية د. غريب الجمال ص ١٠.

(٤) النقود والمصارف ص ١٢٢.

ثم إن مفهوم الأعمال المصرفية لم يقف عند هذا الحد، بل وصل الأمر إلى ظهور وظيفة جديدة هي «الوظيفة الاستثمارية» حيث اكتشف الصيارفة أن بمقدورهم استثمار الجزء الأكبر من الودائع الجارية المكدسة في خزائهم دون أن يتعرض مركزهم المالي للخطر، إذ ثبت لهم بالتجربة أن نسبة ما يسترد من تلك الودائع يعد ضئيلاً مقارنة بما يتبقى منها والذي يستثمره الصيرفي لنفسه، ومن ثم رفع الصيارفة عن كاهل المودعين الأجرة التي كانوا يتقاضونها، بل ودفَعوا لهم فوائد مقابل إبقائها عندهم إلى أجل معلوم حفزاً لأربابها على المزيد منها^(١).

ثم إنه مع تواضع الناس على قبول التزامات المصارف بديلاً عن النقود، ترتب على ذلك تطور هام في العمل المصرفي، إذ أصبح باستطاعة المصارف إحلال تعهداتها بالدفع محل النقود عند منح القروض والتسهيلات المصرفية، وبهذا أمكن المصارف استحداث التزامات على نفسها تزيد عدة مرات عما هو متوافر لديها من احتياطات أو ودائع فعلية، وبذا ظهرت الوظيفة الأخيرة للمصارف وهي الوظيفة «الائتمانية»^(٢)، والمتمثلة في قدرة المصارف على إيجاد نقود جديدة «نقود الودائع»^(٣)، تضيق كمية وسائل الدفع في المجتمع^(٤).

(١) مقدمة في النقود والبنوك ص ٢٣٨، تطور الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية د. سامي حسن حمود ص ٦٤.

(٢) سوف ترد هذه الكلمة كثيراً في هذا البحث، والمقصود بالائتمان: «الثقة أي أن البنك يثق في عميله كما يمكنه من الحصول على ثقة الغير فيه. . ومن وسائله: القرض، والخصم، والقبول والكفالة أو الضمان».

عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٢٣، وصورته المبسطة: مبادلة قيمة حاضرة بقيمة آجلة أيًا كان سببها: قرضاً، أو بيعاً مؤجلاً أو غير ذلك. انظر عمليات البنوك د. محمد حسني عباس ص ٥.

(٣) المقصود بنقود الودائع: الودائع تحت الطلب التي يتم تداولها عن طريق الشيكات، النقود والصيرفة د. عبد النعيم مبارك ص ٢١.

(٤) النقود والمصارف ص ١٢٣.

وباستكمال المصارف وظائفها الأساسية، وما أحدثته الطفرة الكبيرة في مجال التجارة والصناعة في العصور المتأخرة خطأ النظام المصرفي خطوات أوسع، وتشعبت الأعمال المصرفية بدرجة كبيرة، حتى وصل الأمر إلى استقلال الأعمال المصرفية عن الأعمال التجارية التي كانت تابعة لها، وتشكلت عمليات الائتمان المتعددة الأنواع والأشكال، ومن ثم ظهرت الحاجة ملحة في ضرورة وضع القوانين والأنظمة التي تحكم تلك الأعمال، والجهة المخولة بممارستها، وتخصيص المؤسسات المصرفية وفقاً للأعمال التي يحق لها مزاولتها.

الفرع الثالث: مفهوم الأعمال المصرفية في التنظيمات المصرفية الحديثة:

لم يكن تطور الأعمال المصرفية وتشعبها بهذه السرعة والمرونة في التطبيق العملي مصحوباً بمرونة مقابلة من الناحية التنظيمية، بل بالعكس فلقد استعصت تلك الأعمال - بسبب كثرتها وتنوعها وتطورها السريع - على مجرد بذل المحاولات لإخضاعها لأسر التعريف المصوغ في مواد مقننة، وتبدو أهمية هذا التقنين عندما يقرر المقتن احتكار القيام بالعمليات المصرفية لمنشآت خاصة، ورغم ذلك فليس ثمة تحديد قانوني جامع مانع في أي بلد يضم شتات الأعمال المصرفية المختلفة، وإنما هو تعداد يزيد أو ينقص للأعمال المصرفية، وهو تعداد يتطور بتطور الظروف في الزمان والمكان، والسبب في ذلك أن المصارف بدأت بصورة بسيطة، ثم لم تزل تنمو وتتسع بشكل يصعب معه حصرها بقوانين محدودة، فلا غرو والحالة هذه أن تباينت التقنينات في ضبط تلك الأعمال، فمن تلك القوانين ما يكتفي بسرد الحد الأدنى من الأعمال التي تخلع على المؤسسة؛ القائمة بها، وصف «المصرف»، ومنها من يتوسع بذكر أمثلة لا حصر لها من الأعمال المصرفية^(١).

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٢، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ص ٦٦ موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ص ٢١ - ٢٩.

فالمنظم السعودي مثلاً شرح المقصود بالأعمال المصرفية بأنها: «أعمال تسلم النقود كودائع جارية أو ثابتة، وفتح الحسابات الجارية، وفتح الاعتمادات وإصدار خطابات الضمان ودفع وتحصيل الشيكات أو الأوامر أو أذون الصرف وغيرها من الأوراق ذات القيمة، وخصم السندات والكمبيالات، وغيرها من الأوراق التجارية، وأعمال الصرف الأجنبي وغير ذلك من أعمال البنوك»^(١).

وفي القانون الكويتي عرف الأعمال المصرفية بأنها: «قبول الودائع لاستعمالها في عمليات مصرفية كخصم الأوراق التجارية وشرائها وبيعها ومنح القروض والسلف... وغير ذلك من عمليات الائتمان أو ما نص قانون التجارة، أو قضى العرف باعتباره من أعمال البنوك»^(٢).

ويحدد القانون الإماراتي الأعمال المصرفية بأنها: «تلقي الأموال من الجمهور على شكل ودائع تحت الطلب أو لإشعار أو لأجل، وتوظيف سندات قروض أو شهادات إيداع لاستعمالها كلياً أو جزئياً في منح القروض»^(٣).

ويعرف القانون الأردني الأعمال المصرفية بأنها: «جميع الخدمات المصرفية، لا سيما قبول الودائع واستعمالها مع الموارد الأخرى للبنك في الاستثمار كلياً أو جزئياً بالإقراض أو بأية طريقة أخرى يسمح بها هذا القانون»^(٤).

(١) المادة أ/ب من نظام مراقبة البنوك بالمملكة الصادر بالمرسوم الملكي م/٥ في ٢٢/٢/١٣٨٦هـ، الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية. من إصدارات مؤسسة النقد العربي السعودي ص ٢٢.

(٢) المادة (٥٤) من قانون تنظيم المهنة المصرفية الصادر بالأمر الأميري (٣٢) لعام ١٩٨٦م.

(٣) الإدارة العلمية للمصارف التجارية، صلاح الدين السيسي ص ١٢.

(٤) المادة (٢) من قانون البنوك الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٧١م.

وفي القانون المصري فإن حقيقة الأعمال المصرفية للمصارف التجارية: «قبول الودائع تحت الطلب أو لآجال محددة، ومزاولة عمليات التمويل الداخلي والخارجي»^(١).

ويحدد القانون الإنجليزي الحد الأدنى من الأعمال اللازمة لوصف المؤسسة بالمصرف بثلاثة أمور: «قبول الودائع، ووفاء الشيكات، وفتح الحسابات الجارية»^(٢) ويعتبر القانون الفرنسي الحد الأدنى أنه يتلقى الودائع النقدية من الجمهور وأن هذا هو الفارق بينه وبين المؤسسات المالية الأخرى^(٣).

ويلاحظ في جميع هذه التعريفات أنها تكتفي بسرد أمثلة للأعمال المصرفية، وترك المجال فيما ينضم لاحقاً من الخدمات المستحدثة ضمن هذه المنظومة إلى العرف.

ولم تقتصر التقنيات الحديثة على مجرد ذكر الأعمال المصرفية التي تحتكر القيام بها منشآت معينة، بل تعدته إلى تقسيم المؤسسات المصرفية في هيكل تنظيمي طبقاً لنوع الأعمال التي يحق لكل منها مزاولته، وفي سبيل حصر شمولي قدر الإمكان فإننا نستعرض أهم أركان هذا البناء المصرفي^(٤)، والأعمال المنوطة بكل منها:

أولاً: المصارف المركزية:

وهي مؤسسات تُعنى بالنيابة عن الحكومة بإدارة النظام النقدي طبقاً لسياسة الحكومة، ومن أهم أعمالها: إصدار العملة الوطنية، والرقابة على

(١) انظر المادة (١٥) من قانون رقم (١٢٠) لسنة ١٩٧٥م بشأن البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي.

(٢) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤.

(٣) النظام البنكي في المملكة العربية السعودية د. عبد المجيد عبودة ص ٢٦.

(٤) الإدارة العلمية للمصارف التجارية ص ١٣، إدارة البنوك د. زياد رمضان ومحفوظ جودة ص ٥، العقود التجارية وعمليات البنوك د. محمد الجبر ص ٢١٠.

النشاط المصرفي، والقيام بدور مصرف الحكومة، والمحافظة على قيمة العملة الوطنية، وغير ذلك^(١).

ثانياً: المصارف المتخصصة:

وهي مصارف تقوم بعمليات تخدم نوعاً محدداً من النشاط وفقاً للقرارات الصادرة بتأسيسها، والتي لا يكون قبول الودائع تحت الطلب من أنشطتها الأساسية^(٢)، وتمتاز هذه المصارف بأن التسهيلات الائتمانية التي تقدمها طويلة الأجل، وتوجه في مجال محدد^(٣)، ومن أبرز أنواع هذه المصارف:

١ - المصارف العقارية:

وهي تختص بتقديم التمويل طويل الأجل للعقارات.

٢ - المصارف الصناعية:

وهي تختص بتقديم التمويل طويل الأجل للمشاريع الصناعية.

٣ - المصارف الزراعية:

وهي تختص بتقديم التمويل طويل الأجل للمشاريع الزراعية^(٤).

٤ - مصارف الاستثمار (الأعمال):

وهي مصارف متخصصة بتقديم التمويل اللازم للنشاط الاستثماري، وذلك بتقديم التسهيلات المصرفية طويلة الأجل لدعم مختلف المشاريع الاستثمارية، لذا فهي تسد الفجوة التي خلفتها المصارف التجارية

(١) مدخل في علم الاقتصاد، عبد المنعم السيد علي ص ١٦٧، اقتصاديات النقود والمال ص ١٤١.

(٢) البنوك المتخصصة د. رمضان الشراح ص ٣٣، إدارة البنوك التجارية ص ٢.

(٣) إدارة البنوك د. سليمان اللوزي وزملاؤه ص ٣٠.

(٤) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق د. عبد الرزاق الهيتي ص ٥٤.

باقتصارها على إمداد المشاريع بالقروض قصيرة الأجل^(١).
 وتُعدّ كثير من الدول - التي تفصل بين النشاط الاستثماري والنشاط المصرفي - بتحديد الوظائف التي تقوم بها مصارف الاستثمار (الأعمال) ولا يحقّ لغيرها من المصارف حتى المصارف التجارية القيام بها.

ومن أبرز تلك الأعمال:

١ - إصدار الأوراق المالية (الأسهم، والسندات) الخاصة بالشركات، بحيث تضمن تصريف جميع الأوراق المالية المعروضة على الجمهور خلال فترة عرضها للاكتتاب العام، وقد يقوم مصرف الاستثمار بشراء هذه الأوراق أو بعضها ومن ثم عرضها للاكتتاب العام، وهي تبيع الفرق بين سعر الشراء والبيع.

٢ - المتاجرة لعملائها بالأوراق المالية المعروضة في أسواق المال.

٣ - المساهمة في إنشاء الشركات الصناعية والتجارية، إما بالإقراض أو بإصدار السندات^(٢).

وفي الدول التي لا يجيز نظامها المصرفي إنشاء مثل هذه المصارف، تتولى المصارف التجارية القيام بهذه الأعمال، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية.

ثالثاً: المصارف التجارية (مصارف الودائع):

وهي أشهر هذه الأنواع وأكثرها انتشاراً، وإذا أطلقت كلمة «مصرف» دون تقييد فلا يراد ثمة غيرها.

وما يميز هذه المصارف ثلاثة أمور:

١ - أنها تقبل الودائع الجارية من الجمهور دون ما سواها من المصارف.

(١) إدارة البنوك د. سليمان اللوزي وزملاؤه ص ٥٣.

(٢) الإدارة العلمية للمصارف التجارية ص ١٣، الأعمال المصرفية والإسلام ص ٤٥.

- ٢ - أنها مؤسسات ائتمانية غير متخصصة، فهي لا تقتصر على نوع واحد من النشاط .
٣ - أنها تتعامل بصفة أساسية في الائتمان قصير الأجل^(١) .

وهذه المصارف تقوم بالعبء الأكبر من الأعمال المصرفية: كقبول الودائع، وفتح الاعتمادات، وخصم الأوراق التجارية، وإجراء التحويلات النقدية، وتأجير الخزائن الحديدية، وغيرها من الأعمال؛ مما سيأتي شرحه في المطلب الثاني.

ومن الجدير بالملاحظة أنه - مع هذا التصنيف للأعمال المصرفية - فإن التطور المصرفي في الآونة الأخيرة اتجه في عامة البلدان إلى توسيع مفهوم الأعمال التي تزاولها المصارف التجارية فأصبحت تتحول تدريجياً - إن لم يكن كلياً في بعض الدول - إلى ما يعرف اليوم بـ «المصارف الشاملة»^(٢)، فما هي حقيقة تلك المصارف؟

إن الفكرة التي تقوم عليها المصارف الشاملة هي التوسع والتنوع في الأنشطة التي يمارسها المصرف التجاري، فلم يعد عمل هذه المصارف قاصراً على مجرد تقديم الخدمات المصرفية التقليدية، أو على تلقي الودائع وتقديم الائتمان قصير الأجل، بل تعدى ذلك إلى الاضطلاع بأوجه النشاط التي كانت حكراً على المصارف المتخصصة.

فلم يعد مستغرباً الآن أن نرى المصارف التجارية تقدم الائتمان طويل الأجل، بل والمشاركة أحياناً في بعض المشاريع الاستثمارية، والدخول في مجالات استثمارية جديدة لم يكن في السابق ليقوم بها سوى «مصارف الاستثمار»، حتى ولو استلزم الأمر تغيير أنظمة المصارف التجارية لتتوافق مع هذا التطور^(٣).

فلا غرو والحالة هذه أن أصبحت مجموعة الأعمال الاستثمارية

(١) إدارة البنوك ص ٥، مقدمة في النقود والبنوك ص ٢٣٢.

(٢) إدارة البنوك التجارية ص ٥٩.

(٣) مقدمة في النقود والبنوك ص ٢٣٣، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام ص ٢٠١، إدارة البنوك التجارية ص ٥٩ - ٦٧.

تشكل الجزء الأهم والأكبر من الأعمال المصرفية بعد أن لم تكن كذلك في السابق، ولقد ولد التنافس المحموم بين المصارف في استقطاب العملاء لتنمية أموالهم صوراً متنوعة من الخدمات الاستثمارية كالقيام بأعمال أمناء الاستثمار، وإنشاء المحافظ والصناديق الاستثمارية، والاتجار بالعملة الأوراق المالية، والقيام بأعمال التمويل التأجيري، والقيام بدور المستثمرين المؤسسين^(١)، وغير ذلك من الأعمال التي سيخصص جل هذا البحث بمشيئة الله في التعريف بها وبيان حكمها الشرعي.

ويظهر بذلك أن الأعمال المصرفية بهذا المفهوم الشامل بدأت تقترب من حقيقة المصرفية الإسلامية التي أثرت الأوساط المالية بأنواع متعددة من الأدوات الاستثمارية، وقضت بذلك على الفكرة المتشبهة في أذهان الناس طيلة عقود من الزمان، من أن المصارف لا سبيل لها لتثمين أموال عملائها إلا بنظام الفائدة المحرم.

يقول أحد الباحثين: «وحين نفهم دور البنوك الشاملة، ونعي سلبيات الربا والمقامرة نقترب من حقيقة المصرفية الإسلامية، حيث هي بنوك شاملة بطبيعتها تقوم على علاقة الشراكة بديلاً عن علاقة الدين، كما أنها تقوم على علاقة المتاجرة بديلاً عن علاقة المقامرة... والحقيقة أن التحول من الإقراض إلى المشاركة، ومن المقامرة إلى المتاجرة يجعل فكرة المصارف الشاملة منقذاً لما تتعرض له المصرفية المعاصرة من مخاطر وفشل، ولهذا فإن أنسب أسلوب لتحقيق هذه الطموحات هو المصرفية الإسلامية التي تحقق طموحات التحول إلى المصارف الشاملة وتؤمنها في نفس الوقت من مخاطر الربا والمقامرة نظراً لقيام استراتيجيتها أساساً على المشاركة والمتاجرة اللتين تلائمان هذا التنوع وتعززه»^(٢).

(١) إدارة البنوك د. زياد رمضان ومحفوظ جودة ص ١٣٠، المصرفية الإسلامية الأزمة والمخرج ص ٧٢ - ٧٥، إدارة البنوك التجارية ص ٦٦.

(٢) المصرفية الإسلامية، الأزمة والمخرج يوسف كمال محمد ص ٧٧. وانظر: الاستثمار والتمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية د. سيد الهواري ص ٤.

المطلب الثاني

أنواع الأعمال المصرفية

تصنف الأعمال المصرفية إلى ثلاث مجموعات رئيسية^(١):

الأولى: مجموعة أعمال الخدمات المصرفية.

الثانية: مجموعة التسهيلات المصرفية وأعمال القروض.

الثالثة: مجموعة الأعمال الاستثمارية.

إلا أنه ينبغي ملاحظة أن هذا التقسيم لا يعني أن هناك فصلاً واضحاً في واقع التنفيذ بين هذه المجموعات الثلاث، ففي معظم الأحيان لا تخلو هذه الأعمال من شيء من التداخل.

ويلاحظ أيضاً أن المصارف ليست على درجة واحدة في نسبة الاهتمام بمزاولة هذه الأنشطة، بل هي متفاوتة بدرجة كبيرة في تغليب جانبٍ على آخر.

وفيما يلي لمحة موجزة عن هذه المجموعات وما تضمنته من أعمال.

الفرع الأول: مجموعة أعمال الخدمات المصرفية:

قد يبدو لأول وهلة أن ثمة نوعاً من التناقض، إذ كيف تكون الخدمات المصرفية نوعاً من الأعمال المصرفية؟!

(١) المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون د. غريب الجمال ص ٣٢، ٣٣، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية سامي حسن حمود ص ٨٠، البنك اللا ربوري في الإسلام، محمد باقر الصدر ص ٨٢، الإدارة العلمية للمصارف التجارية، صلاح الدين السبسي ص ٦٧.

إلا أن هذا الإشكال يزول إذا عرفنا أن الخدمات المصرفية تطلق في الأوساط المالية باعتبارين:

الأول: أن كل تلك الأعمال التي تقوم بها المصارف تعتبر خدمات مصرفية، وسبب ذلك أن الوظيفة الأساسية الأولى التي قامت بها المصارف - كما مرّ معنا - هي «أعمال الصيرفة» أو ما يسمى في العصر الحديث «الخدمات المصرفية»، فشملت هذه التسمية كل الأعمال التي تزاولها المصارف وإن لم تكن خدمات مصرفية - أي صيرفة - حقيقية^(١).

والإطلاق الثاني: يقصر مفهوم الخدمات المصرفية على تلك الخدمات المتعلقة بالنقود وأعمال الصيرفة الاعتيادية، من حوالات، وبيع وشراء للعملات، وتحصيل شيكات ونحو ذلك مما لا يدخل ضمن أنشطة المصرف الإقراضية أو الاستثمارية.

يقول أحد الباحثين: «هناك مدخلان لتحديد مفهوم الخدمة المصرفية: يقوم الأول منهما على أن كل تلك الأعمال التي تقوم بها البنوك تعتبر خدمات مصرفية.

وبذلك يمكن القول: إن هناك خدمات الودائع، وخدمات الإقراض، وخدمات الاستثمار وغير ذلك من الخدمات، وهو بذلك يتسع ليشمل كل عمل يمارسه البنك.

أما المدخل الثاني فيقوم على تقسيم أعمال البنك^(٢).

وتشمل الخدمات المصرفية جميع الأعمال التي يقوم بها المصرف ويستهدف منها خدمات عملائه وإرضاءهم، حتى ولو كانت بدون مقابل،

(١) انظر: دليل الأعمال إلى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية ص ٢٥٧، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية د. أكرم يمالكي ص ٢٨٧.

(٢) أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل د. الغريب ناصر ص ١٨٧.

لأنه حقيقةً غير متبرع فهو يستهدف زيادة عملياته بصفة عامة، فضلاً عن أنه ليس من طبيعته القيام بأعمال التبرع أو التفضل^(١)، ويشترك في مزاوله هذه الخدمات كل من المصارف الإسلامية، والمصارف التقليدية (الربوية)^{(٢)(٣)}، ومن أهم هذه الأعمال:

- ١ - عمليات بيع وشراء العملات الأجنبية وغيرها.
- ٢ - إجراء التحويلات النقدية الداخلية والخارجية، أو ما يعرف باسم «الكامبيو».
- ٣ - إصدار خطابات الاعتماد الشخصية، والشيكات السياحية، وشراؤها.
- ٤ - تحصيل الأوراق التجارية (شيكات - كمبيالات) للعملاء، وسداد ديونهم نيابة عنهم.
- ٥ - التصديق على شيكات العملاء بما يفيد أنها مقبولة الدفع.
- ٦ - فتح الحسابات الجارية، وإصدار الشيكات المصرفية، وتزويد العميل بكشوف الحسابات الدورية.
- ٧ - تأجير الخزائن الحديدية للعملاء.
- ٨ - خدمات الصرف الآلي، وبطاقات الخصم الفوري، لتسهيل التعامل مع الحساب آلياً^(٤).

(١) المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون د. غريب الجمال ص ٣٥.
(٢) يطلق كثير من الباحثين على المصارف الربوية (المصارف التقليدية) لكونها قلدت النظام المصرفي الغربي بحذافيره دون تغيير أو تبديل، مع معارضته لكثير من الأحكام الشرعية، انظر: المصارف الإسلامية ضرورة عصرية. د. غسان قلعاوي ص ١٢، المعاملات المصرفية والربوية وعلاجها في الإسلام نور الدين عتر ص ٣٦، نحو نظام نقدي عادل. د. محمد عمر شابرا ص ٢٠٦.
(٣) المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون د. غريب الجمال ص ٨٣، الودائع النقدية المصرفية واستثمارها في الإسلام د. حسن الأمين ص ٢٥٥.
(٤) تقويم الدور المحاسبي للمصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي =

الفرع الثاني: مجموعة التسهيلات المصرفية وأعمال القروض:

من الأعمال التي تقوم بها المصارف بشكل معتاد: تقديم القروض والتسهيلات المصرفية، والمقصود بالقروض: «استلاف النقود سواء أكان ذلك بالدفع الفعلي أم بالتمكين منه عند اللزوم، بناءً على الاتفاق المسبق، أما التسهيل المصرفي فهو مصطلح أعم من مصطلح القروض في التعبير المصرفي، لأن التسهيلات المصرفية، تشمل ما كان من قبيل الكفالات والضمانات التي قد تنتهي إلى قرض بالفعل وقد لا تنتهي إلى شيء من ذلك^(١).

وتشمل هذه المجموعة عددًا من الأعمال المصرفية من أهمها:

- ١ - الإقراض المباشر، للأفراد والشركات والهيئات الحكومية، وهي إما قروض قصيرة الأجل تُستحق في سنة أو أقل، أو متوسطة الأجل تستحق خلال فترة تتراوح بين سنة إلى خمس سنوات، أو طويلة تستحق في مدة تزيد عن خمس سنوات^(٢).
- ٢ - فتح الاعتماد المستندي: وهو «اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه أن يضع تحت تصرف عميله مبلغًا خلال مدة معينة»^(٣) فهو لا يعدو حقيقة القرض الشرعية إلا أنها صورة مبتكرة لتلائم الأعمال التجارية، إذ تمكن التاجر من الاطمئنان إلى وجود المبلغ المطلوب تحت تصرفه دون أن يضطر لسحبه إلا عند الحاجة إليه، وبذلك يتجنب دفع فوائد على أموال لم يستعملها فعلاً^(٤).

= ص ١٤١، العمليات المصرفية، الطرق المحاسبية الحديثة، د. خالد أمين عبد الله ص ٢١٣، المصارف الإسلامية ضرورة عصرية د. غسان قلعاعي ص ١٢.

(١) المصارف والأعمال المصرفية د. غريب الجمال ص ٩٠.

(٢) إدار البنوك د. سليمان اللوزي وزملاؤه ص ١٣٥.

(٣) العقود وعمليات البنوك التجارية د. علي البارودي ص ٣٦٥، انظر الملاحق في آخر البحث نموذج فتح اعتماد مستندي.

(٤) موسوعة أعمال البنوك د. محيي الدين إسماعيل ١٤٣٤/٣.

٣ - خصم الأوراق التجارية: وهو «اتفاق يعجل به البنك الخاصم لطالب الخصم قيمة ورقة تجارية، أو سند قابل للتداول، أو مجرد حق آخر مخصصاً منها مبلغاً يتناسب مع المدة الباقية حتى استيفاء قيمة الحق عند حلول أجل الورقة أو السند أو الحق، وذلك في مقابل أن ينقل طالب الخصم إلى البنك هذا الحق على سبيل التمليك، وأن يضمن له وفاءه عند حلول الأجل»^(١).

٤ - إصدار البطاقات الائتمانية: وتتلخص هذه الخدمة في منح الأفراد بطاقات من البلاستيك تحتوي معلومات عن اسم العميل وحسابه وتوقيعه، وتتيح له إمكانية الشراء من المحلات التجارية التي تقبل البطاقة، أو السحب من أجهزة الصرف الآلي وفق حدود ائتمانية، على أن يقوم العميل بالتسديد للمصرف كامل المستحقات بعد فترة محددة أو على شكل أقساط^(٢).

٥ - إصدار خطابات الضمان: وهو «تعهد نهائي يصدر عن البنك بناءً على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة»^(٣)، والهدف منه تقوية مركز العميل تجاه من يتعاملون معه بحيث يتسنى له إبرام التعاقدات والدخول في المقاولات العامة، وليس بالضرورة أن يتسلم العميل النقود بل يكفي مجرد التعهد، فهو صورة من صور الكفالة الشرعية.

وبالتأمل في هذه الأعمال المشمولة في هذا القسم - قسم التسهيلات المصرفية - نجد أنها لا تعدو أن تكون من عقود القروض أو الكفالات الشرعية، وهي من العقود التي لا يجوز الاسترباح بها بأي حال من الأحوال بإجماع الفقهاء^(٤).

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية د. علي جمال الدين عوض ص ٤٦٩.

(٢) إدارة البنوك د. زياد رمضان ومحفوظ جودة ص ١٨.

(٣) عمليات البنوك من الوجهة القانونية د. علي جمال الدين عوض ص . . .

(٤) الإشراف لابن المنذر ٨٣/١ تحقيق محمد نجيب سراج الدين، الإجماع له أيضاً ص ٥٩ =

ونتيجة لذلك قلت: الأهمية النسبية لهذه الأعمال مقارنة بإجمالي الأعمال المصرفية في المصارف الإسلامية، على خلاف المصارف التقليدية التي تعتمد على هذه المجموعة بشكل كبير في توظيف أموالها، فالمصرف التقليدي بمثابة تاجر قروض يحقق الجانب الرئيسي من إيراداته من عائد فرق العوائد التي يتقاضاها عن الفوائد التي يؤديها^(١).

وإزاء ذلك وقفت المصارف الإسلامية مواقف مترددة ومضطربة تجاه هذه الأنشطة، فهي من جهة ترزح تحت ضغط الواقع الذي يتركزها لمجاراة المصارف التقليدية، ومن جهة أخرى لا ترضى بتوظيف أموالها في هذه المجالات حتى لا تتعارض مع مصداقيتها، فمن هذه المصارف من سوّغ ممارسة هذه الأنشطة بناءً على تكلف هيئاتها الشرعية بتخريج هذه العقود على غير القروض أو الكفالات، ومنها من يقدم بعض هذه الخدمات شريطة أن يكون رصيد العميل مغطى حتى يكون العقد من قبيل الوكالة، ومنها من أوقف التعامل ببعض هذه الأنشطة واستبدالها ببعض الخدمات الاجتماعية، كالقروض الحسنة وإقامة الدورات التدريبية في الأعمال المصرفية، ودعم الهيئات الخيرية^(٢).

الفرع الثالث: مجموعة الأعمال الاستثمارية:

من الأنشطة الاقتصادية التي تقوم بها المصارف: النشاط الاستثماري: وهو نشاط ضخ استقطب في وعائه أغلب الأموال المدخرة

= حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٢٤١، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٣٣٣، الفروع لابن مفلح ٤/٢٠٧.

(١) انظر تفصيل الأقوال في هذه المعاملات في: أحكام الأوراق النقدية والتجارية ستر الجعيد، ص ٣٩٠.

الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية د. عمر المترك، ص ٣٨٥، ص ٣٩٨.

(٢) المصارف الإسلامية ضرورة عصرية ص ١٦٣، تقويم الدور المحاسبي للمصارف الإسلامية ص ١٥٤، خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ١٣٢.

التي يراد تنميتها، من الأفراد والهيئات، مما حقق مصالح لأصحابها ولمجتمعهم.

ويقصد بالاستثمار المصرفي: توظيف المصرف لجزء من أمواله الخاصة أو الأموال المودعة لديه - لحساب الغير - في العمليات الاستثمارية، ك شراء الأسهم والأوراق المالية، وإجراء العقود التمويلية المتنوعة^(١).

والمصارف إنما تتقبل الأموال من الجمهور بقصد توظيفها وتنميتها، إلا أن النظام السائد في العرف المصرفي هو توظيفها عبر مجموعة «التسهيلات المصرفية» بنظام الفائدة، وهو نظام غير عادل، من الوجهة الشرعية، لما فيه من الربا، وظلم الإنسان، وأكل المال بالباطل.

لقد كان لانتشار هذا النظام طيلة ربح من العقود، أن ترسخ في أذهان كثير من الناس أنه لا مجال لتنمية الأموال إلا به، لما يحققه من الأمان والربح السريع، إلا أنه مع دخول أدوات جديدة وناجعة في الساحة المصرفية - خاصة في المصارف الإسلامية - تبين عوار تلك الفكرة وأنه بالإمكان استثمار الأموال عبر أساليب هي أكثر أماناً وربحاً من نظام الفائدة وتميز المصارف من الناحية الفنية بين مجموعة الأعمال الاستثمارية، ومجموعة القروض والتسهيلات، بعدة اعتبارات منها:

١ - أن القرض يكون غالباً باستعمال الأموال لفترة قصيرة نسبياً، خلافاً للاستثمارات التي تؤدي إلى استعمال الأموال لآمد طويلاً.

٢ - اختلاف دور المصرف ومركزه في الاستثمار والقرض، ففي الاستثمار هو الذي يبدأ المعاملة ويدخل السوق عارضاً المال، أما في القرض فيكون الابتداء من العميل المقترض.

(١) المصارف والأعمال المصرفية ص ١٣٥، البنك اللاربوي في الإسلام، ص ١٦١.

٣ - أن القروض عادة أقل حجمًا من الاستثمارات التي تتناول في الغالب مبالغ ضخمة أضعاف حجم القرض^(١).

وحيث إن نطاق الرسالة هو الخدمات المصرفية الموجهة لاستثمار أموال العملاء، فإن البحث سينصب على دراسة المجموعة الثالثة من الأعمال المصرفية دون ما عداها.

وقبل الشروع في تجلية الاستثمار المصرفي، وبيان حقيقته وأنواعه، نشير بصورة سريعة إلى الموارد المالية للمصارف، لأن هذه الموارد ضرورية لأنشطة المصارف عامة، وأنشطتها الاستثمارية على وجه الخصوص، إذ لا يمكن للمصرف أن يقوم بأي عمل قبل تجميع الموارد اللازمة لذلك.

(١) المصارف والأعمال المصرفية ص ١٣٥، البنك اللاربوي في الإسلام، ص ١٦١، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٤٩٥، المبادئ الاقتصادية في الإسلام، د. علي عبد الرسول ص ٢٤٣.

المطلب الثالث

الموارد المالية للأعمال المصرفية

يقصد بالموارد المالية للمصرف تلك المصادر التي تتدفق من خلالها الأموال للمصرف، ليقوم بتوجيهها واستخدامها في أنشطته المختلفة^(١).

وموارد المصرف يعبر عنها في ميزانيته بـ«الخصوم» لأنها تمثل التزامًا عليه، بينما استخداماتها يعبر عنها بـ«الأصول» لأنها تمثل موجوداته أو حقوقه، التي تعادل قيمتها الدفترية التزاماته في أي تاريخ محدد من عمر المصرف^(٢).

وتنقسم الموارد المالية إلى قسمين^(٣):

الأول: الموارد الداخلية.

الثاني: الموارد الخارجية.

الفرع الأول: مجموعة الموارد الداخلية:

وتتمثل هذه المجموعة في (حقوق الملكية)، أي ما يقدمه أصحاب المصرف التجاري من أموال لمباشرة العمل، إما بمساهمات مباشرة، أو بما يقررون إعادة استثماره من أرباح داخل المصرف، إما بشكل اختياري

(١) النقود والمصارف. د. ناظم نوري الشمري ص ١٢٣.

(٢) النقود والبنوك والعلاقات الاقتصادية الدولية، د. صبحي قريصة د. مدحت العقاد ص ١٢٦. إدارة البنوك التجارية د. منير هندي ص ١٠٩.

(٣) النقود والمصارف د. ناظم نوري الشمري ص ١٢٣. النقود والصيرفة د. عبد النعيم مبارك ص ١٦٧.

أو بناءً على التزام قانوني^(١).

وبذلك فهي تشمل المصادر الآتية:

المسألة الأولى: رأس المال المدفوع من المساهمين:

إن التعبير برأس المال تعبير مجازي يراد به «أصل المال». والمقصود بذلك مجموع قيم الأموال التي يحصل عليها المصرف من أصحاب المشروع عند بدء تكوينه، وأية إضافات أو تخفيضات تطرأ عليها في فترات تالية، سواء أكانت نقدية أم عينية^(٢).

ويمثل رأس المال النواة الأولى لموارد المصرف الذي يبدأ به نشاطه بتكوين ما يلزمه من أصول أو تجهيزات أساسية، كما أنه يعد بمثابة تأمين لامتصاص الخسائر التي يمكن حدوثها في المستقبل^(٣).

ولا يشكل رأس المال إلا نسبة ضئيلة من المصادر المالية للمصارف، إلا أن أهميته تكمن في أنه يمثل الضمان الذي يعتمد عليه أصحاب الودائع (الموارد الخارجية) ضد ما قد يطرأ على قيمة الموجودات التي يستثمر المصرف فيها أمواله^(٤)، لذا جرت العادة بأن تلزم المصارف بحد أدنى لرأس المال المكتتب به أولاً، ففي النظام السعودي مثلاً حددت المادة الثالثة من نظام مراقبة البنوك الحد الأدنى من رأس المال المدفوع بمليونين ونصف مليون ريال سعودي^(٥).

(١) الإدارة العلمية للمصارف التجارية، صلاح الدين السيبي ص ٥٥.

(٢) إدارة البنوك د. زياد رمضان ومحفوظ جودة ص ٥٣، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق د. عبد الرزاق الهيبي ص ٢٣٦.

(٣) النقود والبنوك والعلاقات الاقتصادية الدولية د. صبحي قريصة د. مدحت العقاد ص ١٢٧.

(٤) الإدارة العلمية للمصارف التجارية صلاح الدين السيبي ص ٥٩.

(٥) نظام مراقبة البنوك الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ٢٢/٢/١٣٨٦ هـ.

المسألة الثانية: الاحتياطات والأرباح المرحلة:

تعد الاحتياطات والأرباح غير الموزعة (المُرحَّلة) موردًا يرتبط بنتائج نشاط المصرف، وتهدف المصارف من تكوينها إلى دعم مراكزها المالية وتقويتها، والمحافظة على سلامة رأسمالها، وعلى ثبات قيمة ودائعها وموازنة أرباحها^(١).

فالاحتياطات: «مبالغ تقتطعها المصارف من صافي الربح القابل للتوزيع، وهي تقرَّر إما بنص القانون، أو بمقتضى النظام الأساسي للمصرف، فالنوع الأول يسمى «الاحتياطي القانوني»، والنوع الثاني يسمى «الاحتياطي الخاص» ويهدف منه تلافي الخسائر التي قد تزيد عن قيمة الاحتياطي القانوني»^(٢).

أما الأرباح المدوّرة أو المرحَّلة فهي الأرباح التي يتم احتجازها داخلياً لإعادة استخدامها بعد ذلك، وتكون قابلة للتوزيع متى ما أراد المصرف ذلك، فهي تمثل موردًا ذا طبيعة مؤقتة تؤخذ في الاعتبار عند تقدير الموارد المتاحة للاستخدام أو التوظيف^(٣).

الفرع الثاني: الموارد الخارجية:

يقصد بالموارد الخارجية للمصارف التجارية: «تلك الموارد التي تمثل التزامًا على المصرف قبل الغير»^(٤).

وتتكون هذه الموارد من الودائع المصرفية النقدية، التي تعد أهم موارد المصارف التجارية على الإطلاق، حيث تعتمد المصارف في تمويل

(١) البنوك الإسلامية. د. شوقي شحاته ص ٦٥.

(٢) النقود والبنوك والعلاقات الاقتصادية الدولية د. صبحي قريصة د. مدحت العقاد ص ١٢٤، البنوك الإسلامية د. شوقي شحاته ص ٦٥.

(٣) إدارة البنوك د. زياد رمضان ومحفوظ جودة ص ٥٥، الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية محمد جلال سليمان ص ١٨.

(٤) النقود والبنوك والعلاقات الاقتصادية الدولية د. صبحي قريصة د. مدحت العقاد ص ١٢٧.

الجزء الأكبر من عملياتها على أموال المودعين، مما دفع كثيرًا من الباحثين إلى أن يسميها: «مصارف الودائع»، ولا يختلف حال المصارف الإسلامية عما هو عليه في المصارف التقليدية، فهي تعتمد بشكل كبير على الودائع في تمويل عملياتها الاستثمارية^(١).

وتنقسم حسابات الودائع في المصارف إلى ثلاثة أقسام^(٢):

- ١ - حسابات الودائع الجارية.
- ٢ - حسابات (صناديق) ودايع التوفير.
- ٣ - حسابات الودائع الاستثمارية.

المسألة الأولى: الحسابات الجارية:

وتسمى أيضًا «الودائع الجارية» و«الودائع تحت الطلب»^(٣)، وهي: «المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك بقصد أن تكون حاضرة التداول، والسحب منها لحظة الحاجة بحيث تُردُّ بمجرد الطلب، ودون توقف على إخطار سابق من أي نوع»^(٤) ولا يقصد بهذه الودائع الاستثمار، وإنما هي لغرض الحفظ، ولاستعمالها كأداة لتسوية الالتزامات عن طريق استعمال الشيكات أو أوامر النقل المصرفي^(٥).

وتمثل هذه الحسابات الشطر الأكبر من موارد المصارف التجارية، وتسعى المصارف إلى توسيع قاعدتها من هذه الحسابات على حساب الموارد الأخرى لعدة أمور، منها:

- ١ - أن تكلفتها قليلة نسبيًا، ففي الغالب لا تدفع المصارف فوائد عليها إلا

(١) النقود والمصارف د. ناظم النوري الشمري ص ١٢٤، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق د. عبد الرزاق الهيتي ص ٢٤٣.

(٢) الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية، محمد جلال سليمان ص ٢٣.

(٣) النقود والمصارف والعلاقات الاقتصادية الدولية د. صبحي قريصة ومدحت العقاد ص ١٣٠.

(٤) الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام د. حسن الأمين ص ٢٠٩.

(٥) عمليات البنوك من الوجهة القانونية د. علي جمال الدين عوض ص ٣١.

في بعض الحالات الاستثنائية، كأن يكون مقدار الوديعة كبيراً أو أن يكون بالعملة الصعبة مثلاً^(١).

٢ - أنها تمنح المصارف المَقْدِرَةَ على التوسع في الائتمان، وهو ما يعبر عنه في العرف المصرفي بـ«خلق الودائع»، حيث إن باستطاعة المصارف التجارية إحلال تعهداتها بالدفع محل النقود عند منح القروض والتسهيلات المصرفية لعملائها، وبهذا توافرت الإمكانية للمصارف في خلق التزامات على نفسها تزيد عدة مرات عما هو متوافر لديها من احتياطات أو ودائع فعلية^(٢).

٣ - أنها تشكّل مصدرًا أساسيًا لسيولة المصارف، وتعتمد عليها في الأنشطة التمويلية قصيرة الأجل، وفي الاحتياجات الطارئة والملحة^(٣).

المسألة الثانية: الحسابات الاستثمارية:

وهي ودائع يضعها أصحابها في المصرف بقصد الربح والنماء لأموالهم، على أن يكون بينهما اتفاق بعدم سحب المودع لها أو لشيء منها إلا بعد مضيّ فترة معينة تتراوح بين خمسة عشر يوماً وسنة كاملة، ومقابل ذلك يدفع له المصرف فائدة على وديعته تختلف حسب المدة المنصوص عليها في العقد^(٤).

وتختلف الودائع الاستثمارية عن الودائع الجارية في أن الأولى يكون الهدف منها الربح والنماء بخلاف الثانية التي تكون لأغراض الحفظ وتسوية

(١) المصارف والأعمال المصرفية د. غريب الجمال ص ٣٧، إدارة البنوك د. زياد رمضان ومحفوظ جودة ص ٥٨.

(٢) النقود والمصارف د. ناظم النوري الشمري ص ١٣٣، مقدمة في النقود والبنوك د. محمد زكي شافعي ص ٢٤٥.

(٣) الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية ص ٢٣.

(٤) معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال، نبيه عطاس ص ٥٤٠.

الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية، محمد جلال سليمان ص ٢٣.

الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، د. حسن الأمين ص ٢١٠.

المدفوعات، كما أن زيادة الأهمية النسبية للودائع الاستثمارية من إجمالي الودائع يساعد على توسع المصرف في منح الائتمان؛ لأنها منخفضة السيولة؛ إذ لا تتطلب توفير قدر من الاحتياطي النقدي، وهذا بخلاف الودائع الجارية التي تتطلب قدرًا أكبر من السيولة لمواجهة متطلبات السحب المستمر من قِبَل المودعين، وبالتالي فإنَّ ارتفاع نسبتها إلى إجمالي الودائع يقلل من فرصة توسع المصرف في منح الائتمان^(١).

المسألة الثالثة: حسابات (صناديق) التوفير:

وهي «المبالغ التي يودعها أصحابها في المصرف، وينشئون بها حسابًا في دفتر خاص، توضح به إيداعات وسحوبات صاحبه، والعوائد المستحقة على هذه الودائع، وحدود السحب اليومي من الرصيد، ولا يمكن لصاحبه سحب كامل رصيده دفعة واحدة»^(٢).

وتسمى هذه الودائع أيضًا بصناديق التوفير، وهي ذات طبيعة مزدوجة، فهي تشترك مع الحسابات الجارية في إمكان السحب منها متى شاء المودع، خلافًا للحسابات الاستثمارية التي لا يلتزم المصرف بردها إلا عند حلول الأجل.

وفي المقابل تلتقي حسابات التوفير مع الحسابات الاستثمارية فيما تفرضه المصارف من عوائد للموفرين والمستثمرين على حدٍ سواء؛ خلافًا لحسابات الودائع الجارية^(٣).

وسياتي مزيد بسطٍ بمشيئة الله للودائع الاستثمارية وودائع التوفير في المبحث الثاني، لأن كلاً منهما؛ من الخدمات التي تقدمها المصارف لاستثمار أموال عملائها.

(١) النقود والمصارف د. ناظم النوري الشمري ص ١٥٦.

(٢) الودائع المصرفية د. أحمد الحسني ص ١٨٨، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام د. حسن الأمين ص ٢١٠، إدارة البنوك د. زياد رمضان ومحفوظ جودة ص ٦٠.

(٣) الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام د. حسن الأمين ص ٢١٠.

المبحث الثاني

مفهوم الإستثمار والتعريف بخدمات الإستثمار المصرفية وأنواعها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

مفهوم الاستثمار

وفيه ثلاثة أفرع:

الفرع الأول: مفهوم الاستثمار لغة:

الاستثمار في اللغة: طلب الثمر، واحدة «ثمرة» يجمع على «ثمار» و«ثُمُر» و«أثمار»^(١)، والثمر يطلق على معانٍ عدة، منها:

١ - حمل الشجرة سواء أُكِلَ أو لا، فيقال: ثمر الأراك وثمر العوسج، كما يقال: ثمر النخل وثمر العنب^(٢)، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلَ مِنْ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنْ الثَّمَرَاتِ رِزْقًا لَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢].

٢ - كل نفع يصدر عن شيء، كقولك: ثمرة العلم العمل الصالح، وثمرة العمل الصالح الجنة^(٣).

٣ - أنواع المال، تقول العرب: أثمر القوم وثمروا ثمورًا، إذا كثر مالهم،

(١) القاموس المحيط للفيروز أبادي ص ٤٥٨، مختار الصحاح للرازي ص ٣٧.

(٢) لسان العرب لابن منظور ١٠٦/٤، المصباح المنير للفيومي ص ٣٣.

(٣) مجمع البلاغة للراغب الأصفهاني ٤٤/١، مفردات ألفاظ القرآن له ص ١٧٦.

وثمر ماله يثمر أي كثر، وثمر الرجل ماله: كثره، واستثمر المال: جعله يثمر أي يكثر وينمو، ويقال: مالٌ ثمر - ككتف - ومثمر أي كثير^(١)، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿وَكَانَ لَهُ ثَمْرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا﴾ [الكهف: ٣٤] على قراءة من قرأ بضم الثاء والميم، قال ابن عباس رضي الله عنهما: «يعني أنواع المال»^(٢)، وقال مجاهد رضي الله عنه: «ما كان في القرآن من ثمر فهو مال، وما كان من ثمر فهو من الثمار»^(٣).

وهذا المعنى الثالث هو الموافق لما نحن بصدده، وعليه فاستعمال كلمة «الاستثمار» في معنى زيادة المال وتكثيره موافق لأصلها اللغوي.

وقد عرفه مجمع اللغة العربية بأنه: «استخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريقة غير مباشرة ك شراء الأسهم والسندات»^(٤).

الفرع الثاني: مفهوم الاستثمار شرعاً:

لا يخرج المفهوم الشرعي للاستثمار عن مفهومه اللغوي، لكنه مقيد بموافقته للأحكام الشرعية، فالاستثمار في الاصطلاح الشرعي: «تنمية المال من طرقه المباحة شرعاً»^(٥)، إلا أنه يندر - حسب علمي - في الاصطلاح الشرعي وعند الفقهاء استعمال لفظ الاستثمار، وإنما الشائع استعمال ألفاظٍ أخرى لها مدلول كلمة الاستثمار، ومن تلك الألفاظ:

- (١) القاموس المحيط ص ٤٥٨، أساس البلاغة للزمخشري ص ٧٦.
- بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للفيروز أبادي ص ٣٣٩.
- (٢) جامع البيان في تأويل آي القرآن لابن جرير الطبري ٢٢٣/٨.
- (٣) لسان العرب لابن منظور ١٠٧/٤.
- (٤) المعجم الوسيط ١/١٠٠.
- (٥) الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة د. علي السالوس ١/٢٨٣.
- معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء د. نزيه حماد ص ٥٥.

«الثمار»، و«التنمية»، و«الاستثمار»، و«المتاجرة» و«الاستغلال» ونحوها من الألفاظ التي يراد منها المعنى المراد بكلمة «استثمار».

فمن استعمال «الثمار» بمعنى «الاستثمار» قول الإمام مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في تعريف الرشد: «الرشد ثمير المال وإصلاحه فقط»^(١).

وأما «الاتجار» ففي مثل قوله عليه الصلاة والسلام: «من ولي يتيمًا له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»^(٢)، قال النووي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «التجارة: تقليب المال وتصريفه لطلب النماء»^(٣) وهذا هو عين الاستثمار، ومن ذلك تعريف الفقهاء للمضاربة بأنها: «دفع مال لمن يتجر فيه»^(٤) أي يستثمره وينميّه.

وأما «الاستثمار» و«التنمية» فقد وردت في كلام الفقهاء كثيرًا، فمن ذلك قول صاحب «البدائع»: «المقصود من عقد المضاربة هو استثمار المال»^(٥)، أي استثماره، وقال في المغني: «إن بالناس حاجة إلى المضاربة، فإن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة، وليس كل من يملكها يحسن التجارة، ولا كل من يحسن التجارة له رأس مال»^(٦).

وعقد القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣] فصلًا في حفظ الأموال وتنميتها^(٧).

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٤١/٢.

(٢) أخرجه الترمذي ١٢٥/١، والبيهقي ١٠٧/٤ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وقال ابن حجر: إسناده ضعيف. (بلوغ المرام ٢٥٦/٢ - مع سبل السلام).

(٣) تهذيب الأسماء واللغات ٤٠/١.

(٤) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، داماد أفندي ٣٢١/٢، بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي ٢٤٥/٢، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٩٨/٣، الشرح الكبير للمقدسي ٥٤/١٤.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٨٨/٦، وانظر: تكملة المجموع شرح المهذب ٣٥٧/١٤.

(٦) المغني لابن قدامة ١٣٤/٧.

(٧) الجامع لأحكام القرآن ٢٦٩/٣.

وأما الاستغلال، فهو «طلب الغلة»، وهي كل ما يحصل من ريع الملك^(١).

وهذا هو عين الاستثمار، فهما مترادفان، إلا أن للحنفية تفرقة خاصة بين الثمرة والغلة في باب الوصية، فإذا أوصى بثمره بستانه انصرف إلى الموجود خاصة، وإذا أوصى بغلته شمل الموجود وما هو بعرض الوجود^(٢).

ومن الألفاظ القريبة من لفظ الاستثمار: «الانتفاع» إلا أنه أعم من الاستثمار إذ الانتفاع بالشيء قد يكون باستغلاله، وهذا هو الاستثمار، وقد يكون باستعماله^(٣)، قال في مرشد الحيران: «الانتفاع الجائز هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها، وإن لم تكن رقبته مملوكة»^(٤).

الفرع الثالث: مفهوم الاستثمار عند الاقتصاديين:

لا يعدو مفهوم الاستثمار عند الاقتصاديين معناه اللغوي، فهو استنماء الثروات وزيادتها، ويعرف أحد الاقتصاديين الاستثمار بالمفهوم الاقتصادي العام بأنه: «التوظيف المنتج لرأس المال، أو هو بعبارة أخرى: توجيه الأموال نحو استخدامات تؤدي إلى إشباع حاجة أو حاجات اقتصادية»^(٥).

- (١) أنيس الفقهاء، قاسم القونوي ص ١٨٥، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٤٠٢/١٠، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد ص ٥٩.
- (٢) رد المحتار على الدر المختار ٤٠١/١٠، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، داماد أفندي ٧١٦/٢.
- (٣) نهاية المحتاج للرملي ٣٨٩/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٣٣/٣.
- (٤) مرشد الحيران، محمد قدرى باشا، المادة ١٣ ص ٥.
- (٥) الموسوعة الاقتصادية، البراوي ص ٤١، وانظر: مقدمة في الاقتصاديات الكلية ص ٣٩، المال وطرق استثماره في الإسلام ص ١٨٣.

ومع ذلك فإن لكلمة «استثمار» في الأوساط الاقتصادية عدة استخدامات، ويختلف معناها بحسب المجال الذي استخدمت فيه، لذا فإنه من الضروري توضيح المفاهيم السائدة عن الاستثمار، ثم نحدد المفهوم المقصود في هذا البحث.

المسألة الأولى: الاستخدامات المختلفة لمصطلح «الاستثمار»:

١ - الاستخدام الأول: الاستثمار بمعنى: توظيف النقود لأي أجل:

يعرف معجم مصطلحات الاقتصاد والمال «الاستثمار» بأنه: «عملية توظيف المال»^(١).

وفي الموسوعة الاقتصادية: «الاستثمار: هو الإنفاق المالي أو العيني المستخدم في المجال الاقتصادي، بغض النظر عن طابعه الإنتاجي أو اللإنتاجي»^(٢).

وفي معجم اكسفورد: «الاستثمار: أي توظيف أو استغلال للأموال»^(٣).

فهذا الاستخدام يشمل أي توظيف للمال سواء كان التوظيف لآجال طويلة أو قصيرة أو متوسطة، فإذا تم الاحتفاظ بالأصل لمدة خمس سنوات فإن ذلك استثمار لأجل طويل، وإذا احتفظ به لمدة أكثر من سنة وأقل من خمسة سنوات فهو استثمار متوسط الأجل، وإذا احتفظ به لسنة فأقل فيعد استثماراً أيضاً - بهذا المفهوم - لكنه استثمار قصير الأجل^(٤).

(١) معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال، د. نبيه غطاس ص ٣٠١.

(٢) الموسوعة الاقتصادية د. سميح مسعود ص ٢.

(٣) نقلاً عن: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ١٤/٦.

(٤) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية. الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ١٤/٦.

٢ - الاستخدام الثاني: الاستثمار بمعنى: توظيف الأموال لأجل طويل نسبياً:

تستخدم كلمة «استثمار» ويراد منها: توظيف الأموال لفترة طويلة نسبياً، فتشمل بذلك الأموال التي تخصص لشراء أسهم شركات أو سندات أو سلع رأسمالية الاحتفاظ بها فترة طويلة نسبياً^(١).

٣ - الاستخدام الثالث: الاستثمار بمعنى: «توظيف النقود في أوراق مالية»:

وهذا هو الاستخدام السائد لدى المصارف التجارية التقليدية، فالاستثمار - بهذا المنظور - يعني شراء أوراق مالية كاحتياطي وقائي للسيولة أو لمتطلبات تشغيل الأموال المتاحة في أصول سهلة التحويل إلى نقدية نسبياً^(٢).

يقول أحد الباحثين: «المقصود بالاستثمارات - مصرفياً - هي تلك الأموال التي تستخدم في شراء أسهم أو سندات خاصة أو عامة بهدف تحقيق عائد»^(٣).

والتعبير الشائع في المصارف عن ذلك هو: «محفظة الأوراق المالية»، وتقتني المصارف في محافظها مجموعة متنوعة من الأوراق المالية، وتحرص غالباً على الأوراق من الدرجة الأولى، كالأوراق الحكومية، والأوراق المضمونة، وأسهم الشركات الناجحة التي تقل فيها احتمالات الخسارة^(٤).

(١) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية. الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ١٥/٦، إدارة البنوك. د. سليمان اللوزي ورفاقه ص ١٧٥.

(٢) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية د. منير هندي ص ٥.

(٣) الإدارة العلمية للمصارف التجارية. صلاح الدين السيسي ص ٧٨.

(٤) إدارة الاستثمارات د. محمد مطر ص ٩٩، الإدارة العلمية للمصارف التجارية. صلاح الدين السيسي ص ٧٨.

ولقد كان توسع المصارف في هذا النوع من الاستثمار بعد الحرب العالمية الأولى بسبب التوسع في الدين العام، فبدلاً من الاعتماد في توظيف الأموال على القروض لكونها أكثر الأصول أماناً من وجهة النظر العملية، توجّهت المصارف إلى توريق الديون وتداولها على اعتبار أنه يمكن تحقيق سيولة بالبيع بدلاً من المفهوم التقليدي، وهو تحقيق السيولة بالتصفية الذاتية للقروض^(١).

٤ - الاستخدام الرابع: الاستثمار بمعنى الإنفاق الرأسمالي:

وهذا المعنى من منظور الشركات، سواء أكانت تجارية أم صناعية أو زراعية أم خدمية، لتمييز بذلك بين الإنفاق الرأسمالي والإنفاق الجاري، فالأول يشمل أي نوع من الإنفاق على أصول يتوقع منها تحقيق عائد للمنشأة، كالمباني والآلات والتجهيزات، سواء أكان ذلك لاستحداث مشاريع جديدة، أو لاستكمال مشاريع قائمة، أو تبديلها، ولا ينصرف مفهوم الاستثمار عند الشركات إلا إلى هذا^(٢).

وأما الإنفاق الجاري أو ما يعرف «بالمصروفات التشغيلية» فهو المصروفات التي تكون بشكل دوري، كالأجور والصيانة وشراء المواد الخام ونحو ذلك^(٣).

٥ - الاستخدام الخامس: الاستثمار بمعنى توظيف الأموال في أصول ذات مخاطر محدودة:

تستخدم كلمة «استثمار» كثيراً ويراد منها الارتباط الخالي نسبياً من الخطر والخسارة، فالأموال والأسهم وغيرها من الأشياء ذات القيمة لا

(١) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية. الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ١٥/٦. إدارة البنوك د. زياد رمضان، محفوظ جودة ص ١٣٠.

(٢) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية. الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ١٥/٦.

(٣) معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال، نبيه غطاس ص ٢٠٩.

تعتبر استثمارًا إلا إذا كانت أسعارها راسخة وعلى أسس متينة نوعًا ما، وكانت تغل دخلاً منتظمًا، وقيمتها قابلة للارتفاع على المدى البعيد^(١).

والاستثمار - بهذا المعنى - عكس «المضاربة» بالمفهوم المالي، والتي تعني توظيف الأموال في عمليات تنتج أرباحًا كثيرة إلا أنها تنطوي على كثير من المجازفات والمخاطرات، فمن يتعامل بما يعرف اليوم «بالعقود المستقبلية»^(٢) في الأسواق المالية يعد مضاربًا لا مستثمرًا لأنه يراهن على تقلبات الأسعار في المستقبل، أما من يحتفظ بالأوراق المالية ذات الثبات النسبي لمدة زمنية طويلة بقصد الاستفادة من أرباحها، فهذا مستثمر، لأنه يتحمل درجات من المخاطرة أقل بكثير من المضارب^(٣).

المسألة الثانية: مفهوم الاستثمار في هذا البحث:

يتبنى هذا البحث المفهوم الأول للاستثمار، وهو المفهوم الواسع، بمعنى أن الاستثمار هو أي توظيف للنقود؛ لأي أجل، في أي أصل أو حق؛ ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال أو تنميته، بأرباح دورية أو زيادات رأسمالية أو بمنافع غير مادية.

إن الاستثمار - بهذا التعريف - يشمل كل أنواع الاستثمارات بالاعتبارات المختلفة للتنوع:

فهو يعم كل الاستثمارات بغض النظر عن مدتها سواء أكانت طويلة - كما في المصارف الإسلامية والمتخصصة - أم متوسطة أم قصيرة - كما في المصارف التقليدية - وبغض النظر عن درجة المخاطرة فيها، سواء أكانت عالية أم متدنية.

(١) إدارة الاستثمارات. د. محمد مطر ص ١٩.

(٢) سيأتي شرح مفصل للعقود المستقبلية في الباب الثاني بمشيئة الله تعالى.

(٣) أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي. د. أحمد محيي الدين ص ٤٩١.

كما يشمل هذا التعريف: الاستثمار المباشر وهو ما كان في أصول ثابتة أو موجودات عينية، وغير المباشر وهو الاستثمار في الأوراق المالية. ويشمل أيضًا: الإنفاق الرأسمالي، والإنفاق الجاري، مثل توظيف الأموال في أصول متداولة كالבضائع والذهب.

وما يدعو إلى الأخذ بهذا المفهوم هو تبني المصارف - إجمالاً - لذلك، بمزاولتها الأنماط المختلفة للاستثمار بشكل معتاد^(١).

إلا أنه يجدر التنبيه إلى أن هذا البحث، وإن تبني هذا المعنى الواسع، إلا أنه مقيد بأمرين:

الأمر الأول: أنه مقصور على دراسة «الاستثمار المصرفي»، وهو ما يعد في العرف المصرفي من «الأعمال الاستثمارية» حيث إنه سبق معنا في المبحث الأول أن الأعمال المصرفية على ثلاثة أنواع:

١ - الخدمات المصرفية.

٢ - التسهيلات المصرفية وأعمال القروض.

٣ - الأعمال الاستثمارية.

وأنه جرى العرف المصرفي سواء في الدراسات النظرية أم في الهياكل التنظيمية للمصارف على التمييز بين هذه المجموعات الثلاث،

(١) تبني كثير من الدراسات هذا المفهوم خاصة تلك الدراسات التي تهتم بالاستثمارات التي تجريها المصارف الإسلامية لكونها لا تقتصر على جانب معين من الاستثمارات، انظر: على سبيل المثال: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ١٧/٦، الاستثمار والتمويل بالمشاركة، د. سيد الهواري ص ٤ - ٢١، خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، من إصدارات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية ص ٦٥، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون د. غريب الجمال ص ١٣٥ - ٤٢٢، تقويم الدور المحاسبي للمصارف الإسلامية، من إصدارات المعهد العالمي للفكر الإسلامي ص ١٣٨.

فالخدمات المصرفية والتسهيلات القرضية وإن كانت تشترك مع الأعمال الاستثمارية في أن في كلٍّ منها توظيفًا للمال، إلا أن المصارف تميز بينها لاعتبارات فنية سبق ذكرها، وبالتالي فإنَّ مصطلح «الاستثمار المصرفي» أو «الخدمات الاستثمارية المصرفية» لا يشمل أعمال القروض (التسهيلات) أو الخدمات المصرفية الصرفة^(١).

الأمر الثاني: أن هذا البحث يُعنى بدراسة الخدمات المصرفية الموجهة لاستثمار أموال العملاء لا لاستثمار أموال البنك الخاصة به، وسيأتي بيانها في المبحث الثالث إن شاء الله تعالى.

ويمتاز الاستثمار المصرفي عن غيره من الاستثمارات بعدة مزايا، من أهمها:

١ - اعتماده على رأس المال المتعدد الموارد والقابل للزيادة والنقصان، ومع ذلك فلا تؤثر هذه الحركة بالنسبة للأجزاء المكونة لرأس المال في الحجم الكلي للمال المستثمر إلا بشكل ضئيل، نظرًا لتداخل عمليات السحب مع عمليات الإيداع^(٢).

٢ - القدرة على إبقاء الاستثمار - رغم أنه عمل متجدد مستمر - في حالة سيولة نقدية، بحيث يستطيع المستثمر لدى المصرف أن يسحب نقدًا

(١) ينظر في ذلك: المصارف والأعمال المصرفية د. غريب الجمال ص ١٣٥، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية د. سامي حسن حمود ص ٧٦، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ١٧/٦، إدارة البنوك د. سليمان اللوزي ورفاقه ص ١٧٣، الإدارة العلمية للمصارف التجارية صلاح الدين السيسي ص ٧٨. وغيرها.

وقد درجت المصارف على إنشاء إدارات مستقلة لكل من: «الخدمات المصرفية» و«إدارة للائتمان» و«إدارة لخدمات استثمار أموال العملاء».

(٢) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية د. سامي حسن حمود ص ٣٧٩.

جزءاً من وديعته الاستثمارية أو جميعها دون أن يؤدي ذلك إلى تصفية العملية الاستثمارية^(١).

٣ - الإمكانيات الهائلة التي توفرها الودائع المصرفية بشتى أنواعها للبنوك، لكونها الجهة الوحيدة المحتكرة لقبولها، وإذا ما أخذنا بالاعتبار أن جزءاً كبيراً من تلك الودائع، خاصة الودائع الجارية لا تكلف المصارف إلا أعباءً يسيرةً ويوجه معظمها لصالح البنك.

٤ - الدعم والحماية اللذان تلقاهما المصارف التجارية من قبل المصارف المركزية ودورها كملجأ أخير لتلك المصارف عند الحاجة إلى السيولة السريعة^(٢).

٥ - التنظيم الدقيق للبناء المصرفي، والرقابة الصارمة من قبل المصارف المركزية على أنشطة المصارف التجارية، ووضع القيود والضمانات للحد من درجة المخاطرة، مما يوفر حماية أكبر للمستثمرين.

إلا أن هذه القيود وإن كان لها أثر إيجابي في حماية مصالح المستثمرين، إلا أنها لا تخلو من آثارٍ سلبية تتمثل في الحد من قدرة المصرف على تنويع استثماراته أو الدخول في مجالات إنتاجية لا تتوافق مع الأعراف المصرفية، وهذا ما جعل مفهوم الأعمال الاستثمارية في المصارف تضيق دائرتها بسبب القيود القانونية المفروضة عليها، وهذا ما سنشير إليه في المسألة التالية.

المسألة الثالثة: القيود القانونية على مفهوم الاستثمارات المصرفية وأثر ذلك على المصارف الإسلامية:

مر معنا فيما تقدم أن الوظيفة الأساسية التي قامت بها المصارف

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية د. سامي حسن حمود ص ٣٧٩.

(٢) خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٢٦٧.

التجارية هي الوساطة بين أصحاب رؤوس الأموال (المقرضين) والجهات المستفيدة (المقترضين)، ثم تطور الأمر بأن برزت الوظيفة الأخرى للمصارف التجارية وهي توليد النقود الائتمانية أو ما يعرف بـ«خلق الائتمان»، أي مقدرة المصرف - بسبب الحركة التبادلية بين السحب والإيداع - على مضاعفة قيمة الوديعة الواحدة إلى عدة أضعاف، وهو أمر في غاية الأهمية إذ تتأثر به القوة الشرائية للعملة المحلية، والإفراط فيه يزيد من كمية النقود المعروضة بما يسمح بمزيد من الضغوط التضخمية.

لذلك دأبت السلطات التشريعية في كافة الدول على سنّ القوانين الصارمة، لكبح جماح المصارف التجارية، وتقييد أنشطتها الاستثمارية وإخضاعها لرقابة محكمة من قبل المصارف المركزية.

وكان الهدف من هذه القيود أمرين أساسيين:

الأول: حماية أموال المودعين، بعدم تعريضها لمخاطر أو مجازفات لا تؤمن غائلتها.

الثاني: منع المصارف - بما لها من إمكانات مادية هائلة بسبب احتكارها للودائع - من تعدي وظيفتها الأساسية وهي «الوساطة» إلى مزاحمة الشركات التجارية الأخرى.

وفيما يلي نماذج لبعض القيود التي تحجم مفهوم الاستثمارات المصرفية والتي تكاد قوانين معظم الدول تتفق عليها:

١ - تمنع المصارف من الاستثمار في أي عمل يستلزم امتلاك أصول أو موجودات عينية، أو مزاولة التجارة لحسابها أو لغيرها، أو امتلاك أصول طويلة الأجل^(١).

(١) انظر: لذلك: المادة (٥٤) من القانون الكويتي رقم ٣٢/١٩٦٨م في شأن النقد وبنك الكويت المركزي، والمادة ٣٩ من قانون البنوك والائتمان المصري رقم ١٦٣ لعام ١٩٥٧م وإدارة البنوك د. زياد رمضان ومحفوظ جودة ص ١٣١.

فعلى سبيل المثال حظرت المادة (١٠) من نظام مراقبة البنوك بالمملكة العربية السعودية «على كل بنك الاشتغال لحسابه أو بالعمولة بتجارة الجملة أو التجزئة مما في ذلك الاستيراد والتصدير، أو أن تكون له مصلحة مباشرة كمساهم أو كشريك أو كمالك أو أي صفة أخرى في أي مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي أو أي مشروع آخر، أو امتلاك العقارات أو استئجارها، إلا إذا كان ضرورياً لإدارة أعمال البنك، أو لسكن موظفيه، أو للترفيه عنهم، أو وفاء البنك قبل الغير بشرط ألا تزيد قيمتها عن عشرين في المائة من رأس مال البنك المدفوع واحتياطياته»^(١).

وهذا الحظر له أهداف عدة، منها: الحد من المخاطرة إزاء صعوبة تسييل هذه الأصول في حالة الحاجة إلى مواجهة السحب على الودائع، ومنع المضاربات من قبل المصارف على السلع والعقارات، ومنعها من تجميع الأموال والثروات في أيديها، وفتح القنوات أمام المجتمع للاستفادة من رؤوس أموال البنوك^(٢).

يضاف إلى ذلك أن نزول المصارف إلى ميدان التجارة المباشرة يثير مسألة هامة، وهي المنافسة غير المشروعة، فالمصرف يتمتع بصلاحيات لا تملكها شركات الاستثمار الأخرى، فهو من جهة يحتكر صلاحية تجميع الأموال والمدخرات التي بأيدي الناس، ومن جهة أخرى ليس له؛ بحكم اطلاعه على أسرار عملائه التجارية عند فتح اعتماداتهم المستندية، أن يستخدم هذه المعلومات لمصلحته الشخصية وينافس بها عملاءه الذين يحتاجون إلى خدماته^(٣).

(١) نظام مراقبة البنوك في المملكة العربية السعودية، الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ٢٢/٢/١٣٨٦هـ.

(٢) خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، بحث د. إسماعيل شليبي ص ٢٦٧، من إصدارات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية، «علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية» بحث د. طعمة الشمري، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الصادرة من جامعة الكويت، العدد الثامن والعشرون ص ١١١.

(٣) البنوك الإسلامية د. جمال الدين عطية ص ٨٧.

٢ - تضع قوانين معظم الدول سقوفاً علياً للأنشطة الاستثمارية التي تنطوي على ائتمان، ولا يحق للمصرف أن يتجاوز تلك النسب أو السقوف^(١).

فعلى سبيل المثال حظرت المادة الثامنة من نظام مراقبة البنوك في المملكة: «على أي بنك أن يعطي قرضاً أو أن يمنح تسهيلات ائتمانية أو أن يقدم كفالة أو ضماناً أو أن يحتمل أي التزام مالي آخر لصالح أي شخص طبيعي أو اعتباري بمبالغ تتجاوز ٢٥٪ من مجموع احتياطات البنك ورأس ماله المدفوع أو المستثمر، ويجوز لمؤسسة النقد لمقتضيات المصلحة العامة وبالشروط التي تحددها أن تزيد هذه النسبة إلى ٥٠٪» والهدف من هذا الحظر هو حماية أموال المودعين، وتجنّبها مخاطر التوسع في الائتمان، والحد من التوسع في توليد النقود بما لا يسمح بمزيد من التخضم في العملة المحلية^(٢).

٣ - كما فرضت القوانين نسباً معينة للحصص التي يحق للمصرف أن يمتلكها من أسهم الشركات المساهمة، وليس له أن يتجاوز تلك النسب^(٣).

ففي المادة العاشرة من نظام مراقبة البنوك في المملكة العربية السعودية مثلاً «حددت النسبة التي يجوز للبنك أن يمتلكها من أسهم الشركات المساهمة بعشرة في المائة من رأس مال الشركة المدفوع، بشرط ألا تتجاوز القيمة الاسمية لهذه الأسهم عشرين في المائة من رأس مال البنك المدفوع واحتياطاته»^(٤).

(١) انظر: أصول المصرفية الإسلامية د. الغريب ناصر ص ٢٦٩، موسوعة أعمال البنوك د. محيي الدين إسماعيل ١/٦٣.

(٢) «خطة الاستثمار في المصارف الإسلامية» من إصدارات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية ص ٢٦٣ - ٢٦٧.

(٣) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية د. محيي الدين إسماعيل ص ٦٢.

(٤) نظام مراقبة البنوك في المملكة العربية السعودية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ٢٢/٢/١٣٨٦هـ.

ويفرق القانون المصري بين البنوك التجارية وبنوك الاستثمار، وهو إذ يحظر الأعمال السالفة على البنوك التجارية، يجوز لبنوك الاستثمار أن تنشئ شركات استثمار أو شركات أخرى تزاوّل أوجه النشاط الاقتصادي المختلفة^(١).

والهدف من هذا الحظر هو الحد من سيطرة البنوك على الشركات المساهمة، وإرغامها على تشكيل محافظها الاستثمارية بعددٍ من الأوراق المالية للتقليل من مخاطر تقلبات الورقة المالية الواحدة^(٢).

٤ - تمنع قوانين كثير من الدول البنوك من الاستثمار فيما عدا الأوراق المالية، إلا بتراخيص استثنائية وفي حدود نسب وشروط تحددها الجهات الرقابية، وبالتالي فليس للبنك أن يشارك في استثمارات حقيقية، أو أن يتعامل في القيم المالية المنقولة الأخرى^(٣).

٥ - تلزم القوانين عادة البنوك التجارية بالاحتفاظ بوديعة نقدية نظامية محددة لدى البنوك المركزية، وعدم إدراجها ضمن أنشطتها الاستثمارية^(٤).

ففي السعودية مثلاً نصّت المادة (٧) من نظام مراقبة البنوك على أنه: «على كل بنك أن يحتفظ لدى مؤسسة النقد في جميع الأوقات بوديعة نظامية لا تقل عن ١٥٪ من التزامات ودائعه، ويجوز للمؤسسة تعديل هذه النسبة وفقاً لمقتضيات الصالح العام..»^(٥) وقد عدلت هذه النسبة بتعميم مؤسسة النقد العربي السعودي رقم م/٧١/٢ فأصبحت ٧٪ من الودائع الجارية و٢٪ من ودائع التوفير والادخار.

(١) المادة ١٧ من القانون ١٢٠/١٩٧٥م في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي.

(٢) إدارة الاستثمارات د. محمد مطر ص ٩٣.

(٣) صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين د. منى قاسم ص ٤٥.

(٤) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية د. محيي الدين إسماعيل ص ٦٣.

أصول المصرفية الإسلامية د. الغريب ناصر ص ٢٦٩.

(٥) نظام مراقبة البنوك في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢هـ.

والهدف من هذه الوديعة هو قيام البنوك المركزية بدور الحماية عند الاحتياجات المفاجئة للسيولة النقدية.

فهذه أهم القيود المشتركة بين البلدان، وهناك بعض القيود التي تنفرد بها دولة عن أخرى تبعاً لمرونة النظام وشدته في هذا المجال.

أثر هذه القيود على الأنشطة الاستثمارية للمصارف الإسلامية:

لم تواجه المصارف التقليدية أي صعوبات في التكيف مع تلك القيود المفروضة على أنشطتها لأن المقتن أخذ في اعتباره الهيئة التي عليها تلك المصارف وأنشطتها، وبالتالي جاءت تلك القيود لتصب في صالح تلك المصارف والمتعاملين فيها، ولكن ظهرت المشكلة مع ظهور أول بنك إسلامي وهو «بنك ناصر الاجتماعي» في مصر سنة ١٩٧١م^(١) ثم مع انتشار تلك البنوك في الأقطار الإسلامية حتى بلغت الآن ما يربو على تسعين مصرفاً وشركة مالية^(٢)، وذلك حين طرحت هذه البنوك صيغاً استثمارية متنوعة لم تكن مألوفة في الأوساط المالية، من مرابحات ومشاركات وبيع آجال وغيرها مما سيأتي بيانه.

فالعرف المصرفي لم يكن يعرف طيلة عقود من الزمان سوى وظيفة واحدة لتوظيف الأموال هي الإقراض بفائدة، وعلى أحسن الأحوال إنشاء محافظ استثمارية تُعنى بالمتاجرة بالأوراق المالية، ويستطيع أدنى متبصر أن يلمح الفروق الجوهرية في أنشطة الاستثمار بين قطبي النظام المصرفي التجاري: المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية.

فلنا أن نلاحظ الجزء الأكبر من الأموال المتاحة للتوظيف في المصارف التقليدية توجه إلى القروض بفوائد، وما يخصص منها للاستثمارات يوجه إلى محفظة الأوراق المالية، بينما في المصارف

(١) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق د. عبد الرزاق الهيبي ص ١٧٨.

(٢) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق د. عبد الرزاق الهيبي ص ١٧٧.

الإسلامية لا تكاد محفظتها المالية تذكر، مقارنة بالتوظيفات في الاستثمارات المباشرة وعقود المرابحات والمشاركات^(١)، وهذا ما حدا ببعض الباحثين إلى القول: بأن هذه المصارف ليست مصارف تجارية، وإنما هي مصارف استثمار متخصصة^(٢) - كالتي سبق الحديث عنها في المبحث الأول -، والحق أنها مزيج من المصارف التجارية ومصارف الاستثمار المتخصصة، فهي تشترك مع المصارف التجارية في قبولها للودائع بشتى أنواعها وقيامها بالخدمات المصرفية، وهي أعمال تحظر على المصارف المتخصصة، وتنفرد عنها في الدخول في مجالات استثمارية محظورة على المصارف التجارية التقليدية بموجب قوانين تأسيسها^(٣).

وفي ظل هذا الوضع غير الملائم ظهرت إشكالات قانونية في تعامل المصارف الإسلامية مع تلك القيود مما أوجب أن يتضمن قانون أو مرسوم إنشاء البنك الإسلامي وجود نص خاص يستثنيه من بعض القيود لعدم تلاؤمها مع طبيعة استثمارات البنوك الإسلامية، فمن تلك الإشكالات:

١ - عدم مراعاة الطبيعة الخاصة لاستثمارات المصارف الإسلامية، وأنها تعتمد على «الائتمان التجاري»^(٤) أو «الاستثمار المباشر» بدلاً من «الائتمان المالي»، وهذه تتطلب تملك السلع والعقارات، وهو ما يتعارض

(١) الاستثمار والتمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية. د. سيد الهواري ص ٧، نحو نظام نقدي عادل، د. محمد عمر شابرا ص ٢٠٦.

(٢) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية د. محيي الدين إسماعيل ص ٣٦ - ٤٣، «علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية» بحث د. طعمة الشمري، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الصادرة من جامعة الكويت ١١١/٢٨.

(٣) نحو نظام نقدي عادل د. محمد عمر شابرا ص ٢٠٦، «المشكلات التي تواجه البنوك الإسلامية في التطبيق» بحث د. أحمد النجار ضمن كتاب «الإدارة المالية في الإسلام» من إصدارات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية ٢٥/١، الاستثمار والتمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية د. سيد الهواري ص ٣.

(٤) يقصد بالائتمان التجاري: مبادلة السلع أو المنافع بثمن مؤجل. خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٤٧.

مع القيد الأول المذكور سلفاً^(١).

وإذا كان القيد قد وُضِعَ لأهداف، وهي بلا شك أهداف منطقية، فإنَّ الوضع في المصارف الإسلامية يختلف عما في المصارف التقليدية، حيث إن امتلاك المصرف الإسلامي للأصول العينية هو لتقديم الدعم والتمويل اللازم لعملائه لا لأجل المضاربة أو المنافسة فيها، مما يجعل القوة الشرائية للعملة المحلية مرتبطة بموجودات وسلع قائمة^(٢).

لذا فإنه ينبغي أن يفرق بين نوعين من الاستثمارات المباشرة:

الأول: أن يقوم المصرف بأنشطته الاستثمارية مباشرة لحسابه سواء في مجال العقارات أم السلع أم الإسكان أم غيرها، فهذا النوع غير مستحسن؛ للمحاذير السالفة؛ ولما فيه من الخلط بين دور المصرف كمؤسسة مالية تقدم الدعم والتمويل، ودور الشركات التجارية أو الصناعية أو الزراعية وغيرها^(٣).

الثاني: أن يطرح المصرف صيغاً استثمارية لا تستند على أساس الفائدة، ويكون الهدف منها تمويل المشروعات الإنتاجية، وتقديم الدعم اللازم والتسهيلات الائتمانية التجارية للشركات والهيئات الحكومية والأفراد، فهذه لا شك أنها أخرى بالدعم والقبول من التمويل بالقروض أو المتاجرة بالأوراق المالية^(٤).

(١) البنوك الإسلامية د. جمال الدين عطية ص ٦٨، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية د. عبد المجيد عبوده ص ٩٣.

(٢) البنوك الإسلامية د. جمال الدين عطية ص ٦٨ - ٨٧. بحث د. إسماعيل شلبي ص ٢٦٦، خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية من إصدارات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية.

(٣) البنوك الإسلامية د. جمال الدين عطية ص ٨٧، «خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية» تعليق الدكتور منذر قحف ص ٤٩ - ٥١.

(٤) البنوك الإسلامية د. جمال الدين عطية ص ٨٧.

يقول أحد الباحثين: «إن الاستثمار في الأصول الحقيقية هو فقط ما يترتب عليه خلق منافع اقتصادية إضافية تزيد من ثروة المستثمر، ومن ثم ثروة المجتمع... أما ما يحدث في السوق الثانوي للأوراق المالية من عمليات بيع وشراء، فهو لا يعدو كونه عملية تحويل ملكية، وخلال عملية التداول لا تنشأ أية منفعة اقتصادية إضافية أو قيمة إضافية للناتج القومي، وذلك رغمًا عن الارتفاع الذي قد يتحقق في سعر الورقة المالية»^(١).

إذاً فالفيصل في التفرقة بين هذين النوعين هو في دور المصرف هل هو ممول أم منافس؟ والواقع أن القوانين لا تفرق بين هذين.

٢ - وضع السقوف الائتمانية للأنشطة الاستثمارية، وهذا إنما يتوافق مع طبيعة عمل المصارف التقليدية التي تتاجر بالديون، ومن ثم يجب أن يكون ثمة ملاءمة بين السيولة والربح، كما أن توسعها في منح الائتمان يؤدي إلى مزيد من التضخم، أما المصارف الإسلامية فإن التدفقات النقدية المترتبة على أنشطتها مرتبطة بتدفقات من السلع الضرورية وبما يخدم أهداف التنمية الاقتصادية، فضلاً عن أن العلاقة بين المصارف الإسلامية والمستثمرين تختلف تماماً عن نظيرتها في المصارف التقليدية، إذ لا يترتب عليها أي ضمان، ومن ثم فالمستثمر متهيئ للكسب أو الخسارة^(٢).

وإذا كان من السهل على المصارف التقليدية الالتزام بهذه السقوف لكون استثماراتها قصيرة الأجل، فإنه من الصعب على المصارف الإسلامية التقييد بذلك لأن معظم استثماراتها طويلة الأجل مما يجعلها تظهر في دورات متعددة في قوائمها المالية.

٣ - عدم مراعاة الطبيعة الخاصة لتكوين المصارف الإسلامية، وأنها

(١) إدارة الاستثمارات د. محمد مطر ص ٦٣ - ٦٥.

(٢) خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية. بحث د. إسماعيل شلبي، «الجوانب القانونية لتطبيق عقدي المرابحة والمضاربة» ص ٢٦٥، نحو نظام نقدي عادل د. محمد عمر شابرا ص ٢٠٦.

مزيج من المصارف التجارية ومصارف الاستثمار، وهي بهذه الطبيعة غير المجانسة لطبيعة البنوك التجارية والاستثمارية قد يصعب أخذ موافقة البنك المركزي على تأسيسها، وذلك لأن قانون البنك المركزي لا يسري عليها، كما يصعب عليها القيام بدور الشركات القابضة من خلال إنشاء شركات متعددة الأغراض، للقيود التي تفرضها القوانين على المصارف التجارية في امتلاك الشركات المساهمة^(١).

والحق أن طبيعة الدمج هذه ليست خاصة بالمصارف الإسلامية، يقول أحد الباحثين في معرض تكييفه لتكوين المصارف الإسلامية وأنها كيان مركب: «ليس هذا خاصاً بالمصارف الإسلامية فقط، ففي قارة أوروبا نجد أن المصارف الشاملة مقبولة، ومن بين الدول الصناعية الكبرى نجد أن الولايات المتحدة والمملكة المتحدة هما فقط الدولتان اللتان تفصلان بوضوح بين أنشطة مصارف التجارة وأنشطة مصارف الاستثمار ومصارف الأعمال»^(٢).

٤ - لا تتمتع المصارف الإسلامية بالتسهيلات والمزايا التي توفرها المصارف المركزية للمصارف التجارية لدعم أنشطتها الاستثمارية، فهي إذ تنازل عن جزءٍ من ودائعها كوديعة نظامية لدى المصرف المركزي لا تستفيد كما يستفيد غيرها من التسهيلات التي يقدمها البنك المركزي كملجأٍ أخير لتلك المصارف عند الحاجة إلى السيولة السريعة، كما أنها لا تستفيد من عمليات إعادة الخصم أو تشجيع التصدير وغيرها، بسبب عدم وجود منافذ في تلك العمليات خارج إطار الفائدة^(٣).

(١) «علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية» بحث د. طعمة الشمري، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت ١١٢/٢٨.

(٢) نحو نظام نقدي عادل. د. محمد عمر شابرا ص ٢٠٦.

(٣) «تجربة البنك الإسلامي الأردني في تطبيق عقد المرابحة» بحث السيد موسى عبد العزيز شحادة، خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٤٤٩، أصول المصرفية الإسلامية د. الغريب ناصر ص ٢٩١.

ولهذه الإشكالات وغيرها دأبت المصارف الإسلامية على مواجهة صعوبات بشكل يومي، إذ لم تحظ بعد صيغ الاستثمار التي طرحتها باهتمام المقنن في الأقطار الإسلامية، سواء من الناحية التشريعية أم الرقابية، مما استدعى طرح حلول عدة؛ إلا أنها لا تزال جزئية ولا تعالج الأمر بشكل جذري، ولنا أن نستعرض موقف المصارف المركزية في الأقطار الإسلامية على النحو التالي:

أ - بعض الدول الإسلامية قامت بتحويل نظامها المصرفي بالكامل إلى النظام الإسلامي، فلم يعد هناك تعارض في الغايات والسياسات بين المصارف المركزية والمصارف الإسلامية، ومن هذه الدول: باكستان وإيران والسودان^(١).

ب - وفي بعض الأقطار أصدرت قوانين خاصة لتنظيم المصارف الإسلامية وطرق توظيف الأموال فيها بعيداً عن القوانين المنظمة للمصارف التجارية الأخرى، كما أنشأت أجهزة خاصة للإشراف عليها مع مراعاة الطبيعة المميزة لها، ومن هذه الأقطار: ماليزيا وتركيا والأردن والإمارات^(٢).

ج - وفي معظم الأقطار الإسلامية أنشئت مصارف إسلامية من خلال إصدار قوانين خاصة تقتصر على مجرد الإذن بالتأسيس، أما من ناحية التنظيم فتحيلها إلى النظام الأساسي، وهي بهذا ليست معفاة من أحكام القوانين الوضعية إلا في حدود العمل بعيداً عن مجالات الفائدة، ومن هذه الدول: مصر والكويت وقطر والبحرين وغيرها^(٣).

(١) «المصارف المركزية في إطار العمل الإسلامي» بحث د. محمد نجات الله صديقي. ضمن «الإدارة المالية في الإسلام» من إصدارات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية ٣٧/١، ص ٦٠ - ٦٢.

(٢) «علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية» د. طعمة الشمري، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ١١٣/٢٨.

(٣) «علاقة البنك المركزي بالبنوك الإسلامية» د. طعمة الشمري، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ١١٣/٢٨.

ولعل ثمة بارقة أمل في الجهود التي يبذلها الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية واللقاءات المشتركة مع محافظي البنوك المركزية بالبلاد الإسلامية لتفهم طبيعة أعمال البنوك الإسلامية^(١)، كما أن انتشار فكرة «المصارف الشاملة» دولياً وغزوها للعالم الإسلامي خفّف من القيود المفروضة على أنشطة المصارف بإدخال مفاهيم واسعة من الاستثمارات ضمن أنشطتها؛ مما قلّل الاعتماد بشكل كبير على القروض، وهذا ما سنراه في المبحث التالي.

(١) انظر: حول هذه الجهود: (١٠٠ سؤال ١٠٠ جواب حول البنوك الإسلامية) الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ص ١٠٩ - ١٣٧، مجلة البنوك الإسلامية العدد السادس والعشرين، شعبان ١٣٩٩ ص ٣٤.

المطلب الثاني

التعريف بالخدمات الاستثمارية في المصارف

توطئة:

شهدت الأوساط المالية في الآونة الأخيرة تسابقاً ملحوظاً بين المصارف التجارية في إنشاء إدارات متخصصة تُعنى بخدمات استثمار أموال العملاء، يكون من مهامها بناء تشكيلات متنوعة من الأدوات المالية.

وتهدف هذه الإدارات إلى تلبية احتياجات المستثمرين الذين لا تتوفر لديهم موارد كافية للدخول في مشاريع استثمارية كبيرة، وأيضاً لتلبية احتياجات من تتوفر لديهم تلك الإمكانيات؛ لكن تعوزهم الخبرة والمعرفة، أو لا يتوافر لديهم الوقت الكافي لإدارة أموالهم^(١).

ولقد ساعد على انتشار هذه الخدمات المصرفية أمران هامين:

الأمر الأول: النجاح الكبير الذي حققته المصارف سابقاً في استقطاب المدخرات عن طريق الحسابات (الودائع) الاستثمارية، مما جعلها تقوم بتطوير أدوات مالية تتوافق ورغبات المستثمرين من حيث ضآلة القيمة وسهولة الاسترداد^(٢).

الأمر الثاني: التسهيلات التشريعية الدولية، وإزاحة القيود القانونية أمام المصارف وأسواق التمويل، حيث خففت الحواجز بين المعاملات

(١) صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين د. منير هندي ص ٧.

(٢) زكاة المشاركات في الصناديق والإصدارات. عز الدين خوجه ص ٢١.

المصرفية والاستثمارية والتجارية على مستوى العالم، وسبب ذلك الكساد الذي حل بالمصارف الدولية نتيجة المنافسة الشديدة من قِبَل شركات الاستثمار غير المصرفية، التي لا تخضع لقيود المصارف المركزية، والتي تقوم بدور الوساطة بين المقرضين والمقترضين عن طريق إصدار أوراق مالية بسعر فائدة السوق، وبذا ارتفعت التكلفة النسبية للمصارف، وقلل من حصتها في قطاع الودائع.

وعلى إثر هذه التطورات ظهرت «المصارف الشاملة» كتجربة أولى في ألمانيا ثم تبعتها أوروبا برمتها، فأُسند إلى المصارف التجارية - من خلال لوائح مجلس الوحدة الأوروبية - إدارة الصناديق الاستثمارية لعملائها، وسمح لها بمختلف الأنشطة الاستثمارية، وتوجه الولايات المتحدة اليوم للتخفيف من هذه القيود إلا أنها لا تزال أقل مما وصلت إليه أوروبا، إذ لا تزال تفصل قانونياً بين أنشطة المصارف التجارية ومصارف الاستثمار^(١).

وقد ظهر صدى هذه التحولات الدولية في البلدان العربية الإسلامية في بداية التسعينات، حيث سمح للمصارف بإنشاء إدارات متخصصة في خدمة استثمار أموال عملائها، بعد أن كان الأمر مقصوراً على مجرد فتح الحسابات الاستثمارية.

ففي المملكة العربية السعودية ظهر أول تنظيم قانوني لصناديق الاستثمار من خلال قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم (٣/٢٠٥٢) وتاريخ ٢٤/٧/١٤١٣هـ، الذي شمل عدداً من الموضوعات ذات العلاقة بتأسيس وإدارة وتسويق صناديق الاستثمار المفتوحة والمغلقة.

(١) دور الجهاز المصرفي والبنك المركزي في تنمية الأسواق المالية في البلدان العربية ص ٥١، إدارة البنوك التجارية. د. منير هندي ص ٥٩ - ٧٢، المصرفية الإسلامية الأزمة والمخرج، يوسف كمال محمد ص ٦٥ - ٧٢. النظام البنكي في المملكة العربية السعودية د. عبد المجيد عبوده ص ٦٦.

وفي مصر صدر القانون المنظم لصناديق الاستثمار رقم (٩٥) في ١٩٩٢م، ثم ظهرت لوائح وتنظيمات متعددة في شتى الأقطار الإسلامية، وتسابقت المصارف بشتى أنواعها في بناء تشكيلات متعددة من الأدوات المالية^(١).

ونظراً لكثرة وتقارب الأساليب والمصطلحات المتداولة في هذا المجال فيما بين المصارف أو الباحثين؛ سواء على مستوى الدولة الواحدة أم على مستوى عدة دول، فمن خدمات استثمارية إلى أدوات ومحافظ ووحدات وصناديق وإصدارات وغيرها، فإنه من الضروري توحيد المصطلحات في جميع البحث، وحيث إنه لا مشاحة في الاصطلاح، فقد اختار الباحث لكل مصطلح معنىً محدداً^(٢)، مع الحرص على الأخذ بالمصطلحات المتواضع عليها عند أكثر الباحثين، والأشهر تداولاً في المصارف، وخاصة المصارف الإسلامية لكونها أقدم عهداً وأكثر خبرة وتنوعاً في هذا المجال.

فالمقصود «بخدمات استثمار أموال العملاء»: «هي تلك الأوعية التي تنشئها المصارف لغرض تجميع أموال عملائها فيها، ومن ثم تنميتها لهم عبر أساليب التوظيف المختلفة، وفي المقابل يأخذ المصرف عمولة أو مصاريف لقاء هذه الخدمة»^(٣).

فهذا التعريف يميز بين خدمات استثمار أموال العملاء ونوعين من الخدمات المصرفية، هما:

- (١) إدارة الاستثمارات د. محمد مطر، صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين د. منى قاسم ص ٤٦.
- (٢) وسيحدد المعنى المراد بكل مصطلح في محله المناسب، وسيكون في آخر البحث فهرس شامل لجميع المصطلحات الغربية.
- (٣) بتصرف من: «الإدارة العلمية للمصارف التجارية» د. صلاح الدين السيبي ص ٣٠، والودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية، محمد جلال سليمان ص ٢٤.

١ - الخدمات التي يقوم بها المصرف لإستثمار أمواله الخاصة، أو ما يسمى «محفظة المصرف»، فهذه لا تختص بالمستثمرين وإنما بالمساهمين^(١).

٢ - الخدمات التي يقدمها المصرف لعملائه لا لقصد الإستثمار وإنما لأغراض أخرى كالحسابات الجارية، والحوالات المصرفية، والبطاقات وغيرها^(٢).

وباستقراء الأعمال المصرفية، وأنواعها، من خلال التنظيم الهيكلي في المصارف والدارسات النظرية، يتبين أن خدمات استثمار أموال العملاء - وإن تعددت أشكالها ومسمياتها في المصارف - فهي ترجع إلى ثلاثة أنواع^(٣):

الأول: الحسابات الإستثمارية، وتسمى: «ودائع الإستثمار» والودائع لأجل أو بأجل.

الثاني: صناديق التوفير، وتسمى: «ودائع التوفير» و«حسابات التوفير» و«الودائع الادخارية».

الثالث: وهو أهمها: المَحَافِظُ الإستثمارية أو «صناديق الإستثمار».

وهذه الخدمات إنما هي مجرد أوعية لتجميع المدخرات ولا تمثل حقيقة العلاقة التعاقدية بين المصرف والأطراف المعنية، إذ تختلف

(١) «معايير احتساب الأرباح في البنوك الإسلامية» بحث: د. سامي حمود. مجلة دراسات اقتصادية إسلامية ٩٨/١/٤ إدارة البنوك د. زيادة رمضان ومحفوظ جودة ص ٨٠.

(٢) العمليات البنكية، جعفر الجزار ص ٥ - ٧، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ص: ح، ط، ي.

(٣) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ٥٠/٦، «آفاق الإستثمار» نشرة ربع سنوية تصدر عن البنك الأهلي التجاري ديسمبر ١٩٩٨ م. النقود والمصارف د. ناظم نوري الشمري ص ١٢٥، صناديق الإستثمار الإسلامية. عز الدين خوجه ص ١٥.

المصارف فيما بينها في الكيفية التي تتعامل بها في كل خدمة. ولتوضيح ذلك فإنَّ المصرف في هذه الخدمات وسيط بين طرفين^(١):
الأول: أرباب رؤوس الأموال، وسوف يصطلح على تسميتهم بالمستثمرين أو المودعين.

والثاني: الجهات التي يستثمر فيها المصرف تلك الأموال، وسوف يصطلح على تسميتها بـ«جهات التوظيف»^(٢).

فالمصرف في أدائه لهذه الخدمات يرتبط بعلاقتين:

الأولى: علاقة بينه وبين المستثمرين.

الثانية: علاقة بينه وبين جهات التوظيف.

ولا تحدد طبيعة العلاقة بين المصرف وكل من هاتين الجهتين بنوع الخدمة أو الوعاء الاستثماري، إذ لكل مصرف اصطلاحه وأسلوبه الخاص به.

ففي الحسابات الاستثمارية مثلاً تختلف طبيعة العلاقة التعاقدية بهاتين الجهتين في المصارف الإسلامية عنها في المصارف التقليدية، بل وتختلف بين المصارف الإسلامية ذاتها^(٣).

ولقد أوجب هذا التداخل في المسميات أن يتوجه النظر الشرعي في

(١) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ١٩٩/٦ - ٢٠٠. الاستثمار المصرفي، أمين مدني ص ١٥٠، صناديق الاستثمار الإسلامية. عز الدين خوجه ص ٦.

(٢) لقد تباينت تسميات الباحثين لهذين الطرفين (المستثمرين - جهات التوظيف) تبايناً كبيراً مما أوجد خلطاً كبيراً في المفاهيم لعدم الاتفاق على مصطلح موحد، والذي يميل إليه الباحث هو هذه التسمية لأنها أدل على المقصود من غيرها.

(٣) «الحسابات والودائع المصرفية» بحث للدكتور محمد علي القري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٧٣٦/١/٩ - ٧٤٣.

هذه الخدمات إلى طبيعة العلاقة فيها بغض النظر عن مسمى الوعاء، وذلك إنما يتم من خلال حصر أنواع الشهادات الاستثمارية التي تربط المصارف بالمستثمرين لتحديد نوع العلاقة الأولى، وحصر أساليب التوظيف لتحديد نوع العلاقة الثانية.

وبالاستقراء - ميدانيًا ونظريًا - للشهادات الاستثمارية التي تصدرها المصارف من خلال خدماتها الاستثمارية، نجد أنها - وإن تعددت صورها ومسمياتها بأسماء لا حصر لها - ترجع من وجهة النظر الشرعية إلى ثلاثة أنواع^(١):

- ١ - شهادات الوحدة الاستثمارية.
- ٢ - شهادات القيمة الاسمية.
- ٣ - سندات المقارضة.

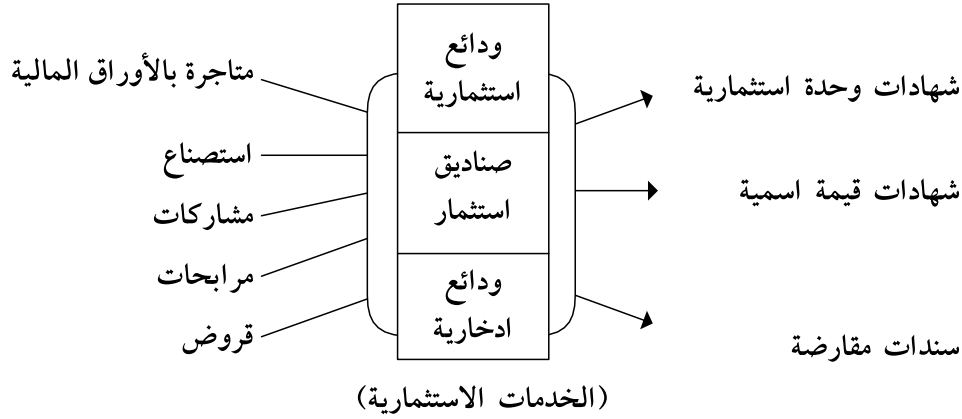
أما أساليب التوظيف، فهي لا تعدو في مجملها الأساليب الآتية:

- ١ - المتاجرة في الأوراق المالية.
- ٢ - عقود المرابحة.
- ٣ - عقود المشاركة.
- ٤ - عقود الاستصناع.
- ٥ - القروض^(٢).

وفيما يلي رسم بياني يبين دور الوساطة الذي يقوم به المصرف:

(١) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال د. منير هندي ص٩٦، أحكام الأسواق المالية د. محمد صبري هارون ص٣٠٦.

(٢) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ١٩٩/٦ - ٢٠٠، «الأهمية النسبية لطرق التمويل المختلفة في النظام المصرفي الإسلامي» بحث د. أوصاف أحمد، ضمن ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص١٣٤.



ويجدر التنبيه هنا إلى الفرق بين «خدمات الاستثمار» و«أدوات الاستثمار» فالتعبير الدارج عند كثير من الاقتصاديين هو «الأدوات»، إلا أن مفهوم الخدمات أعم، لأن الأداة الاستثمارية هي نفس الورقة المالية المتاجر بها، فالسهم، والسند، وشهادات الاستثمار، والاستصناع، والمرايحة. . إلخ كلها أدوات، فالصندوق الاستثماري مثلاً خدمة؛ وهو يحوي جملة الأدوات هذه، فمجال البحث ينصب على دراسة أصل هذه الخدمة وما تحويه من أدوات.

وقد وقع الاختيار على كلمة «خدمات» بدلاً من غيرها من الكلمات «كالأعمال» لأمرين أساسيين:

الأول: أن التنظيم التجاري الدولي يتجه نحو توحيد المصطلح في هذه الأعمال على لفظ «خدمات» حيث قسمت لوائح منظمة التجارة العالمية التجارة إلى قسمين: التجارة في السلع، وفي الخدمات، ويحتوي الفرع السابع من الأنشطة المراد بكلمة «خدمات» - وهي اثنا عشر فرعاً -: الخدمات المصرفية^(١).

(١) دليل الأعمال إلى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، مركز التجارة الدولية ص ٢٥٥، وتفرق المنظمة بين السلع والخدمات بأن «الخدمات غير محسوسة ولا مرئية، خلافاً للسلع التي تتصف بأنها محسوسة ومرئية، كما أن الخدمات خلافاً للسلع لا يمكن =

الثاني: أن هذا اللفظ يتوافق مع الأنظمة والتعليمات المصرفية الحديثة، حيث ألزمت جميع البنوك المحلية باستحداث إدارات مستقلة تحت مسمى «خدمات استثمار أموال العملاء» تُعنى بإنشاء المَحَافِظ الاستثمارية، وإدارة أموال المستثمرين^(١).

الفرع الأول: المَحَافِظ (الصناديق) الاستثمارية:

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: التعريف بالمحافظ (الصناديق) الاستثمارية:

يعرف صندوق الاستثمار - أو كما يسميه البعض: المحفظة الاستثمارية^(٢) - بأنه: «وعاء مالي تكوُّنه مؤسسة مالية متخصصة وذات دراية وخبرة في مجال إدارة الاستثمارات - بنك أو شركة استثمار مثلاً - وذلك بقصد تجميع مدخرات الأفراد، ومن ثم توجيهها للاستثمار في مجالات مختلفة، تحقق للمستثمرين فيها عائداً مجزياً وضمن مستويات معقولة من المخاطرة عن طريق الاستفادة من مزايا التنوع»^(٣).

وعرّف المنظم السعودي صندوق الاستثمار بأنه: «برنامج استثمار مشترك ينشئه البنك المحلي بموافقة من مؤسسة النقد العربي السعودي،

= تخزينها» دليل الأعمال ص ٢٥٥، هذه التفرقة تتوافق مع الاصطلاح الفقهي الذي يقسم الأشياء المعقود عليها إلى قسمين: الأعيان - وهي تقابل السلع، والمنافع وهي ما يقابل الخدمات. الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٦٣.

- (١) الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية، مؤسسة النقد العربي السعودي ص ٧٥.
- (٢) تسمى بعض البنوك هذه الأوعية بالصناديق وهو الأكثر، وبعض البنوك تسميها «المحافظ الاستثمارية» ومن ذلك على سبيل المثال: محفظة الأسهم الأمريكية، ومحفظة الأسهم الأوروبية، ومحفظة الأسهم اليابانية، ومحفظة الأسهم جنوب شرق آسيا. وهي من إصدارات بنك الرياض. انظر: إدارة المحافظ الاستثمارية ص ١٨٠.
- (٣) إدارة الاستثمارات د. محمد مطر ص ٧٧، وانظر: صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين د. منير هندي ص ١٢، الإدارة العلمية للمصارف التجارية، صلاح الدين السيسي ص ٢٤٤.

بهدف إتاحة الفرصة للمستثمرين فيه بالمشاركة جماعياً في نتائج أعمال البرنامج، وتتم إدارته من البنك مقابل أتعاب محددة^(١).

ويظهر بالمفهوم أعلاه أنّ الصندوق الاستثماري يعتبر أداة مالية مركبة، تعتمد على مبدأ التشكيل في الاستثمار، ومن ثم أطلق عليها «المحافظ الاستثمارية» إلماحاً إلى سمة التنوع، كما يطلق عليها «الصناديق» لِلحُظْ معنى التجميع والاستقلالية، لأن الفكرة التي يستند إليها نظام الصندوق هي الاستثمار بشكل جماعي في وعاء واحد، ولا فرق بين هذين المصطلحين في الأوساط المالية^(٢).

ويطلق على الصناديق الاستثمارية أيضاً: «الإصدارات الاستثمارية»، إلا أنّ بعض المؤسسات تفرّق بين هذين؛ بأن الإصدارات غالباً ما تكون قصيرة الأجل لا تستغرق مدة عام، كما أنها تكون مغلقة، وتشمل عمليات استثمارية محددة الخصائص المالية منذ بداية تكوينها، في حين تكون الصناديق مفتوحة وتتكون من عمليات متجددة أثناء فترة الصندوق، وتكون في الغالب في استثمارات متوسطة أو طويلة الأجل، ويعدّها لها مركز مالي دوري يوضح حساب الأرباح والخسائر^(٣).

وقد كان أول ظهور لفكرة صناديق الاستثمار في إنجلترا مع نهاية القرن الثامن عشر الميلادي، ثم انتقل هذا النظام إلى الولايات المتحدة الأمريكية حيث أنشأ الأمريكيون ما يعرف اليوم بالصناديق المفتوحة، ثم أخذت الصناديق تنتشر في أوروبا وغيرها من دول العالم حتى بلغ الحجم

(١) أولاً/أ من قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٣/٢٠٥٢، وتاريخ ٧/٢٤/١٤١٣هـ، الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية، من إصدار مؤسسة النقد العربي السعودي ص٧٤.

(٢) زكاة المشاركات في الصناديق والإصدارات، عز الدين خوجه ص٣٩، صناديق الاستثمار الإسلامية، له أيضاً ص١٥، صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين. د. منى قاسم ص٩٦.

(٣) زكاة المشاركات في الصناديق والإصدارات، عز الدين خوجه ص٤٤.

الراهن للصناديق الاستثمارية في العالم ما يزيد على خمسة تريليونات من الدولارات، تمثل نسبة ٥٠٪ منها في الولايات المتحدة الأمريكية فقط^(١).

وفي المملكة العربية السعودية ظهر أول صندوق استثماري في عام ١٩٧٩م، وهو صندوق الاستثمار قصير الأجل بالدولار الأمريكي للبنك الأهلي التجاري، ثم تطور الوضع في السنوات العشر الأخيرة حتى بلغت بنهاية عام ١٩٩٨م: ١١٤ صندوقاً استثمارياً يستثمر فيها أكثر من أربعة وعشرين بليون ريال، وعدد المستثمرين فيها يزيد عن سبعين ألف مستثمر^(٢)، ولم تحظ هذه الصناديق بتنظيم قانوني إلا منذ عهد قريب حين أخضعت جميع الصناديق الاستثمارية العاملة بالمملكة لرقابة مؤسسة النقد العربي السعودي بموجب قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم (٣/٢٠٥٢) وتاريخ ٢٤/٧/١٤١٣هـ الذي شمل عدداً من الموضوعات ذات العلاقة بتأسيس وإدارة وتسويق صناديق الاستثمار.

ولقد ساعد على انتشار صناديق الاستثمار بهذا الشكل السريع كونها تحقق عدداً من المزايا التي جعلتها أكثر جاذبية للمستثمرين من الأدوات الاستثمارية الأخرى ومن أهم هذه المزايا ما يلي:

١ - إدارة الأصول بواسطة خبراء متخصصين: وهذا يهيئ الفرصة لمن لديهم مدخرات ولا يمتلكون الخبرة الكافية لتشغيلها بأن يعهدوا بتلك المدخرات لفئة من الخبراء المحترفين في هذا المجال^(٣).

٢ - ملاءمة مقدرة المستثمرين: حيث إن الوحدات الاستثمارية ذات فئات

(١) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، محيي الدين إسماعيل ٢/٥٢٥. «ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية» بحث د. زينب السيد سلامة، مجلة الإدارة العامة، محرم ١٤٢٠هـ ص ٨١.

(٢) واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية، عياد المهلكي ص ٧٤ - ٧٧.

(٣) إدارة الاستثمارات، د. محمد مطر ص ٧٨.

مختلفة، فمنها الفئات الصغيرة والكبيرة، وهي بذلك تتناسب مع قدرات كافة المستثمرين^(١).

٣ - تنوع الاستثمارات، وتخفيض التكلفة: وتعتبر هذه من أهم مزايا الصناديق الاستثمارية وخاصة لصغار المستثمرين، حيث ينصح هؤلاء بالألا يستثمروا في ورقة مالية واحدة تصدرها منشأة معينة، فيفضل لهم التنوع الذي يوفر لهم حماية نسبية ضد تقلب القيمة السوقية لمكونات تلك المحفظة، ومثل هذا التنوع يصعب عليهم؛ لأنه ينطوي على شراء كميات كسرية من كل ورقة مالية (أقل من ١٠٠ سهم) مما يعني دفع سعر لشراء الورقة يفوق سعرها المعتاد، فإذا أريد تطبيق سياسة التنوع اقتضى ذلك توفير موارد مالية كبيرة لا تتحقق إلا بمثل هذه الصناديق^(٢).

٤ - تقليل مخاطر الاستثمار: في مقدمة مزايا صناديق الاستثمار قدرتها على تنوع التشكيلة التي يتكون منها الصندوق، بطريقة تسهم في تخفيض المخاطر التي يتعرض لها المستثمرون، فصندوق الاستثمار يحوي أوراقاً مالية لعشرات بل ربما لمئات المنشآت، بل وفي أقطار مختلفة، مما يقلص من تأثيرات التقلبات المفاجئة للورقة المالية^(٣).

٥ - سهولة الاشتراك والاسترداد: لأن إدارة الصندوق تقف على استعداد دائم لإعادة شراء الوحدات التي بيعت على المستثمرين، كما أن الاشتراك غير مقيد في حده الأقصى إذ يمكن للمستثمر إضافة أي مبالغ جديدة للاشتراك وفي الفترات التي يراها مناسبة^(٤).

-
- (١) واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية، عياد المهلكي ص ٢٥.
 (٢) صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين، د. منير هندي ص ١١.
 (٣) الإدارة العلمية للمصارف التجارية، صلاح الدين السيسي ص ٢٤٦.
 (٤) انظر: صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين د. منى قاسم ص ٤٦ - ٤٩.

المسألة الثانية: الخصائص العامة لصناديق الإستثمار:

تشترك صناديق الإستثمار في عدد من الخصائص والملامح العامة من أهمها:

الخاصية الأولى: صندوق الإستثمار بنيان اتحادي^(١):

من السمات العامة في الصناديق الإستثمارية أنها تتألف من اتحاد مجموعة من الشركات لتكون هيكلًا تنظيميًا متكاملًا^(٢). وهذه أبرز الأطراف المكونة للصندوق:

أولاً: مؤسس الصندوق:

يتولى إنشاء الصندوق عادة شركة مالية متخصصة في الإستثمارات سواء أكانت شركة مصرفية أم غير مصرفية^(٣)، إلا أنه وفي المملكة العربية السعودية بشكل خاص حدد القرار الوزاري صلاحية إنشاء الصناديق الإستثمارية للمصارف العاملة في المملكة^(٤)، وتسمى الجهة المؤسسة للصندوق: كفيل الإستثمار.

ثانياً: مدير الصندوق:

خلافًا للمساهمين في الشركات المساهمة، فإن المستثمرين في صناديق الإستثمار لا يحق لهم الاشتراك في إدارته، أو انتخاب مجلس الإدارة، أو التصويت في القرارات المتعلقة بالصندوق، وترتيباً على ذلك ليس للمستثمر المشاركة في إدارة الشركات التي يمتلك الصندوق أوراقها المالية.

(١) صناديق الإستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين، د. منير هندي ص ١٤.

(٢) صناديق الإستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين، د. منير هندي ص ١٤.

(٣) إدارة الإستثمارات، د. محمد مطر ص ٧٧.

(٤) أولاً/أ/ من قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٢٠٥٢/٣، وتاريخ ٧/٢٤/١٤١٣هـ.

وتلزم القوانين المصرفية الجهة المنشئة للصندوق بأن تعهد بإدارته إلى شركة مستقلة ذات خبرة ودراية في هذا المجال، ويطلق على هذه الشركة اسم «مدير الاستثمار»^(١).

إلا أن القرار الوزاري في المملكة حدد الكيفية التي تتم بها إدارة الصندوق بشكل مغاير بأن نص، على أن تتم إدارة الصندوق من البنك الذي أنشأه، «وأن تلتزم البنوك التي لديها صناديق استثمار بتأسيس إدارة خاصة بخدمات الاستثمار، من مهامها الإشراف على توظيف وإدارة أموال صناديق الاستثمار بصفتها مسؤولة عن إدارة أموال عملائها على أن تكون الإدارة المسؤولة عن هذه الصناديق مستقلة عن الإدارة المسؤولة عن استثمار الأموال الأخرى الخاصة بالبنك»^(٢).

وهذا يعني أن العلاقة في الصندوق الاستثماري في المملكة بين الصندوق والمستثمرين ثنائية، فالمصرف هو منشئ الصندوق ومديره في آن واحد، بينما في الأنظمة الأخرى تكون العلاقة ثلاثية: الجهة المنشئة، والمدير، والمستثمرون^(٣).

وتبين اللوائح والأنظمة الشروط اللازم توافرها في مدير الاستثمار، وحقوقه، وواجباته: أما الشروط فتؤكد على ضرورة أن يتوفر في المسؤولين عن إدارة الصناديق التأهيل المناسب، والخبرة اللازمة، ومشهود لهم بالأمانة والنزاهة.. إلخ^(٤).

-
- (١) صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين د. منير هندي، صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين د. منى قاسم ص ٧٣، الإدارة العلمية للمصارف التجارية ص ٢٤٥.
- (٢) ثانيًا/٢/ أ من قرار وزير المالية السابق، الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية، مؤسسة النقد العربي السعودي ص ٧٥.
- (٣) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال د. منير هندي ص ١٤١.
- (٤) «قواعد تنظيم صناديق الاستثمار»، مؤسسة النقد العربي السعودي ضمن كتاب، الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية ص ٧١، وانظر: المادة ١٦٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥/١٩٩٢ م.

وأما حقوق المدير وسلطاته، فتتمثل في اتخاذ جميع القرارات المتعلقة بإدارة الصندوق، ومن ذلك: وضع خطط الاستثمار، والنهوض بالنشاط اللازم لتحقيق هذا الغرض وإصدار الأوامر إلى أمين الاستثمار بتنفيذ بيع وشراء الأوراق المالية المكونة لمحفظة الصندوق دون أدنى تدخل من جانب المستثمرين، وتقييم الوحدة الاستثمارية وأصول الصندوق، ومقدار السيولة التي يلزم الاحتفاظ بها، والأرباح القابلة للتوزيع إلى غير ذلك مما له علاقة بالسياسة الاستثمارية في الصندوق، وفضلاً عن ذلك فإنَّ المدير يحق له بشكل تلقائي ممارسة حقوق التصويت التي تخوّلها له الأسهم المكونة لمحفظة الصندوق دون الحاجة إلى توكيل من المستثمرين^(١).

وأما الواجبات والمسؤوليات المناطة بمدير الصندوق فمن أهمها^(٢):

- أ - أن يكون نشاطه موجّهاً لحساب المستثمرين، وأن ينحصر في نطاق مصلحتهم المحضة.
- ب - الاحتفاظ بحسابات وسجلات مستقلة للصناديق خارج ميزانية البنك.
- ج - الاحتفاظ بنسبة كافية من السيولة لمواجهة طلبات استرداد القيمة.
- د - الحرص على تنوع مكونات المحفظة وفق المعايير المثلى للاستثمار، وبالتالي تضع اللوائح والأنظمة حدوداً علياً للنسب التي يحق لمدير الصندوق امتلاكها من أوراق منشأة واحدة، وذلك بهدف تقليل المخاطر من جهة، ومنع سيطرتها على الشركات الأخرى من جهة ثانية^(٣).

(١) «ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية» بحث د. زينب سلامة، مرجع سابق ص ٩٥.

وانظر: ملحق النماذج: «صندوق الأهلي المأمون للأسهم العالمية»، «صندوق الراجحي للأسهم المصرية».

(٢) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال، د. منير هندي ص ١٥٨.

(٣) الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية، مؤسسة النقد العربي السعودي ص ٧٢، وانظر: =

هـ - يتحمل مدير الصندوق المسؤولية الكاملة تجاه المستثمرين والسلطات الرقابية، فإذا أخل بتلك المسؤولية فإنه يتحمل تبعات ذلك، وصور الإخلال التي يقع فيها مدير الصناديق كثيرة يأتي في مقدمتها: سوء توزيع الاستثمار في الأوراق المالية بما يتعارض مع سياسة توزيع المخاطر، أو إبرام صفقات لاعتبارات شخصية، أو القيام بأعمال المضاربة غير المشروعة^(١)، أو ارتكاب الغش والتدليس مهما كانت درجة هذا التدليس، حتى إن مجرد السكوت عن أية بيانات أو معلومات؛ يوجب القرار أو نظام الصندوق تبيانها، يعتبر غشاً يستحق المسؤولية^(٢).

ومما هو جدير بالاعتبار أن التزام المدير في هذا الخصوص هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية، لأن نتيجة الاستثمار تتوقف على اعتبارات خارجية كالحالة الاقتصادية وعوامل العرض والطلب وغيرها مما هو خارج عن قدرة المدير^(٣)، إلا أن العناية المطلوبة من مدير الصندوق وفقاً للاتجاهات الحديثة في المسؤولية المصرفية هي عناية الشخص المحترف، وهذا الوصف يشدد عليه في التزاماته وفي معيار مساءلته، لأنه تاجر محترف ومتخصص ينتظر منه ما لا ينتظر من شخص عادي، ولو كان حريصاً، لأنه مهياً لخدمة أعلى وأكثر دقة وتميزاً بما لديه من إمكانيات مادية وبشرية^(٤).

- = المادة ١٤٣ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري السابق، و«أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال» د. منير هندي ص ١٤٣.
- (١) سبق في المبحث الأول تعريف المضاربة عند الاقتصاديين والفرق بينها وبني الاستثمار انظر: ص ٦١.
- (٢) «ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية» بحث د. زينب سلامة، مرجع سابق ص ١٠٤.
- (٣) «ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية»، مجلة الإدارة العامة ١٠٤/١/٢٩.
- (٤) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٢٢.

ثالثاً: أمين الاستثمار:

أمين الاستثمار مؤسسة مالية - وفي الغالب تكون مصرفاً - يكون من مهامها حفظ الأصول التي تتكون منها محفظة الاستثمار، وتنفيذ التعليمات الصادرة من مدير الصندوق بشأن الصكوك المالية المودعة لديه من بيع وشراء واستبدال وغير ذلك، كما يعهد إليه بتسوية العلاقات المالية التي تنشأ بين مدير الاستثمار والمستثمرين.

ومن المهام الرئيسة المنوطة بأمين الاستثمار مراقبة مدير الصندوق ومتابعته في تنفيذ السياسة الاستثمارية المثلى.

ويتقاضى أمين الاستثمار عمولة تتحدد على شكل نسبة مئوية من القيمة السوقية لصافي أصول الصندوق^(١).

وتتجه معظم الأنظمة إلى إلزام الصندوق بأن يكون الأمين جهة مستقلة عن المدير، إلا أن النظام السعودي لم يأخذ بهذا الاعتبار، فللمصرف المؤسس أن يتولى حفظ الأوراق المالية الخاصة بالصندوق بجانب إدارته له، مع مراعاة أن تكون أموال الصندوق وحقوقه مفرزة عن أموال المصرف الخاصة به، وأن يفرد للصندوق حسابات مستقلة عن الأنشطة الأخرى أو ودائع العملاء^(٢).

رابعاً: مستشار الاستثمار:

وهو مؤسسة أو هيئة مالية متخصصة في مجال الاستثمار والتحليل المالي، يعينها مدير الاستثمار لتقديم النصح والمشورة له في إدارة الصندوق وتشكيل المحفظة الاستثمارية المثلى. ويمكن أن يكون مستشار

(١) إدارة الاستثمارات ص ٧٩، «ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية»، مجلة الإدارة العامة ١٠٤/١/٢٩ وانظر: ملحق النماذج: نموذج صندوق مؤشرات الأسهم العالمية بالبنك السعودي البريطاني.

(٢) رابعاً/أ/١ من قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني، الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية ص ٧٢.

الاستثمار فردًا أو هيئة، إلا أن الغالب أن تسند هذه المهمة إلى بنوك دولية ذات باع طويل في هذا المجال^(١).

خامسًا: وكيل البيع:

وهو مؤسسة مالية (بنك أو شركة استثمار) يعهد إليها بتوزيع شهادات الاستثمار التي يصدرها الصندوق، وتسويقها على المكتتبين في بداية الصندوق بالسعر الوارد بنشرة الاكتتاب، أي أن مهمته هي إيجاد السوق الأولي^(٢) لشهادة الاستثمار، وقد تتجاوز مهمة الوكيل ذلك بضمان تصريف جميع أو بعض الكمية المقرر إصدارها، أو يقوم بشرائها ثم بيعها على المكتتبين، وبالتالي يخرج عن كونه مجرد وكيل إلى كونه كفيلاً^(٣).

وفي الدول التي تكون سوق أوراقها المالية صغيرة - كما هو الحال في المملكة ومعظم الدول العربية - تتولى الجهة المنشئة توزيع شهاداتها بنفسها.

الخاصية الثانية للصندوق: استقلالية صندوق الاستثمار:

تشارك صناديق الاستثمار في أن لكل منها ذمة مالية مستقلة عن الجهة التي أنشأتها، ولذلك فإن البنك المنشئ يلزم بإعداد ميزانية للصندوق خارج ميزانية البنك^(٤)، إلا أن ثمة اتجاهين في التعبير القانوني عن هذا التكوين الجديد.

ففي الاتجاه الأول: لا يعتبر الصندوق كيانًا قائمًا بذاته، حتى وإن

(١) إدارة الاستثمارات ص ٧٩.

(٢) يقصد بالسوق الأولي السوق الذي تطرح فيه الورقة المالية لأول مرة تمييزًا له عن السوق الثانوي الذي يتم فيه تداول الورقة المالية.

(٣) الأوراق المالية وأسواق رأس المال ص ٨٧.

(٤) انظر: المادة ٥/ب/١ من قرار وزير المالية، وفيه: «لا يجوز إدخال حسابات الصندوق في ميزانية البنك، وعلى البنك إبقاؤها خارج الميزانية العمومية للبنك».

كانت حساباته وميزانيته منفصلة عن جهة التأسيس، وهذا الاتجاه يقوم على مبدأ العقد لا على مبدأ النظام، بمعنى أن يظل الصندوق تنظيمًا عقديًا بين البنك والمستثمرين^(١).

وقد تبنى هذا الاتجاه المقرر السعودي الذي لم يعترف للصناديق شخصية مستقلة عن البنك الذي قام بإنشائها، وإنما هي «مجرد اتفاقية تعاقدية ثنائية بين الطرفين: البنك باعتباره منشئًا للصندوق ومديرًا له في آن واحد، والمستثمرين»^(٢)، وبناءً عليه فلا تثبت ملكية أصول الصندوق للصندوق ذاته؛ لانعدام شخصيته المعنوية، وإنما تثبت للمستثمرين فيه على أساس جماعي^(٣).

وفي الاتجاه الثاني: يتخذ صندوق الاستثمار شكل «شركة استثمارية» بكيان قانوني، وشخصية معنوية منفصلة تمامًا عن جهة التأسيس، ويكون لشركة صندوق الاستثمار ذمة مالية مستقلة عن الشركة الأم، ولها مجلس إدارة يتم تعيين أعضائه أو معظمهم من قبل الجهة المنشئة، ويتولى مجلس إدارة شركة صندوق الاستثمار تعيين الجهة التي سيتم استئجارها لتتولى إدارة الاستثمار (مدير الاستثمار).

وهذا الاتجاه هو المعمول به في معظم الدول^(٤).

(١) ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية ص ٨٤، وانظر: نماذج صناديق شركتي الأمين والتوفيق ضمن كتاب «زكاة المشاركات في الصناديق والإصدارات» ص ٤١ - ٤٥.

(٢) رابعًا/ ط - من قرار وزير المالية. الأنظمة والتعليمات المصرفية ص ٧٢.

(٣) رابعًا/ أ/ من قرار وزير المالية السابق. الأنظمة والتعليمات المصرفية ص ٧٢.

ويشبه النظام السعودي في هذا النظام الألماني والسويسري حيث يرتبط البنك بالصندوق بصفة تعاقدية لا بصفة تنظيمية.

(٤) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ٤٩، ٤٧، ١٣، وانظر: المادة ٣٥ من القانون المصري رقم ١٩٩٢/٩٥م في شأن سوق رأس المال، والمادة ٣٥ من القانون رقم ١٩٩٢/٩٥ بشأن سوق رأس المال المصري. وقد أخذ بهذا الاتجاه بعض الشركات المحلية، انظر: ملحق النماذج: نموذج صندوق الراجحي للملاحة الدولية.

الخاصية الثالثة: الملكية الجماعية لأصول الصندوق:

إن مما يميز صناديق الاستثمار أن الأصول المكونة له مملوكة بشكل جماعي للمستثمرين أي أن لكل منهم حصة مشاعة من صافي تلك الأصول، ولا ينفرد أي مستثمر بملكيتها الخاصة للأموال التي ترد عليها تلك الملكية الجماعية، لأن كل واحد منهم فَقَدَ كل حق ينبني على حصته النقدية التي ساهم بها، في مقابل تمتعه بمجرد حق في استغلال المال المشترك والحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عن هذا الاستغلال ولا يعود إليه حقه العيني إلا بعد حل الصندوق، وتصفية أمواله وقسمتها، أو بعد بيعه لحصته في الصندوق^(١).

ولذلك فإنه يتم تقسيم الصندوق الاستثماري من حين الاكتتاب إلى وحدات متساوية القيمة، تسمى كل منها: «وحدة استثمارية»، ومجموع تلك الوحدات يكوّن الأصول الصافية للصندوق.

إن خاصية الملكية الجماعية للمستثمرين تفرض أن ينظر إلى هؤلاء المالكين باعتبارهم جماعة، ولا ينظر إلى كل واحد منهم باعتباره مرتبطاً بصفته الفردية مع الصندوق، وبالتالي فليس لمدير الصندوق أن يمايز بين المستثمرين، أو أن يستثني بعضهم من بعض الالتزامات، أو أن يمنحه شيئاً من الصلاحيات إلا وفق ما يقره النظام الأساسي للصندوق.

ولا تتفق كل الأنظمة في الأخذ بهذا المبدأ، ففي بعض القوانين ثبتت ملكية الصندوق وفقاً لما يعرف بمبدأ «الترست» الذي يعتمد على الملكية المركبة لأصول الصندوق فيثبت ملكية قانونية للأمين، وملكية إنصافية للمستفيد، وبعض القوانين يعتمد فكرة الملكية الائتمانية، بمعنى أن شركة الإدارة لها الحق في ملكية الصندوق في مقابل تمتع المستثمرين بالأرباح^(٢).

(١) «ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية» ص ٨٣.

(٢) «ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية» ص ٨٣.

أما المقرر السعودي فقد نص على الأخذ بمبدأ الملكية الجماعية للمستثمرين، ففي المادة الرابعة من القرار الوزاري: «أصول الصندوق تعتبر ملكاً للمستثمرين ولا يحق للبنك الذي يدير الصندوق ادعاء ملكيتها. . ويعتبر صافي أصول الصندوق ملكاً لجميع المستثمرين على أساس جماعي، ويقوم المصفي في حالة التصفية بتوزيع صافي الأصول فيما بين المستثمرين كل حسب نصيبه»^(١).

ومن لازم ذلك أن يفصح البنك عن أية أموال يقدمها للصندوق، فهي إما أن يقدمها باعتباره مقرضاً أو مستثمراً، وفي الحال الثانية تطبق عليه نفس الشروط والأوضاع والحقوق التي تطبق على المستثمرين الآخرين^(٢).

المسألة الثالثة: تصنيف المحافظ الاستثمارية:

تصنف المحافظ الاستثمارية وفق أسس واعتبارات متعددة، وفيما يلي أهم تلك الاعتبارات التي تصنف عليها المحافظ:

أولاً: تصنيفها من حيث مكوناتها:

تنقسم صناديق الاستثمار بحسب نوعية الأدوات الاستثمارية المكونة لها إلى القسمين الآتيين^(٣):

القسم الأول: صناديق الاستثمار الحقيقية:

يعتبر الاستثمار حقيقياً «متى وفر للمستثمر الحق في حيازة أصل حقيقي، كالعقار والسلع والمعادن ونحوها، ويقصد بالأصل الحقيقي: كل أصل له قيمة اقتصادية في حد ذاته».

(١) رابعا/أ/٧٢ من قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني، الأنظمة والتعليمات المصرفية بالمملكة العربية السعودية ص٧٩.

(٢) رابعا/ح/ من قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني، الأنظمة والتعليمات المصرفية ص٨٢.

(٣) إدارة الاستثمارات ص٦٣، الاستثمار في الأسهم والوحدات والصناديق الاستثمارية بحث د. منذر قحف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٤/٢/٩.

فالعقار مثلاً أصل، وكذلك السهم، لكن بينما يعتبر الأول أصلاً حقيقياً لا يعتبر الثاني كذلك بل يعتبر أصلاً مالياً، وذلك لأن السهم لا يرتب لحامله حق حيازة أصل حقيقي، وإنما هو ادعاء فقط، يرتب له الحصول على عائد هذا الأصل، أما شهادة السهم التي يحوزها المستثمر فهي بحد ذاتها بلا قيمة، وإنما تستمد قيمتها من قيمة الأصول الحقيقية في الشركة مصدرة السهم^(١).

ويطلق على الاستثمارات الحقيقية: الاستثمارات المباشرة^(٢).

وتتنوع صناديق الاستثمار الحقيقية إلى أنواع كثيرة بحسب الأصل المستثمر فيها، ومن الأمثلة عليها:

- صناديق الاستثمار العقارية، وهي المتخصصة في العقارات بيعاً وشراءً وتأجيراً^(٣).

- صناديق المراهنة بالسلع والبضائع، وهي التي تستثمر في سلع معينة، وغالباً ما تكون هذه السلع من السلع المتداولة في أسواق المال العالمية كالقطن والنفط والسكر وغيرها^(٤).

- صناديق الاستثمار في سوق الصرف الأجنبي والمعادن الثمينة^(٥).

(١) إدارة الاستثمارات ص ٦٣.

(٢) الاستثمار في الأسهم والوحدات والصناديق الاستثمارية. مرجع سابق ٩/٢/٢٤.

(٣) واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية ص ١٩، ومن أمثلتها: صندوق الفلاح العقاري، صندوق الراجحي للتأجير المتنوع، انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ٣٢٧/٢، ٣٨٤، وصندوق المدينة المنورة «شركة التوفيق لصناديق الاستثمار» انظر: زكاة المشاركات في الصناديق والإصدارات ص ٥٦.

(٤) ومن الأمثلة عليها: صندوق ساميا ٤، صندوق الاستثمار التجاري بالريال بينك الرياض، صندوق المضاربة الشرعية بالبضائع، بشركة الراجحي المصرفي للاستثمار. انظر: ملحق النماذج.

(٥) إدارة الاستثمارات ص ٧٣، ومن أمثلتها: صندوق الاستثمار متعدد العملات بالبنك الأهلي التجاري. انظر: ملحق النماذج.

القسم الثاني: صناديق الإستثمارات المالية:

وهو أشهر هذين النوعين، بل لا يكاد كثير من الباحثين يذكر من أنشطة الصناديق الاستثمارية سوى هذا النوع^(١)، وتحظر قوانين بعض الدول استثمار الصندوق في غير هذا المجال^(٢).

وتشمل الاستثمارات المالية: الاستثمار في سوق الأوراق المالية، حيث يترتب على عملية الاستثمار فيها حيازة المستثمر لأصل مالي غير حقيقي، يتخذ شكل سهم أو سند أو شهادة إيداع.. إلخ^(٣).

وتنقسم صناديق الاستثمارات المالية وفقاً لنوع الورقة المالية المستثمر بها إلى قسمين^(٤):

أ - صناديق الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال.

ب - صناديق الأوراق المالية المتداولة في سوق النقد.

وتشمل صناديق الأوراق المالية المتداولة في سوق رأس المال عدداً من الأوراق التي تمتاز بأنها طويلة الأجل، ومن أهم هذه الصناديق:

١ - صناديق الأسهم: وتهدف هذه الصناديق إلى بناء تشكيلة من الأسهم في بلد معين أو منطقة محددة، أو في قطاع معين، كصناديق الأسهم السعودية، والأوروبية، واليابانية، أو الأسهم الزراعية وغيرها^(٥)، وقد تعتمد إدارة الصندوق إلى بناء تشكيلة من الأسهم من ذات التشكيلة

(١) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال. ص ١٠١.

(٢) صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين ص ١٦٨.

(٣) إدارة الاستثمارات ص ٦٤.

(٤) الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات د. حسني خريوش وزملاؤه ص ٣٢، واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية. عياد المهلكي ص ١٩.

(٥) انظر: على سبيل المثال: صندوق الأهلي للمتاجرة بالأسهم الأوروبية، صندوق الراجحي للأسهم العالمية، انظر: ملحق النماذج.

التي يتكون منها مؤشر السوق ويطلق على هذا النوع: صناديق المؤشر^(١).

٢ - صناديق السندات: وهي تلك الصناديق التي تقتصر على الاستثمار في السندات فقط، وتهدف إلى توفير إمكانية المكاسب الرأسمالية للسند مع إعادة استثمار الدخل المتحصل من الاستثمار في السندات^(٢).

٣ - الصناديق المتوازنة: وتشتمل هذه الصناديق على مزيج من أسهم عادية، وأوراق مالية أخرى ذات دخل ثابت محدد، مثل السندات التي تصدرها الحكومة، ومنشآت الأعمال، والسندات القابلة للتحويل إلى أسهم عادية والأسهم الممتازة^(٣).

وأما صناديق الأوراق المالية المتداولة في سوق النقد، والمعروفة بصناديق سوق النقد، فهي صناديق مكونة من تشكيلة من الأوراق المالية قصيرة الأجل، لا تتجاوز مدتها غالباً سنة، ويتم تداولها في سوق النقد، وهي السوق التي تنشئها المصارف التجارية فيما بينها وغيرها من المؤسسات المالية، ومن أمثلتها:

شهادات الإيداع المصرفية القابلة للتداول، وأذونات الخزينة، والكمبيالات والقبولات البنكية^(٤).

(١) ومن أمثلتها: صناديق مؤشرات الأسهم الأوروبية والأمريكية واليابانية والآسيوية التي يصدرها البنك السعودي البريطاني انظر: ملحق النماذج.

(٢) ومن أمثلتها: صندوق السندات بالدولار الأمريكي بالبنك الأهلي التجاري، صندوق السندات الدولي ببنك الرياض، وغيرها، انظر: ملحق النماذج.

(٣) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ١٢٣، ومن أمثلتها صندوق سامبا للاستثمارات الدولية المتوازنة.

(٤) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ١١، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٨٤، ومن أمثلتها: صندوق السنبلة بالبنك السعودي المتحد، وصندوق الاستثمار التجاري ببنك الرياض.

ثانياً: تصنيفها من حيث القابلية لدخول أعضاء جدد:

تنقسم الصناديق الاستثمارية وفقاً لقابليتها للتوسع في رأس المال، وزيادة عدد المستثمرين، إلى النوعين الآتيين:

أ - صناديق الاستثمار المفتوحة:

وهي تلك الصناديق ذات رؤوس الأموال المتغيرة، والتي تزداد وحداتها بإنشاء وحدات جديدة، أو تنقص باسترداد المستثمرين لبعض أو كل وحداتهم.

أي أن هذه الصناديق تقوم على حرية دخول وخروج المستثمرين فيها، ومن ثم ليس لها رأس مال محدد، أو عمر زمني محدد، وإنما يتم الاشتراك والاسترداد منها بصفة دورية يومية أو أسبوعياً أو شهرياً طبقاً لما تنص عليه اتفاقية الصندوق^(١).

وعلى عكس صناديق الاستثمار المغلقة، فإن وحدات الصناديق المفتوحة غير قابلة للتداول بين الأفراد بل تقف إدارة الصندوق نفسها على استعداد دائم لإعادة شراء ما سبق أن أصدره من وحدات، أو لإصدار المزيد منها لتلبية احتياجات المستثمرين، وبالتالي فليس لوحدة الصناديق المفتوحة قيمة سوقية مقومة بالعرض والطلب، إذ لا مجال للمساومة فيها، وإنما تتحدد قيمتها بقسمة قيمة الأصول الصافية للصندوق على عدد الوحدات.

ويتم تحديد قيمة الأصول الصافية على أساس القيمة السوقية للأوراق المالية المكونة للصندوق وقت إجراء الحساب^(٢).

(١) إدارة الاستثمارات ص ٨١، الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية بالمملكة العربية السعودية ص ٧٦.

(٢) متطلبات العرض والإفصاح للبيانات المالية الخاصة بصناديق الاستثمار، تعميم من مؤسسة النقد العربي السعودي لجميع البنوك ص ٧، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ١١٤.

وتشكل صناديق المفتوحة ما نسبته ٩٥٪ من الصناديق الاستثمارية العالمية في الوقت الحاضر، كما أن معظم الصناديق العاملة في المملكة هي من هذا النوع^(١).

ب - صناديق الاستثمار المغلقة:

يراد بالصناديق المغلقة تلك الصناديق التي يكون عدد الوحدات فيها ثابتاً لا يتغير، ويكون لها هدف معين، وأجل محدد، تنتهي بانتهائه، ويتم إنشاؤها من خلال فتح باب الاكتتاب لفترة محددة لجمع رأس المال المطلوب للصندوق، ثم إنه يغلق بعد ذلك، فلا يحق لإدارة الصندوق بعد انتهاء مرحلة الاكتتاب أن تطرح وحدات جديدة^(٢).

وعلى عكس الصناديق المفتوحة لا تلتزم إدارة الصناديق المغلقة بإعادة شراء وحداتها إذا ما رغب حاملها في التخلص منها، لذا فإن وحدات هذه الصناديق تكون قابلة للتداول بين الأفراد [المستثمرين] أنفسهم، ولتحقيق ذلك يتم تسجيل وحدات الصندوق في سوق الأوراق المالية بحيث يمكن تداولها بيعاً وشراءً، وفي بعض الأحيان تنظم إدارة الصندوق سوقاً ثانوية داخلية يتم من خلالها تداول الوحدات بين الراغبين في الدخول والراغبين في الخروج^(٣).

وعلى ذلك فإن القيمة السوقية للوحدة الاستثمارية في الصناديق المغلقة لا تتحدد بالقيمة الصافية لأصول الصندوق، وإنما بقيمتها البيعية التي قد تكون أقل أو أكثر من القيمة الحقيقية، وقد تستعين إدارة الصندوق

(١) ومن أمثلتها: صناديق سامبا، وصناديق الراجحي للأسهم العالمية، والمصرية، والمضاربة بالبضائع وغيرها، انظر: ملحق النماذج.

(٢) ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٨٩، الإدارة العلمية للمصارف التجارية ص ٢٤٨.

(٣) إدارة الاستثمارات ص ٨١، صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين ص ١٨.

في بعض الأحيان بقيمة صافي الموجودات في تحديد قيمتها السوقية^(١).
وتصنف معظم صناديق الاستثمار المغلقة على أنها استثمارات
متوسطة أو طويلة الأجل، يتراوح عمرها بين (٣ - ٥) سنوات، أو أكثر
من ذلك، كما أنها في الغالب توجه استثماراتها في الأصول ذات السيولة
المنخفضة^(٢).

ثالثاً: تصنيفها وفقاً لأغراض المستثمرين:

تصنف صناديق الاستثمار من حيث الهدف من الاستثمار إلى ثلاثة
أنواع^(٣):

أ - صناديق النمو:

ويقصد منها تحقيق مكاسب رأسمالية تؤدي إلى نمو رأس مال
الصندوق، أي أنه لا يكون الهدف منها الحصول على عائد منتظم بقدر ما
هو التقلبات الحادثة في القيمة السوقية للأدوات الاستثمارية المكونة لها،
والتي غالباً ما تكون أسهمًا ذات مخاطر مرتفعة.

ب - صناديق الدخل:

وتستهدف هذه الصناديق الحصول على عائد دوري للمستثمرين، لذا
تتضمن تشكيلاتها عادة على السندات، أو أسهم منشآت كبيرة ومستقرة،
وتوزع الجانب الأكبر من الأرباح المتولدة.

(١) متطلبات العرض والإفصاح للبيانات المالية الخاصة بصناديق الاستثمار، ص ٧.

صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين ص ١٩.

(٢) الاستثمار والخدمات المصرفية الخاصة، من إصدارات شركة الراجحي المصرفية
ص ٤، ومن الأمثلة عليها: صندوق سامبا المغلق للمستثمرين الأجانب، صناديق شركة
الأمين للأوراق المالية والصناديق الاستثمارية، انظر: زكاة المشاركات في الصناديق
والإصدارات ص ٤١، وصندوق الراجحي للاستثمارات المحلية، والملاحة الدولية،
والتأجير المتنوع وغيرها. انظر: قرارات الهيئة الشرعية ٣١٤/٢، ٣٤٠، ٣٨٤.

(٣) الإدارة العلمية للمصارف التجارية ص ٢٤٨.

ج - صناديق الدخل والنمو:

وهي صناديق تجمع بين أهداف النوعين السابقين، وتتكون من تشكيلة من الأسهم العادية، والأوراق المالية ذات العائد الثابت، (الصناديق المتوازنة)^(١).

رابعاً: تصنيفها من حيث الضمان:

تنقسم صناديق الاستثمار من حيث ضمان رأس المال إلى قسمين:

أ - صناديق الاستثمار المضمونة:

وفيها يلتزم المدير بضمن سلامة رأس المال المستثمر، أو نسبة منه، أو سلامته مع نسبة محددة من العائد، خلال الدورة الواحدة للصندوق، متحماً بذلك وحده مخاطر الخسارة التي قد تصيب رأس المال، وذلك مقابل حصوله على عمولة أعلى من النسبة المعتادة إذا ما تجاوزت نسبة العائد المحقق من الصندوق رقمًا معيناً يطلق عليه عادة مصطلح «نقطة القطع»^(٢).

ب - صناديق الاستثمار غير المضمونة:

ويقصد بها تلك الصناديق التي يكون مستوى المخاطرة بالنسبة للمستثمر فيها مطلقاً بلا حدود، أي أن المساهم فيها ليس معرضاً لخسارة العائد فقط، بل وحتى رأس المال أو بعضه.

ومعظم الصناديق الاستثمارية من هذا النوع الثاني، وإذا لم تنص اتفاقية الاكتتاب في الصندوق على الضمان فالأصل هو عدمه^(٣).

(١) صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين ص ٣٩.

(٢) ومن أمثلتها: مجموعة صناديق الاستثمار المضمونة بالبنك العربي الوطني، انظر: ملحق النماذج.

(٣) إدارة الاستثمارات ص ٨٢.

المسألة الرابعة: آلية الاستثمار في المحافظ الاستثمارية:

يمر الاستثمار في المحافظ الاستثمارية بسلسلة من الإجراءات والمراحل لتحقيق الهدف منه، بدءًا من قرار اختيار الصندوق الأمثل، وحتى انتهاء الصندوق وتصفيته.

وفيما يلي بيان تسلسلي بالآلية والمراحل التي يمر بها الاستثمار بالصندوق وأهم عوامل ومتطلبات كل مرحلة:

١ - اختيار الصندوق:

تحرص البنوك على طرح أنواع متعددة من الصناديق الاستثمارية لتتوافق مع أكبر قدر من رغبات المستثمرين، ويتأثر اختيار المستثمر من بين هذه الصناديق على عاملين أساسيين:

الأول: مدى موافقتها لمبادئ الشريعة الإسلامية، وفي هذا الصدد نجد أن البنوك - حتى البنوك التقليدية - تتنافس فيما بينهما، في اختيار تشكيلة الصندوق متلائمة - من وجه نظر البنك - مع أحكام الشريعة، بحيث يتجنب الاستثمار في السندات أو سوق النقد أو أسهم الشركات ذات الأنشطة المحرمة، أو ضمان رأس مال المستثمر، وهذه البادرة - من وجهة نظر الباحث - خطوة في الاتجاه الصحيح فهي على أقل الأحوال خير من نظام الفائدة المعمول به في الودائع.

إلا أن مدى قابلية المستثمرين لهذه الفكرة يرتبط أساسًا بثقتهم في إدارة البنك، وقدرتها على تمييز الضوابط الشرعية للاستثمار المشروع، وفي هذا الصدد لا يلحظ توجه لدى إدارات الخدمات الاستثمارية في البنوك لتكوين هيئات للرقابة الشرعية إلا في عدد محدود منها.

العامل المؤثر الثاني: مدى قدرة الصندوق على تحقيق التوازن بين المخاطر والعائدات، وفي هذا الصدد يربط الاقتصاديون بين عنصري العائد والمخاطرة بعلاقة طردية، فكلما ارتفع طموح المستثمر لتحقيق عائد أعلى

فعليه أن يعد نفسه لتحمل درجات أعلى من المخاطرة، والعكس بالعكس. لذا يفضل كثير من المستثمرين الاستثمار في الأسهم لوفرة عائدها، إلا أن درجة المخاطرة فيها مرتفعة أيضًا، والبعض يفضل السندات التي تقل فيها درجة المخاطرة، إلا أن العائد المترتب عليها قليل، وهذا يرجع حقيقة إلى شخص المستثمر ومدى حساسيته للمخاطرة بماله.

ويقصد بالمخاطرة: احتمال اختلاف عائد الاستثمارات الفعلي عن عائدها المتوقع^(١).

وأهم العوامل المؤثرة في سوق الأوراق المالية هو ما يعرف بـ«أسعار الفائدة» الذي تحدده البنوك المركزية، فمن المقرر - اقتصاديًا - أن اقتصاديات الدول تمر بدورات منتظمة من الانتعاش يتلوها الركود. وهكذا. فخلال فترة الانتعاش ترتفع أسعار الفائدة، مما ينعكس سلبيًا على أسعار السندات، في الوقت الذي تتحرك فيه أسعار الأسهم باتجاه معاكس لحركة السندات، إذ تصل أسعارها إلى أعلى مستوى لها قبيل وصول النشاط الاقتصادي إلى قمة الانتعاش، وتنقلب الصورة بشكل عكسي في حال الركود الاقتصادي، إذ ترتفع السندات وتنخفض وهذا ما يجعل المستثمرين في حالة متابعة مستمرة لتقلبات معدلات الفائدة في البلد التي يستثمر فيها^(٢).

٢ - الاشتراك في الصندوق:

وفقًا للأحكام والقوانين المصرفية فإن البنك المؤسس للصندوق يلتزم بإصدار اتفاقية تتضمن وصفًا عامًا للصندوق المكتتب فيه، من حيث نوعه، وكيفية إدارته، ودرجة المخاطرة فيه، وكيفية تقييم الوحدات الاستثمارية،

(١) ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية. مرجع سابق ص ٨٥.

وانظر: إدارة الاستثمارات ص ٤٠.

(٢) إدارة الاستثمارات ص ٢٢٢.

ومدى قابليتها للاسترداد، وعملة الصندوق.. إلخ^(١).

وتتضمن اتفاقية الاشتراك سعر الوحدة الاستثمارية عند بداية الصندوق، والحد الأدنى من عدد الوحدات التي يلتزم الاكتتاب بها للاشتراك المبدئي، والحد الأدنى من عدد الوحدات اللازمة للاشتراك الإضافي، وهي عادة تكون أقل من الأولى، والحد الأدنى من الوحدات التي يلزم الاحتفاظ بها مدة الاشتراك في الصندوق.

وفي صناديق الاستثمار المغلقة تحدد فترة معينة للاكتتاب تنتهي قبل البدء باستثمار الأموال فعلياً، ولا تقبل الاشتراكات بعد ذلك، بينما في صناديق الاستثمار المفتوحة يكون الاشتراك مفتوحاً طيلة عمر الصندوق، إلا أن مدير الصندوق يحدد أياماً معينة في الأسبوع تسمى «أيام الاشتراك» أو «التقييم» يتم فيها تقييم موجودات الصندوق، وبدء سريان استثمار أموال المستثمرين الجدد.

وتجري عمليات الاستثمار طبقاً لأسعار الوحدات في يوم التقييم اللاحق لتاريخ الطلب، ولا ينظر إلى أسعارها القائمة وقت التقديم، لأن بدء سريان استثمار الأموال الجديدة يبدأ في اليوم اللاحق، وفي حال الدفع بالشيك أو بعملة أخرى غير عملة الصندوق فإن الاستثمار يصبح نافذاً فقط من يوم التقييم الذي يلي تحصيل قيمة الشيك أو تحويل العملة^(٢).

وتحرص الصناديق على طرح أساليب ترغيبية في مرحلة الاكتتاب لجذب المستثمرين ولدعم الصندوق في مراحله الأولى، ومن ذلك:

(١) الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية ص ٧٨.

(٢) انظر: ملحق النماذج: نموذج صناديق مؤشرات الأسهم العالمية، صندوق الأهلي للمتاجرة بالأسهم الأمريكية.

وانظر: واقع وآفاق صناديق الاستثمار بالمملكة العربية السعودية ص ٥٢، آفاق الاستثمار، نشرة يصدرها البنك الأهلي التجاري ديسمبر ١٩٩٨ م.

أن بعض الصناديق في مرحلة الاكتتاب وقبل بدء النشاط يقوم باستثمار مبالغ الاشتراك بشكل مؤقت في صناديق استثمارية قائمة للبنك المؤسس، ثم يتم تحويل تلك المبالغ مضافاً إليها الأرباح المتحققة من الصندوق «صافي الاستثمار» إلى الصندوق عند بدء نشاطه^(١).

كما أن بعض الصناديق تتيح للمستثمرين إمكانية دفع رأس المال المكتتب به دفعة واحدة أو على شكل أقساط دورية وفق خطة تجميع ادخارية يحددها الصندوق، ولا شك أن هذه الميزة تحقق مصلحة لكلا الطرفين: إدارة الصندوق والمستثمر فالمدبر يستطيع أن يرسم خطته الاستثمارية وفقاً للتدفقات النقدية المتوقعة فلا يتحمل كاهله بأموال سائلة لا يقدر على استثمارها على الوجه المطلوب، والمستثمر - فضلاً عن أن هذه الطريقة أيسر عليه في التسديد - فإنها تشكل له نوعاً من الضمان والأمان حيث تتاح له الفرصة لمتابعة وتقويم أداء المدير ويكون استمراره في الصندوق مبنياً على حقائق ونتائج ملموسة^(٢).

وتتبع الصناديق في سياستها الهادفة إلى تقسيط رأس المال إحدى طريقتين:

فإما أن يتم الاشتراك وفق خطة تجميع مدخرات اختيارية، يحق للعميل فيها متى شاء أن يعدل عن تنفيذها، وإما أن يكون وفق خطة تعاقدية، حيث يحصل العميل على تسهيلات أكثر في رسوم الاشتراك مقابل تعرضه للجزاء متى ما أخل بالخطة^(٣).

(١) انظر: ملحق النماذج: صندوق الأهلي المأمون للأسهم العالمية، صناديق مؤشرات الأسهم العالمية بالبنك السعودي البريطاني.

(٢) صناديق الاستثمار الإسلامية ص ٣٦.

(٣) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ١٥١، وانظر: ملحق نموذج صناديق مؤشرات الأسهم العالمية بالبنك السعودي البريطاني.

٣ - صكوك الاستثمار:

تصدر إدارة الصندوق شهادات للمستثمرين يسجل في كل شهادة عدد الوحدات التي يملكها المستثمر في الصندوق، وتسمى هذه الصكوك «شهادات أو وثائق الاستثمار» وهي على نوعين^(١):

- ١ - شهادات الوحدة الاستثمارية: وتصدرها عامة الصناديق، وتتضمن إثبات ملكية الوحدة، بصرف النظر عن القيمة التي ستؤول إليها.
- ٢ - شهادات القيمة الاسمية: وهي لا تشكل إلا نسبة ضئيلة جداً، مما تصدره الصناديق من الشهادات، وتصدرها صناديق الاستثمار المضمونة، وتتضمن إثبات ملكية الوحدة مع ضمان قيمتها الاسمية، وهي القيمة المدونة عليها.

٤ - تنوع الاستثمار:

من الإجراءات اللازمة في إدارة الصناديق الاستثمارية أن تشكل الأصول المكونة لها من أنواع متعددة من الأوراق المالية، وهذا كما أنه ضرورة تقتضيها السياسة المثلى للاستثمار، فهو إلزام توجبه اللوائح والأنظمة في عامة الأقطار، ففي النظام السعودي مثلاً: تلزم إدارة الصندوق ألا تزيد استثمارات أي صندوق في أي إصدار للأسهم أو السندات عن ١٠٪ من صافي الأصول^(٢).

وهذا يستلزم ألا يقل ما يمتلكه الصندوق عن عشرة إصدارات متنوعة.

وتتبع الصناديق في سياسة الاستثمار هذه عدة اتجاهات:

- (١) انظر: ملحق النماذج: نموذج صندوق الأهلي للمتاجرة بالأسهم الأمريكية، صندوق البنك العربي المضمون.
- (٢) قواعد تنظيم صناديق الاستثمار، الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية ص ٧٢.

فمنها ما يتوسع في ذلك ليشمل إصدارات من عدة دول مختلفة، كالأسهم الأوروبية أو أسهم جنوب شرق آسيا وغيرها، ومنها ما يقتصر على الإصدارات المتداولة في دولة واحدة، ومنها ما يتخصص في شركات من قطاع معين، كأسهم الشركات الصناعية، أو شركات النقل، ونحو ذلك^(١).

ومن الحوافز الترغيبية التي تلجأ إليها بعض البنوك التي تؤسس عددًا من الصناديق أن تتيح للمستثمر إمكانية تشكيل محفظة خاصة به تسمى «محفظة شخصية» بحيث تتكون من وحدات من صناديق شتى بحسب رغبة المستثمر^(٢).

٥ - تقييم الوحدة الاستثمارية:

بعد التشغيل الفعلي للصندوق يقوم المدير بإجراء تقييم دوري للوحدة الاستثمارية إما يوميًا أو أسبوعيًا أو في أيام محددة من الأسبوع، حسبما تنص عليه لائحة الاكتتاب، والهدف من ذلك هو تحديد المبلغ الذي يبنى عليه تداول الوحدة الاستثمارية بيغًا وشراء.

وللوحدة الاستثمارية ثلاث قيم مختلفة:

الأولى: قيمة الإصدار: وهي القيمة التي تصدر بها الوحدة عند الاكتتاب المبدئي.

الثانية: القيمة الحقيقية: وهي صافي قيمة الأصول المكونة للصندوق مقسومة على إجمالي عدد وحدات الصندوق المستحقة في تاريخ التقييم، وتحدد قيمة صافي الأصول من خلال القيمة السوقية للأوراق المالية التي يشتمل عليها الصندوق وقت إجراء الحساب مخصومًا منها أي التزامات أو

(١) الإدارة العلمية للمصارف التجارية ص ٢٤٨.

(٢) انظر: ملحق النماذج: نموذج مؤشرات الأسهم العالمية بالبنك السعودي البريطاني. وغيره.

أتعاب إدارية أو مصروفات تشغيلية مستحقة على الصندوق^(١).

الثالثة: القيمة السوقية: وهي القيمة التي تباع بها الوحدة الاستثمارية، وثمة فارق في تحديد القيمة السوقية للوحدات في صناديق الاستثمار المفتوحة عنها في الصناديق المغلقة، ففي الصناديق المغلقة - حيث يسمح بتداول الوحدة الاستثمارية بين الأفراد - تكون القيمة السوقية هي القيمة التي تباع بها الوحدة في السوق المالي، متأثرة بالعرض والطلب والمضاربات وغيرها، بينما في الصناديق المفتوحة - حيث لا يسمح ببيع أو شراء الوحدة إلا من مدير الصندوق - فإن المدير يحدد سعرين للوحدة: - سعر البيع: وهو السعر الذي يبيع به المدير الوحدات على المستثمرين، ويساوي القيمة الحقيقية للوحدة مضافاً إليها مصروفات الشراء إن وجدت.

- سعر الشراء: وهو السعر الذي يشتري به المدير الوحدات من المستثمرين، يساوي القيمة الحقيقية للوحدة مخصوماً منها أي أتعاب إدارية إن وجدت^(٢).

ويمثل الفرق بين هذين السعرين (البيع أو الشراء) عمولة غير مباشرة يتقاضاها المدير من المستثمرين، وقد تعتمد بعض الصناديق إلى توحيد السعرين بما يساوي القيمة الحقيقية، إلا أنها تفرض رسوم استرداد أو اشتراك بنسبة معينة من المبلغ المستثمر^(٣).

٦ - الرسوم والمصاريف الإدارية:

يتقاضى مدير الصندوق من المستثمرين بعض أو كل الرسوم الآتية:

- (١) إدارة الاستثمارات ص ٨٣، الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية ص ٧٩.
- (٢) أدوات الاستثمار في أسواق المال ص ١١٤، واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية ص ٦٢، متطلبات العرض والإفصاح للبيانات المالية الخاصة بصناديق الاستثمار المشتركة ص ٦ - ٨، وانظر: ملحق النماذج: نماذج صناديق الاستثمار.
- (٣) واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية ص ٦٢.

أ - رسوم الإصدار: وهي رسوم بنسبة معينة من صافي قيمة الاشتراك، ويدفعها المستثمر مرة واحدة في بداية اشتراكه.

ب - رسوم الإدارة: وهي رسوم تحتسب للمدير بشكل يومي بنسبة معينة من صافي قيمة الأصول مقابل إدارته للصندوق.

ج - رسوم الأداء: وهي رسوم إضافية يقتطعها المدير إذا زادت أرباح الصندوق عن نسبة معينة.

د - رسوم الاسترداد: وهي الرسوم التي يدفعها المستثمر إذا ما رغب في بيع وحدته الاستثمارية على الصندوق، وقد تجعل بشكل غير مباشر كما سبق^(١).

وأما المصاريف الإدارية فتتمثل في جميع المصارف المترتبة على إدارة الاستثمار مثل:

الأتعاب القانونية ومصاريف التدقيق والطباعة والترويج، ورسوم الوساطة، وحفظ الأوراق المالية، والاستشارات، ومصاريف المعاملات وغير ذلك.

وتنص نشرات الاكتتاب في عامة الصناديق على أنه يتم خصم هذه المصاريف من إجمالي أصول الصندوق، أي أنها لا تخصم من حصة المدير وحده وإنما من عموم حصته وحصة المستثمرين^(٢).

٧ - استرداد وحدات الصندوق:

يحق للمستثمر في الصناديق المفتوحة متى شاء استرداد كل أو بعض

(١) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ١٤٦ - ١٤٨، وانظر: ملحق النماذج: نماذج صناديق الاستثمار.

(٢) صناديق الاستثمار الإسلامية ص ٥٩، وانظر: ملحق النماذج: نماذج صناديق الاستثمار.

الوحدات المستثمرة، وفي حال الاسترداد الجزئي تشترط بعض الصناديق ألا تقل قيمة الوحدات المتبقية عن حد معين، وإذا قلت عن ذلك فيلزمه استرداد كامل مبلغ الاستثمار.

وبالنسبة لقيمة الوحدة المستردة فإن بعض الصناديق تأخذ بالأسعار القائمة في يوم تقديم الطلب، والبعض يأخذ بالأسعار في يوم التقييم اللاحق ليوم تقديم الطلب (أي بأسعار مستقبلية)، والبعض يشترط ألا تقل المدة بين يوم التقديم ويوم التقييم عن حد معين^(١).

ولا تدفع قيمة الوحدات المستردة مباشرة، وإنما بعد مدة متفق عليها مسبقاً وهي في العادة لا تتجاوز ثلاثة أيام من تاريخ طلب الاسترداد^(٢).

ومن الإجراءات المتبعة في كثير من الصناديق: النقل بين الصناديق، فإذا كان للبنك المنشئ عدد من الصناديق فإنه يمكن المستثمرين من نقل استثماراتهم من صندوق إلى آخر بدلاً من استرداد الوحدات والحصول على قيمتها نقداً، ويتناسب هذا الإجراء مع المستثمرين الذين تتغير أهدافهم الاستثمارية عبر الزمن، أو يتخوفون من انخفاض قيم الأصول المكونة للصندوق الأساس^(٣)، وإذا كانت عملة الصندوق الأصلي مغايرة للبدل فإنه يتم التحويل حسب سعر الصرف المعتمد لدى الصندوق^(٤).

٨ - أرباح الصندوق وتوزيعها:

يحدد صافي أرباح الصندوق طبقاً للقواعد المحاسبية المتعارف عليها في الأوساط المالية، ويتمثل صافي الربح أو الخسارة في الفرق بين صافي

(١) انظر: ملحق النماذج: نموذج صناديق مؤشرات الأسهم العالمية بالبنك السعودي البريطاني.

(٢) واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية ص ٥٣.

(٣) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ١٥٧.

(٤) انظر: ملحق النماذج: نماذج صناديق الاستثمار.

قيمة أصول الصندوق في بداية الاستثمار وصافي أصوله بتاريخ التقييم^(١).

وتتبع الصناديق إحدى طريقتين لتوزيع الأرباح:

ففي الطريقة الأولى وهي الأكثر انتشاراً: يعاد استثمار الأرباح المتحققة في وحدات الصندوق، ولا توزع بشكل دوري، وبالتالي فإن الأرباح والخسائر المتحققة تساوي مقدار التغيير الحاصل في قيمة الوحدة، ويحصل المستثمر على هذه الأرباح ببيع الوحدة أو التبرص حتى انتهاء عمر الصندوق وتصفية أصوله^(٢).

وفي الطريقة الثانية يقوم مدير الصندوق بتوزيع أرباح دورية على المستثمرين وهم من يمتلكون وثائق الاستثمار وقت استحقاق الأرباح^(٣).

وقد تبدي بعض الصناديق استعدادها لتنفيذ رغبة المستثمر فيما إذا طلب الحصول على دفعات منتظمة من الأرباح، بشرط ألا يقل رصيده ولا حجم المبلغ المسحوب عن حد معين^(٤).

٩ - الحقوق والالتزامات:

بما أن الصندوق مملوك بصفة جماعية للمستثمرين فإن أي التزامات أو حقوق على الصندوق فهي ترجع على المستثمرين أنفسهم، وليس للمدير منها شيء إلا بقدر ما يملك من وحدات الصندوق.

إلا أن من مزايا الاستثمار في الصناديق الاستثمارية أن الالتزامات المالية المترتبة عليها لا تشكل إلا نسبة ضئيلة من الأصول المستثمرة فيها، وسبب ذلك أن هذه الالتزامات لا تعدو أن تكون إما مصاريف إدارية وهي محدودة بنسبة معينة من الأصول القائمة، وإما قروضاً من جهات أخرى،

(١) إدارة الاستثمارات ص ٨٣.

(٢) الاستثمار في الأسهم والوحدات والصناديق الاستثمارية، مرجع سابق ٣٢/٢/٩.

(٣) انظر: ملحق النماذج: نماذج صناديق الاستثمار.

(٤) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ١٥٦.

وهي لا تشكل إلا نسبة قليلة من الأصول، لأن عامة القوانين والأنظمة تقيد نشاط الصندوق الاقتراضي بنسب محددة ليس له مجاوزتها^(١)، وذلك للحد من مجازفة المدير بدمم المستثمرين.

١٠ - انتهاء الصندوق وتصفيته :

ينتهي عمر الصندوق بانتهاء الفترة الزمنية المحددة له إن وجدت، وإذا لم يكن له نهاية محددة فإنه يظل باقياً حتى يقرر مدير الصندوق إنهاءه في الوقت الذي يراه مناسباً.

وإنهاء الصندوق قد يكون لأسباب قانونية كتغيير الأنظمة المرعية في بلد الصندوق.

وقد يكون لأسباب مالية كما لو كان حجم أصول الصندوق لا يسمح بالاستمرار في تشغيله، أو لغير ذلك من الأسباب.

وقد يبقى الصندوق لفترات طويلة وخاصة تلك الصناديق المفتوحة، أو الصناديق التي يكون لها كيان قانوني قائم على شكل شركة استثمارية ونحو ذلك^(٢).

(١) فعلى سبيل المثال تنص القواعد المنظمة لصناديق الاستثمار في المملكة العربية السعودية على أن لمؤسسة النقد العربي السعودي تحديد اقتراض كل صندوق بنسبة من صافي أصوله وفق ما تراه من حيث طبيعة الصندوق وطبيعة الأصول ومدى الحاجة إليه، على أن يكون الاقتراض قصير الأجل وبأفضل الأسعار المتوفرة، كما تنص على أنه لا يسمح للصندوق بالاقتراض إلا في حالتين: ١ - لأغراض التأسيس على أن لا تتعدى مدة تلك القروض سنة من تاريخ التأسيس. ٢ - أو لأجل مقابلة أي نقص مؤقت في السيولة.

انظر: قواعد تنظيم صناديق الاستثمار، الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية، فقرة رقم ٤ ص ٧١.

وانظر: المادة ١٤٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥/١٩٩٢م، وانظر: صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين ص ١٧٣.

(٢) صناديق الاستثمار الإسلامية ص ٧٥، واقع وآفاق صناديق الاستثمار السعودية ص ٥٧.

وعند انتهاء الصندوق يتم تصفية أصوله وتأدية التزاماته، وتوزيع ما يتبقى من حصيلة هذه التصفية على المستثمرين بنسبة ما تحمله وحداتهم إلى إجمالي الوحدات التي يقرر المدير بأنها صادرة آنذاك^(١).

الفرع الثاني صناديق التوفير:

من الخدمات التي تطرحها المصارف وتهدف إلى تجميع أموال عملائها وتنميتها: خدمة صناديق التوفير، أو ما يسمى في بعض المصارف بصناديق أو ودائع الادخار.

وقد مر بنا في المبحث الأول أن صناديق التوفير أحد أنواع الودائع المصرفية النقدية.

وتوجد هذه الخدمة بصفة أساسية لذوي الدخل المتدنية الذين يرغبون في تجميع ما فاض من الأموال عن حاجتهم الآنية، لكن ثروتهم هي من الصغر بحيث إنهم ربما يحتاجون في أي وقت لهذه الأموال على قلتها^(٢).

ويشرح أحد الباحثين فكرة صناديق التوفير بقوله: «هي المبالغ النقدية التي يقتطعها الأفراد من دخولهم ويدفعونها إلى المصرف ليفتح لهم بها حساباً ادخارياً، يحق لهم سحبه أو سحب أي جزء منه في أي وقت، ويعطي المصرف أصحاب هذه الودائع دفاتر تقييد فيها دفعات الإيداع والسحب، وقد يضع المصرف حداً أقصى لمجموع المبالغ التي يجوز للمدخر أن يودعها في حساب التوفير، وغالباً ما يبقى هذا النوع من الودائع ثابتاً لدى المصرف لفترة طويلة من الزمن لأن حركة السحب منها بطيئة إلا في المواسم والأعياد لذا يقوم المصرف التجاري باستغلال الجزء

(١) انظر: ملحق النماذج: نماذج صناديق الاستثمار.

(٢) النقود والمصارف ص ١٢٦، الحسابات والودائع المصرفية بحث د. محمد علي القري مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧١٧/١/٩.

الأكبر منها مع الاحتفاظ بنسبة احتياطي لمواجهة طلبات السحب، ويدفع المصرف الربوي فائدة ضئيلة لحساب العميل الموفر، على أساس أدنى رصيد في حساب التوفير خلال الشهر^(١) كما يدفع المصرف الإسلامي أرباحًا مقابل استثمار هذه الودائع^(٢).

ويظهر بهذا أن صناديق التوفير ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين خصائص الودائع الاستثمارية والودائع الجارية، إلا أنها تتميز بأنها أكثر استقرارًا من الودائع الجارية، كما أنه مع زيادة الوعي الادخاري في المجتمع تتجه هذه الودائع إلى الزيادة المستمرة في ظل الظروف الاقتصادية العادية مما يساعد المصارف على توجيه مواردها من هذه الودائع إلى أوجه التوظيف المربحة^(٣).

وتفرض المصارف غالبًا حدًا أدنى لأرصدة حسابات التوفير وهو في العادة قليل جدًا يتناسب مع إمكانيات صغار المدخرين، كما أنها تضع قيودًا للسحب تتناسب مع فكرة التوفير، كأن لا يسمح بسحب مبلغ يجاوز عشرين ريالًا في اليوم الواحد، أو مع جزاء يدفع المدخر إلى التردد في السحب، كأن تستبعد الفائدة عن الشهر الذي يحصل فيه السحب بالنسبة للمبلغ المسحوب^(٤).

ويرتبط افتتاح حساب التوفير بإصدار دفتر شخصي يسمى «دفتر

-
- (١) الودائع المصرفية أنواعها استخداماتها استثمارها ص ٨٨، وانظر: البنك اللاربوي في الإسلام ص ٢٣، إدارة البنوك د. سليمان اللوزي وزملاؤه ص ١٣٤، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية ص ٣٥٤.
- (٢) تقويم الدور المحاسبي للمصارف الإسلامية ص ٢٣٢، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٢٦١.
- (٣) الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام ص ٢١٠، الإدارة العلمية للمصارف التجارية ص ١٤١.
- (٤) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ١٤٨، الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية ص ٢٤.

التوفير) يسجل فيه المبالغ المودعة، والمسحوبة، والعوائد المستحقة، والرصيد، والحد الأقصى للسحب.. إلى غير ذلك من معلومات ضرورية، كما يدون عليه لائحة نظام التوفير، وهي لوائح وإن اختلفت فيما بين البنوك من حيث الشكل، إلا أنها تتفق من حيث المضمون^(١)، ومن أبرز ملامح هذا النظام ما يلي:

١ - أن صندوق التوفير شخصي، ومستنده (الدفتر) غير قابل للتحويل أو التظهير أو التداول، ولا يجوز إصدار دفاتر للحامل أو للأمر، بل يكون دائماً اسمياً ولا يجوز السحب منه بشيكات، أو تحويل مرتب العميل أو معاشه على دفتر التوفير، لأن التعامل بهذا الدفتر يستلزم حضور العميل بنفسه أو وكيله إلى البنك^(٢).

٢ - نظام الصندوق هو صيغة تعاقدية بين البنك والعميل، فليس لصندوق التوفير كيان مستقل، ولا ذمة مالية منفصلة عن البنك، بل ميزانية مدرجة ضمن ميزانية البنك.

وبهذا يخالف صندوق التوفير الصندوق الاستثماري الذي يتمتع بذمة مستقلة^(٣).

٣ - صندوق التوفير قابل للسحب متى شاء المودع دون إخطار سابق، بخلاف الحسابات الاستثمارية^(٤).

٤ - العوائد المحتسبة على صندوق التوفير إما أن تكون على شكل فوائد

(١) إدارة البنوك التجارية ص ١٤٩، موسوعة أعمال البنوك ص ٥١٣.
(٢) المحاسبة والعمليات المصرفية ص ٧٤، موسوعة أعمال البنوك ١/٥١٣ النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ص ١١٥.
(٣) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٣، العمليات المصرفية الطرق المحاسبية الحديثة ص ١١٦ - ١٢٣، المحاسبة والعمليات المصرفية ص ٧٣، ٧٤.
(٤) النقود والبنوك والعلاقات الاقتصادية الدولية ص ١٣٢، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام ص ٢١٠.

كما في المصارف التقليدية، أو على شكل أرباح كما في المصارف الإسلامية، ففي النوع الأول تخضع العلاقة بين البنك والمستثمرين للضمان، حيث يضمن البنك الوديعة الادخارية وفائدة اسمية محددة، أي أنها من نوع الشهادات ذات القيمة الاسمية، أما في النوع الثاني فلا ضمان، لا لأصل الوديعة ولا للعائد المتوقع منها، أي أن العلاقة ترتبط بشهادة وحدة استثمارية، ويستثنى من ذلك بعض الحالات التي يضمن فيها البنك الإسلامي رأس المال فقط كما في شهادات المقارضة، وسيأتي تفصيل ذلك في الباب الأول بمشيئة الله تعالى^(١).

٥ - يمنع نظام الصندوق في معظم الدول منشآت الأعمال من فتح حسابات توفير، وفي بعضها يوضع حد أقصى لا يتناسب وإمكانيات المنشآت للمبالغ التي يحق للمنشأة إيداعها في حساب التوفير، إذ لو كان للمنشأة حرية كاملة في ذلك لكان من المتوقع أن تودع الجانِب الأكبر من أموالها في ذلك الحساب، ثم تقوم بتحويل ما تشاء منه إلى حسابها الجاري في اللحظة التي تتوقع فيها تقديم شيك مسحوب عليها للتحصيل، وهي مسحوبات ضخمة مقارنة بمحسوبات الأفراد، وهذا كفيْل بأن يمس سمة أساسية لهذه الودائع وهي الاستقرار، كما أنه سيغير من طبيعتها لتصبح ودائع تحت الطلب بفوائد، مع أن الإجراء المعتاد أن نسبة الاحتياطي القانوني على ودائع التوفير أقل من نسبته على الودائع الجارية^(٢).

٦ - العوائد المحتسبة على ودائع التوفير أقل بكثير من تلك المحسوبة على حسابات الاستثمار بسبب الحرية المقررة في نظام التوفير للمودعين في سحب ودائعهم دون التقيد بما يتقيد به المودع لأجل، مما يستلزم

(١) اقتصاديات النقود والمال ص ١٢١، وانظر: ملحق النماذج: نموذج طلب فتح حساب توفير استثماري بينك دبي الإسلامي.

(٢) إدارة البنوك التجارية ص ١٥٠، موسوعة أعمال البنوك ص ٥١٣.

اقتطاع جزء أكبر من ودیعة التوفیر لمواجهة احتمالات السحب^(١).

أنواع صناديق التوفیر:

تنقسم صناديق التوفیر إلى قسمین:

أ - صناديق التوفیر مع التفویض بالاستثمار:

وفيها یودع العميل المبلغ في حساب التوفیر مع تفویض البنك باستثماره في مجالات التوظيف المختلفة، مع إمكانية السحب منه وفق حدود معينة^(٢).

ونظراً لأن هذا النوع لا یرتبط بمدة معينة فإن البنك لا یقوم باستثمار جميع المبالغ المودعة فيه، مما یعنی ارتفاع معیار السيولة، كما أن توظيفها یكون في آجال قصيرة، ولهذا وذاك قلت العوائد المترتبة علیها، لأن القاعدة أنه كلما زادت السيولة، وقصر أجل الاستثمار كلما نقصت فرص الربحية^(٣).

وتختلف البنوك في كيفية تحديد نسبة الودیعة الادخارية المستحقة للربح، ولها في ذلك عدة طرق:

فهي إما أن تحسب على أساس أقل رصيد شهري، أو على أساس متوسط الأرصدة، أو الرصيد في مدة الاستثمار، أو باعتبار رصيد حساب آخر الفترة.

وفيما يلي خلاصة دراسة شملت تسعة بنوك إسلامية في كيفية تحديد النسبة المستحقة للربح من الودیعة الادخارية:

- (١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص١٤٨، اقتصادیات النقود والمال ص١٢٢.
- (٢) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص١٤٨، البنوك الإسلامية بین النظرية والتطبيق ص٢٦١، وانظر: دليل بیت التمويل الكويتي ص٦، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية ص٧١.
- (٣) البنك اللاربوي في الإسلام ص٦٤، الاستثمار قصیر الأجل في المصارف الإسلامية ص١٥ - ١٨، مقدمة في النقود والبنوك ص٢٧٩ - ٢٨٤.

- ١ - باعتبار أقل رصيد: بنك واحد.
- ٢ - باعتبار متوسط الأرصدة: أربعة بنوك.
- ٣ - باعتبار الرصيد مضروباً في مدة الاستثمار: ثلاثة بنوك.
- ٤ - باعتبار رصيد آخر الفترة: بنك واحد^(١).

ب - النوع الثاني: صناديق التوفير دون تفويض بالاستثمار:

وفيها يفتح العميل حسابه الادخاري بقصد حفظ الأموال الزائدة عن الاستهلاك الحالي، وذلك بغرض ادخارها لظروف مقبلة، مع السماح له بالسحب منها وفق حدود معينة، ولا يحتسب في هذا النوع أي أرباح أو فوائد للعميل، لأن الغرض منه هو مجرد التوفير من دون تجميع. وقد تضع البنوك امتيازات معينة لأصحاب هذه الودائع، كالأولوية في الإقراض من البنك، أو في الحصول على بعض الخدمات الاجتماعية أو المصرفية ونحو ذلك^(٢).

وهذا النوع لا يختلف عن الودائع الجارية لا في الحقيقة ولا في الأحكام، إلا أنه أكثر استقراراً منها لدى البنوك^(٣)، كما أن النوع الأول لا فرق بينه وبين الودائع الاستثمارية سواء في طبيعته أم في خصائصه، سوى في بعض الإجراءات الفنية التي لا تؤثر في جوهر الموضوع أو في حكمه الشرعي، ولذا فقد درج كثير من الباحثين على ضم هذا النوع إلى الودائع الاستثمارية^(٤).

(١) تقويم الدور المحاسبي للمصارف الإسلامية ص ٢٣٢، وانظر: تقييم تجربة البنوك الإسلامية ص ٣٠، وملحق النماذج: نموذج طلب فتح حساب توفير استثماري بنك دبي الإسلامي، نموذج الودائع الاستثمارية بيت التمويل الكويتي.

(٢) المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية ص ٧١، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٢٦١.

(٣) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٢٧٠، النقود والمصارف في النظام الإسلامي ص ١٣٧.

(٤) إدارة البنوك التجارية ص ١٥٢، «الودائع المصرفية»، بحث د. حسين كامل فهمي مجلة =

أهمية صناديق التوفير للمصارف:

لم يحظ هذا النوع من الودائع باهتمام كبير من قبل المصارف التجارية، إذ ينصب اهتمامها بدرجة أكبر على الحسابات الاستثمارية، لكونها لا تقيد حرية المصرف في التصرف فيها، ولذا فإن المزايا التي تمنحها المصارف للمدخرين أقل بكثير مما تمنحه للمودعين في الحسابات الاستثمارية.

فصناديق التوفير مع ما فيها من أعباء مالية لأن المصرف سيدفع فوائد لأصحابها، فهي في ذات الوقت تمنحهم الحق في سحبها متى شاءوا، وبذلك لا يستطيع المصرف في الظروف العادية أن يستثمرها بأكثر من العائد الذي يدفعه للعميل المدخر، وفضلاً عن ذلك فإن صغر حجم الودائع التي يقدمها صغار المدخرين عادة، وكثرة الحركة ما بين سحب وإيداع في مبالغ ضئيلة القيمة لا يغري المصرف على تشجيع المدخرين على تنمية هذا النوع الذي تزيد تكاليفه وأعباؤه عن مزاياه^(١)، خاصة في ظل وجود بدائل لتنمية أموال العملاء كصناديق وحسابات الاستثمار، وهي أفضل بكثير من صناديق التوفير لكلا الجانبين: البنك والمستثمر، ففيها يستطيع البنك أن يرسم خطته الاستثمارية وفقاً للأجال المحددة دون تحسب لاحتمالات سحب مفاجئة، والمستثمر يتمتع فيها بعائد أوفر مع إمكانية تسهيل تلك الاستثمارات عند الحاجة من خلال استرداد قيمتها أو بيعها في الأسواق المالية.

وفيما يلي خلاصة إحصائية لنسبة ودائع صناديق التوفير إلى إجمالي

= مجمع الفقه الإسلامي ٦٨٨/١/٩، تقويم الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية ص ٣١، التقرير السنوي لمؤسسة النقد العربي السعودي، التقرير الرابع والثلاثون ص ٨٩.

(١) الودائع المصرفية أنواعها استخدامها استثمارها ص ٨٩، العقود وعمليات البنوك ص ٢٩٧.

الودائع، وإلى الودائع الاستثمارية، في مصرفين من المصارف التقليدية، ومصرفين من المصارف الإسلامية، ويتبين منه مدى الأهمية النسبية التي تحظى بها تلك الودائع^(١):

المصرف	نسبة ودايع التوفير إلى الودائع الاستثمارية	نسبة ودايع التوفير إلى إجمالي الودائع
بنك الرياض	٣,٧٪	٢,٣٪
البنك السعودي البريطاني	٦٪	٤
البنك الإسلامي الأردني	١٠٪	٨٪
المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية	١٦,٠٪	١٤,٠٪

الفرع الثالث الحسابات الاستثمارية:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: التعريف بالحسابات الاستثمارية:

إذا كانت صناديق الاستثمار تمثل الاتجاه الحديث والصاعد لخدمات استثمار أموال العملاء في المصارف، فإن حسابات الاستثمار لا تزال تسيطر على الجزء الأكبر من الأدوات الاستثمارية التي تطرحها المصارف، كما أنها تعد الأقدم من بين خدمات استثمار أموال العملاء^(٢).

وتعرف الحسابات الاستثمارية بأنها: «اتفاق بين المصرف والعميل، يودع الأخير بموجبه مبلغًا من النقود لدى البنك، لا يجوز له سحبه أو سحب جزء منه قبل تاريخ متفق عليه، وفي مقابل ذلك يحصل المودع على

(١) انظر: جريدة الرياض العدد (١١٢٠١) بتاريخ ٧/١١/١٤١٩هـ، والعدد (١١١٧٤) بتاريخ ١٠/١٠/١٤١٩هـ، وانظر: الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية ص ٢٦، ٢٨، خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٤٥١.

(٢) وتصل نسبة الودائع الاستثمارية إلى إجمالي الودائع (الجارية، والاستثمارية والادخارية) إلى ٧٠٪ أو أكثر من ذلك. انظر: الحسابات والودائع المصرفية د. محمد علي القري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٣٧/١/٩.

عائد (فائدة أو ربح) بصفة دورية أو يحصل عليه في نهاية مدة الإيداع^(١)، وتسمى بالحسابات أو بالودائع والمعنى واحد. وحساب الاستثمار هي التسمية الشائعة لدى المصارف الإسلامية، بينما تسمى في المصارف التقليدية «الحسابات لآجل»، والمقصود منهما واحد إلا أنهما يختلفان في طبيعة العلاقة بين المصرف والعميل^(٢). وفي الودائع أو الحسابات الاستثمارية لا بد من توافر عنصرين أساسيين:

الأول: المبلغ، فتشترط المصارف ألا يقل المبلغ المودع عن حد معين، وقد يتدرج معدل العائد في التصاعد كلما زاد المبلغ المودع لدى البنك^(٣).

الثاني: الزمن، فيمنع المودع من سحب وديعته أو بعضها قبل مضي فترة معينة من الإيداع، وعلى الرغم من ذلك فإن المصارف عادة ما تتنازل عن حقها في هذا الشأن حيث لا تمنع من رد الوديعة مقابل حرمان المودع من الفوائد نظراً لعدم بقاء الوديعة حتى تاريخ الاستحقاق، أو أنها تقوم بإقراض المودع مبلغاً مساوياً للوديعة لمدة معينة مقابل ضمانها وبفائدة أعلى من سعر الإيداع^(٤).

ويحصل المودع في حساب الاستثمار على معدلات فائدة أو أرباح أعلى بالمقارنة بما يحصل عليه أصحاب حسابات التوفير^(٥).

-
- (١) إدارة البنوك التجارية ص ١٥٠، وانظر: النقود والمصارف ص ١٢٦، إدارة البنوك ص ١٣٣، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام ص ٢١٢.
- (٢) الودائع المصرفية أنواعها استخدامها استثمارها ص ٨١، ٨٣، الودائع الاستثمارية ص ٢٤، «الودائع المصرفية حسابات المصارف» بحث د. أحمد الكبيسي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٩/٧٦١.
- (٣) الإدارة العلمية للمصارف التجارية ص ١٤٣، البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق ص ٦٨.
- (٤) إدارة البنوك التجارية ص ١٥١، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٥/١٣٠.
- (٥) إدارة البنوك التجارية ص ١٥١، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية الأردني لعام ١٩٩٢م ص ٢٠.

ولنا - بمقارنة حسابات الإستثمار بغيرها من الخدمات الإستثمارية كصناديق الإستثمار - أن نلاحظ عددًا من الخصائص، من أهمها:

١ - بينما يتمتع الصندوق الإستثماري بكيان قانوني قائم، وذمة مالية مستقلة، فإن حسابات الإستثمار لا تعدو أن تكون مجرد صيغة تعاقدية بين البنك والمستثمر، وبالتالي فإن حسابات الإستثمار تدمج ضمن الميزانية العمومية للبنك، أي أن أموال المستثمرين تخلط مع أموال المساهمين باعتبارهم مالكي البنك، وهذا ما أوجد إشكالات محاسبية في الودائع، في كيفية تقسيم الأصول والعوائد والأعباء المالية بين المساهمين والمستثمرين، وهي إشكالات لم تحدث في الصناديق بحكم استقلالية أصولها عن البنك^(١).

٢ - لا تتوفر في الحسابات الإستثمارية المرونة والملاءمة لصغار المودعين، فهي من جانب تستلزم احتفاظ المودع بالوديعة مدة طويلة نسبيًا، وحدود الاشتراك فيها مرتفعة نسبيًا، وهذا بخلاف صناديق الإستثمار التي تمكن المستثمر من استرداد وحداته متى ما أراد ذلك، كما أن مبالغ الاشتراك فيها أقل من الحسابات الإستثمارية.

ونتيجة لذلك نجد أن ودائع الشركات والهيئات الحكومية وكبار المستثمرين تشكل أهمية نسبية عالية في إجمالي الحسابات الإستثمارية، حيث لا تتطلب استثماراتهم تلك المزايا، بينما لا تشكل هذه الإستثمارات ذلك القدر من الأهمية في صناديق الإستثمار نظرًا للقيود المفروضة على تملك الشركات لوحدات الصناديق.

وفي المقابل يشهد القطاع العائلي والإستثمارات الفردية إقبالًا متزايدًا على وحدات صناديق الإستثمار، وإحلالها محل الودائع البنكية، نتيجة

(١) أحكام الودائع المصرفية د. محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٩ / ٨١٣ تقويم الدور المحاسبي للمصارف الإسلامية ص ٢٤٦.

للانخفاض الحاد في أسعار الفائدة على الودائع البنكية على المستوى الدولي^(١).

٣ - تحتسب الفائدة على الحسابات الاستثمارية (الحسابات لآجل) في المصارف التقليدية من اليوم الأول للإيداع، ويتم تحديد سعر الفائدة بناءً على السعر السائد في يوم الإيداع، وعندما تكون الفائدة ثابتة غير متغيرة وهو الحالة الغالبة يستمر العمل بذلك المعدل من الفائدة بصرف النظر عن التغيرات التي تحدث في ذلك المعدل فيما بعد، وتستحق الفائدة في نهاية المدة وتدفع عندئذ، فإذا كان سعر الفائدة في يوم الإيداع ٦٪ وكانت الوديعة لمدة ستة أشهر ثم انخفض السعر في السوق إلى ٤٪ لم يتأثر العميل بذلك واستحق من البنك ٦٪ وعكس ذلك صحيح أما إذا كانت فائدة متغيرة (معومة) فإن ما يستحقه العميل هو الفائدة الجارية، أو معدل فائدة معتمد على الفائدة الجارية، محسوب على أساس يومي لمدة ستة أشهر، ويحدد البنك المركزي في كثير من البلدان سعر الفائدة على الحسابات الآجلة إلا أن الاتجاه عالمياً هو نحو التحرر من القيود وترك الأسعار تتحدد بتفاعل قوى العرض والطلب^(٢).

وبهذه الحسابات يتجلى بوضوح دور المصرف الواسطي بين المقرضين والمقترضين، فهو يستربح من فرق هامش الربح بين سعر فائدة الإيداع والفائدة على الاقتراض، ولذا فإن الربا في أعمال المصارف هو أوضح ما يكون في هذا النوع من الحسابات^(٣).

٤ - لا يحق لأصحاب الحسابات الاستثمارية السحب منها بشيكات،

(١) صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين ص ١١٨.

(٢) «الحسابات والودائع المصرفية»، مرجع سابق ٧٣٨/١/٩.

(٣) ويكفي أن نشير في هذا الصدد إلى أن ٦٠٪ من القروض والاستثمارات لمجموعة البنوك الأمريكية في عام ١٩٧٧ م ممولة من الودائع الاستثمارية فقط، إدارة البنوك التجارية ص ١٥١، وانظر: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٨٣، الودائع المصرفية أنواعها استخدامها استثمارها ص ٨٣.

فإذا كان المودع في حاجة إلى جزء منها لسداد التزاماته، فعليه أن يحصل عليه إما في صورة نقدية أو أن يقوم بتحويل جزء من الوديعة إلى حسابه الجاري، ومن ثم يستطيع أن يحرر شيكات للصرف منه^(١).

٥ - خلافاً للصناديق الاستثمارية فإن المعتاد في الحسابات الاستثمارية أن يتم الاسترباح بحصول المستثمر على عوائد دورية توزع بنهاية الفترة، ويستثنى من ذلك بعض الحالات التي تجيز فيها لائحة البنك للمستثمر بيع حصته من الوديعة أو التنازل عنها، أو في الحسابات ذات الشهادات القابلة للتداول فللمستثمر في مثل هذه الحالات أن يحصل على أرباح رأسمالية من خلال هامش الربح بين سعر الشراء والبيع^(٢).

٦ - يعتبر الحساب الاستثماري أداة توثيق إذ يحق لصاحبه أن يرهنه أو جزءاً منه لضمان وفائه بالتزاماته الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب للمصرف أو لمؤسسة أخرى وستتطرق فيما بعد إلى بعض الجوانب الشرعية المتعلقة بهذه المسألة^(٣).

المسألة الثانية: أنواع الحسابات الاستثمارية:

تصنف الحسابات الاستثمارية وفقاً للاعتبارات التالية:

أولاً: تصنيفها من حيث نوع التفويض بالاستثمار:

وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى قسمين:

أ - حسابات الاستثمار المطلقة (المشركة):

وفيها يودع العميل المبلغ في المصرف مع تفويضه باستثماره في أي

(١) إدارة البنوك التجارية ص ١٥١.

(٢) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ص ٥١٧ الودائع المصرفية أنواعها استخدامها استثمارها ص ٨٦.

(٣) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ص ٥١٩، «الحسابات والودائع المصرفية» ٧٣٥/١/٩.

من المشروعات التي يراها المصرف مناسبة سواء في الداخل أم في الخارج، ويكون لهذا الحساب آجال مختلفة، ولا يحق لصاحبه سحبه أو جزءاً منه قبل نهاية المدة المحددة لذلك^(١).

ب - حسابات الاستثمار المقيدة (المخصصة):

وهو حساب الاستثمار بدون تفويض، أي أن العميل يختار مشروعاً محدداً ليستثمر المصرف فيه أمواله المودعة، وله أن يحدد المدة، وفي هذا النوع يستحق العميل نصيبه من الأرباح في هذا المشروع الذي اختاره فقط بالنسبة المتفق عليها بينه وبين المصرف^(٢).

ثانياً: تصنيفها من حيث القابلية للسحب خلال مدة الإيداع:

وهي بهذا الاعتبار على قسمين^(٣):

أ - الحسابات الخاضعة لإشعار (الودائع بإخطار):

وهي نوع من الحسابات الاستثمارية، مرتبطة بأجل معين، إلا أنه يحق لصاحبها السحب منها قبل نهاية المدة المقررة، شريطة تقديم إشعار خطي للبنك قبل السحب بمدة محددة، الأمر الذي يجعل قابليتها للسحب مرتفعاً نسبياً، مما يضطر البنك لتجنيب قدر أكبر من السيولة لمقابلة السحب، وبالتالي فإن العوائد المرتبة عليها أقل مما هو مقرر في الحسابات الثابتة، وتحسب تلك العوائد بناءً على المدة التي بقيت فيها عند المصرف^(٤).

- (١) الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية ص ٢٤، الأعمال التي يزاولها بنك دبي الإسلامي ص ٣، عقد التأسيس والنظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي ص ١٩.
- (٢) تقييم تجربة البنوك الإسلامية ص ٣١، قانون البنك الإسلامي الأردني رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٢ م ص ١٤.
- (٣) النقود والمصارف ص ١٢٦، إدارة البنوك د. سليمان اللوزي وزملاؤه ص ١٣٤، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية ص ٣٠٩.
- (٤) النقود والبنوك والعلاقات الاقتصادية الدولية ص ١٣١، البنوك الإسلامية لشوقي شحاته ص ٦٦.

ب - الحسابات الثابتة:

وهي حسابات استثمارية مرتبطة بآجل لا يحق السحب منها قبل انقضائه حتى ولو بإشعار سابق، فإذا طلب العميل هذه الودائع فللبنك أن يجيبه إلا أن له الحق في أن يحرمه من كل العوائد المستحقة فيها، نظرًا لإخلاله بالشرط المتفق عليه^(١).

ثالثًا: تصنيفها من حيث نوعية الشهادة الاستثمارية:

وتنقسم على هذا الأساس إلى قسمين:

أ - حسابات الاستثمار ذات شهادات القيمة الاسمية (المضمونة):

وفيها يضمن البنك للمودع قيمة الوديعة المدونة في شهادة الاستثمار التي يصدرها البنك عند الإيداع، مع فائدة دورية، أي أن العلاقة تبني على أساس الضمان، وهذا النوع هو المعمول به في المصارف التقليدية^(٢).

ب - حسابات الاستثمار ذات شهادات الوحدة الاستثمارية (غير مضمونة):

وفي هذا النوع يقوم المصرف بتجزئة المبالغ المودعة إلى وحدات استثمارية، ويستحق العميل نصيبه من المال في نهاية الفترة بحسب ما تصل إليه قيمة الوحدات التي يملكها، والأرباح المستحقة عليها، سواء زادت قيمتها عن مبلغ الإيداع أو نقصت، بمعنى أن البنك لا يضمن قيمة الوديعة ولا الأرباح، وهذا النوع هو المعمول به في المصارف الإسلامية^(٣).

رابعًا: تصنيفها من حيث مجالات التوظيف:

كما هو الحال في الصناديق الاستثمارية فإن حسابات الاستثمار

(١) إدارة البنوك التجارية ص ١٥١، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ١٣٠/٥.

(٢) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٢٧١.

(٣) البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٢٨٥.

يمكن تصنيفها بنفس مجالات توظيف الصناديق، وقد مر بنا سلفاً أن الأدوات الاستثمارية في الصناديق على نوعين:

١ - أدوات استثمار حقيقية.

٢ - أدوات استثمار مالية.

ولا تختلف هذه الأدوات في الحسابات عنها في الصناديق^(١).

خامساً: تصنيفها من حيث القابلية للتداول:

وتنقسم على هذا الأساس إلى قسمين:

أ - حسابات ذات شهادات استثمارية قابلة للتداول:

وفي هذا النوع يصدر البنك مقابل الودائع الاستثمارية شهادات غير شخصية تحمل قيمة اسمية مختلفة، ولمدد متفاوت بحسب مدة الوديعة، ولكنها دائماً أقل من سنة، ويثبت عليها سعر الفائدة أو الربح إذا كانت من بنك إسلامي، ومن مزايا هذه الشهادات أنها قابلة للتداول في الأسواق المالية^(٢).

وتعتبر هذه الشهادات من الأدوات الاستثمارية الهامة في الأسواق المالية قصيرة الأجل (أسواق النقد)، حيث توفر للمستثمر مجموعة من المزايا من أهمها إمكانية الحصول على قيمة الوديعة قبل موعد استحقاقها عن طريق بيعها في السوق الثانوية، الذي يشتمل على بيوت السمسرة والمصارف التجارية، وما شابههما من المؤسسات المالية التي تتعامل بالأوراق قصيرة الأجل، إضافة إلى أن معدل العائد للمستثمر أعلى نسبياً من العائد المحقق على حسابات التوفير، كما أنها تتمتع بقدر كبير من

(١) الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية ص ٣٧، تقويم الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية ص ١٨٧.

(٢) أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ٦١، الأسواق المالية ص ٤٤.

السيولة والأمان لأنها تصدر في معظم الأحيان بصيغة «لحامله» وتكون مضمونة من البنك المركزي.

وتصدر هذه الشهادات في صورتين:

فقد يكون إصدارها عامًا تعرض فيه للبيع على الجمهور، وبقيم صغيرة نسبيًا.

وقد يكون إصدارها خاصًا بناءً على طلب مسبق من مجموعة من المودعين، وبشروط متفق عليها بينهم وبين البنك، وتكون بقيم كبيرة نسبيًا^(١).

وتتداول شهادات الإيداع في السوق الثانوية بنفس الأسس المتبعة في التعامل بالسندات، إذ إن شهادات الإيداع مثلها مثل السند تباع على أساس العائد وليس على أساس نسبة الخصم كما هو الحال بالنسبة لمعظم أدوات النقد^(٢).

ب - حسابات الاستثمار ذات الشهادات الاسمية:

وهذا النوع يختلف عن النوع الأول في أن الشهادات التي يصدرها المصرف تكون اسمية تحمل اسم صاحب الوديعة، وبالتالي فهي غير قابلة للتداول أو التمويل أو التنازل كما أنها تكون بسعر فائدة محدد من بداية الإيداع، بينما في النوع الأول لا يتحدد سعر الفائدة بل يتوقف على تطور سعر السوق، فهو سعر معوم^(٣).

وثبات سعر الفائدة يحمي صاحبها من تقلبات السوق، كما أن تدوين اسمه عليها يحميه من مخاطر فقدانها إذ يتمكن عند فقدانها أن يتقدم إلى

(١) إدارة الاستثمارات ص ١٦٩، عمليات البنوك من الواجهة القانونية ص ١٦٠.

(٢) الأسواق المالية، مفاهيم وتطبيقات ص ٤٥، إدارة البنوك ص ١٣٣.

(٣) عمليات البنوك من الواجهة القانونية ص ١٦١.

البنك فيصدر له بدل فاقد، وبهذا يحفظ حق صاحب الشهادة، ويمنع تعرضه لأي خسارة^(١).

وتصدر البنوك صوراً وأشكالاً لا حصر لها من هذه الشهادات الاستثمارية، التي تندرج تحت هذا النوع، فمنها الشهادات ذات القيمة المتزايدة، والشهادات ذات العائد الجاري، والشهادات ذات الجوائز، وغيرها مما لا يخرج مضمونه عن أصل هذا النوع، وإنما هو تنوع في كيفية احتساب العوائد المترتبة على هذه الحسابات لتحفيز المستثمرين على المشاركة فيها^(٢).

المسألة الثالثة: أهمية هذا النوع من الحسابات للمصارف:

تعد الحسابات الاستثمارية عصب النظام المصرفي الحديث، والسند الأساسي لمعظم العمليات الاستثمارية التي تقوم بها المصارف وتستحوذ على جزء هام من إجمالي تعبئة الموارد في الأعمال المصرفية، وسبب ذلك يرجع إلى الثبات النسبي الذي تتمتع به هذه الحسابات، مما يساعد المصارف على توظيف أكبر قدر ممكن منها.

وفيما يلي جدول يبين مدى التطور الحاصل في إجمالي الحسابات الاستثمارية في مجموع المصارف التجارية العاملة في المملكة العربية السعودية، خلال الخمس سنوات الماضية، مقارنة بالودائع الجارية، ويتبين منه النمو المطرد لهذه الحسابات على حساب الموارد المالية الأخرى للمصارف^(٣):

- (١) إدارة البنوك ص ١٣٣، عمليات البنوك من الواجهة القانونية ص ١٥٨.
- (٢) انظر: عمليات البنوك من الواجهة القانونية ص ١٥٦، الأعمال المصرفية والإسلام ص ١٢٢، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ١٣٧/٥.
- (٣) المرجع: التقرير السنوي الرابع والثلاثون لمؤسسة النقد العربي السعودي ص ٢٤٨، ٨٩ والنشرة الإحصائية ربع السنوية لمؤسسة النقد العربي السعودي للربع الثاني ١٩٩٩ ص ٣٠، ١٦.

العام	نسبة الودائع الجارية	نسبة ودائع الاستثمار بالعملة الأجنبية	الودائع الاستثمارية بالريال	نسبة الودائع الاستثمارية إلى إجمالي الودائع الاستثمارية	معدل النمو في الودائع الاستثمارية	إجمالي الودائع
١٩٩٤	%٤٢,٩	%٢٥,٠٠	٥١٤١٧	%٣٧,٣	%٧,٤	١٨٨,٢٨٢
١٩٩٥	%٤١,٣	%٢٣,٤	٦١٢٢٢	%٣١,١	%١٩,١	١٩٦,٩٧٤
١٩٩٦	%٤١,٧	%٢٠,٤	٧١٠٨١	%٣٣,٠٠	%١٦,١	٢١٥,٤٦٣
١٩٩٧	%٤٢,٠٠	%١٩,٨	٧٧١٦٦	%٣٤,٠٠	%٨,٦	٢٢٦,١٧٦
١٩٩٨	%٤٠,٢	%٢١,٣	٨٣٤٣٦	%٣٥,٠٠	%٢,١	٢٣٧,٠٤٣

بملايين الريالات

ولا تنفرد المصارف التقليدية في الاهتمام بهذا الجانب فحتى المصارف الإسلامية تولي الحسابات الاستثمارية أهمية كبرى لذلك، ففي دراسة شملت عددًا من المصارف الإسلامية بلغ المتوسط العام لنسبة الودائع الاستثمارية إلى إجمالي الودائع لمجموعة المصارف الإسلامية في منطقة الخليج العربي ٨٦,٨٪، ولمجموعة مصارف مصر والأردن ٨٩,٤٪، ولمجموعة المصارف الإسلامية العاملة في بعض الدول الإسلامية كتركيا وماليزيا وبنغلاديش ٧٩,٤٪^(١).

وارتفاع الوزن النسبي لهذه الحسابات بهذا المستوى يوحي بأن النشاط الاستثماري لهذه المصارف يعتمد بشكل شبه كلي على هذه الحسابات، أي أن ما يقابل تعبئة الموارد وهو «توظيف الموارد» يتأثر بشكل كبير في طبيعته وخصائصه ومجالاته على طبيعة هذه الحسابات وخصائصها، لا سيما من حيث استعدادها للمخاطرة أو من حيث آجالها.

ولما كانت موارد البنك التي تشكل الودائع الاستثمارية الغالبية العظمى منها، بجانب سياسة الإدارة تشكل نشاط التوظيف، فإن محاولة البنك من الوقوف على التقديرات الخاصة بالموارد والودائع الاستثمارية تعتبر أولى المهام لإدارة البنك، وبدراسة الموارد الحالية والمتوقعة يمكن

(١) تقييم الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية ص ١٩٠.

للبنك أن يحدد مدى ملائمة تلك الموارد للتوظيفات المختلفة^(١).
وفيما يلي جدول يبين الوزن النسبي للحسابات الاستثمارية في عدد
من المصارف الإسلامية، مقارنة بالحسابات الجارية^(٢):

المصرف	نسبة الودائع الاستثمارية إلى إجمالي الودائع	نسبة الودائع الجارية إلى إجمالي الودائع
بنك فيصل الإسلامي المصري	٪٩٦,٨	٪٣,٢
المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية	٪٩١,٥	٪٨,٦
البنك الإسلامي الأردني	٪٨٢,١	٪١٧,٩
بنك دبي الإسلامي	٪٧٣,٥	٪٢٦,٥
بيت التمويل الكويتي	٪٨٦,٢	٪١٣,٨
بنك البحرين الإسلامي	٪٧٨,١	٪٢١,٩

ويعتبر نجاح المصارف الإسلامية في تعبئة مواردها من خلال الودائع الاستثمارية بهذا المستوى مؤشراً هاماً على قدرتها على منافسة المصارف التقليدية في واحدة من أهم بل هي أهم الخدمات التي تميزها، وكلما عظم نجاح المصارف الإسلامية في تحقيق هذه المهمة، عظم حجم الخدمة التي تقدمها للأمة الإسلامية، ومن الناحية العملية نجد أن المصارف التقليدية في كافة الدول الإسلامية لم تكن قادرة على الوصول بهذه الخدمة إلى قطاع كبير من سكان الريف ولا سكان المدن، وإنما تستمد تعبئتها من الشركات الكبرى وكبار التجار، ويرجع ذلك إلى عدة عوامل أهمها: عدم إيمان جماهير المسلمين بالمؤسسات المصرفية التقليدية التي ترتبط في علاقتها بالمدودعين على أساس الفائدة الربوية المقيتة، وهذا ما جعل إمكانية الحصول على عائد حلال على المدخرات المودعة في المصارف

(١) الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية ص ٣٣.

(٢) ينظر: تقويم الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية ص ١٢٨، ١٢٩، الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية ص ٢٦، ٢٨، خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٣٨١، الودائع المصرفية أنواعها استخدامها استثمارها ص ٧٩، ٨٤.

الإسلامية عامل جذب لهؤلاء الناس إلى الجهاز المصرفي، ومن ثم تسهم هذه المدخرات إسهامًا كبيرًا في التكوين الرأسمالي، فيحد ذلك من التبذير في الإنفاق ويقضي على تجميد المدخرات في أصول غير إنتاجية هي في الوقت الحاضر المنقذ الوحيد المتاح لمدخرات هؤلاء الذين ليسوا مستثمرين نشطين، فالمصارف بهذا يمكن أن تصير أداة لاستقطاب غالبية هائلة من السكان إلى الجهاز التمويلي^(١).

وأيضًا فإن ازدياد مساهمة الودائع الاستثمارية في أدوات التوظيف التي تطرحها المصارف الإسلامية يعود بنفعه على المجتمع عامة، إذ إن هذه الودائع أموال كانت عاطلة فأتاح لها عن طريق الإيداع دخول مجالات الإنتاج والاستثمار ومنح البنوك القدرة على الائتمان بدرجة تفوق تلك الودائع، وهو اتجاه لا شك في أنه يساهم في دعم المشاريع التنموية التي يستهدفها المصرف الإسلامي في نشاطه.

وفضلاً عن ذلك فإن هذا التطور يقلل من دور البنوك التقليدية التي تدفع ما لديها من ودائع استثمارية بفوائد ربوية، حيث يكتفي المصرف بفوائد الودائع عن تشغيلها، الأمر الذي أدى إلى زيادة التضخم وانتشار البطالة، وخروج الأموال واستغلالها في خارج بلدان الودائع، مما يعتبر له أكبر الأثر في اقتصاديات الأمة حيث يجرد المسلمون من أدوات النشاط الاقتصادي.

فهذه الأموال التي تنعم بها المصارف الأجنبية هي التي تصنع بها الرفاهية في بلادها بينما تعاني البلدان الإسلامية من نقص الموارد، وتبذل جهودًا مضنية للحصول على احتياجاتها التمويلية من المصارف الأجنبية، وما تعطيها هذه الأخيرة ما هو في الواقع إلا جزء يسير من أموال المسلمين المودعة أصلاً لديها، وتمن به عليهم، بعد دفعه، وبشروط باهظة، واستغلال بين^(٢).

(١) نحو نظام نقدي عادل ص ٢١٣.

(٢) المصارف وبيوت التمويل د. غريب الجمال ص ٦٢، ٦٣. البنك اللاربوي في الإسلام ص ٩٩.

الباب الأول

الشهادات الاستثمارية التي تصدرها المصارف والتخريج الفقهي لها

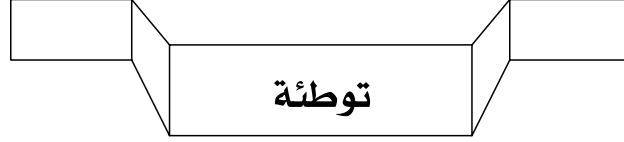
وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: شهادة الوحدة الاستثمارية.

الفصل الثاني: شهادة القيمة الاسمية.

الفصل الثالث: سندات المقارضة.





تحدثنا في التمهيد عن الخدمات التي تقدمها المصارف لعملائها لاستثمار أموالهم، وأن المصارف في أدائها لهذه الخدمات وسيط بين طرفين: المستثمرين (المودعين)، وجهات التوظيف.

وفي هذا الباب نحدد أنواع العلاقات التي تربط المصرف بالطرف الأول، وحقيقتها الشرعية، والتي تتحدد بحسب طبيعة الشهادة الاستثمارية التي يصدرها المصرف لعملائه، بصرف النظر عن نوع الخدمة أو مسماتها (صندوق أو حساب)، إذ قد تشابه المسميات لاعتبارات فنية وهي أبعد ما تكون عن بعضها من الناحية الشرعية.

ولم يكن شيء أشد على الباحث من حصر هذه الشهادات الاستثمارية، وتصنيفها على أسس شرعية بشكل غير متداخل، حيث إنها تصدر بأشكال لا حصر لها وبمسميات متداخلة، فشهادة الاستثمار الصادرة من بنك إسلامي أو تقليدي تسمى في كليهما بنفس الاسم «شهادة استثمار»، مما أوقع اللبس والخلط في المفاهيم، وإصدار أحكام عامة دون تمحيص أو تدقيق.

والذي يقتضيه النظر الشرعي هو عدم التعويل على هذه الأسماء، ومحاكمة العقد في جوهره ومضمونه وشروطه، وقد خلص الباحث إلى أن هذه الشهادات مهما تعددت أسماؤها فهي لا تخرج من الناحية الشرعية عن ثلاثة أنواع.

ودونك تفصيل هذه الأنواع في الفصول الآتية:

الفصل الأول

شهادة الوحدة الإستثمارية والتخريج الفقهي لها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف شهادة الوحدة الإستثمارية.

المبحث الثاني: تخريج شهادة الوحدة الإستثمارية على عقد المضاربة.

المبحث الثالث: تخريجها على عقد الوكالة.

المبحث الأول

التعريف بشهادة الوحدة الاستثمارية

شهادة الوحدة الاستثمارية^(١) هي نوع من الشهادات التي يندرج تحتها أفراد متعددة من شهادات الاستثمار، والتي ينتظمها وصف شامل بكونها: صكوكًا تمثل حق ملكية لصاحبها في حصة مشاعة من إجمالي المبالغ المستثمرة لدى البنك، وهذه الحصة تتغير فقد تزيد قيمتها وتنقص بحسب العوائد المتحققة من الاستثمار.

وفي هذه الشهادات تقسم المبالغ المستثمرة إلى وحدات تسمى كل وحدة منها: «وحدة استثمارية»، ويكون ملك المستثمر بمقدار ما يملكه من هذه الوحدات^(٢).

ولهذه الشهادات خصائص متعددة، من أبرزها:

(١) لا يتفق معظم الباحثين على الأخذ بهذه التسمية، فكثير منهم يدرج هذا النوع ضمن عموم مسمى «الشهادات الاستثمارية» دون تقييد، إلا أن الباحث اختار هذه التسمية تمييزًا لها عن بقية الأنواع الأخرى، كما أن هذه التسمية هي التسمية الشائعة والمتداولة في المحافظ والصناديق الاستثمارية، والتي تعتبر شهاداتها من هذا النوع.

انظر: صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين ص ١٣، الاستثمار والخدمات المصرفية الخاصة ص ٤، «الاستثمار في الأسهم والوحدات والصناديق الاستثمارية» مرجع سابق ص ٢٤، ٣٢.

(٢) البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٢٨٥، صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين ص ١٣، خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٥٠٢، الإدارة المالية في الإسلام ٣٩/١، ٤٠، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية ص ١٠١ وانظر: ملحق النماذج: نموذج صندوق البنك الأهلي للأسهم العالمية.

١ - أن قيمة الوحدة الاستثمارية غير ثابتة، فهي معرضة للزيادة والنقصان، وبالتالي فإن حق المستثمر يقدر بنسبة ما يمتلكه من الوحدات إلى إجمالي الوحدات المستثمرة، لا بأصل قيمة الوحدة (مبلغ الاشتراك).

٢ - ليس في هذه الشهادات ضمان لا لرأس المال ولا للأرباح.

٣ - هذه الشهادات قابلة للتداول إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي تمنع فيها جهة الإصدار تداولها.

ومن هذه الخصائص تبين أنها تشبه إلى حد كبير جداً شهادات الأسهم، فمفهوم الوحدة الاستثمارية لا يختلف في الغالب عن حقيقة السهم، فكلاهما يمثل حصة مشاعة في الوعاء الاستثماري المقسم إلى وحدات استثمارية أو أسهم^(١)، وهذه الحصة غير ثابتة القيمة، إلا أن ثمة فروقاً فنية بين السهم والوحدة يمكن إجمالها فيما يلي:

١ - لا تعطي كثير من الأنظمة المصرفية المستثمرين في الوحدات الاستثمارية الحق في المشاركة في اتخاذ القرارات أو انتخاب أعضاء مجلس الإدارة في الصندوق أو البنك، على خلاف المساهمين في الشركات المساهمة.

٢ - الاستثمار في الأسهم هو نوع من الاستثمارات المالية من الدرجة الأولى، إذ إن مكونات الأسهم أصول حقيقية، بينما الوحدات الاستثمارية هي من نوع الاستثمارات المالية من الدرجة الثانية، لأنها تتكون - غالباً - من تشكيلة من الأسهم والأوراق المالية الأخرى^(٢).

٣ - الجهة المخولة بإصدار الأسهم هي الشركات المساهمة سواء أكانت بنكاً أم شركة استثمار أم غير ذلك، بينما الوحدات الاستثمارية يتولى إصدارها الخدمات المصرفية الآتية:

(١) الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية، مرجع سابق ص ١١١.

(٢) الاستثمار في الأسهم والوحدات والصناديق الاستثمارية، مرجع سابق ص ٢٣.

أ - صناديق الاستثمار: ففي عامة الصناديق سواء ما كان منها في المصارف الإسلامية أو التقليدية، يرتبط الصندوق بالمستثمرين بشهادات وحدة استثمارية، ما عدا صناديق الاستثمار المضمونة، ونسبتها قليلة جداً إلى إجمالي الصناديق حيث تضمن إدارة الصندوق القيمة الإسمية للشهادة بصرف النظر عما يتحقق من أرباح فعلية.

ب - الحسابات الاستثمارية والادخارية في المصارف الإسلامية، حيث تقوم العلاقة بين البنك والمستثمرين على مبدأ المشاركة، وهذا على خلاف الحسابات الاستثمارية والادخارية في البنوك التقليدية، فإنها من النوع الثاني من الشهادات لا من هذا النوع^(١).

ولم يختلف نظر الباحثين في حل هذا النوع من الشهادات، وإنما وقع الخلاف في العقد الذي يمكن تخريجها عليه، وفيما يلي أهم العقود المطروحة لتخريج هذه الشهادات.

(١) انظر: خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٥٠٢، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٢٨٥، الودائع المصرفية أنواعها استخدامها استثمارها ص ١١٢، ١٠٩.

المبحث الثاني

تخريج شهادات الوحدة الإستثمارية على عقد المضاربة

يتجه معظم الباحثين إلى أن العلاقة بين البنك والمستثمرين في شهادات الوحدة الاستثمارية يمكن تخريجها على عقد المضاربة الشرعية، لا فرق في ذلك بين صناديق الاستثمار وحسابات الادخار والاستثمار^(١).

فالمصرف يعتبر مضارباً، والمستثمر هو صاحب رأس المال.

ولبيان مدى صحة هذا التخريج، وملاءمته لهذا العقد، يحسن الوقوف على عقد المضاربة ببيان حقيقته وشروطه، وأهم الأحكام المتعلقة به، والآثار المترتبة عليه، ومن ثم الحكم على هذا التخريج صحة أو فساداً.

(١) انظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ص ٤٢٠، خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٣٠٥، الودائع المصرفية ١١٢، ١٠٩، السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية ص ٤٣٢، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية ص ٦٤، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة ص ٢٧٩، الاستثمار والتمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية ص ٥، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٥/ القسم الشرعي ١٤٩، صناديق الاستثمار الإسلامية ص ١٦، الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية مرجع سابق ص ١٢٣.

المطلب الأول

تعريف المضاربة ومشروعيتها

المضاربة لغة: على وزن مفاعلة، مشتقة من «الضرب» بمعنى السير في الأرض، قال تعالى: ﴿وَأَخْرَجَ يَصْرِيُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] (١).

وقد سمي العقد بذلك لأن المضارب يسير في الأرض غالباً لطلب الربح.

وقيل: سمي بذلك لأن كلاً من العاقدين يضرب في الربح بسهم، وإما لما فيه من الضرب بالمال والتقليب (٢).

ولفظ المضاربة لغة أهل العراق، وهو استعمال الحنفية والحنابلة.

وأما أهل الحجاز فيسمون هذا العقد: «قراضاً»، وهو استعمال المالكية والشافعية في مصنفاتهم (٣).

وأصل القراض مشتق من القرض، وهو القطع، لأن صاحب المال قطع للعامل من ماله قطعة، وقطع له من الربح شيئاً معلوماً (٤)، وقيل سمي

(١) القاموس المحيط ص ١٣٨، التعريفات ص ٢٨٧، المصباح المنير ص ١٣٦، النهاية في غريب الحديث والأثر ٧٩/٣.

(٢) أنيس الفقهاء ص ٢٤٧، إتحاف المتقين بشرح أسرار إحياء علوم الدين ٤٦٥/٥، المغرب ٦/٢ طلبه الطلبة ص ١٤٨.

(٣) تحفة الفقهاء ١٩/٣، شرح حدود ابن عرفة للرصاع التونسي ص ٥٣١، مغني المحتاج ٣٩٧/٣، بلغة السالك ص ٢٤٥.

(٤) الزاهر في غريب ألفاظ الإمام الشافعي ص ٢٤٧.

بذلك لأن العامل يقطع الأرض بالسير فيها لطلب الرزق، وقيل إنه مشتق من المقارضة بمعنى المساواة والمحاذاة لتساويهما في الربح^(١).

ويقال لمن يقدم المال في المضاربة: رب المال، أو المقارِض بكسر الراء، وللعامل فيه: مضارب بكسر الراء، أو المقارِض بفتح الراء.

ومع أنه لا ضير في استخدام أي من اللفظين، إلا أن الأولى - من وجهة نظر الباحث - استخدام لفظ المضاربة لأنه الموافق للآيات القرآنية، والأكثر اتفاقاً مع مقصود العقد، وهو السير بغرض التجارة، كما أن لفظ المضاربة هو الأكثر تداولاً عند الفقهاء.

وأما تعريف المضاربة في الاصطلاح الفقهي:

فقد ذكر الفقهاء لها عدة تعاريف تتفق في بعض الأمور وتختلف في بعضها.

فعرفها الأحناف بأنها: «عقد شركة في الربح بمالٍ من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب»^(٢).

وعرفها المالكية بأنها: «توكيل على تجر في نقدٍ مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما»^(٣).

وعرفها الشافعية: «أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك بينهما»^(٤).

-
- (١) أنيس الفقهاء ص ٢٤٧، لسان العرب ٢١٧/٧، وانظر: نهاية المحتاج ٢١٩/٥.
 (٢) حاشية ابن عابدين ٤٣٠/٨، وانظر: مجمع الأنهر ٣٢١/٢، البحر الرائق ٢٦٣/٧، تحفة الفقهاء ١٩/٣.
 (٣) الخرشي على خليل ٢٠٣/٦، وانظر: بداية المجتهد ٢٨٥/٢، البهجة شرح التحفة ٢/٢، الكافي لابن عبد البر ٧٧١/٢.
 (٤) المنهاج ٣٩٨/٣، وانظر: حاشية الجمل ٥١٢/٣، فتح العزيز ٢/١٢، روضة الطالبين ١١٧/٥.

وعرفها الحنابلة: «دفع مال وما في معناه معين معلوم قدره لمن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه»^(١).

وبالنظر إلى هذه التعاريف نلاحظ تفاوتاً في صياغة الفقهاء لتعريف المضاربة بسبب اختلاف نظرهم في تحديد ماهيتها وطبيعتها: هل هي من نوع الشركات؟ أم هي من الإجازات؟

كما نلاحظ أن بعض الفقهاء ضمن تعريف المضاربة الشروط الخاصة بها والتي تختلف من مذهب إلى آخر:

فمنهم من قيد مجال المضاربة في التجارة فقط حينما قال «ليتجر» أو «على تجر» وهذا ليس عليه دليل من كتاب ولا سنة كما سيأتي، كما أن بعضهم قيد رأس مال المضاربة بكونه نقدًا، وبعض هذه التعاريف استخدمت كلمة «دفع» في التعبير على العقد، والحقيقة أن المضاربة ليست دفعًا بل هي عقد يتضمن دفع المال.

إلا أن هذه التعاريف جميعها تتفق على ثلاثة أمور لا بد أن يتضمنها عقد المضاربة:

الأول: أنها عقد بين طرفين.

الثاني: أنها تقوم على تقديم المال من أحدهما والعمل من الآخر.

الثالث: أن المقصود منها الربح الذي يشترك فيه الطرفان حسبما يتفقان عليه.

لذا فإن الأولى أن يقتصر في التعريف على هذه العناصر الثلاثة، ويترك ما عداها من الشروط وما ثار بشأنها من اختلافات لمواضعها، خاصة وأن المضاربة يذكر لها الفقهاء شروطًا اجتهادية لا يوجد لها نص

(١) المنتهى ٣٢٧/٢، وانظر: الروض المربع ٢٦٨/٣، كشاف القناع ١٧٣٦/٥، المغني ١٣٢/٧.

صريح من الكتاب أو السنة، وإنما هي وليدة الحاجة والمصلحة حسبما رأى الفقهاء في زمانهم، وبما يتماشى مع ظروف عصرهم، وتطبيق هذه الشروط في عصرنا هذا فيه نوع عسر ومشقة تأباه سماحة هذا الدين، لا سيما وأن عقد المضاربة هو البديل الشرعي الأنسب عن نظام القروض بفوائد الذي يعتمد عليه الاستثمار المصرفي الحديث، فتضييق مجال هذا العقد - بدون مستند شرعي صريح وواضح - لا يتوافق مع مقاصد الشريعة وأهدافها السامية.

واستناداً إلى ذلك فإن التعريف الملائم ينبغي أن يركز على جوهر العقد فقط، من خلال تحديد طبيعته التي تميزه عن غيره، وما ذكره صاحب الدر المختار في تعريف المضاربة بأنها: «عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الجانبين وعمل من الجانب الآخر» هو أقرب هذه التعاريف لأنه نحى الشروط جانباً، وحدد الغاية الأساسية من العقد وأنها المشاركة في الربح وليس رأس المال أو الخسارة، وهذا فارق جوهري وعلامة مميزة لعقد المضاربة عن غيره من عقود المشاركات، والتي تقوم على المشاركة في رأس المال والربح والخسارة، كما تضمن أن المضاربة تقوم على طرفين أحدهما يقدم المال فقط والآخر منه العمل بهذا المال، وهذه سمة أخرى تميز العقد.

صور المضاربة:

للمضاربة ثلاث صور ذكرها في المغني بقوله: «أن يشترك بدنان بمال أحدهما، أو بدنٌ ومال، أو مالان وبدن صاحب أحدهما»^(١).

كما يقسم الفقهاء المضاربة بالنسبة إلى مجال عمل المضاربة إلى قسمين:

(١) المغني ٧/١٢١.

- ١ - مضاربة مطلقة: وهي التي لم تقيد بزمان أو مكان أو نوع من التجارة أو أناس معينين يتعامل معهم المضارب، ويملك المضارب الاتجار بما يراه الأصح والأأنفع للمال.
- ٢ - مضاربة مقيدة: وهي التي قيدت بأحد القيود السابقة^(١).

مشروعية المضاربة:

دل على مشروعية المضاربة الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

- ١ - أما الكتاب فقد استدل بعض العلماء على مشروعية المضاربة بقوله تعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] وقوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] وقوله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠].
- ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن المضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله، فهو داخل في عموم هذه الآيات^(٢).
- إلا أنه اعترض على الاستدلال بهذه الآيات، لأن ما ذكر ليس من باب العام، بل من المطلق فهو محتمل له ولغيره^(٣).

- ٢ - وأما السنة، فأقراره عليه الصلاة والسلام، فإنه بعث والناس يتعاملون بها فأقرهم عليها^(٤)، وقد فعلها عليه الصلاة والسلام قبل البعثة، وذلك حين خرج إلى الشام مضاربًا بمال خديجة بنت خويلد رضي الله عنها، وقد حكاها بعد نبوته مقررًا له^(٥).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٨/٨.

(٢) بدائع الصنائع ٤/٨، الحاوي الكبير ١٠٢/٩.

(٣) شرح البهجة ٢/٢٨٢، والذي يظهر أن الخلاف ينبني على مسألة أصولية وهي: هل دلالة الأفعال من باب العام الذي يشتمل عليه بجميع أنواعه؟ أم من المطلق الذي يصدق بصورة من صورته؟ وإذا صدق عليها فلا يتعين على غيرها، والأقرب أنها من المطلق وبالتالي فلا يصح الاستدلال بهذه الآيات على ما نحن بصده.

(٤) بدائع الصنائع ٤/٨، الاستذكار ١١٩/٢١.

(٥) الروض الأنف ٢/٢٣١.

وكان العباس رضي الله عنه إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه ألا يسلك به بحرًا ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطه النبي صلى الله عليه وسلم فأجازه^(١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله: «وقد كان بعض الناس يذكر مسائل فيها إجماع بلا نص كالمضاربة، وليس كذلك، بل المضاربة كانت مشهورة بينهم في الجاهلية لا سيما قريش، فإن الأغلب عليهم كان التجارة، وكان أصحاب الأموال يدفعونها إلى العمال، ورسول الله صلى الله عليه وسلم قد سافر بمال غيره قبل النبوة، كما سافر بمال خديجة، والغير التي كان فيها أبو سفيان كان أكثرها مضاربة مع أبي سفيان وغيره، فلما جاء الإسلام أقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان أصحابه يسافرون بمال غيرهم مضاربة ولم ينه عن ذلك، والسنة: قوله وفعله وإقراره، فلما أقرها كانت ثابتة بالسنة»^(٢).

وقد روي في المضاربة آثار عن جمع من الصحابة رضي الله عنهم، منهم عثمان وعلي وحكيم بن حزام رضي الله عنهم أجمعين^(٣).

٣ - وأما الإجماع وهو أقوى الأدلة على مشروعية المضاربة، فقد أجمع الصحابة وأجمعت الأمة من بعدهم على جوازها، فقد كانت مشهورة معروفة بينهم ولم ينكر ذلك أحد.

قال ابن حزم رحمته الله: «كل أبواب الفقه ليس فيها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه والله الحمد حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ١٧٥، والدارقطني ٧٨/٣، والبيهقي ١١١/٦ وضعف إسناده، من حديث أبي الجارود عن حبيب بن يسار عن ابن عباس رضي الله عنهما، وأبو الجارود قال فيه الدارقطني وغيره: ضعيف.

انظر: تلخيص الحبير ٥٨/٣، التعليق المغني على الدارقطني ٧٨/٣.

(٢) مجموع الفتاوى ١٩٥/١٩.

(٣) انظر: هذه الآثار في: مصنف عبد الرزاق ٢٤٨/٨، وابن أبي شيبة ٣٧٧/٦، والموطأ ٥٩/٢، وسنن البيهقي ١١١/٦، والدارقطني ٦٣/٣، نصب الراية ١١٣/٤، تلخيص الحبير ٥٨/٣.

فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع عليه أنه كان في عصر النبي ﷺ وعلمه فأقره، ولولا ذلك ما جاز^(١).
وقد حكى غير واحد الإجماع على جوازها^(٢).

٤ - وأما القياس، فإن المضاربة مقيسة على المساقاة والمزارعة قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «ولقد كان أحمد يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة، لثبوتها بالنص، فتجعل أصلاً تقاس عليه، وإن خالف بينهما من خالف، وقياس كل منهما على الآخر صحيح، فإن من ثبت عنده جواز أحدهما، أمكنه أن يستعمل فيه حكم الآخر لتساويهما»^(٣).

وأيضاً فإن بالناس حاجة إلى المضاربة، فإن الدراهم والدنانير لا تنمي إلا بالتقليب والتجارة، وليس كل من يملكهما يحسن التجارة، ولا كل من يحسن التجارة له رأس مال فشرعها الله دفعاً للحاجة^(٤).

قال في المنتقى: «ووجه صحته - أي القراض - من جهة المعنى أن كل مال يزكو بالعمل لا يجوز استئجاره للمنفعة منه، فإنه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه، وذلك أن الدنانير والدراهم لا تزكو إلا بالعمل، وليس كل أحد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله، ولا يجوز له إجارتها ممن ينميها، فلولا المضاربة لبطلت منفعتها»^(٥).

(١) مراتب الإجماع ص ٩١.

(٢) منهم: ابن المنذر، الإجماع ص ٩٨، وابن قدامة، المغني ١٣٣/٧، والباقي، المنتقى شرح الموطأ ٦٨/٧، والنووي، روضة الطالبين ١١٧/٥، والزرقاني، شرح الموطأ ٤/٣٢٠، والصنعاني، الروض النضير ٣٤٦/٢.

(٣) مجموع الفتاوى ٤١٠/٢٩.

(٤) الشرح الكبير ٥٦/١٤، مغني المحتاج ٣/٣٩٨، الاختيار لتعليل المختار ٢٦/٣.

(٥) المنتقى شرح الموطأ ٦٨/٧.

المطلب الثاني

شروط عقد المضاربة

إن المتمعن في الشروط التي ذكرها الفقهاء للمضاربة يلحظ اتجاهين في هذا المجال .

فأحد هذين الاتجاهين يتوسع في تحديد الإطار الذي يشملته هذا العقد، وتخفيف الشروط اللازمة لصحته، وهو ما تبناه المذهب الحنبلي .

أما في الاتجاه الآخر فإن دائرة العقد تضيق بوضع شروط وضوابط متعددة تحد من المجال الذي يصح فيه العقد، وهو ما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية .

ومرد هذا التباين هو اختلاف النظر في الفقهي في حقيقة المضاربة وطبيعتها .

فالأولون (الحنابلة) اعتبروها واردة على وفق القياس، وأنها تندرج ضمن عقود المشاركات، بينما الجمهور يرون أنها من جنس الإجازات، وبالتالي فهي على خلاف القياس (أي القواعد المقررة في هذا الباب وليس القياس بمعناه الأصولي)، لأن العمل فيها غير منضبط، والأجر غير محدد، بل إن العامل قد يعمل ثم يتبين عدم استحقاقه شيئاً من الأجر إذا لم يتحقق شيء من الربح، ولذا قالوا: إن عقد المضاربة مستثنى من باب الإجازات، فيقتصر فيه على أضيق نطاق بمقدار ما تندفع به حاجة الناس .

يقول صاحب بدائع الصنائع - مبيئاً هذا الأمر - : «إن القياس في عقد المضاربة أنه لا يجوز، لأنه استئجار بأجر مجهول، بل بأجر معدوم،

ولعمل مجهول، لكننا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والإجماع»^(١).

وفي بداية المجتهد: «إن هذا - أي القراض - مستثنى من الإجارة المجهولة، وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرفق بالناس، وأنه لا يقترب به شرط يزيد في مجهلة الربح أو في الغرر الذي فيه»^(٢).

وفي فتح العزيز: «القراض معاملة تشتمل على إغرار، إذ العمل غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جوزت للحاجة، فتختص بما تسهل التجارة عليه»^(٣).

وفي مقابل ذلك نجد فقهاء الحنابلة ينظرون للمسألة بمعيار آخر، حيث يجعلونها كأحد أنواع شركات العقود، وأنها أصل مستقل بنفسها ليست على خلاف القياس، كالمساقاة والمزارعة^(٤)، وننقل كلاماً لابن القيم رحمته الله - وهو من فقهاء الحنابلة - في الرد على من زعم أن المضاربة على خلاف القياس، فيقول: «فالذين قالوا: المضاربة والمساقاة والمزارعة على خلاف القياس ظنوا أن هذه العقود من جنس الإجارة، لأنها عمل بعوض والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض.

فلما رأوا العمل والربح في هذه العقود غير معلومين، قالوا: هي على خلاف القياس، وهذا من غلطهم، فإن هذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضنة، التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض، والمشاركات جنس غير جنس المعاوضات وإن كان فيها شوب

(١) بدائع الصنائع ٤/٨، البحر الرائق ٧/٢٦٤، الكفاية ٧/٤١٥، الفتاوى البزازية ٦/٧٧.
 (٢) بداية المجتهد ٢/٢٨٥، وانظر: حاشية الدسوقي ٣/٥١٨، القوانين الفقهية ص ٢١١، شرح منح الجليل ٣/٦٦٤، المقدمات الممهدة ٣/٦.
 (٣) فتح العزيز ٤/١٢، وانظر: نهاية المحتاج ٥/٢٢٠، حاشية البيجوري على القري ٢/٢٢، حاشية قلوببي وعميره ٣/٢٣.
 (٤) المغني ٧/١٣٢، المنتهى ٢/٣٢٦، المقنع لابن البنا ٢/٧٢٩، المحرر في الفقه ١/٣٥٣.

المعاوضة... ، وإيضاح هذا أن العمل الذي يقصد به المال ثلاثة أنواع: أحدها: أن يكون العمل مقصودًا معلومًا مقدورًا على تسليمه، فهذه الإجارة اللازمة.

الثاني: أن يكون العمل مقصودًا، لكنه غرر أو مجهول، فهذه الجعالة، وهي عقد جائز ليس بلازم..

وأما النوع الثالث: فهو ما لا يقصد فيه العمل، بل المقصود فيه المال، وهو المضاربة، فإن رب المال ليس له قصد في نفس عمل العامل كالمجاعل، والمستأجر له قصد في عمل العامل، ولهذا لو عمل ما عمل ولم يربح شيئًا لم يكن له شيء، وإن سمي هذا جعالة بجزء مما يحصل من العمل كان نزاعًا لفظيًا، بل هذه مشاركة، هذا بنفع ماله، وهذا بنفع بدنه..^(١) اه كلامه رَحِمَهُ اللهُ.

وما ذهب إليه الحنابلة هو الأقرب للصواب - من وجهة نظر الباحث -، لاتفاق ذلك مع غاية العقد، والمقصود منه، وهو تحقيق الربح من جراء القيام بنشاط ما، واقتسام الربح المتحقق بين طرفي العقد، ولأن عقد المضاربة ألصق بعقود المشاركات منه بالإجراءات، من حيث إن المقصود منه المال وليس العمل.

ولنا أن نلاحظ من خلال السماحة والسعة المميزة في المذهب الحنبلي في تأصيل هذا العقد، استطاعة فقهاء الحنابلة التخفيف من شروط العقد - كما سيأتي -، وتصحيح العديد من الحالات التعاقدية التي اعتبروها من المشاركات الجائزة، بينما لم يتمكن غيرهم من مجاراتهم في ذلك، بسبب ما هم مقيدون به من نظر متحفظ تجاه هذا العقد من أساسه كونه عندهم على خلاف القياس.

(١) أعلام الموقعين ١/ ٣٨٤ - ٣٨٦، وانظر: كلام شيخ الإسلام ابن تيمية في القواعد النورانية ص ١٩١، وابن القيم أيضًا في الطرق الحكمية ص ٢١١، والعز بن عبد السلام في قواعد الأحكام ٢/ ١٤٥.

ولعل في هذا التصوير المبسط لما عليه نظر الفقهاء تجاه عقد المضاربة ما يكفي لأن ندلف إلى مناقشة الشروط التي ذكروها لصحته، والتي سيتبين فيما بعد أن منشأ كثير منها هو نظرتهم المتحفظة لهذا العقد من أصله.

وأركان المضاربة خمسة: العاقدان، والمال، والعمل، والربح، والصيغة^(١) ولكل ركن من هذه الأركان شروطه الخاصة به.

وفيما يلي أهم الشروط المتعلقة بكل واحدٍ من هذه الأركان، ومدى ملائمة كل منها لما عليه العمل في الاستثمارات المصرفية:

الفرع الأول: شروط العاقدين:

العاقدان في المضاربة هما:

- رب المال من ناحية.

- والعامل (المضارب) من ناحية أخرى.

ولما كان في المضاربة معنى التوكيل، حيث إن رب المال يأذن للمضارب بالتصرف في ماله بالجزء الذي يتفقان عليه، فقد أحال الفقهاء في شروط العاقدين في المضاربة على الشروط اللازمة في الموكل والوكيل في عقد الوكالة، فيشترط أهلية التوكيل في المالك، وأهلية التوكيل في العامل بصفة عامة، وذلك بأن يكون كل منها جائز التصرف أي حرًا مكلّفًا رشيدًا.

قال في بدائع الصنائع: «وأما الذي يرجع إلى العاقدين، وهما رب

(١) المقرر في المذهب الحنفي أن لكل عقد ركنًا واحدًا هو الصيغة، بينما في المذاهب الأخرى يعتبرون العاقدين ومحل العقد وكل ما يتوقف عليه وجود الشيء من الأركان. انظر: شرح المنهج لذكريا الأنصاري ٥١٢/٣، نهاية المحتاج ٢٢٢/٥، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ١٨٦/٢.

المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة، لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال، وهذا معنى التوكيل»^(١).

وفي الشرح الكبير: «وإنما يصح من أهل التوكيل والتوكل.. أي ممن فيه أهلية لهما، بأن يوكل غيره، ويتوكل لغيره، وهو الحر البالغ الرشيد»^(٢).

وفي مغني المحتاج: «وشرط المالك والعامل في الأهلية للقراض كوكيل وموكل، لأن القراض توكيل وتوكل بعوض.. فلا يكون واحد منهما سفيهاً ولا صبيّاً ولا مجنوناً، ولا رقيقاً بغير إذن سيده»^(٣).

وقال ابن قدامة - عند ذكره أنواع شركة العقود -: «وهي أنواع خمسة: شركة العنان.. والمضاربة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف»^(٤).

وجائز التصرف: هو الحر المكلف الرشيد^(٥).

مدى جواز عقد المضاربة مع غير المسلم:

من المسائل المشككة في الاستثمار المصرفي، والتي ترتبط بأهلية العاقدين: مدى صحة عقد الاستثمار بصيغة المضاربة مع كون أحد العاقدين غير مسلم، فهل للمسلم أن يستثمر أمواله في صندوق أو حساب استثماري، يدار بأيدي كافرة؟ وهل للمصارف الإسلامية أن تضارب بأموال غير المسلمين؟.

(١) بدائع الصنائع ٩/٨، وانظر: الفتاوى الهندية ٤/٣٣٧، مجمع الأنهر ٢/٣٢٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١١/٤٥٥ مادة ١٤٠٨.

(٢) الشرح الكبير ٣/٣٤٨ و ٥١٧، وانظر: شرح حدود ابن عرفة ص ٣٨٦، الخرخشي ٦/٢٠٣.

(٣) مغني المحتاج ٣/٤٠٥، وانظر: قليوبي وعميره ٣/٥٤، حاشية الجمل ٣/٥١٣، أسنى المطالب ٢/٣٨٥.

(٤) المغني ٧/١٠٩، وانظر: مطالب أولي النهى ٣/٤٣٩، كشاف القناع ٥/١٦٩٤.

(٥) الروض المربع ص ٢٣٤.

فنقول: «إن الفقهاء متفقون من حيث الأصل على أن إسلام المتعاقدين أو أحدهما ليس شرطًا في صحة العقد، لأن شرط العاقد هو الأهلية، وعدم إسلامه لا يؤثر في أهليته، لكن بعض الفقهاء كره للمسلم أن يدفع المال للكافر ليضارب به على وجه يخلو به، لأنه لا يأمن أن يؤكله حرامًا إما لجهله أو لقصده.

ففي المصنف عن الحسن البصري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه لم يكن يرى بأسًا بشركة اليهودي والنصراني إذا كان المسلم هو الذي يرى الشراء والبيع»^(١).

وعن عطاء وطاووس ومجاهد أنهم كانوا يكرهون شركة اليهودي والنصراني إلا إذا كان المسلم هو الذي يرى الشراء والبيع»^(٢).

وفي المبسوط: «وإذا دفع المسلم إلى النصراني مالًا مضاربة بالنصف فهو جائز لأن المضاربة من المعاملات، وأهل الذمة في ذلك كالمسلمين، إلا أنه مكروه لأنه جاهل بشرائع الإسلام، فلا نأمن أن يؤكله حرامًا، إما لجهله أو لقصده فإنهم لا يؤدون الأمانة في حق المسلمين. . ولا بأس بأن يأخذ المسلم مال النصراني مضاربة، ولا يكره له ذلك لأن الذي يلي التصرف هنا المسلم وهو يتحرز من العقود الفاسدة»^(٣).

وجاء في الخرشبي بالنسبة لمقارضة المسلم للذمي: «والمذهب الكراهة إذا لم يعمل بمحرم كالربا»^(٤).

وفي نهاية المحتاج: «وتكره مشاركة الكافر ومن لا يحترز من الشبهة»^(٥).

(١) المصنف لابن أبي شيبة كتاب البيوع/ باب مشاركة اليهودي والنصراني ٢٧٩/٣.

(٢) المصنف لابن أبي شيبة كتاب البيوع/ باب مشاركة اليهودي والنصراني؟.

(٣) المبسوط ٦٠/٢٢، وانظر: بدائع الصنائع ٩/٨، الفتاوى الهندية ٣٣٣/٤.

(٤) الخرشبي ٢٣/٦، وانظر: شرح حدود ابن عرفة ص ٥٣٧، التاج والإكليل ١٨٩/٧، حاشية العدوي ١٨٥/٢.

(٥) نهاية المحتاج ٦/٥، وانظر: الأم ٥٣/٢، ٦٤٥/٣، شرح البهجة ٢٩٠/٣، حاشية الجمل ٣٩٢/٣.

ونقل ابن قدامة في المغني عن أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه، ويكون هو الذي يليه لأنه يعمل بالربا»^(١).

فالحكم المتعين هو صحة المضاربة بين المسلم وغير المسلم كما نص على ذلك فقهاؤنا الأجلاء، شريطة أن تتحقق الرقابة على أعمال المضاربة من قبل المسلم، حتى يضمن سلامة هذه الأعمال من الربا والريبة، وإنما تتوجه الكراهة فيما إذا لم يتحقق المسلم من سلامة ما يتعامل به شريكه غير المسلم، خشية أن يدخل عليه ما لا يرضيه دينه، فإذا تيقن ذلك أصبحت المشاركة محرمة حينئذ.

والحق أن مدار الحكم هو في التورع عن أكل الحرام، سواء أكان ذلك بمشاركة مسلم أم غيره، فلا وجه لتخصيص الكراهة في التعاقد مع غير المسلم، إذ إن مشاركة المسلم الفاسق الذي لا يتورع عن أكل الحرام على وجه ينفرد فيه بالبيع والشراء لا تقل ضرراً عن غير المسلم.

قال ابن حزم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ومشاركة المسلم للذمي جائزة، ولا يحل للذمي من البيع والتصرف إلا ما يحل للمسلم لأنه لم يأت قرآن ولا سنة بالمنع من ذلك، وقد عامل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أهل خيبر وهم يهود بنصف ما يخرج منها على أن يعملوها بأموالهم وأنفسهم»^(٢)، وقد ابتاع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طعاماً من يهودي بالمدينة ورهنه درعه فمات صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهي رهن عند غيره^(٣)، فهذه شركة في الثمن والزرع والغرس... ونحن ندري أنهم يستحلون الحرام،

(١) المغني ١٠٩/٧، وانظر: الفروع ٣٧٧/٤، كشف القناع ١٧٢٥/٥، مطالب أولي النهى ٤٩٥/٣.

(٢) أخرجه البخاري كتاب الحرث والمزارة باب المزارة بالشرط ونحوه ٣٧/٣، ومسلم كتاب المساقاة باب المساقاة والمعاملة بجزء من حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٣) أخرجه البخاري (كتاب الجهاد/ باب ما قيل في درع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) ٤٩/٤، من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

كما أن في المسلمين من لا يبالي من أين يأخذ المال؛ إلا أن معاملة الجميع جائزة ما لم يوقن حرامًا، فإذا أيقناه حرم أخذه من كافر أو مسلم^(١).

وعلى ذلك فإنّ الاستثمارات المصرفية لا تخلو من ثلاث حالات:

الحال الأولى: أن يعلم المستثمر أن إدارة الاستثمار تتجنب المعاملات المحرمة، وذلك من خلال البيانات والقوائم المالية الدورية التي تصدرها، والتي تدقق من جهات رقابية خارجية، فهذه ليس ثمة ما يمنع من الاستثمار فيها سواء كانت الإدارة مسلمة أم غير مسلمة.

الحال الثانية: أن يعلم المستثمر بأن الإدارة تتعامل بمعاملات محرمة شرعًا.

الحال الثالثة: أن لا يتبين للمستثمر شيء من ذلك.

ففي هاتين الحالتين الأخيرتين تقع إشكالات كثيرة، سنتطرق لها تفصيلاً بمشيئة الله عند الحديث عن الاستثمار في الأسهم من الباب الرابع بمشيئة الله تعالى.

وقد ورد عن بعض الأئمة كراهة أن يضارب المسلم لغير المسلم، ففي المدونة: «سألت مالكا وابن أبي حازم عن الرجل المسلم يأخذ من النصراني المال قراضاً؟ فكرها ذلك جميعاً.

قال: وما أظن أنهما كرها ذلك إلا أنهما كرها للمسلم أن يؤجر نفسه من النصراني لثلا يذل نفسه»^(٢).

والصحيح أن ذلك ليس بمكروه لما تقدم من أن المضاربة ليست من باب الإجازات، حتى يقال: إن المسلم مستأجر للذمي، وإنما هي من باب المشاركات التي يستوي فيها طرفا العقد.

(١) المحلى ٨/١٢٥.

(٢) المدونة ٣/٦٤٥.

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالمال :

المال أحد الدعائم الأساسية التي يقوم عليها عقد المضاربة، وقد اهتم الفقهاء ببيان الشروط الواجب توفرها في رأس مال المضاربة.

وتتلخص هذه الشروط فيما يلي :

- ١ - أن يكون نقدًا رائجًا .
- ٢ - أن يكون عينًا .
- ٣ - أن يكون معلومًا .
- ٤ - أن يسلم إلى المضارب .

وفيما يلي أقوال الفقهاء وأدلتهم حول هذه الشروط :

الشرط الأول : أن يكون رأس المال من النقود المضروبة (الدراهم أو الدينانير) :

اتفق الفقهاء على جواز المضاربة بالنقود المضروبة الرائجة، لأن النقدين قيم للمتلقات، وأثمان للمبيعات، ولا يتعينان بالعقد، ولا تزيد قيمتهما ولا تنقص غالباً^(١).

والضابط عندهم أن كل ما لا تتأثر قيمته ارتفاعاً وانخفاضاً يجوز جعله رأس مال في المضاربة.

ويلحق بالدينانير والدراهم الأوراق النقدية المعاصرة، كالريال والجنيه والدولار ونحوها، وذلك لأنها أصبحت هي الوسيلة المباشرة للتعامل بين الناس، وهي قيم الأشياء ولا تقوم بغيرها، وتصلح ثمنًا لكل مبيع^(٢)، بل إن هذه العملات أولى بالجواز من النقدين، لأن قول فقهاءنا رحمهم الله

(١) الإجماع لابن المنذر ص ٩٨، مراتب الإجماع ص ٩٢، إرشاد المسترشد ١٠٩/٤.

(٢) الورق النقدي لابن منيع ص ١١٣، أحكام الأوراق النقدية والتجارية ص ٢٢٩.

عن الدراهم والدنانير: إنها لا تزيد ولا تنقص بناءً منهم على ما كان في السابق من ثبات سعر التقدين وكونهما قيمًا للأشياء أما في عصرنا الحاضر فإن الأحوال قد تغيرت، وأصبح النقدان سلعة تباع وتشتري، وترتفع قيمتهما وتنخفض، ولم يعد لهما سعر مستقر كما في السابق.

والأصل في الاستثمار المصرفي أن يكون بالأوراق النقدية، وليس ثمة إشكال في ذلك، لكن يبقى الإشكال فيما إذا كان نظام المصرف أو الصندوق يقبل السلع العينية من المستثمرين، ويظهر ذلك في المصارف التي تجيز للمستثمرين المناقلة بين الصناديق أو الأسهم^(١)، فعلى قول من يرى أن الأسهم أو الوحدات الاستثمارية عروض، فإن رأس مال المضاربة هنا عروض لا نقد.

وقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك:

فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة في رواية^(٥)، والظاهرية^(٦)، إلى أنه لا يجوز جعل العروض مثلية كانت أو قيمية رأس مال المضاربة، وقصروا ما يصلح أن يكون رأس مال لها على النقود الرائجة فقط.

وذهب الحنابلة في رواية أخرى عن الإمام أحمد^(٧)، وابن أبي ليلى،

(١) وقد سبق في التمهيد أن البنوك التي لها عدد من الإصدارات تجيز للمستثمرين المناقلة فيما بينها، فيستبدل وحدات الصندوق المنقول منه بوحدات الصندوق المنقول إليه.

(٢) المبسوط ٣٣/٢٢، العناية ٣٩٠/٥، تحفة الفقهاء ٢٢/٣، الاختيار ٢٧/٣.

(٣) الاستذكار ١٣٦/٢١، المدونة ٦٢٩/٣، شرح الزرقاني على الموطأ ٣٢٢/٤، الخرشى ٢٠٣/٦.

(٤) الأم/٤/٦، المنتور في القواعد ٢٧٤/٣، أسنى المطالب ٣٨١/٢، حاشية قليوبي وعميره ٥٣/٣.

(٥) شرح المنتهى ٣٢٠/٢، المقنع ١٦٤/٢.

(٦) المحلى ٢٤٧/٨.

(٧) الإنصاف ١١٤/١٤، المغني ١٢٤/٧، الفروع ٣٧٩/٤، المحرر في الفقه ٣٥٣/١.

والحسن وطاووس، والأوزاعي، إلى جواز المضاربة بالعروض، بحيث تقوم العروض عند العقد، وتجعل قيمتها المتفق عليها بين العاقدين رأس مال المضاربة، وعند انتهاء المضاربة يعيد المضارب هذه القيمة نقداً^(١).

وقصر ابن أبي ليلي الجواز في المثليات فقط من مكيل أو موزون بحيث يعاد مثلها عند انتهاء المضاربة^(٢).

استدل المانعون بما يلي:

١ - أن جعل العروض رأس مال في المضاربة يؤدي إلى الربح فيما لم يضمن، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن^(٣).

وذلك لأن العروض تتعين بالتعيين، فهي أمانة في يد المضارب وربما ترتفع قيمتها بعد العقد فإذا باعها حصل الربح واستحق المضارب نصيبه من غير أن يدخل شيء في ضمانه، بخلاف النقد فإنه عند الشراء بها يجب الثمن في ذمة المضارب، لأنها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له يكون ربح ما قد ضمن^(٤).

٢ - كما أنه يؤدي إلى الغرر، فالمضارب يقبض العرض، وهو

(١) تكملة المجموع شرح المذهب ٣٦٢/١٤، المصنف لابن أبي شيبة ١٨٣/٥، المغني ١٢٤/٧، فتح القدير ٣٩٠/٥ واختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم والمرداوي من الحنابلة، ومن المتأخرين: الشيخ محمد بن عبد الوهاب، وابن سعدي، انظر: مجموع الفتاوى ٩١/٣، نيل المآرب ١٩٤/٣، المختارات الجلية ٢/١٥٧، حاشية الروض المربع لابن قاسم ٢٤٦/٥.

(٢) تبين الحقائق ٥٣/٥، تكملة المجموع شرح المذهب ٣٦٢/١٤.

(٣) أخرجه أحمد ١٧٤/٢، والترمذي (كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك برقم ١١٥٥) وأبو داود (كتاب البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم ٣٠٤١) والنسائي (كتاب البيوع باب شرطان في بيع برقم ٤٥٥١) وابن ماجه (كتاب التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، وهو حديث حسن، انظر: الدراية ١٥/٢، إرواء الغليل ١٤٦/٥، نصب الراية ١٨١٤.

(٤) المبسوط ٣٣/٢٢، تبين الحقائق مع حاشية الشلبي ٥٤/٥.

يساوي قيمة ما، ثم يرده وهو يساوي قيمة غيرها، فيكون رأس المال والربح مجهولان، إضافة إلى أنه قد يؤدي إلى أن يصير الربح كله إلى رب المال أو أن يأخذ جزءًا أكثر مما شرط له في العقد، ووجه ذلك أنه قد يأخذ العامل العرض وقيمته مائة فيتجر في المال فيربح مائة فيرده وقيمته مائتان فيصير الربح كله لرب المال، ولا يحصل للعامل شيء وقد تنخفض قيمته فيأخذ المضارب جزءًا من رأس المال^(١).

٣ - ولأن قيمة العروض إنما تعرف بالحرز والظن، وتختلف باختلاف المقومين، والجهالة تفضي إلى المنازعة، والمنازعة تفضي إلى الفساد^(٢).

٤ - ولأن القراض عقد غرر إذ العمل فيه غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جوز للحاجة، فاختص بما يروج غالبًا وتسهل التجارة به وهو الأثمان^(٣).

وهذا الاستدلال مبني على أصل الجمهور السابق وهو أن عقد المضاربة على خلاف القياس فيقتصر فيه على ما ورد، وقد ورد جواز المضاربة بالنقود إجماعًا فيقتصر عليها دون غيرها، ويبقى ما عداها ممنوعًا بالأصل.

واستدل المجيزون بما يلي:

١ - أن الأصل هو صحة المضاربة بالعروض، بناءً على القاعدة الشرعية المتقررة: أن الأصل في المعاملات الإباحة، إلا ما دل الدليل على منعه، أو وجد فيه محذور شرعي، ولم يرد ما يمنع من جعل رأس المال في المضاربة عروضًا، بل إن الحاجة تدعو إلى ذلك^(٤).

(١) بداية المجتهد ٢/٢٨٥، التاج والإكليل ٧/٤٤٧، المنتقى شرح الموطأ ٧/٨٠، مواهب الجليل ٥/٣٦٠.

(٢) بدائع الصنائع ٨/١٢، مطالب أولي النهى ٣/٥٠١.

(٣) مغني المحتاج ٣/٣٩٨، الفواكه الدواني ٢/١٢٢، المقدمات الممهدة ٣/١٦.

(٤) حاشية نيل المآرب ٣/١٩٥.

٢ - ولأن مقصود المضاربة جواز تصرف المضارب في المال، وكون ربح المال بينهما، وهو حاصل في العروض كحصوله في الأثمان، فيجب أن تصح المضاربة بها كالأثمان، ويرجع رب المال عند المفصلة بقيمة ماله عند العقد^(١).

٣ - ولأن غير النقدين يصح أن يكون ثمنًا في البيع ونحوه، وأجرة في الإجارة ونحوها، فيصح أن يكون رأس مال الشركة المضاربة، مع أن المشاركات أوسع من المعاوزات، والتعليل بأن النقدين قيم للمتلفات، وأثمان للمبيعات. هذا في الغالب، وإلا فقد تكون العروض قيمًا للمتلفات وأثمانًا للبياعات^(٢).

واستدل ابن أبي ليلى على جواز جعل المكيل والموزون رأس مال للمضاربة، بأن المكيل والموزون يجوز الشراء بهما، ويثبتان دينًا في الذمة وثنمًا، فيكون ذلك بمنزلة النقود في أن المضارب قد استحق ربح ما ضمن لا ربح ما لم يضمن^(٣).

المنافشة والترجيح:

وبعد عرض الأقوال وأدلتها يظهر للباحث أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني هو الأقرب للصواب، لقوة ما استدلوا به، ولأن الأصل هو صحة المعاملات ما لم يرد دليل على التحريم، وما استدل به أصحاب القول الأول هو مجرد تعليقات قابلة للاجتهاد، ولا تستند إلى دليل شرعي واضح في المسألة، خاصة وأن هذه التعليقات - من تمعن فيها عرف أنها - مبنية على أصل نظرة الجمهور للعقد وأنه على خلاف القياس فيقتصر فيه على أضيق نطاق، وهي مسألة سبق مناقشتها والرد عليها.

(١) المغني ١٢٤/٧.

(٢) المختارات الجلية من المسائل الفقهية ١٥٧/٢.

(٣) المبسوط ٢٣/٢٢.

ويمكن مناقشة هذه الأدلة بما يلي:

- فقولهم: إنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، غير مسلم، لأن هذه الحجة مبنية على رأي الأحناف في التفرقة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء، فالأول عندهم أمين، والثاني ضامن، والمضاربة نوع وكالة، وهذه التفرقة من أصلها لا دليل عليها فيد المضارب يد أمانة تجاه رب المال في البيع أو الشراء، أي سواء أعطي نقودًا للشراء أو عروضًا للبيع، وأيضًا فإن للشركة ذمة مالية مستقلة عن الشركاء فيكون عليها ضمان من مال الشركة^(١).

- وأما قولهم إن ذلك يؤدي إلى الغرر، وإلى أن يأخذ أحدهما أكثر أو أقل مما يستحق، فجوابه: أن هذا التعليل متوجه فيما إذا كان المضارب سيرد عليه مثل العرض الذي أخذه أما إذا كان سيرد قيمته وقت العقد - كما هو القول الراجح - فهذا غير وارد.

- وأما قولهم: إن القيمة تعرف بالحرز والظن، فيقال: إن هذا لا يمنع من صحة العقد.

فقد أخذ الشارع بالحرز والظن في مسائل كثيرة من الشريعة: فزكاة العروض، ومسألة بيع العرايا، والمقاسمة، ومهر المثل، وغيرها من المسائل التي مبناها على الحرز والظن وهي لا تقل أهمية وخطرًا عن المضاربة بالعروض، وهذا من تمام محاسن الشريعة.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «والخرص لا يعرف مقدار المكال، إنما هو حرز وحرس، وهذا متفق عليه بين الأئمة، ثم إنه قد ثبت عنه أنه أرخص في العرايا يبتاعها أهلها بخرصها تمرًا، فيجوز ابتياع الربوي هنا بخرصه، وأقام الخرص عند الحاجة مقام الكيل، وهذا من تمام محاسن الشريعة، كما أنه في العلم بالزكاة وفي المقاسمة أقام الخرص مقام الكيل»^(٢).

(١) الشركات في الشريعة الإسلامية للخياط ١/١١١.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٠/٣٥٠.

- وأما قولهم إن المضاربة على خلاف القياس فيقتصر فيها على ما تسهل التجارة به، فقد سبق الجواب عنه.
ومما يؤيد القول بالصحة أمور، منها:

أ - أن كثيرًا من القائلين بالمنع في باب المضاربة، كالمالكية وغيرهم، جوزوا ذلك في أبواب الشركات الأخرى كالعنان والمفاوضة، ففي الشرح الكبير: «وتصح - أي الشركة - بهما أي الذهب والفضة.. . وبعين من جانب وبعرض من آخر، وبعرضين من كل واحد مطلقًا اتفقا جنسًا أو اختلافًا، وكل من العرض الواقع في الشركة من جانب أو جانبيين بالقيمة يوم أحضر العرض»^(١).

وهذه التفرقة لا دليل عليها، لأن المضاربة نوع من الشركات كما تقدم.

ب - أنه لو قيل بالمنع للعلل التي ذكرها الفقهاء - وهي عدم ثبات سعر العروض - للزم منه إغلاق باب المضاربة برمته في هذا العصر، فالنقدان أصبحا سلعة تتغير قيمتها وفقًا للعرض والطلب، وتقوم بالأشياء ولا تقوم بها الأشياء، والأوراق النقدية كذلك، إنما تتحدد قيمتها ب«القوة الشرائية» للعملة، وهي تختلف من حين لآخر.

ج - أن باب المشاركات في الشريعة أيسر من المعاوضات، ولذلك تسومح فيه في مسائل كثيرة، كالجهل بالعمل والأجر، وعدم لزومه وغير ذلك، فإذا جاز جعل العروض عوضًا في المعاوضات، ففي باب المشاركات أولى.

وأما ما ذهب إليه ابن أبي ليلى فهو قول ضعيف لأن التزام المضارب بإعادة مثل رأس المال يؤدي إلى الإجحاف بحق أحد

(١) الشرح الكبير على مختصر خليل ٣/٣٤٨، انظر: المقدمات الممهدة ٣/٤٤، الكافي لابن عبد البر ٢/٧٨٠، شرح منح الجليل ٣/٢٨٢.

المتعاقدين، فقد يشارك المضارب برأس المال إذا رخصت العروض،
وينفرد رب المال بالربح أو بجزء زائد عما شرط له إن غلا سعرها.

ومما سبق فلا يظهر للباحث ما يمنع شرعاً من اشتراك المستثمر في
الصناديق أو الحسابات الاستثمارية بوحدة أو أسهم يتنازل عنها، ويكون
رأس المال هو قيمة تلك الوحدات وقت تقديم الطلب.

ولقد ذهب بعض الباحثين إلى تحريم اشتراك المستثمر بعملة أخرى
غير العملة الأساس في البلد، حيث يقول: «أما إذا أعطاه بعملة أخرى
ليست هي الأساس في بلد التعامل - كالدولار مثلاً بالنسبة للمقيمين في
مصر - فهذه هي التي تلحق بالعروض، ولا نرى جواز هذه
المضاربة..»^(١)، وعليه فما طرحه البنوك من صناديق أو إصدارات
بالدولار أو بالين أو غيرها من العملات الأجنبية تعتبر محرمة.

وهذا القول - فيما يظهر للباحث - غير صحيح، حتى على رأي من
يمنع تقديم العروض في المضاربة، إلا فرق بين العملة الأساس في البلد
والعملات الأخرى، فما دام الجميع متداولاً بين الناس، وتقييم به الأشياء،
فيأخذ حكم النقدين سواء بسواء، ولو صحت هذه التفرقة للزم الأخذ بها
في جميع أبواب الشريعة: كالزكاة، بأن تزكى عملة البلد زكاة النقدين،
والعملات الأخرى زكاة عروض، وأبواب الربا، والصرف، والسلم، وغير
ذلك، وحسب علمي لم يفت أحد من العلماء المعاصرين بشيء من ذلك،
والله أعلم.

الشرط الثاني: أن يكون المال عيناً لا ديناً:

المقصود من هذا الشرط أن يكون رأس المال الذي سيقدم للمضاربة
به مالاً حقيقياً عند العقد، بحيث يمكن تعيينه وتسليمه إلى المضارب ليعمل
به، وليس مالاً حكماً كالدين، وكل ما هو ثابت في الذمة.

(١) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٣٥.

وقد بحث الفقهاء تحت هذا الشرط عدداً من المسائل منها:

- أ - المضاربة بالدين الذي في ذمة المضارب.
- ب - المضاربة بالدين الذي في ذمة طرف ثالث.
- ج - المضاربة بالعين المودعة.

وهذه المسائل ذات صلة وثيقة بالاستثمار المصرفي، فقد جرت العادة في المصارف على تحويل الودائع الجارية للمودعين إلى الودائع الاستثمارية أو الصناديق، في حال رغبتهم بذلك، دون أن يستلم المودع مبلغ الوديعة حقيقة ثم إيداعها مرة أخرى في حساب الاستثمار، كما أن كثيراً من المودعين يفوض بنك الاستثمار في سحب بعض أمواله من بنك آخر لاستثمارها بالبنك الأول، ولا يبدأ سريان الاستثمار فعلياً إلا باستلام البنك قيمة الوديعة حقيقة.

فعلى قول من يرى أن الودائع الجارية لها حكم القروض - وهم جمهور العلماء المعاصرين - فتأخذ هاتان المسألتان حكم المضاربة بالدين الذي على المضارب أو على غيره، وعلى قول من يرى أن لها حكم الودائع^(١)، فتأخذ حكم المضاربة بالوديعة.

أولاً: حكم المضاربة بدين في ذمة المضارب (إذا كان الشيك المسحوب على نفس بنك الاستثمار):

اختلف الفقهاء في صحة المضاربة بالدين الذي في ذمة المضارب على قولين:

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)،

(١) حسن الأمين، الودائع النقدية المصرفية واستثمارها في الإسلام ص ٢٣٦.

(٢) رد المحتار ٤٣٣/٨، مجمع الأنهر ٣٢٢/٢، البحر الرائق ٢٦٥/٧، المبسوط ٣٠/٢٢.

(٣) البهجة شرح التحفة ٣٥٧/٢، جواهر الإكليل ١٧١/٢، بلغة السالك ٢٤٥/٢، الخرشي ٢٠٤/٦، شرح مياره ١٣٠/٢.

والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، أنه لا يجوز جعل الدين مضاربة مع المدين، بل نقل غير واحد الإجماع على ذلك^(٣)، إلا أن هذا الإجماع لا يصح كما سيأتي.

واستدل المانعون بما يلي:

١ - (وهو دليل المالكية) بأن مضاربة المدين بما عليه من دين قد تكون ذريعة للربا، فقد يكون المدين أعسر عن الوفاء بالدين، وهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيده فيه، فيعقدان المضاربة لتكون ستاراً لما قصداه.

جاء في المدونة: «قلت: أرأيت ديناً لي على رجل أمرته أن يعمل به قراضاً، أيجوز ذلك أم لا؟»

قال: لا يجوز ذلك عند مالك.

قلت: لم؟

قال: خوفاً أن يكون إنما اعتزى أن يؤخره بالدين ويزيده في دينه^(٤).

٢ - (وهو دليل الحنفية): «بأن الدين الذي عليه لا يصلح رأس مال المضاربة لكونه مضموناً عليه، ومن شرط المضاربة أن يكون المال أمانة عنده^(٥)».

٣ - (وهو دليل الشافعية والحنابلة): بأن الدين ملك للمدين، ولا

(١) الحاوي الكبير ١٠٦/٩، روضة الطالبين ١١٨/٥، مغني المحتاج ٣/٣٩٩، حاشية البجيرمي ٣/١٤٧.

(٢) المغني ٧/١٨٢، شرح الزركشي على الخرقى ٤/١٣٧، الإنصاف ١٤/٧١، نيل المآرب ٣/١٩٤.

(٣) الكاساني في بدائع الصنائع ٨/١٧، وابن المنذر، نقله عنه ابن قدامه في المغني ٧/١٨٢.

(٤) المدونة ٣/٦٣١، وانظر: المنتقى شرح الموطأ ٧/٧٧، بداية المجتهد ٢/٢٨٦.

(٥) حاشية الشلبي ٥/٥٤، وانظر: تكملة فتح القدير ٧/٤١٧، الجوهرة النيرة ١/٢٩٢.

يخرج عن ملكه، ويدخل في ملك الدائن إلا إذا قبضه، ولم يوجد القبض هنا، فلا تصح المضاربة لأنها واقعة على مالٍ غير مملوك لرب المال، وإنما للمضارب، فتصرفه فيه وقع تصرفاً له لا للمضاربة، لأنه عين ماله.

قال في تحفة المحتاج: «لا يصح - أي القراض - على دين ولو في ذمة العامل، لأن الدين إنما يتعين بالقبض، بل لو قال لغريمه: اعزل قدر حقي من مالك فعزله، أي ولم يقبضه، ثم قال: قارضتك عليه لم يصح، لأنه لم يملكه أي ما عزله بغير قبض»^(١).

وبمثل هذا علل ابن قدامة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فقال: «لأن المال الذي في يدي من عليه الدين له، وإنما يصير لغريمه بقبضه، ولم يوجد القبض هاهنا، وإن قال له: اعزل المال الذي لي عليك، وقد قرضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة، وقع الشراء للمشتري، لأنه اشترى لغيره بمال نفسه، فحصل الشراء له، وإن اشترى في ذمته فكذلك، لأنه عقد القراض على ما لا يملكه»^(٢).

فهذه حجج القول الأول: ومن الواضح أن لكل مذهب مسلماً مغايراً في الاستدلال^(٣).

القول الثاني: وذكره ابن قدامة احتمالاً عن بعض الحنابلة، وهو جواز مضاربة المدين بما عليه من الدين دون قبضه.

(١) تحفة المحتاج ٦/٨٤، وانظر: فتح العزيز ١٥/٨، حاشية الجمل ٣/٥١٣.

(٢) المغني ٧/١٨٢، وانظر: كشاف القناع ٥/٧٤١ شرح المنتهى ٢/٣٣٠، مطالب أولي النهى ٣/٥٢٤.

(٣) ومع اتفاق الجمهور على المنع من المضاربة بالدين، فقد اختلفوا فيما لو وقعت مثل هذه المضاربة، وباع المضارب واشترى، فذهب أبو حنيفة والمالكية والحنابلة إلى أن الربح للمضارب، والوضيعة عليه ولا شيء لرب المال، وذلك للنهي عن ربح مالم يضمن، ويستثمر الدين في ذمة المضارب (بدائع الصنائع ٨/١٧، حاشية الدسوقي ٣/٥١٨، المغني ٧/١٨٢)، وذهب الشافعية وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن البيع والشراء يقع لرب المال، وله ربح المال وعليه وضيعته، وللعامل أجره مثله (البدائع ٨/١٧، مغني المحتاج ٣/٩٩).

قال رَحِمَهُ اللهُ: «وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن تصح - أي المضاربة بالدين - لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال، ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه، فتبرأ ذمته منه، ويصير كما لو دفع إليه عرضاً، وقال: بعه، وضارب بثمانه»^(١).

وممن انتصر لهذا القول ابن القيم حيث يقول: «فإن قيل: تجوزون لمن له دين على رجل أن يوكله في المضاربة به أو الصدقة به أو إبراء نفسه منه أو أن يشتري له شيئاً، ويبرأ المدين إذا فعل ذلك؟

قيل: هذا مما اختلف فيه، وفي صورة المضاربة بالدين قولان في مذهب الإمام أحمد:

أحدهما: أنه لا يجوز ذلك.

والقول الثاني: أنه يجوز، وهو الراجح في الدليل، وليس في الأدلة الشرعية ما يمنع من جواز ذلك، ولا يقتضي تجويزه مخالفة قاعدة من قواعد الشرع، ولا وقوعاً في محظور من ربا ولا قمار ولا بيع غرر، ولا مفسدة في ذلك بوجه ما، فلا يليق بمحاسن الشريعة المنع منه، وتجويزه من محاسنها ومقتضاها»^(٢) اهـ.

ومن خلال ما تقدم يمكن إجمال أدلة هذا القول فيما يلي:

- ١ - البراءة الأصلية، لعدم الدليل المانع من ذلك.
- ٢ - قياساً على ما لو وكله في بيع العرض والمضاربة بثمانه.
- ٣ - أن قبض المدين للدين إذا كان بإذن غريمه، بمنزلة قبض رب المال، قياساً على مسألة قبض الوكيل من نفسه لموكله، فقد جوز جمهور

(١) المغني ٧/١٨٢، وانظر: الفروع ٤/١٨٩، الإنصاف ١٤/٧١، شرح المقنع ٢/١٧٤، وذكره في المحرر تخريجاً في المذهب ١/٣٣٩.

(٢) أعلام الموقعين ٣/٣٥٠.

الفقهاء استنابة من عليه الحق للمستحق في القبض، وهو الصحيح من أقوال العلماء^(١).

المنافسة والترجيح:

بعد عرض الأقوال وأدلتها، لا يظهر للباحث ما يمنع من مضاربة المدين بما عليه من دين، بشرط ألا يكون الدين على معسر، لأنه لم يأت نص صريح بالمنع من ذلك، أما إذا كان الدين على معسر فيمنع من ذلك لشبهة الربا التي ذكرها المالكية.

والحجج التي استدلت بها الجمهور لا تخلو من مناقشة:

- فأما استدلال المالكية فهو متوجه إذا كان المدين معسراً، أما إذا كان مليئاً فلا وجه لإلزامه برد الدين ثم أخذه مرة أخرى، وهل هذا إلا نوع من العبث الذي تنزه عنه الشريعة.

- وأما استدلال الأحناف، فهو موضع نظر، فليس ثمة ما يمنع من أن ينقلب ما في الذمة أمانة، وبالعكس، فالمدين لو خلّى بين الدائن وبين المال فلم يتسلمه الدائن وبقي في حوزة المدين، فإنه ينتقل من كونه ديناً مضموماً في الذمة إلى كونه أمانة، وعلى العكس لو أن المودع تعدى وأنفق الوديعة في مصالح نفسه فإنها تنقلب ديناً في ذمته.

- وأما استدلال الشافعية والحنابلة، ففيه نظر أيضاً، لأنه لا فرق بين أن يقول له: ضارب بديني الذي عليك، وبين أن يوكله في قبضه والمضاربة به، لأن المضاربة - كما مر معنا في تعريفها - تتضمن معنى الوكالة، وإن لم يتلفظ بها، وقد جوز الفقهاء مسائل كثيرة، من هذا القبيل، كما لو وكله بالشراء من نفسه، أو بإبرائها، أو إعتاقها، أو وكل المرأة أن تطلق نفسها وغير ذلك^(٢).

(١) تصحيح الفروع ٤/١٨٩.

(٢) أسنى المطالب ٢/٢٦٩، المغني ٧/٢٢٨.

بل إن هذه المسألة أولى بالجواز مما لو قال لمدينه: وكل من يقبض لي منك، وقد نص على جوازها جمهور الفقهاء^(١).

«فإن قيل: فالدين لا يتعين، بل هو مطلق كلي ثابت في الذمة، فإذا أخرج مالا واشترى به، أو تصدق به، لم يتعين أن يكون هو الدين، ورب الدين لم يعينه، فهو باقٍ على إطلاقه.

قيل: هو في الذمة مطلق، وكل فرد من أفراده طابقه صح أن يعين عنه ويجزئ، فأى فرد عينه وكان مطابقاً لما في الذمة تعين وتآدى به الواجب، وهذا كما يتعين عند الأداء إلى ربه، وكما يتعين عند التوكيل في قبضه، فهكذا يتعين عند توكيله لمن هو في ذمته أن يعينه ثم يضارب به. وهذا محض الفقه وموجب القياس، وإلا فما الفرق بين تعيينه إذا وكل الغير في قبضه والشراء أو التصدق به وبين تعيينه إذا وكل من هو في ذمته أن يعينه ويضارب أو يتصدق به؟ فهل يوجب التفريق فقهاً أو مصلحةً لهما أو لأحدهما أو حكمة للشارع فيجب مراعاتها؟»^(٢) اهـ من كلام ابن القيم.

وبهذا يظهر أنه لا مانع من تحويل حساب العميل من الحساب الجاري إلى حساب الاستثمار، أو صندوق الاستثمار دون قبض حقيقي من العميل.

ثانياً: المضاربة بدين في ذمة طرف ثالث (السحب بشيك على بنك غير بنك الاستثمار):

من المسائل المشككة في الاستثمارات المصرفية أنه قلما يكون مبلغ الاشتراك عيناً مقبوضة وقت العقد، بل الغالب أن يتوكل البنك في قبض المال من طرف ثالث إذا حرر المستثمر شيكاً بمبلغ الاستثمار للبنك مسحوباً على بنك آخر، فهل تصح المضاربة في هذه الحال؟

(١) مغني المحتاج ٢/٤٧١.

(٢) أعلام الموقعين ٣/٣٥١.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين، واختلفا في هذا كاختلافهم فيما لو قدّم رب المال عرضاً ووكل المضارب ببيعه والمضاربة بثمنه، ومن ذلك ما لو وكل المستثمر البنك ببيع وحداته الاستثمارية في أحد الصناديق، واستثمار قيمتها في صندوق آخر.

فالفقهاء في هاتين المسألتين قولان:

القول الأول: يرى الحنفية^(١) والحنابلة^(٢) أن هذه المضاربة جائزة.

واستدلوا لذلك، بأن فيها معنى التوكيل وهو توكيل صحيح، والمضاربة مضافة إلى زمن قبض الدين، أو بيع العروض، وبه يكون رأس المال عيناً لا ديناً.

القول الثاني: يرى المالكية^(٣) والشافعية أنه لا تصح المضاربة في كلا الحالتين.

أما المالكية فاستدلوا بأن رب المال يكون قد حصل على فائدة خاصة به وخارجة عن عقد المضاربة، وهي ما كلف به المضارب من استيفاء الدين أو بيع العروض.

وأما الشافعية فاستدلوا بأن المضاربة معلقة على قبض الدين، أو بيع العروض، ولا يجوز عندهم تعليق المضاربة^(٤).

المناقشة والترجيح:

الأظهر هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من جواز المضاربة

(١) البحر الرائق ٧/٢٦٣، بدائع الصنائع ٨/١٧، تحفة الفقهاء ٣/٢٠، المبسوط ٢٢/٢٩، بدر المتقى ٢/٣٢٢.

(٢) المغني ٧/١٨٢، شرح المنتهى ٢/٣٣٠، كشاف القناع ٥/١٧٤١، الفروع ٤/٣٨٠.

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٨٦، البهجة شرح التحفة ٢/٣٥٧، حاشية الدسوقي ٣/٥١٩، شرح منح الجليل ٣/٦٦٩.

(٤) فتح العزيز ١٢/٧، روضة الطالبين ٥/١١٧، مغني المحتاج ٣/٣٩٩.

بشمن العروض، أو بالدين على طرف ثالث، لأن العقد في كلا الحالتين مضاف إلى زمن قبض المال، فكان رأس المال عيناً لا ديناً.

أما استدلال المالكية، ففيه نظر، لأن المضارب متبرع بعمله، أو أنه سيحسب هذا العمل ضمن نصيبه من الربح، وفي كلا الحالتين لا حرج في ذلك.

أما استدلال الشافعية فهو مبني على القول بمنع تعليق المضاربة، وهو قول لا يستند إلى دليل شرعي.

ثالثاً: المضاربة بالوديعة:

اختلف الفقهاء فيما إذا أودع الرجل عند غيره مالاً، فأراد أن يجعله رأس مال لمضاربة مع المودع أو غيره، قبل قبضه، على قولين^(١):

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، أنه يجوز جعل الوديعة رأس مال المضاربة.

واستدلوا لذلك: بأن الوديعة مال معين مملوك لصاحبه ملكاً حقيقياً، وليس ديناً، فجاز أن يتصرف به كل التصرفات المالية التي أباحها الشارع، ومنها المضاربة.

القول الثاني: يرى المالكية^(٥) والظاهرية^(٦) أنه لا يجوز جعل الوديعة

(١) يشار هنا إلى أن الوديعة إذا تلفت بتعدٍ أو تفريط من المودع فتأخذ حكم المضاربة بالدين لأنها أصبحت في ذمته.

(٢) المبسوط ٢٢/٢٩، رد المحتار ٨/٤٣٣، تبين الحقائق ٥/٥٤، الفتاوى البزازية ٦/٧٦.

(٣) تحفة المحتاج ٦/٨٥، فتح العزيز ١٢/٧، أسنى المطالب ٢/٣٨١، حاشية قليوبي وعميره ٣/٥٢.

(٤) الكافي ٢/١٥٣، الفروع ٤/٣٨٠، شرح المنتهى ٢/٣٣٠، التنقيح المشبع ص ٢١٤.

(٥) المدونة ٣/٦٣٠، شرح منح الجليل ٣/١٦٨، حاشية العدوي ٢/١٩٠، حلى المعاصم ٢/٣٥٧.

(٦) المحلى ٨/٢٤٧.

رأس مال المضاربة، سواء أكانت المضاربة مع المودع أم مع غيره، ما لم يسلم المودع الوديعة إلى صاحبها أو يحضرها مجلس العقد، ثم يعقدان المضاربة بعد ذلك.

واستدلوا لذلك، بما يلي:

١ - إذا كانت الوديعة بيد المضارب، ولم تكن حاضرة في مجلس العقد، فيحرم العقد عليها سداً لذريعة الربا، لأنه يخشى أن يكون المودع قد أنفق الوديعة فصارت ديناً في ذمته، ثم عقدا المضاربة لتكون ستاراً لتأخير المال وزيادة المدين فيه، كما تقدم في المضاربة بالدين، وهذه الحجة جارية على أصل المالكية في جواز استلاف المودع للوديعة المثلية أو التصرف بها دون إذن المودع، وتكون ديناً في ذمته^(١).

قال في المدونة: «قلت^(٢): أرأيت لو كان لي عند رجل وديعة فقلت له: اعمل بها قراضاً على النصف، أيجوز هذا؟ قال^(٣): قال لي مالك، في المال إذا كان ديناً على رجل فقال له رب المال: اعمل بالدين الذي عليك قراضاً، قال: لا يجوز هذا، إلا أن يقبض دينه ثم يعطيه بعد ما يقبضه، فأرى الوديعة مثل هذا لأنني أخاف أن يكون قد أنفق الوديعة فصارت عليه ديناً»^(٤).

٢ - وإذا كانت الوديعة بيد غير المضارب، لم يجز أيضاً، لأنه ازداد على العامل كلفة، وهو ما كلفه من قبضها، وأصل مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن من اشترط منفعة زائدة في القراض فهو فاسد.

قال في الشرح الكبير: «والمنع إذا كان في غير يد المرتهن المودع

(١) التاج والإكليل ٧/٢٧٤.

(٢) القائل هو سحنون.

(٣) القائل هو ابن القاسم.

(٤) المدونة ٣/٦٣٠، وانظر: المنتقى شرح الموطأ ٧/٧٨.

بالفتح، بأن كان بيد أمين ظاهر، لأن رب المال انتفع بتخليص العامل الرهن أو الوديعة من الأمين وهو زيادة ممنوعة في القراض^(١).

المناقشة والترجيح:

بالنظر في القولين السابقين وأدلتهم لا يظهر للباحث ما يمنع من المضاربة بالوديعة مع المودع أو غيره، لأن يد المودع كيد رب المال، والمال عين لا دين.

وما ذكره المالكية من احتمال نفاق الوديعة مردود بأن الأصل في الوديعة أنها قائمة بحالها، وفي كلام المودع أنه صادق، والأحكام الشرعية لا تبنى على الاحتمالات والأوهام، ثم على فرض وقوع ذلك فعلاً فإنه لا يمنع من صحة المضاربة لما سبق من جواز المضاربة بالدين.

وأما التعليل بزيادة الكلفة إذا كانت الوديعة عند طرف ثالث فيجاب عنه بأن المضارب بقبوله هذا التوكيل يعد متبرعاً بهذا الجهد، ولا حرج عليه في ذلك.

الشرط الثالث: أن يكون رأس المال معلوماً:

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء^(٢).

فيلزم في المضاربة بيان قدر المال، وجنسه، وصفته، بياناً يرفع الجهالة عنه عند العقد، كأن يقول: ضاربتك بألف ريال مثلاً، فإن لم يبين المقدار بأن قال: ضاربتك ببعض مالي، أو بما سأربحه من الصفقة الفلانية، أو بما ستؤول إليه أسعار الوحدات في يوم كذا، فالمضاربة فاسدة.

(١) الشرح الكبير للدردير ٥١٨/٣.

(٢) رد المحتار ٤٣٢/٨، مجمع الأنهر ٣٢٢/٢، القوانين الفقهية ص ٢١١، المقدمات الممهدة ١٦/٣، نهاية المحتاج ٢٢١/٥، حاشية البيجوري ٢١/٢، المغني ٧/١٢٥، حاشية العنقري على الروض ٢٦٨/٢.

ومثل ذلك لو ضاربه بثمن مطلق في بلدٍ يجري فيه التعامل بعملات متعددة على حدٍ سواء، أما إن كان التعامل في البلد غالباً في واحدةٍ منها فإن العقد صحيح، ويحمل الإطلاق على ما هو غالب، كالريال في المملكة.

ونصوص الفقهاء متضافرة في اعتبار هذا الشرط، والاستدلال عليه، وعلى الرغم من أنه شرط بدهي، وأن من القواعد المسلمة في العقود في الشريعة: ضرورة العلم بمحل العقد بما يرفع عنه الجهالة المفضية للنزاع، إلا أن الفقهاء استدلوا به بخصوصه بما يلي:

١ - أن مقتضى عقد المضاربة أن يعيد المضارب رأس المال إلى صاحبه عند المفاصلة، فإذا كان مجهولاً فإنه لا يدري مقدار ما يعيده، وهذا بدوره يؤدي إلى المنازعة.

قال في المغني: «ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار، ولا يجوز أن يكون مجهولاً.. وذلك لأنه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة، ولأنه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره»^(١).

٢ - ولأن الجهل برأس المال يؤدي إلى جهالة الربح، لأن الربح هو القدر الزائد عن رأس المال، وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة.

قال في بدائع الصنائع: «ومن شروط المضاربة: أن يكون رأس المال معلوماً، فإن كان مجهولاً، لا تصح المضاربة، لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة»^(٢).

الشرط الرابع: تسليم رأس المال إلى العامل:

لما كانت المضاربة تقوم على مالٍ من أحد الجانبين، وعملٍ من

(١) المغني ٧/١٨٣.

(٢) بدائع الصنائع ٨/١٥، وانظر: بلغة السالك ٢/٢٤٥، مغني المحتاج ٣/٣٩٩.

الجانب الآخر، كان من ضرورة هذا العقد: بذل المال من جهة رب المال، وتمكين المضارب من المتاجرة به.

وقد اختلف الفقهاء في القدر الذي يكفي لتحقيق التسليم فعلاً، وليبيان ذلك - وحتى لا يدخل في دائرة النزاع ما هو خارج عنه - فإن هذا الشرط يتعلق به ثلاثة أمور، اتفق الفقهاء على اثنين منها، واختلفوا في واحد.

أما الأمر الأول المتفق عليه، فهو أن من شرط المضاربة بذل المال من أحد المتعاقدين، وتمكين المضارب من التصرف فيه، فهذا محل وفاق بينهم، لأن ذلك مقتضى العقد، وبدونه يصبح العقد صورياً لا حقيقة له، ويتضح ذلك من خلال تعاريفهم «للمضاربة» حيث اتفقوا على تضمين التعريف كلمة «دفع مال» أو «التمكين» منه^(١).

والأمر الثاني: تسليم المال إلى المضارب في مجلس العقد، فهذا الأمر ليس بشرط باتفاق الفقهاء، بل يكفي أن يعينا المال ولو لم يقبضه.

قال في شرح المنتهى: «ولا يعتبر لمضاربة قبض عامل رأس المال، فتصح وإن كان بيد ربه لأن مورد العقد العمل»^(٢).

وفي نهاية المحتاج: «ويشترط لصحته أي القراض.. كونه مسلماً إلى العامل بحيث يستقل بيده عليه لا أن المراد تسلمه وقت العقد، ولا في المجلس»^(٣).

(١) انظر: تكملة فتح القدير ٤١٤/٧. الكافي لابن عبد البر ٧٧١/٢، المنهاج ٣/٣٩٨، كشف القناع ١٧٣٦/٥، الفروق ٣٣/٢.

(٢) شرح المنتهى ٣٢٧/٢، وانظر: الفروع ٣٧٩.

(٣) نهاية المحتاج ٢٢٣/٥، وانظر: حاشية الدسوقي ٥١٩/٣، تحفة الفقهاء ٢٠/٣، حيث ذكروا صوراً تصح فيها المضاربة من غير قبض، وعلل الرصاع عدول ابن عرفة في تعريفه للقراض عن قوله: «نقل مال» إلى «تمكين المال» بأن النقل يستدعي قبضاً فعلياً بخلاف التمكين، لأنه إذا عقدا القراض في مال ولم يزل بيد ربه يصدق التمكين دون النقل. شرح حدود ابن عرفة ص ٥٣١.

ولا تعارض بين هذين الأمرين وما عليه العمل في الاستثمارات المصرفية، فالمصرف عادة لا يبدأ بالاستثمار الفعلي لأموال العملاء إلا بعد استلام كامل الأموال المستثمرة فعلياً، وإجراء التحويلات النقدية اللازمة.

بقي الأمر الثالث، وهو ما يقصده الفقهاء عند ما يذكرون «اشتراط تسليم المال» كأحد شروط المضاربة، إذ يقصدون بذلك التولية بين المضارب ورأس المال.

بحيث تستقبل يد المضارب عليه، فإذا شرط أن يبقى المال في حيازة صاحبه، أو عند أمين يتفقدان عليه، بل حتى لو عين أميناً لمراقبته والمال بيد المضارب، فإن المضاربة تفسد، رغم أن المضارب مفوض بالعمل بذلك المال، ومطلق اليد بالتصرف فيه.

وهذا الشرط - بهذا المفهوم - يتعارض مع أسلوب الاستثمارات المصرفية.

فقد سبق في التمهيد في دراسة الهيكل التنظيمي لصناديق الاستثمار، أن إدارة الصندوق تُلزم بتعيين جهة خارجية تسمى «أمين الاستثمار» مهمتها حفظ أصول الصندوق، ومراقبة مدير الاستثمار، وتعين من قبل مجلس إدارة يتم انتخابه من قبل المساهمين.

ومقتضى الشرط المذكور أن المضاربة بهذه الإجراءات تفسد، لأن يد المضارب (المصرف) لم تستقل بالعمل.

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء، من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)،

(١) المبسوط ٨٤/٢٢، تبيين الحقائق ٥٧/٥، الكفاية ٤٢١/٧، الاختيار ٢٧/٣.

(٢) الخرشي ٢٠٧/٦، بلغة السالك ٢٤٥/٢، جواهر الإكليل ١٧١/٢، الدسوقي ٥١٧/٣.

والشافية^(١)، أن من شروط المضاربة تسليم رأس المال إلى المضارب، بمعنى استقلاله في حيازته والتصرف فيه، وبنوا على ذلك أن أي شرط يشترطه العاقدان يتعارض مع هذا الأمر فإنه يفسد المضاربة.

وتتضح بعض الصور التي حكموا عليها بالفساد لمخالفتها هذا الشرط من خلال النصوص الفقهية الآتية:

قال في بدائع الصنائع: «ومنها: تسليم رأس المال إلى المضارب، لأنه أمانة، فلا يصح إلا بالتسليم، وهو التخلية، كالوديعة، ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال، لعدم التسليم مع بقاء يده، حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة..»

وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل، لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال، ولو سلم رأس المال، ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة، جاز لأن الاستعانة به لا توجب خروج المال عن يده^(٢).

وفي الشرح الكبير: «وفي القراض الفاسد أجرة مثله، كاشتراط يده مع العامل في البيع والشراء، والأخذ والعطاء فيما يتعلق بالقراض، ففاسد لما فيه من التحجير عليه، أو مراجعته أي مشاورته عند البيع والشراء بحيث لا يعمل عملاً فيه إلا بإذنه، أو اشترط أميناً عليه^(٣)».

وفي مغني المحتاج: «ويشترط لصحته كون المال مسلماً إلى العامل، وليس المراد اشتراط تسليم المال إليه حال العقد أو في مجلسه، وإنما

(١) روضة الطالبين ١١٨/٥، الحاوي الكبير ١٠٨/٩، أسنى المطالب ٣٨١/٢، شرح المنهج ٥١٣/٣.

(٢) بدائع الصنائع ٢٢/٨.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٥٢/٣.

المراد أن يستقل العامل باليد عليه، والتصرف فيه، فلا يجوز شرط كون المال في يد المالك أو غيره ليوفي منه ثمن ما اشتراه العامل، ولا شرط مراجعته في التصرف، ولا شرط عمله معه، ولو شرط كون المال تحت يد وكيله، وأن يكون معه مشرف مطلع على عمله من غير توقف في التصرف على مراجعته لم يصح^(١).

والأدلة التي استند عليها الجمهور فيما ذهبوا إليه، ما يلي:

١ - لأن اشتراط بقاء المال بيد صاحبه يخرج القراض عن صورته ومعناه، لأن صورة القراض أن يكون المال بيد العامل، ومعناه أن يكون مؤتمناً على المال، فما أخرج القراض عن ذلك وجب أن يمنع صحته، لأن ذلك يخرج عن حقيقة القراض ويجعله إجارة مجهولة^(٢).

٢ - ولأن حكم المضاربة: أن يكون رأس المال أمانة في يد المضارب ولا يتحقق ذلك إلا بأن يخلي رب المال بينه وبين المال كالوديعة، وإذا اشترط عمل نفسه معه تنعدم هذه التخلية لأن المال في أيديهما يعملان فيه^(٣).

٣ - ولما في ذلك من التحجير على المضارب والحد من تصرفاته، إذ قد تعرض له صفقة يتوخى فيها الربح، فلا يجد رب المال ليراجعه أو يوفيه الثمن فتفتوت عليه الفرصة^(٤).

القول الثاني: يرى الحنابلة^(٥) أنه لا يشترط لصحة المضاربة تسليم

(١) مغني المحتاج ٣/٤٠٠.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٧/٦٩.

(٣) المبسوط ٢٢/٨٤.

(٤) حاشية الدسوقي ٣/٥٢٠.

(٥) كشف القناع ٥/١٧٤١، والشرح الكبير ١٤/٧٣، الإنصاف ١٤/٧٤، مطالب أولي النهى ٣/٥٢٣.

المال، بل يكفي إطلاق تصرفه في المال ولو بدون استقلال، وبنوا على ذلك صحة المضاربة ولو شرط رب المال بقاء يده، أو أن يضعه عند أمين، أو عمله مع المضارب، أو أن يوكل من يشرف عليه.

قال في شرح المنتهى: «لا يعتبر لمضاربة قبض عامل رأس المال، فتصح وإن كان بيد ربه، لأن مورد العقد العمل»^(١).

وذكر ابن قدامة أن من صور المضاربة الصحيحة اشتراك بدنين بمال أحدهما، وأن هذا منصوص أحمد، ثم نقل عن بعض الأصحاب المنع من ذلك، قال: «ولنا أن العمل أحد ركني المضاربة، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر، كالمال، وقولهم: إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل، ممنوع، إنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه»^(٢).

وقد استدل الحنابلة لذلك بما يلي:

١ - أن مورد العقد العمل، وأما المال فإنه وسيلة، وبالإمكان أن يتحقق العمل حتى مع بقاء المال بيد صاحبه، لأن المضارب مطلق التصرف في المال.

٢ - وبالقياس على ما لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة، فيصح حتى عند الجمهور، مع أنه لم يحصل تسليم المال لأحدهما، ولم يستقل أي منهما بالمال.

المنافشة والترجيح:

بالتأمل في أقوال الفريقين وأدلتهم، نجد أن هناك قدرًا مشتركًا من الاتفاق، فالجميع متفقون على ضرورة بذل المال من صاحبه، وتمكين

(١) شرح المنتهى ٢/٣٢٧.

(٢) المغني ٧/١٣٦.

المضارب من التصرف به، لكن يبقى ما عدا ذلك فيما لو شرط المالك بقاء يده، أو اشتراكه بالعمل ونحو ذلك، فالذي يظهر للباحث أنه ليس في أدلة الشريعة ما يمنع ذلك، إذ الأصل في الشروط الصحة واللزوم ما لم تحل حراماً أو تحرم حلالاً، لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ومن لوازم الوفاء بالعقد الوفاء بشرطه، وقال عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم»^(١).

وهذا نص عام يشمل أي شرط إلا ما استثناه الشرع.

وفي مثل هذه الشروط المذكورة لا يظهر مخالفتها لنصوص الشريعة، أو لمقتضى عقد المضاربة، بل إنها قد تكون من مصلحة العقد، فقد يتوفر عند المالك حرز للأموال أحفظ بكثير مما هو عند العامل، فيكون من المصلحة حفظه عند مالكه، كما هو الحال في مصارف الاستثمار المتخصصة في هذا المجال، وقد لا يتوفر عند العامل من الخبرة والدراية مثلما عند المالك، فيحتاج هذا إلى مشورته وخبرته، وذاك إلى جهده وعمله، وقد يحتاج المالك إلى تعيين من يشرف على أعمال المضاربة خاصة في مثل عصرنا الذي أصبحت تستحوذ فيه على أعمال المضاربات شركات الأموال بدلاً من شركات الأشخاص، فلا يعرف الملاك حقيقة أشخاص من يباشرون العمل.

وأما أدلة الجمهور فهي لا تخلو من مناقشة:

(١) أخرجه الترمذي (كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح برقم ١٢٧٢) من حديث عمرو بن عوف وقال: حديث حسن صحيح، إلا أن في سنده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف وهو ضعيف جداً. لكن للحديث شواهد عن عائشة رضي الله عنها بزيادة «ما وافق الحق» أخرجه الدارقطني ٢٧/٣، وأبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه أبو داود (كتاب الأقضية باب في الصلح برقم ٣١٢٠)، وابن الجارود (أبواب القضاء في البيوع برقم ٦٣٧) فيكون الحديث صحيحاً بهذه الشواهد بإذن الله. انظر: تعليق التعليق ٢٨٠/٣، فتح الباري ٤/٤٥١، غوث المكذود ٢/٢٠٥.

فقولهم: إن مقتضى العقد التسليم، غير مسلم، بل مقتضاه التصرف بالمال سواء استقلت يد العامل أم لم تستقل.

وقولهم: إنه عقد أمانة، والإخلال بها يجعلها إجارة على مجهول، يجاب عنه بأن المضارب مؤتمن في التصرف فيه، وفي حفظ ما قبض منه، كشريكي العنان، كلاهما مؤتمن فيما تحت يده، ثم إن هذا الدليل مبني على أن المضاربة مستثناة من باب الإجازات وهو قول سبق رده وبيان ضعفه.

وقولهم: إن فيه تحجيراً على العامل، يجاب عنه بأنه قد يتضمن أيضاً مصلحة تفوق هذه المفسدة، كما لو كان عند المالك من الدراية والخبرة ما ليس عند العامل، فيضاف بذلك عمل رب المال وخبرته إلى عمل المضارب، مما يعود بالنفع عليهما وعلى المجتمع، فضلاً عن أنه يعطي رب المال اطمئناناً على ماله بما يتيحه من مشاركة للمضارب في العمل.

وبذا فإن أي شرط يلتزم به البنك تجاه المستثمرين من الشروط السابقة، كاشتراط أمين للاستثمار، أو مدقق للحسابات، أو وكيل للحفظ ونحو ذلك، فهو شرط لازم ونافذ.

وبذا نكون قد عرجنا على جميع الشروط التي يذكرها الفقهاء تحت الركن الثاني للمضاربة وهو «رأس المال»، ولكن ما يلفت النظر أن تكون روح اليسر والتوسعة في نطاق الشروط والعقود خفاقه في مذهب الإمام أحمد، ولا عجب في ذلك، فدرايته بالسنة مكنته من خوض غمار أبواب أحجم عنها غيره.

وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «ليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط من أحمد، وعامة ما يصححه من العقود والشروط فيها يشتهه بدليل خاص من أثر أو قياس، فلا يعارض ذلك بأنه مخالف لمقتضى العقد، أو لم يرد به نص، وقد بلغه في العقود والشروط من

الآثار عن النبي ﷺ والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة»^(١).
فرحمة الله على الأئمة أجمعين، فلم تكن غايتهم إلا تحري الحق،
فنسأل الله أن يقفينا أثرهم، وأن يلحقنا بهم في جنات النعيم.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالصيغة:

عقد المضاربة كغيره من العقود، يحتاج إلى صيغة تفصح عما في نية
العاقدين، وهي الإيجاب والقبول، اللذان يترتب عليهما الأثر الشرعي
للعقود.

وتنعقد المضاربة بكل ما يدل عليها صراحة أو ضمناً، لأن العبرة في
العقود بالحقائق والمعاني، لا بالألفاظ والمباني، فلو قال رب المال:
ضاربتك، أو قارضتك أو عاملتك بألف ريال، أو خذ هذا المال فاتجر
به، والربح بيننا نصفان، ونحو ذلك، فقال الآخر: قبلت أو رضيت ونحو
ذلك انعقدت المضاربة.

ومثل ذلك لو قال العامل: أعطني ألف ريال قراضاً أو مضاربة أو
أتجر بها ونحو ذلك، فقال الآخر: قبلت أو رضيت وأعطاه المال.
والإيجاب عند الأحناف هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين دالاً
على رضاه بالعقد، والقبول: ما يصدر ثانياً من الآخر رضياً به والتزاماً.
وعند البقية: الإيجاب ما يصدر ممن يكون منه التمليك وما في
معناه، وإن جاء متأخراً كقول البائع: بعتك كذا بكذا، وفي المضاربة كقول
رب المال: ضاربتك بكذا، والقبول هو ما صدر ممن يصير إليه الملك
ونحوه، وإن جاء أولاً، كقول المشتري أو المضارب رضيت^(٢).

(١) القواعد النورانية الفقهية ص ٢١٠، ويقول الشيخ مصطفى الزرقا رحمته: «وهذا الاجتهاد
الحنبلي لا ينقضي منه إعجاب المتأمل، فهو في باب العقود والشروط كالأفق الفسيح
واسع الحدود» المدخل الفقهي العام ٤٦٨/١.

(٢) رد المحتار ١٧/٧، حاشية الدسوقي ٣/٣، مغني المحتاج ٣٢٣/٢، كشاف القناع ٤/
١٣٧٧.

قال في بدائع الصنائع: «وأما ركن العقد: فالإيجاب والقبول، وذلك بألفاظ تدل عليهما، فالإيجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة، وما يؤدي معاني هذه الألفاظ. . والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف، وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا»^(١).

وفي المغني: «إذا ثبت هذا فإنها تنعقد بلفظ المضاربة والقراض، لأنهما لفظان موضوعان لها، أو بما يؤدي معناها لأن المقصود المعنى، فجاز بما دل عليه، كلفظ التمليك في البيع»^(٢).

ويعتبر في صيغة المضاربة أن تتوفر فيها الشروط المعتبرة في صيغ العقود بصفة عامة وهي:

- ١ - اتحاد موضوع الإيجاب والقبول، وذلك بتوافقهما على معنى واحد.
- ٢ - أن يصدر القبول قبل أن يرجع الموجب عن إيجابه.
- ٣ - كونهما واضحى الدلالة على وجود إرادة كل من العاقلين.
- ٤ - ألا يفصل بينهما ما يعتبر إعراضاً عن العقد^(٣).

تأقيت المضاربة:

من المسائل الهامة، والتي لها ارتباط وثيق بالاستثمارات المصرفية «تأقيت المضاربة» فما مدى شرعية ما تجريه المصارف في حساباتها الاستثمارية حيث يتفق البنك والعميل عند عقد الإيداع على تحديد مدة معينة تنقضي المضاربة بانقضائها.

(١) بدائع الصنائع ٦/٨.

(٢) المغني ١٣٤/٧، وانظر: جواهر الإكليل ١٧١/٢، تكملة المجموع شرح المهذب ٣٥٧/١٤.

(٣) انظر: في تفصيل هذه الشروط: فتح القدير ٤٥٦/٥، مجمع الأنهر ١٤/٢، الخرشي ٥/٦، شرح منح الجليل ٤٦٣/٢، شرح المنتهى ١٤٠/٢، الكافي ٣/٢، روضة الطالبين ٣٣٨/٣، فتح العزيز ٩٧/٨.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز تأقيت المضاربة عند العقد، وأنها تنتهي بانتهاء المدة المتفق عليها.

وحجتهم في ذلك:

١ - ما ذكره في البدائع: «أن المضاربة توكيل، والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت»^(١).

٢ - ما ذكره في المغني: «بأنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة»^(٢).

القول الثاني: وذهب المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والظاهرية^(٥)، إلى المنع من تأقيت المضاربة، وأن تأقيتها يفسد العقد.

واستثنى الشافعية من ذلك، ما لو منع المضارب من الشراء للمضاربة بعد مدة معينة، وأذن له بالبيع فقط فيصح، أما لو منعه البيع والشراء، أو منعه التصرف مطلقاً فلا يصح.

قال في مغني المحتاج: «فلو ذكر مدة كشهر، ومنعه التصرف أو البيع - كما في المحرر - بعدها فسد العقد لما مر، وإن منعه الشراء فقط كأن قال: لا تشتري بعدها، ولك البيع فلا يفسد البيع في الأصح، لحصول

(١) بدائع الصنائع ٥٣/٨، وانظر: البحر الرائق ٢٦٥/٧، حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٥٩/٥، الاختيار ٢٨/٣.

(٢) المغني ١٧٨/٧، وانظر: الشرح الكبير ٦٧/١٤، الإنصاف ٦٧/١٤، الفروع ٣٨١/٤، كشف القناع ١٧٤٠/٥.

(٣) الاستذكار ١٤٧/٢١، وبلغه السالك ٢٤٧/٢، جواهر الإكليل ١٧٢/٢، المنتقى شرح الموطأ ٩٢/٧.

(٤) تكملة المجموع ٣٦٩/٤، روضة الطالبين ١٢٢/٥، الحاوي الكبير ١٠٩/٩، نهاية المحتاج ٢٢٥/٥.

(٥) المحلى ٢٤٨/٨.

الاسترباح بالبيع الذي له فعله بعد الشهر»^(١).

واستدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

- ١ - ما ذكره في بداية المجتهد: «بأن في ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر، لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر»^(٢).
- ٢ - ولأن التأقيت يخل بمقصود المضاربة، وهو الربح، إذ ليس له وقت معلوم فقد لا يربح في المدة المحددة^(٣).
- ٣ - ولأن التأقيت يؤدي إلى التحجير الخارج عن سنة القراض^(٤).
- ٤ - ولأن المضاربة عقد جائز لكل منهما فسخه متى شاء، والتوقيت يمنع ذلك^(٥).
- ٥ - ولأنه عقد يصح مطلقاً فبطل مؤجلاً كالبيع والنكاح^(٦).

المنافشة والترجيح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها، لا يظهر للباحث ما يمنع من صحة تأقيت المضاربة، لقوة ما استدل به أصحاب القول الأول، فالمضاربة وكالة فيلزمهم تجويز تأقيتها كما جوزوا تأقيت الوكالة، ولأنه إذا جاز تقييد المضاربة بنوع من السلع فتقييدها بزمن معين جائز من باب الأولى، لأنه قد يكون لأحدهما أو لهما جميعاً غرض صحيح من التأقيت، فلا يمنع من ذلك.

(١) مغني المحتاج ٤٢/٣.

(٢) بداية المجتهد ٢٨٨/٢.

(٣) نهاية المحتاج ٢٢٥/٥، مغني المحتاج ٤٠٢/٣.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٥١٨/٣.

(٥) المنتقى شرح الموطأ ٩٢/٧.

(٦) الحاوي الكبير ١٠٩/٩.

والعجب ممن منع التأقيت لما قد يتضمنه من الضرر، واعتبر المضاربة عقدًا جائزًا لأي منهما فسخه متى شاء، فأيهما أشد ضررًا على العامل: أن يحدد له رب المال أجلًا بحيث يلائم بين مشروعاته وخططه الاستثمارية والمدة المحددة له، ويكون في مأمن من أن يفجأه رب المال بفسخ العقد على غرة، أو أن يكون لرب المال الحق في مباغته المضارب بفسخ المضاربة وإلزامه بتنضيف المال في وقت لا يتمكن فيه من ترتيب أوضاعه، فلربما ضاع عليه جهده دفعة واحدة.

وما استدل به المانعون لا يخلو من المناقشة:

فقولهم: إن فيه تحجيرًا على العامل، ممنوع بما إذا قيده بنوع من المتاع، وقد سلموا بصحة ذلك، وأيضًا فإنه إذا رضي الطرفان بذلك، ودخلا فيه على بينة أمكن كلاً منهما أن يتخذ الأسلوب الذي يتناسب مع هذه المدة دون تضيق أو تحجير.

وقولهم: إن المضاربة عقد جائز والتأقيت يمنعه، يجاب عنه بأن ذلك ليس على إطلاقه فقد تكون لازمة في بعض الأحوال كما سيأتي إن شاء الله.

وقولهم: إنه يخل بمقصود العقد وهو الربح، غير مسلم، إذ التأقيت لا يمنع الربح لأن المضارب حر في التصرف خلال المدة المعينة، ويستطيع أن يحقق ربحًا خلالها، وكونه يمنع كمال الربح لا يقتضي الفساد^(١).

وقولهم: إنه يصح مطلقًا فلا يصح مؤجلًا، مردود بالوكالة والوديعة^(٢).

وبما سبق يتبين جواز تأقيت عقد الاستثمار بين المصرف والمستثمرين، فإذا انقضت المدة فلكل منهما الفسخ أو التجديد.



(١)(٢) المغني ١٧٨/٧.

الفرع الرابع : الشروط المتعلقة بالعمل :

تحدث الفقهاء عن طبيعة العمل في المضاربة، والشروط المتعلقة به، وتتلخص الشروط التي ذكروها تحت ركن العمل في شرطين أساسيين:
الأول: استقلال المضارب بالعمل.

والثاني: أن يكون العمل مقصوراً على التجارة فقط.

وقد سبق الحديث عن الشرط الأول في الفرع الثاني ضمن شرط «تسليم المال للمضارب»، وتفصيل أقوال العلماء وأدلتهم حول هذا الشرط، فيبقى النظر في الشرط الثاني، وهو:

اشتراط أن يكون العمل في مجال التجارة وتوابعها:

من المسائل التي أثارها عدد من الباحثين المعاصرين، والتي بنوا عليها امتناع تخريج عقد الاستثمار المصرفي على المضاربة، أن من شروط العمل في المضاربة أن يكون في التجارة فقط، وهذا ما لا يكون في الاستثمار المصرفي حيث تتعدد مجالات الاستثمار تجارياً وصناعياً وزراعياً... إلخ.

فهل لهذا الاعتراض من مستند في الأدلة الشرعية؟

للجواب عن هذا التساؤل نبين أقوال الفقهاء في المسألة وأدلة كل منهم ليتبين القول الراجح في المسألة.

فقد اختلف الفقهاء في المجال الذي يصح أن تنعقد عليه المضاربة على قولين:

القول الأول: ذهب الشافعية - في المشهور عنهم - والظاهرية، إلى أن عقد المضاربة مقيد في الأعمال التجارية فقط، أي في البيع والشراء فقط، فلم يجزوا أن تعقد في مجال الزراعة أو التصنيع ثم الاتجار بما ينتج من ذلك، فإذا قارضه على أن يجمع في تصرفاته بين العمل في

الأشياء والاتجار بها فالمضاربة فاسدة^(١).

قال النووي رحمته الله: «الركن الثاني: العمل، وله شروط: الأول: أن يكون تجارة، فلو قارضه على أن يشتري الحنطة فيطحنها ويخبزها، والطعام ليطحنه ويبيعه، والغزل لينسجه، والثوب ليقصره أو يصبغه، والربح بينهما فهو فاسد. . ولو قارضه على دراهم على أن يشتري نخلاً، أو دواب، أو مستغلات ويمسك رقابها لثمارها ونتاجها وغلاتها، وتكون الفوائد بينهما، فهو فاسد، لأنه ليس ربحاً بالتجارة، بل من عين المال»^(٢).

وحجة هذا القول - كما بينها في مغني المحتاج بقوله -: «بأن القراض شرع رخصة للحاجة وهذه الأعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، فلم تشملها الرخصة والعامل فيها ليس متجراً، بل محترفاً، فليس من وظيفة العامل»^(٣).

وفي فتح العزيز: «إنما القراض لما لا يجوز الاستئجار عليه وهو التجارة التي لا ينضبط قدرها، وتمس الحاجة إلى العقد عليها، فيحتمل فيها للضرورة جهالة العوضين»^(٤).

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة في المشهور عنهم إلى أن العمل في المضاربة لا يتقيد بالتجارة، فتصح في كل ما من شأنه تثمير المال، وتنميته، إن في التجارة أو الزراعة أو الصناعة أو غيرها.

(١) فتح العزيز ١٣/١٢، نهاية المحتاج ٥/٢٢٣، تكملة المجموع ٣٧١/١٤، حاشية قليوبي وعميرة ٥٢/٣، المحلى ٨/٢٥٠.

(٢) روضة الطالبين ٥/١٢٠.

(٣) مغني المحتاج ٣/٤٠١.

(٤) فتح العزيز ١٢/١٢.

قال في المبسوط: «وإذا دفع إليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها الثياب ويقطعها بيده ويخيطها، على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان فهو جائز، على ما اشترط، لأن العمل المشروط عليه مما يصنعه التجار على قصد تحصيل الربح فهو كالبيع والشراء، وكذلك لو قال له: على أن يشتري بها الجلود والأدم ويخزها خفافاً ودلاءً ورواياً وأجربة، فكل هذا من صنع التجار على قصد تحصيل الربح، فيجوز شرطه على المضاربة، وإذا دفع مائلاً مضاربة، فاستأجر المضارب ببعضه أرضاً بيضاء واشترى ببعضه طعاماً فزرعه في الأرض فهو جائز على المضاربة بمنزلة التجارة، لأن عمل الزراعة من صنع التجار يقصدون به تحصيل النماء»^(١).

ويقيد المالكية الجواز بما إذا لم يشترط رب المال عمل المضارب بيده، ففي شرح مختصر خليل: «لا يجوز لرب المال أن يشترط عمل يد العامل، والقراض فاسد مع الشرط المذكور، كما إذا اشترط عليه أن يخيط ثياباً، أو يخز نعالاً، وما أشبه ذلك، وأما من غير شرط فسيأتي أن للعامل أن يشارك بإذن رب المال، أو اشترط عليه أن يزرع من مال القراض، لأن ذلك زيادة زادها رب المال على العامل، وهو عمله في الزرع، وأما إن كان على معنى أن ينفق المال في الزرع من غير أن يعمل بيده فلا يمتنع»^(٢).

وفي المدونة: «أرأيت إن دفعت لرجل مائلاً قراضاً على أن يشتري بها جلوداً فيعملها بيده خفافاً أو نعالاً أو سفرًا ثم يبيعها فما رزق الله فهو بيننا نصفين؟ قال: لا خير في هذا عند مالك. . في رجل دفع إلى رجل مائلاً والمدفوع إليه صائغ على أن يصوغ ويعمل فما ربح في المال بينهما،

(١) المبسوط ٧٢/٢٢، وانظر: بدائع الصنائع ٣١/٨، رد المحتار ٤٣٥/٨، الكفاية ٧/٤٤٠.

(٢) الخرشبي ٢٠٨/٦، وانظر: الكافي لابن عبد البر ٧٧٢/٢، الشرح الكبير للدردير ٥٢١/٣.

واشترط صياغة يده في المال، قال مالك: لا خير فيه، فإن عمل رأيته أجيراً، فلو دفعت إلى رجل مالا قراضاً فاشترى به أرضاً أو اكتراها أو اشترى زريعة وأزواجاً فربح أو خسر، أيكون ذلك قراضاً، ويكون غير متعد؟ قال: نعم إلا أن يكون قد خاطر به^(١).

وتفرقة المالكية بين عمل المضارب بيده، وغيره، مبني على أصل مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الذي سبقت الإشارة إليه - وهو أن أي زيادة يشترطها رب المال على المضاربة تفسدها.

ويعتبر المذهب الحنبلي أوسع المذاهب في هذا الجانب، ففقهاء الحنابلة لم يكتفوا بإباحة المضاربة في غير البيع والشراء، بل جوزوا العقد على العمل في شيء ببعض نمائه^(٢).

قال ابن قدامة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها، وما يرزق الله بينهما نصفين صح، وإن دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قمصاناً يبيعهما وله نصف ربحها بحق عمله جاز، وإن دفع غزلاً إلى رجل لينسجه ثوباً بثلاث ثمنه أو ربعه جاز، ولو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فقياس ما نقل عن أحمد صحة الشركة»^(٣).

وفي الفروع: «ولو دفع عبده أو دابته إلى من يعمل بهما بجزء من الأجرة، أو ثوباً يخيطه، أو غزلاً ينسجه ونحوه بجزء من ربحه أو بجزء منه جاز ومثله حصاد زرعه وطحن قمحه ورضاع رقيقه، وكذا بيع متاعه بجزء من ربحه، واستيفاء مال بجزء مشاع منه، وكذا غزوه بدابة بجزء من السهم»^(٤) ونقل الجواز عن شيخ الإسلام ابن تيمية.

وحجة ما ذهب إليه الجمهور أن هذه الأعمال من شأنها تثير المال

(١) المدونة ٣/٦٣٢، ٦٥٥.

(٢) وتعرف بمسألة قفيز الطحان، انظر: المعيار المعرب ٨/٢٢٤.

(٣) المغني ٧/١١٦، وانظر: الإنصاف ١٤/١٣٧، شرح المنتهى ٢/٣٣٨، كشاف القناع ٥/١٧٥٢.

(٤) الفروع ٤/٣٩٣، وانظر: مطالب أولي النهى ٣/٥٤٢.

وتنميته، فيشملها إطلاق العقد، لأن الاتجار كما يكون بالبيع والشراء يكون بغيره من أوجه الاستثمار الأخرى.

وغني عن التذكير أن رب المال إذا قيد المضارب بعملٍ فيلزمه التقيد بذلك حتى على قول الجمهور.

وما ذهب إليه الشافعية قول ضعيف، لأن الأصل الذي بني عليه ضعيف أصلاً، وهو كون المضاربة شرعت استثناءً من باب الإجارة على خلاف القياس.

ومن خلال ما تقدم يتبين أن ما عليه العمل المصرفي الحديث ينسجم مع ما ذهب إليه الجمهور ولا يتعارض ذلك مع شروط المضاربة.

الفرع الخامس: الشروط المتعلقة بالربح:

ربح المضاربة هو ما زاد عن رأسمالها، وهو ثمرة ما قدمه المتعاقدان من مالٍ وعمل.

ولقد اهتم الفقهاء ببيان الشروط التي يجب توافرها فيه، وتدور أبحاثهم حول الشروط الآتية:

١ - أن يكون نصيب كل منهما من الربح معلوماً عند التعاقد.

٢ - أن يكون نصيب كل منهما من الربح مشاعاً.

٣ - أن يكون نصيب كل منهما من الربح مشتركاً بينهما.

ولدراسة شروط الربح أهمية بالغة في الاستثمارات المصرفية، نظراً لما نشاهده من محاولات متعددة بين الفينة والأخرى من بعض المعاصرين لتبرير فوائد البنوك باعتبار أنها في حكم أرباح القراض، متجاهلين ما أجمعت عليه الأمة قاطبة في جميع عصورها من ضرورة أن يكون الربح جزءاً شائعاً زائداً على رأس المال، وليس مبلغاً محدداً لا يتغير.

الشرط الأول: أن يكون نصيب كل منهما معلومًا عند العقد:

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء^(١)، فلا تصح المضاربة إلا بتحديد نصيب كل من المتعاقدين وقت العقد، كأن يقول: ضارب بهذا المال ولك الثلث، ولي الثلثان، ويكفي تحديد نصيب أحدهما ويكون للآخر الباقي.

قال في بداية المجتهد: «وأجمعوا على أن صفة القراض: أن يعطي الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذ العامل من ربح المال، أي جزء كان مما يتفقان عليه، ثلثًا أو ربعًا أو نصفًا»^(٢).

والسبب في ذلك: «أن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد»^(٣)، ولأن الجهل بنصيب كل منهما يؤدي إلى التنازع وما أدى إلى ذلك فهو فاسد.

ويتحقق العلم بمقدار ما لكل منهما بالنص عليه عند العقد، إما صراحة كأن يقول: لك ثلث الربح أو ربعه، أو الربح بيننا نصفان، أو ضمناً كأن يقول: والربح بيننا، أو لك في الربح شرك أو شركة أو نصيب، ونحو ذلك، فإن كان في هذه - أي الألفاظ الضمنية - عرف يعين قدر الجزء في المضاربة المقول فيها ذلك عمل به وصحت بذلك، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، إن لم يكن عرفاً فالمضاربة فاسدة^(٤).

(١) رد المحتار ٤٣١/٨، البحر الرائق ٢٦٤/٧، القوانين الفقهية ص ٢١١، البهجة شرح التحفة ص ٣٥٧، نهاية المحتاج ٢٢٧/٥، الحاوي الكبير ١٤٦/٩، المغني ١٣٨/٧، العدة شرح العمدة ٣٥٠/١، المحلى ٢٤٧/٨، الروضة الندية ٢٩٦/٢، الدراري المضية ١٢٥/٢.

(٢) بداية المجتهد ٢٨٥/٢، وانظر: مراتب الإجماع ص ٩٢.

(٣) بدائع الصنائع ٢٣/٨.

(٤) حاشية الدسوقي ٥١٩/٣، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٢٢٧/٥، بلغة السالك ٢٤٧/٢.

الشرط الثاني: أن يكون نصيب كل منهما حصة شائعة من الربح: وهو أمر مجمع عليه^(١).

فلا يجوز أن يحدد لأحدهما مبلغ معين، كألف ريال مثلاً، ولا أن يشترط لأحدهما حصة شائعة مع مبلغ محدد كنصف الربح وعشرة دراهم، أو مخصوصاً منها، كنصف الربح إلا عشرة دراهم.

قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة»^{(٢)(٣)}.

وفي بدائع الصنائع: «ومنها: أن يكون المشروط لكل واحد منهما، من المضارب ورب المال من الربح جزءاً شائعاً، نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً، فإن شرط عدداً مقدراً بأن شرطاً أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر، والباقي للآخر لا يجوز، والمضاربة فاسدة، لأن المضاربة نوع من الشركة، وهي الشركة في الربح، وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز ألا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور، فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر، فلا تتحقق الشركة، فلا يكون التصرف مضاربة، وكذلك إن شرطاً أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم، أو قالاً: إلا مائة درهم فإنه لا يجوز»^(٤).

(١) العناية ٤١٧/٧، المبسوط ١٩/٢٢، المنتقى شرح الموطأ ٨٧/٧، الخرشبي ٢٣/٦، الفتاوى الكبرى ٦٢/٤، المقنع لابن البنا ٧٣١/٢، الفروع ٣٧٩/٤، أسنى المطالب ٣٨٣/٢، تحفة المحتاج ٨٨/٦.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٩٨، وممن حكى الإجماع أيضاً ابن حزم في مراتب الإجماع ص ٩٢. (٣) ولا ينقض هذا الإجماع ما رواه ابن أبي شيبه عن سعيد بن المسيب وابن سيرين أنهما كانا لا يريان بأساً بأن يدفع الرجل إلى الرجل مائة مضاربة ويقول: لك منها ربح ألف درهم (المصنف ٣٩٧/٥) لأن الألف غير معينة فهي حصة مشاعة في رأس المال فإذا كان ما دفعه خمسة آلاف مثلاً، فربح الألف منها يعني أن له الخمس، فكأنه قال: لك خمس الربح.

(٤) بدائع الصنائع. وانظر: تبين الحقائق ٥٤/٥، مجمع الضمانات ص ٣٠٤، الجوهرة النيرة ٢٩٢/١.

وقد ذكر الفقهاء صورًا متعددة توجب قطع الشركة في الربح، واختلال شرط الشيوخ فيه، فمن ذلك ما ذكره في المغني: «مثل أن يشترط ربح أحد الكيسين أو أحد الألفين، أو أحد العبدین، أو ربح إحدى السفرتين، أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشترطه، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه، أو يشترط جزءًا من الربح لأجنبي، فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية»^(١).

ومع كون هذا الأمر مما يعلم من أحكام الشريعة بالضرورة، إلا أننا نشير إلى الأدلة التي استند عليها الفقهاء قطعًا لتشكيك المشككين، وحجة على من زعم أن هذا الشرط هو من الأمور الاجتهادية التي بناها الفقهاء على أعرافهم وفق ما كانت تقتضيه مصالحهم. فأدلة هذا الشرط من السنة والإجماع:

١ - أما السنة، فنهيه عليه الصلاة والسلام في المزارعة عن أن يستأثر صاحب الأرض بجزء معين من الخارج، لما فيه من الظلم، فعن رافع بن خديج رضي الله عنه قال: كنا أكثر حقلاً، قال: كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهانا عن ذلك، وأما الورق فلم ينهنا»^(٢).

وفي رواية لمسلم عنه رضي الله عنه: «إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على الماذيانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به»^(٣).

(١) المغني ١٧٩/٧.

(٢) أخرجه البخاري (كتاب الحرث والمزارعة باب كراء الأرض بالذهب والفضة برقم ٢٣٤٦) ومسلم (كتاب البيوع باب كراء الأرض بالذهب والورق برقم ١٥٤٧).

(٣) الماذيانات: مسایل المياه. أقبال الجداول: أي رؤوسها وأوائلها. وأشياء من الزرع: أي على أشياء معينة من الزرع يجعلونها لأنفسهم، بذل المجهود ٥٧/١٥.

ووجه الدلالة: أن نهييه عليه الصلاة والسلام عن تخصيص جزء معين من الثمرة لصاحب الأرض يشمل المزارعة والمساقاة والمضاربة وسائر الشركات، إذ كيف يسوغ أن يظن بشريعتنا العادلة أن تمنع الظلم في شركة المزارعة وتجزئه في شركة المضاربة؟

قال في معالم السنن: «فقد أعلمك رافع في هذا الحديث: أن المنهي عنه هو المجهول منه دون المعلوم، وأنه كان من عاداتهم أن يشترطوا فيها شروطًا فاسدة، وأن يستثنوا من الزرع ما على السواقي والجداول، فيكون خاصًا لرب المال، والمزارعة: شركة، وحصّة الشريك لا يجوز أن تكون مجهولة، وقد يسلم ما على السواقي ويهلك سائر الزرع فلا يبقى للمزارع شيء، وهذا غرر وخطر، وإذا اشترط رب المال على المضارب دراهم لنفسه زيادة على حصّة الربح المعلومّة فسدت المضاربة، وهذا وذاك سواء، وأصل المضاربة في السنة: المزارعة والمساقاة، فكيف يجوز أن يصح الفرع ويبطل الأصل؟»^(١).

٢ - وأما الإجماع، فقد سبق نقل الإجماع في ذلك، ومن خلال تتبع كلام الأئمة لم أعثر على من خالف فيه، حتى ظهور هذه الفئة من المعاصرين، الذين سوغوا لأنفسهم مخالفة جماعة المؤمنين، وخرق أمر أجمعت عليه الأمة من لدن نبيها عليه الصلاة والسلام.

٣ - وأما المعقول، فلأن في اشتراط أحدهما مبلغًا محددًا إضرارًا بأحد العاقدين، والضرر يزال.

وبيان ذلك - كما يقول ابن قدامة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمال ألا يربح غيرها، فيحصل على جميع الربح، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءًا، وقد يربح كثيرًا فيستضر من شرطت له الدراهم»^(٢).

(١) معالم السنن للخطابي ٥٦/٥.

(٢) المغني ٧/٢٤٦، انظر: المنتقى شرح الموطأ ٧/٨٧.

ووجه آخر: «أن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح، لعدم فائدته فيه، وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح»^(١).

ووجه ثالث: أن شرط قدر معين من الربح لأحدهما، قد يقطع الشركة بينهما، لاحتمال ألا يربح إلا ذلك القدر المشروط، فينفرد به أحدهما دون الآخر، وهذا ينافي مقتضى العقد^(٢).

وما من شك في أن اشتراط الشيوخ في الربح يدفع المضارب إلى المزيد من البذل والحرص، مما يعود بالنفع عليه وعلى الشركة، وعلى المجتمع برمته.

الشرط الثالث: أن يكون الربح مشتركاً بين المتعاقدين:

فإذا شرط الربح لأحدهما دون الآخر، لم تكن المضاربة صحيحة باتفاق الفقهاء، أي لا يصدق عليها معنى المضاربة، إلا أنهم اختلفوا: هل يصح العقد ويصرف إلى عقد آخر مراعاة للمعنى؟ أم أن العقد يكون فاسداً مراعاة للفظ؟ لأن العقد بلفظ المضاربة ولم تتوفر فيه شروطها.

ولهم في ذلك قولان:

القول الأول: يرى الحنفية والمالكية أنه إذا شرط لأحدهما الربح دون الآخر، فإن العقد صحيح، إلا أنه لا يأخذ حكم المضاربة، حتى ولو كان جرى بصيغتها، تغليباً لجانب المعنى.

ثم اختلفوا في العقد الذي ينصرف إليه:

فذهب الأحناف إلى أنه إذا شرط الربح كله للمضارب فهو قرض،

(١) المغني ٢٤٦/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٢٤/٨.

وإذا شرط الربح كله لرب المال، فهو إبطاع^(١)(٢).

أما المالكية فيرون أنه في كلا الحالتين (أي سواء شرط الربح لرب المال أو للعامل) فإن العقد يكون هبة، وتجري عليه أحكامها، فإذا كان الربح مشروطاً لرب المال فإن العامل يكون متبرعاً بالعمل مجاناً، وإذا كان الربح للعامل، فإن رب المال يكون متبرعاً بما قد يكون له من الربح^(٣).

والقولان في حقيقة الأمر متقاربان، لكن تظهر ثمرة الخلاف في الحالة الثانية، فيما إذا كان الربح كله للعامل، فالمال الذي قبضه العامل - على رأي الأحناف - مضمون على كل الأحوال لأنه قرض، وعند المالكية: غير مضمون على العامل، إذا كان بلفظ المضاربة أو القراض، فإن لم يسميا قراضاً أو مضاربة فهو مضمون، قال في المدونة: «أرأيت إن أعطيته مالاً قراضاً على أن الربح للعامل كله؟ قال: سألت مالكاً عن الرجل يعطي الرجل المال يعمل به على أن الربح للعامل، ولا ضمان على العامل، قال مالك: قد أحسن ولا بأس به»^(٤).

فهذه الصورة جمعت حكم المضاربة من حيث إسقاط الضمان، وحكم القرض من حيث اختصاص أخذ المال بجميع ربحه.

القول الثاني: يرى الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، إلى أنه إذا شرط الربح

(١) الإبطاع: دفع المال لمن يتجر به متبرعاً، الربح كله لرب المال. الموسوعة الفقهية ١٧٢/١.

(٢) بدائع الصنائع ٢٦/٨، تبين الحقائق ٥٣/٥، الاختيار ٢٧/٣، رد المحتار ٤٣٣/٨.

(٣) بداية المجتهد ٢٨٧/٢، المنتقى شرح الموطأ ٧١/٧، الشرح الكبير للدردير ٥٢٣/٣، الخروشي ٢٠٩/٦.

(٤) المدونة ٦٣٢/٣، وانظر: شرح حدود ابن عرفة ص ٥٣٣، الزرقاني على خليل ٦/٢١٩.

(٥) مغني المحتاج ٤٠٣/٣، المهذب ٣٦٦/١٤، فتح العزيز ١٨/١٢، أسنى المطالب ٢/٣٨٣.

(٦) المغني ١٤٢/٧، الإنصاف ٥٨/١٤، شرح المنتهى ٣٢٨/٣، شرح الزركشي ١٣٢/٤.

لأحدهما دون الآخر، وجرى العقد بلفظ المضاربة أو القراض فهو فاسد، لأن التصريح بلفظه يدل على أنهما يقصدانه لا غيره، إلا أنهما عقداه على ما يفسده، لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، أما إن عقداه دون التصريح بلفظ المضاربة أو القراض، كما لو قال: اتجر بهذا المال والربح كله لك أو لي، فيصح العقد، ويكون قرضاً في الحالة الأولى، وإيضاً في الحالة الثانية.

والراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه الأحناف، وهو أنه إذا شرط الربح للعامل وحده فيأخذ العقد حكم القرض، بينما إذا شرط لرب المال وحده فهو إِبْضَاع، سواء صرحا بلفظ المضاربة أو القراض أم لم يصرحا، وذلك لأن العبرة في العقود بمعانيها لا بألفاظها ومبانيها، فهما وإن عقداه بلفظ المضاربة فلم يقصداها في واقع الأمر، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وهذه القاعدة الجامعة التي ذكرناها من أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، هي التي تدل عليها أصول الشريعة، وهي التي تعرفها القلوب.» ثم راح يدل على ذلك من الكتاب والسنة والإجماع^(١).

وما ذهب إليه المالكية يتمشى مع أصولهم في جواز هبة المجهول والمعدوم، وهو قول متوجه، لولا أن المضارب - في حال اشتراط الربح له - لا يمكنه الانتفاع بالنقود إلا باستهلاك عينها، فتبقى ديناً مضموناً في ذمته، وتأخذ حكم القرض، قال في تحفة الفقهاء: «إن كل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه، فهو قرض حقيقة، ولكن يسمى عارية مجازاً»^(٢) وفي البدائع: «وعلى هذا تخرج إعارة الدراهم والدنانير أنها تكون قرضاً لا إعارة»^(٣).

(١) مجموع الفتاوى ١٣/٢٩.

(٢) تحفة الفقهاء ١٧٧/٣.

(٣) بدائع الصنائع ٣٧٤/٨.

وبعد . . .

فهذه هي شروط المضاربة، ولا يخلو كثير منها من المناقشة، لكونه مستنداً إلى اجتهادات فقهية، وليس ثمة نصوص شرعية واضحة في ذلك.

ولقد ثار جدل كبير حول هذه الشروط في عصرنا الحاضر، ومدى وجوب الالتزام بها، خاصة بعد انفتاح الاستثمارات المصرفية تجاه المستثمرين، وقد ظهرت محاولات متعددة لتطويع هذا العقد مع ما هو جارٍ عليه العمل في المصارف، دون الالتزام بهذه الشروط وكان منطلق هذه المحاولات أن هذه الشروط ليست من الأحكام الشرعية الثابتة، وإنما استنبطها الفقهاء من حالة المضاربة التي كانت معهودة في الجاهلية، وأقرها الإسلام، والتي يجب أن تتغير وفقاً لمصالح الناس وحاجاتهم^(١).

والحق أن من هذه الشروط ما هو كذلك، لكن لا ينبغي أن يعمم الحكم عليها جميعاً، فمنها ما هو ثابت ثبوتاً لا شك فيه، بنص أو إجماع، أو بهما جميعاً، فلا يسوغ بأي حال العدول عنه، والخروج عن إجماع المؤمنين، وإلا كان له حظ من قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا بُيِّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِمْ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ [النساء: ١١٥].

(١) انظر: معاملات البنوك وأحكامها الشرعية ص ١٢٢.

المطلب الثالث

**كيفية تخريج شهادات الوحدة الاستثمارية
على عقد المضاربة ومستند ذلك**

بعد أن استعرضنا حقيقة المضاربة، وشروطها، وهيئتها التي كانت عليها في العصور السالفة، نبين في هذا المطلب مدى مطابقتها لعقود الاستثمارات المصرفية في شهادات الوحدة الاستثمارية، فهل العقد القائم بين المصرف والمستثمرين - من خلال شهادات الوحدة الاستثمارية - يتطابق تمامًا مع الصورة الحقيقية للمضاربة الشرعية؟

أم أن ما ألحق به من شروط وتقييدات تخرجه عن حقيقتها؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل، يحسن التنبيه إلى نقطة هامة، من الضروري مراعاتها في تكييف المعاملات المستحدثة.

ذلك أن المعهود في العقود سابقًا أن تكون ثنائية بين طرفين في الغالب، وبصورة مبسطة، فلم تعرف العلاقات المتشابكة، ولا العقود المتداخلة، كما هو الوضع عليه الآن، حيث يجمع العقد في صورته عدة عقود، وبالتالي تختلف الآرار في إلحاق هذه المعاملة المستحدثة بهذا العقد أو ذاك، ومنشأ هذا الاختلاف يرجع إلى أن هذه المعاملات تجمع خصائص عقود متعددة، فإلحاقها بأحد هذه العقود يعني اعتبار بعض الخصائص وإهمال خصائص أخرى قد لا تقل أهمية عن سابقتها، فالتأجير المنتهي بالتمليك، وبطاقات الائتمان، والحوالات المصرفية، وغيرها كثير، كلها نماذج لهذه العقود المركبة، ومثل ذلك تمامًا الاستثمارات المصرفية،

فمن يخرج هذا النوع من الاستثمارات المصرفية على عقد المضاربة، يلاحظ أنه قد راعى جوانب كثيرة في العقد تتوافق مع المضاربة، وأغفل بعض الجوانب التي قد تخل بهذا التخريج، مما أوجد بعض الاعتراضات كما سيأتي.

والذي ينبغي قوله في هذا المجال:

أنه لا ينبغي أن يكون ثمة نزاع في أن الأصل في أي معاملة هو الحل، فلا يلزم لتجوز عقد مستحدث أن يكون متوافقاً تماماً مع صورة العقود المعهودة سابقاً، فيكفي أن يتحرى المجتهد في خلو العقد والشروط المصاحبة له من المحظورات الشرعية في باب المعاملات، والتي يأتي في مقدمتها: الربا، والغرر الفاحش، والظلم، فإذا خلا من ذلك فهو جائز سواء سمي مضاربة أم وكالة أم إجارة، أم أنه مزيج منها أم غير ذلك.

والتخريج الذي ينبغي اعتماده هو ما كان أكثر شبيهاً به، من حيث توافق أكثر الخصائص المؤثرة في العقد بينهما.

إذا تقرر ذلك، فقد وجه القائلون بتكليف العقد في شهادات الوحدة الاستثمارية على أنه مضاربة، قولهم هذا بأن عقد المضاربة يجمع بين طرفين: من أحدهما المال ومن الآخر العمل، ويهدفان من ارتباطهما إلى الاشتراك في الربح، وهذا ما يصدق تماماً على العلاقة القائمة بين البنك والمستثمرين في هذه الشهادات^(١).

ويتأيد هذا التخريج بما يلي:

١ - أن نصيب العاقدين (البنك والمستثمرين) من الأرباح يمثل حصة شائعة من الربح تتحدد بالأجزاء لا بالعدد.

(١) البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق ص ٦٧، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٢٤٩/٥، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٥٧٧، المعاملات المصرفية المعاصرة ورأي الإسلام فيها ص ٣٨.

- ٢ - أن البنك لا يضمن سلامة رأس المال ولا الأرباح.
- ٣ - أن الأرباح تقسم بحسب المتفق عليه، بينما الخسارة يتحملها المستثمر في ماله وليس البنك.

ولبيان كيفية الصياغة المصرفية لعقد المضاربة، نحدد أركانها، كما هي عليه في الاستثمارات المصرفية، حتى يتبين مدى ملائمة العقد للتخريج المذكور:

الركن الأول: العاقدان في الاستثمارات المصرفية:

إن من الجدير بالأهمية تحديد طرفي العقد في الخدمات الاستثمارية، فمن هو المضارب؟ ومن هو «رب المال»؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تختلف في الودائع الاستثمارية عنها في الصناديق.

أ - ففي الودائع الاستثمارية والادخارية:

يجب التفرقة بين طرفين: الطرف الأول: المساهمين المالكين للبنك، ولهم شخصية حكومية يمثلهم مجلس الإدارة، وهم يقومون بدور «العامل» في المضاربة.

والطرف الثاني: المستثمرين (المودعين)، وهم يمثلون أرباب المال في المضاربة، ولكلٍ منهم شخصيته الطبيعية، لأن كل واحد منهم يتعاقد مع البنك بشكل انفرادي.

يقول أحد الباحثين: «يعتبر في نظرنا جميع مساهمي المصرف الممثلين بمجلس الإدارة هم عامل المضاربة، وأصحاب الودائع الاستثمارية هم أصحاب المال في عمليات المضاربة المشتركة التي تجريها المصارف الإسلامية، أما الإدارة التنفيذية فتعتبر أداة عمل يستعملها، ويستعين بها

مجلس الإدارة - النائب عن المضارب المشترك - أصحاب الأسهم. (١).
 ب - وفي صناديق الاستثمار، يحدد أحد الباحثين طرفي العقد بقوله:
 «إن عقد المضاربة هو الأساس الذي تقوم عليه العلاقة بين الجهة المصدرة
 للصناديق، والمكتتبين المالكين لحصص أو وحدات أو أسهم مشاركة في
 رأس مال تلك الصناديق، فالجهة المصدرة للصناديق تقوم بدور
 المضارب. . والمكتتبون في رأس مال الصندوق يمثلون في مجموعهم
 (رب المال)» (٢).

وما ذكره الباحث - فيما يظهر - غير دقيق، ذلك أن تحديد طرفي
 العقد في الصناديق يختلف بحسب الشكل القانوني للصندوق، وذلك على
 النحو التالي:

١ - ففي الصناديق التي تتولى فيها الجهة المصدرة إدارة الصندوق - كما
 في صناديق الاستثمار المحلية في المملكة - يكون العقد بين طرفين:

الأول: أرباب المال، وهم المستثمرون.

الثاني: العامل، وهو جهة الإصدار (البنك).

٢ - فإذا ساهم البنك بماله في الصندوق، فقد جمع بين المال والعمل،
 ولا يخرج العقد عن حقيقة المضاربة، لأن من صورها أن يكون المال
 من أحد العاقدين، ومن الآخر مال وعمل.

٣ - فإذا كان الصندوق على شكل شركة استثمار مساهمة ذات كيان
 قانوني، وانتخاب مجلس الإدارة يتم عن طريق المستثمرين وحدهم
 دون غيرهم، على غرار شركات المساهمة المعتادة، فالتكوين أقرب ما
 يكون إلى شركة العنان منه إلى المضاربة، والشركاء هم المستثمرون

(١) المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، حسن الأمين ص ٥٦.

(٢) صناديق الاستثمار الإسلامية ص ١٦.

أنفهم، لأن كل واحد منهم يشارك بماله (وهو مقدار مساهمته في الصندوق)، وبعمله (وهو ما يقوم به مجلس الإدارة نيابة عنه).

٤ - فإذا كان الصندوق على شكل شركة استثمار، وانتخاب مجلس الإدارة يعين مقاسمة، بعضه من المستثمرين وبعضه من الجهة المؤسسة - فالعقد مضاربة، وأطرافه:

١ - **المستثمرون:** وكل واحد منهم يشارك بماله (وهو حصته في الصندوق) وعمله (وهو ما يقوم به الأعضاء الذين انتخبهم).

٢ - **جهة الإصدار:** وهي تقوم بدور العامل، ومنها العمل فقط. وهذه إحدى صور المضاربة التي سبق ذكرها.

وعلى كل هذه الأحوال فيشترط في طرفي العقد الأهلية، وهي أهلية التوكل في المضارب (البنك)، وأهلية التوكيل في رب المال (المستثمر)، ولا يؤثر في صحة المضاربة كون المضارب شخصاً حكماً^(١)، وهو البنك، لأن التشريع يضيف على الشخصية الحكومية كثيراً من سمات وصفات الشخصية الطبيعية، إذ يجعل لها اسماً، وحياء قانونية وجنسية وموطناً، ولها ذمة مالية صالحة للإلزام والالتزام، والقابلية لأنواع الحقوق المختلفة كالبيع والشراء والهبة والوديعة والكفالة وأنواع التعاقدات الأخرى، والتوكيل ومقاضاة الآخرين وتحمل الديون، وامتلاك الأصول... إلخ^(٢).

(١) التعبير بالشخص الحكمي أو الاعتباري، اصطلاح عليه باحثو القانون الوضعي ويعرف بأنه: «شخص يتكون من اجتماع عناصر أشخاص أو أموال يقدر له التشريع كياناً قانونياً متزجاً منها مستقلاً عنها».

انظر: المدخل الفقهي العام ٢٧٢/٣، الذمة والحق والالتزام ص ٣١.

(٢) «الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة» بحث د. محمد علي القري، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية ١٥/٢/٥.

ولقد عرف الفقه الإسلامي الشخصية الحكيمة وإن لم يسمها باسمها، إذ تتجلى صورتها في شخصية الوقف، وفي بيت المال.

فالوقف يخرج عن ملك الواقف، ولا يدخل في ملك الموقوف عليه ولا غيره، ومع ذلك ثبت له أهلية التملك والاستحقاق، وغير ذلك، كغيره من الأشخاص الطبيعيين.

جاء في شرح الخرشي: «يشترط في الموقوف عليه أن يكون أهلاً للتملك الحكي كالمسجد، أو حساً كالآدمي»^(١).

كما أثبت الفقهاء له حقوقاً متعددة: كالشفعة، والضمان على من اعتدى عليه حتى ولو كان الواقف نفسه، أو ناظر الوقف، وله قبول الوصية والهبة وغير ذلك.

كما أن لناظر الوقف أن يستدين عليه وأن يستأجر له، ويتعلق الدين بذمة الوقف لا بذمة الناظر، حتى لو عزل الناظر وعين غيره فالدين باقٍ في ذمة الوقف يطالب به في ريعه.

وبيت المال كذلك، له ذمة مالية تصلح لتحمل الالتزامات والمطالبة بالحقوق والتملك وغير ذلك^(٢).

ويقاس على ذلك شخصية البنك الحكيمة، فيها القابلية للتصرف والالتزام، ومن ذلك صلاحيتها للتوكل في عقد المضاربة نيابة عن المستثمرين.

الركن الثاني: الصيغة:

بالنظر في الإجراءات المتبعة في التعاقد بين المصرف والمستثمرين، نلاحظ سمتين ملازمتين لصيغة التعاقد:

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/٨٠.

(٢) انظر: تفاصيل ذلك في: المدخل الفقهي العام ٣/٢٥٩، الذمة والحق والالتزام ص ٣٢.

الأولى: أن الإيجاب الصادر عن البنك موجه لعموم الناس لا لشخص بعينه، وذلك من خلال نشرات الاكتتاب التي تصدرها المصارف وتوزعها على عامة الناس.

فهل هذه النشرات إيجاب حقيقة، أم أنها مجرد دعوة للمشاركة؟ ويتوقف العقد على موافقة الجهة المصدرة على قبول الشخص بعينه.

لقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى أن صورة الإيجاب في مثل هذه الحالات هي الاكتتاب في الصكوك أو الشهادات، والقبول هو موافقة الجهة المصدرة لتلك الصكوك^(١).

والذي يظهر للباحث، أن هذا الاتجاه ينسجم مع الحالة التي تحتفظ فيها جهة الإصدار بحقها في قبول مشاركة المكتتب ورفضها، وعلى مثل هذا تحمل اقتراحات التعاقد المذاعة بواسطة الإعلانات في وسائل الإعلام المختلفة كالراديو والتلفاز والجرائد، فهذه يجب أن تحمل على أنها دعوة للإيجاب وليست إيجاباً حقيقياً، أما إذا أعطت جهة الإصدار للنشرة صفة الإيجاب الموجه للجمهور الملزم لها طيلة فترة الاكتتاب، بحيث يمكن القول: إن جهة الإصدار قد بينت جميع العناصر اللازمة لإنشاء العقد، وتخلت عن حقها في إبداء الرأي في قبول المشاركة من عدمها، فإن النشرة في حد ذاتها تعتبر إيجاباً، وإلى هذا تشير نصوص الفقهاء، جاء في المعيار المعرب: «وسئل^(٢)، عن رجل عرض سلعته وقال: من جاءني فيها بعشرة دراهم فهي له، فقال: إن جاءه من سمعه لزمه ذلك، وإن جاءه من لم يسمعه لم يلزمه ذلك»^(٣).

الثانية: أن التعاقد بين البنك وعملائه يتم عن طريق الكتابة، وهي إحدى الوسائل المعتمدة شرعاً للتعبير عن الإدارة.

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ٥ في دورته الرابعة ٢٠١٢.

(٢) هو ابن لبابة أحد فقهاء المالكية.

(٣) المعيار المعرب ١٨٥/٦.

جاء في رد المحتار: «كما ينعقد النكاح بالكتابة، ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتابة أيضًا»^(١).

وفي حاشية العدوي: «وينعقد البيع بما يدل على الرضا، من قول أو فعل أي غير إشارة كالكتابة»^(٢).

الركن الثالث: المال في الاستثمارات المصرفية:

لا يختلف عقد الاستثمار المصرفي عن غيره من عقود المضاربات في استناده إلى المال كركنٍ أساسٍ من أركان العقد، إلا أن ما تجدر العناية به هو تحديد مقدار المساهمة الفعلية للمستثمر ومدى ملائمة ذلك العقد المضاربة، حيث يختلف مبلغ الاستثمار الفعلي عن مجموع القيود المحاسبية للأموال المدفوعة من قبل المستثمرين، وذلك راجع إلى أمرين:

الأول: أن المصرف يساهم بجزء من الأموال المستثمرة، ويقوم بخلط الأموال جميعًا والزج بها في الأعمال الاستثمارية.

الثاني: أن المصرف يقتطع جزءًا من المبلغ المدفوع لمواجهة احتمالات السحب النقدي ولا يدخله ضمن المال المستثمر.

وهذا ما حدا ببعض الباحثين إلى الجزم بأن هذه الإجراءات تمنع إلحاق العقد بعقد المضاربة الشرعية، أما الأول فلأنه يخلط مال المضاربة بماله الخاص وبغيره، وأما الثاني فلأنه يجمع بين القرض والمضاربة^(٣).

والحق أنه حتى مع وجود هذين الأمرين فالعقد لا يخرج عن المضاربة، وزيادة في الإيضاح أشير إلى أقوال الأئمة في هاتين المسألتين:

(١) رد المحتار ٢٦/٧.

(٢) حاشية العدوي ٥/٥، وانظر: المجموع شرح المهذب ١٦٧/٩، كشاف القناع ٤/

١٣٧٨، وانظر: بحثًا للشيخ ابن بسام في حاشيته على نيل المآرب ٦/٣.

(٣) انظر: تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٢٠، المضاربة وتطبيقاتها العملية ص ٤٣.

١ - مساهمة البنك بجزء من رأسمال الاستثمار:

الأصل في عقد المضاربة أن يكون رأس المال من أحد العاقدين، والعمل من العاقد الآخر، وبمساهمة البنك في رأس المال يكون المال مشتركاً من الطرفين، والعمل من أحدهما.

ولا خلاف بين الفقهاء على جواز هذه الصورة إذا كانت بإذن رب المال أو تفويضه، وإنما وقع بين الفقهاء على جواز هذه الصورة إذا كانت بإذن رب المال أو تفويضه، وإنما وقع الخلاف فيما إذا لم يأذن رب المال بذلك، لأنه يوجب في مال رب المال حقاً لغيره، ولا يجوز إيجاب حق في مال أحد بلا إذنه^(١).

قال في المبسوط: «وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن يخلطها المضارب بألف من قبله ثم يعمل بهما جميعاً... جاز»^(٢).

وفي المدونة: «أرأيت إن اشترت بمال قراض، وبمال من عندي من غير أن يكون اشترط علي رب المال أن أخلطه بمالي، أيجوز هذا؟ قال: لا بأس بذلك»^(٣).

وفي تكملة المجموع: «فإن خلطهما - أي مال المضاربة ومال المضارب - فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بإذن رب المال فيجوز، ويصير شريكاً ومضارباً»^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٤٦/٨، المبسوط ١٠٢/١٢، القوانين الفقهية ص ٢١١، بداية المجتهد ٢٩٢/٢، تكملة المجموع ٢١٤/١٤، المدونة ٦٣٦/٣، كشاف القناع ١٧٤٤/٥، أسنى المطالب ٣٩٢/٢.

(٢) المبسوط ٣٢/١٢، وانظر: درر الحكام شرح غرر الحكام ٣١٢/٢، تبين الحقائق ٥/٥٩، مجمع الضمانات ص ٣١٢.

(٣) المدونة ٦٤١/٣، وانظر: التاج والإكليل ٤٥٢/٧، المنتقى ١٠٣/٧، مواهب الجليل ٣٦٨/٥.

(٤) تكملة المجموع ٣٨٢/١٤، وانظر: تحفة المحتاج ٩٦/٦، مغني المحتاج ٤٢٠/٣، حاشية البجيرمي ١٥٢/٣.

وفي المغني: «القسم الرابع - أي من أقسام الشركة الجائزة - أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما، فهذا يجمع شركة ومضاربة، وهو صحيح، وإذا دفع إليه ألفاً مضاربة، وقال: أضف إليه ألفاً من عندك، واتجر بهما، والربح بيننا، لك ثلثاه، ولي ثلثه جاز، وكان شركة وقراضاً»^(١).

ومساهمة البنك بماله في الخدمات الاستثمارية لا تخفى على أي مستثمر، فقبوله شروط الاستثمار يعني إذنه بخلط أموال البنك مع أموال المضاربة، وتسمية هذه الخلطة مضاربة أو شركة لا تؤثر في جوهر الموضوع ما دام أنه قد حصل الاتفاق على صحتها، والأقرب أنها من المضاربة فقد عدها ابن قدامة ضمن صور المضاربة السابق ذكرها.

٢ - اقتطاع جزء من الودائع لمواجهة السحب النقدي:

تختلف المصارف في تحديد مقدار النسبة المقتطعة من إجمالي الوديعة، فقد تصل إلى ما نسبته ١٠٪ من إجمالي قيمة الوديعة أو أقل أو أكثر، وتزداد هذه النسبة في حسابات الادخار، والجزء الباقي يعامل على أنه حساب جار، أي أنها تعتبر قرضاً من المستثمر للبنك.

وعلى هذا فالحكم الشرعي لهذه العملية يخضع لاعتبارات متعددة:

أ - فإذا كان البنك يحتفظ فعلاً بالمبلغ المقتطع ويخصص لمواجهة السحب، بحيث لا يستخدمه في استثماراته الخاصة، فلا محذور في ذلك، ولا يتعارض ذلك مع عقد المضاربة.

قال في المبسوط: «ولو دفعها إليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب، ونصفها مضاربة بالنصف فذلك جائز على ما سمي، لأنه لا منافاة بينهما فمال المضاربة أمانة في يد المضارب كالوديعة»^(٢).

(١) المغني ١٣٤/٧، الفروع ٣/٣٨٣، الشرح الكبير ١٦/١٤، الإقناع ٥/١٧٤٤.

(٢) المبسوط ١٣٨/٢٢.

ب - فإذا أذن رب المال (المستثمر) للمضارب بأخذ جزء من المال قرضًا والباقي مضاربة، دون شرط من أحدهما، فهذا جائز أيضًا لأنه تبرع من صاحبه غير مشروط فما كان من ربح في جزء القرض فهو للمضارب وحده، وما كان من ربح في جزء المضاربة فهو لهما حسبما اتفقا عليه.

قال في بدائع الصنائع: «وعلى هذا يخرج ما إذا دفع إلى رجل ألف درهم، فقال: نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة، أن ذلك جائز. فإذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب، لأنه ربح ملكه وهو القرض، ووضيعة عليه، والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطاه»^(١).

وهذه الحالة غير معهودة في الاستثمارات المصرفية.

ج - فإذا كان اقتطاع جزء من الوديعة مشروطًا من قبل البنك، ولا يحتفظ به كله كاحتياطي لمواجهة السحب، وإنما يوجه بعضه في الاستثمارات الخاصة بالبنك، فالذي يظهر - والله أعلم - تحريم ذلك. إذ كيف يحق للبنك أن يستأثر بجزء من أرباح أموال المستثمرين؟! كما أن فيه معنى القرض الذي يجز منفعة مشروطة للمقرض وهو المستثمر، لأن الجزء المأخوذ في حكم القرض، وهو مشروط بقبول البنك المضاربة بماله، ولهذا نص الفقهاء على تحريم اشتراط أحد العاقدين قرضًا مع عقد المضاربة، قال في المغني: «القسم الثالث من الشروط الفاسدة: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر، أو قرضًا، أو شرط المضارب على رب المال شيئًا من ذلك»^(٢).

وقال الإمام مالك رحمته الله: «ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا

(١) بدائع الصنائع ١٨/٨.

(٢) المغني ١٧٩/٧، وانظر بدائع الصنائع ١٨/٨.

عمل ولا سلف ولا مرفق بما يشترط أحدهما لنفسه دون صاحبه، إلا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف، إذا صح ذلك منهما»^(١).

الركن الرابع: العمل في الاستثمارات المصرفية:

العمل في عقود الاستثمار المصرفي هو النشاط الاستثماري الذي توجه له أموال المستثمرين، وقد سبق في التمهيدي أن تفويض العميل للبنك - في الصناديق أو الحسابات - إما أن يكون مطلقاً أو مقيداً بمجال معين، أو دولة بعينها، بل وقد يكون في مشروع بعينه، أو سلعة بعينها. فهل تتناسب هذه التقييدات مع ما ذكره الفقهاء من أن من شروط المضاربة: ألا يضيق رب المال على المضارب في تصرفاته التي يتبغي فيها الربح؟

لقد كان المعهود في المضاربة سابقاً أن جانب رب المال هو الأقوى، فكان هو يختار المضارب، ويملي عليه ما يراه من الشروط، ولذا من يتصفح كلام أهل العلم يلحظ تشديدهم على رب المال بالألا يشترط شروطاً فيها منفعة له أو تقييد للمضارب، أما الآن فالمضارب (البنك) هو الذي يبتدئ طرح المضاربة، ويضع القيود والشروط التي يراها مناسبة له، ويختار من المستثمرين من يتوافق مع أهدافه، فالمحاذير التي كان يخشاها الفقهاء من تقييد المضارب أو التضيق عليه منتفية الآن لأنه هو الذي ألزم نفسه بذلك قبل أن يلزمه أحد.

ومع ذلك فنشير إلى كلام أهل العلم في هذه المسألة، لأن قبول المستثمر بها يعني إلزام البنك بها كما لو كان المستثمر هو الذي وضعها ابتداءً.

فالأصل في المضاربة أن تكون مطلقة، بأن يدفع رب المال ماله إلى

(١) الموطأ ٧/٨٨، وانظر: تعليق الباجي على ذلك في نفس الموضوع.

المضارب ليعمل فيه بما يراه دون أن يقيد بنوع من التجارة، أو بأناس معينين، أو بمكان يتجر فيه، فللمضارب - والحالة هذه - أن يستثمر المال حسبما هو متعارف عليه بين التجار دون قيد، أما إذا قيده رب المال بشيء من ذلك فيلزمه التقييد به، إلا أن الفقهاء اختلفوا في القدر الذي يحق لرب المال أن يقيد به عمل المضارب.

وبالوقوف على كلام أهل العلم يتبين أن أوسع المذاهب في هذا الباب هو المذهب الحنفي والحنبلي، إذ يجيزان لرب المال أن يفوض المضارب بما يراه من الاتجار كما أن له أن يقيد بما يشاء من تقييدات نوعية أو سلعية أو مكانية أو زمانية، فله أن ينهيه عن التعامل في صنف معين من السلع، أو مع أناس معينين، أو في مكان وزمان معينين، كما أن له أن يقيد بالمضاربة في سلعة بعينها كالبر مثلاً، أو ألا يضارب إلا في هذا الإقليم بعينه كمصر مثلاً، أو مع الصناع فقط أو الصيارفة دون غيرهم... بل حتى لو شرط عليه ألا يتعامل إلا مع هذا التاجر بعينه، فله ذلك، لأن هذه التقييدات لا تمنع الربح الذي هو مقصود العقد، كما أنها قد تشتمل على مصلحة، فيجب اعتبارها طالما أن المتعاقدين قد رضيا بذلك.

قال في الهداية: «وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها»^(١).

وقال في المغني: «أن يشترط على العامل أن لا يتجر إلا في بلد بعينه، أو نوع بعينه أو لا يشتري إلا من رجل بعينه، فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم»^(٢).

أما المالكية والشافعية فلهم تفصيل في ذلك:

(١) الهداية ٤٢٢/٧، وانظر: بدائع الصنائع ٥١/٨، المسبوط ٤٠/٢٢، تبيين الحقائق ٥٩/٥.

(٢) المغني ١٧٧/٧، وانظر: شرح المنتهى ٣٢٥/٢، تصحيح الفروع ٤٠٥/٤.

فإن كان التقييد نوعياً أي في سلعة بعينها، فيشترط أن تكون موجودة طوال السنة، وألا تكون نادرة الوجود، وإن كان التقييد فيمن يتعامل معهم، فيشترط ألا يضيق عليه بمعاملة شخص بعينه، وإن كان التقييد مكانياً فيشترط ألا يلزمه بالاتجار في سوق بعينه، لأن هذه التقييدات من شأنها أن تضيق على المضارب في طلبه للربح، فقد تنقطع السلعة تارة وتوجد أخرى، وقد يجد الشخص المشروط وقد لا يجده... وهكذا، وفيما عدا هذه الحالات يصح تقييد المضاربة، فله تقييدها بنوع من السلع كالأطعمة، أو في بلدٍ أو إقليم محدد كالعراق مثلاً، أو مع الصيارفة أو الصناع ونحوهم^(١).

قال في الشرح الكبير: «أو شرط عليه ما يقل وجوده، بأن يوجد تارة ويعدم أخرى ففاسد... أو عين رب المال للعامل شخصاً للشراء منه أو البيع له، فقراض فاسد، أو عين زماً أو محلاً للتجر لا يتعداه لغيره كسوق أو حانوت ففاسد للتحجير»^(٢).

وفي المنهاج: «ولا يجوز أن يشترط عليه شراء متاع معين، أو نوع يندر وجوده أو معاملة شخص»^(٣).

والعلل التي لأجلها منع الفقهاء من التقييد منتفية في الاستثمارات المصرفية، وبيان ذلك أن الاستثمار إذا كان مقيداً بالنوع، كالأسهم أو العملات أو بالبضائع أو السكر أو القمح أو العقارات ونحو ذلك، فهو جائز باتفاق الفقهاء لأنه تقييد بنوع من العروض لا يندر وجوده.

وإذا كان مقيداً بدولة بعينها، كالأسهم المصرية، فهو جائز بالاتفاق أيضاً، لأن التقييد بإقليم لا يمكن أو سوق بعينه.

(١) المدونة ٣/٦٥٢، حاشية الدسوقي ٣/٥٢٠، الأم ٨/٢٢٢، فتح العزيز ١٢/١٤، مغني المحتاج ٣/٤٠١، حاشية الرشيدي ٥/٢٢٤.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٥٢٠، وانظر: المنتقى شرح الموطأ ٧/٨٦.

(٣) المنهاج للنووي ٣/٤٠١، وانظر: شرح البهجة ٣/٢٨٤.

وإذا حدد له أسهم شركة بعينها يتجر بها فهو جائز أيضًا بالاتفاق، وليست من قبيل تحديد تاجر بعينه وهي الصورة التي منعها المالكية والشافعية، لأنه غير مقيد بمن يبيع ويشتري منه تلك الأسهم، وأسهم الشركة ليست نادرة الوجود، ويتجه الخلاف فيما إذا اشترط عليه ألا يشتري الأسهم أو يبيعها إلا من تاجر بعينه، ومع ذلك فالأقرب - والله أعلم - ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة، وهو جواز هذه الصورة لعدم الدليل المانع، ولأنه قد يقصد بهذا الشرط حصول مصلحة.

الركن الخامس: الربح في الاستثمارات المصرفية:

تنتهج المصارف أساليب متعددة لتحديد وتوزيع الأرباح بين المستثمرين والبنك، وبين المستثمرين أنفسهم، ومن هذه الأساليب ما يتمشى مع عقد المضاربة ومنها ما ليس كذلك.

ونظرًا لأهمية هذا الجانب، ولكثرة الأساليب المستخدمة في توزيع الأرباح فسيخصص للأرباح وقواعد توزيعها باب مستقل (الباب الثالث) يشمل جميع العوائد المترتبة على العمليات الاستثمارية، ما كان منها أرباحًا، أو أجورًا، أو فوائد، فمن المستحسن إرجاء الحديث عنها إلى حينه.

وبهذا القدر نكون قد استكملنا بيان كيفية تنزيل أركان المضاربة الشرعية على عقد الاستثمار المصرفي المعاصر، وما يشوب كل ركن من انتقادات أو مسائل.

المطلب الرابع

مناقشة التخريج

لم يحظ أي من العقود الشرعية ذات الصلة بالاستثمارات المصرفية المبنية على نظام الوحدة الاستثمارية بمثل ما حظي به عقد المضاربة من مناقشات واعتراضات وأدلة وإشكالات، ذلك أن هذا العقد - كما يظهر للباحث - هو الأقوى من بين التخريجات المطروحة، فصياغة الاستثمارات المصرفية وفقاً لهذا التخريج تعتبر هي الحل المناسب لكثير من المعوقات التي تواجه المصارف الإسلامية.

ومع ذلك فقد حاول عدد من الباحثين استبعاد هذا التخريج بحجة أن الصورة الفقهية التي رسمها الفقهاء لعقد المضاربة كانت متوافقة مع واقع عصرهم وملائمة لمتغيرات ذلك الواقع، حيث كان العقد يقوم على الثنائية والبساطة، ولم تكن العلاقات الاقتصادية بلغت هذا القدر من التشابك، ولم تصل المعاملات المالية إلى هذا القدر من التعقيد، أما وقد تغير كثير من عناصر هذا الواقع، وتنوعت أساليب الاستثمار، وتعددت أشكاله، وحل الاستثمار الجماعي محل الاستثمار الثنائي، وحلت العقود المركبة محل العقود المفردة فلم يعد لهذا العقد القدرة على تلبية احتياجات الواقع الجديد بنفس الكفاءة التي كان عليها في العصور السالفة، وفي ذلك يقول أحد الباحثين: «إن طبيعة عقد المضاربة خاصة - على اعتبار أنه لم يرد به نص صريح من القرآن والسنة - قائم على الاجتهادات الفقهية وهو ما جعل أبواب الاختلاف حوله كثيرة في الأساس وزاد من هذا الأمر عدم ملائمة هذه الصيغة بشكلها الفقهي المحدد للتطبيق المصرفي المعاصر وهو ما أدى

إلى قيام العديد من المحاولات واستحداث بعض الأساليب الفقهية التي حاولت الإبقاء على تكييف علاقة العميل المستثمر بالمصرف ضمن إطار عقد المضاربة^(١).

وعلى الرغم من ذلك فإن قناعة الباحث لا يعترها شك في أن عقد المضاربة هو العقد الملائم لصياغة جوانب تعبئة الموارد في المصارف، لما فيه من المرونة والملاءمة واليسير بما يجعله قادراً على استيعاب متطلبات الاستثمارات المصرفية، وأن عامة الاعتراضات الواردة منبعها النظرة الفقهية المتحفظة تجاه العقد باعتباره على خلاف القياس، والذي يقتضيه الإنصاف وهو التحرر من ربة القيود والالتزامات المبنية على الاجتهادات المحضة.

وفيما يلي أهم الاعتراضات، نردها بنوعٍ من الإيجاز مع الرد عليها حسبما يسمح به المقام:

الاعتراض الأول: أن هذا التخريج لا يتناسب والمسؤولية المحدودة لشركات الاستثمار^(٢):

وخلاصة هذا الاعتراض: أن تخريج العلاقة فيما بين المستثمرين والبنك على عقد الشركة لا يتلاءم مع ما هو جار عليه العمل في الاستثمار المصرفي، حيث إن خصائص التكوين الجديد يختلف عن خصائص عقد شركة المضاربة، وغيرها من الشركات في الفقه الإسلامي، وذلك من نواحٍ متعددة من أهمها:

(١) المضاربة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية ص ٨٥.

(٢) هذا الاعتراض وإن كان موجهاً أساساً للشركات المساهمة إلا أنه يصدق على الخدمات المصرفية الاستثمارية، فـ «صناديق الاستثمار» بجميع أنواعها ذات مسؤولية محدودة سواء أكانت على شكل شركة مساهمة أم لا، وكذلك الودائع الاستثمارية، إذ إن مسؤولية المودعين (أرباب المال) لا تتجاوز رؤوس أموالهم المودعة، والباحث الفاضل - صاحب الاعتراض - وفقه الله - قرر أن عقد المضاربة كغيره من الشركات: المسؤولية فيه غير محدودة. انظر: ص ٥٢ من البحث المذكور.

أ - أن التكوين الجديد يمنحه القانون «مسؤولية محدودة»^(١)، فلا تتجاوز مسؤولية مالك الأسهم أو الوحدات الاستثمارية رأسماله في الصندوق أو في الحسابات الاستثمارية، بينما مسؤولية رب المال في المضاربة غير محدودة.

ب - أن التكوين الجديد يتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية ملاك أو الشركاء فيه، ويفرض له القانون كياناً يمكن من خلاله أن يمتلك ويتعاقد، ويقتضي بتلك الشخصية، وهذا ما لا يتحقق في عقود الشركات، حيث تعتبر غير مستقلة عن ملاكها، وهم مسؤولون مباشرة عن التزاماتها تجاه الغير^(٢).

وتورد الدراسة اقتراحاً بديلاً لتخريج العقد على وفق ملكية الرقيق، فمسؤولية السيد عن تصرفات عبده التي يترتب عليها الديون أو الالتزامات المالية أو أرش الجراح والديات، لا تلحق السيد في ماله الخاص أبداً، وهي محدودة بمال العبد أو قيمته، ومتعلقة برقبته أو بدمته، فمن الممكن أن تلحق الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة وأحكامها بالعبد وأحكامه لقوة الشبه فيما بينهما^(٣).

الجواب عن هذا الاعتراض:

أولاً: أن عقود الشركات، وإن لم ينص الفقهاء على أن لها شخصية اعتبارية - لكون هذا المصطلح غير متداول عندهم - فإنها تشمل على كثير من خصائص الشخصية الاعتبارية، فمن ذلك:

(١) يقصد بالمسؤولية المحدودة: أن مسؤولية مالك تلك الشخصية الاعتبارية محدودة بنصيبه فيها وليس أكثر من ذلك، فهو لا يتحمل في أمواله الخاصة أية مسؤولية ناتجة عن ديون تلك الشخصية أو عن التزاماتها المختلفة، أو عما يلقي عليها من تعويضات نتيجة التقصير بالوفاء بحقوق الآخرين، أو بالعقود المبرمة معهم.

الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، مرجع سابق ص ١٦، الوجيز في النظام التجاري السعودي ص ٢٢٦.

(٢) الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، مرجع سابق ص ٢٠.

(٣) الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، مرجع سابق ص ٢٤ وما بعدها.

أن لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء، وهي قابلة للامتلاك والتعاقد والاستدانة بشكل منفصل تماماً عن ذمم الشركاء فيها.

فمن جانب المضارب لو أنه استدان على المضاربة فإنه يثبت في ذمة المضاربة لا في ذمته الخاصة، فإذا نوى مال المضاربة كان له حق الرجوع على رب المال، ولو اشترى من يعتق عليه صح الشراء، ولم يعتق، قال في المغني: «وإن اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء..»^(١) ولو كانت ذمتهما واحدة عتق عليه.

ومن جانب رب المال، أجازوا للمضارب الشراء للمضاربة من مال رب المال، جاء في درر الحكام: «وكما للمضارب الشراء من أجنبي فله الشراء من رب المال أيضاً، لأن ما شراه لا يملك فيه العين ولا التصرف.. وكما أن له البيع لأجنبي له البيع أيضاً لرب المال»^(٢).

فلو لم يكن مال الشركة مستقلاً عن مال رب المال - وهو من أهم خصائص الشخصية المعنوية - لقليل: إنه اشترى ماله بماله، وهذا منتفٍ قطعاً.

واعتبار الفقهاء الشخصية الحكومية للشركة لا يعني ترتب جميع الآثار التي يذكرها القانونيون تبعاً لذلك، ومنها الانفصال التام بين ذمة الشريك وذمة الشركة بحيث يفقد الشركاء كل حق عيني لهم فيها إلخ تلك الآثار^(٣)، لأن ملكية الشركة تعود حقيقة إلى الشركاء أنفسهم، ولذا نص الفقهاء على أن الزكاة تجب في مال رب المال ولو اشترى المضارب من يعتق على رب المال بإذنه عتق عليه^(٤)، وفي هذا يقول أحد الباحثين: وإن

(١) المغني ١٥٤/٧.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤٤١/٣، وانظر: تكملة رد المحتار ٣٨٥/١٢.

(٣) الشركات د. علي حسن يونس ص ٩٤، الشركات. عبد العزيز الخياط ص ٢٢١.

(٤) المغني ١٥٢/٧.

الشركة وإن كانت شخصاً معنوياً مستقلاً عن أشخاص المساهمين إلا أن هذا الاستقلال لا يعني إقصاء الآخرين إقصاءً تاماً، ولا يرتب انتفاء كل أثر لوجودهم، ولكنهم من خلف الشركة تشف عنهم شخصيتها^(١).

ثانياً: أن تماثل بعض أحكام الرقيق مع بعض أحكام الشخصية الاعتبارية لا يعني صحة إلحاقها به وذلك لوجوه متعددة من أهمها:

أ - أنه قلما يخلو عقدان من العقود إلا وبينهما قدر من التشابه في بعض الأحكام، ولا يلزم من ذلك ضرورة اشتراكهما في التكيف والحكم.

ب - أن أوجه الشبه بين عقود الشركات والشخصية الاعتبارية أكثر مما هي بينهما وبين الرقيق، وقد سبق معنا كيف تنزل أركان المضاربة متطابقة تماماً مع أركان شركات الاستثمار.

ج - أن الفيصل الذي يحدد صحة التخريج هو المقصود من العقد والغاية منه، إذ العقود بمقاصدها لا بصورها، فمقصود العاقد في شركات الاستثمار هو الربح ولا شيء غيره، تماماً كما هو المقصود من عقد المضاربة وغيرها من شركات العقد، بينما المقصود من امتلاك الرقيق هو القنية والسخرة، وامتلاكه بقصد التجارة نادر والنادر لا حكم له.

ثالثاً: وأما التخريج المقترح لذلك، فهو غير صحيح، إذ إن أوجه الشبه المذكورة بين ملكية الرقيق وملكية شركات الاستثمار - من كون كل منهما يكون للقنية وللتجارة، وكونهما يملكان بالاشتراك وبالانفراد... إلخ ما ذكرته الدراسة^(٢) - يشترك في معظمها كثير من البياعات الأخرى فالدابة والمتاع وغير ذلك يملك للقنية ولطلب الربح، ويملك اشتراكاً واستقلالاً... وهكذا.

(١) الشركات، علي حسن يونس ص ٦٧٧.

(٢) انظر: ص ٥٣ من الدراسة السابقة.

وما ذكر من أن مسؤولية المالك في الرقيق محدودة لا يصح لأمر:

أ - أن الالتزامات المالية على العبد التي لا تلحق ذمة السيد، إنما هي ما كان بغير إذن السيد كقيم المتلفات، وأرش الجنائيات ونحوها، فهذه لا يلزم بها السيد لكونها بغير إذنه، وبهذا تفارق شركات الاستثمار فإنها تكون بإذن المالك.

ب - وأما ما استدانه العبد المأذون له بالتجارة، فإنه يلزم مولاه جميع ما استدانه على الصحيح من أقوال أهل العلم، قال في كشف القناع: «ويتعلق دين مأذون له في التجارة بذمة سيده بالغًا ما بلغ لأنه غر الناس بمعاملته»^(١).

وعلل لذلك في المغني بأنه: «إذا أذن له في التجارة، فقد أغرى الناس بمعاملته وأذن فيها، فصار ضامنًا»^(٢).

وفي المنهاج: «فإن باع مأذون له، وقبض الثمن فتلف في يده، فخرجت السلعة مستحقة، رجع المشتري ببدلها على العبد، وله مطالبة السيد أيضًا»^(٣).

ج - وحتى على قول من يرى أن دين العبد المأذون لا يلحق ذمة السيد، فإنه إذا أذن له أن يتجر في مال السيد، والربح للسيد - كما هو الحال في شركات الاستثمار - فهذا وكيل لا مأذون، فيأخذ حكم الوكالة.

قال في الخرشني: «المأذون له هو من أذن له السيد أن يتجر في مال نفسه أو مال السيد على أن الربح له دون سيده، ولو كان على أن يتجر في مال السيد والربح للسيد لكان وكيلًا»^(٤).

(١) كشف القناع ١٦٨٩/٥.

(٢) المغني ٣٤٨/٦، وانظر: الفروع ٣٢٦/٤، الإنصاف ٤١٧/١٣.

(٣) المنهاج ١٨٠/٤، وانظر: الأشباه والنظائر ص ٤٠٢.

(٤) الخرشني ٣٠١/٥.

وبهذا يتبين عدم صحة تخريج عقود الاستثمارات على ملكية الرقيق،
للفروق الجوهرية بينهما التي تمنع صحة الإلحاق.
رابعاً: وأما كون الشركات في الفقه الإسلامي ليست بذات مسؤولية
محدودة، فيجاب عنه بما يلي:

أ - أن الأصل في عقود الشركات في الشريعة كذلك، أن الشركاء
متضامنون تمتد المسؤولية عن ديون الشركة والتزاماتها إلى أموالهم
الخاصة، قال في بدائع الصنائع: «وأما القسم الذي ليس للمضارب أن
يعمله إلا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة، فليس له أن يستدين على
مال المضاربة، لأن ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون
على رب المال، بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك
المشتري قبل التسليم، فإن المضارب يرجع إلى رب المال بمثله»^(١).

لكن ذلك لا يعني المنع من تحديد مسؤوليات الشركاء فيها بمقدار
أموالهم، فعقد المضاربة يتسع لمثل ذلك، وليس في كتاب الله ولا سنة
نبيه ﷺ، ولا في شيء من الأدلة الشرعية ما يمنع من ذلك، والأصل في
الشروط الصحة واللزوم كما قرر ذلك جمع من المحققين من أهل العلم،
وليس في هذا الشرط ما ينافي مقتضى عقد المضاربة، أو يخل بمقصوده،
أو يخرج عنه صورته، بل إنه يفي بحاجات المجتمع ويحقق شيئاً من
مصالحة، فقد كان لهذه الصيغة - أعني المسؤولية المحدودة - أثر كبير في
تشجيع صغار التجار في المساهمة في مشاريع ضخمة ما كانوا ليقدموا
عليها لولا ثقتهم بأن هذه الصيغة تحميهم من تحمل أي التزام في أموالهم
الخاصة^(٢).

لكن ينبغي تقييد الجواز بشرطين رئيسين:

الأول: الإعلان عن ذلك أمام جمهور الناس، حتى يقدم من يرغب

(١) بدائع الصنائع ٨/٣٥.

(٢) ينظر: الوجيز في النظام التجاري السعودي ص ٢٢٧.

في التعامل مع الشركة على بينة، لأن هذا الشرط يتعلق بحقه فإذا رضي بإسقاطه فله ذلك.

الثاني: أن تكون الشركة من الشركات العامة التي يفتح فيها المجال للمساهمة لعامة الناس كالبنوك والشركات المساهمة ونحو ذلك، بحيث تكون تحت رقابة صارمة من قبل الجهات المعنية، لأن الحاجة تدعو إلى مثل هذه الشركات ولا يمكن نجاحها بغير هذه الصيغة، أما في الشركات الخاصة التي يكون عدد الشركاء فيها محدودًا فلا ينبغي تجويز ذلك لما فيه من المخاطرة بأموال الدائنين إذ لا يؤمن أن تتخذ هذه الصيغة ذريعة للتلاعب بأموال الناس وإسقاط حقوقهم.

ونظرًا لأهمية هذه القضية، ولكونها أوجبت توقف العديد من الباحثين^(١) في تصحيح عقود شركات الاستثمار بحجة أن مثل هذا الشرط غير معهود في الفقه الإسلامي، وقد لا يكون الاستناد إلى أصل الإباحة للشروط - عند البعض - كافيًا في تصحيح شرط مستحدث، أشير إلى مسألتين تعرض لهما الفقهاء المتقدمون، ولهما شبه كبير بهذه المسألة التي معنا، فمن الممكن تخريجها عليهما:

المسألة الأولى: البيع بشرط البراءة من العيوب.

المسألة الثانية: الإبراء المعلق من الدين المجهول.

وأوجه الشبه بين شرط المسؤولية المحدودة وشرط البراءة من العيوب تتمثل فيما يلي:

١ - أن العاقد في كلٍ منها يشترط على متعامله براءته من حقٍ كان يلزمه. فشركة الاستثمار حين تشتري سلعة بثمن مؤجل، أو تنفذ عقد

(١) انظر: على سبيل المثال: شركة المساهمة في النظام السعودي ص ٢٧٥، أسواق الأوراق المالية ص ٢٦١.

استصناع - مثلاً -، فإنها تشترط ضمناً براءة مالكيها من الديون التي تزيد عن موجوداتها فيما لو أفلست ولم تف تلك الموجودات بالديون.

وكذلك البائع - في البيع بشرط البراءة - يشترط براءته من أي عيبٍ يظهر في السلعة.

٢ - أن في كلٍ منهما إبراءً من حقٍ قبل وجوبه.

٣ - أن في كلٍ منهما إبراءً من حقٍ مجهول.

٤ - أن مشترط البراءة في كلٍ منهما قد يقصد من هذا الشرط المخادعة والتدليس.

فالشركة قد تهدف من هذا الشرط المخاطرة والمجازفة بأموال الدائنين، والبائع بشرط البراءة قد يقصد من هذا الشرط براءته من عيبٍ يعلمه.

وقد يناقش هذا التخريج من وجهين:

الوجه الأول: أن شرط البراءة يكون في العيوب التي تظهر في السلعة، وعجز الشركة عن الأداء ليس بعيب، فلا يثبت به الخيار، ومن ثم لا يصح قياس أحدهما على الآخر.

ويجاب: بأن ظهور عُسر المشتري بالثمن وإفلاسه عيبٌ يثبت به الخيار للبائع عند جمهور الفقهاء^(١).

بل إن شيخ الإسلام ابن تيمية يرى ثبوت الفسخ للبائع إذا كان المشتري موسراً مماطلاً، دفعاً لضرر المخاصمة^(٢).

(١) حاشية الدسوقي ٢٨٢/٣، مغني المحتاج ٤٧٣/٢، مطالب أولي النهى ١٣٧/٣، المحلى ١٧٥/٨.

(٢) الاختيارات الفقهية للبعلي ص ١٨٧، قال في الإنصاف ٤٩١/١١: «وهو الصواب».

الوجه الثاني: أن خيار العيب أو التفليس إنما يثبت في البيع، وديون الشركة قد تكون بسبب قرض ونحوه.

الجواب: أن ثبوت الخيار للمتضرر أعم من أن يكون في بيع أو قرض، إذ «يدخل تحته ما إذا أقرض رجلٌ مالاً، وأفلس المستقرض، والمال باقٍ، فإن المقرض يرجع فيه، وقد علله الفقهاء بالقياس على المبيع، بعد التفريع من أنه يملك بالقبض»^(١).

ووجه الشبه بين شرط تحديد المسؤولية في شركات الاستثمار والإبراء المعلق من الدين المجهول ظاهر:

فإن صيغة المسؤولية المحدودة تتضمن في حقيقتها إبراءً للمساهمين من دينٍ لم يتبين قدره، وهذا الإبراء معلق على إفلاس الشركة.

وقد يناقش هذا التخريج من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا الإبراء ليس إبراءً مجرداً، بل هو مشروط بالبيع أو بالافتراض، وهو خلاف مقتضى هذين العقدين.

ولهذا نص فقهاء المالكية - وغيرهم - على فساد هذا الشرط، مع أن المالكية يجيزون الإبراء المعلق، والإبراء المجهول، إذا كان مجرداً.

قال في تحرير الكلام - نقلاً عن الإمام مالك -: «لا أحب أن يبيعه على أنه إن وجد ثمنًا قضاه، وإن هلك ولا شيء عنده فلا شيء عليه...» - ثم نقل عن ابن رشد قوله -: «هذا الشرط من الشروط التي يفسد بها البيع، لأنه غرر»^(٢).

ويجاب: بأن إفساد العقد بالشرط المخالف لمقتضى العقد أمر مختلف فيه، والصحيح من أقوال العلماء صحة العقد والشرط، وسيأتي ذكر الخلاف في المسألة والترجيح لاحقاً إن شاء الله.

(١) أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ١٤٧/٢.

(٢) تحرير الكلام في مسائل الالتزام (مطبوع ضمن كتاب فتح العلي المالک ١/٣٤٢).

الوجه الثاني: إن الإبراء تبرع، ولا يصح اقترانه بعقود المعاوضات وشبهها، عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل سلف وبيع»^(١)، إذ «كل تبرع يجمعه إلى البيع والإجارة، مثل: الهبة والعارية والعريية، والمحابة في المساقاة والمزارعة وغير ذلك، هي مثل القرض، فجماع معنى الحديث: أن لا يجمع بين معاوضة وتبرع، لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة، لا تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض»^(٢)، هذا ما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية.

ويجاب: بأن مراده رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ما كان اجتماع الأمرين فيه حيلة على الربا، بأن يحاييه في الثمن مقابل اقتراضه، أو اتهابه، أما ما ليس المقصود منه ذلك - كما في مسألتنا - فليس بمحرم، ولذلك أجاز شيخ الإسلام البيع بشرط البراءة من العيوب، فهو بيع وإبراء.

ما يترتب على هذين التخريجين:

يترتب على هذين التخريجين الخلاف في حكم هاتين المسألتين، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: حكم البيع بشرط البراءة من العيوب:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: أن البائع لا يبرأ من العيب.

وهذا مذهب الحنابلة^(٣)، وقول عند المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والظاهرية^(٦).

(١) الحديث سبق تخريجه ص ١٥٧.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٦٢/٢٩.

(٣) المغني ٦/٢٦٤، الفروع ٤/٦٥، المبدع ٤/٥٦٠، كشاف القناع ٤/١٤٢٦.

(٤) المنتقى شرح الموطأ ٦/٦٨، بداية المجتهد ٢/٢١٩، البيان والتحصيل ٧/٣١٧، شرح مياره ١/٣٠٩.

(٥) الحاوي الكبير ٦/٣٣٠، تكملة المجموع للسبكي ١٢/٣٥٦، أسنى المطالب ٢/٦٣، تحفة المحتاج ٤/٣٦٠.

(٦) المحلى ٩/٤٤.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

الدليل الأول:

ما روي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع غلاماً له من زيد بن ثابت رضي الله عنه بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال زيد لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاخصمنا إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فقال زيد: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة، ففضى عثمان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد^(١).

ووجه الاستدلال: أن عثمان حكم على ابن عمر برد العبد لما نكل عن اليمين، ولو كان يبرأ، لما رده عليه^(٢).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الأثر يدل على عدم البراءة حين العلم، لكنه لا يدل على عدم البراءة عند جهل البائع بالعيب^(٣).

الوجه الثاني: أن عثمان خالفه ابن عمر، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة^(٤).

الدليل الثاني:

أن حق الخيار بالعيب إنما يثبت بعد العقد، فلا يسقط بالإسقاط قبله، قياساً على الشفعة إذا أسقطها الشفيع قبل البيع لا تسقط^(٥).

(١) «أخرجه مالك في الموطأ (كتاب البيوع باب العيب في الرقيق ٦/ ٨٠) والبيهقي (كتاب البيوع باب بيع البراءة ٣٢٨/٥).

(٢) كشف القناع ١٤٢٦/٤.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٦/ ٨٠.

(٤) المغني ٦/ ٢٦٥.

(٥) شرح المنتهى ٢/ ١٦٦.

ويناقش: بأننا لا نسلم بأن الشفعة لا تسقط بالإسقاط قبل البيع، بل إن ظاهر السنة يدل على سقوطها قبله، فعن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به^(١).

فمفهومه أنه إذا باع بإذنه فلا حق له بالشفعة^(٢).

الدليل الثالث:

أن خيار العيب ثابت بالشرع فلا ينفي بالشرط^(٣).

ويناقش: بأن الخيار حق لمصلحة المشتري فإذا رضي بإسقاطه فله ذلك كالشفيع إذا أسقط حقه من الشفعة.

الدليل الرابع:

أن في الإبراء معنى التملك، وتمليك المجهول لا يصح، لأنه غرر^(٤).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن الإبراء تملك، بل هو إسقاط حتى إنه يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق، والجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة - وإن كان في ضمنه التملك - لعدم الحاجة إلى التسليم^(٥).

الوجه الثاني: أن الإبراء تبرع لا معاوضة، والمنع من الغرر إنما جاء في البيوع وما جرى مجراها من عقود المعاوضات.

(١) الحديث سيأتي تخريجه ص.

(٢) انظر: المغني ٥١٥/٧، تحرير الكلام في مسائل الالتزام (مطبوع ضمن فتح العلي المالك ٣٠٦/١).

(٣) فتح العزيز ٣٣٩/٨.

(٤) الهداية ٣٩/٦.

(٥) المبسوط ٩٢/١٣، فتح القدير ٣٩/٦.

القول الثاني: أن البائع يبرأ من كل عيب.

وهذا مذهب الحنفية^(١)، وقول عند الشافعية^(٢)، ورواية عن أحمد^(٣).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه يرى البراءة من كل عيب جائزاً^(٤).

نوقش من وجهين:

الأول: أن الأثر ضعيف، فلا يصح الاحتجاج به، كما هو مبين في تخريجه.

والثاني: أنه رأي لزيد وقد خالفه غيره من الصحابة.

الدليل الثاني:

قياس البراءة من العيوب على البراءة من الحقوق المجهولة، والبراءة من الحقوق المجهولة جائزة فكذلك البراءة من العيوب^(٥).

(١) بدائع الصنائع ١٨/٧، تبيين الحقائق ٤١/٤، فتح القدير ٣٨/٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٦٧/٢.

(٢) الحاوي الكبير ٦/٣٣٠، روضة الطالبين ٣/٤٧٣، تكملة المجموع للسبكي ٣٥٦/١٢.

(٣) المغني ٦/٢٦٤، الفروع ٤/٦٥.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/٣٠٠، والبيهقي ٥/٣٢٨.

والأثر فيه علتان:

الأولى: أنه من رواية شريك بن عبد الله، وهو سيء الحفظ.

الثانية: أن شريكاً رواه من طريق عاصم بن عبيد الله وهو ضعيف لا يحتج بحديثه،

ومن طريق أشعث بن سوار وهو مختلف في توثيقه وتضعيفه.

ولهذا قال ابن المبارك: «لم نجد لهذا الحديث أصلاً» وقال ابن معين: «ليس يثبت».

انظر: سنن البيهقي ٥/٣٢٨، تهذيب التهذيب ٥/٤٦، إرواء الغليل ٥/١٤٩.

(٥) فتح القدير ٦/٣٩، بدائع الصنائع ٧/١٨.

ويناقش: بأن البراءة من الحقوق المجهولة إنما تصح في الحقوق التي لا تعلم، أما ما يعلم ويكتفم فلا يصح طلب البراءة منها لما فيه من التدليس والغش^(١).

الدليل الثالث:

أن هذا الشرط يتفق مع قاعدة الشريعة في إباحة الشروط ما لم تخالف نصاً^(٢).

ويناقش: بأن شرط البراءة من العيب مع العلم به وكتمانه يخالف نص النبي ﷺ في قوله: «من غشنا فليس منا»^(٣).

الدليل الرابع:

لما صح من المشتري إبراء البائع من العيوب التي لا يعلمها هو ولا البائع، فلا بد أن يصح منه إبراءؤه له من العيوب التي لا يعلمها هو ويعلمها البائع، لأن الإبراء حق المشتري وكلا الإبراءين سواسية في حقه، وتفاوتهما في حق البائع بالعلم والجهل غير مؤثر^(٤).

ويناقش: بأن البائع إذا علم العيب وكتمه فإنه يكون مدلساً، فلا يصح قياسه على ما لا يعلمه لأنه لا يتضمن هذا المعنى.

القول الثالث: أنه يبرأ في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه، وفيما عدا الحيوان لا يبرأ بحال.

وإليه ذهب الشافعية في القول الأظهر^(٥).

(١) انظر: الفروع ٤/١٩٣، الشرح الكبير على المقنع ١٧/٣١.

(٢) إعلاء السنن ١٤/٩٣.

(٣) أخرجه مسلم (كتاب الإيمان باب من غشنا فليس منا برقم (١)) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) بدائع الصنائع ٥/١٧٢ (طبعة دار الكتب العلمية).

(٥) روضة الطالبين ٣/٤٧٢، نهاية المحتاج ٤/٣٦.

استدل أصحاب هذا القول على صحة البراءة فيما عدا الحيوان:
بأدلة القول الأول المتقدمة.

واستدلوا على استثناء الحيوان من هذا الحكم:
بأن الحيوان يتغذى بالصحة والسقم، وتتحول طبائعه، وقلما يبرأ من
عيب يظهر أو يخفى فيحتاج البائع إلى هذا الشرط ليثق بلزوم البيع فيما لا
يعلمه من الخفي^(١).

واستدلوا على تقييد ذلك فيما لا يعلمه دون ما يعلمه:
بأثر ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم.

ووجه الاستدلال: أن عثمان رضي الله عنه أجاز البراءة من العيوب التي لا
يعلمها البائع، دون ما يعلمها، لأنه طلب اليمين على عدم العلم ولو لم
يكن هناك فرق بينهما لما طلبه^(٢).

ويناقش استثناءهم الحيوان: بأنه لا دليل عليه، وما ذكره غير
صحيح، فإنه لا يرد بالعيب إلا إذا تحقق حدوثة عند البائع.

القول الرابع: أن البائع يبرأ من كل عيب لم يعلم به، دون ما علمه
فإنه لا يبرأ منه.

وهذا هو المشهور عند المالكية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤)، اختارها
شيخ الإسلام ابن تيمية^(٥) وابن القيم^(٦).

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة القول الثاني على مشروعية شرط
البراءة.

(١) فتح العزيز ٣٤٠/٨، نهاية المحتاج ٣٨/٤.

(٢) فتح العزيز ٣٤٠/٨.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٦٨/٦، شرح مياره ٣٠٩/١.

(٤) الإنصاف ٢٥٥/١١.

(٥) الاختيارات الفقهية ص ١٨٤.

(٦) أعلام الموقعين ٤٠٦/٣.

واستدلوا على استثناء ما يعلمه البائع من العيوب:

١ - بقصة ابن عمر رضي الله عنهما، وقد تبين وجه الاستدلال بها في أدلة القول الثالث.

٢ - ولأن طلب البراءة مع العلم بالعيب غش وتدليس على المشتري.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الرابع لقوة أدلته، ففيه موافقة قضاء عثمان رضي الله عنه، وجمع بين الأدلة التي تنهى عن التدليس والأدلة التي تجيز اشتراط البراءة من العيوب.

وبناءً على ذلك فيصح لشركة الاستثمار اشتراط براءتها من الديون التي تتجاوز موجوداتها عند الإفلاس، بشرط ألا يكون القصد من ذلك مخادعة المتعاملين معها والمجازفة بأموالهم في الأسواق المالية.

ثانياً: الإبراء المعلق، والمجهول:

اختلف الفقهاء في حكم تعليق الإبراء، أو الجهالة بالدين المبرأ منه. وسبب اختلافهم في هاتين المسألتين هو اختلافهم في طبيعة الإبراء: هل هو تمليك أم إسقاط؟

فمن لحظ فيه معنى التمليك اشترط فيه التنجيز، وأن يكون المبرأ منه معلوماً، ومن لحظ فيه معنى الإسقاط لم يشترط ذلك.

والمستفاد من كلام الفقهاء اشتمال الإبراء على كلا المعنيين: الإسقاط والتمليك، وفي كل مسألة تكون الغلبة لأحدهما، وإن كان في بعض المسائل يتعين أحد المعنيين تبعاً للموضوع، كالإبراء من الأعيان فهو للتمليك، لأن الأعيان لا تقبل الإسقاط أما الديون الثابتة في الذمة فيجري فيها المعنيان كلاهما.

وتوسط البعض فقال: الإبراء تمليك من المبرئ، إسقاط عن المبرأ،

لأن الإبراء إنما يكون تمليكاً باعتبار أن الدين حال، وهو إنما يكون مآلاً في حق من له الدين^(١).

وبما أن صيغة المسؤولية المحدودة لشركة الاستثمار تنطوي على تعليق للإبراء، وجهالة بقدر الدين المبرأ منه، فإن اختلاف الفقهاء في هاتين المسألتين ينسحب على شركة الاستثمار.

وبيان ذلك فيما يلي:

أ - تعليق الإبراء:

اختلف الفقهاء في حكم تعليق الإبراء من الدين على قولين:

القول الأول: عدم الجواز، وهذا مذهب الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة في أشهر الروايتين^(٤).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

أن الإبراء تمليك، وتعليق التمليك من القمار، وهو مخاطرة تتضمن أكل المال بالباطل، كما أنه يؤدي إلى الغرر^(٥).

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٢٢، المبسوط ١٢/٨٤، الفروق للكرائسي ٢/٢٤٤، المغني ١٠/١٦٥، الفروع ٤/١٩٣، قواعد ابن رجب ص ٢٢٩، الإنصاف ١٧/٣٠، الفروق للقرافي ٢/١١٠، منح الجليل ٨/١٧٨، فتح العلي المالك ١/٣٢٢، المنتور في القواعد ١/٨١، أسنى المطالب ٢/٢٣٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٢، الفتاوى الكبرى للهيتمي ٣/٨٢.

(٢) تبيين الحقائق ٤/١٣، غمز عيون البصائر ٤/٤١، البحر الرائق ٦/١٩٤، مجمع الأنهر ٢/١١٢.

(٣) المنتور في القواعد ١/٨١، أسنى المطالب ٢/٢٣٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٢.

(٤) المغني ٦/٤٤١، الفروع ٤/١٩٣، الإنصاف ١٧/٣٢، مطالب أولي النهي ٤/٣٩٣.

(٥) تبيين الحقائق ٤/١٣١.

نوقش: بأن «كون العقد جائزاً يجوز أن يلزم إن وجد شرط لزومه، ويجوز ألا يلزم إن لم يوجد شرط لزومه، فليس هذا مما دخل في نهيه ﷺ، وليس هذا من باب القمار لأن العقد إن حصل أو لم يحصل المقصود بحصوله ولزومه، وإن لم يحصل أو لم يلزم لم يحصل المقصود بحصوله ولزومه، فعلى التقديرين لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل أصلاً ولا قمر أحدهما الآخر»^(١).

الدليل الثاني:

أن انتقال الملك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق، فإن شأن المعلق أن يكون يعترضه عدم الحصول^(٢).

ويناقش في وجهين:

الأول: أن هذا الدليل مبني على أن الإبراء تملك، وهو غير مسلم، بل هو إسقاط، ولهذا لا يفتقر إلى القبول.

الثاني: أن قصر الرضا على العقد الناجز تحكم لا دليل عليه، فالرضا لا يستلزم التنجيز

القول الثاني: جواز تعليق الإبراء من الدين.

وهذا مذهب المالكية^(٣)، وإحدى الروايتين عن أحمد^(٤)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية^(٥)، وابن القيم^(٦).

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٨.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ١/٢٢٩.

(٣) تحرير الكلام في مسائل الالتزام (ضمن كتاب فتح العلي المالك ١/٣٢٢)، حاشية الدسوقي ٤/٩٩، منح الجليل ٨/١٧٨.

(٤) الإنصاف ١٧/٣٢.

(٥) الفروع ٤/١٩٣.

(٦) أعلام الموقعين ٣/٣٩٩.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

الدليل الأول:

أن الأصل في العقد والشروط الصحة ما لم تخالف الشرع، وليس في شرط التعليق ما يخالف أحكام الشريعة.

الدليل الثاني:

ما روى مسلم في صحيحه عن أبي اليسر صاحب رسول الله ﷺ أنه قال لغريمه: إن وجدت قضاءً فاقض، وإلا فأنت في حل^(١).
ووجه الدلالة منه: أنه علّق إبراءه بشرط عدم قدرته على القضاء، فدل على صحة تعليق الإبراء، لأن قول الصحابي غير المخالف حجة^(٢).

الترجيح:

الذي يترجح للباحث هو القول الثاني بجواز تعليق الإبراء لقوة أدلته، ولأن أدلة المنع لا تقوى على رفع البراءة الأصلية.

ب - الإبراء من الدين المجهول:

اختلف العلماء هل من شرط الإبراء من الدين العلم بالدين المبرأ منه أم لا؟

ولهم في ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن من شرط الإبراء علم المبرئ بالمبرأ منه جنساً وقدرًا وصفةً، فلا يصح الإبراء من المجهول.

(١) أخرجه مسلم (كتاب الزهد والرفائق باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر برقم ٣٠٠٦).

(٢) الفروع ٤/١٩٥.

وهذا مذهب الشافعية^(١).

استدل أصحاب هذا القول:

بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه «نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر»^(٢).

ووجه الدلالة منه: أن الحديث نص في منع الغرر في المبيعات، فيلحق بها عقود التبرعات ومنها الإبراء، لاتفاقها في المعنى، وهو حفظ المال الذي هو أحد مقاصد الشريعة^(٣).

نوقش: بأن الغرر منع في المعاوضات لأن هذه التصرفات موجبة لتنمية الأموال، وما يقصد به تحصيلها، فمنع الشارع الغرر فيها حفظاً لحق المتعاقدين، أما التبرعات فإنها «لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه، لأنه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول - عقود المعاوضات - إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول»^(٤).

القول الثاني:

جواز الإبراء من الدين المجهول.

وهذا مذهب الحنفية^(٥) والمالكية^(٦)، واختيار شيخ الإسلام ابن

(١) المنشور في القواعد ٨٢/١، روضة الطالبين ٢٠٣/٤، حاشية قليوبي وعميره ٤٠٨/٢، تحفة المحتاج ٢٥٥/٥.

(٢) أخرجه مسلم (كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر).

(٣) انظر: الشرح الكبير على المقنع ٤٣/١٧.

(٤) الفروق للقرافي ١٥١/١.

(٥) المبسوط ٩٢/١٣، بدائع الصنائع ٢١/٧، العناية ٣٩/٦، غمز عيون البصائر ٩٦/٣.

(٦) فتح العلي المالك ٣٣٣/٢، شرح الخرشبي ١٠٣/٧، حاشية الدسوقي ٩٩/٤، بلغة السالك ١٩٤/٢.

تيمية^(١) وابن القيم^(٢).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

حديث صاحب كبة الشعر، التي أخذها من الغنائم ثم رفعها بيده، وسأل رسول الله ﷺ أن يهبه إياها، فقال له النبي ﷺ: «أما ما كان لي، ولبني عبد المطلب، فهو لك»^(٣).

ووجه الدلالة منه: أن الحديث أفاد جواز هبة المجهول، لأن نصيب النبي ﷺ ونصيب بني عبد المطلب من الكبة مجهول^(٤)، فإذا جازت هبة المجهول فجواز الإبراء من الدين المجهول أولى، لأمرين:

الأول: أن الإبراء من الدين هبة الدين للمدين، فهو والهبة بمعنى واحد.

الثاني: أن الهبة تمليك اتفاقاً، أما الإبراء فقييل: تمليك، وقيل: إسقاط، والإسقاط أهون من التمليك، إذ يتجاوز فيه ما لا يتجاوز في التمليك.

ويناقش: بأن نصيب النبي ﷺ من الكبة معلوم وهو خمسها، وكذا نصيب بني عبد المطلب: الخمس، فيكون قد وهبه النبي ﷺ خمسي خمس الكبة، فلا جهالة في الهبة.

(١) مجموع الفتاوى ٣١/٢٧٠.

(٢) أعلام الموقعين ٩/٢.

(٣) أخرجه أحمد ٢/١٨٤، وأبو داود (كتاب الجهاد باب فداء الأسير بالمال برقم ٢٦٩٤) والنسائي (كتاب الهبات باب هبة المشاع برقم ٣٦٨٨) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

والحديث قال عنه الهيتمي في المجمع ٦/١٨٨: «رواه أحمد ورجال أحد إسناده ثقات» وقال أحمد شاكر في تحقيق المسند ١١/١٨: «إسناده صحيح»، وحسنه الألباني في الإرواء (٣٦/٥).

(٤) أعلام الموقعين ٩/٢.

الدليل الثاني:

ما روت أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما إليه في مواريث دَرَسَتْ: «اقتسما، وتوخيا الحق، ثم استهما، ثم تحالا»^(١).

ووجه الدلالة منه: أن الحديث دل على جواز البراءة من الحقوق المجهولة، ومنها الإبراء من الدين.

نوقش: بأن غاية ما يفيد الحديث جواز البراءة من المجهول إذا لم يكن لهما سبيل إلى معرفته، كحال هذين الرجلين، «فأما إن كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق، خوفاً من أنه إذا علمه لم يسمح بإبرائه منه، فينبغي ألا تصح البراءة فيه، لأن فيه تغييراً بالمبرئ، وقد أمكن التحرز منه»^(٢).

الدليل الثالث:

أن الإبراء من الدين إسقاط له، والجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة، وإن كان في ضمنه التملك، لعدم الحاجة إلى التسليم، فلا تكون مفسدة^(٣).

الدليل الرابع:

أن الأصل في العقود الصحة، وقد جاءت النصوص بالمنع من الغرر في المعاوضات، لما في إباحته من الإضرار بالمتعاقدين أو أحدهما، أما التبرعات ومنها الإبراء فلا دليل على تحريم الغرر فيها، ولا يمكن إلحاقها بالمعاوضات لاختلافهما، فتبقى على الأصل وهو الإباحة.

(١) أخرجه أحمد ٦/٣٢٠، وأبو داود (كتاب الأفضية باب في قضاء القاضي إذا أخطأ برقم ٣٥٨٣).

والحديث صححه الألباني في الإرواء (٥/٢٥٢).

(٢) الشرح الكبير على المقنع ٣١/١٧.

(٣) بدائع الصنائع ٧/٢١، فتح القدير ٦/٣٩.

القول الثالث:

جواز الإبراء من الدين المجهول إن تعذر علمه، وإلا فلا .
وهذا مذهب الحنابلة^(١).

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

حديث أم سلمة المتقدم، وقد تبين من المناقشة وجه الاستدلال به .
ويناقش: بأن الحديث لا دلالة فيه على المنع من الإبراء من المجهول إذا أمكن العلم به، فغاية ما يفيد جواز الإبراء مع تعذر العلم .

الدليل الثاني:

«أن الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة، ولا سبيل إلى العلم بما فيها، فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سدًا لباب عفو الإنسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته، فلم يجز ذلك، كالمنع من العتق، فأما إن كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق، خوفًا من أنه إذا علمه لم يسمح بإبرائه منه، فينبغي ألا تصح البراءة فيه لأن فيه تغييرًا بالمبرئ»^(٢).

ويناقش: بأن التغيير يتوجه حيث علمه المبرأ ولم يتمكن المبرئ من العلم به، أما إذا تمكن المبرئ من العلم به ولكنه لم يبذل السبب لذلك ورضي بإسقاطه فلا تغيير حينئذٍ، وكذا إذا جهلاه جميعًا مع إمكان التحري والعلم به .

الترجيح:

من خلال استعراض الأقوال وأدلتها فإن الذي يترجح للباحث هو جواز الإبراء من المجهول، لعدم الدليل المانع لذلك، ويستثنى منه ما إذا

(١) المغني ٨/٢٥١، الإنصاف ١٧/٣٠، شرح المنتهى ٢/٥٢٢، حاشية المقنع ٢/٣٣٥.

(٢) الشرح الكبير على المقنع ١٧/٣١.

علمه المبرأ وكتمه المبرئ ولم يتمكن الأخير من العلم به فيتوجه التحريم حينئذٍ لما فيه من التغير والتدليس، والله أعلم.

وبما سبق في المسائل الثلاث المتقدمة يتبين أن لصيغة المسؤولية المحدودة في الشركات المعاصرة أصلاً في كلام الفقهاء المتقدمين، وأن شرط براءة ذمم المساهمين مما زاد من موجودات الشركة عند إفلاسها شرط صحيح بالضابطين المتقدمين وهما:

١ - الإعلان عن ذلك أمام جمهور المتعاملين.

٢ - وأن تكون الشركة من الشركات العامة الخاضعة للتدقيق والمراجعة الصارمة.

الاعتراض الثاني: أن صورة المضاربة الثنائية الخاصة لا تتلاءم والاستثمارات الجماعية المعاصرة:

اعتراض بعض الباحثين^(١) على صلاحية المضاربة للاستثمارات المصرفية المبنية أساساً على الاستثمارات المشتركة، وقد بنى هذا الاعتراض على عدة أوجه اعتبرها مانعة لصحة التخريج، وهذه أهم الأوجه التي ذكرها مع مناقشتها.

الوجه الأول: أن الاستثمار المالي بالأسلوب المصرفي مبني على الخلط المتلاحق للأموال المودعة، مع بقاء الأمور على حالها، بينما صورة المضاربة - كما يذكرها الفقهاء - تعاقب ثنائي بين طرفين، ولا يجوز لطرف ثالث أن يتقدم بمال وينضم إلى المضاربة بعد بدء العمل بالمال الأول، بل إنه لا يصح أن يعطي رب المال نفسه لمن يضارب مآلاً جديداً في وقت لاحق لكي يضيفه إلى ما سبق، إلا إذا كان المضارب لم يتصرف

(١) هو الأستاذ الفاضل د. سامي حسن حمود: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ص ٤٢٢، محمد عبد المنعم أبو زيد: المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية ص ٤٠.

بعد بالمال الأول، أو كان المال قد عاد نقودًا بعد تصرفه فيه، بأن اشترى البضاعة ثم باعها كلها^(١).

المناقشة:

إن المنع من خلط مال المضاربة بمال مضاربة أخرى بعد التشغيل وقبل التنضيز، ليس أمرًا مجمعًا عليه كما تصوره الدراسة، فقد جوزه المالكية إذا لم يكن الخلط مشروطًا، قال في الشرح الكبير: «دفع الثاني بعد أن شغله - أي الأول - ولم ينض فيجوز إن لم يشترطه أي الخلط بأن شرطًا عدمه وسكتا»^(٢).

وعلل ذلك في حاشية العدوي بأن الخلط: «يحدث بعد العقد فلا دخل له في صحة العقد»^(٣).

أما الجمهور، فيصح الخلط عندهم في حالتين:

١ - قبل الشروع في المضاربة الأولى.

٢ - أو بعد الشروع فيها بشرط أن يكون جميع رأس المال ناضًا، أي قد عاد نقودًا. ومنعهم فيما عدا ذلك خشية أن تختلط حسابات المضاربة الثانية بالأولى.

قال في المغني: «وإن كان - أي الخلط - بعد التصرف في الأول في شراء المتاع لم يجز لأن حكم الأول استقر، فكان ربحه وخسرانه مختصًا به، فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر»^(٤).

ولهذا جوزوا الخلط إذا نض المال الأول، لأنه بالإمكان معرفة

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ص ٤٢٢، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية ص ٤٣.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٥٢٥.

(٣) حاشية العدوي ٦/٢١٢، وانظر: حاشية الدسوقي ٣/٥٢٥.

(٤) المغني ٧/١٦٩.

مقدار ما آلت إليه المضاربة الأولى، فإذا تبينت علة المنع زال الإشكال، لأن تنضيض مال المضاربة - كما سيأتي شرح ذلك مفصلاً - يكون حقيقياً وذلك بتسليم رب المال مال المضاربة، ويكون أيضاً حكماً وذلك بأن يحتسب حساباً كالتقبض، وقد نص على ذلك الإمام أحمد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قال في المغني: «قال الأثرم، سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضارب يربح ويضع مراراً، فقال: يرد الوضيعة على الربح إلا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده إليه، فيقول: اعمل به ثانية، فما ربح بعد ذلك فلا تجبر به وضيعته الأولى، فهذا ليس في نفسي منه شيء، وأما ما لم يدفع إليه فحتى يحتسب حساباً كالتقبض، كما قال ابن سيرين، قيل: وكيف يكون حساباً كالتقبض؟ قال: يظهر المال، يعني ينض ويحيى فيحتسبان عليه، وإن شاء صاحب المال قبضه»^(١).

فواضح من كلام أحمد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أن الحساب يقوم مقام القبض إذا كان بإمكان رب المال أخذه، فإذا أجريا الحساب كانت مضاربة مستقلة بنفسها فإن شاء استأنفها بمفردهما أو مع غيرهما، أو أنهياها.

والخدمات الاستثمارية في المصرف كذلك إذ البنك يقوم بإجراء حسابات دورية للمضاربة، ويحتفظ لديه دائماً بسيولة نقدية لمواجهة طلبات السحب، فلديه دائماً مال حاضر ناض، ويستطيع العميل أن يقبضه متى شاء بعد تقييم مستحقاته، وتسوية حقوقه حسابياً لدى البنك، فهذا هو الحساب الذي يقوم مقام القبض، والذي أشار إليه الإمام أحمد، وعلى هذا فيكفي لتصفية المضاربة التنضيض الحكمي.

الوجه الثاني من الاعتراض: أن عقود الاستثمارات المعاصرة لا تتلاءم مع تخويل رب المال بأن يقيد المضارب بما يراه من الشروط: وخلاصة هذا الوجه: أن لرب المال في عقد المضاربة - كما مر

(١) المغني ١٦٩/٧.

معنا - أن يقيد المضارب بالشروط التي يراها مناسبة لحفظ ماله، سواء كان التقييد في مكان معين أو جنس من العروض، أو فئة من التجار، وغير ذلك، فكيف يمكن أن نتصور قيام نظام استثمار جماعي لرب المال أن يشترط فيه هذه الشروط؟ إذ لا يمكن قبول رغبات مئات بل وآلاف الأشخاص عند انضمام كل منهم إلى مجموعة المستثمرين^(١).

الجواب عن هذا الاعتراض:

مما لا خلاف فيه بين الفقهاء أن تقييد المضارب ببعض الشروط هو على سبيل الجواز لا على سبيل اللزوم، فالمضاربة كما تكون مقيدة، من الممكن أن تكون مطلقة بلا قيد، فلو رفض العامل أي شرط من قبل رب المال فله ذلك، لأنه لا يلزمه الالتزام بالشروط إلا بعد العقد إذا ضمنت فيه، أما قبل ذلك فهو بالخيار إن اتفقا على صيغة معينة فيها ونعمت وإلا فلا عقد.

وهذه الشروط كما أنها حق لرب المال فهي حق للعامل أيضًا، فله - أي العامل - أن يضع الشروط والقيود التي يريد ثم لرب المال أن يقبل أو يرفض، فإذا قبل بها فهي ملزمة لكلا الطرفين، كما لو وضعها رب المال ابتداء.

وإسهاب الفقهاء في تفصيل التقييدات والشروط التي يحق لرب المال أن يشترطها لا يعني أنه لا يحق للعامل أن يشترط شيئًا من ذلك، ولكن لما كان جانب رب المال سابقًا هو الأقوى - على خلاف ما عليه الوضع حاليًا - كان المعهود عندهم أن يملي الشروط التي تناسبه، أما الآن فينبغي أن تركز الدراسات على الشروط التي يضعها العامل (وهو البنك) فإذا كانت متوافقة مع الأصول الشرعية فهي ملزمة له ولكل المتعاقدين معه سواء كانوا أفرادًا أم جماعات.

(١) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٢٤، المضاربة وتطبيقاتها العملية ص ٤٢.

الوجه الثالث من الاعتراض: أن عقد المضاربة من العقود الجائزة التي يحق لأي من طرفيه فسخه، وعلى هذا فرب المال متى شاء أن يفسخ العقد حتى ولو بعد الشروع في العمل، وله أن يكلف المضارب بتنضيف رأس المال، وهذا الأمر لا يتأتى في الاستثمارات المصرفية حيث الأموال تكون قد تحولت مع غيرها إلى أصول وتجهيزات رأسمالية، وإذا أعطي للعميل هذا الحق فكيف يمكن للمصرف أن يمتلك الجرأة على الدخول في عمليات استثمارية متوسطة أو طويلة الأجل، يترتب عليها تجميد هذه الودائع في أصول لا يمكن تسيلها بسهولة في المدى القصير؟!^(١)

والجواب عن هذا الاعتراض:

أن إطلاق القول بأن المضاربة عقد جائز على كل الأحوال فيه نظر، فإن القول الصحيح - كما سيأتي بيانه في المبحث التالي - أن العقد إذا تضمن فسخه ضرراً على أي من الطرفين فإنه يكون لازماً لهما جميعاً، وفيما عدا ذلك يبقى على الجواز، مثل أن يتفقا على إنهائه أو يعود رأس المال نقوداً (ناضاً)، ومن ذلك أيضاً ما لو اتفقا على تأقيت المضاربة وهو أمر جائز كما تقدم وقد قال به الحنفية والحنابلة.

ففي مثل هذه الحالات لا ضير على البنك في إنهاء العقد، فإذا رغب في الاحتياط لجانبه فله أن يحدد زمناً لسحب الوديعة تتناسب مع الخطة الاستثمارية، وأن يحدد الطريقة التي سيتم بها تنضيف المضاربة، إما بالتنضيف الحكمي بالحساب، أو الحقيقي بالتسليم.

الوجه الرابع من الاعتراض:

أن من شروط المضاربة عدم اقتسام الربح قبل التصفية الكاملة

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ص ٤٢٢، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية ص ٤٥، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ص ١١٨.

للعملية، حتى يتمكن رب المال من استرداد ماله أولاً، ثم تجري قسمة الربح المتبقي بعد ذلك، لأن الربح وقاية لرأس المال، وهذا متعذر في الاستثمارات المصرفية التي تعتمد في غالبها على أصول رأسمالية وتكنولوجية عالية التكاليف تتطلب ضرورة استمرار النشاط لفترة زمنية طويلة لتغطية نفقات تلك التجهيزات، ومن جانب آخر فإنها تجري توزيع الأرباح في فترات دورية حيث يتعذر إجراء التصفية الكلية في نهاية كل فترة يوزع فيها الأرباح على المستثمرين^(١).

الجواب عن هذا الاعتراض:

أن للبنك أن يقوم بالتصفية الحكومية وذلك بإجراء حساب يكون كالتبضع، وهي تغني عن التصفية الحقيقية، وتكون هذه التصفية في نهاية الدورة المالية، وذلك كالتالي:

١ - أن يجري حسابات دقيقة لكامل أموال المضاربة، وذلك بتقدير قيمة الأصول والعروض، وضمها إلى الأموال الناضجة عنده.

٢ - أن يمكن العميل الذي يرغب في سحب ماله في نهاية الدورة، وهو أمر متيسر لأن البنوك تحتفظ دائماً بسيولة نقدية احتياطية لمواجهة طلبات السحب، فهذه الاحتياطات تعتبر كالمال الحاضر.

٣ - أما إذا رغّب العميل في الاستمرار، فيعتبر عدم طلبه الانسحاب استثناءً لعقد جديد، رأس ماله هو صافي حقوقه في الاستثمار (رأس المال الأول مضافاً إليه أو مخصوماً منه الأرباح أو الخسائر).

وبهذه الخطوات تتحقق مصلحة الطرفين جميعاً^(٢).

فهذه أهم أوجه الاعتراض التي أوردتها الدراسة المذكورة، والتي

(١) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٢٥، المضاربة وتطبيقاتها ص ٤١.

(٢) سيأتي تفصيل للأحكام المتعلقة بإنهاء العقد وتوزيع الأرباح في الباب الثاني إن شاء الله.

خلصت بعدها إلى القول بأن القواعد الفقهية الخاصة بالمضاربة ليست إلا قماشاً مفصلاً لنوع من التعاقد الثنائي بين مالك المال والعامل، فينبغي أن يبقى عليها في إطار ما وصفت له من علاقات لأن في محاولة تطبيقها على ما لم توضع له في الأصل تحميل لها بما لا تتحمل^(١).

ومع تقديرنا للاعتراضات التي ذكرها الباحث، والتي تنم عن سعة أفق، وتضلع في العلم فإن هذا لا يمنع من إبداء ما نراه حقاً في هذا الأمر.

وقد خلصت الدراسة إلى اقتراح بديل لتخريج الاستثمارات المصرفية وهو «المضاربة المشتركة» على غرار «الأجير المشترك» وهو اقتراح وجيه لولا الآثار التي بنتها الدراسة عليه والتي تحتاج إلى وقفة مفصلة سنتعرض لها لاحقاً بمشيئة الله.

اعتراضات أخرى:

طرح عدد من الدراسات اعتراضات متعددة على هذا التخريج، وقد تناولنا الإجابة عليها في ثنايا البحث في حقيقة عقد المضاربة وشروطه.

فمن ذلك:

١ - أن مجال المضاربة مقصور على التجارة فقط، بينما الاستثمارات المصرفية تتعدى ذلك لتشمل الأنشطة الزراعية والصناعية ومختلف الخدمات العصرية^(٢).

وقد سبق بيان الخلاف في هذه المسألة وأن القول الصحيح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن المضاربة ليست مقصورة على الأعمال

(١) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٢٧.

(٢) المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية ص ٤٤.

التجارية، فله أن يضارب على كل ما من شأنه تثير المال وتنميته^(١).

٢ - أن المضارب إذا ضارب بمال المضاربة عند طرف ثالث فإنه لا يستحق شيئاً من الربح، كما نص على ذلك بعض الفقهاء لأنه لم يبذل جهداً في الربح، والمعهود في الاستثمارات المصرفية أن المصرف يقتصر دوره على مجرد الوساطة بين المودعين (المستثمرين) وجهات التوظيف، وعليه فإنه لا يستحق شيئاً من الربح^(٢).

والجواب عن ذلك: أن هذا الاعتراض مبني على قول ضعيف في المسألة، فإن المضارب إذا دفع المال إلى طرف ثالث ليضارب به فإن كان ذلك بإذن رب المال لفظاً أو عرفاً فإنه يستحق نصيبه من الربح، لأنه ساهم ببعض جهده^(٣).

٣ - **واعترض آخر:** وهو أن من شروط المضاربة أن يستقل العامل بالعمل، بينما في الاستثمارات المصرفية حيث يقوم المصرف بجمع الأموال ثم تشغيلها في الأنشطة المختلفة، فأحكام عقد المضاربة تمنع رب المال - (وهو المصرف) - من التدخل في أعمال المضارب (وهو جهة التوظيف) ومتابعته عن قرب وبصورة مباشرة.

ومن جانب آخر فإن العميل (المستثمر) بحاجة إلى متابعة البنك وإلى المشاركة في اتخاذ القرارات الاستثمارية، وهذا ما سمحت به كثير من الأنظمة المصرفية حيث تتيح للمستثمرين المشاركة في انتخاب أعضاء

(١) توهمت بعض الدراسات فذكرت أن الجمهور يقيدون المضاربة في مجال التجارة فحسب، وأن الحنابلة فقط هم الذين يجيزون المضاربة على غير التجارة، وهذا غير صحيح، وإنما الصورة التي انفرد الحنابلة بتجويزها هي فيما إذا ضارب رب المال صاحب الحرفة على حرفته، فالجمهور يحرمونها، والصحيح ما ذهب إليه الحنابلة، وقد تقدمت المسألة في المبحث السابق.

(٢) المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية ص ٤٤.

(٣) انظر: أقوال العلماء والترجيح في ص ٤١٣.

مجلس إدارة الصندوق أو المحفظة^(١).

والجواب عن ذلك: أن الصحيح من أقوال العلماء كما تقدم هو جواز مشاركة رب المال بالعمل مع المضارب، لأن هذا الشرط مبني على الرضى بين الطرفين وقد قال الله ﷻ ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا نَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾﴾ [النساء: ٢٩] وقد يكون في هذه المشاركة مصلحة لكلا العاقدين فيستفيد المضارب من خبرة رب المال ويستفيد رب المال من جهد المضارب وعمله.

(١) البنوك الإسلامية النظرية والتطبيق ص ٢٤٠، البنوك الإسلامية ما لها وما عليها ص ١٢٤.

المطلب الخامس

الآثار المترتبة على هذا التخريج

يترتب على صحة تخريج العلاقة بين المصرف والمستثمرين في شهادات الوحدة الاستثمارية عدد من الأمور المرتبطة بعقد المضاربة، من أهمها:

الفرع الأول: صحة العقد بهذه الصيغة بشروطه:

لأن العلاقة بين المصرف والمستثمرين في هذه الشهادات قائمة على أساس عقد المضاربة، وهو أحد العقود المشروعة. ولا فرق في هذا الحكم بين صناديق الاستثمار، والحسابات الاستثمارية.

وإذا تقرر صحة هذا العقد فإنه يجدر التنبيه إلى أمرين:

الأول: أنه يجب مراعاة شروط المضاربة السالف ذكرها، ولا سيما ما انعقد الإجماع على اعتباره، وهي أربعة شروط:

١ - أهلية العاقلين.

٢ - أن يكون رأس المال معلومًا.

٣ - أن يكون نصيب كل منهما من الربح معلومًا.

٤ - أن يكون نصيب كل منهما من الربح شائعًا.

وفيما عدا هذه الشروط الأربعة، حيث لا إجماع، وليس ثمة نصوص شرعية واضحة الدلالة على اعتبارها، وإنما هي اجتهادات بعض الفقهاء،

تعارضها اجتهادات غيرهم، فاعتبار المقاصد الشرعية يقتضي التيسير فيها خاصة في هذا العصر الذي أصبح الناس فيه يستركضون إلى ما يعلم تحريمه من الدين بالضرورة بله فيما اختلف فيه .

الثاني: أن صحة العلاقة بين البنك والمستثمرين لا يلزم منها جواز المشاركة في الخدمة الاستثمارية (الصندوق أو الحساب)، لأن ذلك مرتبط بأمر آخر وهو «كيفية توظيف المال» في الخدمة الاستثمارية نفسها، وهو الجانب الثاني من دور الوساطة الذي يقوم به البنك.

فغاية ما يفيد هذا التخريج هو جواز صيغة العلاقة الأولى أما كيفية توظيف الأموال فهذه لها أحكامها التفصيلية التي سيخصص لها الباب الرابع بمشيئة الله تعالى .

الفرع الثاني: مدى لزوم العقد للبنك أو للمستثمرين:

إذا ساهم المستثمر في إحدى الخدمات الاستثمارية، فهل يحق له أو للبنك فسخ العقد، وسحب الوديعة، أم يلزمه الاستمرار في ذلك؟ للإجابة على ذلك نشير إلى أقوال الأئمة في حكم عقد المضاربة، وهل هو عقد لازم أم جائز؟

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا اتفق الطرفان على الفسخ فلهما ذلك إذ الحق لا يعدوهما، ومثل ذلك ما لو كانت المضاربة مؤقتة، فإنها تنفسخ بانقضاء المدة.

أما لو رغب أحدهما في الفسخ قبل انتهاء المدة المقررة، أو كانت المضاربة مطلقة من غير تأقيت، فهل يلزم الآخر إلى إجابته؟

فرق الفقهاء في هذه المسألة بين حالين:

الحال الأول: إذا كان جميع المال ناصباً، وذلك بأن يطلب الفسخ قبل الشروع في العمل، أو بعد الشروع بعد أن يعود جميعه نقوداً.

الحال الثانية: ألا يكون جميع المال ناشئاً.

ففي الحال الأولى اتفق الفقهاء على أن العقد جائز لأي من طرفيه فسخه وإن لم يرض الطرف الآخر، لأنه تصرف في مال الغير بإذنه فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة والوكالة، ولأنه لا ضرر على واحد منهما بذلك^(١).

قال في بداية المجتهد: «أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض، وأن لكل منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض»^(٢).

وقد وقع بينهم خلاف يسير لا يؤثر، وهو: هل يشترط لصحة الفسخ إعلام الطرف الآخر أم لا؟

أما في الحال الثانية، وهي ما إذا شرع في العمل ولم ينض المال، فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية أن المضاربة عقد غير لازم على كل حال، سواء نض المال أم لم ينض.

قال في بدائع الصنائع: «وأما صفة هذا العقد، فهو عقد غير لازم، ولكل واحد منهما - أعني: رب المال والمضارب - الفسخ»^(٣).

واستدل لذلك في مغني المحتاج بأن: «القراض في ابتدائه وكالة وفي انتهائه إما شركة وإما جعالة، وكلها عقود جائزة»^(٤).

(١) المبسوط ٥٤/٢٢، الخرشي ٢٢٣/٦، المنتقى شرح الموطأ ٩٢/٧، الأم ٢٢٢/٨، حاشية قليوبي وعميره ٥٦٠/٣.

(٢) بداية المجتهد ٢٨٩/٢.

(٣) بدائع الصنائع ٧١/٨، وانظر: رد المحتار ٤٤٣/٨، درر الحكام ٤٥٤/٣.

(٤) مغني المحتاج ٤١٥/٣، وانظر: حاشية الجمل ٥٢١/٣، حاشية البجيرمي ١٥٤/٣، فتح العزيز ٧٣/١٢.

وفي المغني: «والمضاربة من العقود الجائزة تنفسح بفسخ أحدهما . . لأنه متصرف في مال غيره بإذنه فهو كالوكيل، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده»^(١).

وفي المحلى: «وأيهما أراد ترك العمل فله ذلك، ويجبر العامل على بيع السلع معجلاً خسر أو ربح، لأنه لا مدة في القراض»^(٢).

وبناءً على هذا القول: فإذا انفسخت المضاربة انعزل المضارب عن جميع الأعمال، فإذا اتفق الطرفان على كيفية معينة لتنضيض العروض فلهما ذلك، إما بيعها أو تقويمها.

لكن لو أن أحد العاقدين طلب البيع وأبى الآخر، فقد اختلف أصحاب هذا القول: هل يجبر المضارب على البيع والتنضيض، ويجبر رب المال على تمكينه من ذلك؟

أم أنه يفرق بين ما إذا كان في المضاربة ربح ظاهر فيمكن من البيع لأن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع، وإن لم يكن بها ربح ظاهر فلا يمكن من البيع لأنه لا حق للمضارب في المال، وقد رضيه مالكة عروضاً؟

على قولين لهم في المسألة.

القول الثاني: يرى المالكية ورواية عند الحنابلة أن عقد المضاربة يلزم بالشروع في العمل، وليس لأحدهما فسخه بعد ذلك.

قال في بداية المجتهد: «واختلفوا إذا شرع العامل فقال مالك: هو لازم، وهو عقد يورث، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين»^(٣).

(١) المغني ١٧٢/٧، وانظر: الفروع ٣٩١/٤، شرح المنتهى ٣٣٥/٢.

(٢) المحلى ٢٤٨/٨.

(٣) بداية المجتهد ٢٨٩/٢، شرح مياره ١٢٩/٢، المنتقى ٩٢/٧، الاستذكار ١٤٧/٢١، الخرشبي ٢٢٣/٦.

وفي القواعد الفقهية: «وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل في باب الشركة أن المضارب لا ينزل ما دام عرضاً بل يملك التصرف حتى ينض رأس المال وليس للمالك عزلة وإن هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل»^(١).

واستدل أصحاب هذا القول بأمرين:

الأول: أن القول بلزوم القراض فيه دفع للضرر الذي قد يلحق أحد الطرفين، فالعامل قد يخسر جهده من جراء الفسخ المفاجئ للعقد، ورب المال أيضاً قد يتضرر بفقدان تسمير ماله لو كان وضعه في مضاربة أخرى^(٢).

والثاني: القياس على الجعالة، فإنها تلزم بالشروع، قال في شرح مياره: «قال اللخمي: القراض جعالة فلا يلزم بالقبض، وكل واحد منهما قبل العمل بالخيار، فإذا عمل وشغل المال ارتفع الخيار، ولم يكن لصاحب المال أن يأخذه ولا للعامل أن يرده حتى ينض»^(٣).

وبناءً على هذا القول: إذا طلب رب المال فسخ المضاربة، والمال لم ينض بعد، ولم يرضى المضارب بذلك لزمه - أي المضارب - التوقف عن الشراء للمضاربة بما لديه من نقود واقتصار عمله على بيع العروض فقط، ولزم رب المال الانتظار حتى يمكن المضارب من بيعها في إبان سوقها، أي في الوقت الذي تنفق فيه، قال في المدونة: «أرأيت إن اشترى العامل بالمال سلعة، فنهيته عن العمل في القراض بعدما اشترى، وقلت له: اردد علي مالي أيكون لي أن أجبره على بيع ما بقي في يديه من السلع وأخذ الثمن في قول مالك؟

(١) القواعد الفقهية لابن رجب ص ١١١.

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٨٩.

(٣) الإلتقان والإحكام ٢/١٢٩، وانظر: المقدمات الممهدة ٣/١٩.

قال: ليس ذلك لك عند مالك، ولكن ينظر فيما في يديه من السلع، فإن رأى السلطان وجهه بيع آخر السلع حتى يرى وجهه بيع.

قلت: وما الذي تؤخر له السلع؟

قال: السلع لها أسواق تكرر إليه في إبان شرائها، وتحبس إليه إبان سوقها، فتباع في ذلك الإبان، بمنزلة الحبوب التي تشتري أيام الحصاد فيرفعها المشتري إلى إبان نفاقها.

ومثل الضحايا تشتري قبل أيام النحر، فيرفعها إلى أيام النحر رجاء نفاقها وما أشبهه^(١).

المناقشة والترحيح:

بالنظر في القولين المتقدمين نجد أن بينهما قدرًا كبيرًا من الاتفاق، فقد اتفق القولان على أن المضارب ينعزل عن الشراء للمضاربة بمجرد الفسخ من أحدهما.

وبالنسبة للبيع أيضًا اتفق القولان على أن العاقدين إذا رضيا بكيفية معينة لتصفية المضاربة عمل بها، لأن الحق لا يعدوهم، فلهما أن يتفقا على البيع وتنضيض العروض أو تقويمها وقسمة الربح، أو دفعها إلى رب المال ويعطى المضارب حقه من الربح نقدًا، أو حسبما يريانه.

لكن يظهر أثر الخلاف فيما إذا طلب أحدهما البيع وأبى الآخر، فنجد أن القول الثاني راعى دفع الضرر عن كلا العاقدين، فألزم المضارب بالبيع مطلقًا ظهر ربح أم لم يظهر، وألزم رب المال بالتربص حتى يتمكن المضارب من بيعها في إبان سوقها، أي وقت نفاقها.

أما على القول الأول فقد اختلفوا في ذلك كما تقدم، فمن قال: إن العامل يمكن من البيع والتنضيض - وهم الأحناف - فقد اقترب قولهم من

(١) المدونة ٣/٦٦٢.

القول الثاني جدًّا، إلا أنه لم يحدد مدة للانتظار بينما المالكية - أصحاب القول الثاني - رب المال بالانتظار حتى يبيعها المضارب في إبان سوقها. والذي يفهم من هذا القيد أنه متى ما كان على أحد الطرفين ضرر بتنضيض المال فإنه يلزم الطرف الآخر الانتظار حتى يزول هذا الضرر حتى ولو طالت المدة، وهذا القول - في نظري - هو الراجح: أن عقد المضاربة لازم لكلا الطرفين بعد الشروع في العمل، ويستمر لزومه عدا الحالات الآتية:

الأولى: أن ينض جميع المال، ففي هذه الحال ينزل المضارب عن البيع والشراء.

الثانية: أن يكون المال أو بعضه عروصًا وليس ثمة ضرر على الطرفين في إنهاء المضاربة (تنضيضها)، ففي هذه الحال ينزل المضارب عن الشراء دون البيع، بل يمكن من بيع السلع في إبان سوقها.

الثالثة: أن تكون المضاربة مؤقتة فتنتهي بانتهاء المدة المقررة.

وفيما عدا هذه الحالات يكون العقد لازمًا لكلا الطرفين، حتى ولو فسخه أحدهما وينفذ تصرف المضارب بيعًا وشراءً لأنه كما يتضرر بمنعه من البيع قد يتضرر بمنعه من الشراء، كما لو كانت المضاربة مشروعًا لم يكتمل بعد بناؤه فإذا لم يمكن من إتمامه اضطر إلى بيعه قبل تحقيق أي ربح، ومثل هذه الصورة يشملها كلام الإمام مالك يرحمه الله، فإن مقتضاه أنه إذا ترتب على أي من الطرفين ضرر في إنهاء المضاربة فإنها تبقى لازمة حتى يزول الضرر، وهذا القول هو المتوافق مع الأصل الشرعي وهو: أن الضرر يزال.

قال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

(١) أخرجه أحمد ١/٣١٣، وابن ماجه (كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره برقم ٢٣٣٢)، والدارقطني (في الأقضية ص ٥٢٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما وله =

وأما ما احتج به أصحاب القول الأول من القياس على الوديعة والوكالة فيجاب عنه بأن الوديعة لا يقصد منها الربح بخلاف المضاربة، وأما الوكالة فإنها إذا كانت بأجر فهي لازمة لأنها من قبيل الإجازات، وإن كانت بجعل فهي تلزم بالشروع أيضًا كالجعالة.

وتنزيلاً للأحكام السابقة على الاستثمارات المصرفية، فإن العميل إذا طلب قيمة وحداته الاستثمارية فلا يخلو الأمر:

١ - إما أن يكون البنك قد تعهد بالاستعداد لشراء الوحدة متى ما طلب العميل ذلك، كما في صناديق الاستثمار المفتوحة - فإنه يلزمه الوفاء بذلك، لأن لزوم العقد من حقه وقد رضي بإسقاطه.

٢ - وأما إذا لم يكن تعهد من البنك بإعادة الشراء، فإن كان الاستثمار مؤقتاً - مثل الحسابات الاستثمارية فإنه لا يحق للعميل فسخ العقد أو سحب وديعته قبل نهاية المدة ولو فسخه لم يفسخ ويبقى حق البنك في الشراء والبيع للمضاربة، وإنما منع الفقهاء المضارب من الشراء عند الفسخ في المضاربة المطلقة دفعاً لاستمرارها بلا نهاية أما إذا كانت مؤقتة فإن هذا المحذور قد زال، فللمستثمر بعد انقضاء المدة إنهاء المضاربة أو استئنافها.

٣ - أما إذا لم يكن الاستثمار مؤقتاً، ولم يتعهد البنك بإعادة الشراء - كما هو غالب صناديق الاستثمار المغلقة - فالعقد يبقى لازماً بعد الشروع في العمل حتى ينض الاستثمار، أو ينتفي الضرر عن البنك في دفع رأسمال العميل وأرباحه المستحقة خلال فترة الإيداع، وأرى أنه من الحالات التي ينتفي فيها الضرر عن البنك ما لو وجد مستثمر آخر

= شواهد من حديث أبي سعيد الخدري وعبادة بن الصامت وعائشة وأبي هريرة. انظر: جامع العلوم والحكم ص ٢٨٧، الحديث احتج به الإمام أحمد، وصححه ابن الصلاح والألباني، انظر: نصب الراية ٤/٣٨٤، سلسلة الأحاديث الصحيحة ١/٤٤٦.

مستعد لشراء حصة المستثمر الأول، فيلزم البنك الموافقة على إنهاء عقد المستثمر الأول.

وفي جميع الحالات السابقة متى ما اتفق الطرفان على كيفية معينة لإنهاء العقد فلهما ذلك سواء كان ذلك ببيع حصة المستثمر أو بتقديره بدلاً من بيعه أو بما يريانه، لكن يبقى النظر في مسألتين:

الأولى: لو طلب المستثمر بيع حصته وأبى البنك إلا بالتقدير، فظاهر كلام الفقهاء أنه يلزم بالبيع، لأن التقدير تخمين قد يخطئ وقد يصيب، وعلى هذا فليس للبنك أن يمنع العميل من بيع حصته عند انتهاء العقد بحجة أنه مستعد للشراء وهذا هو العدل فإن الواقع الآن أن البنك يشتري الوحدات الاستثمارية بسعر ويبيعها بسعر أعلى، ويستثنى من هذا المنع ما لو كان التعهد بالشراء من قبل البنك مشروطاً في أصل العقد، أي أن البنك شرط ألا يبيع المستثمر وحداته إلا على البنك، فيلزمه ذلك إذ المسلمون على شروطهم.

الثانية: لو كان الاستثمار مؤقتاً، أو مطلقاً قبل أن ينض، فطلب العميل حصته قبل موعد استحقاقها، فهل للبنك أن يخيره بين رفض طلبه، أو القبول بشرط أن يتنازل عن أرباحها؟
فالمسألة تحتاج إلى نظر.

والذي يظهر للباحث أنه إذا قبل البنك برد حصته فيلزمه أيضاً دفع الأرباح المستحقة خلال مدة بقائها، وذلك لأمرين:

الأول: أن البنوك عادة تحتفظ بجزء من الودائع كاحتياطي لمواجهة السحب المفاجئ، من قبل العملاء، فكما حرمتهم من أرباح بعض أموالهم فينبغي أن تمكنهم من أرباح الفترة التي بقيتها في البنك.

الثاني: أنه إذا كان البنك على استعداد لدفع رأس مال المستثمر فقد تبين انتفاء الضرر عنه في إنهاء العقد، فيتوجه أن يكون العقد غير لازم من جانبه.

وعلى هذا فليس للبنك إلا الامتناع إذا كان يلحقه ضرر بسحب المال، أو رده مع أرباحه.
والله أعلم بالصواب.

الفرع الثالث: ما يملكه المصرف من التصرفات وما لا يملكه:

بما أن المصرف وكيل عن المستثمرين في تنمية أموالهم وتهيئتها، فإنه يلزمه التقيد بالتصرف في حدود ما وقع عليه الاتفاق، فإذا كان الاستثمار مقيداً بالأسهم أو بالسندات، أو بأسهم شركات بعينها، أو بالعقارات، أو غير ذلك وجب عليه الالتزام بذلك، وإلا كان مخالفاً لمقتضى العقد.

وتنقسم تصرفات المضارب (البنك) في مال المضاربة إلى ثلاثة أقسام^(١):

- ١ - قسم يملكه المضارب بمقتضى العقد، دون الحاجة إلى تنضيف أو تفويض.
- ٢ - قسم لا يملكه إلا بالتفويض العام أو الإذن الخاص.
- ٣ - قسم لا يملكه مطلقاً ولو بالإذن.

وليس الهدف استقصاء أقوال الفقهاء واختلافهم في كل مسألة، فإن

(١) أشار إلى هذا التقسيم الكاساني في بدائع الصنائع إلا أنه جعلها أربعة بدلاً من ثلاثة، وهذا التقسيم متفق عليه بين الفقهاء إجمالاً، لكنهم اختلفوا في بعض تفاصيله: فمثلاً: الأقسام عند الأحناف والحنابلة أربعة، بإفراد التصرفات التي يملكها بالإذن الخاص في قسم مستقل عما يملكه بالتفويض العام، وعند المالكية والشافعية الأقسام ثلاثة لكن ليس عندهم قسم يملكه بالتفويض العام. وآثرت دمج القسمين الثاني والثالث في قسم واحد للتقريب بين وجهات نظر الفقهاء وسأشير إلى نقاط الاختلاف بينهم. انظر: بدائع الصنائع ٢٩/٨، حاشية الدسوقي ٥٢٤/٣.

هذا سيطول وليس من مقصود البحث، وإنما الهدف أخذ تصور كافٍ عن هذه الأقسام خاصة وأن هذه التصرفات أصبحت تحكمها شروط ولوائح مفصلة ودقيقة لا تدع مجالاً للاجتهاد.

والذي ينبغي التنبيه إليه أن هذه التصرفات تحكمها الأعراف والعادات التجارية، فما تعارف التجار على أنه يندرج ضمن أعمال المضاربة فللمضارب عمله دون الحاجة إلى إذن أو تفويض رب المال، وقد كانت اجتهادات فقهاءنا رحمهم الله مبنية على عرفهم، أما وقد تغير العرف، وتواضع التجار على عادات، وتركوا عادات فأرى أنه من التكلف بمكان أن نحتكم في تصرفات تجار هذا العصر إلى ما كان التجار يعتادونه في العصور السالفة، لا سيما وأن كثيراً من اختلاف الفقهاء في هذا الباب مرده إلى اختلاف العرف عند كل إمام، وأضرب لذلك مثلاً واحداً يتبين به المقصود، فقد أجاز متقدموا الأحناف أن يستأجر المضارب أرضاً بيضاء ليزرعها أو يغرستها، إلا أنه قال في حاشية قرّة عيون الأخيار تعليقاً على قول الشارح: «فلو استأجر أرضاً بيضاء ليزرعها أو يغرستها جاز».

قال: «كان هذا في عرفهم أنه من صنيع التجار، وفي عرفنا أنه ليس هو من صنيعهم فينبغي أن لا يملكه»^(١).

ويؤيد ذلك القواعد الشرعية المقررة في العمل بالعرف مثل قاعدة: «العادة محكمة» و«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» و«المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»^(٢).

ومن نافلة القول أن مجال العمل بالعرف هو ما لم يخالف نصاً شرعياً أو شرطاً منصوصاً عليه في العقد.

(١) حاشية قرّة عيون الأخيار ٣٨٦/١٢.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٢، شرح القواعد الفقهية. أحمد الزرقا ص ٢٣٩، ٢٣٧.

وفيما يلي إلماحة عن هذه الأقسام وما يندرج تحت كل منها من التصرفات:

المسألة الأولى: التصرفات التي يملكها المضارب بمطلق العقد:

يملك المضارب بمطلق العقد جميع التصرفات التي تعد من ضرورات التجارة أو توابعها مما جرت به عادة التجار. وقد فصل صاحب بدائع الصنائع^(١) الأعمال التي تدخل ضمن هذا القسم تفصيلاً دقيقاً وشاملاً إلا أن منها ما اتفق الفقهاء على أنه من صميم العقد فلا تحتاج إلى إذن أو تفويض، ومنها ما اختلفوا فيه هل هو كذلك، أم لا بد من إذن أو تفويض؟

فمن الأعمال التي اتفقوا على دخولها بمقتضى العقد:

- البيع والشراء بنقد البلد، وبثمن المثل، ويتسامح في الغبن اليسير مما لا يمكن التحرز منه.
- بيع وشراء سلع التجارة بعرض، إلا إذا خشي الكساد.
- شراء المعيب ورده إذا رأى في ذلك مصلحة.
- استئجار الأماكن والبيوت لحفظ مال المضاربة، واستئجار السفن والدواب للحمل، ونحو ذلك من وسائل النقل.
- استئجار من يساعده في أعمال المضاربة كالحراسة والكيل والحفظ ونحو ذلك من الأعمال التي لا يستطيع القيام بها وحده، وجرت العادة أن لا يتولاها المضارب بنفسه.

ومن الأعمال التي اختلفوا فيها: هل يكفي مجرد العقد أم لا بد من إذن أو تفويض:

- البيع والشراء بغير نقد البلد.

(١) بدائع الصنائع ٢٩/٨ - ٣٥.

- البيع بالغبن الفاحش مما لم تجر عادة التجار بالتسامح فيه .
- توكيله لغيره بالبيع والشراء .
- البيع نسيئة أو الشراء بها إذا كان معه من مال المضاربة ما يفي بالثمن فإن لم يكن معه ما يفي بالثمن فليس من هذا القسم قولاً واحداً .
- الإيضاع بمال المضاربة بأن يدفعه لمن يعمل به تبرعاً بدون أجر .
- الرهن عليه بدين من مال المضاربة، وارتهانه له .
- إيداعه بعض أموال المضاربة عند غيره .
- السفر بمال المضاربة إذا كانت المصلحة تقتضي ذلك وفي حدود ما تعارف عليه التجار .
- الإحالة على مدين للمضاربة، والاحتيال عليه^(١) .

ويلحظ في جميع هذه التصرفات أن أوسع المذاهب فيها المذهب الحنفي والحنبلي^(٢) حيث جَوَّزا للمضارب جميع هذه الأعمال دون الحاجة إلى إذن أو تفويض ما عدا البيع بالغبن الفاحش فلم يجوزه سوى الإمام أبي حنيفة وخالفه الصحابان .

أما المذهبان المالكي والشافعي فيشترطان لهذه الأعمال الإذن

(١) ينظر في تفاصيل هذه التصرفات: بدائع الصنائع ٢٩/٨، المبسوط ٣٨/٢٢، الدر المختار ٢٣٤/٨، البحر الرائق ٧/٢٦٤ .

وللفقه المالكي: المدونة ٣/٦٣٥، البهجة شرح التحفة ص ٣٦٢، المنتقى شرح الموطأ ٧/٧١، شرح منح الجليل ٣/٦٧٢، الخرشبي ٦/٢١٠ .
وللفقه الشافعي: روضة الطالبين ٥/١٢٧، مغني المحتاج ٣/٤٠٨، نهاية المحتاج ٥/٢٣٢، الوجيز ١٢/٤٩، ٣٢ وللفقه الحنبلي: المغني ٧/١٤٧، شرح المنتهى ٢/٣٢٣، كشاف القناع ٥/١٧٣، تصحيح الفروع ٤/٣٨٢ .

(٢) ويلاحظ أن في المذهب الحنبلي في جميع هذه التصرفات روايتان: اشتراط التفويض أو الإذن وعدمه إلا أن المعتمد في المذهب هو عدم الاشتراط .

الخاص من رب المال، ومنشأ اختلافهم أن هذه التصرفات هل يقتضيها
- عرفاً - عقد المضاربة أم لا؟
فمن رأى ذلك اعتبر مجرد العقد كافيًا للإذن، ومن لم يره اشترط
الإذن الخاص لصحة التصرف.
فظهر أن المرجع في هذه التصرفات هو العرف.

المسألة الثانية: التصرفات التي لا يملكها إلا بالتفويض العام أو الإذن الخاص:

يقصد بالتفويض العام أن يقول له: اعمل فيها برأيك، أو ما بدا
لك، أو بما شئت ونحو ذلك.
والإذن الخاص: أن يأذن له نصًا بخصوص ذلك التصرف.
وضابط التصرفات التي تندرج تحت هذا القسم: أنها أعمال لا
يقتضيها مطلق العقد ولم يتعارف التجار على دخولها ضمن أعمال
المضاربة، وبعضها يترتب عليه التزامات مالية، ولأنها - أي الالتزامات -
تعود على المالك فلذا احتاجت إلى إذن خاص بها، حتى لا يُضمَّن
المالك دون رضاه.

والأحناف والحنابلة يقسمون هذه التصرفات إلى قسمين:

- قسم لا بد فيه من الإذن الخاص.
- وقسم يكفي فيه التفويض العام، فهو في درجة متوسطة بين ما يحتاج
إلى إذن خاص وما يكفي فيه مجرد العقد.

والمالكية والشافعية ليس عندهم شيء من الأعمال يثبت بالتفويض
العام، فما لا يقتضيه مطلق العقد لا بد فيه من إذن خاص.

فمن الأعمال التي يملكها المضارب بالتفويض العام:

١ - خلط مال المضاربة بغيره.

وذلك بأن يخلطه بمال نفسه أو بمال مضاربة أخرى، ويتجر بالمالين جميعًا.

قال في بدائع الصنائع: «وكذا له أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه لأنه فوّض الرأي إليه، وقد رأى الخلط»^(١).

وفي المغني: «وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله، فإن فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة، فهو كالوديعة، فإن قال له: اعمل برأيك جاز له ذلك»^(٢).

وخالف في ذلك المالكية والشافعية، أما المالكية فجوزوا للمضارب الخلط ولو بلا تفويض أو إذن إذا استطاع أن يتجر بالمالين معاً بشرط ألا يكون مشروطاً في العقد، بل إنهم جعلوا ذلك هو الأولى في بعض الحالات إذا كان يخشى بتقديم الاتجار بأحد المالين رخصاً في البيع أو غلاءً في الشراء.

قال في الشرح الكبير: «وجاز للعامل خلطه من غير شرط وإلا فسد، وإن كان الخلط بماله.. وهو الصواب إن خاف بتقديم أحدهما رخصاً.. ومثل الرخص أي في البيع الغلاء في الشراء»^(٣).

والشافعية لم يجيزوا ذلك إلا بإذن رب المال، لأن الخلط ليس من أعمال التجارة فلا يتناوله مطلق العقد^(٤).

والمتعين من ذلك كله أن نرجع إلى العرف، فإذا كان من عادة التجار الخلط فلا يحتاج المضارب إلى إذن أو تفويض.

وواقع الاستثمارات المصرفية الآن أن البنك يخلط أموال المستثمرين بعضها ببعض، وبأمواله الخاصة، وبغيرها من أموال المودعين في

(١) بدائع الصنائع ٣٢/٨، وانظر: فتح القدير ٤٢٢/٧، رد المحتار ٤٣٥/٨، حاشية سعدي جليبي ٤٢٢/٧.

(٢) المغني ٥٨/٧، وانظر: الفروع ٣٨٣/٤، كشف القناع ١٧٤٥/٥.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٥٢٣/٣، وانظر: بلغة السالك ٢٤٩/٢، بداية المجتهد ٢٩٢/٢.

(٤) نهاية المحتاج ٢٣٥/٥، أسنى المطالب ٣٩٢/٢، شرح البهجة ٢٩٩/٣، تحفة المحتاج ٩٧/٦.

الحسابات الجارية، وأصبح هذا الأمر متعارفًا عليه، بل وتقره الأنظمة واللوائح، فلا يحتاج البنك معه إلى إذن خاص بذلك.

٢ - شركته بمال المضاربة:

فللمضارب إذا فوضه رب المال أن يشارك مع غيره شركة عنان، فيساهم بما معه من أموال المضاربة في الشركة، ويساهم الطرف الآخر بمالٍ من عنده، ويعملان بهذين المالين. وهذا هو مذهب الأحناف والحنابلة.

وخالف في ذلك المالكية والشافعية فشرطوا الإذن من رب المال. وعليه: فإنه يجوز للبنك أن يشتري بأموال المستثمرين أسهمًا في شركات مساهمة، لأن تفويضهم البنك باستثمار أموالهم فيما يراه أصلح للمال كافٍ لذلك.

٣ - مضاربتة بمال المضاربة:

وذلك بأن يدفع مال المضاربة إلى غيره مضاربةً. فقد ذهب الأحناف والحنابلة إلى جواز ذلك إذا قال له رب المال: اعمل برأيك.

ومنع من ذلك المالكية والشافعية إلا بإذن رب المال، لأن رب المال قد رضي أمانة وخبرة العامل فليس له أن يدفع المال إلى غيره^(١).

هذا الخلاف كان في السابق، أما الآن فمن مسلمات الاستثمارات المصرفية أن المصرف لا يباشر الاستثمار بنفسه، وإنما يقتصر دوره على الوساطة بين المستثمرين وجهات الاستثمار، بل إن القوانين والأنظمة تمنع المصارف من مباشرتها الاستثمار بنفسها - كما تقدم - فليس له أن يمتلك

(١) بدائع الصنائع ٤٥/٨، المغني ١٥٨/٧، حاشية الدسوقي ٥٢٦/٣.

المنقولات أو العقارات لغرض التجارة، أو يستثمر في تجارة الجملة أو التجزئة، ونحو ذلك، فالإذن بدفع المال مضاربة إلى غيره متواضع عليه عرفاً، فلا يحتاج إلى إذن خاص أو تفويض.

فهذه أهم الأعمال التي يكفي فيها التفويض العام.

وأما الأعمال التي لا يملكها العامل إلا بالإذن الخاص:

فقد سبق شيء منها في القسمين السابقين (ما يملكه بمطلق العقد، أو بالتفويض) فيما ذهب إليه المالكية والشافعية، ويضاف إليها أيضاً:

١ - الاستدانة على مال المضاربة:

فقد ذهب عامة الفقهاء إلى أنه ليس للعامل أن يقترض على المضاربة، أو يشتري لها بأكثر من رأس المال، وعلل لذلك في بدائع الصنائع بأن: «الاستدانة إثبات زيادة في رأس المال من غير رضى رب المال، بل فيه إثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه، لأن ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك قبل التسليم فإن المضارب يرجع إلى رب المال بمثله، فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز^(١)».

ومن الاستدانة أن يشتري المضارب شيئاً بثمن ليس في يده من جنسه كما لو كان رأس المال عروضاً يساوي ألف ريال، ثم اشترى شيئاً بمائة ريال لم يجز على المضاربة إلا بإذن رب المال^(٢).

(١) فتح القدير ٧/٤٢٢، مختصر القدوري ص ١١٣، تنوير الأبصار ٨/٤٣٥، المغني ٧/١٥٨، مغني المحتاج ٣/٤٠٦، فتح العزيز ١٢/٤١، الفروع ٤/٣٨٣، الخرشبي ٦/٢١٤.

(٢) بدائع الصنائع ٨/٣٥، حاشية الدسوقي ٣/٥٢٨، مغني المحتاج ٣/٤١٠، المغني ٧/١٥٥.

ولم يخالف في هذه المسألة سوى الحنابلة في قولٍ عندهم، قال في الفروع: «ولا يملك دفعه مضاربة... ولا الاستدانة عليه، في المنصوص، بأن يشتري بأكثر من المال، وكذا بثمن ليس معه من جنسه، وجوزه الشيخ^(١)، كشرائه بفضة ومعه ذهب أو عكسه.. فإن قال: اعمل برأيك، ورأى مصلحة، جاز الكل»^(٢).

وتشديد الفقهاء في هذه المسألة يتماشى مع ما عليه النظم المصرفية الحديثة، حيث تضع سقوفاً معينة للاستدانة لا يحق للبنك أو لإدارة الصندوق تجاوزها وتعتبر استدانة البنك في حدود المسموح به نظاماً في حكم المأذون له فيه، لأن إعلان هذه الأحكام أمام الجمهور يكفي في اعتبار إذنهم به.

فإذا استدان البنك بأكثر من الحد المسموح به، فإن ضمان هذه الديون في ماله الخاص لأنه متعدي بذلك، كما لو استدان المضارب أو اشترى بأكثر من رأس المال بغير إذن صاحبه.

قال في المغني: «وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال لأن الإذن ما تناول أكثر منه، فإن كان رأس المال ألفاً، فاشترى عبداً ثم اشترى عبداً آخر بعين الألف فالشراء فاسد... وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبء له، لأنه اشترى في ذمته لغيره ما لم يأذن له في شرائه فوقع له»^(٣).

٢ - التبرع بمال المضاربة:

فليس للمضارب - باتفاق الفقهاء - أن يتبرع بشيء من مال المضاربة دون إذن صاحبه، سواء كان ذلك على وجه الصدقة أم الهبة أم الهدية أم

(١) بدائع الصنائع ٣٥/٧.

(٢) يقصد بالشيخ: موفق الدين بن قدامة المقدسي.

(٣) الفروع ٣٨٣/٤، وانظر: الإنصاف ٣٧/١٤.

غيرها، ومثل ذلك: الإقراض والعارية فإنهما تبرع في الحال. والعلة في ذلك أن في هذه الأعمال إضراراً برب المال، ولا تدخل في أعمال التجارة^(١).

وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يكن في التبرع مصلحة تجارية، أو كان كثيراً، فإن كان فيه مصلحة، أو كان قليلاً وجرت عادة التجار على التسامح فيه فالأولى تجويزه.

قال في الفروع: «نقل حنبل^(٢): يتبرع - أي المضارب - ببعض الثمن لمصلحة»^(٣).

وفي حاشية الدسوقي: «وأما هبة القليل كدفع لقمة لسائل ونحوها فجاز»^(٤).

المسألة الثالثة: التصرفات التي لا يملكها المضارب ولو بالإذن:

ويدخل في هذا القسم كل التصرفات التي جاء الشرع بتحريمها.

فليس للمضارب أن يستثمر المال بالربا، أو القمار، أو المتاجرة بالخمور أو المخدرات أو الميتة أو الخنزير وسائر البيوع المحرمة، بإذن من رب المال أو بغير إذن.

قال في بدائع الصنائع: «وأما القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله أصلاً ورأساً ف شراء ما لا يملك بالقبض، وما لا يجوز بيعه فيه إذا قبضه، أما الأول فنحو شراء الميتة، والدم، والخمر، والخنزير. . فإن اشترى شيئاً

(١) المغني ١٥٥/٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣٩/٧، الخرشي ٢٢٦/٦، روضة الطالبين ١٣٥/٥، الشرح الكبير على المقنع ١٩/١٤، شرح المنتهى ٣٢٣/٢.

(٣) الفروع ٣٨٣/٤.

(٤) حاشية الدسوقي ٥٣٨/٣.

من ذلك كان مشترياً لنفسه لا للمضاربة، فإن دفع فيه شيئاً من مال المضاربة يضمن^(١).

وقال ابن قدامة رحمته الله: «وليس له أن يشتري خمراً ولا خنزيراً سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً، فإن فعل فعله الضمان»^(٢).

الفرع الرابع: مسؤولية الضمان:

تحتل قضية الضمان في الاستثمارات المصرفية أهمية كبيرة نظراً للمحاولات المتكررة بين الفينة والأخرى من قبل بعض الباحثين المعاصرين في إلزام المصارف الإسلامية بضمان الأموال المستثمرة، رغبة منهم في مجارة المصارف التقليدية التي لا تقتصر على مجرد ضمان رأس المال، بل وتضمن العوائد (الفوائد) أيضاً.

والقضية في نظري محسومة منذ عهد النبوة، وليست بنازلة تسترعي هذا الكم من الاجتهاد والتكلف، ولقد قال علماؤنا المعتبرون كلمتهم، ولا مجال للتشغيب في هذه القضية.

بل وإني أقول - وبملاء فمي -: إن سر تميز المصارف الإسلامية هو في هذه القضية ولا غير، فهي الفيصل الحاكم، والفارق الحقيقي بين واقع الاستثمارات في المصارف الإسلامية وما هي عليه في المصارف التقليدية، وينبغي ألا تستجرنا ضغوط الواقع إلى مجاوزة الأصول الشرعية المحكمة في هذا الشأن، والتي أجمعت عليها الأمة جيلاً بعد جيل.

فنقول وبالله التوفيق: اتفق الفقهاء على أن المضارب أمين على ما بيده من أموال المضاربة، فلا ضمان عليه إلا بالتعدي أو التفريط، شأنه في ذلك شأن سائر الأمناء كالوكيل والوديع ونحوهم.

(١) بدائع الصنائع ٥٠/٨.

(٢) المغني ١٥٨/٧.

والتعدي: أن يفعل في المال ما لا يجوز له فعله.

والتفريط: أن يترك ما يجب عليه فعله.

وقد تضافرت نصوص الأئمة في بيان هذه القضية وإيضاحها بما لا يدع مجالاً للشك، أو للبس^(١).

كما تضافرت أقوالهم على أنه لو شرط الضمان في العقد فإن الشرط فاسد بالاتفاق.

قال علي رضي الله عنه: «من قاسم الربح فلا ضمان عليه».

وروي ذلك أيضاً عن الحسن وطاووس وعطاء وقتادة^(٢).

وعن الحسن أنه سئل عن رجل يدفع إلى رجل مالا مضاربة وضمنه إياه، قال: «الربح بينهما ولا يلتفت إلى ضمانه»^(٣).

وعن عطاء في الرجل يدفع إلى رجل مالا مضاربة أنه ضامن، قال: «ليس بضامن»^(٤).

وقال مالك رضي الله عنه: «وجه القراض المعروف الجائز أن يأخذ الرجل

(١) انظر: المبسوط ١٩/٢٢، بدائع الصنائع ٢٦/٨، تبيين الحقائق ٥٣/٥، المدونة ٣/٦٤٧، القوانين الفقهية ص ٢١١، جواهر الإكليل ١٧٢/٢، روضة الطالبين ١٣٨/٥، مغني المحتاج ٤١٨/٣ كشف القناع ١٧٣٦/٥، شرح المنتهى ٣٣٧/٢، نيل المآرب ٢٠٠/٣.

(٢)(٣)(٤) المصنف لابن أبي شيبة ١٦٩/٥، ٣١٨، وأما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضمن أنساً أربعة آلاف كانت معه مضاربة، فهو محمول على أنه فرط في حفظها، ولذا جاء في الرواية الأخرى أنه سأله: ذهب لك معها شيء؟ قال: لا، قال: فضمنني، يؤيده القصة المشهورة عنه رضي الله عنه التي أخرجها مالك في الموطأ عندما أعطى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه عبد الله وعبيد الله ابني عمر نفلًا، فإنه وافقهم أن المال الذي أخذاه على سبيل القرض لأنهما ضمناه ولو كان قراضًا لما ضمناه، وإنما قاسمهما الربح لأن أبا موسى نفلها دون بقية المسلمين.

انظر: الموطأ (كتاب القراض باب ما جاء في القراض ٦٥/٧) والمصنف لابن أبي شيبة ١٦٩/٥.

المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه» قال شارحه: «ولا يكون عليه - أي العامل - الضمان وإنما هو من ضمان رب المال ولا خلاف في ذلك، فإن شرط الضمان على العامل فالعقد فاسد»^(١).

وفي الشرح الكبير: «إذا شرط فيه - أي القراض - على العامل ضمان رأس المال إن تلف بلا تفريط، أو أنه غير مصدق في تلفه فقراض فاسد لأنه ليس من سنة القراض»^(٢).

وفي المهذب: «والعامل أمين فيما في يده، فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع»^(٣).

وذكر ابن قدامة من الشروط الفاسدة في المضاربة أن «يشترط على المضارب ضمان المال أو سهمًا من الوضعية»^(٤).

ومستند إجماع العلماء على هذا الحكم عدة أمور منها:

١ - أنه قبض المال، وله التصرف فيه بإذن مالكه على وجه لا يختص به، فلا ضمان عليه، كالوديعة والوكيل وسائر الأمانة.

قال في شرح المنتهى: «والعامل أمين لأنه يتصرف في المال بإذن ربه، ولا يختص بنفعه، أشبه الوكيل»^(٥).

وفي تحفة الفقهاء: «إذا دفع المال إلى المضارب فهو أمانة في يده في حكم الوديعة، لأنه قبضه بأمر المالك لا على طريق البدل والوثيقة، فإذا اشترى به فهو وكالة، لأنه تصرف في مال الغير بإذنه، فإذا ربح صار

(١) المنتقى شرح الموطأ ٧/٧١.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٥٢٠.

(٣) المهذب ١٤/٣٨٣.

(٤) المغني ٧/١٧٩.

(٥) شرح المنتهى ٢/٢٣٧.

شركة لأنه ملك جزءاً من المال بشرط العمل»^(١).
وقال ابن القيم رحمه الله تعالى: «المضارب أمين وأجير ووكيل
وشريك.

فأمين إذا قبض المال، ووكيل إذا تصرف فيه، وأجير فيما يباشره
بنفسه من العمل، وشريك إذا ظهر فيه الربح»^(٢).
فقياس عقد المضاربة على هذه العقود يقتضي ألا يضمن المضارب
إلا بالتعدي أو التفريط شأنه شأن سائر الأمان.

٢ - القياس على المساقاة والمزارعة، فلو تلف شيء من الشجر أو
هلك شيء من الأرض بغرق أو نحوه، لم يكن على العامل شيء.
قال ابن قدامة رحمته الله: «والوضيعة في المضاربة على المال خاصة،
ليس على العامل منها شيء، لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال،
وهو مختص بملك ربه، لا شيء للعامل فيه، فيكون نقصه من ماله دون
غيره، وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء، فأشبه المساقاة والمزارعة،
فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر، وإن
تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغرق أو غيره لم يكن على العامل
شيء»^(٣).

٣ - ولأنه إذا كان مضموناً على العامل خرج العقد عن مقصوده
ومقتضاه فأصبح ديناً في ذمته، فحقيقته قرض لا قراض، فإذا كان رب
المال شرط نصيباً له في الربح فهو ربا لأنه قرض جر منفعة.
ولهذا قال عكرمة وقتادة رحمهم الله: «كل شرط في المضاربة فهو
ربا»^(٤).

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢١/٣.

(٢) زاد المعاد في هدي خير العباد ١٦١/١.

(٣) المغني ١٤٥/٧.

(٤) المصنف لابن أبي شيبة ٣١٨/٥.

ولأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، فرب المال يستحق حصته من الربح دون أن يدخل شيء في ضمانه، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن^(١).

إذا تبين ذلك فإنه لا يصح أن يلتزم المصرف في عقد الاستثمار بضمان المال، أو سهمًا من الخسارة، لأنه إذا التزم به ابتداءً فهو كالمشروط عليه شرطًا.

ولا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط.

وصور التعدي والتفريط كثيرة، فمن التعدي: أن يلتزم باجتناح سلعة معينة - كأسهم شركات الخمور والمصارف ونحو ذلك - ثم يتاجر فيها، أو يلتزم بعدم التعامل مع مؤسسات أو جهات معينة ثم يتعامل معها، أو ينشر قوائم مالية غير صحيحة، أو يخاطر بأموال المستثمرين في أسواق المضاربات المالية^(٢).

ومن التفريط: أن يكتفم معلومات مالية عن المستثمرين كان يجب عليه أن يظهرها، أو يهمل حفظ الأموال، أو متابعة الموظفين، ونحو ذلك.

وتتوافق الأنظمة والتعليمات المنظمة لصناديق الاستثمار في هذا الصدد مع ما هو مقرر شرعًا، فقد اعتبرت التزام المدير في إدارته للاستثمار وحمائته لمصالح المستثمرين التزامًا ببذل عناية وليس التزامًا بتحقيق نتيجة، حيث إن المدير يلتزم بتكوين وإدارة حافظة أوراق مالية لحساب الصندوق وفقًا لمبدأ توزيع المخاطر لتحقيق عائد آمن وممتز و مستقر، أما تحقيق النتيجة فلكونها مرتبطة باعتبارات خارجية كالحالة

(١) تقدم تخريجه ص ١٥٣.

(٢) تقدم معنا في التمهيد المراد بالمضاربات المالية، وانظر: ص ٦١.

الاقتصادية، وعوامل العرض والطلب وغيرها، فإنها لا تدخل ضمن مسؤولياته^(١).

لكن ما يجدر التنبيه عليه أن مسؤولية البنك، وضوابط التفريط والتعدي في أعماله الاستثمارية - وفقاً للاتجاهات الحديثة في المسؤولية المصرفية - تخضع ضمن دائرة «مسؤولية المحترفين»، وهذا الوصف يشدد عليه في التزاماته، وفي معيار مساءلته لأسباب أهمها أنه كمحترف يكون أدائه لعمله «جماعياً» و«متخصصاً»، ويكون بذلك مستعداً استعداداً خاصاً لتقديم خدمات لا تتوقع عادة من غير المحترف، فينبغي ألا يتساوى في معيار «التفريط» و«التعدي» مع غيره من الأشخاص أو المؤسسات غير المحترفين^(٢).

وهذا الاتجاه - مع كونه معمولاً به قانونياً - فإنه معتبر شرعاً، لأن المرجع في تحديد التفريط والتعدي في الشريعة الإسلامية هو العرف، وذلك يختلف باختلاف الأحوال والأزمان والأمكنة والأشخاص. قال في القواعد والأصول الجامعة: «إن جميع الأحكام يحتاج كل واحد منها إلى أمرين:

الأول: معرفة حده وتفسيره.

الثاني: بعد هذا يحكم عليها بأحد الأحكام الخمسة...

فإذا حكم عليه الشارع ولم يحدّها، فإنه حكم على العباد بما يعرفونه ويعتادونه...، ومن ذلك أن الأمين لا يضمن ما تلف عنده إلا بتعد أو تفريط، والتعدي والتفريط مرجعه إلى العرف، فما عده الناس تعدياً أو تفريطاً علق به الحكم^(٣).

(١) ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية، د. زينب السيد سلامة. مرجع سابق ص ١٠٤.

(٢) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٢٢.

(٣) القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، لابن سعدي ص ٤٣.

المبحث الثالث

تخريج شهادات الوحدة الإستثمارية على عقد الوكالة:

توطئة:

طرح عدد من الباحثين اقتراحاً عن عقد المضاربة لتخريج العلاقة بين البنك والمستثمرين في شهادات الوحدة الاستثمارية، وذلك على أساس أن تصور العلاقة بين الطرفين باعتبار البنك «وكيلاً» لا «مضارباً». والهدف من هذا التخريج - كما ذكره عدد من الباحثين - هو استبعاد الشروط المقيدة لعقد المضاربة.

وفي ذلك يقول أحد الباحثين - مبيناً سبب اللجوء إلى هذا التخريج -: «إن تطبيق أحكام عقد المضاربة على علاقة المودع بالبنك في حالة الوديعة العامة يصطدم بعدة اعتبارات» - ثم ذكر بعض الاعتراضات التي سبق مناقشتها في المبحث الأول - ثم قال: «كما طرحت بدائل لعقد المضاربة: أهمها عقد الوكالة، إذ يعتبر البنك بمثابة الوكيل عن المودع في استثمار أمواله... والميزة الرئيسة لصيغة الوكالة هي جواز أن يكون أجر الوكيل بدلاً من نسبة من الأرباح كما في حالة المضاربة مبلغاً مقطوعاً أو نسبة من مبلغ الوديعة ذاتها، وهذا مما يسهل حساب الدخل في البنك الإسلامي ويفصله عن نتيجة السلة الاستثمارية ويمكن معه معرفة الأجر مقدماً في كل فترة حسابية دون حاجة للدخول في تقديرات»^(١).

(١) البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم. ص ١١٩.

المطلب الأول

التعريف بعقد الوكالة ومشروعيته

وفيه فرعان:

الفرع الأول: التعريف بعقد الوكالة:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التعريف اللغوي:

والوَكَالَة - بفتح الواو وكسرهما -: اسم مصدر من التوكيل .

وتأتي في اللغة لعدة معان، منها:

- ١ - التفويض: يقال: وكل إليه الأمر، أي فوضه فيه .
 - ٢ - الكفالة: ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾ [آل عمران: ١٧٣].
 - ٣ - القيام بأمر الغير: ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ﴾ [الأنعام: ١٠٧]، قال في مفردات القرآن: «أي بموكل عليهم وحافظ لهم»^(١).
 - ٤ - الاعتماد: ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ﴾ [الطلاق: ٣]^(٢).
- قال في مفردات القرآن: «التوكل يقال على وجهين: يقال: توكلت

(١) مفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصفهاني ص ٨٨٢.

(٢) لسان العرب ٧٣٥/١١، القاموس المحيط ص ١٣٨٠، المنجد ص ٩١٦، المصباح المنير ص ٢٥٧.

لفلان بمعنى توليت له، ويقال: وكلته فتوكل لي، وتوكلت عليه بمعنى اعتمده»^(١).

ومن الوكالة اشتق الوكيل، وهو إما أن يكون بمعنى مفعول لأنه موكول إليه، أو بمعنى فاعل إذا كان بمعنى الحافظ^(٢).

المسألة الثانية: تعريف الوكالة في اصطلاح الفقهاء:

عرف الفقهاء عقد الوكالة بتعريفات متعددة، وقد اتفقت جميع هذه التعاريف على أن الوكالة: «إنبابة الغير في التصرف»، إلا أنهم اختلفوا في الحد الذي يبين هذه النيابة على وجه الشمول والدقة:

فعرفها الحنفية بأنها: «إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم»^(٣).

فخرج بذلك الوكالة بعمل محرم أو مجهول.

واشتهر عند المالكية تعريف شابه نوع من الغموض لكثرة قيوده، وهو: «نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته»^(٤).

فخرج بهذا التعريف النيابة في الإمارة وفي العبادات والإيصاء، فليست من الوكالة.

وعرفها الشافعية: «تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة»^(٥).

(١) مفردات ألفاظ القرآن ص ٨٨٢.

(٢) المصباح المنير ص ٢٥٧.

(٣) رد المحتار ٢٤١/٨، وانظر: كنز الدقائق ٢٥٤/٤، مرشد الحيران ص ٢٤٤، تحفة الفقهاء ٢٢٧/٣.

(٤) وهو تعريف ابن عرفة، انظر: (الحدود له ص ٤٥٧ مع شرح الرصاع) الخرشبي ٦/٦٨، الشرح الصغير ١٨١/٢، جواهر الإكليل ١٢٥/٢.

(٥) نهاية المحتاج ١٥/٥، وانظر: (شرح المنهج للأنصاري ٣/٤٠٠ - مع حاشية الجمل) =

فخرج بذلك التصرفات التي لا تقبل النيابة كالصلاة، والإيضاء لأنه نيابة بعد الموت.

وعرفها الحنابلة: «استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة»^(١).
وزاد في غاية المنتهى قيماً وهو: «أن تكون في الحياة»^(٢)، ليخرج بذلك الإيضاء.

فهذه أشهر تعريفات الفقهاء، وبالتأمل منها نجد بينها قدراً كبيراً من التقارب وإنما تتفاوت في إدراج بعض القيود ضمن التعريف أو إهمالها. ومن الممكن أن يصاغ تعريف شامل فيقال: «الوكالة: تفويض جائز التصرف مثله في الحياة، في تصرف معلوم قابل للنيابة». فهذا التعريف جامع مانع، وليس فيه الغموض الذي شاب بعض هذه التعاريف.

الفرع الثاني: مشروعية عقد الوكالة:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم الوكالة من حيث الأصل:

الوكالة جائزة، وقد دل على جوازها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

١ - فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾ [الكهف: ١٩].

= أسنى المطالب ٢/٢٦٠، حاشية قليوبي وعميره ٢/٤٢٢.

(١) الروض المربع ص ٢٩١، وانظر: منار السبيل ١/٣٩٠، هداية الراغب ص ٣٦٣، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٣٨٢.

(٢) غاية المنتهى ٢/٤٢٨.

ووجه الدلالة: أن أهل الكهف أنابوا أحدهم ليأتي بالطعام، وشرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يرد ما ينسخه، قال في الجامع لأحكام القرآن: «في هذه البعثة بالورق دليل على الوكالة وصحتها»^(١).

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَدِيمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: ٦٠].

ووجه الدلالة: أنه لما صحت نيابة العاملين على الزكاة - وهم السعاة - عن الإمام في جمع الزكاة، ففي غيرها مما تدخله النيابة من باب أولى.

قال في أحكام القرآن: «والعاملين عليها»: وهم الذين يقدمون لتحصيلها ويوكلون على جمعها»^(٢).

٢ - ومن السنة: دلت أحاديث كثيرة على جواز الوكالة، ففي صحيح البخاري وحده ستة وعشرون حديثاً في كتاب الوكالة، فمن ذلك ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي ﷺ يتقاضاه فأغلظ، فهم به أصحابه، فقال رسول الله ﷺ: «دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً» ثم قال: «أعطوه سنناً مثل سنه»، قالوا: يا رسول الله لا نجد إلا أمثل من سنه، فقال: «أعطوه فإن من خيركم أحسنكم قضاء»^(٣).

وعن عروة البارقي أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري له شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه»^(٤).

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٤٤/١٠.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٩٦١/٢.

(٣) أخرجه البخاري (كتاب الوكالة - باب الوكالة في قضاء الديون برقم ٢٣٠٦)، ومسلم (كتاب المساقاة باب من استلف شيئاً فقضى خيراً منه برقم ١٦٠١).

(٤) أخرجه البخاري (كتاب المناقب باب (٢٨) برقم ٢٦٤٢)، وأبو داود (كتاب البيوع باب المضارب يخالف برقم ٣٣٨٤) وأحمد ٣٧٦/٤.

ففي هذا الحديث وكل النبي ﷺ عروة في الشراء له فدل ذلك على جواز العقد.

٣ - وقد أجمع المسلمون منذ عهد النبوة على العمل بالوكالة في كثير من التصرفات ونقل غير واحد الإجماع على جوازها من حيث الجملة^(١).

٤ - وأما المعقول: فلأن الناس يختلفون في مواهبهم وقدراتهم وهممهم ففيهم القوي والضعيف، والقادر والعاجز، فشرعت الوكالة ليستطيع كل إنسان لا يستطيع مباشرة عمله بنفسه أن يوكل فيه غيره.

قال: في درر الحكام: «لما خلق الإنسان مدنيًا بالطبع، فهو محتاج في تدارك معاشه إلى من يعضده ويناصره، والوكالة هي من هذا القبيل»^(٢).

المسألة الثانية: حكم أخذ الأجر على الوكالة:

الأصل في الوكالة أنها من عقود التبرعات التي تقوم على أساس الرفق والمعونة وقضاء الحاجة بلا عوض.

لكن لو أن الوكيل اشترط عوضًا فإن هذا الشرط صحيح وملزم بالاتفاق.

قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: «ويجوز التوكيل بجعل وبغير جعل»، ثم استدل لذلك بأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات، ويجعل لهم جُعالة، ولهذا قال له ابنا عمه: لو بعثتنا على هذه الصدقات فنؤدي إليك ما يؤدي الناس، ونصيب ما يصيبه الناس؟^(٣)، قال [ابن قدامة]:

(١) تكملة فتح القدير ٣/٧، الإجماع لابن المنذر ص ١٢٨، الإفصاح ١٠/٢، بداية المجتهد ٣٦٦/٢، المغني ١٩٦/٧.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ٤٩٣/٣.

(٣) أخرجه مسلم (كتاب الزكاة باب ترك استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة) وأحمد =

«فإن كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه، كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيظه، فمتى سلمه إلى الموكل معمولاً فله الأجر، وإن كان الخياط في دار الموكل، فكلما عمل شيئاً وقع مقبوضاً وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الأجر إذا عمله وإن لم يقبض الثمن في البيع»^(١).

وفي مجلة الأحكام العدلية: «إذا اشترطت الأجرة في الوكالة وأوفأها الوكيل فيستحقها، وإن لم تشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجرة فيكون متبرعاً وليس له المطالبة بالأجر»^(٢).

والوكالة إذا كانت بعوض فإما أن يكون هذا العوض أجراً فتأخذ حكم الإجازات، وإما أن يكون جعلاً فلها حكم الجعالات.

قال في القوانين الفقهية: «تجوز الوكالة بأجرة وبغير أجرة، فإن كانت بأجرة فحكمها حكم الإجازات، وإن كانت بغير أجرة فهو معروف من الوكيل»^(٣).

ويبين في شرح الخرشي صورة الإجارة والجعالة في العقد بقوله: «وصورة الإجارة أن يوكله على عمل بأجرة معلومة، كقوله: وكلتك على تقاضي ديني من فلان وقدره كذا، وصورة الجعالة أن يقول: وكلتك على مالي من الدين من غير تعيين قدره، أو يعين له قدره ولكن لا يعين له من هو عليه... وليس المراد أنها وقعت بلفظ الإجارة أو الجعالة، وإنما المراد أنه عين فيها الزمن أو العمل إذا وقعت بأجرة»^(٤).

= ١٦٦/٤، وأبو داود (كتاب الإمارة باب بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى) من حديث عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث.

(١) المغني ٢٠٥/٧، وانظر: شرح المنتهى ٣١٧/٢، الإقناع ١٧١٨/٥، المبدع ٣٨٥/٤.

(٢) مجلة الأحكام العدلية ص ٢٨٥، م/١٤٦٧، وانظر: مرشد الحيران ص ٢٤٧.

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٤٤، وانظر: الكافي لابن عبد البر ٧٨٧/٢، شرح الزرقاني على

الخليل ٩١/٦، شرح الدسوقي ٣٩٦/٣، التاج والإكليل ٢١٤/٧.

(٤) الخرشي على مختصر خليل ٨٦/٦.

فإذا وقع العقد بصورة الإجارة - ولو كان بلفظ الوكالة - فيشترط فيه شروط عقد الإجارة، ويكون لازماً لكلا الطرفين.

وذكر الشافعية خلافاً فيما لو عقد بلفظ الوكالة وشرط فيها أجراً، فهل تعتبر وكالة جائزة تغليباً للصيغة؟ أم إجارة لازمة تغليباً للمعنى؟

قال في فتح العزيز: «إذا شرط فيها - أي الوكالة - جعلاً معلوماً واجتمع شرائط الإجارة، وعقدا العقد بصيغة الإجارة فهو لازم، وإن عقدا بصيغة الوكالة فيمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها»^(١).

(١) فتح العزيز ٧٠/١١ وانظر: أسنى المطالب ٢/٢٧٨، مغني المحتاج ٣/٢٥٧، نهاية المحتاج ٥/٥٢.

المطلب الثاني شروط عقد الوكالة

للكوالة أربعة أركان^(١):

- ١ - الصيغة: وهي اللفظ الذي تنعقد به الوكالة أو ما يقوم مقامه.
- ٢ - الموكل: وهو صاحب الحق.
- ٣ - الوكيل: وهو من استنابه غيره.
- ٤ - الموكل به: وهو الحق الذي يقبل النيابة.

ولكل واحد من هذه الأركان شروط، فلا يصح العقد إلا باستكمال هذه الأركان وشروطها.

شروط الركن الأول (الصيغة):

يشترط في الصيغة أن تكون مفيدة معنى التوكيل، وأن تكون مصادفة لمحلها، وذلك بالتوافق بين الإيجاب والقبول، وباتحاد موضوعها بأن يراد على معنى واحد.

(١) يرى الأحناف أن لكل عقد ركنًا واحدًا هو «الصيغة» وما عدا ذلك من المحل والعاقدين فإنها من مقتضيات العقد، باعتبار أن الركن جزء من ماهية الشيء أما الجمهور فإنهم يرون أن الركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء سواء أكان جزءًا من ماهية أم خارجًا عنها، وذلك يقتضي اعتبار العاقدين والمحل أركانًا وقد اخترت طريقة الجمهور لأنها المتوافقة مع المعنى اللغوي للركن، لأن ركن الشيء: جانبه الأقوى، وهذه الأمور الأربعة لا بد منها لبروز العقد وقيامه.
انظر: التعريفات للجرجاني ص ١٤٩، الفروق للقرافي ٨٣/٢، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٨٨.

ويصح الإيجاب والقبول بأي قولٍ أو فعلٍ يدل على المقصود، سواء أكانت صريحة أم ضمنية، وسواء أكان باللفظ أم الكتابة أم بالإشارة أم بغير ذلك من وسائل الاتصال الحديثة^(١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله: «والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت، فأى لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما انعقد به العقد، وهذا عام في جميع العقود، فإن الشارع لم يحد ألفاظ العقود حدًّا بل ذكرها مطلقة، فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من الألفاظ الفارسية الرومية وغيرهما من الألسن العجمية، فهي تنعقد بما يدل عليها من الألفاظ العربية»^(٢).

شروط المعاقدين : (الموكل والوكيل):

يشترط في الموكل أن يكون جائر التصرف، وأن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه إما بحق الملك لنفسه، أو بحق الولاية على غيره، وإلا فلا، لأن التوكيل تفويض ما يملكه الشخص من التصرف إلى غيره، فما لا يملكه بنفسه لا يحتمل أن يفوضه إلى غيره.

فالصبي والمجنون والنائم والمغمى عليه، لا يملك التصرف بنفسه فلا يصح منه التوكيل.

قال ابن قدامة رحمته الله: «وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً كان أو امرأة، حرًّا كان أو عبدًا، مسلمًا كان أو كافرًا، وأما من يتصرف بالإذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب، فلا يدخلون في هذا، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع»^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤٢٦/٧، مواهب الجليل ١٩٠/٥ التنقيح المشبع ص ٢٠٨، روضة القضاة ٦٣٩/٢.

(٢) مجموع الفتاوى ٥٣٣/٢٠.

(٣) المغني ١٩٧/٧.

ويشترط في الوكيل أن يكون معلوماً معيناً، جائز التصرف، وأن يكون ممن يصح منه مباشرة ما وكل فيه أصالة لنفسه، وعلى ذلك قال الجمهور: «لا يصح للمرأة أن تتوكل في تزويج غيرها، لأنها لا تملك أصلاً مباشرته في حق نفسها»^(١).

قال في المغني: «وكل ما يصح أن يستوفيه وتدخله النيابة، صح أن يتوكل لغيره فيه، إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه»^(٢).

وقد اتفق الفقهاء على أن لا يشترط في الموكل أن يكون مسلماً^(٣)، وكذا الوكيل عند الجمهور.

وانفرد المالكية فاشتروا إسلام الوكيل في البيع والشراء واقتضاء الدين على مسلم.

وحجتهم في المنع من توكله في تقاضي الدين من المسلم أنه ربما أغلظ عليه في تقاضي الحق منه، وقد قال ﷺ: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» [النساء: ١٤١].

وحجتهم في المنع من توكله في البيع والشراء أنه لا يعرف شروط المعقود عليه ولا يتحرى الحق في معاملاته^(٤).

وحجة الجمهور: أن الوكالة استعانة، والكافر ممن يصح تصرفه فتجوز الاستعانة به^(٥).

(١) مجمع الأنهر ٢/٢٢٢، المختار للفتوى ٢/٤٣٦، البهجة شرح التحفة ٢/٣٢١، بداية المجتهد ٢/٣٦٦، نهاية المحتاج ٥/١٦، حاشية البيجوري ١/٤٠٢، المبدع ٤/٣٥٦، شرح المنتهى ٢/٣٠٠.

(٢) المغني ٧/١٩٧.

(٣) قال ابن المنذر: «توكيل المسلم حربياً مستأمناً، وتوكيل الحربي المستأمن مسلماً لا اختلاف في جواز ذلك» نقل ذلك عنه ابن حجر في فتح الباري ٤/٤٨٠.

(٤) البهجة شرح التحفة ١/٣٢١، مواهب الجليل ٥/١١٨.

(٥) المبسوط ١٩/١٤، بدائع الصنائع ٧/٤٢٨، نهاية المحتاج ٥/١٨، المغني ٧/١٩٧.

والذي يترجح والله أعلم أنه لا يجوز أن يوكل الكافر في اقتضاء الدين من المسلم لما فيه من تسليط الكافر على المسلم وإذلاله، وأما البيع والشراء فلا يمنع من ذلك إذا كان على وجه يتمكن المسلم أن يتحرى من صحة معاملاته، أما إذا لم يكن كذلك فلا يصح توكيله بل ولا حتى المسلم الذي لا يتورع عن أكل الحرام للعلة نفسها.

وعليه، فإذا صح تخريج عقد شهادات الوحدة الاستثمارية على الوكالة فإنه يجوز للمسلم أن يستثمر أمواله في بنوك أو صناديق تدار بأيدٍ كافرة إذا كانت بياناتها المالية مدققة ولا تتعارض مع الأحكام الشرعية.

شروط الموكل به :

يشترط في الموكل به ثلاثة شروط^(١):

الأول: أن يكون مما يجوز إتيانه شرعاً، فلا يصح التوكيل بالعقود المحرمة والتصرفات المحظورة، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان، ولأن الموكل لا يملكه فليس له أن يفوضه إلى غيره.

الثاني: أن يكون مما يقبل النيابة.

قال في الإفصاح: «اتفقوا على أن كل ما جازت فيه النيابة من الحقوق جازت فيه الوكالة»^(٢).

والمقصود بها التصرفات التي لا تتعلق بذات الإنسان، سواء ما كان منها من حقوق الله، كالعبادات المالية أو المتعلقة بالمال، مثل التوكيل في إخراج الزكاة والكفارات، أو ما كان منها من حقوق الأدميين، وهي الحقوق المتعلقة بالمال وما يجري مجراه، كالبيع والشراء والإجارة والنكاح، واقتضاء الديون ونحو ذلك.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤٢٩/٧، البحر الرائق ١٤٠/٧، شرح الزرقاني على خليل ٦/٧٣، حاشية الدسوقي ٣/٣٧٧، تحفة المحتاج ٣٠٣/٥، حاشية الجمل ٤٠٣/٣، كشف القناع ٥/١٦٩٥، مجلة الأحكام الشرعية ص ٣٨٦.

(٢) الإفصاح لابن هبيرة ١٠/٢.

أما التصرفات التي تتعلق بذات الإنسان فلا يصح التوكيل فيها، سواء ما كان من حقوق الله كالعبادات البدنية المحضنة، مثل الصلاة والطهارة، أو ما كان من حقوق الأدميين كالشهادة والرضاع ونحو ذلك.

الثالث: أن يكون معلوماً.

فلا يصح التوكيل إلا في تصرف معلوم، واستثنى الأحناف والمالكية من ذلك الوكالة العامة التي لا تختص بشيء دون شيء، ويفوض الأمر لرأي الوكيل فيها^(١).

فهذه شروط الوكالة إذا كانت تبرعاً من غير عوض، ولا خلاف بين الفقهاء فيها من حيث الجملة، فإن كانت بعوض فيلزم - إضافة إلى هذه الشروط - تحديد العوضين: الأجر، والعمل المعقود عليه، ومدة العقد، إذا كان العوض أجراً فإن كان جعلاً فيكفي ضبط العمل وحده، ذلك أن الإجارة والجعالة أخص من الوكالة فالوكيل بعوض أجير أو مجاعل في آن واحد.

قال في المقدمات الممهديات: «الوكالة جائزة بعوض وعلى غير عوض، فإن كانت بعوض فهي إجارة تلزمهما جميعاً، ولا تجوز إلا بأجرة مسماة، وأجل مضروب وعمل معروف»^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٤٢٩/٧، حاشية الدسوقي ٣٧٧/٣، تحفة المحتاج ٣٠٣/٥، كشاف القناع ١٦٩٥/٥.

(٢) المقدمات الممهديات ٥٨/٣.

المطلب الثالث

كيفية تخريجها على عقد الوكالة

يبين أحد الباحثين الكيفية التي يمكن تخريج العلاقة بين البنك والمستثمرين على عقد الوكالة بقوله: «تقوم العلاقة الاستثمارية بين المودعين من جهة، والمستثمرين من أرباب التجارة والصناعة وغيرهم من المنتجين من جهة أخرى، أما المصرف فدوره دور وسيط بين أطراف هذه العلاقة، فالمصرف هو وكيل عن المودعين وكالة مطلقة للارتباط مع المستثمرين الذين يرغبون في الحصول على تمويل لأعمالهم الإنتاجية»^(١).

فهذا في الودائع الاستثمارية.

وفي الصناديق يبين باحث آخر وجه هذا التخريج بقوله: «ليست المضاربة هي السبيل الوحيد لإدارة الصندوق أو الإصدار. . . ولكن يمكن أن يصار إلى تحديد مقابل عمل المدير بنسبة من المبالغ التي يديرها، أي بمبلغ مقطوع يستحقه في جميع الأحوال، وهذا ما يتحقق من خلال اعتماد الوكالة بالاستثمار بأجر معلوم»^(٢).

وبه يتبين أن الحالة التي يمكن فيها أن تخرج العلاقة بين البنك والمستثمرين على الوكالة هي فيما إذا كان أجر البنك مبلغًا مقطوعًا أو نسبة محددة من أصل الوديعة.

(١) المصارف والأعمال المصرفية ص ٤٣٦، وانظر: مصرف التنمية الإسلامي ص ٢٤١،

البنك اللاربيوي ص ٧٣ مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٥٧٨.

(٢) الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية، مرجع سابق ص ١٢٤.

وتكون أركان العقد على النحو التالي:

١ - الصيغة: ويكون إيجاب المستثمر (الموكل) بتوقيعه على نشرة الاكتتاب وقبول الوكيل (البنك) بإخطاره العميل بالموافقة، هذا إذا لم تكن نشرة الاكتتاب نهائية، فإن كانت نهائية بحيث لا مجال للنظر في قبول طلب المستثمر فتعتبر النشرة في حد ذاتها إيجاباً، وتوقيع المستثمر قبولاً.

٢ - الموكل: وهو المستثمر، ويعتبر كل مستثمر مستقلاً بنفسه في العقد لأنه يتعاقد مع البنك بصفته منفرداً عن الآخرين.

٣ - الوكيل: وهو البنك، وهو شخص اعتباري يمثل المساهمين، ولا يؤثر في صحة العقد كونه - أي الوكيل - شخصاً اعتبارياً، فقد تقدم جواز هذه الشخصية وأن لها نظائر متعددة في الفقه الإسلامي.

٤ - الموكل به: وهو استثمار الأموال والمتاجرة بها وإدارتها، والوكالة تصح مطلقة ومقيدة، وكذا الاستثمارات المصرفية إما أن تكون مطلقة فيحق للبنك المتاجرة بها فيما يراه مناسباً، أو مقيدة فيلزم بالتقيد فيما اتفق عليه.

قال في المقدمات الممهديات: «إذا وكل الرجل الرجل وكالة مطلقة لم يخصه بشيء دون شيء فهو وكيل له على جميع الأشياء، وإن سمي بيعاً أو ابتاعاً أو خصاماً أو شيئاً من الأشياء فلا يكون وكيلاً له إلا فيما سمي»^(١).

وفي مرشد الحيران: «يصح أن يكون ركن التوكيل مطلقاً، وأن يكون مقيداً بقيد أو معلقاً بشرط، أو مضافاً إلى وقت مستقبل.. ويصح تفويض الرأي للوكيل فيتصرف فيما وكل به كيف شاء، ويصح تقييده بتصرف مخصوص»^(٢).

ولأن الوكالة هنا بأجر فإنه يضاف إلى أركان الوكالة:

(١) المقدمات الممهديات ٥٢/٣.

(٢) مرشد الحيران ص ٢٤٥.

٥ - العوض: وهو المبلغ المحدد للبنك (الوكيل)، والأقرب أن هذا العوض يعتبر أجرًا لا جعلًا - خلافاً لما ذهب إليه بعض الباحثين^(١) -، وتنسحب على العقد أحكام الإجارة لا الجعالة، لأمرين:

الأول: أن البنك يستحق أجره بمجرد استثمار الأموال وإدارتها وإن لم يتحقق المقصود من العمل وهو «الربح»، والإجارة كذلك فإن الأجير يستحق أجره بالعمل ولا يلزم منه تحقيق الغاية، بينما في الجعالة لا يستحق العامل أجره إلا بحصول المقصود.

وقد ذكر الفقهاء صوراً متعددة لحالات تعاقدية يتبين فيها الفرق بين الجعالة والإجارة فمن ذلك:

أ - رد الأبق، قال في الشرح الكبير: «العقد على الأبق إن كان على الإتيان به، وأنه لا يستحق الأجرة إلا بالتمام فهو جعالة، وإن كان على التفتيش عليه كل يوم بكذا أتى به أو لا فهو إجارة»^(٢).

ب - استئجار الطبيب: قال في أعلام الموقعين: «إذا جعل للطبيب جعلاً على الشفاء جاز، كما أخذ أصحاب النبي ﷺ القطيع من الشاء الذي جعله لهم سيد الحي، فرقاه أحدهم حتى برئ»^(٣)، والجعل كان على الشفاء لا على القراءة، ولو استأجر طبيباً لإجارة لازمة على الشفاء لم يصح، لأن الشفاء غير مقدور له، فقد يشفيه الله وقد لا يشفيه، فهذا ونحوه مما تجوز فيه الجعالة دون الإجارة اللازمة»^(٤).

ج - أجرة السمسار: قال في البهجة: «الاستئجار على بيع ثوب

(١) صناديق الاستثمار الإسلامية ص ٩٨.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/٦٤، مع حاشية الدسوقي، وانظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ١٧٧/٢.

(٣) أخرجه البخاري (كتاب الإجارة باب ما يعطي في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب برقم ٢١١٥)، ومسلم (كتاب السلام باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار برقم ٤٠٨٠) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٤) أعلام الموقعين ١/٢٩١.

مثلاً، لما لم يكن في مقدور الأجير كان جعالة إن حده بالعمل، وهو تمام العمل، وإجارة إن حده بالزمن ويستحق أجره بمضي الزمن حينئذٍ وإن لم يبع^(١).

د - حفر البئر: قال في شرح الخرشي: «المعاقدة على حفر البئر جائزة لكن تارة تكون إجارة بأن وصف له البئر، وعين مقدار الحفر، وإذا انهدمت قبل تمام العمل فله بحساب ما عمل، وإن انهدمت بعد الفراغ فله جميع الأجرة، وتارة تكون جعالة فلا يستحق شيئاً إلا بتمام العمل^(٢) أي بظهور الماء فيها.

الأمر الثاني: مما يؤكد أن حقيقة العقد هنا وكالة بأجر لا بجعل: أن الجعالة لا يصح فيها اشتراط تقديم الجعل للعامل، لأنه لا يستحقه إلا بالتمام، ولو شرطه فسد العقد بخلاف الإجارة.

والواقع في الاستثمارات المصرفية أن البنك يشترط على العميل تسديد رسوم الإصدار (الاشتراك) قبل البدء في الاستثمار، فلو اعتبرناه جعالة لكان فاسداً.

قال في نهاية المحتاج: «وهي - أي الجعالة - تفارق الإجارة من أوجه: جوازها على عمل مجهول...، وعدم استحقاق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل، فلو شرط تعجيل الجعل فسد العقد واستحق أجره المثل، فإن سلمه بلا شرط امتنع تصرفه فيه فيما يظهر، ويفرق بينه وبين الإجارة بأنه تم ملكه بالعقد وهنا لا يملكه إلا بالعمل^(٣).

وفي الخرشي: «من شروط صحة الجعل أن لا يشترط النقد فيه، فإن شرط النقد فسد العقد سواء حصل نقد بالفعل أم لا، لدوران الجعل بين الثمنية إن وجد الأبق وأوصله إلى ربه، والسلفية إن لم يوصله إلى ربه^(٤).

(١) البهجة شرح التحفة ٢/٢٩٩.

(٢) الخرشي ٧/١٨، وانظر: الدسوقي ٤/١٧، المقدمات الممهديات ٢/١٨١.

(٣) نهاية المحتاج ٥/٤٦٦، وانظر: أسنى المطالب ٢/٤٤٠، الفواكه الدواني ٢/١١٢.

(٤) الخرشي ٧/٦٢، وانظر: الشرح الكبير للدردير ٤/٦٢، بحاشية الدسوقي.

المطلب الرابع

مناقشة التخريج

يمكن أن يناقش التخريج المذكور بما يلي:

أولاً: أن الحالة التي يكون فيها المصرف مجرد وكيل بأجر نادرة، فلا يصح إطلاق القول بأن العلاقة التي تربط المصرف بالمستثمرين في شهادات الوحدة الاستثمارية هي الوكالة، فقد تقدم معنا في التمهيد أن العوائد التي يأخذها البنك مقابل إدارته لأموال العملاء واستثمارها لا تخلو إما أن تكون:

١ - نسبة من الأرباح، وهي الصورة الغالبة، وهذه بلا شك ينطبق عليها أحكام المضاربة لا الوكالة.

٢ - أو أجراً محدداً إما على شكل مبلغ مقطوع كمائة ريال تدفع سنوياً أو في بداية الاشتراك مرة واحدة، أو يقوم العميل بدفع المبلغ مع كل أمر موجه للبنك بالبيع أو الشراء أو التحويل ونحو ذلك.

وقد يكون الأجر على شكل نسبة من أصل المال المستثمر كأن يقرر البنك بأن له ٢٪ مثلاً من أي مبلغ يرغب العميل في استثماره.

ففي هذه الحالة فقط يصح أن تخرج العلاقة على عقد الوكالة، وفيها يقتصر دور البنك على مجرد تنفيذ الأوامر الصادرة من العميل إما ببيع بعض أصوله أو شرائها أو حفظها أو تقديم المشورة أو إبرام بعض العقود ومتابعتها نيابة عنه.

وهذه الخدمات تسمى في بعض الأوساط المصرفية بـ«خدمات أمناء

الاستثمار^(١) التي سبق الحديث عنها، حيث لا تتعدى مسؤولية البنك تنفيذ أوامر العميل، بخلاف الودائع والصناديق الاستثمارية التي يتولى فيها البنك كافة المسؤولية عن وضع السياسات العامة للاستثمار وتنفيذها، ومشاركة العميل في الأرباح والخسائر، وبالتالي فإن البنك في مثل هذه الحالات - أي في الصناديق والودائع - لا يكتفي بأجر محدد (رسوم الإصدار) بل يضم إليه نسبة من الأرباح، وهو ما يعرف برسوم (الإدارة) أو (الأداء)، فيجتمع في العقد حكم الوكالة والمضاربة، إلا أن المضاربة لما كانت أخص من الوكالة المجردة لأنها - أي المضاربة - نوع توكيل، فإن العقد يأخذ أحكامها لأن الخاص يقضي على العام.

٣ - أما الحالة الأخيرة فهي ما إذا كان عائد البنك نسبة مما تؤول إليه قيمة الوديعة المستثمرة لا من أصلها، مثل أن يحدد البنك له نسبة ٢٪ من صافي قيمة الأصول بعد تشغيلها بصرف النظر عن رأس المال المكتتب، فهذه الحالة مترددة بين المضاربة والوكالة بأجر. ففيها شبه من المضاربة من حيث كون العائد نسبيًا.

وفيهما شبه من الوكالة بأجر من حيث كون العائد نسبة من رأس المال لا من الربح.

والأقرب أنها مضاربة لأن العائد غير ثابت ومن شروط الإجارة أن يكون الأجر معلومًا محددًا، أما المضاربة فيغتفر في تحديد الأجر فيها لكونها من عقود الشركات ما لا يغتفر في الإجارة.

لكن يبقى النظر في مدى جواز أن يكون نصيب المضارب نسبة من أصل المال لا من ربحه، وهذا ما سيتم بحثه ضمن أحكام الربح في الباب الثاني إن شاء الله.

(١) انظر: شرح هذه الخدمات مفصلاً، وكيفية احتساب العمولة فيها في موسوعة أعمال البنوك ص ٥٣٠ - ٥٣٥.

ثانيًا: كما يمكن مناقشة التخريج السابق بما يلي:

أن العمل المعقود عليه وهو إدارة الأموال واستثمارها غير منضبط فقد ينجح البنك في ذلك وقد يخفق، فلا يصح التخريج المذكور لأن من شروط الوكالة بأجر أن يكون الموكل به معلومًا مقدورًا على تسليمه.

والجواب عن ذلك: أن هذا الاعتراض متوجه لو كان العقد على تحصيل الربح، فهو أمر غير مقدور عليه لكن محل العقد هنا هو مجرد إدارة الأموال واستثمارها، وهو أمر مقدور عليه ومعلوم، ويرجع في تحديده إلى ما هو معروف في الأوساط المصرفية وقد نص الفقهاء على جواز الاستتجار على المتاجرة بالأموال واستثمارها.

قال في المقدمات الممهديات: «القسم الثاني - أي من أقسام الإجارة - أن يستأجره على عمل موصوف يرتبط بعين، فإنه ينقسم على خمسة أنواع:

أحدها: أن يستأجره على عمل في شيء بعينه لا غاية له إلا بضرب الأجل فيه، وذلك مثل أن يستأجره على أن يرعى له غنمًا بأعيانها، أو يتجر له في مال بعينه شهرًا أو سنة وما أشبه ذلك، فهذا اختلف في حد جواز الإجارة فيه، فقيل: إنها لا تجوز إلا بشرط الخلف» أي أن يشترط الأجير على المستأجر خلف ما يتلف من الثمن لأنه إذا لم يشترط فقد يؤدي إلى الغرر، فقد يتلف الثمن فإذا حل الأجل ورد إليه ما بقي من المال يقول المستأجر: أنت لم تتجر بكل المال بل ادعيت الخسر فقط، ثم قال رَضِيَ اللَّهُ: «وقيل: إنها تجوز بغير شرط الخلف»^(١).

وفي المدونة: «أرأيت إن استأجرت أجيرًا يصلح لي أن أجعله يجيئني بالغلة في قول مالك؟

(١) المقدمات الممهديات ١٦٧/٢، والقول الثاني هو ما عليه عامة المالكية، وأنه لا يلزم شرط الخلف، قال في حاشية الدسوقي: «وهو عندي أصوب» ١٥/٤، وعلى كل فالعلة المذكورة غير واردة فيما نحن بصدده.

قال: إذا لم يشترط عليه حين استأجره خراجًا معلومًا.

قلت: فإن لم يشترط عليه خراجًا معلومًا، ولكنه وضع عليه بعد ذلك خراجًا معلومًا، أيصلح أم لا؟

قال: إن كان إنما وضع عليه خراجًا معلومًا فإن هو لم يأت به لم يضمنه فلا بأس بذلك^(١) ثم إنه نقل عن جمع من العلماء جواز استئجار الأجير على أن يعطيه الغلة بشرط ألا يضرب عليه خراجًا معلومًا، فعن بكير بن الأشج أنه قال: «لا نرى بأسًا باستئجار الرجل الأجير على أن يعمل بيديه أو على دابته فيعطيه ما كسب إذا بين له ذلك حين يستأجره»، وعن ابن شهاب أنه قال: «لا يصلح أن يضرب له خراجًا مسمى، وليستعمله بأمانته، وإن أعطاه دابة يعمل عليها».

وقال عبد الرحمن بن القاسم: «لا يشترط عليه أني أستأجرتك بكذا وكذا على أن تخرج لي كذا وكذا فإن ذلك لا يصلح»^(٢).

والذي نخلص إليه مما تقدم:

أن علاقة البنك بالمستثمرين تدور بين عقد المضاربة فيما إذا كان عائد البنك نسبة من الأرباح، وعقد الوكالة فيما إذا كان العائد مبلغًا مقطوعًا أو نسبة من أصل الاشتراك أو الوديعة، وقد تطبق العلاقة المزدوجة لكل من المضاربة المطلقة والوكالة بأجر في الودائع الاستثمارية العامة التي تشمل كافة الأنشطة الاقتصادية والاستثمارية للبنك^(٣).

(١) المدونة ٣/٤٤٢.

(٢) المدونة ٣/٤٤٣.

(٣) انظر: قواعد وتوزيع الربح في البنك الإسلامي ص ٢٥.

المطلب الخامس

ما يترتب على هذا التخريج

يترتب على تخريج العلاقة بين البنك والمستثمرين على عقد الوكالة عدة آثار، من أهمها:

الفرع الأول: جواز أخذ الأجر على الاستثمار:

ذلك لأن الوكالة - كما تقدم - من الأعمال التي تصح بأجر، وبغير أجر، وسواء كان الأجر مبلغاً، أو نسبة من أصل قيمة الاشتراك لأنه في كلا الحالتين معلوم محدد لكلا الطرفين عند العقد.

الفرع الثاني: ما يملكه المصرف من التصرفات:

للمصرف باعتباره وكيلاً عن المستثمرين أن يتصرف في أموالهم وفق ما يخوله عقد الوكالة.

ويترتب على الوكالة الصحيحة ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل لفظاً أو عرفاً للوكيل.

وتوكيل المصرف إما أن يكون مقيداً أو مطلقاً:

ففي الوكالة المقيدة يجب عليه التقيد بقيود المستثمر، فإذا وكله بالمتاجرة في أسهم شركة بعينها، فليس له أن يستثمر في غيرها، وإذا خالف ذلك فتصرفه باطل لأن الموكل لم يأذن به.

وإذا وكله ببيع الوحدات الاستثمارية أو الأسهم بسعر معين فليس له أن يبيعها بأقل من ذلك، وإلا كان ضامناً للفرق بين السعرين، وله أن يبيعها بسعر أعلى لأنه محض خير للموكل.

واستثنى الفقهاء من وجوب التزام الوكيل بقيود الموكل أمرين:

الأول: ما إذا كان خلافه إلى خير، كما لو وكله بشراء شيء بألف فاشتره بخمسائة لأنه وإن كان خلافًا صورة، فهو وفاق معنى.

والثاني: ما إذا كان شرط الموكل منافيًا للشرع. أو لمقتضى عقد الوكالة، مثل اشتراط كون الوكيل ضامنًا، ولو لم يتعد أو يفرط، أو اشتراط ربح محدد للوكيل، ففي مثل هذه الحالات يبطل الشرط ويصح العقد.

قال في بدائع الصنائع: «التوكيل بالبيع لا يخلو إما أن يكون مطلقًا، وإما أن يكون مقيدًا، فإن كان مقيدًا يراعى فيه القيد بالإجماع، حتى إنه إذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل، ولكن يتوقف على إجازته إلا أن يكون خلافًا إلى خير، لما مر أن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل، فيلي من التصرف بقدر ما ولاه، وإن كان الخلاف إلى خير، فإنما ينفذ لأنه وإن كان خلافًا صورة فهو وفاق معنى، لأنه أمر به دلالة، فكان متصرفًا بتولية الموكل فنفذ»^(١).

وفي المنهاج: «قال: بع لشخص معين أو في زمن أو مكان معين تعين، وفي المكان وجه إذا لم يتعلق به غرض، وإن قال: بع بمائة لم يبع بأقل، وله أن يزيد إلا أن يصرح بالنهاي. . ومتى خالف الموكل في بيع ماله أو الشراء بعينه فتصرفه باطل، ولو اشترى في الذمة ولم يسم الموكل وقع للوكيل»^(٢).

وذكر ابن قدامة رحمته الله صورًا من التقييدات التي يلزم الوكيل التقييد بها

(١) بدائع الصنائع ٤٤١/٧، وانظر: البحر الرائق ١٦٧/٧، بلغة السالك ١٨٤/٢، القوانين الفقهية ص ٢٤٤.

(٢) المنهاج للنووي ٢٥٣/٢، وانظر: نهاية المحتاج ٤١/٥، حاشية الجمل ٤١٢/٣، المحلى على المنهاج ٣٤١/٢.

وصورًا أخرى لما لا يلزمه منها، في كلام طويل له نقتبس منه ما تدعو إليه الحاجة، فقال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «الوكيل في الشراء إذا خالف موكله، فاشترى غير ما وكل في شرائه، لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال، فإن كان اشتراه في ذمته ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح، لأنه إنما اشترى بثمن في ذمته، وليس ذلك ملكًا لغيره، فأما إن اشترى بعين المال، مثل أن يقول: بعني الجارية بهذه الدنانير، أو باع مال غيره بغير إذنه، فالصحيح من المذهب أن البيع باطل، وهو مذهب الشافعي، وفيه رواية أخرى أنه صحيح ويقف على إجازة المالك فإن لم يجزه بطل، ولو وكل رجلًا في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده، لأنه لم يتناوله إذنه نطقًا ولا عرفًا، وإن عين له المكان وكان يتعلق به غرض، مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق، وكان ذلك السوق معروفًا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله، أو بمودة بين الموكل وبينهم تقييد الإذن به لأنه قد نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته، وإن كان هو وغيره سواءً في الغرض لم يتقيد الإذن به.

وإن عين له المشتري فقال: بعه فلانًا لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه، سواء قدر له الثمن أو لم يقدره، لأنه قد يكون له غرض في تملكه إياه دون غيره، إلا أن يعلم الوكيل بقريته أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري.

وإن وكله في عقد فاسد لم يملكه لأن الله لم يأذن فيه، ولأن الموكل لا يملكه فالوكيل أولى.

وإن عين له الشراء بنقدٍ أو حالًا لم تجز مخالفته، وإن أذن له في النسيئة والبيع بأي نقد شاء جاز.

وإذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقدًا بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لأنه مخالف لموكله.

ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح، سواء كانت

الزيادة قليلة لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره»^(١).

فهذه الصور فيما إذا كان توكيل البنك مقيداً.

فأما إذا كان التوكيل مطلقاً، بأن فوض العميل إليه استثمار ماله بما يراه مناسباً فللبنك أن يتصرف في ماله بما جرت العادة عليه في الأوساط المصرفية كما تقدم بيان ذلك مفصلاً في تصرفات المضارب، لأن العادة محكمة في هذا الباب، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالإذن فاختص بما أذن فيه، والإذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى»^(٢).

فللبنك بمطلق العقد البيع والشراء نقداً بعملة البلد والحوالة والارتهان والرهن والإيداع، ورد المعيب وشراؤه إذا كان في مصلحة.

و - له أيضاً - إذا أذن له الموكل أو جرى العرف بذلك - البيع والشراء بغير نقد البلد أو نسيئة، واستدانته على أموال المستثمرين في حدود المسموح به نظاماً، وتوكيله غيره فيما وكل به وخاصة إذا كان العمل الموكل به مما يعرف بداهة أنه لا يتولاه المصرف بنفسه، إذ من المعلوم أن دور المصرف يقتصر على مجرد الوساطة ولا يتولى مباشرة الاتجار بنفسه.

جاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: «للكيل أن يوكل غيره فيما يعجز عنه لكثرتة، وفيما لا يتولاه مثله بنفسه عرفاً دون إذن موكله صراحة، أما إذا أذن له الموكل في التوكيل، فله أن يوكل فيما عدا ذلك أيضاً»^(٣).

(١) المغني ٢٤١/٧، وانظر: شرح المنتهى ٣١١/٢، كشف القناع ١٧٠٤/٥، نيل المآرب ١٨٥/٣.

(٢) المغني ٢٤٣/٧.

(٣) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٣٩٣، وانظر: مغني المحتاج ٢٤٧/٢، فتح العزيز ٤٣/١١، المغني ٢٠٧/٧.

وفي البهجة: «من وكل على شيء مخصوص كبيع سلعة مثلاً لم يجز له أن يقدم - أي يوكل - غيره على فعله إلا إذا جعل له موكله ذلك بنص أو قرينة، كأن يكثر ما وكل عليه بحيث لا يمكنه الاستغلال به وحده. أو كان مشهوراً عند الناس بأنه لا يلي ذلك بنفسه»^(١).

وليس للبنك باعتباره وكيلاً عن المستثمرين أن يبيع أو يشتري بأموال المستثمرين من نفسه، وعلى هذا أيضاً نصت الأنظمة والتعليمات المصرفية في معظم الدول فهي تمنع إدارة الصندوق من استثمار أمواله في أسهم البنك المنشئ للصندوق لئلا تحابي الإدارة في سياستها الاستثمارية مصلحة البنك على حساب مصالح المستثمرين أنفسهم، كما أن البنك يمنع من الزيادة على امتلاك نسبة معينة من وحدات الصندوق تفادياً لارتفاع قيمة الوحدات الاستثمارية ارتفاعاً كاذباً لا يتوافق مع واقع العرض والطلب وهذا الأمر يتوافق مع ما عليه عامة الفقهاء حيث اتفقوا على المنع من بيع الوكيل وشرائه من نفسه إذا لم يكن ثم إذن من الموكل نصاً أو عرفاً.

لكن إذا أذن له الموكل فاختلفوا في ذلك.

ويعتبر المذهب الحنفي^(٢) والشافعي^(٣) أشد المذاهب في هذا الجانب، حيث منعوا الوكيل من البيع والشراء من نفسه حتى ولو بإذن الموكل، وعلل لذلك في مغني المحتاج «لتضاد غرضي الاسترخاض له - أي للوكيل - والاستقصاء للموكل، وكذا لو قدر له الثمن ونهاه عن الزيادة لأن الأصل عدم جواز اتحاد الموجب والقابل وإن انتفت التهمة»^(٤).

(١) البهجة شرح التحفة ١/٣٢٩، وانظر: المقدمات الممهدة ٣/٥٢، رد المحتار ٨/٢٦٦، مجمع الأنهر ٢/٢٣٦.

(٢) تكملة فتح القدير ٧/٦٩، حاشية الشلبي ٤/٢٧٠، الفتاوى الهندية ٣/٥٨٩، وللحنفية قول آخر أنه يجوز مع الإذن. انظر: البحر الرائق ٧/١٦٦، رد المحتار ٨/٢٥٧.

(٣) الأم ٨/٢١٠، الحاوي الكبير ٨/٢٣٢، حاشية الجمل ٣/٤١٠، فتح العزيز ١١/٢٩.

(٤) مغني المحتاج ٣/٢٤٥.

وفي المبسوط: «لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام، فإنه يكون مستردًا مستقضيًا، قابضًا مسلمًا»^(١).

واشترط الحنابلة في الرواية المشهورة عندهم إذن الموكل واعتبروه كافيًا للجواز وعلل لذلك في نيل المآرب: «بأن العرف في البيع: يبعه من غيره فحملت الوكالة عليه، ولأنه تلحقه به تهمة»^(٢).

وذهب المالكية والحنابلة في رواية^(٣) إلى جواز ذلك بشرط أن يأذن الموكل أو يشتريه بأكثر من ثمنه في النداء.

قال في حاشية الدسوقي: «إن اشترى الوكيل لنفسه بعد تناهي الرغبات أو أذن له الموكل في شرائه لنفسه جاز شراؤه»^(٤).

وتشديد الفقهاء في هذا الأمر له ما يبرره، فإن النفس الإنسانية جبلت على حب المال، فقد تسول للوكيل أن يشتري ما وكل به بثمن أقل، أو ألا يجتهد في تحري المشتريين طمعًا في أن يكسب البيعة، إلا أن هذا المنع ينبغي أن ينتفي بانتفاء علته، فإذا كان منع الوكيل لأجل مصلحة الموكل فينبغي ألا يمنع إذا أذن له بذلك نصًا أو عرفًا، أو كان من مصلحته أن يشتري الوكيل ذلك لنفسه، وذلك مثل ألا يجد من يطلب السلعة بسعر مناسب ويتعذر عليه استئذان الموكل ففي مثل هذه الحالات ينبغي ألا يشدد عليه في ذلك.

(١) المبسوط ٣٢/١٩.

(٢) نيل المآرب ٣/١٨٥، وانظر: المغني ٧/٢٢٨، قواعد ابن رجب ص ١٢٧، شرح المنتهى ٢/٣٠٩.

(٣) الإنصاف ٣/٤٨٣، وعند الحنابلة رواية أخرى أنه يجوز أيضًا إذا وكل غيره بالبيع وكان هو أحد المشتريين.

(٤) حاشية الدسوقي ٣/٣٨٧، وانظر: المدونة ٣/١٩٨، جواهر الإكليل ٢/١٢٨، الخرشي ٦/٧٧، القوانين الفقهية ص ٢٤٤.

ومثل ذلك في الاستثمارات المصرفية: قد ترتفع أسهم البنك، ويكون من صالح المستثمرين أن يشتريها البنك لهم، ويحتاج إلى قرار عاجل لا يتمكن معه من استئذانهم، حتى لا تفوت الفرصة. أي أن الضابط لجواز ذلك أن يتمحض التصرف لمصلحة الوكيل أو أن يأذن له بذلك.

ومنع الأحناف والشافعية من ذلك مع الإذن تجنباً لاتحاد الموجب والقابل منتقض بما إذا وكل زوجته في طلاق نفسها ففعلت، فإنها تكون نائبة من جهته قابلة من جهة نفسها^(١)، وأيضاً فإن الاتحاد إنما هو في الظاهر وإلا فإن المحل حقيقة مختلف لأن الوكيل يشتري بذمة غير الذمة التي يبيع بها، لأن ذمة الإنسان تتبع بعض كالمضارب والشريك والحاكم لكل منهم ذمة خاصة به وذمة أخرى باعتباره مضارباً أو شريكاً أو حاكماً ولكل واحدة من هاتين الذمتين أحكامها المستقلة.

الفرع الثالث: مسؤولية الضمان:

في الحالات التي يتحقق فيها عقد الوكالة بين البنك والمستثمرين، فإن يد البنك تعتبر كيد الوكيل بالنسبة لأموال المستثمرين. ولا خلاف بين الفقهاء في أن يد الوكيل يد أمانة، فلا ضمان عليه إلا إذا فرط أو تعدى، لأنه أخذ المال بإذن ربه، ولا فرق بين ما إذا كان الوكيل بعوض أو بغير عوض^(٢).

قال في الوجيز: «ويده - أي الوكيل - يد أمانة في حق الموكل حتى لا يضمن سواء كان وكيلاً بجعل أو بغير جعل»^(٣).

(١) المغني ٢٣١/٧، فتح العزيز ٣٠/١١، المشور في القواعد ١/٨٩.

(٢) المبسوط ٤٩/١٩، تبصرة الحكام ٣٨٤/١، مغني المحتاج ٣/٥٤، الإنصاف ١٣/٥٣٧.

(٣) الوجيز ٦٠/١١، مع فتح العزيز.

وفي شرح المنتهى: «والوكيل أمين لا يضمن ما تلف بيده بلا تفريط، لأنه نائب المالك في اليد والتصرف، فالهالك في يده كالهالك في يد المالك، كالمودع والوصي، ونحوه، سواء كان متبرعاً أو بجعل»^(١). ولو شرط الضمان عليه في العقد، فالشرط فاسد باتفاق الفقهاء لأن الأمانة لا تصير مضمونة بالشرط.

قال في البحر الرائق: «اشتراط الضمان على الأمين باطل»^(٢). وعلى هذا فالبنك لا يضمن أموال المستثمرين إلا إذا تعدى أو فرط. ومن التفريط أن يبيع وحدات المستثمرين بأقل من ثمن المثل، أو يشتري لهم بأزيد منه، كما نص على ذلك أهل العلم^(٣).

ويجدر التنبيه إلى أن الوكيل إذا احتاط في البيع والشراء ثم ظهر غبن لم يقصر فيه فهو معذور، قال في الاختيارات الفقهية: «قال في المحرر: وإذا اشترى الوكيل أو المضارب بأكثر من ثمن المثل، أو باع بدونه صح ولزمه النقص والزيادة. نص عليه، قال أبو العباس - يعني ابن تيمية -: وكذلك الشريك والوصي والناظر على الوقف وبيت المال ونحو ذلك، قال: وهذا ظاهر فيما إذا فرط، وأما إذا احتاط في البيع والشراء ثم ظهر غبن أو عيب لم يقصر فيه، فهذا معذور يشبه خطأ الإمام والحاكم.. وهذا باب واسع وكذلك المضارب والشريك فإن عامة من يتصرف لغيره بوكالة أو ولاية قد يجتهد ثم يظهر فوات المصلحة أو حصول المفسدة ولا لوم عليه فيهما، وتضمنين مثل هذا فيه نظر، وهو شبيه بما إذا قتل في دار الحرب من يظن حربياً فبان مسلماً فإن جماع هذا: أنه مجتهد مأمور بعمل اجتهاد فيه، وكيف يجتمع عليه الأمر والضمان»^(٤).

(١) شرح المنتهى ٣١٥/٢.

(٢) البحر الرائق ٢٧٤/٧، وانظر: المهذب ١٧٧/١٤، مع تكملة المجموع، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٣٨٧.

(٣) مرشد الحيران ص ٢٥٠، مواهب الجليل ١٩٦/٥، تصحيح الفروع ٣٥٩/٤.

(٤) الاختيارات الفقهية ص ٢٠٦، وانظر: تصحيح الفروع (٣٥٩/٤).

الفصل الثاني

النوع الثاني من شهادات الاستثمار شهادات القيمة الاسمية والتخريج الفقهي لها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بشهادات القيمة الاسمية.

المبحث الثاني: تخريج شهادات القيمة الاسمية على عقد المضاربة.

المبحث الثالث: تخريج شهادات القيمة الاسمية على عقد القرض.

المبحث الأول

التعريف بشهادات القيمة الاسمية

شهادات الاستثمار ذات القيمة الاسمية - أو سندات الاستثمار - كما تسمى في بعض المصارف هي إحدى أنواع الشهادات التي تصدرها المصارف من خلال خدماتها الاستثمارية.

وقد غلب تسمية هذا النوع من الشهادات بـ «السندات» أو «شهادات الاستثمار» حتى لا يكاد يطلق هذا الاسم - أي السندات أو شهادات الاستثمار - إلا وينصرف الذهن إلى هذا النوع من الشهادات، وذلك بسبب شيوعه في معظم المصارف، إذ لا تعرف المصارف التقليدية سوى هذا النوع من الشهادات الاستثمارية فضلاً عن أن أول ظهور لشهادات الاستثمار كان من هذا النوع، وترسخ لدى عامة الناس طيلة رده من الزمان - قبل ظهور الأنواع الأخرى من الشهادات - أنه لا انفكاك بين شهادات الاستثمار والفوائد المصرفية، وأن شهادات الاستثمار لا يمكن أن تصدر إلا بهذه الكيفية.

من أجل ذلك حرص الباحث على تقييد هذا النوع بأنها «ذات قيمة اسمية» تمييزاً لها من غيرها^(١).

(١) لا يتفق الباحثون على الأخذ بهذه التسمية فبعضهم يقتصر على مجرد تسميتها بشهادات الاستثمار أو بالسندات، مما أوجد لبساً في هذا الموضوع، وقد أفدت هذه التسمية من عدة مصادر، انظر: إدارة الاستثمارات ص ١٦٩، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ٩٦، الشركات لعلي حسن يونس ص ٥٦٢، الشركات في الأردن لحسن حواص ١٠٧، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص ١٧٦، شركة المساهمة في النظام السعودي ص ٣٩١. والمقصود بالقيمة الاسمية: أن السند أو الشهادة يصدر بقيمة مدونة عليه «أي مسماة» وتكون هذه القيمة مضمونة على البنك.

وتعرف هذه الشهادات بأنها: «وثائق ذات قيم محدودة (اسمية) ترتب لحاملها حقًا على وديعة بنكية مودعة لأجل»^(١).

ومن أبرز خصائصها - والتي تميزها عن شهادات الوحدة الاستثمارية -:

١ - أن البنك يضمن القيمة الاسمية المدونة عليها، وهذا بخلاف شهادات الوحدة الاستثمارية فإنها تسترد بقيمتها السوقية.

٢ - يستحق حاملها فائدة ثابتة، سواء ربح البنك أم خسر، أما في شهادات الوحدة الاستثمارية فقد لا يجني المستثمر أي ربح منها بل قد يخسر شيئًا من قيمتها الأصلية.

٣ - يعتبر المستثمر في هذه الشهادات دائنًا لجهة الإصدار، بينما في شهادات الوحدة الاستثمارية يعتبر مالكًا لحصته في الوعاء الاستثماري.

٤ - يمتنع في هذه الشهادات أن يشارك صاحبها في إدارة الوعاء الاستثماري أو انتخاب أعضاء مجلس إدارته، بخلاف شهادات الوحدة الاستثمارية التي تجيز بعض الأنظمة لحاملها المشاركة في ذلك. والسبب في ذلك أن المستثمر في الأولى يعتبر دائنًا، بينما في الثانية يعتبر مالكًا.

٥ - يكون لهذه الشهادات في الغالب فترة استحقاق محددة. بينما في شهادات الوحدة الاستثمارية تكون المدة مفتوحة غالبًا^(٢).

ولهذه الشهادات أسماء وأنواع متعددة في عالم الاقتصاد، إلا أنها

(١) انظر: إدارة الاستثمارات ص ١٦٩، الموسوعة الاقتصادية ص ٣١٤، أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ١٢، ٢٥.

(٢) انظر: الموسوعة الاقتصادية ص ٣١٤، أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ٩٦.

من الناحية الشرعية لا تختلف، فجميعها تصدق عليها الخصائص السالفة،
ومن تلك الأسماء:

١ - السندات: والغالب في هذه التسمية أنها تطلق على الصكوك التي تصدرها الشركات المساهمة سواء كانت بنكا أم غيره، والسندات بأنواعها المختلفة لها حكم شهادات الاستثمار ذات القيمة الاسمية.

٢ - سندات الاستثمار: وهذه التسمية قد تكون أدق في الدلالة على حقيقتها من التسمية بـ «شهادات الاستثمار» نظراً لارتباط مفهوم السندات في العرف المصرفي بالقروض.

٣ - أذونات الخزينة: وهي سندات تصدرها المصارف المركزية، وتكون ذات أجل قصير، وذات فوائد متدنية، ومع ذلك فالإقبال عليها كبير لما تتمتع به من سيولة مرتفعة لأنها قصيرة الأجل ومضمونة، ولاستعداد البنك المركزي دائماً لتحويلها إلى نقود عن طريق إعادة خصمها^(١).

٤ - إسناد قرض: حيث يطلق على السندات في بعض القوانين العربية: إسناد قرض، وهي وثائق ذات قيمة اسمية قابلة للتداول^(٢).

أنواع شهادات القيمة الاسمية:

تصنف شهادات القيمة الاسمية باعتباريات متعددة، وأهم هذه الاعترافات ما يلي:

أولاً: تصنيفها من حيث نوعية الفائدة المحسوبة عليها:

وتصنف من هذه الحثية باعتبارين:

(١) أساسيات الاستثمار في الأدوات المالية ص ١٥، الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة ص ٨٨.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة ص ١٧٨.

أ - فمن حيث ثبات سعر الفائدة:

تنقسم إلى شهادات استثمار ذات فائدة ثابتة، فيستمر العمل بالفائدة المدونة على الشهادة بصرف النظر عن التغيرات التي تحدث على معدل الفائدة في السوق فيما بعد.

وإلى شهادات ذات فائدة معومة (جارية) تعتمد على معدل سعر الفائدة السائد في السوق، ويكون ما يستحقه العميل هو الفائدة الجارية، أو معدل فائدة متعمد على الفائدة الجارية، ويحسب على أساس يومي لمدة بقاء الوديعة في البنك، وفي كثير من البلدان يحدد البنك المركزي سعر الفائدة على الودائع الآجلة، إلا أن الاتجاه عالمياً هو نحو التحرر من القيود وترك الأسعار تتحدد بتفاعل قوى العرض والطلب^(١).

ب - وتنقسم أيضاً من حيث أسلوب احتساب الفوائد على الوديعة إلى شهادات ذات معدل فائدة بسيط، وهي التي تحتسب فيها الفائدة على أصول الوديعة أي المبلغ الأساسي فقط دون الفوائد، وإلى شهادات ذات معدل فائدة مركب وذلك باحتساب الفائدة على أصل الوديعة وفوائدها^(٢).

ثانياً: تصنيفها من حيث القابلية للتداول:

وتقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

الأول: شهادات الإيداع المصرفية القابلة للتداول، وتعد من أدوات الاستثمار الهامة في سوق النقد، وهي قابلة للتداول لأنها تصدر للحامل مصحوبة بشرط الإذن أو الأمر، وتكون بمبالغ كبيرة ولأجل محدد لا يزيد عن سنة كما أن سعر الفائدة غالباً ما يكون عائماً، ولهذه الخصائص فهي تناسب المضاربين والمستثمرين معاً.

الثاني: شهادات الاستثمار غير القابلة للتداول: وهي على عكس

(١) «الحسابات والودائع المصرفية» بحث د. محمد القري، مرجع سابق ص ٧٣٧.

(٢) إدارة الاستثمارات ص ٢٢٥.

النوع الأول لا تقبل التداول لأنها شخصية والغالب فيها أن يكون سعر الفائدة محددًا وتكون لآجال أطول، وبمبالغ أقل ولذا فهي أكثر ملاءمة لصغار المدخرين^(١).

ثالثًا: تصنيفها من حيث طريقة الحصول على فوائدها:

وتنقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

الأول: شهادات ذات طبيعة متزايدة، وفيها يبقى المال لدى البنك فترة طويلة قد تمتد إلى عشر سنوات، وتكون له زيادة تصاعدية على المال والفائدة، وفي نهاية المدة يأخذ صاحب الشهادة أصل المال والفوائد المركبة التي استحقت على الشهادة.

الثاني: شهادات ذات عائد جارٍ، أي بفائدة سنوية يأخذها المستثمر دوريًا، ولا ينتظر إلى فترة استرداد أصل الوديعة.

الثالث: شهادات استثمار ذات جوائز، وهي شهادات تطرحها بعض البنوك والغرض منها خدمة صغار المدخرين الذين لا يجد أحدهم أي إغراء في سعر الفائدة مهما ارتفع، فيقوم البنك بإصدار شهادات ذات فئات صغيرة جدًا كعشرة ريالات مثلاً، ولا تصرف فوائده لجميع المستثمرين وإنما تحتسب الفائدة المستحقة على جملة رصيد المدخرات الموظفة في هذا النوع كل ربع سنة مثلاً، ويجري سحب علني ويعطى جوائز لأصحاب الشهادات الفائزة^(٢).

مجالات إصدار شهادات القيمة الاسمية:

تتبع الخدمات المصرفية الاستثمارية، فإن شهادات الاستثمار ذات

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ١٦١، إدارة الاستثمارات ص ١٦٩، أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية ص ٨، ١٢، الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات ص ٤٤.

(٢) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ١٥٦، المصارف والأعمال المصرفية ص ١٣٨، الأعمال المصرفية والإسلام ص ١٥٢، حكم الإسلام في شهادات الاستثمار ص ٩٢.

القيمة الاسمية لا تصدر إلا من خلال ثلاث خدمات:

الأولى: الودائع الاستثمارية (الآجلة) في المصارف التقليدية فقط دون المصارف الإسلامية.

الثانية: الودائع الادخارية في المصارف التقليدية أيضًا دون المصارف الإسلامية.

لأن المصارف الإسلامية - في عامتها - لا تتعامل بهذا النوع من الشهادات وإنما بشهادات الوحدة الاستثمارية.

الثالثة: صناديق الاستثمار المضمونة، وسبق التعريف بها، وأن الشهادات التي تصدرها تنطبق عليها خصائص شهادات القيمة الاسمية، حتى وإن سميت بشهادات وحدات استثمارية.

المبحث الثاني

تخريج شهادات القيمة الاسمية على عقد المضاربة

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

كيفية التخريج ومستنده

على الرغم من وضوح الحكم الشرعي لشهادات القيمة الاسمية، وإطباق عامة علماء الأمة المعتبرين على تحريمها، إلا أنه وجد في هذا العصر من هو محسوب على العلماء ويحاول تبرير هذه المعاملات بضروب من تحريف النصوص بما يساير الأوضاع الاقتصادية، ويتمشى مع أهواء الناس، وذلك بإيجاد تخريجات عجيبة وأقيسة متناقضة، وشبه واهية، لصرف النصوص عن مقتضاها، وتحريف الكلم عن مواضعه، كل ذلك محاولة منهم لمجاراة النظام الاقتصادي الرأسمالي، فقبلوا بذلك الموازين، ونكبوا الصراط، وغالطوا في الحقائق، فبدلاً من أن يخضعوا أهواء الناس لأحكام القرآن أخضعوا القرآن لأهوائهم، ونسوا أو تناسوا أن القرآن حاكم لا محكوم ومتبوع لا تابع.

والمستند الذي لجأ إليه هؤلاء^(١) هو الزعم بإمكانية تخريج هذه

(١) من هؤلاء: محمد سيد طنطاوي شيخ الأزهر حالياً، انظر: كتابه «معاملات البنوك وأحكامها الشرعية» ص ١٢٧، وعلي الخفيف أستاذ الشريعة الأسبق بجامعة القاهرة، انظر: بحثه «حكم شهادات الاستثمار التي يصدرها البنك الأهلي المصري» المقدم للمؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية ص ٥، ويس سويلم طه عضو لجنة الفتوى =

الشهادات على عقد المضاربة لكن لما كان من شروط المضاربة المجمع عليها أن يكون نصيب كل من الشريكين من الأرباح جزءاً مشاعاً، وأن يكون المال أمانة في يد المضارب لا مضموناً، بينما الربح في هذه الشهادات محدد سلفاً، ومضمون على البنك فضلاً عن ضمان رأس المال، فلم يكن لهم بد من تكسير أو إلغاء هذه الشروط ليتناسب مع العقد في هذه الشهادات.

يقول أحدهم مبيناً أوجه الشبه بين هذه الشهادات وعقد المضاربة: «والتعاقد في هذين النوعين يشبه القراض من وجوه هذا بيانها:

الأول: أن رأس المال فيهما من أحد طرفي العقد، والعمل فيه من الطرف الآخر.

الثاني: أن الربح فيه مشترك بين رب المال والعامل، وإن اختلفت فيهما صورة الاشتراك.

الثالث: أن رأس المال فيهما أمانة في يد العامل لأنه مال للطرف الآخر..

الرابع: أن العامل في المال في الحالين يعد وكيلاً عن رب رأس المال في العقدين»^(١).

وقد حاول أصحاب هذا الاتجاه أن يبرروا تجاوزاتهم تلك بالشبه التالية:

= بالأزهر. انظر: بحثه المقدم للمؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية ص ٨، وغريب الجمال انظر: كتابه المصارف والأعمال المصرفية ص ١٤٩، وعبد المنعم النمر، انظر كتاب: «حكم الإسلام في شهادات الاستثمار» لعبد الرحمن صبحي زعيتر ص ١١٧، وكتابه الاجتهاد ص ٣٢٧، وعبد الوهاب خلاف وعبد العظيم بركة الحنبلي انظر: معاملات البنوك وأحكامها الشرعية ص ١٢٧، ٢٠٦.

(١) «حكم شهادات الاستثمار» بحث د. علي الخفيف. مرجع سابق ص ٩.

أولاً: أن المضاربة لم يرد بشأنها نص من كتاب ولا سنة، والشروط التي يذكرها الفقهاء لا تستند إلى نص شرعي، ومن ذلك اشتراط أن يكون نصيب كل منهما جزءاً شائعاً.

يقول الشيخ علي الخفيف: «ذكرنا ما لعقد القراض من أحكام خالفه فيها عقد الاستثمار وهي أحكام إذا رجعنا إلى مصادرها من كتب الفقه نجد أنها لا تستند إلى نص من كتاب أو سنة صريحة، فهو عقد من عقود الجاهلية، التي شاع تعامل الناس به قبل الإسلام، وقد تعاملوا به يومئذٍ على صورة معينة تعارفوها، وقد انتقلت تلك الصورة التي كانت للقراض في الجاهلية إلى الإسلام. . أما ما تضمنته من الشروط التي فصلها الفقهاء، فقد كانت شروطاً وليدة الحاجة، حين تعامل الناس بها. . ولذا أرى أنه ليس لما عرض له الفقهاء من شروط فيها مصدر سوى الاجتهاد، ألا ترى أنهم حين ذكروا أنه لا يجوز فيها اشتراط مبلغ من الربح لأحد طرفيها، عللوا ذلك بأنه شرط يؤدي إلى عدم الاشتراك في الربح»^(١).

ويقول سيد طنطاوي: «لا نرى نصاً شرعياً ولا قياساً نطمئن إليه يمنع من تحديد الربح مقدماً، ما دام هذا التحديد قد تم باختيار الطرفين ورضاهما المشروع»^(٢).

ثانياً: إن تحديد الربح مقدماً فيه منفعة لصاحب المال لأنه يعرفه حقه معرفة خالية من الجهالة، وفيه منفعة للعامل لأنه يحمله على الجد والاجتهاد في عمله حتى يحقق ما يزيد على النسبة المقررة لصاحب المال، والتحديد قد تم برضى الطرفين، إضافة إلى أن في عدم التحديد في زماننا هذا الذي خربت فيه الذمم ما يجعل صاحب المال تحت رحمة صاحب العمل، فيستطيع أن يأكل ماله وهو لا يدري^(٣).

(١) المرجع السابق ص ١٣، وانظر: بحث يس سويلم طه. مرجع سابق ص ٨.

(٢) معاملات البنوك وأحكامها الشرعية ص ١٣٣.

(٣) معاملات البنوك وأحكامها الشرعية ص ١٣١.

ثالثاً: ولأن هذا الشرط لا يتعارض مع الأصول والمبادئ الشرعية،
وبيان ذلك:

أن علة المنع من التحديد كونه يؤدي إلى قطع الشركة في الربح إذا لم يزد الربح على ذلك القدر، ومع ذلك فقد جوز الفقهاء صوراً من التعاقد يكون ما يأتي من العامل من ربح ليس محلاً للمشاركة «لأنه إذا جاز في رأي بعض الأئمة أن يعطي المال لآخر ليعمل به على أن يكون الربح جميعه لرب المال ولا شيء للعامل كما في البضاعة وإذا جاز أيضاً أن يجعل الربح جميعه للعامل دون أن يكون ضامناً لرأس المال ولا شيء منه لرب المال، وإذا جاز أن يكون الربح لأجنبي عن العقد، فأولى بالجواز: ما إذا جعل من الربح مبلغ معين لرب المال والباقي منه للعامل إن وجد ربح، وإلا فلا شيء للعامل، ويكون العامل متبرعاً، لأن هذا ليس أسوأ حالاً ولا وضعاً من اشتراط كل الربح لرب المال، أو لأجنبي. وذلك ما قام الاتفاق عليه، وما قصده العقادان من العقد»^(١).

رابعاً: ولأن التزام البنك بسلامة رأس المال لصاحبه، والوفاء بما اشترط له من الربح، على أي وضع انتهى إليه الاستثمار إنما هو ضمان تبرعي قام به البنك اختياراً دون أن يلزمه بذلك القانون، لأن مقتضى القانون أن البنك ملزم بدفع النسبة المقررة للمستثمر فيما إذا كان هناك ربح كافٍ لذلك، أما إذا لم يكن ربح فلا يكون لهذا الاشتراط محل، وقد أقدم البنك على هذا الضمان قصداً منه إلى توفير الطمأنينة بمآل هذا التعاقد، والثقة بوسائل الاستثمار فيه، حملاً للناس على الإقبال عليه^(٢).

خامساً: ولأن المنع من تحديد الربح مقدماً أوجبته حاجة الناس في العصور السالفة، نظراً لما ينطوي عليه ذلك من الغرر الفاحش واحتمال

(١) «حكم شهادات الاستثمار» الخفيف ص ٢٣.

(٢) «حكم شهادات الاستثمار» الخفيف ص ٢٤، المصارف والأعمال المصرفية ص ١٤٦.

الغبن في حق أحد الطرفين، أما الآن فهذا الاحتمال مستبعد في المعاملة التي تكون بين الأفراد والبنوك، والتي يجري فيها تحديد الربح بعد دراسة مستفيضة لأحوال السوق العالمية، وللأوضاع الاقتصادية في المجتمع، ولذا كان المآل في هذا العقد خيراً من مآل رأس المال في الشركات والقراض^(١).

سادساً: قالوا: «ومع التسليم جدلاً بأن تحديد الربح مقدماً يفسد عقد المضاربة، فإنه لم يقل أحد من الأئمة بأن فساد عقد المضاربة لهذا السبب يجعل العقد معاملة ربوية، وإنما الذي أجمع عليه الفقهاء عند فساد عقد المضاربة بسبب تحديد الربح مقدماً أن العامل يصير أجيراً عند صاحب المال، وله أجر مثله بالغاً ما بلغ، ولصاحب المال ما بقي من الربح فوق رأس ماله، وبناءً على ذلك قالوا: إن البنك المستثمر للمال بتحديد الربح مقدماً، قد صار أجيراً عند أصحاب الأموال الذين رضوا أن يكون ما حدده لهم هو ربح أموالهم، وما بقي من أرباح بالغة ما بلغت هو أجر له على استثماره لأموالهم، وبذلك لا تكون هذه المعاملة من المعاملات الربوية^(٢).

سابعاً: قالوا: وعلى فرض أن أحكام المضاربة لا تنطبق على العقد، فيكفي أنها لم تكن موجودة في عهد التشريع فتكون من قبيل المسكوت عنه، والأصل فيما كان مسكوتاً عنه أنه مباح إن كان نافعاً ومحرم إن كان ضاراً، وهذه مباحة لأنها معاملة نافعة لكل من العامل وأرباب الأموال، فالعامل يحصل على ثمرة عمله، ورب المال يحصل على ثمرة ماله، والمجتمع ينتفع بتنمية الوعي الادخاري لدى الجمهور، ودفع العجلة الاقتصادية في البلاد^(٣).

(١) معاملات البنوك وأحكامها الشرعية ص ١٣٠، «حكم شهادات الاستثمار» ص ٢٤، المصارف والأعمال المصرفية ص ١٤٩.

(٢) معاملات البنوك وأحكامها الشرعية ص ١٣٠، «حكم شهادات الاستثمار» ص ٢٤، المصارف والأعمال المصرفية ص ١٤٩.

(٣) معاملات البنوك وأحكامها الشرعية ص ١٣٣.

المطلب الثاني

مناقشة هذ التخريج

لا ينقضي عجب الإنسان وهو يتأمل هذه الشبه وما فيها من التكلف الظاهر، بل والتحريف لحقائق ومسلمات شرعية لا جدال فيها، وتلمس التأويلات مهما كانت متهافة أو هالكة، فما أشبهها بقول الشاعر:

حجج تهافت كالزجاج تخالها حقًا وكل كاسر مكسور

إننا لا نتهم نيات قائلها، فذلك إلى الله تعالى الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، ولا نقصد من وراء ذلك التعريض بهم، فلكل نيته وقصده، والمجتهد إذا صدق في اجتهاده فهو مأجور على كل حال، لكن أن يصل بنا مجارة الواقع وتلمس رغبات الناس وشهواتهم إلى هذا الحد الذي تقلب فيه الحقائق الشرعية، وتبدل الموازين الربانية، وتحطم القواعد والأصول الفقهية، فهذا ما لا ينبغي السكوت عليه، ولا يصح أن يسوغ الاجتهاد فيه.

فمن القواعد المقررة أن ثمة حدودًا للاجتهاد، فالأصول المجمع عليها في الشريعة، لا يحق لكائن من كان أن يتجاوزها أو يجادل فيها وإلا كان أقرب إلى الفتنة منه إلى الاجتهاد، وإيم الله لو لم ألحظ ما أحدثه هذا القول من شر مستطير في الأمة الإسلامية، سوغ لكثير من المسلمين الاستثمار في هذه الشهادات استنادًا إلى القول المذكور، لما اعتبرت في المسألة قولًا آخر، وأن المسألة محل إجماع بين الأئمة المعترين، لشذوذ القول المخالف وبعده عن أصول الشريعة.

إن المتأمل في هذا العقد يجده أبعد ما يكون عن عقد المضاربة، فأين هذا العقد من عقد القراض الذي جردوه من جميع خصائصه؟! فإلما في المضاربة أمانة في يد المضارب، أما في عقد الاستثمار فالإمال مضمون.

والربح في المضاربة لكل واحد من الشريكين جزء شائع منه، أما في عقد الاستثمار، فلرب المال جزء محدد سلفاً.

والخسارة في المضاربة تكون على رب المال ولا يتحمل العامل منها شيئاً، وحسبه أنه ضاع جهده، بينما الخسارة في عقد الاستثمار تكون على المصرف ولا يتحمل رب المال منها شيئاً، عكس المضاربة.

والربح في المضاربة لا يزيد بزيادة المدة بل هو نسبة ثابتة لا تتغير، قلّت المدة أو كثرت، بينما في عقد الاستثمار يعتمد على الأجل ويتضاعف بمرور الزمن فهو كمسألة: إما أن تقضي وإما أن تربي.

قالوا: إن عقد الاستثمار هو عقد مضاربة، إلا أن الربح فيه محدد، وإلما مضمون.

فنقول: وأي شيء بقي من عقد المضاربة إذا تجرد من هاتين الخصيصتين؟!

فهو حقيقة عقد قرض لا قراض، ذلك أن الأموال المودعة تتمتع بالضمان المصرفي الكامل، فهي دين في ذمة المصرف وتغل فائدة ثابتة لا تتغير ولا تتأثر بربح البنك أو خسارته مهما كانت الظروف والأحوال، فأى فرق بين هذه الصورة والصورة البدائية للقرض؟!

إن هذا التخريج يفتح المجال لأي مقرض محتال أن يدفع المال للمقرض ويقول: خذ هذا المال مضاربة، بشرط أن تضمن لي رأس المال وريح عشرة، فلا فرق بين هذا وذاك، فإذا جوزنا ذلك فلم لا نجوز هذه الصورة؟

وعلى هذا فلا يمكن أن تتحقق صورة الربا على وجه الأرض البتة.
 أم أن دخول البنك في المعاملة يغير من حقيقة الأمر؟ أحسب أنه لو
 نظر إلى الأحكام الشرعية بهذا الاعتبار لم يبق حكم شرعي إلا ويتغير
 مراعاة للعرف، ولضغوط الواقع واحتياجات الناس.

إن النظر الشرعي يقتضي ألا نعتبر ببهرجة الألفاظ ورونق الأسماء،
 فالعبرة، في العقود بمعانيها لا بألفاظها، فسواء سميت هذه الشهادات
 استثماراً أم مضاربة أم سندات قراض أم غير ذلك فحقيقتها ديون على
 البنك يلتزم بردها ورد فائدة معها، فهي قرض جر منفعة لا محالة.

ومن هنا نعلم أن اشتراط فقهاءنا في المضاربة ألا يكون المال
 والربح مضموناً على العامل مرده إلى أن هذا الشرط يخرج العقد عن كونه
 قراضاً إلى القرض، فإن القرض والقراض يتفقان في أن الآخذ يأخذ المال
 ويستثمره بإذن صاحبه لكن في المضاربة يشتركان في الربح والخسارة بينما
 في القرض يستقل الآخذ بربحه لأنه من عقود التبرع، فإذا كان مشروطاً
 بمنفعة فإن رب المال يأخذ نصيبه المقرر وما بقي فهو للعامل، وإن لم يبق
 شيء فلا شيء له حتى لو اضطره ذلك إلى أن يستدين ليعطي المقرض
 نصيبه من الربح وهذا هو حقيقة شهادات الاستثمار.

ولقد قال القانونيون كلمتهم في ذلك - كما سيأتي - فلم تختلف في
 أن هذه الشهادات قرض لا قراض، لأن الأمر أوضح من أن يتنازع فيه
 اثنان، أو يتناطح فيه كبشان.

وبعد، لنندلف إلى الشبه التي رمى بها أصحاب هذا القول لنبين
 عوارها، ونحتكم فيها إلى الكتاب والسنة لا إلى الأهواء والآراء.

فدعواهم بأنه لا دليل على اشتراط أن يكون نصيب كل من الشريكين
 شائعاً، وأن ذلك من اجتهاد الفقهاء أنفسهم.

فنقول: إن هذا محض مغالطة ومكابرة، فيكفي أن نعلم أن هذا

الشرط ثابت بالسنة الصحيحة، وبإجماع الأمة قاطبة، وبالنظر الصحيح، فيالله العجب كيف تواطأ أصحاب هذا القول على تجاهل الأدلة الصريحة البيّنة ومناقشة الأدلة الاجتهادية.

وقد تقدم بيان هذه الأدلة مفصلة مستوفاة في مبحث شروط المضاربة، وأن هذا الأمر ثابت بالسنة الصحيحة وبإجماع الأمة قاطبة، وكفى بذلك حجة قاطعة^(١).

فنهيه عليه الصلاة والسلام في المزارعة أن يستأثر رب المال بجزء معين من الثمرة لا يسع الفقهاء المجتهدين إلا أن يتبعوه ويقولوا به في المزارعة والمساقاة والمضاربة وسائر الشركات، فإن اشترط جزء معين من ربح ذلك وثمرته لأحد المتعاقدين قد يؤدي إلى قطع الشركة في الربح وهو المعنى الذي ورد من أجله النهي، وهل من حسن الظن بهذه الشريعة العادلة أن يقال: إنها تمنع من الظلم والجور في شركة المزارعة، وتبيح ذلك في شركة المضاربة، إن هذا محض تناقض تنزهه عنه الشريعة الإسلامية^(٢).

وهذا الأمر من الواضح بدرجة تقطع الشك، فحتى الظاهرية الذين لا يقولون بالقياس متفقون على إلحاق المضاربة بالمزارعة في هذا الحكم، قال في مراتب الإجماع: «واتفقوا أن القراض إذا لم يشترط فيه أحدهما درهماً لنفسه بأقل أو أكثر، ولا فلساً فصاعداً.. ولا شرط أحدهما للآخر ربح دراهم من المال معلومة، أو ربح دنانير منه معلومة.. فهو قراض صحيح»^(٣).

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية في سياق حديثه عن المضاربة: «ولهذا

(١) انظر: ص ١٨٩.

(٢) حكم الربا في الشريعة الإسلامية، للشيخ عبد الرحمن تاج ص ٢٥.

(٣) مراتب الإجماع ص ٩٢، وانظر: المحلى ٢٤٧/٨.

لا يجوز أن يخص أحدهما بربح مقدر، لأن هذا يخرجهما عن العدل الواجب في الشركة وهذا هو الذي نهى عنه النبي ﷺ من المزارعة، فإنهم كانوا يشترطون لرب المال زرع بقعة بعينها، وهو ما ينبت على الماذيات وأقبال الجداول ونحو ذلك، فنهى النبي ﷺ عن ذلك، ولهذا قال الليث بن سعد: إن الذي نهى عنه ﷺ هو أمر إذا نظر فيه ذو البصر بالحلال والحرام علم أنه لا يجوز، أو كما قال، فبين أن النهي عن ذلك موجب القياس، فإن مثل هذا لو شرط في المضاربة لم يجز لأن مبنى المشاركات على العدل بين الشريكين، فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن هذا عدلاً بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزء شائع فإنهما يشتركان في المغنم وفي المغرم، فإن حصل ربح اشتركا في المغنم وإن لم يحصل ربح اشتركا في الحرمان، وذهب نفع بدن هذا كما ذهب نفع مال هذا، ولهذا كانت الوضعية على المال لأن ذلك في مقابلة ذهاب نفع العامل^(١).

وقد بين ﷺ أن المشاركة بجزء شائع من الربح أحل من الإجارة بثمن مسمى لما في ذلك من تحقيق العدل لكلا الطرفين، فقال: «والصواب أن المزارعة أحل من الإجارة بثمن مسمى، لأنها أقرب إلى العدل وأبعد عن الخطر.. كما في المضاربة، فإن حصل شيء اشتركا فيه، وإن لم يحصل شيء اشتركا في الحرمان»^(٢).

وقولهم: إنه لا دليل على اشتراط أن يكون المال أمانة في يد العامل غير مضمون فهو قول باطل.

فيكفي أن نعرف أن الأمة من لدن نبينا ﷺ إلى عصرنا هذا مجمعة على أن العامل في المضاربة لا ضمان عليه إلا بالتعدي أو التفريط، وأن رب المال إن اشترط الضمان فهو شرط فاسد باتفاق الفقهاء، وإنما اختلفوا في فساد العقد بذلك.

(١) مجموع الفتاوى ٥٠٨/٢٠.

(٢) مجموع الفتاوى ٦١/٢٥.

وقد سبق نقل الإجماع ونصوص الفقهاء والأدلة مفصلة في ذلك، فكيف بعد ذلك لمن تصدى للفتوى أن يخالف أمراً أجمعت عليه الأمة والإجماع حجة قاطعة، ولو لم يكن في المسألة إجماع فإن الحكم من الوضوح بحيث لا يلتبس على من حكم الأصول والقواعد الشرعية في هذه المعاملة، ذلك أن المال باشتراك الضمان فيه يصبح ديناً في ذمة العامل، وإلا لم يكن لاشتراط الضمان فائدة، فإذا شرط فيه ربح مسمى لرب المال فهو قرض جر منفعة فيكون من الربا المحرم.

وأما قولهم: إن في تحديد الربح منفعة لصاحب المال والعامل، فجوابه: بأن الربا لا يخلو من منافع، ولكن الموازنة الشرعية بينها وبين المضار التي تترتب على الربا من القضاء على روح التعاون بين الناس، ووقوع الأمة الإسلامية في التبعية الاقتصادية للمؤسسات الغربية تقضي بتحريم تلك الشهادات^(١).

وأما قولهم: بأن التراضي بين الطرفين يجيز المعاملة، فجوابه:

بأن التراضي على الحرام لا يبيحه، ولا يجعل الحرام حلالاً، لأن ما كان محرماً لحق الله، كالربا، لا يملك المتعاقدان إسقاطه حتى ولو رضيا بذلك.

وأما قولهم: بجواز تحديد الربح مقدماً قياساً على جواز الإبضاع حيث يكون الربح كله لرب المال، أو جواز اشتراطه لأجنبي فهذه مغالطة، وقلب للحقائق، وبيان ذلك من أوجه:

أ - أن هذا قياس في مقابلة النص، فهو فاسد الاعتبار.

ب - أنه لو صح ذلك لأمكن أن يقال في أي عقد قرض في الدنيا: كما يجوز أن يتبرع المقترض بربح جميع المال الذي اقترضه لغيره أو

(١) انظر: المعاملات المالية المعاصرة ص ١٨٣.

للمقرض فمن باب أولى يجوز أن يتبرع بقدر محدد منه للمقرض، وعليه فإن صورة القرض بمنفعة تكون خيالية لا حقيقة لها في الواقع.

ج - ولأن المال في الإبضاع، وفي حال التبرع بالربح لأجنبي، لم يختلف الفقهاء في كونه أمانة بيد العامل^(١) بينما في عقد الاستثمار المال مضمون على العامل بكل حال، فكيف يصح قياس هذا على هذا؟

د - أن في هذا القياس خلطاً بين المفاهيم والأصول الشرعية، ذلك أن العقود الشرعية تنقسم إلى عقود معاوضات، وعقد تبرعات، فعقود التبرعات يتسامح فيها ما لا يتسامح في عقود المعاوضات، حثاً للناس على التبرع وترغيباً لهم في ذلك، ألا ترى أن صورة القرض هي تماماً كصورة بيع النقد بالنقد نسيئة، لكن أبيع الأول لأنه تبرع ومنع الثاني لأنه معاوضة، والغرر مؤثر في عقود المعاوضات بالاتفاق أما في عقود التبرعات فقد اختلفوا في تأثيره، وجمهورهم على أنه غير مؤثر من حيث الجملة^(٢).

فهذا المستثمر إذا شرط له في عقد الاستثمار ريالاً واحداً خرج العقد من كونه تبرعاً إلى المعاوضة.

قال الإمام مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً واشتراط عليه منه شيئاً من الربح خالصاً دون صاحبه، فإن ذلك لا يصلح وإن كان درهماً واحداً^(٣).

ولا يصح أن يقال: إنه متبرع بما زاد عن الريال، ولا أن يقال: إن البنك متبرع إذا لم يزد الربح عن ريال، لأن هذا تلبيس وتدليس، وتسمية

(١) درر الحكام ٤٣٧/٣، مواهب الجليل ٣٧١/٥، حاشية المقنع لابن عبد الوهاب ٢/١٧٢، حاشية قليوبي وعميره ٥٣/٣.

(٢) انظر: الغرر وأثره في العقود ص ٤٤٧، ٥٢١.

(٣) الموطأ ٦١/٢.

للأحكام الشرعية بغير اسمها، وإلا فمن أراد أن يشتري حملاً في بطن فلينو أنه متبرع إن ظهر الحمل ميتاً، وينو البائع التبرع إن ظهر توأمًا، وهكذا لا يبقى شيء من الأحكام الشرعية إلا ويحتال عليه بمثل هذه الحيل الباردة.

وأما قولهم: إن ضمان البنك تبرع وليس بلازم، فباطل أيضًا، لأنه وإن لم ينص عليه في اتفاقية التعاقد، فإن البنك ملزم بضمان أصل المال والفوائد على كل حال، ربح أو خسر، لأن ذبوع العلم بهذا الضمان يجعله كالمشروط في العقد، وفي جميع الدول التي تقرر أنظمتها إصدار هذه الشهادات يحق للمستثمر مطالبة البنك بذلك أمام الجهات القضائية.

فهو ملزم بقوة القانون، فكيف يصح بعد ذلك أن يقال: إنه متبرع؟

نعم، يصح ذلك لو كان الضمان غير مشروط ولا متعارف عليه، وإنما تبرع من البنك في نهاية الدورة الاستثمارية، كالقرض يجوز للمقترض أن يرده بأفضل مما اقترض إذا لم يكن ذلك مشروطًا في أصل العقد.

وأما قولهم: إن العلة التي من أجلها منع من تحديد ربح ثابت منتفية الآن لأن الاستثمار يعتمد على دراسات محاسبية دقيقة، فمردود من وجهين:

الأول: أن ذلك لا يشفع لتجاوز الحدود الشرعية، وما أجمعت عليه الأمة قاطبة ذلك أن شريعة الإسلام عامة خالدة تطبق أحكامها في كل الأزمنة والأماكن مهما تغيرت الظروف والأحوال، والتماس المجتهدين لحكمة التشريع لا يعني أنها إذا لم تكن ظاهرة بجلاء في بعض الأحوال فإن الحكم يرتفع، فإن الحكم يدور مع العلة لا مع الحكمة.

فإذا سلمنا - جدلاً - بأن الوسائل المحاسبية الحديثة هي من الدقة بحيث يستطيع البنك أن يحدد أرباحه سلفًا، فإن هذا لا يسوغ خرق الإجماع ومجاوزة حدود الله، وإلا لكان من الممكن أن يقال: ليس

للمسافر بالطائرة أن يفطر لأنه لا مشقة عليه، وللمقترض إذا كان غنياً أن يقترض بفائدة، لأنه غير محتاج، وهكذا تتحطم الأحكام الشرعية تبعاً للأهواء والشهوات.

والوجه الثاني: أن هذه الدعوى ليس لها من الواقع نصيب، فأين أصحاب هذه الدعوى مما يحل اليوم بالعالم من كوارث ونكبات مالية تعصف بأمم بأكملها بينوكها وشركاتها، وها نحن الآن على نهاية العام ١٩٩٨م، وبين يدي عدة تقارير في عددٍ من المجالات تتحدث عن الكوارث المالية التي حلت بعددٍ من الدول هذا العام الجاري فقط.

فهذه اليابان تعلن فيها مئات البنوك إفلاسها.

وهذه الأزمة الآسيوية التي عصفت بدول جنوب آسيا برمتها، فلم تغن عنهم حساباتهم ولا دراساتهم، بل إن «صندوق النقد الدولي» وهو أعلى مؤسسة مالية في العالم، توقع في تقريره قبل حلول الأزمة الآسيوية ببضعة أشهر أن يكون معدل النمو في دول النمو الآسيوية يزيد على ٨٪، وهو من أعلى معدلات النمو في العالم، وها هو الآن لا يزيد على ٢،٠٪، فهل يصح بعد ذلك أن يقال: إن الدراسات المحاسبية تقدر بالدقة نتائج الاستثمار؟ أو لا يعلم هؤلاء أن في أمريكا وحدها مجالات دورية أسبوعية أو شهرية متخصصة بالإعلان عن الشركات والبنوك التي تعلن إفلاسها.

إن كل استثمار كائناً ما كان معرض للربح والبوار، فهذه سنة الله في الأرض، وإن احتمال الكوارث والمفاجآت قائم في أي وقت وأي مكان^(١).

(١) وبعد كتابة ما تقدم بنحو سنة، طالعت في جريدة الرياض ندوات حوار أجرتها الجريدة مع عدد من المختصين في حلقات متعددة حول وضع الشركات المساهمة المتعثرة في المملكة وأسباب ذلك، وخلص المنتدون إلى أن النتائج المالية التي حققتها معظم الشركات غير مرضية ولم تحقق ما كان متوقعاً منها. فتأمل!!

بل لو قال قائل: إن توقعات المستثمرين في العصور السابقة كانت أدق مما هي عليه الآن لم يكن مجاناً للصواب، ففي السابق لم يكن الاستثمار يتأثر إلا بقدرة المضارب وجهده في تحقيق الربح، وخبرته في التجارة، أما الآن فثمة عوامل متعددة تجعل الدراسات المحاسبية لا تجدي شيئاً: فالأسواق المالية أصبحت مرتبطة بعضها ببعض، فزلزال يضرب إحدى الدول يهز الأسواق المالية في دول العالم^(١)، كما أن هذه الأسواق حساسة جداً وتتأثر بالإشاعات والتخمينات والتصريحات، وغير خافٍ أن الأسواق الدولية تأثرت بسلوكيات امرأة واحدة في العام ١٩٩٨م.

وفضلاً عن ذلك فإن أساليب المنافسات وطرق الابتزاز والاحتكار والكيد للآخرين، قد تقدمت بحيث لا تستطيع أي شركة أو بنك أن تعتمد على نظمها المحاسبية، ما لم يكن لديها رصيد ضخ من الخبرة والقدرة على المنافسة، وهي أمور احتكارية بأيدي المؤسسات المالية الكبرى في العالم، أضف إلى ذلك انتشار الكوارث والحروب الطاحنة والانقلابات بشكل لم يكن معهوداً من قبل، ولا تستطيع الدراسات المحاسبية مهما كانت أن تتنبأ بمثل هذه المفاجآت.

وأما قولهم: إن تحديد الربح يوجب فساد المضاربة، ولا يلزم من ذلك أن يكون العقد ربوياً، فهو قول فاسد، لأن الفقهاء لما حكموا بفساد المضاربة أوجبوا أجر المثل أو ربح المثل - على خلاف بينهم في ذلك - للعامل، وما بقي من الربح فهو لرب المال.

قال في تحفة الفقهاء: «المضاربة متى فسدت، وقد ربح منها فالربح لرب المال، وللمضارب أجر المثل، لأن استحقاق رب المال الربح لكونه نماء ملكه، والمضارب يستحق بالشرط، وقد فسد العقد، لكن عمل له

(١) وغير بعيد عنا الزلزال الذي ضرب تايوان فتأثرت به أسواق الحاسبات الآلية في جميع العالم.

بحكم عقد فاسد فيلزمه أجر المثل، وكذا إذا لم يربح لأنه استعمله فترة في عمله فكان عليه أجره العمل»^(١).

وفي الأم: «كل قراض كان في أصله فاسدًا فللمقارض العامل فيه أجر مثله، ولرب المال: المال وربحه»^(٢).

فهذا هو حكم القراض الفاسد، الذي يخرج به عن دائرة الربا، أما هم الآن فقد قلبوا الحكم وجعلوا لرب المال أجرًا محددًا، وللعامل ما بقي من الربح، فأصبح الأجير مستأجرًا ثم بأي مستند يصح أن يقال: إن ما فضل عن القدر المحدد للمستثمر يعتبر أجرًا للبنك؟ أو ليس من شروط الأجر المجمع عليها أن يكون معلومًا؟ ثم هب أن المسألة لا تدخل في دائرة الربا، فهل يصح للمسلم أن يعقد عقدًا يعلم فساده؟ مصادمةً لحكم الله وتعديًا لحدوده.

وأما قولهم: إنها من قبيل المسكوت عنه فتباح، فهذه مغالطة ظاهرة، لأنها من القرض بفائدة، وهو أمر منصوص على تحريمه، وتسميتها بشهادات استثمار لا يغير من الأمر شيئًا لأن العبرة بالمقاصد لا بالأسماء والمباني.

وأما قولهم: إن هذه الشهادات تحقق النفع للمجتمع، فهو افتراض ليس له حظ من الحقيقة، لأن البنوك لا تقوم بتشغيل هذه الأموال في المشاريع التنموية إلا بنسبة ضئيلة منها، والنسبة العظمى تقرضها للمصارف الدولية بفوائد فهي تكتفي بفوائد الودائع عن تشغيلها، الأمر الذي أدى إلى زيادة التضخم وانتشار البطالة، وخروج الأموال واستغلالها في خارج البلدان الإسلامية، مما يعتبر له أكبر الأثر في اقتصاديات الأمة حيث يجرد المسلمون من أدوات النشاط الاقتصادي بينما تنعم البلدان الأجنبية

(١) تحفة الفقهاء ٢٥/٣، وانظر: الهداية ٤١٨/٧.

(٢) الأم ٦/٤، وانظر: بداية المجتهد ٢٩٢/٢، شرح المنتهى ٣٢٩/٢.

بالرفاهية بفضل هذه الأموال التي هي في الأصل أموال المسلمين^(١)،
ويكفي أن نعرف أن الأموال العربية المودعة في المصارف الغربية - كما
قدرتها بعض الإحصائيات تربو على ٨٢٠ مليار دولار^(٢).

فالعامل التجاري الاستثماري الذي يقوم على تلاقي رأس المال
بالعمل لا يقره العرف المصرفي، ولا تنتهجه المصارف التقليدية كأسلوب
لتوظيف أموالها^(٣).

فهذه شبه المجيزين والردود عليها، لكن بقي النظر في شهادات
الاستثمار من النوع الثالث وهي الشهادات ذات الجوائز، فقد جوزها
بعضهم بحجة أنها تدخل في نطاق الوعد بالجائزة، وليست من القرض
بفائدة^(٤).

والجواب عن ذلك أن يقال: إن هذا التخريج غير مسلم لأمرين:

الأول: أن هذه الصورة من الشهادات جمعت بين الربا والميسر،
فهي أشد أنواع الشهادات تحريمًا، والمودع ليس متبرعًا لأنه ما أودع
المال إلا بقصد الحصول على جائزة، وهو أمر غير مقدور عليه.

الثاني: أن حقيقة هذه الجوائز هي نفس الفوائد المترتبة على أموال

(١) انظر: المصارف وبيوت التمويل ص ٦٢.

(٢) مجلة المال والأعمال العدد ٢٤.

(٣) ومثالاً على ذلك: بلغ مجموع القروض والسلف لأحد البنوك السعودية التقليدية في
قائمة مركزه المالي يوم ١٩٩٨/١٢/٣١ م ما مجموعه ٤٢، ٢١ مليار ريال، وهو ما
يمثل حوالي ٣٧٪ من موجودات البنك، وفي بنك آخر بلغت ١٣،٥ مليار ريال أي ما
نسبته ٣٥٪ من الموجودات، بينما بلغت النسبة في شركة الراجحي المصرفية ٠٪ حيث
إنها لا تتعامل بهذه الشهادات. انظر: جريدة الرياض الأعداد ١١٢٠١، ١١١٧٤،
١١١٨٨.

(٤) حكم الإسلام في شهادات الاستثمار ص ٢٢، وقد نقل هذا القول عن الشيخ
عبد العظيم بركة الحنبلي، والشيخ جاد الحق علي جاد الحق، وانظر: معاملات البنوك
وأحكامها الشرعية ص ٢٨.

المستثمرين ذلك أن البنوك التقليدية عندما تحدد الفوائد الربوية تسير وفق نسب محددة لا تستطيع تجاوزها إلا بقدر ضئيل قد لا يكون وسيلة مجدية للإغراء، والفائدة المحددة نفسها لا تكون كافية لجذب ذوي الودائع المتدنية، ومن هنا جاء التفكير في الجوائز فبدلاً من أن توزع الفوائد على عموم المستثمرين بنسب ضئيلة تجمع وتقسّم على شكل جوائز يجري السحب عليها بالأرقام، فصاحب العشرة ريالات قد يأخذ جائزة بمقدار مائة ألف، وصاحب العشرة آلاف قد يأخذ جائزة لا تتجاوز مائة ريال، وإذا تضاعفت أو زادت نسبة الفوائد يمكن أن يزيد البنك في مقدار الجوائز، أو يضم معها فوائد توزع على عموم المستثمرين.

ومن هنا نرى أن توزيع الجوائز بالقرعة ما هو إلا توزيع الفوائد الربوية عن طريق المقامرة فإذا أضيف الميسر إلى الربا، فهل من المعقول أن يقال: إن العقد تحول من الحرام إلى الحلال؟^(١).

(١) انظر: الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة ص ٢١٤.
المعاملات المالية المعاصرة ص ١٨٤. بحوث في المعاملات المالية المعاصرة
ص ٣٠٧.

المطلب الثالث

ما يترتب على هذا التخريج

إن أهم ما يرمي إليه القائلون بتخريج شهادات القيمة الاسمية على المضاربة هو تجويز هذه الشهادات، مهما كان مسمى الخدمة المصرفية التي تصدر من خلالها، وبأي شكل كانت عليه هذه الشهادات.

وبناءً على هذا القول فلا ضير في الاستثمار في:

- ١ - سندات التنمية التي تصدرها المصارف المركزية بشتى أنواعها، سواء أكانت بالعملة المحلية أم بعملة أخرى.
 - ٢ - أذونات الخزينة، لأنها مضاربة مع الدولة أيضًا.
 - ٣ - السندات بشتى أنواعها، العادية والمضمونة، والمستحقة بعلاوة إصدار (قيمة اسميه) زائدة عن قيمتها المدفوعة، والسندات ذات الجوائز، فكلها تتفق مع شهادات الاستثمار من حيث الحكم، ولا تختلف عنها إلا في بعض الأمور الفنية التي لا تؤثر في جوهر الموضوع.
 - ٤ - شهادات الإيداع المصرفية القابلة للتداول.
 - ٥ - شهادات الادخار (التوفير) ذات القيمة الاسمية.
 - ٦ - الوحدات الاستثمارية مضمونة القيمة.
- وأنواع كثيرة لا حصر لها تتفق مع الشهادات في الحكم وإن اختلفت في أسمائها وجهات إصدارها^(١).

(١) انظر: معاملات البنوك وأحكامها الشرعية ص ١٦٥ - ٢٢٧.

هذه هي الآثار التي يرمي إليها أصحاب هذا القول، ولست أجحف إذا قلت: إن مقتضى هذا القول هو إباحة الفوائد المصرفية بجميع أشكالها، فلا حرج في التعامل المصرفي بالفوائد بين البنوك، ولا فيما بينها وبين البنك المركزي، ولا فيما بينها وبين جهات التوظيف، لأن الجميع يمكن تخريجه على هيئة «المضاربة العصرية» التي ابتكرها هؤلاء.

بل لست أبعد النجعة إذا قلت: إن مقتضى هذا القول هو نسف أصل معلوم من الدين بالضرورة، بإباحة الربا، ورفع تحريمه إلى يوم القيامة، فما أسهلها حيلة باردة ابتكرها هؤلاء لكل مرابٍ يرغب في التحايل على حكم الله أن يدفع المال قرضًا بفائدة وينوي بذلك الاستثمار، وليس عليه بأس في ذلك فالعقد مضاربة ولا يؤثر في صحتها تحديد الربح أو ضمان المال.

لقد كان الأجدى لهؤلاء أن يبقوا عقد المضاربة كما هو وفق الصيغة التي أجمعت عليها الأمة، وأن يصححوا الشهادات بما يتلاءم مع العقد، فالأحكام الشرعية فيها من المتانة والمرونة لأن تلائم احتياجات الناس في جميع العصور بما لا يحتاج معه أبنائها إلى التبعية لأي نظام آخر، شريطة أن يصدقوا الله في عزمهم وأن يتحرروا من أغلال الهزيمة النفسية.

إن مهمة العالم الشرعي هي التقويم والتصحيح وليس التبرير وتلمس الأعذار.

فهذا هو أحدهم - وهو الدكتور غريب الجمال أحد الخبراء في علم الاقتصاد - بعد أن أيد القول بالجواز يبنى بما يتلجلج في صدره من عدم الركون إلى هذا القول حيث يطرح صيغة بديلة لهذه الشهادات - ونحن معه في ذلك - فيقول: «ومن رأينا استحداث نظام لهذه الشهادات، ويمكن تطبيق ذلك على السندات التي تصدرها الدولة، ومن مقتضى هذا النظام أن يصبح من يقتني هذه الشهادات بمنأى عن الحرج شرعًا مع تحقيق أهداف الدولة التنموية، فمن المعلوم أن الدولة تستخدم الحصيلة المتجمعة من بيع

هذه الشهادات، في دعم المشروعات الإنتاجية، وعلى ذلك فمن اليسير على الدولة أن تحصي مجموع صافي الأرباح، ومقدار التمويل الذي قدم إليها منسوباً إلى رؤوس الأموال التي شملها التشغيل في المشروعات المذكورة، وعلى ذلك يختص أصحاب هذه الشهادات بنسبة من مجموع الأرباح الصافية للمشروعات تعادل نسبة مشاركتهم في تمويلها، وبهذا تتحقق أهداف النفع العام وفي ذات الوقت يزول كل محذور شرعي، وسيكون العائد بلا شك مستقرًا ومضمونًا ومجزياً لاتساع وعاء المشروعات المستخدم فيها وتنوعها^(١).

(١) المصارف والأعمال المصرفية ص ١٥٠.

المبحث الثالث

تخريجها على عقد القرض

ذهب عامة العلماء المعاصرين إلى تخريج شهادات القيمة الاسمية على عقد القرض، وفي هذا المبحث نناقش هذا التخريج ومستنداته، من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

تعريف عقد القرض وأدلة مشروعيته

القرض - بفتح القاف وكسرهما - في اللغة: اسم مصدر بمعنى الإقراض، من قرَض الشيء يقرضه: إذا قطعه.

قال في معجم مقاييس اللغة: «القاف والراء والضاد، أصل صحيح، وهو يدل على القطع، يقال: قرضت الشيء بالمقراض، والقرض ما تعطيه الإنسان من مالك لتقضاه، وكأنه شيء قد قطعته من مالك»^(١).

ويطلق على القرض أيضاً: سلفاً، يقال: استلف: أي استقرض، وأسلفه أي أقرضه^(٢).

ويطلق عليه أيضاً: ديناً، لكن الدين أعم من القرض، فالدين يشمل كل ما يثبت في الذمة من مالٍ في معاوضة، أو إتلاف أو قرض فكل

(١) معجم مقاييس اللغة ٧١/٥، وانظر: أساس البلاغة ص ٥٠٢، المغرب ص ٣٧٩، الصحاح ١١٠١/٣، الزاهر ص ٣٤٦.

(٢) القاموس المحيط ص ١٠٦، مختار الصحاح ص ١٣٠، الزاهر ص ٣١٤.

قرض دين، وليس كل دين قرضاً^(١) وأما تعريفه في الاصطلاح فقد عرفه الفقهاء بتعريفات متعددة الألفاظ غير أن مؤداها متقارب، وهو أنه: «دفع مالٍ إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله له»^(٢).

والأصل في القرض أنه مندوب في حق المقرض، ومباح في حق المقرض، لأن الغرض منه أصلاً معونة المقرض، وتفريغ كربه بمنحه منافع المال المقرض تبرعاً، فلا يصح أن يكون سبيلاً للاسترباح وتنمية رأس مال المقرض.

وقد دل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب فبالآيات الكثيرة التي ترغب في القرض، مثل قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضْعِفُهُ لَهُ أضعافًا كثيرة﴾ [البقرة: ٢٤٥].

ووجه الدلالة من الآية: أن الله ﷻ سمي من ينفق في سبيله مقرضاً لأنه بذلها ليأخذ عوضها أجراً، فأشبهه من يقرض شيئاً ليأخذ بدله، فدل ذلك على مشروعية القرض لأن السياق يقتضي المدح، ومشروعية المشبه تقتضي مشروعية المشبه به^(٣).

وأما السنة ففعله عليه الصلاة والسلام، ومن ذلك ما روى أبو رافع رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة، فقدمت إبل الصدقة، فأمر

(١) الفروق اللغوية ص ١٤٠، كشاف اصطلاحات الفنون ٢/٥٠٢، طلبة الطلبة ص ١٤١.

(٢) وهذا التعريف للحنابلة، المنتهى ٢/٢٢٥.

وعرفه الحنفية: «ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه» الدر المختار ٧/٣٨٨.

وعرفه المالكية: «إعطاء متمول، متماثل في الذمة، لنفع المعطى فقط» الشرح الصغير ٢/١٠٤.

وعرفه الشافعية: «تمليك الشيء على أن يرد بدله» مغني المحتاج ٣/٢٩.

(٣) الإشارة إلى الإيجاز ص ١٢٠، الجامع لأحكام القرآن ٢/١٥٧، تفسير ابن سعدي ١/١٤٧.

أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: يا رسول الله لم أجد فيها إلا خيارًا رباعيًا، فقال: أعطه، فإن خير الناس أحسنهم قضاء»^(١).

وقد أجمع المسلمون على مشروعية القرض^(٢).

(١) أخرجه مسلم (كتاب المساقاة باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه برقم ١٦٠٠) وأبو داود (كتاب البيوع باب حسن القضاء برقم ٣٣٣٠) والبكر من الإبل بمنزلة الغلام من الإنسان و«رباعيًا» ما أتى عليه ست سنين من الإبل ودخل في السابعة حين طلعت رباعيته، عون المعبود ١٩٦/٩.

(٢) الإفصاح ٣٥٧/١، مراتب الإجماع ص ٩٤، المغني ٤٢٩/٦، نيل الأوطار ٣٢٣/٦.

المطلب الثاني

حكم المنفعة في القرض

لا خلاف بين الفقهاء في أن اشتراط منفعة في عقد القرض للمقرض محرم، وأنه متى وقع ذلك فإنه يجعل العقد ربوياً.

وتتعدد صور المنفعة التي يحرم على المقرض اشتراطها، فقد تكون باشتراط زيادة في بدل القرض، بأن يرد المقرض أكثر مما أخذ من جنسه، أو من جنس آخر، أو باشتراط زيادة في الصفة، بأن يرد المقرض أجود مما أخذ، وقد تكون باشتراط عمل معين على المقرض، أو هدية يدفعها مع بدل القرض، أو الدخول في مسابقة بجوائز وغير ذلك مما يمكن أن يكون منفعة للمقرض^(١).

والحكمة من المنع أن عقد القرض شرع إرفاقاً بالناس، ودفعاً لحاجاتهم، واشتراط المنفعة فيه يخرجهم عن موضوعه، وهذا بخلاف ما لو كانت المنفعة غير مشروطة، وإنما بذلها المقرض عند الأداء تبرعاً من غير شرط فلا محذور في ذلك لما تقدم في حديث أبي رافع رضي عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أدى القرض بأفضل مما أخذ.

ومع أن هذا الحكم هو من الجلاء والقطعية بما لا يدع مجالاً

(١) انظر: شرح معاني الآثار ٩٩/٤، الفتاوى البزازية ٣٦٠/٤، كفاية الطالب الرباني ٢/١٤٩، جواهر الإكليل ٧٦/٢، حاشية الجمل ٢٦١/٣، معالم القربة في طلب الحسبة ص ١٣٥، فتح العلي المالك ١٣٦/٢، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٢٧١، الدراري المضية ١١٤/٢، الزواجر عن اقتراف الكبائر ٤١٠/١، تبصرة الحكام ٤١١/١.

للسك، فقد توارثته الأمة جيلاً بعد جيل دون منازعة، إلا أنه بدأت تظهر بوادر شقاق متعددة في هذا العصر تحاول التشكيك في هذا الأمر، أو التقليل من أهميته^(١)، بحجة أن الفقهاء لم يتعرضوا لهذه المسألة بشيء من التفصيل مثلما فعلوا في أنواع الربا الأخرى تارة، وبحجة أن هذه من مسائل الاجتهاد التي يسوغ فيها الخلاف تارة، أو باعتبارها خاصة بحالات لا تشمل الاستثمارات المصرفية تارة أخرى.

وهي محاولات لا تلبث أن تتكسر أمام قواطع الحجج اليقينية، وبراهين الأدلة القطعية.

وإيضاحاً للحق، وحتى لا يبقى مجال لتشكيك مشكك فإني أبين الأدلة القاطعة في المسألة، والتي لا يتوهم بعدها أحد يخشى الله ويتحرى الحق إلا ويوقن بأنها من الأمور التي تعلم من دين الإسلام بالضرورة.

فأقول وبالله التوفيق: إن القرض بفائدة محرم دل على تحريمه الكتاب والسنة والإجماع والنظر الصحيح.

١ - أما الكتاب فكل آية تنهى عن الربا، فهي دليل على تحريم القرض بفائدة، كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «نص النهي عن الربا في القرآن يتناول كل ما نهى عنه ربا النسيئة والفضل والقرض الذي يجر منفعة»^(٢) وذلك مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠] وقوله: «أضعافاً مضاعفة» ليس قيداً وصفيّاً في تحريم الربا، وإنما هو قيد أغلبي لبيان الواقع الذي كان يتعامل به أهل الجاهلية، وللتشنيع عليهم بأن هذه المعاملة ظلم صارخ حيث كان الرجل يربي إلى أجل، فإذا حلّ،

(١) منهم رشيد رضا: تفسير المنار ٤/١٢٨، وعبد الرازق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٣/٢٤٠، ومعروف الدواليبي: المرجع السابق ٣/٢٣٣، وستتناول من هذه الشبه ما له علاقة بالاستثمارات المصرفية عند الحديث عن مظانها في هذا البحث.

(٢) مجموع الفتاوى ١٩/٢٨٠.

قال للمدين: زدني في المال حتى أنظرك في الأجل، فيتضاعف المال عدة مرات^(١).

ووجه الدلالة من هذه الآيات أن القرض بفائدة يدخل دخولاً أولياً فيها لأن الربا الذي كان يتعامل به أهل الجاهلية، والذي نزل القرآن أساساً بتحريمه كان على نوعين: الزيادة في دين ثابت في الذمة مقابل التأخير (زدني أنظرك) والقرض بفائدة، وسبب النزول قطعي الدخول في حكم الآية، قال في أحكام القرآن: والله تعالى حرم الربا فمن الربا ما كانوا يعتادونه في الجاهلية من إقراض الدنانير والدراهم بزيادة^(٢).

ومما يدل على تحريم هذه الصورة بخصوصها قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

ووجه الدلالة من الآية: أن الجملة الأخيرة قد حصرت حق الدائن في رأس المال الذي أقرضه، ولا يجوز إذا تاب إلا استرجاع أصل ماله، وأن الزيادة عليه ظلم، وهذا برهان واضح على تحريم القرض بفائدة^(٣).

١ - وأما السنة فمنها: ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «كل قرض جر منفعة فهو ربا»^(٤).

٢ - ما رواه عنه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال: «لا

(١) الجامع لأحكام القرآن ٤/١٣٠.

(٢) أحكام القرآن لإليكا لهراسي (١/٢٣٢) وانظر: أحكام القرآن للجصاص (١/٦٣٥).

(٣) الربا والمعاملات المصرفية ص ١٨٣.

(٤) الحديث عزاه في تلخيص الحبير ٣/٣٤، إلى مسند الحارث بن أبي أسامة وإسناده ضعيف لأن فيه سوار بن مصعب وهو متروك الحديث إلا أنه صح موقوفاً عن جمع من الصحابة كما سيأتي، وأجمعت الأمة على الأخذ به، انظر: تنقيح التحقيق ٣/١٩٢، نصب الراية ٤/٦٠، إرواء الغليل ٥/٢٣٦.

يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك»^(١).
 ووجه الدلالة منه كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية، بأنه نهى عن
 الجمع بين السلف (القرض) والبيع «لأنه إذا باعه شيئاً وأقرضه فإنه يزيد
 في الثمن لأجل القرض فيصير القرض بزيادة وذلك ربا»^(٢).

وقال ابن القيم أيضاً مبيناً علة التحريم: «لأنه إذا أقرضه مائة إلى
 سنة ثم باعه ما يساوي خمسين بمائة فقد جعل هذا البيع ذريعة إلى الزيادة
 في القرض الذي موجه رد المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه ولولا عقد
 القرض لما اشترى ذلك»^(٣).

وأما الآثار فقد ورد النهي عن جمع من الصحابة والتابعين: فعن ابن
 عباس رضي الله عنهما أنه قال: «في رجل كان له على رجل عشرون درهماً، فجعل
 يهدي إليه وجعل كلما أهدي إليه هدية باعها حتى بلغ ثمنها ثلاثة عشر
 درهماً، فقال ابن عباس: لا تأخذ منه إلا سبعة دراهم»^(٤).

وعن عبد الله بن سلام رضي الله عنه أنه قال لأبي بردة: «إنك بأرض الربا
 فيها فاش فإذا كان لك على رجل دين فأهدى إليك حبله من علف أو
 شعير أو تبين فلا تقبله فإن ذلك من الربا»^(٥).

وورد مثل ذلك عن عمر وابن مسعود وأبي بن كعب وابن سيرين
 وعطاء والنخعي والحسن وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين^(٦).

(١) الحديث سبق تخريجه. ص ١٥٧.

(٢) الفتاوى الكبرى ١٦٠/٦، وانظر: إغاثة اللهفان ١/٣٦٣.

(٣) تهذيب السنن ١٤٤/٥، وانظر: كلام الإمام الشاطبي في الموافقات ٣/١٩٩،
 والخطابي في معالم السنن ١٤٤/٥، والمبار كفوري: تحفة الأحوذى ٤/٤٣١،
 والشوكاني: نيل الأوطار ٥/٢٠٢.

(٤) البيهقي ٣٤٩/٥، وإسناده صحيح.

(٥) أخرجه البخاري (كتاب المناقب باب مناقب عبد الله بن سلام برقم ٣٨١٤).

(٦) انظر: مصنف عبد الرزاق ٨/١٤٥، ومصنف ابن أبي شيبة ٥/٨٠، والسنن الكبرى
 للبيهقي ٥/٣٥٠.

٣ - وأما الإجماع، فقد أجمعت الأمة على تحريم القرض بفائدة، ولم يخالف في ذلك أحد إلى عصرنا هذا، سوى ما أثاره بعض من تأثر بالحضارة الغربية من المعاصرين محاولين بذلك خرق الإجماع.

قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن المسلف إذا اشترط على المستلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا»^(١).

وقد حكى الإجماع جمع من أهل العلم^(٢).

وفي التمهيد: «وقد أجمع المسلمون نقلاً عن نبيهم ﷺ أن اشترط الزيادة في السلف ربا ولو كان قبضة من علف أو حبة، كما قال ابن مسعود: أو حبة واحدة»^(٣).

٤ - وأما النظر الصحيح، فلأن موضوع عقد القرض الإرفاق والقربة، فإذا شرط المقرض فيه الزيادة لنفسه، خرج عن موضوعه، فمنع صحته، وبيان ذلك أن القرض قد تكون صورته على صورة ربا النسبية لأنه مبادلة مال بمال بلا تقابض، لكن لما كان الغرض منه الإرفاق رخص فيه الشارع، فإذا شرط فيه المنفعة أصبح عقد معاوضة فيجري فيه الربا^(٤)، قال في الفروق: «اعلم أن قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية: (قاعدة الربا) إن كان في الربويات كالنقدين والطعام، (وقاعدة المزابنة) وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إن كان في الحيوان ونحوه من غير المثليات، (وقاعدة بيع ما ليس عندك) في المثليات وسبب مخالفة هذه

(١) الإجماع لابن المنذر ص ٩٥.

(٢) وممن حكى الإجماع: ابن تيمية وابن قدامة من الحنابلة مجموع الفتاوى ٣٣٤/٩، المغني ٤٣٦/٦، والرمل من الشافعية نهاية المحتاج ٢٣٠/٤، والتسولي من المالكية البهجة ٤٧٢/٢، والعيني والعثماني من الحنفية عمدة القاري ٤٥/١٢، إعلاء السنن ٤٩٨/١٤، وابن حزم من الظاهرية مراتب الإجماع ص ٩٤.

(٣) التمهيد لابن عبد البر ٦٨/٤.

(٤) انظر: كشاف القناع ١٥٤٧/٥، أسنى المطالب ١٤٢/٢، تبين الحقائق مع حاشية الشلبي ٢٩/٦.

القواعد مصلحة المعروف للعباد، فلذلك متى خرج عن باب المعروف امتنع، إما لتحصيل منفعة المقرض أو لتردده بين الثمن والسلف لعدم تعيين المعروف مع تعيين المحذور^(١) وقال ابن القيم: «ومن ذلك أن الله حرم أن يدفع الرجل إلى غيره مالا ربوياً بمثله على وجه البيع إلا أن يتقابضا وجوز دفعه بمثله على وجه القرض وقد اشتركا في أن كلاً منهما يدفع ربوياً ويأخذ نظيره وإنما فرق بينهما القصد فإن مقصود المقرض إرفاق المقرض ونفعه وليس مقصوده المعاوضة والربح»^(٢).

وعلى المنع في بدائع الصنائع بقوله: «بأن الزيادة المشروطة تشبه الربا، لأنها فضل لا يقابله عوض، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا، واجب»^(٣).

(١) الفروق ٢/٤.

(٢) أعلام الموقعين ١١١/٣.

(٣) بدائع الصنائع ٥٩٨/١٠.

المطلب الثالث

كيفية التخريج ومستنده

من خلال ما سبق تبين لنا أوجه الشبه بين عقد القرض، وشهادات الاستثمار ذات القيمة الاسمية، والتي توجب إلحاقها به. فالمصرف يضمن المال للمستثمر - تمامًا - كما يضمن المقرض مال القرض.

والمستثمر له غلة محددة لا تتأثر بالمركز المالي للبنك أو بربحه وخسارته، تمامًا كالمقرض بفائدة، لا تتأثر فائدته بمدى ارتفاع المقرض بالمال.

وكون المال مدفوعًا بقصد الاستثمار لا يمنع صحة التخريج، لأن رب المال في المضاربة إذا شرط الضمان على المضارب انقلب العقد قرضًا، حتى ولو كان بقصد المضاربة أو الاستثمار، قال في أقرب المسالك: «يجوز أن يضمن العامل مال القراض لربه لو تلف أو ضاع بلا تفريط في اشتراط الربح له - أي للعامل - بأن قال له ربه: اعمل فيه والربح لك لأنه حينئذ صار قرضًا وانتقل من الأمانة إلى الذمة» قال شارحه: «وإطلاق القراض عليه مجاز»^(١).

ولتوضيح ذلك، فإن العقود بإضافة قيد إليها، أو بتخلف أحد شروطها، أو بوقوعها على محل معين، أو بتغير قصد العاقدين، قد تنقلب عقدًا آخر غير ما سمياه فتأخذ حكم الثاني، حتى وإن كانت في شكلها أو صيغتها على هيئة العقد الأول لأن العبرة في العقود للمعاني.

(١) بلغة السالك وبهامشه أقرب المسالك ٢/٢٤٩.

فالوكالة في الأداء مثلاً يجوز أخذ الأجر عليها بالاتفاق لكن لو تضمنت التزاماً من الوكيل بالأداء من ماله، فهي كفالة، فيحرم الأجر اتفاقاً حتى وإن سمي المؤدي وكيلاً^(١).

والحوالة إذا كانت على غير مدين فهي حمالة أو وكالة بالاقتراس، فتأخذ حكم القرض أو الكفالة وإن وقعت بلفظ الحوالة^(٢).

والوديعة مع الإذن بالاستعمال عارية حتى وإن كانت بلفظ الإيداع^(٣).

وإعارة النقود وما يهلك بالاستعمال قرض، وإن كانت بلفظ العارية^(٤).

وكذلك المضاربة إذا كانت بشرط الضمان انقلبت قرضاً.

ومما يؤيد هذا التخرج:

١ - أن فقهاء القانون اعتبروا العقد قرضاً ولم يلتفتوا إلى الاسم، سواء سمي استثماراً أم إيداعاً أم غير ذلك.

ففي الوسيط للسنهوري: «قد يتخذ القرض صوراً مختلفة أخرى غير الصورة المألوفة، ومن ذلك أن تصدر شركة أو شخص معنوي عام سندات، فهذه السندات قروض تعقدها الشركة أو الشخص المعنوي مع المقرضين، ومن اكتتب في هذه السندات فهو مقرض للشركة أو الشخص المعنوي، بقيمة ما اكتتب به»^(٥).

(١) بدائع الصنائع ٧/٤٠٥، بلغة السالك ٢/١٦٠، منحة الخالق على البحر الرائق ٦/٢٤٢.

(٢) الفروع ٤/٢٦٣، الخرشي على مختصر خليل ٦/١٧، طرح التثريب ٦/١٦٦، مغني المحتاج ٣/١٩٠.

(٣) المبسوط ١١/١١٥، الخرشي ٦/١٠٩، كشاف القناع ٦/١٩٥٦.

(٤) المبسوط ١١/١٤٥، الخرشي ٦/١٢٣، أعلام الموقعين ١/٣٩٠.

(٥) الوسيط ٥/٤٣٧، وانظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤١.

وفي القانون المدني المصري المادة (٧٢٦) منه: «إذا كانت الوديعة مبلغًا من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان المودع عنده مأذونًا له في استعماله اعتبر العقد قرضًا»^(١).

٢ - أن المجمع الفقهي المعاصرة أصدرت قراراتها بالإجماع بتحريم هذه الشهادات وأنها نوع من القرض بفائدة.

ففي الدورة الثانية لمجمع البحوث الإسلامية نص القرار على أن: «الحسابات ذات الأجل وفتح الاعتماد بالفائدة وسائر أنواع الإقراض نظير فائدة كلها من المعاملات الربوية وهي محرمة»^(٢).

ومثل ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة وفيه: «إن السندات التي تمثل التزامًا بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط محرمة شرعًا من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول لأنها قروض ربوية سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوكًا استثمارية أو ادخارية»^(٣).

ومثله قرار مجمع الفقه برابطة العالم الإسلامي في دورته التاسعة بشأن تحريم الفوائد المصرفية.

واتفاق هذه المجمع على هذا الحكم يعتبر ملزمًا لا تجوز مخالفته لأن هذه القضايا التي تتعلق بعموم الأمة لا ينبغي أن يتصدى للبت فيها أفراد بل يجب أن يكون الحكم صادرًا باجتهادات جماعية حتى تؤمن الغائلة ويقل الزلل بمشيئة الله تعالى.

(١) ومثل ذلك المادة ٣٢٥ من القانون المدني الكويتي والمادة ٤٠٢ من القانون المدني السوري والمادة ٢٢٣ من القانون المدني الليبي، والمادة ٩٩٦ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

انظر: النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ص ١١٩ العقود التجارية وعمليات البنوك ص ٢٨٦.

(٢) القرار الثالث من قرارات المجمع في دورته الثانية.

(٣) مجلة المجمع، الدورة السادسة ٢/١٧٢٥.

المطلب الرابع مناقشة التخريج

نوقش هذا التخريج بما يلي:

١ - أن المقصود من القرض هو الإرفاق ودفع حاجة المقترض، وهذا المعنى غير وارد في شهادات الاستثمار، لأن البنك غير محتاج لهذا المال، بدليل أن المستثمر هو الذي يعرض العقد ابتداءً على البنك^(١).

والجواب عن هذه الشبهة بما يلي:

أن في القرض معينين:

الأول: الإرفاق.

والثاني: دفع حاجة المقترض والتنفيس عنه.

أما الأول فهو شرط لصحة العقد وملازم له، فمتى خلا العقد منه فهو فاسد، فإذا كان القرض بعوض خرج عن معنى الإرفاق إلى المعاوضة فصار محرماً لأنه معاوضة تتضمن ربا النسيئة والفضل.

وأما كونه شرع دفعاً لحاجة المقترض، فهذا هو الأصل، لكنه ليس بلازم، فقد لا يكون الباعث عليه حاجة المقترض، فالسفاتج^(٢) التي عرفها

(١) معاملات البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية ص ١٤٥، ومحاضرة معروف الدواليبي التي ألقاها في مؤتمر الفقه الإسلامي بباريس انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢٣٣/٣.

(٢) السفاتج جمع سفتجه بضم السين وفتحها: أن يعطي مالا لآخر وللآخر مال في بلد المعطي فيوفيه إياه في بلده كي يستفيد أمن الطريق. أحكام الأوراق النقدية والتجارية ص ٣٣٨.

السلف في السابق لم تكن لدفع حاجة أو عوز عند المقترض، مع أنها نوع قرض، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ولكن قد يكون في القرض منفعة للمقرض كما في مسألة السفتجة، ولهذا كرهها من كرهها، والصحيح أنها لا تكره لأن المقترض ينتفع بها أيضًا ففيها منفعة لهما جميعًا»^(١).
فقد اعتبرها رَحِمَهُ اللهُ نوعًا من القرض.

وها هو الزبير بن العوام رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كان ذا مالٍ جزيل وصدقات كثيرة جدًا حتى بلغت تركته ما يزيد على ٥٧ مليون درهم، ومع ذلك فقد وجدوا عليه من الدين ما يربو على مليوني درهم، وقد جاء في صحيح البخاري ما يبين سبب هذه الديون في قول ابنه عبد الله: «إنما كان دينه الذي عليه أن الرجل كان يأتيه بالمال فيستودعه إياه، فيقول الزبير: لا، ولكنه سلف فإني أخشى عليه الضيعة» أي أنه يكون ضامنًا للمال لكونه مقترضًا.
فهذا الدين الذي عليه لم يكن عن عوز وحاجة^(٢).

وعموماً فإن النصوص المانعة من القرض بفائدة عامة لم تفرق بين ما إذا كان القرض عن عوز أم لم يكن كذلك.

٢ - كما نوقش هذا التخريج بأن عقد الاستثمار وإن كان في ظاهره على صورة عقد القرض إلا أن العاقدين لم يقصدا ذلك ولم يدر في خلد أي منهما قصد الإقراض أو الاقتراض، وإنما المقصود هو تثمير المال^(٣).
والجواب عن ذلك من عدة أوجه:

- ١ - أنهما وإن لم يقصدا القرض لفظاً فقد قصداه معنى.
- ٢ - أننا لو اعتبرنا هذا المقصد للزم القول بإباحة كل قرض ربوي يقصد منه الاستثمار.

(١) مجموع الفتاوى ٥١٥/٢٠.

(٢) فتح الباري ص ٢٢٩، وانظر: الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة ص ١٧١.

(٣) معاملات البنوك وأحكامها الشرعية ص ١٤٦.

- ٣ - أن هذه التفرقة بين قروض الإنتاج وقروض الاستهلاك لا دليل عليها، فالنصوص عامة في المنع من أخذ الفائدة على القرض مطلقاً.
- ٤ - أنه يصعب من الناحية العملية التفرقة بين هذين النوعين، وفي ذلك يقول الدكتور السنهوري - في معرض رده على هذه الشبهة -: «يصعب كثيراً من الناحية العملية التمييز بين قروض الإنتاج وقروض الاستهلاك، حتى تباح الفائدة المعقولة في الأولى وتحرم إطلاقاً في الثانية، قد يكون واضحاً في بعض الحالات أن القروض قروض إنتاج، ولكن هناك صوراً أخرى من القروض أكثرها وقوعاً التي تعقدتها الأفراد مع المصارف والمنظمات المالية فهل هي قروض إنتاج.. أو هي قروض استهلاك.. فلا بد إذن من أحد أمرين: إما أن تباح الفائدة المعقولة في جميع القروض وإما أن تحرم في جميعها»^(١).
- ٥ - وكما أن للمقترض أن يأخذ المال بقصد الانتفاع به أكلاً أو لبساً أو سكنى، فله أن ينتفع به بالاستثمار والاتجار، ولا يخرج ذلك عن حقيقة القرض، فلا وجه لمنع ذلك وتجويز هذا.

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢٤٣/٣.

المطلب الخامس

الآثار المترتبة على هذا التخريج

يترتب على تخريج شهادات الاستثمار ذات القيمة الاسمية على عقد القرض تحريمها لأنها قرض بفائدة، فهي من الربا الجلي - ربا الجاهلية، لا فرق في ذلك بين الشهادات التي تصدرها الحكومات أو الشهادات التي تصدرها جهات خاصة.

ولا فرق كذلك بين ما كان منها بجوائز وما كان بفوائد مركبة أو جارية.

وعلى ذلك فإنه يحرم إصدار هذه الشهادات، وشراؤها وتداولها، لأن الربا لا ينفك عنها في جميع الأحوال.

ومع أن هذا الحكم هو الملازم ضرورة لهذا التخريج إلا أن بعضهم - مع إقرارهم بأن هذه الشهادات من قبيل القرض بفائدة - منع هذا الحكم بحجة أن الأوراق النقدية المعاصرة لا يجري فيها الربا، لأنها ليست من الأموال الربوية المنصوص عليها ولا هي في حكم المنصوص، وبالتالي فلا محذور في إصدارها أو تداولها^(١).

ولسنا هنا بصدد مناقشة إلحاق الأوراق النقدية بالأموال الربوية، فهذه المسألة قد فرغ منها، وأصدرت المجامع والهيئات الفقهية قراراتها فيها، ولا أظن أحداً ممن يعتد بقوله في هذا العصر يشك في إلحاق الأوراق

(١) د. أحمد صفي الدين في كتابه بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص ٣٧، وانظر: الربا والمعاملات في الإسلام، لمحمد رشيد رضا وما نقله عن المفتي الهندي ص ٣٢ - ٤٠.

النقدية بالأموال الربوية^(١).

لكن ما ينبغي التنبيه عليه، وهو أمر قد خفي على كثير من الباحثين أن القول بعدم جريان الربا في الأوراق النقدية لا يصح الاحتجاج به في مثل هذا الموضوع، ذلك أن محل الخلاف هو في ربا البيوع لا ربا الديون.

وبيان ذلك أن الربا على نوعين:

الأول: ربا الديون: وهو الربا الذي يجري فيما تقرر في الذمة، وهو نوعان:

أ - الزيادة في دين ثابت في الذمة (زدني أنظرك).

ب - ربا القروض، وهو القرض بشرط الزيادة.

الثاني: ربا البيوع: وهو الربا الذي يجري في المعاوضات، ويشمل ربا النسبة والفضل^(٢).

قال في بداية المجتهد مبيناً هذه القسمة: «اتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين: في البيوع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك، فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان: صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون. والثاني: ضع وتعجل، وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان: نسبة وتفاضل»^(٣).

(١) وأحيل في ذلك إلى بحث فضيلة الشيخ عبد الله بن منيع: الورق النقدي حقيقته تاريخه حكمه، فهو أفضل ما كتب في هذه المسألة، وانظر: فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم رقم ١٦٣٩، ١٦٥٥، ١٦٥٦، وقرار هيئة كبار العلماء بالمملكة، مجلة البحوث العلمية ٢٠٥/١.

(٢) بحث في فقه المعاملات المالية ص ١٤١، الجامع في أصول الربا ص ٧٤.

(٣) بداية المجتهد ١٥٣/٢، وانظر: أضواء البيان ٢٩٢/١.

وهو تقسيم دقيق وشامل لجميع أنواع الربا.

فالنوع الثاني - وهو ربا البيوع - هو الذي يجري في الأموال الربوية فقط دون ما عداها، أما النوع الأول، وهو ربا الديون بنوعيه، ومنه الاستثمار المصرفي بالفوائد فليس مختصاً بصنف من الأموال، بل إنه يجري في جميع الأموال ما كان منها ربوياً وما لم يكن. ويدل على ذلك أمور:

١ - أن ربا الديون الذي كان سائداً عند العرب في الجاهلية، والذي نزل القرآن بتحريمه لم يكن مقتصرًا على الأموال الربوية.

فعن زيد بن أسلم رضي الله عنه: «إنما كان الربا في الجاهلية في التضعيف وفي السن، يكون للرجل فضل دين فيأتيه إذا حل الأجل يقول له: أتقضيني أو تزيدني، إن كان عنده شيء يقضيه، وإلا حوله إلى السن التي فوق ذلك»^(١). والإبل ليست من الأموال الربوية.

٢ - أن دليل تحريم القرض بفائدة وهو «كل قرض جر منفعة فهو ربا» المجمع على الأخذ به شامل لجميع الأموال، لأن «كل» من صيغ العموم.

٣ - إجماع الأمة على أن ربا القروض يجري في جميع الأموال، ولا يختص بالأموال الربوية فقط، بل إن الظاهرية الذين قصروا الأموال الربوية على الأصناف الستة المنصوص عليها لم يخالفوا في أن ربا الديون يجري في جميع الأشياء.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «لا يجب في القرض إلا رد المثل بلا زيادة» وقال: «ليس له أن يشترط الزيادة عليه في جميع الأموال باتفاق العلماء، والمقرض يستحق مثل قرضه في صفته»^(٢).

(١) جامع البيان لابن جرير ٤٣٤/٣.

(٢) مجموع الفتاوى ٤٧٣/٢٩.

وفي المحلى: «الربا لا يكون إلا في بيع أو قرض أو سلم . . وهو في القرض في كل شيء، فلا يحل إقراض شيء ليرد إليك أقل أو أكثر، ولا من نوع آخر أصلاً، لكن مثل ما أقرضت في نوعه ومقداره . . وهذا إجماع مقطوع به»^(١).

وممن حكى الإجماع أيضاً ابن المنذر^(٢).

وقال الإمام مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «كل شيء أعطيته إلى أجل فرد إليك مثله وزيادة فهو ربا»^(٣) وفي روضة الطالبين: «يحرم كل قرض جر منفعة فإن شرط زيادة في القدر حرم إن كان المال ربوياً، وكذا إن كان غير ربوي على الصحيح، وحكى الإمام أنه يصح الشرط الجار للمنفعة في غير الربوي، وهو شاذ غلط»^(٤).

وفي نهاية المحتاج: «ولا يجوز قرض نقد أو غيره إن اقترن بشرط رد زيادة على القدر المقرض»^(٥).

(١) المحلى ٤٦٧/٨.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٩٤.

(٣) المدونة ٧٥/٣.

(٤) روضة الطالبين ٣٤/٤، وانظر: كلام الأئمة حول هذه المسألة وأن التحريم لا يختص بالربويات في: رد المحتار ٣٩٥/٧، نهاية المحتاج ٢٣٠/٤، مغني المحتاج ٣٤/٣، الدسوقي ٢٢٥/٣، البهجة شرح التحفة ٤٧٢/٢، السيل الجرار ١٤٢/٣، المغني ٦/٤٣٦، كشاف القناع ١٥٤٥/٥.

(٥) نهاية المحتاج ٢٢٣/٤.

الفصل الثامن

سندات المقارضة والتخريج الفقهي لها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بسندات المقارضة.

المبحث الثاني: تخريج سندات المقارضة على عقد المضاربة.

المبحث الثالث: تخريج سندات المقارضة على عقد القرض.

المبحث الأول

التعريف بسندات المقارضة

السندات جمع سند، وهو في اللغة: معتمد الإنسان^(١).
قال في المصباح المنير: «السند ما استندت إليه من حائطٍ أو غيره»^(٢).
ويطلق على الوثيقة المكتوبة سواء كانت وثيقة ملك أم اقتراض أم غيرها لأن الإنسان يعتمد عليها في إثبات الحق.
يقال: سندت إلى الشيء أسند سنودًا، واستندت استنادًا، وسندت غيري إسنادًا.

أما في الاصطلاح الاقتصادي:

فإن السندات تطلق عادة على «سندات القرض»: وهي ما يعرض للجمهور لغرض استثمار رؤوس أموالهم فيها مقابل فائدة نسبية مضمونة»^(٣).

والمقارضة أو القراض بمعنى المضاربة.

وإضافة السندات إلى المقارضة يشعر بأن العملية تجمع بين القرض (الذي يفيد مدلول كلمة سند) والمضاربة (التي يفيد مدلول كلمة

(١) معجم مقاييس اللغة ٣/١٠٥، القاموس المحيط ص ٣٧٠.

(٢) المصباح المنير ص ١١٠.

(٣) معجم المصطلحات التجارية ص ١٦٥.

مقارضة)، وهذا هو سر سندات المقارضة فإنها تجمع خصائص شهادات الوحدة الاستثمارية المبنية على عقد المضاربة، وشهادات القيمة الاسمية المبنية على عقد القرض.

وقد عرفها بعض الباحثين بأنها: «الوثائق الموحدة القيمة والصادرة بأسماء من يكتبون فيها مقابل دفع القيمة المحررة بها، وذلك على أساس المشاركة في نتائج الأرباح أو الإيرادات المتحققة من المشروع المستثمر فيه، بحسب النسب المعلنة على الشيوخ، مع مراعاة التصفية التدريجية المنتظمة لرأس المال المكتتب به عن طريق تخصيص الحصة المتبقية من الأرباح الصافية، لإطفاء قيمة السندات جزئياً حتى السداد التام»^(١).

ولتصوير فكرة هذه السندات فإن جهة الاستثمار عند رغبتها في تمويل مشروع استثماري (كإقامة أحد المباني على أراضيها مثلاً) فإنها تقوم بطرح سندات مقارضة على أساس المشاركة بين جهة الاستثمار (مالك الأرض) ومالكي سندات المقارضة باعتبارهم يملكون البناء، وتكون هذه المشاركة على أساس اتفاقي تأخذ بموجبه جهة الاستثمار جزءاً من الأرباح

(١) «سندات المقارضة» د. سامي حمود. بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية المنعقدة في عمان ١٩٩٤/٥/٢م ص١٣، وانظر: «سندات المقارضة» د. عبد السلام العبادي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة ص١٩٦٣، و«سندات القراض وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتها في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية» د. منذر قحف، مجلة جامعة الملك عبد العزيز الاقتصاد الإسلامي عدد ١ - ١٤٠٩هـ (٤٥ - ٧٧) وقد نبتت فكرة سندات المقارضة أثناء وضع مشروع البنك الإسلامي الأردني خلال عام ١٣٩٧هـ، بهدف أن تكون من الأدوات التي يمكن اعتمادها من البنك للحصول على تمويل طويل الأجل لمشاريعه الكبرى، وقد طورت هذه الفكرة حينما عرضت على وزارة الأوقاف الأردنية للاستفادة منها في إعمار أراضي الوقف، وحينما تبنى البنك الإسلامي للتنمية هذه الفكرة في تمويل عدد من مشاريعه، كما تبنت هذه الفكرة جمهورية باكستان من خلال قانون الشركات المساهمة لسنة ١٩٨٤م والذي تضمن فصلاً خاصاً عن هذه الشهادات باسم «شهادات المساهمة المؤجلة». انظر: المعاملات المالية المعاصرة ص١٨٨، «سندات المقارضة» للعبادي، مرجع سابق، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص٢٢٧.

حسب النسبة التي يتفق عليها الطرفان والتي لا يلزم أن تكون بنسبة قيمة الأرض إلى البناء لأن المشاركة في إدارة المشروع لا في ملكيته.

والإيرادات المتحصلة لمالكي السندات يخصص جزء منها لإطفاء قيمة السند وذلك إما بشرائها من قبل جهة الإصدار أو استردادها بالتدريج، فإذا كان نصيب مالكي السندات من الإيرادات مثلاً ٧٠٪ فإن هذه النسبة يمكن تقسيمها على النحو الآتي:

٢٠٪ توزع كأرباح للمكتتبين.

٥٠٪ توزع كإطفاء لقيمة السند.

فلو كان مجموع الإيرادات السنوية تشكل ٢٠٪ من إجمالي رأس المال المكتتب به، فإن معنى هذا أن مالكي السندات بعد مرور عشر سنوات يكونون قد استردوا رأسمالهم ولا يعود لهم حق في المشروع الذي تنتقل ملكيته تلقائياً للجهة المصدرة.

ويكون مالكو السندات قد استفادوا ربحاً يساوي نسبة الـ ٢٠٪ من الإيرادات الذي يأخذه سنوياً.

ويصاحب إصدار سندات المقارضة ضمان رأس المال للمكتتبين من قبل طرف ثالث (الحكومة أو غيرها).

ومن خلال ما تقدم فإن أبرز خصائص سندات المقارضة والتي تميزها عن غيرها من الشهادات ما يلي:

١ - أن سندات المقارضة تمنح حاملها ملكية مقيدة بمقدار الجزء المتبقي قبل الإطفاء وحتى استرداد رأس المال، وهي بهذا تخالف الأسهم من حيث إن ملكية المساهم مطلقة، كما أنها تخالف سندات القرض التي لا يكون لحاملها أي حق في الملكية وإنما يكون له فائدة محددة ومضمونة.

- ٢ - أنها قابلة للتداول في الأسواق المالية .
- ٣ - أنها سندات تمويل وليست سندات تمثل ملكية تامة في المشروع، أي أنها لا تمنح حاملها حق التصرف والإدارة .
- ٤ - يقوم طرف ثالث بضمان رأس المال للمكتتبين بصرف النظر عن ربح المشروع أو خسارته .
- ٥ - تقوم جهة الإصدار بإطفاء قيمة السندات واستردادها بحسب قيمتها الاسمية بصرف النظر عما تؤول إليه قيمتها الفعلية^(١) .
- وقد اختلفت أنظار الباحثين في الحكم الشرعي لسندات المقارضة، فيرى البعض أنها جائزة بناءً على أنها عقد مضاربة، بينما يرى آخرون أنها من قبيل القرض فتكون محرمة لأن الإيراد المتحقق فيها يعتبر قرضاً بفائدة .
- وفيما يلي بيان هذين القولين ومناقشتهما .

(١) «سندات القراض وضمان الفريق الثالث» د. منذر قحف ص ٦٤، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٢٢٧. المعاملات المالية المعاصرة ص ١٩٠، «سندات المقارضة» د. رفيع المصري، بحث مقدم إلى حلقة عمل حول سندات المقارضة وسندات الاستثمار المعقودة في جدة من قبل البنك الإسلامي للتنمية. ص ٥، و«صيغ التمويل الإسلامي» د. سامي حمود. مجلة البنوك الإسلامية: ٤٨ العدد ٦٣/١٤٠٩ هـ. وانظر: قانون البنك الإسلامي الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٧٨م وقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٥م و«سندات المقارضة» د. العبادي مرجع سابق ص ١٩٧٣.

المبحث الثاني

تخريجها على عقد المضاربة

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

كيفية التخريج ومستنده

يرى بعض الباحثين أن الأساس الذي يمكن اعتماده لتكييف العلاقة في سندات المقارضة هو المضاربة، فجهة الإصدار تمثل العامل، والمكاتبون في السندات هم أرباب المال.

ويبني هذا الفريق رأيه على أنه في عقد المضاربة يدفع المضارب ماله للعامل ليستثمره على أن يكون الربح بينهما بالنسبة التي يتم الاتفاق عليها، كما أن لرب المال في المضاربة الحق باستعادة رأس ماله بزيادة الربح الذي يستحقه، أو بخصم الخسارة التي وقعت، بينما حق العامل هو في التصرف بالمال بأي صورة من صور الإنماء وفق ما يتم الاتفاق عليه، وله الحق بالربح بالنسبة المتفق عليها وهو ما عليه الحال في سندات المقارضة^(١).

وبناءً على هذا القول فإن هذه السندات تمثل حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة متساوية القيمة، فحامل السند يعتبر مالكاً لحصصة شائعة في

(١) «سندات المقارضة وضماني الفريق الثالث وتطبيقاتها في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية» مرجع سابق ص ٤٥.

المشروع وله جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة وإرث ورهن وغير ذلك^(١).

وبما أن قواعد المضاربة الشرعية تسمح بتعدد المالكين لرأس المال، فإنه لا يوجد مانع شرعي - بناءً على هذا القول - من تخصيص هذا التعدد بتقسيم رأس المال في المضاربة إلى حصص متساوية لا سيما وأن هذه الحصص تكون اسمية أي أن كل سند يصدر باسم مالكة، فلا بد لنقل الملكية من وجود السبب الموجب كالبيع أو الإرث.

وكما أنه لا يشترط في شركات الأموال كما في الشركات المساهمة أن يعرف جميع الشركاء بعضهم بعضاً، فكذلك مالكو السندات لا يلزم أن يعرف بعضهم بعضاً^(٢).

ويوجه أصحاب هذا القول رأيهم بما يلي:

١ - أن هذه السندات تصدر لتمويل مشروع أو مجموعة مشاريع استثمارية محددة، أي أن الغرض منها استثماري بالدرجة الأولى كالمضاربة تماماً، وهي بهذا تخالف سندات التنمية وشهادات الاستثمار وغيرها من السندات القرضية التي قد يكون الهدف منها تمويل مشاريع غير ربحية كبناء الطرق والمدارس ونحو ذلك.

ولا يتعارض تخصيص هذه السندات بمشاريع معينة مع أحكام المضاربة فإنه يصح تقييدها بنوع معين من النشاط كما تقدم^(٣).

٢ - ولأن استرداد مالكي السندات رؤوس أموالهم حق يقتضيه عقد

(١) المعاملات المالية المعاصرة ص ١٩٠.

(٢) «تصوير حقيقة سندات المقارضة والفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية» د. سامي حمود. بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة. مجلة المجمع ٤/١٩٢٦.

(٣) المرجع السابق ص ١٩٣٢.

المضاربة فإن لرب المال - في المضاربة - أن يستعيد ماله مضافاً إليه حصته من الربح أو مطروحاً منه الخسارة، عند انتهاء العقد أو إنهاؤها^(١).

٣ - أن منع مالكي السندات من المشاركة في إدارة المشروع أو التصرف فيه يتوافق مع عقد القراض، لأن المقارض بدخوله عقد القراض يحرم نفسه حق التصرف في ماله الذي وضعه فيه، فالقراض لغة من القرض وهو القطع، أي أنه يقتطع جزءاً من ماله ويسلمه للمقارض، ومالكو السندات يمنعون من أي حق من حقوق التصرف أو الإدارة للمشاريع^(٢).

٤ - ولأن ضمان القيمة الاسمية للسند من قبل الحكومة يمكن تكييفه على أنه تعهد من طرفٍ ثالث غير رب المال أو العامل، فهو من باب الوعد الملزم، والمحذور هو في ضمان العامل للخسارة حتى لا تجتمع عليه خسارة الربح الذي كان يسعى لتحقيقه وخسارة رأس المال بسبب لا بد له منه حيث لم يدر منه تعدٍ ولا تفريط^(٣).

(١) «سندات القراض و ضمان الفريق الثالث وتطبيقاتها في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية» د. منذر قحف مرجع سابق ص ٤٦.

(٢) المرجع السابق ص ٤٣.

(٣) تصوير حقيقة سندات المقارضة والفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية، مرجع سابق ص ١٩٢٨. المعاملات المالية المعاصرة ص ١٩٣.

المطلب الثاني

مناقشة التخريج

نوقش هذا التخريج بأن نظام السندات يختلف تماماً عن نظام المضاربة الشرعية وذلك من أوجه:

أحدها: أن هذه السندات تحتوي على شروط فاسدة، فالخسارة في المضاربة على المال خاصة وليس على العامل منها شيء، أما في هذه السندات فإن العامل (جهة الإصدار) هو الذي يتحمل الخسارة.

يقول ابن قدامة رحمته الله: «متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضيعة فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافاً»^(١).

الثاني: أن طريقة توزيع الأرباح في هذه السندات لا تتماشى مع قواعد المضاربة وذلك من وجهين:

أ - أن المعروف في عقد المضاربة أن يوزع الربح بكامله بين أرباب المال والمضارب، كل حسب نسبته، بينما في هذه السندات يخصص جزء من الأرباح المستحقة لمالكي السندات لتسديد أصل قيمة السند، وهو ما يعرف بإطفاء السندات، وهذا فيه ظلم بين، فإن مالكي السندات يستحقون ربحهم كاملاً مع بقاء أصل مالهم في الشركة، فكيف تخصم هذه الأرباح من رؤوس أموالهم^(٢).

ب - إن محل القسمة في المضاربة هو الربح بمعناه الشرعي وهو

(١) المغني ١٧٦/٧.

(٢) انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٢٢٨.

الزائد عن رأس المال، وليس الإيراد أو الغلة، ويعرف مقدار الربح إما بالتنضيق أو بالتقويم، وما زاد عن رأس المال فهو الربح الذي يوزع وفقاً لشروط العقد، بينما في هذه السندات يوزع الإيراد السنوي كما نص على ذلك القانون الخاص بسندات المقارضة^(١).

ولتوضيح الفرق بينهما نفرض أن العقد بين مالكي السندات وجهة الإصدار هو في إقامة مشروع عقاري بقيمة (١٠ ملايين ريال)، فلو فرضنا أن قيمة الإيجار السنوي لهذا المشروع (مليون ريال)، وأن قيمة العقار انخفضت في نهاية السنة الأولى إلى ثمانية ملايين ريال بسبب الاستهلاك أو غيره، فإن قيمة الإيراد (الإيجار) السنوي، وهو المليون لا يصح اعتبارها أرباحاً لأن رأس المال لم يسلم حتى الآن.

ولو ارتفعت قيمة المبنى إلى (١٢) مليوناً مثلاً فإن الإيجار لا يمثل كامل الربح الحقيقي.

الثالث: في المضاربة إذا استثمر المضارب المال في أي مشروع فإنه لا يملك منه إلا بقدر نسبته من الربح، والملكية الحقيقية للمشروع كله بعد خصم نصيب المضارب من الربح هي لرب المال، وإذا ساهم المضارب بمبلغ من المال فهو شريك لأصحاب الأموال يتقاسمون الأرباح بالإضافة إلى ما يقابل عمله، أما في سندات المقارضة فإن ملكية المشروع لجهة الإصدار (العامل) وليس للمكتتبين سوى الأرباح، كما نص على ذلك القانون الخاص بها^(٢).

وإضافة إلى ذلك فإن أي مبلغ أو عرض يساهم به المضارب في رأس المال فإنه لا يحسب في توزيع الأرباح لأن التوزيع المذكور مرتبط

(١) انظر: قانون سندات المقارضة الأردني رقم ١٠ لسنة ١٩٨١م المادة الثانية والمذكرة التفصيلية للدكتور سامي حمود. مرجع سابق ص ١٩٢٤.

(٢) انظر: قانون سندات المقارضة الأردني رقم ١٠ لسنة ١٩٨٨م المواد ٢، ٢٠، وقانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٥م.

بجهد الجهة المصدرة لا بما تساهم به^(١).

الرابع: وهو الأهم من ذلك كله أن سندات المقارضة تتفق مع سندات القيمة الاسمية (السندات الربوية) في أن الجهة المصدرة تضمن القيمة الاسمية للسند في جميع الحالات ربح المشروع أم خسر؛ فلو كانت مضاربة لوجب تسديدها بقيمتها وقت السداد (القيمة السوقية)، لأن الشركاء يملكون صافي موجودات المشروع، أي أن لهم حقاً عينياً على الموجودات وما يطرأ عليها من أرباح أو خسائر رأسمالية.

وهذا يعني أن هذه السندات ما هي إلا سندات قرض لا قراض لأن أصحابها ليس لهم إلا حق نقدي اسمي في ذمة الطرف الآخر، وهذا هو مركز الدائن لا مركز الشريك^(٢).

ولهذه الأمور فإن تخريج السندات على المضاربة بعيد كل البعد عن الحقيقة، وما وجه به أصحاب القول الأول رأيهم يمكن الجواب عنه بما يلي:

أما كون السندات يقصد منها الاستثمار كالمضاربة فلا يلزم منه صحة التخريج لما يتضمنه نظام هذه السندات من بنود تتعارض مع عقد المضاربة.

وأما ادعاء أن رب المال في المضاربة تنقطع صلته تماماً بالمال فغير صحيح، لأن لرب المال أن يقيد العامل بشروط وقيود فيخضع تصرفه لهذه القيود، كما أن له المشاركة في إدارة الأموال إذا تضمن العقد ذلك، ثم

(١) تعليق على بحث «سندات القراض وضممان الفريق الثالث» للدكتور علي السالوس مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي مج ٦/١٤١٤هـ.

(٢) انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٢٣٢، تعليق على بحث «سندات القراض وضممان الفريق الثالث» مجلة جامعة الملك عبد العزيز مج ٦ لعام ١٤١٤هـ. «سندات المقارضة» د. رفيق المصري مرجع سابق ص ٥، المعاملات المالية المعاصرة ص ١٩٢.

إن تصرف العامل واجب استحقق به الربح فليس له وظيفة إلا هذا العمل، وعمله أساساً لصالح رب المال، وإن عاد النفع عليه متى ما حقق ربحاً، وتمكينه من التصرف أمر لا بد منه، فكيف يقال: إن هذا حق حرم منه رب المال؟

والذي دعاهم إلى ذلك هو التمهيد لجعل المضاربة من العقود الناقلة للملكية حيث يقول أحدهم: «على أنهما يتشابهان - أي القراض والتمويل الربوي - في أن كليهما عقد يتيح لطرف لا يملك المال أن يتصرف في مال غيره بالثمير والإنماء إذ لا يتمتع المقارض ولا المرابي بأي حق من حقوق التصرف والإدارة التي يتمتع بها الشريك»^(١) وهو قول بعيد كل البعد عن فقه المضاربة^(٢).

وأما قولهم: إن عقد المضاربة يجيز لرب المال استرداد ماله ولو على شكل دفعات، فيقال لهم: نعم، له ذلك ولكن بقيمتها وقت الاسترداد لا بالقيمة الاسمية وإلا كان قرضاً لا قراضاً ولذا نص الفقهاء في المضاربة على أنه لا بد عند المفاصلة من تنضيض المال حقيقة أو حكماً حتى يعرف مقدار ما لكل منهما.

وأما تجويزهم كفالة الحكومة لأصل المال على أنه من باب الوعد الملزم فهو قلب للحقائق وتسمية لها بغير اسمها، لأن الكفيل لا يضمن ما ليس مضموناً على الأصيل، ولو جوزنا للحكومة ذلك فما الذي يمنع كذلك فيما بعد من كفالتها لقدر معين من الربح؟^(٣).

(١) سندات القراض وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتها في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية، مرجع سابق ص ٤٧.

(٢) «سندات المقارضة والاستثمار» د. علي السالوس، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة، مجلة المجمع ص ١٩٤٧.

(٣) بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٢٣٠.

وعندئذٍ ماذا يبقى من فرق بين سندات المقارضة وسندات القروض الربوية وبذا يفتح باب الربا على مصراعيه وتقبل كل الفوائد الربوية على أنها وعد ملزم^(١).

(١) انظر: سندات المقارضة د. رفيق المصري. مرجع سابق ص ٦.
تعليق على بحث «سندات القراض وضممان الفريق الثالث» د. السالوس، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي مج ٦، ١٤١٤هـ.

المطلب الثالث

ما يترتب على هذا التخريج

خلص القائلون بتخريج سندات المقارضة على عقد المضاربة إلى عددٍ من النتائج من أهمها:

- ١ - جواز إصدار هذه السندات بصورتها الراهنة، وتقسيم رأس مال المشروع إلى حصص متساوية، ولجهة الإصدار أن تخصص هذه السندات في مشروع أو مشاريع محددة أو أن يكون الاستثمار مفتوحاً^(١).
- ٢ - جواز الاكتتاب بها بشرط أن تشمل نشرة الاكتتاب على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد المضاربة من حيث بيان رأس المال وتوزيع الربح.
- ٣ - جواز شراء السندات من قبل الجهة المصدرة وتداولها في الأسواق المالية.
- ٤ - جواز كفالة الحكومة أو طرف ثالث قيمة السند الاسمية، على أن تسدد للمستثمر على دفعات أو دفعة واحدة، وتصبح الكفالة واجبة التنفيذ إذا تخلفت جهة الإصدار عن دفع القيمة في الوقت المحدد.

(١) انظر: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٥٦٦.
المعاملات المالية المعاصرة ص ١٩١.

المطلب الرابع

شراء سندات المقارضة وتداولها

فرَّع القائلون بالتخريج السابق على قولهم ذلك فرعين لهما ارتباط باستثمار هذه السندات:

الأول: تعهد المصرف بشراء السند (استرداده).

والثاني: تداول السندات في الأسواق المالية.

ولا ريب أن النظر في هذين الفرعين مبني على القول بصحة السندات، أي اعتبارها نوعاً من المضاربة، أما على رأي من يحرمها أصلاً باعتبارها نوعاً من القروض - كما سيأتي في القول الثاني - فلا مجال للنظر في هذين الفرعين لأن ما بني على باطل فهو باطل قطعاً^(١).

الفرع الأول: شراء المصرف سندات المقارضة:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم شراء سندات المقارضة:

لا خلاف بين القائلين بأن العقد في سندات المقارضة هو عقد قراض على صحة تعهد البنك إعادة شراء السندات واسترداد قيمتها من أصحابها، وقد وجهوا قولهم ذلك بأن عقد القراض من العقود الجائزة التي يحق لأي من الطرفين فسخها متى رغب بذلك^(٢).

(١) الاستطراد في ذكر هاتين المسألتين تمثيلاً مع أصحاب القول الأول وإلا فإن الباحث يرجح حرمة هذه السندات أصلاً كما سيأتي.

(٢) سندات القراض وضمان الفريق الثالث. المرجع السابق.

ويمكن أن يستدل لذلك بأن عقد القراض يصح تأقيته أيضًا. وليس ثمة ما يمنع من استرداد قيمة السند بالتدريج عن طريق تخفيض قيمته أو بإعفاء المساهم من قسط لم يطلب بعد، أو عن طريق تخفيض عدد الأسهم بإلغاء بعضها على أساس نسبة لكل مساهم^(١).

المسألة الثانية: المعتبر في شراء السند هل هو القيمة الاسمية أم السوقية:

المراد بالقيمة الاسمية: القيمة التي تكون مدونة في السند، والتي يدفعها المشتركون حصة لاشتراكهم عند التأسيس.

والقيمة السوقية: هي قيمة السند عند عرضه للبيع^(٢).

وتحديد هذه المسألة هو المحك الرئيسي في تحديد طبيعة السندات، فمن جعلها قراضًا لزمه ضرورة أن يعتبر القيمة السوقية لأن حق رب المال في المقارضة يتعلق بقيمة الموجودات وقت التصفية لا بقيمتها عند بدء العقد باتفاق الفقهاء.

ومن جعلها قرضًا لزمه ضرورة أن يعتبر القيمة الاسمية لأن موجب القرض رد المثل من غير زيادة ولا نقصان.

وقد وقع القائلون بتصحيح سندات المقارضة بصورتها الراهنة في تناقض بين حيث اعتبروها قراضًا ومع ذلك ألزموا البنك بتسديدها بقيمتها الاسمية، وهذا تناقض لا انفكاك عنه، ودليل على تهافت هذا القول.

الفرع الثاني: تداول سندات المقارضة:

ألحق القائلون بتخريج سندات المقارضة على المضاربة حكم تداول

(١) انظر: سندات المقارضة. د. المصري مرجع سابق.

(٢) إدارة الاستثمارات ص ١٨٩، ٢٠٠، شركة المساهمة في النظام السعودي ص ٣٥٦.

السندات بحكم تداول الأسهم في الأسواق المالية^(١) بجامع أن كلاً منهما يمثل حصة شائعة في المشروع الاستثماري.

وكما يقرر أحدهم فإن: «القضية تكون واضحة قبل بدء العمل في المال حيث يكون رأس المال نقوداً، ولا مجال للقول ببيع النقود وإنما تمكن الحوالة بقيمتها حاضراً ويداً بيد ومثلاً بمثل بلا زيادة ولا نقصان، أما بعد أن يبدأ، فإن رأس المال يصبح مائلاً مختلطاً من النقود المتبقية والديون إن وجدت والأعيان المتمثلة في بضاعة المضاربة أو موجودات المشروع الذي جرى استثمار رأس المال فيه، وهنا يصبح سند المقارضة عبارة عن حصة شائعة في مجموع موجودات المشروع تماماً كالسهم في الشركات المساهمة. . . فإذا أخذنا بهذه النظرة الواقعية فإن القول بجواز تداول مثل هذا السند بالبيع والشراء وغير ذلك من الأسباب الموجبة لنقل الملكية لا يكون متعارضاً مع القواعد الفقهية»^(٢).

(١) انظر: تفصيل الأحكام في تداول الأسهم في الباب الرابع ص ٩٢٢.

(٢) تصوير حقيقة سندات المقارضة والفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية. د. سامي حمود. مرجع سابق ص ١٩٢٧، وانظر: المعاملات المالية المعاصرة ص ١٩١.

المبحث الثاني

تخريجهما على عقد القرض

يرى جمع من الباحثين أن العلاقة بين المصرف والمستثمرين في سندات المقارضة هي نوع من العلاقة بين الدائن والمدين، وأن عقد القرض هو الذي يحكم هذه العلاقة، وفيما يلي بيان كيفية التخريج ومستنده ومناقشته وما يترتب على ذلك:

المطلب الأول

كيفية التخريج ومستنده

بناءً على هذا التخريج فإن مالك السند أو من يحل محله دائن للبنك (جهة الإصدار) بقيمة السند، ودينه مضمون، والبنك مدین، وضامن لهذا الدين يؤديه في الوقت المحدد.

أي أن هذه السندات ما هي إلا نوع من السندات القرضية، وإن سميت بسندات قراض، فالعبرة بالمعنى لا بالاسم.

يقول أحد الباحثين: «عقد القرض ينطبق تماماً على هذه السندات، وهو من القروض الإنتاجية الاستثمارية، والفرق بينها وبين السندات ذات الفوائد الربوية أنها لا تعطي مالكة الحق في المطالبة بفائدة سنوية محددة، ويتفق النوعان في أن مالك السند له رأسماله، وهو القيمة الاسمية للسند وليس شريكاً في الأعيان والحقوق التي أسهمت فيها أموال هذه السندات وبدلاً من الفوائد السنوية المحددة التي يأخذها مالك السندات الربوية فإن

مالك سندات المقارضة له نسبة محددة من أرباح المشروع^(١).
ومما يؤيد أن العلاقة بين الطرفين هي علاقة مديونية لا مشاركة
أمور:

١ - أن السندات تسدد بقيمتها الاسمية، فلو كانت مشاركة حقيقة لوجب
تسديدها بقيمتها الفعلية وقت السداد، لأن الشركاء يملكون صافي
موجودات المشروع.

٢ - أن قانون السندات، نص على أن صاحب المشروع هو جهة الإصدار
- كما تقدم - وليس مالكي السندات فلو كانت مقارضة خالصة لكان
صاحب المشروع هو مالك السندات سواء كان الجهة المصدرة أو
المكتتبين كل بحسب حصته منه.

٣ - أن قانونها أيضاً ينص على أن الجهة المصدرة تحل محل مالكي
السندات المطفأة في الحصول على الأرباح المتحققة لهم^(٢)، وهذا
يعني أن كل عائد المشروع تأخذه الجهة المصدرة بعد أن تدفع
لمالكي السندات المبالغ التي أخذتها منهم مع أرباحها السنوية، حتى
المباني التي أقيمت بأموال المستثمرين، ولو كان العقد مضاربة لما
كان لها أن تمتلك هذه المباني لأنها تكون مملوكة لأرباب المال وهم
المستثمرون، ولا يمكن أن تنتقل إليها إلا بسبب ناقل للملكية.

٤ - أن الجهة المصدرة (المدين) هي المتعهد بتسديد القيمة الاسمية للسند
وأما الحكومة فإنها كفيفة بذلك في حال تخلف جهة الإصدار عن
التسديد في الوقت المحدد، كما نص على ذلك المادة (١٢) من
قانون السندات.

(١) «سندات المقارضة والاستثمار» د. السالوس، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي.

انظر: مجلة المجمع ٤/ص ١٩٥٣، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٢٢٨.

(٢) المادة ٢٠ من قانون سندات المقارضة الأردني لسنة ١٩٨١ م.

المطلب الثاني

المناقشة والترحيح

نوقش الترخيح السابق بما يلي:

أ - أن السندات لا يمكن تخريجها على القرض لأن المستثمر يشارك الجهة المصدرة في الربح الصافي، فهي شركة من أجل الربح، ولو كان قرضاً لكان للمستثمر فائدة سنوية محددة وثابتة^(١).

والجواب عن ذلك من أوجه:

١ - أن عدم تحديد العائد لا يمنع من صحة كونه قرضاً، فما دام أصل المال مضموناً في ذمة البنك فالعلاقة قائمة على أساس المديونية بصرف النظر عن العائد المتحقق، وليس ببعيد أن يقال: إن السندات تجمع صورة القرض والقراض معاً، فهي قرض من حيث ضمان رأس المال، وقراض من حيث الشركة في الربح الصافي^(٢)، إلا أن وجود صورة القرض فيها يمنع من صحة أخذ عائد عليها لما سيأتي في الوجه الثالث.

٢ - أن المقرض قد يشترط على المقرض مشاركته في الأرباح بدلاً من فائدة محددة ولا يخرج العقد بذلك عن كونه قرضاً، وهذه الصورة معهودة في النظم الحديثة ومع ذلك لا تعتبر مشاركة.

يقول الدكتور محمد الجبر: «قد يشترط المقرض على المقرض الذي

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامية ٤/ ١٩٣٠، ١٩٧٣.

(٢) سندات المقارضة د. المصري. مرجع سابق ص ٧.

يريد استثمار مبلغ القرض في مشروع اقتصادي أن يحصل على نسبة معينة من الأرباح بدلاً من فائدة ثابتة، وقد يصعب في هذه الحالة التمييز بين الشركة كتقديم الحصة والمشاركة في الأرباح، ومع ذلك فالثابت أن العقد لا يعتبر شركة في هذه الحالة نظراً لأن المقرض لا يشارك في المشروع مشاركة إيجابية، فهو يظل بمعزل عن كيفية استثمار المشروع فضلاً عن أنه لا يساهم في الخسائر، وهو ما يعني أن العقد لا يعتبر شركة في هذه الحالة لتخلف نية المشاركة لدى المقرض الذي غالباً ما يلجأ إلى هذا النوع من العقود للتهرب من تحريم الفوائد الربوية^(١).

٣ - أن المقرض متى شرط على المقرض زيادة على قيمة القرض فإن ذلك محرم سواء كانت الزيادة على هيئة فائدة ثابتة أو نسبة من الربح أو أجر محدد أو جعل أو غير ذلك.

قال ابن قدامة رحمته الله: «كل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف»^(٢).

وفي التمهيد: «وقد أجمع المسلمون نقلاً عن نبيهم صلى الله عليه وسلم أن اشتراط الزيادة في السلف ربا، ولو كان قبضة من علف أو حبة، كما قال ابن مسعود رضي الله عنه، أو حبة واحدة»^(٣).

ب - ونوقش هذا التخريج أيضاً: بأن الجهة المصدرة لا تضمن قيمة السند في ذمتها، وإنما يتبرع بهذا الضمان طرف ثالث أجنبي فهو وعد ملزم وليس ديناً مضموناً^(٤).

وأجيب عن ذلك:

(١) القانون التجاري السعودي ص ١٥٥.

(٢) المغني ٤٣٦/٦.

(٣) التمهيد لابن عبد البر ٦٨/٤.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٩٥٢/٤.

بأن جعل الكفالة هنا من باب الوعد الملزم يحول الأمور إلى مسائل شكلية وكما يجوز ضمان الأصل يجوز ضمان نسبة زيادة على رأس المال، وبذلك تقبل الفوائد كلها على أنها وعد ملزم فيمكن لبنك رئيسي أن يضمن الأصل والفوائد للمودعين في البنوك الفرعية، وكل منها له ذمة مستقلة^(١).

ومن خلال ما تقدم لا مناص للناظر المتجرد من القطع بصحة تخريج سندات المقارضة على عقد القرض وأنها وإن سُميت بسندات مقارضة لشبهها بعقد القراض في كون المستثمر يشارك في الربح فإن قيامها على الارتباط القرضي بين الطرفين؛ والمتمثل في التعهد باستردادها بقيمتها الاسمية يجعل وصف الدائنية ملازمًا لها لا محالة.

(١) ؟؟؟

المطلب الثالث

ما يترتب على هذا التخريج

إنَّ النتيجة الحتمية للقول بتخريج سندات المقارضة على القرض هو حرمة إصدارها والاكْتِتابُ بها وتداولها، كما يحرم على البنك إعادة شرائها سواء بقيمتها الاسمية أو السوقية، ذلك أن العملية تتلخَّص في أنها قرض بمنفعة مشروطة الأساس، وإن كانت احتمالية المقدار. ولا يمكن اعتبار الربح من باب حسن القضاء لأنه مشروط في العقد، ويتحدد حسب النتائج (الربح أو الخسارة).

ولعل الحل البديل يكون في إنشاء أسهم مقارضة يتم تداولها في السوق المالية واستردادها بالتدريج وفقاً لقيمتها السوقية، وذلك بتخفيض قيمة السهم أو تخفيض عدد الأسهم بإلغاء بعضها، ويوزع على كل سهم ما يخصه من الأرباح.

والطريقة الأنسب للمحافظة على قيمة السهم - بدلاً من كفالة طرف ثالث - تكون بإنشاء صندوق احتياطي لهذا الغرض يغذّى باقتطاع جزء من استحقاقات المساهمين في نهاية كل دورة مالية، وبذا تحافظ القيمة السوقية للسهم على توازنها ويضمن المساهمون ضماناً نسبياً شبه عائداً مقبولاً من الأرباح في إطار صيغة لا تتعارض مع الأحكام الشرعية^(١).

(١) انظر: سندات المقارضة. د. المصري مرجع سابق ص ١١.

ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية ص ٤٣٤.

الإدارة المالية في الإسلام ٣٩/١، موسوعة الاقتصاد الإسلامي ٤٦٥/١.