

## المشاركة المنتهية بالتمليك دراسة فقهية بين النظرية والتطبيق

أ. د / رجب أبو مليح محمد

الأستاذ المشارك ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون

جامعة السلطان عبد الحلیم معظم شاة الإسلامية العالمية

بحث مقدم لمجلة كلية الشريعة والقانون بالجامعة

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## مقدمة

من صور المعاملات المالية المعاصرة: المشاركة المنتهية بالتمليك، وهو عقد يجمع بين أحكام المشاركة والتمليك في عقد واحد، أو عقدين منفصلين من حيث الشكل متفقين من حيث الموضوع، حيث يترتب على هذين العقدين حال الانفصال أحكام لا يمكننا فصل كلا العقدين عن الآخر، كأنهما عقد واحد في حقيقة الأمر.

وهذا العقد عقد وافد إلينا، لم يعرفه الفقه الإسلامي، ولم ينشأ في ظلال أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثمَّ فيه من الأحكام ما يوافق الشريعة الإسلامية، وفيه أيضا ما يخالفها.

والحكمة ضالة المؤمن، والأصل في العقود الجواز، وسنحاول من خلال هذه الورقة - وهي في الأصل مأخوذة من رسالتي لنيل درجة الدكتوراة<sup>(١)</sup> بعد التعديل والإضافة والحذف بما يناسب طبيعة هذه الورقة البحثية - سنحاول تليص هذا العقد مما لحق به من مخالفات شرعية، ونضع ضوابط الجواز، وأسباب المنع أمام المسلم الذي يريد أن يتعامل بهذه المعاملة خاصة وقد اعتمدها كثير من البنوك الإسلامية أداة تمويلية من أدوات التمويل والاستثمار.

وقد جاءت هذه الورقة في ثلاثة مباحث كالتالي:

المبحث الأول: تعريف المشاركة المنتهية بالتمليك.

المبحث الثاني: صور المشاركة المنتهية بالتمليك.

المبحث الثالث: تكييف عقد المشاركة والحكم على العقد.

المبحث الرابع: التعليق على العقود التي تتعامل بها البنوك الإسلامية بخصوص هذه المعاملة. والله من وراء القصد، وهو مولانا ونعم النصير، ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾ [البقرة: ٢٨٦].

أ. د / رجب أبو مليح محمد

(١) رسالة الدكتوراة بعنوان: الإجارة والمشاركة المنتهية بالتمليك كما تجرهما المصارف الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، وقد نال صاحبها - بفضل الله ومنه - تقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى سنة ٢٠٠٣ م من كلية دار العلوم، بإشراف المغفور له - بإذن الله تعالى - الأستاذ الدكتور عبد الحميد الغزالي أستاذ الاقتصاد بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة والأستاذ الدكتور عبد الرحمن عبد الحميد أستاذ الفقه بكلية دار العلوم.

## المبحث الأول: تعريف المشاركة المنتهية بالتملك

المشاركة المنتهية بالتملك (المتناقصة) نوع من المشاركة يكون من حق الشريك فيها أن يحل محل البنك في ملكية المشروع، إما دفعة واحدة، أو على دفعات، حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها، وطبيعة العملية، على أساس إجراء ترتيب منظم لتجنيب جزء من الدخل المتحصل كقسط لاسترداد قيمة الحصص، وربما يميل إلى هذا النوع كثير من طالبي التمويل ممن لا يرغبون في استمرار مشاركة البنك لهم<sup>(٢)</sup>.

وإطلاق لفظ "المشاركة المتناقصة" يشير إلى تبني وجهة نظر البنك الذي يمول؛ حيث إن مشاركته تتناقص كلما استرد جزءاً من تمويله، وأن البعض يطلق على نفس النوع "المشاركة المنتهية بالتملك"، وهنا يكون إطلاق الاسم من وجهة نظر طالب التمويل أو الشريك؛ لأنه سيتمك المشروع أو العملية في نهاية الأمر بعد أن يتمكن من رد التمويل إلى البنك<sup>(٣)</sup>.

ويعرفها أحد الباحثين: بأنها شركة بين طرفين تؤول إلى ملكية خاصة لأحدهما بنظام معين، ينص عليه في عقد الشركة. فمثلاً يتفق طرفان -وليكن أحدهما مصرفاً والآخر شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً- على إقامة مصنع ما، بحصص متفق عليها بينهما، على أن يقوم هذا الشخص -طبقاً لنظام معين- بسداد حصة المصرف في المصنع، ومن ثم تتناقص حصة المصرف، وتزيد حصة الشريك إلى أن يتم سداد حصة المصرف؛ فيصبح المصنع ملكاً خالصاً للشريك، ولذلك تسمى المشاركة المتناقصة، كما تسمى المشاركة المتزايدة أو المنتهية بالتملك إشارة إلى حالة الشريك، لكن الصيغة الأولى هي الشائعة. ومن المفروض أن يتضمن عقد الشركة كل ما يتعلق بإنشاء المصنع وإدارته وكيفية توزيع العائد، وكيفية تسديد الحصة، وكيفية تقديرها، وتحديد مدة الشركة إن كان لها مدة، وكل ما لأحدهما أو عليه من حقوق والتزامات قبل الطرف الثاني.

وغالب ما يحدث عملياً هو خروج أو انسحاب الشريك الممول أساساً، ويتبقى الشريك الثاني الذي هو في العادة القائم على المشروع والمدير له أو المستخدم له. ويجب أن يكون واضحاً أن المشاركة المتناقصة لا تخرج في حقيقتها عن أن تكون صيغة من صيغ المشاركة، أو بعبارة

(٢) أحمد النجار وآخرون مائة سؤال و مائة جواب مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ١٩٨١م

(٣) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية من مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ١٣٩٧ هـ وينظر التمويل

بالمشاركة ص ١٩، ١٨. مركز الاقتصاد الإسلامي المصرف الدولي للاستثمار والتنمية ١٤٠٨ هـ- ١٩٨٨م

أخرى هي شركة مالية عادية أو شركة مضاربة ذات طبيعة محددة تقبل انسحاب أحد الطرفين<sup>(٤)</sup>.

فالمشاركة من حيث المبدأ هي: من شركات الأموال التي تقوم على الاشتراك أو المتاجرة في رأس المال، بقصد تحقيق الربح، في إقامة بعض المشروعات الزراعية أو الصناعية أو العمرانية أو التجارية ونحوها. وتنقسم بحسب النشاط الاقتصادي المتفق عليه إلى نوعين: مشاركة ثابتة أو دائمة، ومشاركة متناقصة تنتهي بالتمليك.

والمشاركة المنتهية بالتمليك هي في عصرنا الحاضر تنشأ غالباً بين مصرف وشخص طبيعي (إنسان) أو اعتباري (مؤسسة) يمنح فيها الحق لأحد الشريكين بتملك حصة الشريك الآخر إما دفعة واحدة، أو بالتدرج على مراحل أو دفعات، بمقتضى شروط متفق عليها، وبحسب طبيعة العملية أو المشروع؛ حيث يقوم الشريك (وهو المتعامل مع المصرف) بشراء حصة المصرف بعد مدة معينة.

والمشاركة الثابتة أو الدائمة هي التي يقصد بها الاستمرار أو البقاء في الشركة إلى حين انتهائها، وهذه هي الحالة القديمة أو الغالبة، وهي تحقق مصلحة الشركاء في عدد من المشاريع بتمويلهم بجزء من رأس المال مقابل اقتسام ناتج المشروع بحسب الاتفاق.

والمشاركة المتناقصة: هي التي يتفق فيها الشريكان على إمكان التنازل من أحد الطرفين عن حصته في المشاركة للطرف الآخر، إما دفعة واحدة أو على دفعات، بحسب شروط متفق عليها. والفرق بين هذين النوعين ينحصر في عنصر الاستمرار، أو الدوام. ففي المشاركة الثابتة أو الدائمة يقصد كل شريك البقاء في الشركة، دون نية الخروج منها، إلا بانتهاء الشركة أو فسخها أو استنفاد أغراضها.

وأما في المشاركة المتناقصة فيظل كل شريك متمتعاً بحقوقه، ملتزماً بجميع التزاماته، لكن أحدهما - وهو المصرف في الغالب - لا يقصد منذ بدء التعاقد البقاء في الشركة إلى وقت انتهائها، وإنما يمنح الحق للشريك الآخر في الحل محلله في ملكية المشروع، في حين أن المصرف في الشركة الدائمة يقصد البقاء في الشركة حتى نهايتها<sup>(٥)</sup>.

هذا وقد عرف قانون البنك الإسلامي الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٧٨ في المادة الثانية المشاركة المتناقصة بأنها: دخول البنك بصفة شريك ممول كلياً أو جزئياً في مشروع ذي دخل متوقع، ذلك

(٤) بحث للأستاذ الدكتور أحمد شوقي دنيا الإجارة المنتهية بالتمليك والمشاركة بحث مقدم لندوة الصناعة المالية كلية التجارة جامعة الأسكندرية ص ٢٥. ٢٦.

(٥) المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء العقود المستجدة د. وهبة الزحيلي مجلة مجمع الفقهي الإسلامي الدورة ١٣ ج ٤٨٦-٤٨٧.

على أساس الاتفاق مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلا، مع حقه في الاحتفاظ بالجزء المتبقي أو أي قدر منه يتفق عليه؛ ليكون ذلك الجزء مخصصا لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل.

وعرفت الموسوعة الإسلامية: بأنها مشاركة يعطي البنك فيها الحق للشريك في الحلول محله في الملكية دفعة واحدة، أو على دفعات وفق ما تقتضيه الشروط المتفق عليها، أو طبيعة العملية على أساس إجراء ترتيب منظم لتجنيد جزء من الدخل لسداد قيمة حصة البنك. ويمكن تعريف المشاركة المتناقصة بأنها شركة يعطي أحد الشركاء الحق للشريك الآخر في الحلول محله في ملكية نصيبه دفعة واحدة أو على دفعات، وذلك بتجنيد جزء من الدخل أصل حصة الشريك مع حصة من صافي الدخل، حسبما يتفقان عليه<sup>(٦)</sup>.

### المبحث الثاني: صور المشاركة المنتهية بالتملك

يمكننا ذكر أهم الصور المتعارف عليها للمشاركة المنتهية بالتملك فيما يلي:

(أ) أن يتم سداد قيمة الحصة من جزء من العائد المتحقق للطرف الثاني، فيتم الاتفاق على نسبة توزيع العائد الذي يتحقق بين الطرفين، كما يتم الاتفاق على ما يستقطع من حصة الطرف الباقي لسداد حصة الطرف المنسحب. ومعنى ذلك أن حصة الطرف الثاني في العائد تنقسم قسمين: قسماً يذهب إلى الطرف المنسحب وقسماً يبقى له. وبذلك يؤول توزيع العائد المتحقق إلى ثلاثة توزيعات: جزء يحصل عليه الطرف المنسحب سداداً لجزء من حصته في رأس المال، وجزء يحصل عليه الطرف المنسحب كعائد لاستثماره، وجزء يحصل عليه الطرف الباقي كعائد لاستثماره وإشرافه إن كان هو المشرف على العمل.

(ب) أن يتم سداد الحصة من كل العائد: قد يتفق البنك مع الشريك على أن يحصل البنك على الإيجار كله؛ جزء منه كعائد الاستثمار، والباقي لسداد حصته في المشاركة، ويترتب على ذلك أن فترة الاسترداد لحصة البنك ستقل، وأن القسط المسترد سيزداد، وأن حصة البنك ستنقص بمعدل أكبر، ومن ثم يقل عائده السنوي "عائد الاستثمار"، ويترتب على ذلك إلغاء تحديد فترة المشاركة، وتبقى إلى المدة التي تنتهي فيها وفاء البنك بحصته.

(٦) بحث العقود المستجدة ٢ / ٥٥٤. د. محمد علي القري مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة العاشرة ١٤١٨ هـ. ١٩٩٧م، وينظر المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء العقود المستجدة. د. حسن علي الشاذلي مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثالثة عشرة ٤٣٥/٢، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة. د. عجيل النشبي السابق ٥٦٣، ٥٦٢، والمشاركة المتناقصة طبيعتها وضوابطها الخاصة. د. عبد السلام العبادي السابق ٥٣٣، ٥٣٤، والمشاركة المنتهية بالتملك (المتناقصة أو بالتخارج). د. جاسم على سالم الشامي المستشار القانوني بجامعة الإمارات العربية السابق ٥٩٣، والمشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء العقود المستجدة. د. نزيه حماد السابق ٥١٣، والمعاملات المالية الشرعية. د. شبير ص ٢٩٣ والاستثمار. د. أميرة مشهور ص ٢٨٦، موقف الشريعة الإسلامية من المصارف الإسلامية. د. عبد الرحيم العبادي ص ٢٤٤-٢٤٦.

(ج) إعادة تقويم موضوع المشاركة قبل بدء المشاركة، وتسديدها من كل الإيراد أو من جزء منه، وعادة ما يترتب على ذلك زيادة في قيمة المشروع عن تكلفته، وربما حدث نقص عنها. والمهم أن كلا من الطرفين يتحمل نصيبه من فروق إعادة التقويم، وتؤخذ في الحسبان عند المحاسبة على سداد قيمة المشاركة. ومن الناحية العملية فإن هذه الصورة غير مرغوبة بقوة لدى الطرفين لارتباطها بتقييم الأسعار مستقبلاً، وقد لا يتواءم ذلك ورغباتهما وتوقعاتهما.

(د) أن يتم الاتفاق على أن يكون حلول شريك محل الآخر بعقد مستقل مع حق كل منهما في التصرف في حصته للطرف الثاني أو لغيره.

(و) أن يحدد نصيب كل منهما في صورة أسهم، وللشريك الحق، إذا أراد أن يقتني من هذه الأسهم المملوكة للطرف الثاني عددًا معينًا كل سنة، وبذلك تتناقص أسهم البنك، وتزايد بنفس المقدار أسهم الشريك، ومن ثم تتعدل حصة كل منهما في الإيراد المتولد عن المشروع<sup>(٧)</sup> ويذكر أحد الباحثين<sup>(٨)</sup> صورًا أخرى للمشاركة المتناقصة، بعضها يتفق مع الصور السابقة، وبعضها يختلف عنها، وهذه الصور تنحصر في الصور السبعة الآتية:

الصورة الأولى: المشاركة بتمويل مشروع قائم؛ وذلك بأن يقدم العميل للمؤسسة المالية الإسلامية أعيانا يعجز عن تشغيلها، كمن يملك مصنعا لا يستطيع شراء معداته، فتدخل المؤسسة شريكة معه بقيمة المعدات، فتأخذ حصتها من الربح، وحصة لتسديد مساهمتها في رأس المال.

ويتفقان على أن تبيع المؤسسة حصتها دفعة واحدة أو على دفعات، فتتناقص ملكيتها لصالح الشريك حتى يتم له الملك بسداد كامل الحصة.

الصورة الثانية: المشاركة المتناقصة مع الاستصناع:

وذلك بأن يقدم العميل أرضاً، ويطلب من المؤسسة المالية الإسلامية بناءها بعقد الاستصناع، ويدفع الشريك جانباً من التكاليف؛ فإن احتفظ صاحب الأرض بملكيتها لنفسه وزع الإيراد بين المؤسسة والشريك بالنسب المتفق عليها، ولصاحب الأرض في هذه الحالة أن يدفع للمؤسسة ثمن حصته في المباني؛ إما دفعة واحدة، أو مقسطة، ولا يحق للمؤسسة أن تحصل على أي ميزة بسبب ارتفاع الأثمان.

(٧) الإجارة المنهية بالتمليك والمشاركة المتناقصة د. شوقي دنيا ٢٦-٢٨ وينظر التمويل بالمشاركة ص ١٩ - ٢٠، المصارف

الإسلامية ضرورة حتمية ص ٢٠٣، ٢٠٤.

(٨) الأستاذ الدكتور عجيل النشي

وإذا رأى الشريك إدخال الأرض بقيمتها في المعاملة؛ فيكون حينئذ شريكا للمؤسسة في المباني والأرض، وله نصيب من ارتفاع الأثمان، ويكون صاحب الأرض مخيرا بين أن يبيع أو أن يشتري بسعر السوق.

الصورة الثالثة: المشاركة بطريقة التمويل المصرفي المجمع المشترك:

فتشترك المؤسسة المالية فيما بينها أو مع غيرها في إنشاء أو تمويل مشروع، ويتم الاتفاق فيه ابتداء على تخارج مؤسسة أو أكثر لصالح شريك أو أكثر، وتوزع حصص الأرباح حسب الاتفاق بطريقة المشاركة المتناقصة السابقة.

الصورة الرابعة: بأن يتم التعاقد بين المؤسسة المالية الإسلامية والشريك على إقامة مشروع، مع وعد من الشريك باستئجار العين لمدة محددة، وبأجرة المثل؛ فتكون صفته في هذه الحال شريكا مستأجرا، وتوزع الأرباح حينئذ وفق طريقة المشاركة المتناقصة السابقة، حسب اتفاقهما.

الصورة الخامسة: تتفق المؤسسة الإسلامية مع عميلها على المشاركة في التمويل الكلي أو الجزئي لمشروع ذي دخل متوقع، وذلك على أساس اتفاق المؤسسة مع الشريك لحصول المؤسسة على حصة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلا مع حقها بالاحتفاظ بالجزء المتبقي من الإيراد أو أي قدر منه يتفق عليه؛ ليكون الجزء مخصصا لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل.

الصورة السادسة: المشاركة المتناقصة بالمشاركة بطريقة الأسهم،

يحدد نصيب كل من المؤسسة وشريكها في الشركة في صورة أسهم تمثل مجموع قيمة الشيء موضوع المشاركة (عقار مثلا) يحصل كل من الشريكين على نصيبه من الإيراد المتحقق من العقار. وللشريك إذا شاء أن يقتني من هذه الأسهم المملوكة للمؤسسة عددا معيناً كل سنة؛ بحيث تكون الأسهم الموجودة بحيازة المؤسسة متناقصة إلى أن يتم تملك شريك المؤسسة الأسهم بكاملها؛ فتصبح له الملكية المنفردة للعقار دون شريك آخر.

الصورة السابعة: المشاركة المتناقصة بطريقة المضاربة: بأن تدفع المؤسسة المالية الإسلامية كامل رأس المال لمشروع معين، ويقدم الشريك العمل والربح بينهما مع وعد من المؤسسة بتمليك المشروع بطريقة المشاركة المتناقصة؛ فهذه صورة "مضاربة منتهية بالتمليك،

وحيث يجب أن يلتزم بشروط وضوابط المضاربة<sup>(٩)</sup> فإن لم يتحقق ربح فلا شيء للمضارب، والخسارة على رب المال في رأس المال، ويخسر المضارب جهده، وعند تحقق ربح فيقسم بينهما حسب اتفاقهما<sup>(١٠)</sup>.

### المبحث الثالث: تكييف عقد المشاركة المنتهية بالتملك

خصص مجمع الفقهي بجدة جزءاً من الدورة الثالثة عشرة المنعقدة فيما بين ٧ و١٢ شوال ١٤٢٢هـ/ ٢٧.٢٢ ديسمبر ٢٠٠١م بدولة الكويت عن المشاركة المنتهية بالتملك، وناقش ستة بحوث قدمت عن موضوع المشاركة المنتهية بالتملك.

وقد اختلف الباحثون في تكييف هذا العقد إلى ثلاثة آراء:

- ١- أن هذه الشركة شركة أموال أو ملك، حسب مقصد الاستثمار أو التملك.
- ٢- أن هذه شركة مستحدثة جديدة تشتمل على مجموعة عقود كعقد البيع والشركة.
- ٣- أن هذه الشركة شركة عنان فهي من أقسام شركة العقود لا من شركة الأموال.

(٩) ذكر الفقهاء لصحة المضاربة شروطاً منها: ما يتعلق بالصيغة: - ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا بد في المضاربة من الصيغة، وهي الإيجاب والقبول، وتنعقد بلفظ يدل على المضاربة، مثل قول رب المال للعامل - ضمن الصيغة - ضاربتك أو قارضتك أو عاملتك، أو ما يؤدي معاني هذه الألفاظ، لأن المقصود المعنى، فجاز التعبير بكل ما يدل عليه. وذهب الحنابلة، وهو القول المقابل للأصح عند الشافعية إلى أنه لا يشترط في القبول قول: قبلت ونحوه أو التلطف به، بل القبول بالفعل، وتكون مباشرته قبولا للمضاربة كالوكالة. وقال بعض المالكية - منهم ابن الحاجب - إن المضاربة تنعقد بصيغة دالة على ذلك ولو من أحدهما ويرضى الآخر، ولا يشترط اللفظ في صيغة المضاربة إذا وجدت القرينة. ما يتعلق بالعاقدين من الشروط - يشترط في كل من طرفي عقد المضاربة - وهما رب المال والعامل - شروط لا بد منها لصحة المضاربة.

قال المالكية والشافعية: يشترط لصحة المضاربة أن تقع من أهل التصرف وهو الحر البالغ الرشيد الذي يصح منه التوكيل والتوكيل، أي المتأهل لأن يوكل غيره ويتوكل لغيره، لأن العاقدين كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه، فمن جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له عقد شركة المضاربة، ومن لا فلا.

وقال الحنفية: يشترط في رب المال والمضارب أهلية التوكيل والوكالة لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل، فيشترط في الموكل أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه، لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلاً.

وقال الحنابلة: لا يصح شيء من الشركة - ومنها المضاربة - إلا من جائز التصرف، لأنه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف كالبيع. (ينظر على سبيل المثال المنتقى شرح الموطأ ١٥٩/٥ - ١٦٠، المبسوط ١٥٠/٢٢، الفروق ٢٧٥/٢ - ٢٧٦، المغني ٢٠/٥ - ٢١، الفتاوى الكبرى ٤/٦٤ - ٦٥، الإنصاف ٥/٤٥٨، ٤٥٧، الموسوعة الفقهية ٤٠/٣٨ - ٤١).

(١٠) المشاركة المتناقصة وصورها د. عجيل النشي ص ٥٧١-٥٧٣ مرجع سابق، والمشاركة المتناقصة وأحكامها د. نزيه حماد ٥١٧-٥١٥ مرجع سابق، المشاركة المتناقصة وصورها ص ٤٩٠ - ٩١ د. وهبة الزحيلي مرجع سابق، والمشاركة المنتهية بالتملك (المتناقصة أو بالتخارج) الأستاذ الدكتور جاسم على سالم الشامي ٥٩٤ - ٥٩٥.



وتحدث الباحث الأول<sup>(١١)</sup> عن حقيقة عقد الشركة المبرم بين الشريكين، وحكم اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة في صيغة واحدة، وحكم إضافة عقد الإجارة إلى زمن مستقبل، وآراء الفقهاء في كون الوعد ملزماً أو غير ملزم، ثم خلص إلى النتائج التالية:

أولاً: أن الفقهاء قد أجازوا إضافة عقد الإجارة إلى زمن مستقبل، كما صرح بذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، سواء أكانت الإجارة ذمة أم إجارة عين، طالما حددت المدة وحددت الأجرة، وأمكن تسليمها عند بداية مدة عقد الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل، قياساً على السلم - كما صرح الشافعية والحنابلة - فإنه يشترط فيه القدرة على تسليم المسلم فيه وقت حلوله لوجوب تسليمه حينئذ، ولا يشترط وجود القدرة عليه حين العقد.

ثانياً: إذا صح إضافة عقد الإجارة إلى زمن مستقبل؛ فإنه يصح أن تتوالى عقود الإجارة المضافة إلى زمن المستقبل على هذه العين - كلاً أو بعضاً - طالما استوفى كل عقد من عقود الإجارة أركانها وشرائطه الشرعية، وسواء أكان محل العقد مملوفاً جميعه للمؤجر أم كان يملك البعض الذي يؤجره فقط، وسواء أجره لشريكه في هذه العين أم لغير شريكه، فيصح أن يؤجر الشريك المالك لثلاثي العين المشتركة نصيبه لشريكه المالك لثلثها مدة سنة ١٤٢٣ هـ بكذا مثلاً، وأن يؤجره أيضاً ثلث هذه العين مدة سنة ١٤٢٤ هـ بكذا (وهي المدة التالية لمدة الإجارة الأولى)، أي أنه يصح عقد عقود إجارة متلاحقة ومتوالية (مضافة إلى زمن مستقبل) على هذه العين المشتركة بينهما، ويمكن أن يتنامى ويتزايد مقدار المعقود عليه (محل عقد الإجارة) حسبما يملكه المستأجر (الشريك) من العين المشتركة بينهما، وبالمقابل يتناقص وينكمش المعقود عليه حسب تناقص وانكماش ما يملكه المؤجر (الشريك) من هذه العين المشتركة بينهما، إلى أن تصبح العين جميعها ملكاً للشريك (المستأجر للأجزاء التي كان يملكها شريكه) في نهاية عقود الإجارة المعقودة بينهما، ذاتاً ومنفعة.

هذا إذا كان الشريك هو المستأجر للعين، أما إذا كان المستأجر أجنبياً عن العقد، فإنه يمكن أيضاً أن تعقد له عقود إجارة متتالية مضافة إلى زمن مستقبل أو عقد إجارة واحد، طبقاً لما يتفقان عليه، ويكون العائد من الأجرة لكل منهما حسب ما يملكه من نصيب في هذه العين المشتركة بينهما.

(١١) الأستاذ الدكتور حسن على الشاذلي الخبير بالموسوعة الفقهية بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.

ولا بد من أن يكون كل عقد من عقود الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل مستوفياً أركانها وشرائطه الشرعية وقت صدوره، سواء من حيث الصيغة، أو العاقدان، أو المعقود عليه (العين المؤجرة والأجرة)، ومدة عقد الإجارة بداية ونهاية...

ثالثاً: أن الفقهاء قد اختلفوا في صحة إضافة البيع إلى زمن مستقبل؛ فيرى جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) أنه لا يصح إضافة عقد البيع إلى زمن مستقبل. ويرى بعض الفقهاء صحة إضافة عقد البيع إلى زمان مستقبل، ومن ذلك ما قد يفهم مما قاله الفقيه الحنفي أبو الليث، ومن الصورة التي استثناناها الشافعية. وما روي عن الإمام أحمد من القول بصحة تعليق العقد على شرط، وقد أيد ابن تيمية هذه الرواية، وقال -بعد ذكره للرواية المانعة من صحة التعليق-: إنه لم يجد عن أحمد ولا عن قدماء أصحابه نصاً بخلاف ذلك (أي بخلاف الرواية القائلة بالصحة). ومعلوم لنا أنه إذا كان العقد المعلق على شرط صحيحاً، بناء على هذه الرواية، والتعليق إنما يكون على أمر محتمل الوقوع.. فإنه إذا أضيف العقد إلى أمر محقق الوقوع، وهو الزمن المستقبل، فإنه يكون صحيحاً من باب أولى.

رابعاً: يجوز شرعاً أن يشترك أكثر من واحد في عين معينة شركة ملك، سواء أكان ذلك عن طريق العقد كشرائهما هذه العين معاً، كما لو كانت مملوكة لواحد، ثم باع جزءاً منها لشخص ثان ليصبح شريكاً له فيها، أم كان عن طريق انتقال ملكيتها إليهما بأي سبب آخر من أسباب الملك، كالهبة والوصية، أم كانت هذه الشركة ناتجة عن طريق اختلاط المالين طواعية أو اضطراراً؛ بحيث لا يمكن فصل ملك أحدهما عن ملك الآخر، فثبتت الملكية في هذا المخلوط لكل واحد منهما بنسبة ما لكل واحد منهما في هذا المال المخلوط من المقدار الذي يملكه قبل حدوث هذا الاختلاط.

ومن ثم تكون هذه العين مشتركة بينهما شركة ملك بنسبة ما لكل واحد منهما أو منهم من نصيب فيها، ويمكن تقسيم العين المشتركة بين الشركاء على أسهم، كل واحد منهم يملك من الأسهم بمقدار ما يملكه من مال في هذه الشركة.

وحكم شركة الملك أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه؛ فلا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه؛ لأن المطلق للتصرف في المال هو: الملك أو الولاية، وليس لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية، لا بالوكالة ولا بالقرابة؛ فلا يملك التصرف في نصيب صاحبه، وسواء أكانت الشركة في العين أم في الدين.

خامساً: يجوز أن يتفق الراغبون في هذا النوع من الشركة فيما بينهم على أن يؤجر أحدهما للآخر نصيبه في هذه العين المشتركة بينهما؛ لتصبح منفعة العين جميعها تحت يده، بعضها باعتباره مالاً لجزء من العين، وبعضها باعتباره مستأجراً لنصيب شريكه فيها.

فإذا فرضنا أن واحدًا من الشريكين يملك ثلاثة أرباع العين، ويملك الآخر ربع العين، وأراد مالك الربع أن يستأجر نصيب شريكه - وهو ثلاثة أرباع العين - بعقد إجارة لهذا النصيب محددًا الأجرة، ومدة الإجارة؛ فمثلاً يقول لشريكه: استأجرت منك ما تملكه في هذه العين (المحددة والمعلومة لهما) وهو ثلاثة أرباع العين (أو ٧٥ سهمًا من المائة سهم المكونة منها العين) لمدة سنة تبدأ من أول محرم سنة ١٤٢٢ هـ وتنتهي بنهاية ذي الحجة من سنة ١٤٢٢ هـ. فإن الإجارة تكون صحيحة، ويصبح منتفعًا بجميع العين في خلال هذه المدة.

كما يجوز له شرعًا في نفس الوقت أن يعقد عقد إجارة عليها أيضًا لمدة سنة أخرى تبدأ من نهاية سنة ١٤٢٢ هـ وتنتهي بانتهاء سنة ١٤٢٣ هـ، سواء أكان المستأجر هو ثلاثة أرباع العين المملوكة لشريكه، أم كان أقل من هذا المقدار، بأن كان النصف فقط، وسواء أكان المستأجر قد اشترى ربع العين من شريكه (المؤجر)؛ ليصبح مالكًا لنصفها، أم اكتفى بهذا الجزء ووافق شريكه على ذلك، وهكذا...

ومن ثم يجوز شرعًا أن يعقد عقود إجارة متتالية في صفقة واحدة، فيقول: أجرتك ثلاثة أرباع هذه العين بكذا لمدة سنة هي سنة ١٤٢٢ هـ، وأجرتك نصفها بكذا لمدة كذا هي (سنة ١٤٢٣ هـ)، وأجرتك ربعها بكذا لمدة كذا سنة ١٤٢٤ هـ، ويقبل الطرف الآخر كل عقد من هذه العقود، سواء أكان هذا التناقص في المقدار المؤجر سنة بعد سنة، ناشئًا عن شراء المستأجر بعض نصيب المؤجر في كل عام بما يعادل ما يعقد عليه الإجارة، أم كان المؤجر مكتفيًا بهذا الجزء الذي أجره له، وتاركًا لنفسه حق الانتفاع بالجزء الباقي من نصيبه.

وجواز اجتماع عقود الإجارة هذه مبني على أن عقد الإجارة يجوز إضافته إلى زمن مستقبل. كما أنه تجوز إجارة العقب - كما صرح الشافعية والحنابلة - كما إذا أجر دابة رجلًا ليركها بعض الطريق المحدد، بأجرة هي كذا، ويركها المؤجر أو غيره ممن يؤجرها له بعض الطريق المحدد أيضًا بأجرة هي كذا، على التناوب بينهما.<sup>(١٢)</sup>

ففي هذه الصورة تتناوب عقود الإجارة على محل واحد.. عقدًا ينتهي، وعقدًا يبدأ، وهكذا حسبما نص عليه في الصيغة التي صدر بها العقد وقت انعقاده، مستوفيًا كل أركانه وشرائطه الشرعية.<sup>(١٣)</sup>

وتحدث الباحث الثاني<sup>(١٤)</sup> عن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك في النقاط التالية:

(١٢) فتاوى السبكي ٢/٦٢٧، الأشباه والنظائر ص ١٠٠.

(١٣) مجلة المجمع الفقهي ١٣/٢/٤٣٥ - ٤٨٠.

(١٤) الأستاذ الدكتور نزيه حماد أستاذ الدراسات الإسلامية فانكوفر (كندا).

**الأول:** في الضوابط الشرعية للعقود المستجدة.

**والثاني:** في أثر المفاهمة السابقة على العقود المجتمعة في صفقة واحدة.

**والثالث:** في حقيقة المشاركة المتناقصة وصورها ومجالات تطبيقها.

**والرابع:** في أحكام المشاركة المتناقصة في ضوء ضوابط العقود المستجدة.

ثم خُص إلى النقاط التالية:

(أ) تعتبر المفاهمة والمواطأة السابقة على إبرام اتفاقية "المشاركة المتناقصة" مرتبطة بها وجزءاً منها؛ وذلك لعدم قابلية تلك المنظومة للتفكيك والتجزؤ؛ باعتبارها موضوعاً لأداء وظيفة تمويلية مستحدثة محددة مقصودة من طرفها.

(ب) وكذلك تعتبر الوعود التي تشتمل عليها تلك الاتفاقية ملزمة للطرفين؛ إذ لو لم تكن كذلك، لكان القصد والهدف من إبرامها احتمالياً غير مؤكد التحقيق، ولما جازف الطرفان بالإقدام عليها؛ لأنها في حقيقتها -وبالنظر إلى الغرض منها- عبارة عن معاهدة واحدة مركبة من أجزاء مترابطة، وفقاً لشروط تحكمها كعامله واحدة.

(ج) يقسم الربح أو الربح العائد من تأجير محل الشركة المنتهية بالتمليك لطرف ثالث أو استثماره لصالحهما بين الشريك (الممول) والعمل بحسب حصصهما في ملكيته، وكذلك الخسارة أو التلف اللاحق به، كما هو الحال في شركات الملك؛ لأن الصفقة تبدأ بينهما بشركة ملك. وقد توهم أحد الباحثين المعاصرين، فاعتبرها شركة عقد، وصنفها في زمرة "العنان" من شركات الأموال<sup>(١٥)</sup> وبني بعضهم على ذلك جعل الربح والعوائد بينهما فيما بحسب ما يتفقان عليه، والخسارة بحسب حصة كل منهما في ملكيتها<sup>(١٦)</sup> ويشهد لصحة ما قرره من كونها شركة ملك قول الكاساني في "البدائع" في معرض بيانه لأنواع الشركات: "الشركة في الأصل نوعان: شركة الأملاك وشركة العقود. وشركة الأملاك نوعان: نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما.

فأما الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيئاً، أو يوهب لهما أو يوصي لهما، أو يتصدق عليهما، فيقبلا، فيصير المشتري والموهوب والموصي به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك. وأما الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث، بأن ورثا شيئاً، فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك.

(١٥) المعاملات المالية المعاصرة للدكتور محمد عثمان شبير ص ٢٩٤.

(١٦) انظر أدوات الاستثمار الإسلامية لعز الدين خوجة ص ١٠٦.

وأما شركة العقود، فالكلام فيها يقع في مواضع.. إلخ<sup>(١٧)</sup>.

وبناء على ما تقدم فإن الحكم الشرعي بجواز هذه الاتفاقية يتوقف على أمرين:

(أ) أن تكون جميع أجزاء هذه الصفقة من عقود ووعود سائغة شرعا، كل بمفرده.

(ب) ألا يترتب على اجتماع هذه العقود والالتزامات في صفقة واحدة أحد المحظورات الآتية:

- أن يكون الجمع بينها محل نهي نص شرعي.
- أن يترتب على الجمع بينها توسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور.
- أن تكون العقود والالتزامات المجتمعة متضادة وضعا أو متناقضة حكما؛ إذ لا يخفى أن للاجتماع في الشريعة تأثيرا في أحكام لا تكون في حال الانفراد.

وتطبيقا لهذا الأصل، لو نظرنا إلى كل جزء من أجزاء هذه الاتفاقية المركبة على حدة بعد استكمالها شرائطه الشرعية لوجدناه تصرفا جائزا شرعا، وهي:

(أ) إنشاء شركة الملك بشرائها للعقار أو المشروع محل الشركة.

(ب) الوعد الملزم الصادر من كل طرف للآخر على تأجير الملك المشترك لطرف ثالث، أو وعد الممول للعميل بتأجير حصته له باستئجارها.

ولأ حرج شرعا في تحديد الأجرة عند المواعدة على تأجير الممول حصته للعميل؛ لأن المواعدة الملزمة على التأجير في المستقبل ببدل محدد معلوم هي في حقيقتها إجارة مضافة إلى المستقبل، وإن صيغت بلفظ الوعد، والإجارة المضافة إلى المستقبل جائزة شرعا في قول جماهير الفقهاء.

كما أن الإلزام في الوعد هو مذهب جماعة أهل العلم منهم الإمام السبكي من الشافعية، وهو وجه في مذهب أحمد اختاره الشيخ تقي الدين بن تيمية، وقول في مذهب المالكية صححه ابن الشاطب في حاشيته على الفروق، وهو محكي عن ابن شبرمة. وقال القاضي ابن العربي: وأجل من ذهب إلى هذا المذهب عمر بن عبد العزيز<sup>(١٨)</sup>

(ج) الوعد الملزم الصادر من العميل للممول بشراء حصته من الملك المشترك تدريجيا على مراحل متتالية محددة، وبعقود مستقلة، ومن الممول للعميل ببيعها له بعقود متعاقبة

(١٧) بدائع الصنائع ٥٦/٦.

(١٨) ينظر على سبيل المثال أنوار البروق في أنواع الفروق ٢٠/٤-٢١، المدخل ٢٢/٤-٢٣، الآداب الشرعية ٣٨/١-٣٩، العناية شرح الهداية ٧/١-١٠، أسنى المطالب ٢/٤٨٦-٤٨٧، الغرر البهية ٣/٣٩٣، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ٦/٣١٤، مغني المحتاج ٦/٣٥٢، بريقة محمودية ٢/٢٨٥، الموسوعة الفقهية ٢/٣٥، ٢٤٠/٣٢٦، ويراجع المبحث الخاص بالإلزام بالوعد.

مفردة في الأجال المتفاهم عليها مسبقا، حتى يتم انتقال ملكية جميع حصته إلى شريكه (العميل).

(د) عقد الإجارة المبرم للعقار أو المشروع بينها وبين طرف ثالث، أو بين الممول في حصته والعميل بأجر معلوم ولمدة محددة وفقا للمواعدة السابقة.

(هـ) عقود البيع المنفصلة المتتالية لحصة الطرف الممول إلى العميل وفقا للجدول الزمني الذي تواعدا فيه.

كما أننا لو نظرنا إلى هذه العقود والالتزامات مجتمعة في صفقة واحدة، وفقا للمفاهمة المسبقة لها المنضمة إليها.. فلن نجد لها محل نهي في نص شرعي، ولم نرَ فيها جمعا بين تصرفين متناقضين وضعا أو متضادين حكما، كما أنه لا يترتب على الجمع بينها توسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور، إذا تحققت الشروط التالية:

أولا: ألا تتضمن المفاهمة أو المواعيدات السابقة لعقود البيع المتتالية لحصة الممول إلى العميل تحديدا لثمن تلك الحصة الموزعة عليها وفقا للأجال المتفق عليها؛ إذ لو تضمنت ذلك لكانت المواعدة الملزمة على إبرام كل واحد من تلك العقود -في حقيقتها- بيعا مضافا إلى المستقبل في صورة وعد ملزم من الجانبين، وهو غير جائز شرعا في قول جماهير أهل العلم؛ إذ العبرة في العقود لحقائقها ومقاصدها لا لألفاظها وظواهرها.

يقول الإمام ابن تيمية: "الأسماء تتبع المقاصد، ولا يجوز لأحد أن يظن أن الأحكام اختلفت بمجرد اختلاف الألفاظ، ولم تختلف معانيها ومقاصدها، بل لما اختلفت المقاصد بهذه الأفعال اختلفت أسماؤها وأحكامها، وإنما المقاصد حقائق الأفعال وقوامها، وإنما الأعمال بالنيات"<sup>(١٩)</sup>

والواجب في المفاهمة والمواعدة أن تكونا على أساس بيع الحصص بالقيمة (ثمن المثل / سعر السوق) عند إبرام كل عقد بيع مستقل في أجله؛ إذ لو حدد ثمن حصص الممول فيما بما قامت عليه -أو بأكثر- لأدى ذلك إلى مسألة خفية محظورة، وهي ضمان العميل للممول رأس مال المشاركة الذي ساهم به، بالإضافة إلى ربح أو ريع حصته في العقار أو المشروع المشترك، ولانطوت "المشاركة المتناقصة" على توسل بعقود ووعود جائزة بمفردها إلى قرض ربوي يترتب على اجتماعها في صفقة واحدة، وخصوصا عند اقتران اتفاقية المشاركة المنتهية بالتمليك بتأمين العميل على محل تلك المشاركة لدى شركات التأمين، كما هو معمول به لدى كثير من المؤسسات المالية الإسلامية.

ثانياً: أن تنشأ وتبرم العقود والالتزامات المجتمعة في هذه الاتفاقية متتالية متعاقبة منفصلة؛ إذ لو أبرمت دفعة واحدة عقب المفاهمة لأدى ذلك إلى محظورات شرعية عديدة، منها البيع المضاف إلى المستقبل، وتأجير وبيع ما لا يملك من الأعيان، والبيع بثمن مجهول.

ثالثاً: اشتراك الممول والعميل في ضمان (غرم) الخسارة في حال وقوعها بحسب حصصهم في الملك؛ كيلا تكون هذه العملية التمويلية حيلة للقرض الربوي؛ حيث لا بد فيها من وجود الإرادة الحقيقية للمشاركة من الطرفين، وأن يتحملا جميع ضروب الخسارة والتلف والنقصان مقابل استحقاقهم للأرباح والعوائد إن تحقق شيء من ذلك خلال فترة المشاركة<sup>(٢٠)</sup>

كما تحدث الباحث الثالث<sup>(٢١)</sup> عن تكييف هذا العقد والضوابط الحاكمة للتمليك أو التملك، فقال: "لا مانع من صدور وعد من المصرف للمتعامل معه في الشركة المنتهية بالتمليك بتمليك حصته بقيمتها السوقية، وهو وعد أخلاقي وديني من جانب واحد لا ضرر فيه، ولا يتنافى مع الشرع أو مقتضى العقد. أما المواعدة الملزمة للطرفين فهي أشبه بتعاقد ضمني يجر الموضوع إلى عقدين في عقد، وهذا منهي عنه؛ فلا يستساغ اللجوء إليهما في الشركة المنتهية بالتمليك ونحوها، ويكون إنجازا مشروطا بشرط إبرام البيع بصفة مستقلة لا صلة له بعقد الشركة، ويتم البيع إذا قام المشتري بتسديد قيمة الحصة المشتراة.

وقد أصبح هذا الوعد من جانب واحد معمولا به في حالات مشابهة، منها بيع المرابحة المقترنة بوعد بالشراء من العميل، على أن يتم تفادي صورية بعض العقود، وتفريغ العملية من أصولها الشرعية، وتجنب شبهة الإقراض بفائدة، ويظهر ذلك حين الإكثار من هذا التعاقد. أما في حال حسن النية واللجوء إلى هذا العقد أحيانا؛ فلا مانع منه فقهاً، عملاً بما أقره الإمام الشافعي رحمه الله، مع إعطاء الخيار لأحد الطرفين.

والوعد من جانب واحد ملزم له ديانة، ويحرم الخلف في الوعد؛ لأن مخالفة الوعد كذب ونفاق، ولقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وهذا متفق عليه، أما الإلزام بالوعد قضاء؛ فلا يقول به جمهور العلماء.

ومع ذلك نجد بعض المفتين يقولون بالإلزام القضائي، منهم بعض الصحابة (ابن عمر، وسمرة بن جندب)، وبعض التابعين (عمر بن عبد العزيز، والحسن البصري)، وبعض الفقهاء (ابن شبرمة، وإسحاق بن راهويه، وابن الأشوع قاضي الكوفة)، وبعض المحدثين

(٢٠) المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة د.نزيه حماد مجلة مجمع الفقه ٥١٨-٥٢٣.

(٢١) الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي أستاذ الفقه وأصوله بجامعة سوريا

(البخاري). وجعل ابن القيم الوعود مع العقود والعهود والشروط الواجب الوفاء بها، وذهب المالكية في المشهور عندهم في باب الإحسان والمعروف؛ أي التبرعات لا المعاوضات إلى القول بوجود الوفاء بالوعد والإلزام القضائي به إن صدر بسبب، ودخل الموعد من أجله في نفقة أو كلفة شيء التزمه، ومن قواعد الحنفية "المواعيد بصور التعاليق تكون ملزمة" (م ٨٤ مجلة).

ويستأنس لهذا الاتجاه بقرار مؤتمر المصرف الإسلامي في دبي في جعل الوعد ملزماً؛ حيث جاء فيه: "إن ما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأمكن للقضاء التدخل فيه".

وللقاضي التعزير في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، وخلف الوعد معصية، ومن أمارات النفاق العملي لا العقدي<sup>(٢٢)</sup>

ثم يتحدث عن الطرق المتبعة في تناقص ملكية الجهة الممولة تدريجياً، فيقول: كل شركة يقصد بها الربح، مع احتمال تعرضها للخسارة، وكل شركة هي عقد غير لازم، يجوز لأحد الشريكين فسخه وإنهاؤه في أي وقت، ولا أرى مانعاً شرعياً يمنع المصرف الإسلامي من تمليك حصته للشريك المتعامل معه إما دفعة واحدة، وإما على مراحل؛ فيتنازل عن ملكيته في رأسمال الشركة إلى الشريك العميل، بحسب الاتفاق الحاصل بينهما، بعد أن حقق المصرف مصلحته بتقاضي الربح عن المدة الماضية خلال فترة مشاركته، ثم يسترجع ما أسهم به من مال في تكوين رأس مال الشركة.

وتتعدد طرق تناقص ملكية المصرف (الجهة الممولة)، وأشهر هذه الطرق ثلاث:

أ - التملك لحصّة الجهة بمقدار العائد المستحق للمتملك بجعله ثمناً للخصص المشتراة: يتم هذا التملك لبعض ممتلكات الشركة أو بعض أسهمها بين المؤسسة المالية (المصرف) أو أي شخص عادي، والشريك المتعامل، بنحو بطيء، وهو كثيراً ما يحصل؛ لأن العميل لا يملك مالا، وإنما يملك حصته من الربح أو العائد الناتج؛ فيشتري به من حصّة المصرف بمقدار هذا العائد الذي يجعله ثمناً لكل حصّة مشتراة على حدة، وهو تملك تدريجي تنقص به ملكية المصرف مثلاً، وتزداد ملكية العميل شيئاً فشيئاً إلى أن يتم تملك جميع حصّة المصرف في نهاية الأمر.

وهذا يتطلب إبرام عقود بيع وشراء متتابعة أو متلاحقة تختلف فيها كل صفقة في حجمها عن الأخرى، بحسب ما يتيسر للعميل الشريك من دخل جديد ناجم عن العائد المستحق

(٢٢) المشاركة المتناقصة وصورها د. وهبة الزحيلي ٤٩٢-٤٩٣.



للمتلك من عوائد الشركة أو أرباحها، ويتحدد الثمن بحسب القيمة السوقية لكل حصة مشتراة.

وحيث أن تناقص ملكية المصرف، وتزداد ملكية العميل تدريجياً، وهو عمل تجاري استثماري مشروع؛ لأن الشراء يقع على الكثير والقليل مما له قيمة مالية، ولأن أساس البيع هو التراضي مع اشتراط كون المبيع معلوماً والثمن معلوماً.

ب - التملك لأسهم محددة دورياً بعد تقسيم المشاركة إلى أسهم:

هذه الطريقة هي الغالبة في عمليات الشركة المنتهية بالتمليك؛ لسهولة تحديد المبيعات من الأسهم المملوكة للمصرف البائع ونحوه في كل عقد بيع مستقل، وهي طريقة كسابقتها سائغة شرعاً، يتم فيها البيع دورياً لمجموعة من أسهم المشاركة بين الطرفين، ويدفع العميل الشريك ثمن الأسهم في كل مرة؛ فتزداد حصته، وتتناقص تدريجياً حصة البائع، وهو المصرف أو أي شخص عادي آخر.

ويحدث هذا عادة منذ القدم بين الجيران في الدور المتلاصقة وغيرها في غير حالة الاستثمار أو قصد التمويل، وهو تصرف يتناسب مع إمكانات الناس المالية وظروفهم في الماضي، وتسوية المشاركات وتصفيتهما مع مرور الزمان في العصر الحاضر.

ج - التملك لخصص غير محددة بحسب إمكان المتملك:

هذا وعد بالتمليك لخصص غير محددة بمقدار معين، وإنما بحسب ملاءة أو قدرة المشتري المتملك، ومثل هذا الوعد جائز؛ لأنه مجرد عرض للحصة، ويتم تقديرها حينما يتم إبرام العقد؛ فيتفق الطرفان على تعيين مقدار المبيع، وتحديد القيمة أو الثمن بحسب سعر الشيء في الأسواق، فإذا أبرم العقد زال الإشكال، ولم يكن هناك أي مانع من الجواز. أما إذا تم البيع دون تعيين مقدار المبيع أو مع جهالة الثمن؛ فيكون فاسداً، ويأثم به العاقدان، ويكون الثمن سحتاً خبيثاً، ويجب نقض هذا البيع.

ويشترط بالاتفاق في حالة تعيين مقدار الحصة المباعة أن تقدر الحصة بالقيمة السوقية لا بالقيمة الاسمية، جاء في الفتوى ٣٣ من فتاوى هيئة الفتاوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي ما يأتي:

"بحثت الهيئة مسألة تقييم الحصص التي تباع للعميل في حالة مشاركة البنك لعملائه في العقارات وغيرها مشاركة متناقصة تنتهي بتمليك العين كاملة لعميل البنك، وهل يتم تقييم تلك الحصص بقيمتها السوقية وقت البيع أو بثمنها المحدد في عقد المشاركة.

وقد رأت الهيئة أن القواعد الشرعية التي تقضي بمنع الغبن وعدم البخس، تمنع الأخذ بالقيمة المحددة في عقد المشاركة؛ لأن التغير المستمر في قيم الأشياء بالزيادة أو النقصان سيؤدي إلى غبن أحد الأطراف المشاركة. وبناء عليه فإن قيمة الحصة المبيعة للعميل يتم تقويمها بقيمتها الجارية وقت البيع، حسب قوانين العرض والطلب، على أن يتولى التقييم خبير عادل مؤتمن<sup>(٢٣)</sup>

ضوابط تمليك الجهة الممولة حصتها للطرف الآخر:

لا بد من توافر الشروط السابقة لتمليك المصرف مثلا حصته للعميل، وتطبيقات تلك الشروط تتبين فيما يأتي:

أ. التملك بالقيمة السوقية لا بأصل المقدم للمشاركة؛ لتجنب ضمان رأس مال المشاركة:

لا يصح هذا التمليك أو التملك إلا بما يتفق مع الحق والعدل، ومنع الغبن وعدم البخس في الثمن، وهذا يتطلب أن يتم البيع بين الشريكين على أن يشتري أحدهما حصة الآخر أو نصيبه من رأس مال الشركة بالقيمة السوقية حسب الاتفاق، لا بالقيمة الاسمية أو قيمة الحصة وقت المشاركة؛ لأن الشريك أمين على الشركة، لا ضامن لرأس مال الشركة.

وأما الأرباح (أرباح المثل): فيتم احتسابها في ضوء الإنجاز الماضي لأعمال الشركة، فيستحق البائع نصيبه من الأرباح عن الماضي إلى حين وجود البيع.

وأما الخسارة فتقسم على قدر حصة كل شريك في رأس المال، ولا يصح اشتراط خلاف ذلك؛ لأن القاعدة الشرعية هي: "الربح على ما شرطاً، والوضيعة على قدر المالمين"<sup>(٢٤)</sup>.

ب. التملك بعقد بيع في حينه لا ببيع مضاف:

من المعلوم أن عقد البيع يتطلب التنجيز في الوقت الذي يتم فيه، ويترتب عليه انتقال الملكية حينئذ بعد إبرام البيع؛ لأن أثره فوري يحدث بعد الإيجاب والقبول، ولا يجوز إضافة أثر البيع للمستقبل، ولا التعليق. وهذا هو المنسجم مع طبيعة عقد البيع، وهي التنجيز.

ج. التصرف في موجودات المشاركة في حال الإخفاق في تناقصها:

إذا تعرضت الشركة لما يهدد وجودها أو استمرارها، أو التعرض لنقص مبيعاتها، أو العجز عن استيفاء ديونها أو حقوقها على الآخرين الذين يتعاملون معها، أو حال تعثر تنفيذ الوعد بتناقص ملكية أحد الشركاء.. يكون التصرف في موجوداتها على النحو الأصلي السابق، أو

(٢٣) السابق ص ٤٩٤-٤٩٦.

(٢٤) تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ٣/٣١٨، ونصب الرأية في تخرج أحاديث الهداية ٤/٣٩٥، الإنصاف ٥/٤٦٥، درر الحكام

في شرح مجلة الأحكام ٣/٨٣.

النحو الذي يحدث في حال تصفيتها؛ فيتم بيعها وتوزيع الثمن على الشركاء بنسبة حصة كل شريك في رأس مال الشركة؛ لأن الخسارة توزع بنسبة الحصص القائمة فعلا سواء في حال الزيادة لحصة شريك أو تناقصها، وفي حال بقاء الشركة يبقى كل شريك حر التصرف في حصته، سواء للشريك الآخر أو لغيره.

د. تحميل أعباء المشاركة لوعاء المشاركة دون أحد الطرفين:

إن مختلف الالتزامات أو الديون أو الأعباء يتحملها جميع أعضاء الشركة بنسبة حصصهم، ولا يجوز أن يتحمل أحد الشركاء العبء الواقع على الشركة دون بقية الشركاء؛ لأن الشركة ملك الكل، لهم مغانمها وعليهم مغارمها. والشركاء إما متساوون في تملك الحصص وإما متفاوتون، وتقتصر مسئولية الشريك على مقدار حصته في رأس المال، سواء كانت المشاركة بصفة دائمة أو متناقصة، ولا يسأل الشريك إلا بمقدار الجزء الباقي له بعد تناقص ملكيته<sup>(٢٥)</sup>

ثم تكلم الباحث الرابع<sup>(٢٦)</sup> عن تكييف العقد فقال:

إن هذه السندات باعتبارها صورة من صور التعامل الجديد لا تتضمن تحليلاً لحرام، أو تحريماً لحلال، وإنما يتجاوزها عند الباحثين أساسان من أسس التعامل، وهذان الأساسان هما: عقد المضاربة وعقد الشركة..

وواضح أن طبيعة هذا العقد تقوم على التداخل بين مجموعة عقود تأخذ بعضها برقاب بعض؛ فهناك عقد شركة يقوم بين الشريك وطالب التمويل في مشروع معين، وهناك وعد من البنك يلتزم فيه بيع أجزاء من حصته بشكل تدريجي بقدر المال الذي دفعه لإقامة المشروع على أساس نسبة من الدخل الذي يتحقق للمشروع، يأخذها البنك لغرض سداد هذا المال بصرف النظر عن القيمة السوقية التي أصبح المشروع يساويها، ويلتزم البنك بذلك من منطلق أن اتفاه مع طالب التمويل أعطاه الحق في نسبة من دخل المشروع ربحاً يتحقق له، ومنها عقود الاستثمار لهذا المشروع ليحقق دخلاً يجري اقتسامه بنسب متفاوتة على ضوء دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع، وقد جرى تحديد هذه النسبة على أساس اقتصادية سليمة تجعل مما يتحقق من هذه النسبة ربحاً معقولاً يناله البنك من تمويله هذا المشروع.

(٢٥) المشاركة المتناقصة... للدكتور وهبة الزحيلي ٤٩٧-٤٩٨.

(٢٦) الدكتور عبد السلام العبادي عضو المجمع

وواضح أن هذا الربح ليس محسوباً على أساس نسبة المال الذي دفعه البنك - كما هو الحال في العمليات الربوية - إنما هو نسبة من دخل المشروع المتوقع الذي قد يتحقق وقد لا يتحقق. وقد جرت الحسبة على أساس توقع الربح وفق قواعد دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات.. ولكن الربح قد يتحقق بأكثر من المتوقع، كما أن الخسارة قد تتحقق؛ فلا يأتي المشروع بشيء، أو يأتي بالقليل الذي يجعل من هذا الأسلوب الشرعي أسلوباً فيه مخاطرة، وتعرض لاحتمالات الربح والخسارة، بخلاف ما عليه الحال في التمويل الربوي الذي تكون فيه الفائدة محسوبة بنسبة متفق عليها على أساس رأس المال، وهذا ما يميز عمليات التمويل الإسلامية.

ومن هنا فإن أسلوب التمويل بالمشاركة المنتهية بالتمليك إذا رافقه ما يؤدي في الواقع إلى ضمان الربح بقدر معين؛ فإنه عند ذلك يخرج من الحلال إلى الحرام. وواضح أن العقود التي يجري استثمار المشروع فيها متنوعة وفق طبيعة المشروع نفسه، مصنعا كان أو بناية أو مزرعة أو غير ذلك؛ مما يشمل عقد البيع والإجارة والمزارعة<sup>(٢٧)</sup> ثم يتحدث عن الضوابط الشرعية والأحكام الخاصة المقررة لعقد المشاركة المنتهية بالتمليك، فيقول:

يخضع هذا العقد للأحكام المقررة للعقود في الفقه الإسلامي؛ كضرورة توافر التراضي بين المتعاقدين، وكذلك يخضع للأحكام العامة المقررة لعقد الشركة مثل ضرورة الاتفاق على النسب الخاصة بكل الشركاء، وألا يكون موضوع الشركة مجهولاً، وألا يجري تحديد مبلغ محدد لأحد الشركاء بصرف النظر عما تحققه الشركة من ربح، أو أن يتم إلزام أحد الشركاء بنفقة الشركة دون غيره مما هو مبين في عقد الشركة في الفقه الإسلامي، وما يتعلق بها من أركان وشروط.

أما الأحكام والضوابط الخاصة بهذا العقد.. فمن أوضاعها ضرورة أن تكون نسب توزيع ربح الشركة منسوبة للربح أو الدخل لا للمال الذي دفعه الممول، بنكا أو غيره؛ فلا يصح حساب الدخل مسبقاً منسوباً للمال الذي دفع، ثم توزيعه بين نسبة للبنك سداداً لرأس ماله المدفوع، ونسبة له ربحاً من المشروع، ونسبة أخرى لطالب التمويل صاحب المشروع (كاملاً في النهاية) إذا كان قد قدم أرضاً لإقامة المشروع أو غيرها.

(٢٧) المشاركة المتناقصة طبيعتها وضوابطها د. عبد السلام العبادي ص ٥٣٠-٥٣٥.

وقد أخطأت بعض الجهات التمويلية في بعض صور هذا العقد عندما يكون التمويل لمشروع سوف يستخدمه طالب التمويل؛ فيجري حساب الأجرة سلفاً على أساس معدلات الفائدة القائمة أو المخفضة؛ مما يعني أننا أصبحنا أمام صورة ربوية واضحة.

وقد سئل مجلس الإفتاء الأردني عن حالة من هذا النوع جرى فيها تقدير الدخل ابتداءً منسوباً إلى التمويل المدفوع من البنك؛ وذلك لأن الشخص يرغب باستخدام البناء الممول من البنك لسكنه الشخصي، وقد طالب بعض موظفي البنوك الإسلامية بتقديم طريقة إسلامية مناسبة لتمويل بناء مساكن لغرض سكنهم الشخصي، وقد أجابهم المجلس في قراره رقم (٤) لسنة ٢٠٠١، والذي كان لي شرف صياغته الأولى.. حيث ورد في هذا القرار أن المجال مفتوح أمام موظفي البنوك الإسلامية وغيرهم من أجل الحصول على مساكن لهم، وفق إحدى الصيغ التالية:

الصيغة الأولى: صيغة المرابحة للأمر بالشراء المعروفة، والتي يتحمل فيها الموظف كلفة العمالة اللازمة للبناء، ويقدم فيها البنك تمويل المواد التي يمكن شراؤها بالمرابحة بحيث تدخل في ملك البنك وضمائنه.

ويمكن استخدامها أيضاً لشراء شقة أو بناية وفق ما هو معروف في بيع المرابحة.

الصيغة الثانية: صيغة الاستصناع، وعند ذلك يتحمل البنك كلفة جميع التمويل وفق شروط هذه الصيغة، ويمكن من خلالها استصناع بناية أو شقة حسب الحال. أما الصيغة المعروضة على مجلس الإفتاء تحت مسمى "المشاركة المنتهية بالتملك" والعقد المرفق؛ فهي تختلف عن طبيعة هذا العقد، كما هو معروف في تعريفه المستقر في قانون البنك الإسلامي، الذي حظي بموافقة مجلس الإفتاء؛ حيث إن القانون قد عرفه: "دخول البنك بصفة شريك ممول كلياً أو جزئياً في مشروع ذي دخل متوقع، وذلك على أساس الاتفاق مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي أو قدر منه يتفق عليه؛ ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل".

وهذا يعني أن دخل المشروع المبني وفق هذا العقد هو متوقع عند إبرام العقد، وأن الذي يحدد هذا الدخل المتوقع هو واقع السوق بعد إنجاز المشروع.

ولا يصح أن يقدم هذا الدخل ابتداءً منسوباً إلى التمويل المدفوع من البنك؛ مما يجعل الأمر محسوباً على أساس الفائدة المخفضة، كما جرى في الحالة المعروضة على المجلس وكونها مخفضة، لا يخرجها عن طبيعتها المحرمة في نظر الشريعة.

وحتى تجوز هذه الصيغة؛ فلا يصح حساب الدخل المتوقع للمشروع بهذه الطريقة، إنما الأصل أن تترك للسوق.

وبما أننا أمام رغبة الموظف في الحصول على سكن سيستخدمه هو شخصياً، ولن يعرض المشروع في السوق لغرض تأجيره؛ فالبديل الشرعي المقبول هو أن تقوم لجنة من الخبراء الثقات العدول بتقدير أجر مثله بعد إنجازه، وبناء على تقدير حقيقي لأسعار الشقق والمنازل المماثلة.

وبالتالي لا بد من صياغة العقد صياغة جديدة على هذا الأساس، والذي هو فارق التمييز بين الصيغة المقبولة شرعاً وغير المقبولة شرعاً.. هذا إذا رغب الموظف والبنك في أن يلجئوا إلى أسلوب المشاركة المنتهية بالتمليك، وإلا أمكنهم اللجوء إلى الصيغ الأخرى.

ومن القضايا التي بحثها العلماء في تفصيلات هذا العقد موضوع الوعد بالبيع التدريجي لحصة البنك في المشروع، والوعد بالشراء التدريجي من طالب التمويل الذي ستؤول ملكية المشروع له؛ حيث إن المتعاقدين قد اتفقا على أساس مرتب لتحقيق هذا الانتقال التدريجي؛ فهو عقد تتناقص به نسبة ملكية الشريك الممول، وتزايد ملكية الشريك الآخر لينتهي العقد بتملكه كامل المشروع؛ لذلك فإن من تسميات هذا العقد المشهورة أيضاً المشاركة المنتهية بالتمليك.

ومن القضايا التي بحثها العلماء بخصوص هذا العقد هو كيف يمكن أن تصفي الشركة إذا لم يتحقق دخل للمشروع، ولم يمكن استثماره.. فهل يجوز أن يتفق المتعاقدان في المشاركة المنتهية بالتمليك على مدة لهذا العقد تجري بعدها تصفية الشركة؛ ليؤول المشروع كاملاً لطالب التمويل وفق قواعد واضحة يتفقان عليها، وقد فعلت البنوك الإسلامية ذلك؟

وقد ورد في الفقرة (ح) من المادة (٨) من هذا العقد في البنك العربي الإسلامي الدولي، والفقرة (ط) من المادة (٨) من هذا العقد في البنك الإسلامي الأردني بيان مدة العقد، وورد في الفقرة (ب) من المادة (١٢) من هذا العقد في العقدين المعتمدين في هذين البنكين.. أنه في حالة انتهاء مدة العقد لأي سبب، وامتناع الفريق الثاني عن تسديد رصيد ما عليه من الحقوق الناشئة أو المتعلقة بهذا العقد وتطبيقاته من موارده الأخرى.. فمن حق البنك (الفريق الأول) طرح سند تأمين الدين للتنفيذ وفق الأصول.

وهذا يعني أن الفريق الثاني قد التزم بشراء ما تبقى من حصة الشريك الممول (البنك) بما يعادل ما تبقى من رأس المال الذي دفعه ولم يسدد من دخل المشروع، وما دام أن التراضي قد تم على ذلك، وليس هنالك أي جهالة مفضية للتراع.. فلا مانع من ذلك، وهو ما أقرته هيئات الرقابة الشرعية للبنكين.

وقد أكدت المؤتمرات المصرفية التي تبنت هذا العقد على أنه لا يصح أن تكون المشاركة المنتهية بالتمليك مجرد تمويل من البنك؛ فلا بد أن تكون المشاركة حقيقية، وأن يتحمل جميع الأطراف الربح والخسارة، كما أكدت على ضرورة أن يمتلك البنك حصته في المشاركة ملكا تاما، وأن يتمتع بحقه في الإدارة والتصرف، وأنه في حال توكيل الشريك الآخر بذلك فإن للبنك حق مراقبة الأداء ومتابعة المشروع.

كما أكدوا على ضرورة ألا يتضمن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك شرطا يقضي برد الشريك إلى البنك كامل حصته في رأس المال، بالإضافة إلى ما يخصه من أرباح (بصرف النظر عن خسارة أو مكسب المشروع فالربح محدد مسبقا) لما في ذلك من شبهة الربا. والواقع أن هذا الأمر الأخير هو من باب الاحتياط، ولا ضرورة له ما دام أن العملية مربوطة باستثمار قد يتحقق له دخل، وقد لا يتحقق كما أوضحت سابقاً<sup>(٢٨)</sup> وتحدث الباحث الخامس<sup>(٢٩)</sup> عن هذا العقد؛ فبعد أن عرف العقد، وذكر تكييفه الشرعي وصوره، خلص إلى ما يلي:

بالإضافة إلى جميع الأحكام الشرعية الواردة في أسلوب المشاركة الدائمة، والتي تنطبق هنا في المشاركة المنتهية بالتمليك.. يجب كذلك مراعاة الأمور التالية:

١. يشترط في المشاركة المنتهية بالتمليك ألا تكون مجرد عملية تمويل بقرض؛ فلا بد من وجود الإرادة الفعلية للمشاركة، وأن يتحمل جميع الأطراف الربح والخسارة أثناء فترة المشاركة.

٢. يشترط أن يمتلك البنك حصته في المشاركة ملكا تاما، وأن يتمتع بحقه الكامل في الإدارة والتصرف. وفي حالة توكيل الشريك بالعمل يحق للبنك مراقبة ومتابعة الأداء.

٣. لا يجوز أن يتضمن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك شرطا يقضي بأن يرد الشريك إلى البنك كامل حصته في رأس المال، بالإضافة إلى ما يخصه من أرباح؛ لما في ذلك من شبهة الربا.

٤. يجوز أن يقدم البنك وعدا لشريكه بأن يبيع له حصته في الشركة إذا قام بتسديد قيمتها، ويجب أن يتم البيع بعد ذلك؛ باعتباره عملا مستقلا لا صلة له بعقد الشركة.

٥. إذا تم الاتفاق على شراء الشريك حصة المؤسسة المالية الإسلامية تدريجيا؛ فيجب تقدير الحصة بقيمتها السوقية يوم البيع، وليس بقيمة المشاركة؛ حذرا من الغبن والضرر الذي قد

(٢٨) المشاركة المتناقصة... د. عبد السلام العبادي ٥٣٦ - ٥٤٠ باختصار وتصرف

(٢٩) الدكتور عجيل جاسم النشبي

يقع فيه أحد الطرفين، ومثل ذلك لو رغب الطرفان بفض الشركة قبل أوانها؛ فإن الشريك يشتري نصيب المؤسسة بالقيمة السوقية.

٦. تجوز المشاركة المنتهية بالتمليك مع وعد ببيع العين بعد سداد الشريك التزاماته للمؤسسة المالية الإسلامية.

٧. تجوز المشاركة المنتهية بالتمليك مع إعطاء المؤسسة للشريك حق الخيار في تملك العين في أي وقت يشاء على أن يسدد التزاماته كاملة.

٨. يجوز للمؤسسة المالية الإسلامية هبة العين، أو الوعد بهبتها للشريك إذا سدد التزاماته.

٩. لا تنتقل الملكية من المؤسسة المالية الإسلامية إلى الشريك إلا بعقد مستقل بعد الوفاء بالتزاماته، ويجوز للمؤسسة أن تباع لغيره، ويكون البيع بسعر السوق.

١٠. لا يجوز أن تتفق المؤسسة المالية الإسلامية والشريك ابتداء على المشاركة والبيع في عقد واحد.. بل لا بد أن يكون ذلك بعقدين منفصلين.

١١. تحديد أجرة العين سلفاً في المشاركة المنتهية بالتمليك: قد يعد العميل باستئجار العين محل المشاركة قبل تملك المنفعة؛ فيجوز حينئذ تقدير الأجرة سلفاً بأجرة المثل.

١٢. تخلف الشريك عن دفع ما عليه؛ إذا تخلف الشريك عن دفع بعض ما عليه من حصة المؤسسة المالية الإسلامية فتنظره عند العسر إلى ميسرة إذا كان له عذر، وإلا فلها الحق في التنفيذ على الرهن -إن وجد- واستيفاء حقها أو الإقالة.

١٣. تطبق أحكام الشركة طوال مدة الشركة؛ فيتحمل الشركاء كل ما هو مؤونة الملك من الصيانة والتأمين وما إلى ذلك. وإذا تضمن العقد إجارة فتطبق أحكام الإجارة مدة الإجارة.

١٤. انتهاء عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بالتمليك:

ينتهي عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بالتمليك بما تنتهي به شركات الأموال، أو الملك من حيث الجملة. وهي عقد لازم -على رأي المالكية- فلا تنتهي إلا بالتنصيص أو رضی الطرفين.

١٥. تخارج المؤسسة مع الشريك أو مع شركائها -مؤسسات أو أفراد- جائز لها ولغيرها من الشركاء، والأنسب مذهب المالكية في لزوم الشركة، فلا تخارج إلا باتفاق ورضی الطرفين<sup>(٣٠)</sup>

وتحدث الباحث السادس<sup>(٣١)</sup> عن هذا العقد؛ فعرف الشركة بوجه عام، وذكر أقسامها، وشروط الشركة المنتهية بالتمليك، وصورها، والخطوات التي يتبعها المصرف خلال عملية

(٣٠) المشاركة المتناقصة وصورها... د. عجيل النشي ص ٥٨٣-٥٨٥، وينظر تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ص ٤١٦-٤٣٠ والاستثمار في الاقتصاد الإسلامي د. أميرة مشهور ص ٢٨٦، ٢٨٩ والمعاملات المالية المعاصرة د. شبير ص ٢٩٤، ٢٩٥، والملكية وضوابطها في الإسلام د. عبد الحميد محمود البعلبي ص ٤٤، ٤٩ مكتبة وهبة ط ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥



المشاركة، والكيفية التي تقسم بها الأرباح في عملية المشاركة، كما ذكر العقود المشابهة لعقد المشاركة، ومدى توافق هذا العقد مع قانون دولة الإمارات، وخلص إلى أن هذا العقد جائز بالشروط التالية:

١. يشترط في المشاركة المنتهية بالتملك ألا تكون مجرد عملية تمويل بقرض؛ فلا بد من وجود الإرادة الفعلية للمشاركة، وأن يتحمل جميع الأطراف الربح والخسارة أثناء فترة المشاركة.

٢. يشترط أن يمتلك البنك حصته في المشاركة ملكاً تاماً، وأن يتمتع بحقه الكامل في الإدارة والتصرف. وفي حالة توكيل الشريك بالعمل يحق للبنك مراقبة ومتابعة الأداء.

٣. لا يجوز أن يتضمن عقد المشاركة المنتهية بالتملك شرطاً يقضي بأن يرد الشريك إلى البنك كامل حصته في رأس المال، بالإضافة إلى ما يخصه من أرباح؛ لما في ذلك من شبهة الربا.

٤. يجوز أن يقدم البنك وعداً لشريكه بأن يبيع له حصته في الشركة إذا قام بتسديد قيمتها، ويجب أن يتم البيع بعد ذلك باعتباره عملاً مستقلاً لا صلة له بعقد الشركة<sup>(٣٢)</sup>.

وخلاصة البحوث السابقة: أن الباحثين قد اختلفوا حول تكييف العقد إلى ثلاثة آراء كما سبق، لكنهم اتفقوا على جواز هذا العقد إذا توافرت فيه شروط الشركة عامة، وشروط وضوابط هذا العقد خاصة، غير أن عدداً من المعقبين على هذا البحث قد خالفوهم الرأي في هذه المسألة؛ فيقول أحد المعقبين<sup>(٣٣)</sup>:

للأسف الشديد لا أرى في عرض المشاركة المنتهية بالتملك المطروح للمناقشة إلا كونه مثلاً لأحد نماذج بيع العينة التي نهى الفقهاء عنها، وإذا كان الإمام الشافعي -رحمه الله- قد أجاز بيع العينة بصفة عامة إلا أنه استثنى من ذلك حالة واحدة فقط؛ وهي حالة إذا نص صراحة في عقد البيع على أن يعيد المشتري بيع الأصل الذي اشتراه إلى نفس البائع المالك الأصلي، وهذه هي نفس حالة عقد المشاركة المنتهية بالتملك المعروضة للمناقشة بين أيدينا الآن. فالمشاركة بطبيعتها هي من جنس البيوع، لكنها تعبر عن شراء حصة على المشاع في أصل من الأصول. فإذا أراد أحد الشركاء التخارج من الشركة فهو يبيع الحصة الشائعة التي امتلكها إلى باقي الشركاء المستثمرين في الشركة. والمقصد الأساسي من وراء هذا العقد في واقع

(٣١) الدكتور جاسم علي الشامسي.

(٣٢) المشاركة المتناقضة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة د. جاسم علي سالم الشامسي

(٣٣) الشيخ حسين كامل

الأمر يتضح من نفس العنوان الذي اختاره المؤيدون لهذه الفكرة، وهو المشاركة المنتهية بالتمليك.

فمن الواضح إذن أن هذا العنوان ينطوي على معانٍ تتناقض تمامًا مع مقتضى العقد ومقصده الأصلي، كما أشار إليه الفقهاء من كونه عقدًا بين المشاركين لتحقيق الربح. وهذا المقصد لا يتحقق في أغلب الحالات إلا بافتراض الاستدامة والاستمرار في المشاركة. فكما أن الشركة تعني اشتراك طرفي التعاقد في رأس المال؛ فإنها تعني أيضًا اشتراكها في العمل لتحقيق الربح، وهذا يتناقض مع الهدف من العقد الذي أماننا؛ إذ إن النية مبيتة واضحة فيه من البداية، على أن يبدأ تخارج البنك من التعامل فور شرائه للأصل من البائع الأول، ثم تنتهي عملية المشاركة بأكملها من الطرفين بمجرد حصول كل منهما على الغرض الأصلي المنشئ لهذا التعامل، وهو التمويل أو القرض بالنسبة للعميل المستثمر، والعائد على هذا القرض، ويلاحظ هنا أمران هامان:

أولاً: إن هذه الحقيقة التي أثبتناها لا يشفع لها إطلاقاً القول بأن عقد الشركة هو من العقود غير اللازمة؛ فهناك فارق واضح بين أن تكون النية مبيتة من البداية للتخارج ومرتب لها ومنصوص عليها داخل العقد نفسه، وبين أن يعن لأحد الشركاء التخارج بعد بداية النشاط لوقوع أحداث جديدة لم يكن يتوقعها من قبل. والسؤال هو: إذن لماذا لا يبدأ البنك تعاقد من البداية على أساس عقد الشركة؟

ثانياً: إنه لا يشفع لهذه الحقيقة أيضاً القول بأن سداد عميل البنك للأقساط المستحقة عليه هي بمثابة بيع تدريجي لحصص متتالية من الجزء الذي امتلكه البنك من الأصل محل العقد.

ويكفي في هذا الشأن الإشارة إلى ما قاله الإمام ابن القيم في كتابه "إعلام الموقعين" فصل: حيل باطلة لتجوز العينة. قال -رحمه الله-: ومنها -أي الحيل الخاصة ببيع العينة- أن تكون السلعة قابلة للتجزئة فيمسك منها جزءاً ما وبيعه بقيته.

وفي واقع الأمر إذا أجزنا عقد المشاركة المنتهية بالتمليك؛ فكأنما نتغاضى تماماً عن بعض الثوابت التي تعارف عليها الفقهاء، والتي من أهمها:

أولاً: إن العبرة في أي نوع من أنواع المعاملات والعقود المبرمة بين الناس بصفة عامة تتوقف - من حيث القبول أو الرفض - من وجهة نظر الشريعة على ما تتضمنه من معانٍ ومقاصد، وليس على ما تحمله من أسماء ومباني.

ثانيًا: إن هناك نهيًا عن إجراء بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف؛ للحديث الذي أخرجه مسلم عن عبد الله بن عمرو أن النبي - ﷺ - نهى عن ربح ما لا يضمن، وعن بيع ما لم يقبض، وعن بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف.

ثالثًا: إن من القرائن البديهية التي يمكن أن تساعد على فهم المقصد الحقيقي من التعامل المطروح للمناقشة.. الأخذ بعين الاعتبار لنوع النشاط الذي يزاوله أحد المتعاقدين أو كلاهما. وبالنظر إلى طبيعة التعامل الدقيق الذي يختص به مثل هذا النوع من العقود بصفة عامة، نجد أنه لا يخرج في معظمه عن إطار واحد؛ وهو نشاط منح الائتمان عن طريق شراء السلع، ثم إعادة بيعها بالأجل.

وبالرجوع إلى آراء الفقهاء وحكمهم على مثل هذا النوع، نجد الآتي:

- أنه محرم عند المالكية سدًا للذرائع.

- أنه مكروه كراهة تحريم عند الحنفية.

- أنه مكروه عند كل من الحنابلة والشافعية على السواء.

رابعًا: إن جميع الأشكال المختلفة لبيع العينة سواء التي أشار إليها المالكية أو الشافعية أو الحنابلة أو الحنفية يجمع بينها عموم وخصوص من وجه. بمعنى آخر أنه يجمع بينها عامل مشترك واحد هو أن السلعة محل العقد غير مرغوب فيها من الأصل، سواء كان ذلك من أحد الطرفين فقط أو من كليهما معًا.

خامسًا: إن الفقهاء عندما نقلوا إلينا الصور المختلفة في بيع العينة لم يذكروا فيها إطلاقًا أنها عقود قاصرة على تبادل نقد بنقد مع التفاضل، وإنما قالوا: إنها بيوع استوفت أركانها؛ ففيها صيغة متكاملة صحيحة: إيجاب وقبول، بعتك واشتريت منك، وفيها محل للعقد وهي السلعة والثمن، وفيها نقل للملكية من البائع للمشتري، ثم نقل آخر للملكية من المشتري إلى البائع، بل إن الإمام الشافعي اشترط لكي يحكم على العقد بالفساد وعدم الجواز أن يُذكر في نفس العقد الأصلي أو ملحقاته شرط يقتضي الالتزام بإعادة البيع من المشتري إلى البائع الأصلي، ويفهم من قوله هذا أنه يتكلم عن عقد -سواء كان بيعًا أو مشاركة أو خلافه- قد تم بالفعل مستوفيًا لأركانه، ثم يتلوه بيع آخر مستوفٍ أيضًا لأركانه، إلا أن ذلك كله لم يمنعه من الحكم الذي رتبته في النهاية على هذين العقدتين وهو الفساد؛ لأنهما يجران إلى الربا<sup>(٣٤)</sup>.

ثم عقب آخر<sup>(٣٥)</sup> فقال: لدي ملاحظة واحدة بالنسبة للمشاركة المنتهية بالتمليك التي يمكن أن تلجأ بعض المؤسسات المالية الإسلامية إليها لمعالجة دين العميل الذي لا يستطيع السداد، وذلك بالدخول في شركة مع العميل في عقار مملوك له، ثم تؤجر المؤسسة نصيبها على العميل بأجرة هي أكثر من أجرة المثل؛ وذلك لتغطية دين العميل، وهي الصورة التي أُشير إليها بالمشاركة المنتهية بالتمليك المنتهية بالتمليك مع الإجارة.

بناءً على ما جاء في الأبحاث المقدمة من الإخوة الباحثين؛ فإن مثل هذه المعاملة تترأى أنها غير صحيحة؛ لأنها تصبح حيلة لجدولة الدين<sup>(٣٦)</sup>.

وقال أحد الباحثين<sup>(٣٧)</sup> المانعين لهذا العقد أيضاً:

إننا نريد أن ننظر إلى العقود من الناحية التطبيقية العملية؛ لأن معظم العقود التي رأيتها من قبل لا تنطبق عليها الشروط التي وضعها الإخوة الكرام؛ بحيث تكون شركة فعلاً، وأن الحصّة عندما تباع إنما تباع بقيمتها السوقية.

ولقد نظرت إلى العقد فوجدت أن المسألة تمويل وليست شركة متناقصة، والمجمع هنا قد اتخذ قراراً من قبل بعدم صحة بيع الوفاء، وهذا أسوأ من بيع الوفاء؛ يعني إن لم يكن هو صورة من بيع الوفاء فهو أسوأ من بيع الوفاء؛ لأن الآخر ملتزم بمبلغ يدفعه، إنما في بيع الوفاء إن لم يرد العين فلن يدفع شيئاً.

ولذلك لي ملحظ بالنسبة للصورة الثانية، وهي التي يتفق البنك مع متعامله على المشاركة في التمويل الكلي أو الجزئي لمشروع ذي دخل متوقع، على أن يحصل البنك من شريكه حصّة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلاً، ويحتفظ بجزء من الإيراد لتسديد ما قدمه البنك من تمويل. إذن المسألة تمويل وليست مشاركة. والعقدان ينصان على هذا؛ لأن الشريك ملتزم بدفع المبلغ الذي دفع. الفرق بينه وبين فوائد البنوك الربوية أن فوائد البنوك الربوية محددة بالنسبة لرأس المال. أما هنا فالدخل هو الزيادة على رأس المال، وكون الزيادة على رأس المال ليست نسبة محددة من رأس المال.. فهل هذا لا يعتبر ربا؟...<sup>(٣٨)</sup>.

وفي نهاية المناقشة قرر المجمع تأجيل النظر في موضوع المشاركة لدورة قادمة من أجل مزيد من الدراسة والبحث.

(٣٥) الشيخ عبد اللطيف آل محمود

(٣٦) المرجع السابق ٦٥٠-٦٥١.

(٣٧) الشيخ علي السالوس

(٣٨) السابق ٦٥١-٦٥٢.

ثم أعاد المجمع مناقشة هذه المعاملة في دورته الخامسة عشر وخرج بهذا القرار:

### المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) من ١٤ إلى ١٩ المحرم ١٤٢٥هـ، الموافق ٦ - ١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يأتي:

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

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

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

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

(٥) المشاركة المتناقصة مشروعة إذا التزم فيها بالأحكام العامة للشركات، وروعت فيما الضوابط الآتية:

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

ب - عدم اشتراط تحمّل أحد الطرفين مصروفات التأمين أو الصيانة وسائر المصروفات، بل تحمّل على وعاء المشاركة بقدر الحصص.

ج - تحديد أرباح أطراف المشاركة بنسب شائعة، ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح أو نسبة من مبلغ المساهمة.

د - الفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة.

هـ - منع النص على حق أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل) <sup>(٣٩)</sup>.  
تعقيب على الحكم الفقهي للعقد <sup>(٤٠)</sup>:

الخلاف الذي نشأ حول هذا العقد خلاف شكلي؛ فالمانعون لهذا العقد نظروا إلى بعض التطبيقات الخاطئة التي يتحايل البعض بها للوصول إلى الربا، والذين أجازوا هذه العقود أجازوها بالضوابط والشروط التي تخلصها من كل المحظورات، وتبعدها عن الحرام، ولو منعنا كل عقد يتحايل الناس به على الربا أو يتوسلون به إلى الحرام لمنعنا معظم العقود في الشريعة الإسلامية؛ فكل العقود يمكن أن يُتَحَايَل بها على الربا أو يُتوسل بها إلى الحرام، والمعقول في مثل هذه العقود أن تباح بشروطها وضوابطها، ثم يتحمل المتحايل على الحرام مغبة فعله في الدنيا والآخرة.

ومن خلال النظر فيما تم بحثه في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، من أن الشروط التي يشترطها المتعاقدون يحكم بجوازها وصحتها شرعاً، ما لم يرد نص عن الشارع بالحظر والإبطال، وأن الشروط توجب ما لم يكن واجباً من المباحات، وهي مجال الشروط، بخلاف الواجبات والمحرمات المطلقة في الشرع.

وكذلك فإن الأصل في العقود محاولة الجمع بين اللفظ والمعنى ما أمكن، والعبارة في العقود للمعاني والمقاصد في حالة اتفاق طرفي العقد وإقرارهما أنهما ينويان عقداً واحداً محدداً بعينه، أما إذا حدث خلاف بين طرفي العقد فلا سبيل إلى معرفة نواياهما؛ لأن هذا أمر يعلمه الله سبحانه وتعالى فيصير إلى اللفظ قضاء، وإن كانت العبارة بالمعنى ديانة؛ لأن الشارع الحكيم أناط الأحكام بالظواهر المنضبطة، وأمرنا أن نأخذ بالظواهر.

وأن اجتماع شرطين أو أكثر في عقد لا يفسد ذلك العقد، ولا يبطله ما دامت هذه الشروط لا تنافي مقصود الشارع من هذا العقد، وأن الأمر هنا مبني على السعة ما دامت هذه الشروط تحدث بالتراضي دون غرر أو تدليس، طالما كانت هذه الشروط لا تصطدم بقواعد الشريعة العامة.

(٣٩) قرار رقم ١٣٦ (١٥/٢).

(٤٠) كتبت هذا التعقيب قبل صدور قرار المجمع الأخير، حيث نوقشت الرسالة في عام ٢٠٠٣ م، وكان قرار المجمع الأخير في ٢٠٠٤، ولم يختلف ما اجتمعت فيه وقتها عما صدر عن مجمع الفقه لاحقاً ولله الفضل والمنة، وله الحمد في الأولى والآخرة..

كما أن الوعد ملزم ديانة مطلقاً إلا لعذر مشروع، وملزم قضاءً أيضاً إذا ارتبط بسبب أو ترتب عليه ضرر، وهذا هو المناسب مع مقاصد الشريعة وأدلتها الكثيرة في الكتاب والسنة القاضية بوجوب الوفاء بالعهود والوعود والعقود، وأن مخالفة الوعد من علامات النفاق. كما يخضع هذا العقد للأحكام المقررة للعقود في الفقه الإسلامي كضرورة توافر التراضي بين المتعاقدين، وكذلك يخضع للأحكام العامة المقررة لعقد الشركة مثل ضرورة الاتفاق على النسب الخاصة بكل الشركاء، وألا يكون موضوع الشركة مجهولاً، وألا يجري تحديد مبلغ محدد لأحد الشركاء بصرف النظر عما تحققه الشركة من ربح، أو أن يتم إلزام أحد الشركاء بنفقة الشركة دون غيره مما هو مبين في عقد الشركة في الفقه الإسلامي، وما يتعلق بها من أركان وشروط.

أما الأحكام والضوابط الخاصة بهذا العقد... فمن أوضاعها: ضرورة أن تكون نسب توزيع ربح الشركة منسوبة للربح أو الدخل لا للمال الذي دفعه الممول بنكا أو غيره؛ فلا يصح حساب الدخل مسبقاً منسوباً للمال الذي دفع، ثم توزيعه بين نسبة للبنك سداداً لرأس ماله المدفوع، ونسبة له ربحاً من المشروع، ونسبة أخرى لطالب التمويل صاحب المشروع (كاملاً في النهاية) إذا كان قد قدم أرضاً لإقامة المشروع أو غيرها.

كما يشترط في المشاركة المنتهية بالتمليك ألا تكون مجرد عملية تمويل بقرض؛ فلا بد من وجود الإرادة الفعلية للمشاركة، وأن يتحمل جميع الأطراف الربح والخسارة أثناء فترة المشاركة.

ويشترط أن يمتلك البنك حصته في المشاركة ملكاً تاماً، وأن يتمتع بحقه الكامل في الإدارة والتصرف.

ولا يجوز أن يتضمن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك شرطاً يقضي بأن يرد الشريك إلى البنك كامل حصته في رأس المال، بالإضافة إلى ما يخصه من أرباح (أي لا يتحمل البنك المخاطرة، ويكون شريكاً في الربح والخسارة) لما في ذلك من شبهة الربا.

وإذا تم الاتفاق على شراء الشريك حصة المؤسسة المالية الإسلامية تدريجياً؛ فيجب تقدير الحصة بقيمتها السوقية يوم البيع، وليس بقيمة المشاركة حذراً من الغبن والضرر الذي قد يقع فيه أحد الطرفين، ومثل ذلك لو رغب الطرفان بفض الشركة قبل أوانها؛ فإن الشريك يشترى نصيب المؤسسة بالقيمة السوقية.

كما تجوز المشاركة المنتهية بالتمليك مع إعطاء المؤسسة للشريك حق الخيار في تملك العين في أي وقت يشاء على أن يسدد التزاماته كاملة.

ولا تنتقل الملكية من المؤسسة المالية الإسلامية إلى الشريك إلا بعقد مستقل بعد الوفاء بالتزاماته، ويجوز للمؤسسة أن تباع لغيره، ويكون البيع بسعر السوق. وتطبق أحكام الشركة طوال مدة الشركة؛ فيتحمل الشركاء كل ما هو مئونة الملك من الصيانة والتأمين وما إلى ذلك. وإذا تضمن العقد إجازة فتطبق أحكام الإجازة مدة الإجازة. وينتهي عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بما تنتهي به شركات الأموال، أو الملك من حيث الجملة.

#### المبحث الرابع: التعليق على العقود

تشترك عقود المشاركة المنتهية بالتمليك (المنتهية بالتمليك) مع عقود الإجازة المنتهية بالتمليك في كونها في جانب المالك دائماً، وأنها ترتب على المستأجر من الواجبات ما لا يتناسب بحال من الأحوال مع حقوق المستأجر، وإذا كان الله - عز وجل - جعل المدين هو الأقوى عند كتابة ما يثبت الدين؛ فيقول الله تعالى: ﴿... وَلِيُمْلِلَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيحًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فجعل المدين - وهو الطرف الضعيف - هو الذي يملل الحق حتى لا يظلم، ثم أمره بالتقوى حفاظاً على حقوق الطرف الآخر "إن المدين - الذي عليه الحق - هو الذي يمل على الكاتب اعترافه بالدين، ومقدار الدين، وشرطه وأجله؛ ذلك خيفة أن يقع الغبن على المدين لو أملى الدائن، فزاد في الدين، أو قرب الأجل، أو ذكر شروطاً معينة في مصلحته. والمدين في موقف ضعيف قد لا يملك معه إعلان المعارضة رغبة في إتمام الصفقة لحاجته إليها، فيقع عليه الغبن، فإذا كان المدين هو الذي يمل لم يمل إلا ما يريد الارتباط به عن طيب خاطر، ثم ليكون إقراره بالدين أقوى وأثبت، وهو الذي يمل، وفي الوقت ذاته يناشد ضمير المدين - وهو يمل - أن يتقي الله ربه، ولا يبخس شيئاً من الدين الذي يقر به، ولا من سائر أركان الإقرار الأخرى؛ فإن كان المدين سفيحاً لا يحسن تدبير أموره، أو ضعيفاً - أي صغيراً أو ضعيف العقل - أو لا يستطيع أن يمل هو؛ إما لعي أو جهل أو آفة في لسانه أو لأي سبب من الأسباب المختلفة الحسية أو العقلية.. فليمل ولي أمره القيم عليه "بالعدل"، والعدل يُذكر هنا لزيادة الدقة؛ فربما تهاون الولي - ولو قليلاً - لأن الدين لا يخصه شخصياً، كي تتوافر الضمانات كلها لسلامة التعاقد" <sup>(٤١)</sup>.



لكن الواقع أن معظم هذه العقود في صالح المالك، وهو البنك، ودائمًا هو الجانب الأقوى، ولو تساهل المالك في بعض هذه الشروط، ووازي بين الحقوق والواجبات لكان ذلك أولى، ولنهضت هذه المعاملة، واستفاد منها البنك إفادة كبيرة.

وبالرجوع إلى صور العقود نستطيع أن نسجل الملاحظات التالية:

١- في العقد المبرم من قبل مصرف قطر الإسلامي نجد هذه الفقرات التي توجب على المشارك للبنك أن يقوم بإدارة المشروع تطوعاً، وكان الأولى والأقرب إلى العدل أن تكون له نسبة محددة من الربح مقابل الإدارة:

"بموجب هذه الاتفاقية فإن الطرف الأول يوكل الطرف الثاني وكالة عامة في جميع ما يتعلق بالمشروع، بدءاً من التعاقد مع المقاول والاستشاري، وانتهاءً بتسليمه ابتدائياً وانتهائياً، وما يستتبع ذلك من صرف الدفعات للمقاول، وخصم غرامات التأخير وتسييل خطابات الضمان... إلخ.

وعمومًا فقد وكل الطرف الأول الطرف الثاني في كل ما من شأنه أن يؤدي إلى حسن انتظام المشروع وسرعة الانتهاء منه في موعده.

هذا وقد وافق الطرف الثاني على ذلك تبرعاً منه، واعدًا ببذل جميع جهده لإتمام العمل الموكل إليه على أكمل وجه. وأن يوافي الطرف الأول بتقرير دوري شهري عن مراحل سير العمل بالمشروع".

٢- في حالة وجود خلاف بين المالك والمستأجر؛ فإن العرف مستقر على أن يرشح كل طرف من أطراف النزاع محكماً، ثم يكون محكم محايد يختاره المحكمان، وترشحه هيئة محايدة، لكن مصرف قطر الإسلامي خالف هذا العرف؛ فحل النزاع الذي ربما ينشأ بين الفريقين؛ فيشترط المصرف أن يكون حكم من طرفه، وحكم من طرف بنك قطر، وحكم يختاره الطرفان "أي خلاف أو نزاع ينشأ بين طرفي/أطراف هذه الاتفاقية خاص بتفسير أو تنفيذ أي بند من بنوده، يعرض على هيئة تحكيم ثلاثية يتم اختيارها كالتالي:

١ - محكم يتم ترشيحه من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول.

٢ - محكم يتم ترشيحه من قبل هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي.

٣ - محكم مرجح يتم ترشيحه من قبل المحكمين الأولين.

وكان الأولى أن يكون حكم من طرف المصرف وحكم من طرف الشريك، كما فعل البنك الإسلامي الأردني، وكما أرشد الله سبحانه وتعالى للتحكيم بين الزوجين؛ حيث يقول سبحانه:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٥]

٣- أما البنك الإسلامي الأردني فيذكر في البند السادس من بنود العقد أن "يلتزم الفريق الثاني بدفع جميع المصاريف الإدارية، وأتعاب المكتب الهندسي، والمهندس المشرف، ورسوم الترخيص، والرسوم والضرائب الحكومية والبلدية، ورسم التأمين العقاري وفكته، وأية نفقات أخرى يقررها أو يوافق عليها الفريق الأول، من موارده الأخرى الخاصة مباشرة إلى الجهات ذات العلاقة"، ولا أدري لماذا الطرف الثاني بمفرده؟؟

كما يذكر في البند الثامن "يكون حق استغلال منفعة البناء مفوضاً إلى الفريق الأول تفويضاً مطلقاً عامّاً شاملاً، ولا يجوز للفريق الثاني الرجوع عن هذا التفويض؛ لتعلق حق الفريق الأول به، ووفق ما يلي:

أ- يكون للفريق الأول الحق منفرداً في إبرام عقود الإيجار، وتحديد شروطها، وله أن يستأنس برأي الفريق الثاني، إذا رأى ذلك مناسباً.

ب- أن عقود الإيجار التي يبرمها الفريق الأول بموجب هذا العقد، تكون ملزمة للفريق الثاني حتى بعد انتهاء تنفيذ هذا العقد".

٤- ويذكر في البند العاشر أن الفريق الأول له الحق في وقف العمل بهذا العقد بإرادة منفردة، إذا تبين له عدم جدوى الاستمرار في التمويل.

يحق إجراء أي تعديلات على هذا العقد ومن حين إلى آخر باتفاق الفريقين. كما يحق للفريق الأول وقف العمل بهذا العقد بإرادة منفردة، إذا تبين له عدم جدوى الاستمرار في التمويل و/أو إذا خالف الفريق الثاني أي شرط من شروط هذا العقد و/أو إذا تخلف عن القيام بأي التزام من الالتزامات المترتبة عليه بموجب هذا العقد.

فهل من العدل أن يتوقف المصرف عن تمويل المشروع بعد البدء فيه؛ لأنه يرى ألا جدوى في تمويله؟؟

٥- كما يذكر في البند السادس عشر "أن الفريق الأول معفي من اتخاذ أية إجراءات قانونية من إخطارات عدلية أو سواها لغايات الرجوع على الفريق الثاني، بأية حقوق يدعيها ناشئة أو متعلقة بهذا العقد، بما في ذلك الادعاء بالاعطال والضرر، وله حق القيد على حساب الفريق الثاني دون إشعاره، في جميع الحقوق والالتزامات، سواء أكانت للفريق الأول أو للغير.

٦- ويذكر في البند السابع عشر " يقر الفريق الثاني بأن دفاتر الفريق الأول وحساباته تعتبر بيئة قاطعة لإثبات أية مبالغ ناشئة أو متعلقة بهذا العقد وتطبيقاته مهما كانت، مع ما يلحقها من مصاريف، سواء أكانت للفريق الأول أو للغير، ويصرح بأن قيود الفريق الأول

وحساباته تعتبر نهائية وصحيحة بالنسبة له، ولا يحق له الاعتراض عليها، كما أنه يتنازل مقدماً عن أي حق قانوني يجيز له طلب تدقيق حسابات الفريق الأول وقيوده من قبل أية محكمة، أو إبراز دفاتره وقيوده.

٧- أما البنك العربي الإسلامي الأردني فيذكر في البند الثامن "يكون حق استغلال منفعة البناء مفوضاً إلى الفريق الأول تفويضاً مطلقاً عاماً شاملاً، ولا يجوز للفريق الثاني الرجوع عن هذا التفويض؛ لتعلق حق الفريق الأول به، ووفق ما يلي:

أ. يكون للفريق الأول الحق منفرداً في إبرام عقود الإيجار، وتحديد شروطها، وله أن يستأنس برأي الفريق الثاني، إذا رأى ذلك مناسباً.

ب. أن عقود الإيجار التي يبرمها الفريق الأول بموجب هذا العقد، تكون ملزمة للفريق الثاني حتى بعد انتهاء تنفيذ هذا العقد.

وهو نص ما ذكره البنك الإسلامي الأردني من قبل، وهذا كله يؤكد ما سبق أن قررناه من هذا العقد في صالح المصرف دائماً، وقد يكون العقد المقدم من قبل المصرف الدولي للاستثمار والتنمية أقرب هذه العقود إلى المساواة بين المصرف والشريك؛ فهو يعد على الرغم من اختصاره أفضل العقود السابقة، والله أعلم.

#### الخاتمة ونتائج البحث

١- المشاركة المنتهية بالتملك صيغة مقبولة من الناحية الشرعية من حيث المبدأ، إذا توافرت النية الحقيقية للمشاركة، وتحمل المخاطرة من كلا الشريكين، ولم يكن هذا العقد ستاراً للربا، وأن يلتزم المؤجر والمستأجر بأحكام الشركة في الفقه الإسلامي.

٢- يخضع عقد المشاركة المنتهية بالتملك لأحكام الشركة في الفقه الإسلامي بصفة خاصة، ولأحكام العقود بصفة عامة، ومن أهمها توافر الرضى بين المتعاقدين، والاتفاق على النسب الخاصة بكل منهما، وألا يكون موضوع الشركة مجهولاً، وألا يجري تحديد مبلغ محدد لأحد الشركاء بصرف النظر عما تحققه الشركة... إلى آخر هذه الشروط الموضحة في باب الشركات في الفقه الإسلامي.

٣- على المصارف الإسلامية دور كبير في تنمية هذه الأداة أعني المشاركة المنتهية بالتملك، فمن المؤسف حقاً أن كثيراً من المصارف، وإن كان قد أدرج هذه المعاملة في أعماله، ونص عليها في اتفاقية التأسيس.. غير أنه لا يعمل بها، ولا يسعى في تطويرها، ولا يرغب في المنافسة بها على الرغم من أنه لو فعل ذلك لاستطاع أن ينافس البنوك الربوية منافسة حقيقية.

صحيح أن ثمة ضغوطاً تُمارَس على المصارف في الداخل والخارج، غير أنه من السهل -إذا صدقت النوايا، وصح العزم، وتضافرت الجهود- التغلب على هذه الضغوط وتلك التحديات.

٤- هذه العقود تكون دائماً في جانب المصرف، وتعطيه من الحقوق والمزايا ما لا يتناسب مع الواجبات، وهذا يجعل الناس يلجئون إلى البنوك الربوية؛ لأنها -من وجهة نظرهم- تسعفهم في التمويل، ولا تكبلهم بالقيود، فلو خففت المصارف من هذه الشروط مع أخذ الضمانات اللازمة لحقوق المصرف ولأموال لودعين والمشاركين فيه؛ لاستطاعت أن تنهض باقتصادنا، وتنهض بأعمالها.

٥- المجامع الفقهية تقوم بدور رائد، وبجهد مشكور في دراسة مثل هذه القضايا الحديثة التي تتصل بحياة الناس، وتهمهم، ولكن يؤخذ عليها عدم السرعة في البت بشأن هذه المعاملات التي يحتاج إليها الناس، وتتعامل بها المصارف منذ ما يقرب من ثلث قرن، فعقد المشاركة المنتهية بالتمليك لم يتطرق المجمع لدراسته إلا في دورته الثالثة عشرة (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م) ولم يصل إلى قرار بشأن هذا العقد إلا في الدورات اللاحقة.

فالعالم لن ينتظرنا، والأمور كلها تسير بسرعة فائقة، فإما أن نواكب الأحداث، بل نشارك في صنعها وتوجيهها الوجهة الشرعية الصحيحة، وإما تتجاوزتنا الأحداث، ولن يكون لكلام الفقهاء فائدة بعد ذلك، حيث تستقر هذه المعاملات ويألفها الناس بما يشوبها من أخطاء شرعية قد تعزى على الإصلاح بعد ذلك.

٦- من خلال متابعة عقد المشاركة المنتهية بالتمليك خاصة، وكثيراً من المعاملات المالية عامة لم يتناول المجمع هذه العقود من الناحية القانونية إلا في حالات نادرة على الرغم من أن التقعيد والتنظير القانوني في مثل هذه المعاملات الحديثة سبق التقعيد والتنظير الفقهي، ومن ثم تمثل مقابلة ما توصل إليه رجال القانون من تكييف العقد من الناحية القانونية أهمية بالغة. توضع أمام الفقهاء أثناء تكييفهم لهذا العقد والحكم عليه بعد ذلك.

٧- لم يتعرض المجمع الفقهي أثناء دراسة هذه العقود إلى صور هذه العقود التي تتعامل بها البنوك كدراسة عملية، وإن كان يتحدث عن صور المعاملة نفسها من حيث المبدأ، لكن دراسة هذه العقود، وفحصها لمعرفة مدى تطبيقها لروح الشريعة العامة يمثل أهمية قصوى، ففي كثير من الدورات لم تدرج هذه العقود أثناء المناقشة، وإن ألحقها بعض الباحثين في حالات نادرة، فلم تُتناول بالدراسة الوافية أثناء المناقشة.

٨- هذه الملاحظات ليس الغرض منها إغفال دور المجامع الفقهية في دراسة وتوجيه المعاملات المالية المعاصرة، ولكننا نطمح في أن يكون لها دور ريادي جاد وسريع في نفس الوقت، بل عليها أن تستبقي الأحداث وتفكر في صور جديدة وتعرضها على المصارف، فلا تنتظر حتى تستورد المصارف الإسلامية لكثير من معاملاتها من الغرب أو الشرق، وتتعامل بها ثم تعرضها على المجمع ليبحث لها عن مخرج.

والحمد لله أولاً وآخر وظاهر وباطناً