ضمان جهات إصدار الصكوك الشرعية لنتائج دراسات الجدوى

د/ أحمد عيد عبد الحميد إبراهيم
مدرس الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

مُقَدِّمَة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء وإمام المرسلين سيدنا محمد ﷺ عليه وعلى آله أفضل صلاة وأطيب تسليم .

أما بعد

فإن الإسلام قد اعتبر المال هو عصب الحياة ونظر إليه نظرة هامة وأحاطه بكل عناية ورعاية ، ووضع من الأحكام ما يكفل استثماره ويحافظ على نمائه وزيادته ، وسدَّ جميع الطرق التي تؤدي إلى كسب هذا المال من باب غير مشروع لما يسببه هذا من ضياع للحقوق ومن شحناء وبغضاء بين الناس ؛ ولذا حرم الإسلام استثمار هذا المال عن طريق الربا أو الغرر ، وفي مقابل ذلك شرع البيع والتجارة وشجع عليهما لكونهما طريقاً لتنمية المال واستثماره ، ومن الطرق التي وضعت لتنمية هذا المال واستثماره تنميته عن طريق الصكوك الشرعية التي يتم التعامل بها في الصيرفة الإسلامية كبديل عن السندات المحرمة التي تحدد الفائدة وتصبح كالقرض بفائدة محددة .

ولقد تطورت الصكوك ونمت وازدهرت حتى رأينا الكثير من الدول تسارع إلى إنشاء أسواق لها وتصدر القوانين التي تنظم عملية التصكيك وتكفل لأصحاب الحقوق حقوقهم ، وتتبنى هذه الدول مشاريع الصكوك حتى تصبح مشاريع قومية لها تعتمد عليها اعتماداً كبيراً ، فتقيم بها مطارات أو تُنشأ بها مشاريع ضخمة تستوعب الكثير من الأيدي العاملة ، وتساهم بعائد كبير في اقتصاد هذه الدول .

ورأينا أن الشركات التي تقوم بإصدار الصكوك تعتمد في دعايتها على دراسات للجدوى تبين فيها مقدار ما هو متوقع من ربح وتبين الضمانات التي ستأخذها للتحقق من وصول هذا الربح لأصحاب الصكوك ولكن بعد أن يتم العمل نجد أن هذه الجهات التي تدير الصكوك

ومسئولة عنها لم تف لأصحابها بما وعدت به مع أنه لم يحدث أي مانع يحول بينهم وبين تحقيق ما وعدوا به !!

فهل يجوز إلزامهم بما قدموه في دراسة الجدوى أم لا يجوز هذا ؟

ومن الأهمية بمكان أن أنبه قائلاً : إن موضوع الصكوك من الموضوعات التي اعتنى بدراستها كثير من الباحثين ، ولكن هذه المسألة قل من تعرض لها من الباحثين ، وبعض الباحثين ذكرها على عجل ثم طالب بتعميق البحث فيها .

فاستخرت الله تعالى أن أخوض غمار هذه المسألة سائلا المولى تبارك وتعالى التوفيق والسداد إنه نعم المولى ونعم النصير

أهمية الموضوع :

هذا الموضوع يعتبر من أهم الموضوعات المتعلقة بالصكوك الشرعية حيث إنه يتناول مدى مشروعية المطالبة بالضمان على أساس دراسة الجدوى المقدمة قبل بداية المشروع ، وهذا ما قد يجعل الأمر قريبا من تحديد الفائدة الذي تقوم به البنوك التقليدية ، وهذا قد يوقع في حرج شرعي ، كما أننا في الوقت نفسه لا بد وأن نعمل على حماية أموال حملة الصكوك وعدم ضياعها عليهم ؛ نظرا لما يعاني منه الناس الآن من فساد كثير من الذمم .

فكان هذا البحث محاولة لإبراز الحكم الشرعي في هذه المسألة ، وهل يجوز اشتراط الضمان على جهة الإصدار أو مدير الاستثمار بناء على ما جاء في دراسة الجدوى أم لا يجوز ، وما الحكم لو تبرع المدير أو المصدر بالالتزام بالضمان ؟

خطة البحث :

وقد اشتمل هذا البحث على مقدمة ومبحثين وخاتمة ، أما المقدمة فاشتملت على مدخل لفكرة الموضوع ، وأما المبحث الأول فعنوانه الصكوك وجهات إصدارها وأطراف التعامل فيها واشتمل على المطالب التالية :

المطلب الأول : التعريف بالصكوك وخصائصها وأهميتها والفرق بينها وبين غيرها من أنواع الأوراق المالية الأخرى

المطلب الثاني : أنواع الصكوك وجهات إصدارها

المطلب الثالث : أطراف التعامل في عقود الصكوك وبيان العلاقة بينهم

المطلب الرابع : دراسات الجدوى وحكم الإلزام بتقديمها

المبحث الثاني : حالات الضمان على أساس دراسة الجدوى

المطلب الأول : معنى الضمان وأسبابه

المطلب الثاني : الضمان بسبب التعدي أو التقصير

المطلب الثالث : اشتراط الضمان في عقد الإصدار

المطلب الرابع : تبرع المدير بالضمان

المطلب الخامس : إلزام المدير بالضمان دون وجود شرط ودون التبرع به :

ثم الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات ثم بيان بالمراجع التي اعتمدت عليها .

ولا أدعي أني بلغت الكمال أو قاربته فالكمال لله وحده والعصمة لكتابه ولرسوله ﷺ ، ولكنها محاولات للوصول إلى حل فقهي لهذه المشكلات المعاصرة ، والله من وراء القصد ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

.أحمد عيد عبد الحميد

المبحث الأول : الصكوك وجهات إصدارها وأطراف التعامل فيها

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الصكوك وخصائصها وفوائدها والفرق بينها وبين غيرها من أنواع الأوراق المالية الأخرى .

وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول : معنى الصكوك في اللغة والاصطلاح

أولاً : الصكوك : في اللغة جمع(صك) وتقابل (شيك)باللغة الانجليزية ، وأصل مادة (صك) الصاد والكاف يدل على تلاقي شيئين بقوة وشدة حتى كأن أحدهما يضرب الآخر ، ومنه قوله تعالى " **فَصَكَّتْ وَجْهَهَا** " [1]أي فلطمت بأطراف الأصابع جبهتها فعل المتعجب ، أو من الحياء[2] ، ومن معانيه : الكِتابُ ، أو كتاب الإقرار بالمال أو بغيره أو الورقة المكتوبة بدين ، وهو لفظ مُعَرَّبٌ وهو بالفارسِيَّةِ " جكّ " وهو الذي يُكْتَبُ للعُهْدَة ، وكانت الأَرْزاقُ تُسَمَّى صِكاكًا لأَنّها كانَتْ تُخْرَجُ مَكْتُوبَةً ، ومنه حَديثِ أبي هُرَيْرَةَ أنه قال لمَروانَ : أَحْلَلْتَ بَيعَ الصِّكاك وقد نهى رسول اللَّه ﷺ عن بَيْعِ الطَّعَامِ حتى يُسْتَوْفَى ! قال فَخَطَبَ مَرْوَانُ الناس فَنَهَى عن بَيْعِهَا قال سُلَيْمَانُ فَنَظَرْتُ إلى حَرَسٍ يَأْخُذُونَهَا من أَيْدِي الناس [3] وذلك أَنَّ الأمَراءَ كانُوا يَكتُبُونَ للنّاسِ بأَرْزاقِهِم وأَعْطِياتِهم كُتُبًا فيَبِيعُونَ ما فِيها قَبلَ أَنْ يَقْبِضُوها معَجَّلاً ويُعْطُونَ المُشْتَرِيَ الصَّكَّ ليَمْضِيَ ويَقْبِضَه فنُهُوا عن ذلِكَ لأَنَّه بيعُ ما لم يُقبَض .[4]

ثانياً : التعريف الاصطلاحي للصكوك :

وردت عدة تعريفات للصكوك تختلف في بعض عبارتها وتتفق في معانيها ، فمن تعريفاتها :

---

(1) سورة الذاريات من الآية ٢٩ .

(2) تفسير البيضاوي ٥ / ٢٣٨ ، تفسير القرطبي ٤٧/١٧ .

(3) صحيح مسلم ج٣/ص١١٦٢.

(4) تاج العروس ٢٤٣/٢٧ ، شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠/ص١٧١ .

١- عرفها الدكتور حسين حامد حسان بأنها : شهادات تمثل حصصا متساوية القيمة في ملكية موجودات مالية يصدرها المستخدم لحصيلة إصدارها على أساس عقد شرعي .[٥]

٢- ومن تعريفاتها : أنها عبارة عن أوراق تثبت حق ملكية في أصل معين .

٣- ومن تعريفاتها " أنها وثائق متساوية القيمة عند إصدارها، يمكن تداولُها، ولا تقبل التجزئة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو في موجودات مشروع معين أو نشاطٍ استثماريٍ خاص .[٦]

والمتأمل للتعريفات السابقة يجد أن المعنى الاصطلاحي قريب من المعنى اللغوي ، حيث يطلق الصك على الوثيقة التي تتضمن إثباتا لحق من الحقوق ، كما يطلق على الكتاب الذي تكتب فيه وقائع الدعوى وما يتعلق بها من الإقرارات وغيرها .

كما يلاحظ في كل هذه التعريفات أنها تكاد تتفق على أن الصكوك هي أوراق تثبت حقوقا مالية سواء أكانت ملكية عين ومنفعة أم ملكية واحد منهما لدى مؤسسة من المؤسسات ، كما أنها لا بد وأن تتم في إطار شرعي .

ويمكن وضع تعريف للصكوك بأنها : **أوراق تثبت ملكية مال أو حق لدى فرد أو مؤسسة من المؤسسات تتم في إطار عقد شرعي .**

فقولنا ملكية مال يدخل فيه ملكية جميع الأموال سواء كانت الملكية واقعة على الأعيان أو المنافع أو هما معا ، وكلمة" أو حق " تدخل جميع الحقوق التي تصدر بها صكوك سواء أكانت حقوقا مالية أم ليست حقوقا مالية ، ويدخل في هذا التعريف كل الصكوك التي تصدرها مؤسسات أو أفراد ، كما أنه اشتمل على قيد هام وهو أن الصكوك لا بد وأن تتم في إطار عقد شرعي .

الفرع الثاني : خصائص الصكوك :

للصكوك خصائص تميزها عن غيرها من أنواع الأوراق المالية الأخرى ، وبيانها كما يلي :

---

(٥) الصكوك الشرعية ص ٢ د/ حسين حامد حسان .

(٦) الصكوك الاستثمارية الإسلامية والتحديات المعاصرة ص ٧ د/ كمال حطاب .

١- أنها تمثل حصة شائعة في ملكية حقيقية .

فالصك يعطي لصاحبه الحق في تملك جزء من المشروع الذي ساهم فيه ، ولكن هذه الحصة شائعة غير محددة .

٢- أنها تصدر على أساس عقد شرعي، وتأخذ أحكامه .

فالصكوك هي تجسيد للعقود الشرعية من بيع وإجارة ومزارعة ومساقاة ومضاربة وكل هذه عقود شرعية ، فلا تقوم الصكوك على أساس عقد غير شرعي ، مما يجعلها صيغة لاستثمار حقيقي يساهم فيه رب المال والعامل ويحصل الكل على ثمرة عمله أو ماله ، كما يتحمل نتائج المخاطرة التي يقوم بها .

٣- أن تداولها محكوم بضوابط شرعية حسب طبيعة الموجودات :

ولذا فليست كلها تنطبق عليها أحكام واحدة في التداول ، فصكوك السلم مثلاً أو صكوك الديون لها ضوابط تحكمها ويختلف حكم تداولها عن بقية الصكوك .

٤- الاشتراك في الربح والخسارة في الأعم الأغلب:

فالصكوك تشترك في استحقاق الربح بالنسبة المحددة وتحمّل الخسارة بقدر الحصة التي يمثلها الصك، ويمنع حصول صاحب الصك على نسبة محددة مسبقاً من قيمته الاسمية أو على مبلغ مقطوع ، وهذا لأن الصكوك عبارة عن مشاركات حقيقية في مشاريع حقيقية ، وليست سندات بديون أو قروضاً بفائدة .

٥- حملتها يتحملون مخاطر الاستثمار كاملة :

فحملة الصكوك ومدير الصكوك وجهات الإصدار الكل يتحمل نتائج المخاطرة كاملة ولا تقع المخاطرة على فريق دون الآخر ، كما أن الكل شريك في تحقيق الربح تطبيقا لمبدأ الغنم بالغرم ، والخراج بالضمان .

٤- تحمل أعباء الملكية :

يتحمل حملة الصكوك الأعباء والتبعات المترتبة على ملكية الموجودات الممثلة في الصك، سواء كانت الأعباء مصاريف استثمارية أو هبوطاً في القيمة، أو مصروفات الصيانة، أو اشتراكات التأمين.[٧]

الفرع الثالث : فوائد الصكوك :

للصكوك فوائد كثيرة وأهمية بالغة في الاستثمارات المعاصرة ولذلك احتلت مكانا كبيرا في السوق المالية ، وتتمثل هذه الفوائد فيما يلي :

١- تساهم الصكوك في إنعاش الاقتصاد و ذلك بالاستفادة من رؤوس الأموال التي تعزف عن المشاركة في المشاريع التي تمول ربوياً.

٢- أتاحت الصكوك للحكومات والشركات الحصول على تمويلات مشروعة تساعدها في التوسع في نشاطاتها.

٣- ساعدت الصكوك على تحقيق عوائد مجزية للمستثمرين.

٤- تعتبر الصكوك بديلاً شرعياً لشهادات الاستثمار والسندات المحددة الفائدة والتي ثارت حولها الشبهات .

٥- تساعد الصكوك في تغطية جزء من العجز في الموازنة الذي كان من المعتاد تغطيته بطباعة أوراق نقدية أو سندات ربوية .

٦- تساعد على نشر الوعي الادخاري بين الجمهور وهذا بدوره يؤدي إلى زيادة الوعي الاستثماري.

٧- تساعد في تطوير أسواق المال المحلية والعالمية من خلال إيجاد أوراق مالية إسلامية.

٨- تساعد على زيادة موارد الدولة وذلك بالصرف على المشاريع التنموية ومشاريع البنية التحتية.

---

(٧) ينظر : المخاطر في الصكوك وموقف الشريعة من ضمانها د/ عبد الستار أبو غدة ص ٢ ، الصكوك الإسلامية ص ١٣ ، ١٤ د/ صفية أحمد أبو بكر ، العمل بالصكوك الاستثمارية الإسلامية والحاجة إلى تشريعات جديدة ص ١٠ ،١١ د/عبد الملك منصور .

٩- تساعد على توفير تمويل مستقر وحقيقى للدولة ومن موارد موجودة أصلاً فى الدورة الاقتصادية مما يقلل من الآثار التضخمية.

١٠- استقطاب الأموال الموجودة خارج الجهاز المصرفى.

١١- حلول إسلامية مبتكرة لإشكالات تمويلية .[٨]

الفرع الرابع : الفرق بين الصكوك وغيرها من أنواع الأوراق المالية الأخرى

عرفت المعاملات المالية والبنوك والشركات المالية إصدار ما يعرف بالسندات ، وما يعرف بالأسهم وما يعرف بالتوريق ، فما الفرق بين الصكوك والسندات وما الفرق بين الصكوك والأسهم ، وما الفرق بين التصكيك والتوريق ؟ وأذكر ذلك بمشيئة الله تعالى في الأغصان التالية :

الغصن الأول : الفرق بين الصكوك والسندات :

أولاً : تعريف السندات

السندات لغة : جمع سند ، والسند في اللغة ما ارتفع من الأرض وعلا ، أو ما استندت إليه من حائط أو غيره . [٩]

أما في الاصطلاح فقد تعددت العبارات في تعريف السند ، وأختار من هذه التعريفات ما يلي :

١- السند هو تعهد مكتوب بمبلغ من الدين (القرض) لحامله في تاريخ معين، نظير فائدة مقدرة. [١٠]

٢- السند هو صك قابل للتداول يمثل قرضا ، يعقد عادة بوساطة الاكتتاب العام ، وتصدره الشركات أو الحكومة وفروعها ، ويعتبر حامل سند الشركة دائنا للشركة له حق دائنية في مواجهتها ، ولا يعد شريكا فيها ، ويعطى حملة السندات فائدة ثابتة سنويا ، ولهم الحق في استيفاء قيمتها عند حلول أجل معين .[١١]

([٨]) الصكوك الاستثمارية والتحديات المعاصرة ص ١٠ .

([٩]) لسان العرب ٣/ ٢٢٠ ، المغرب (دار الكتاب العربي-د.ط-د.ت) ج١ ص٢٣٦ .

([١٠]) زكاة الأسهم في الشركات (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٤) الجزء (١)) ج-١ ص٨٢٣-٨٢٤ .

([١١]) السوق المالية (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٦) الجزء (٢)) ج-١ ص١٢٨٣-١٢٨٤ .

٣- أو هو عبارة عن وثيقة بقيمة محددة يتعهد مصدرها بدفع فائدة دورية في تاريخ محدد لحاملها . [١٢]

ويلاحظ على هذه التعريفات جميعها أنها اتفقت على أن السند يمثل دينا ، وأنه قابل للتداول ، وأن صاحبه يحصل على فائدة محددة ، وأن له أجلاً .

ثانياً : أوجه الاتفاق بين الصكوك والسندات :

١- كلاهما أوراق مالية متداولة، غرضهما الأساس هو التمويل.

٢- من خلال الصكوك أو السندات يمكن أداء وتنفيذ كثير من الوظائف المهمة، كالتحكم في حجم السيولة النقدية، وتمويل الأغراض المختلفة .

٣- تُصنَّف الصكوك والسندات بشكل عام – بأنها أوراق مالية ذات استقرار كبير، ومخاطر متدنية .

ثالثاً : أوجه الاختلاف بين الصكوك والسندات :

تظهر وجوه الاختلاف بين الصكوك والسندات بالنظر إلى اعتبارات متعددة وأبين هذا في النقاط التالية :

- **من حيث ما يمثله كل من الصك والسند :**

الصك يمثل ملكية حصة في العين أو الأعيان المصككة أو في العقود أو الديون.

أما السند فهو يمثل قرضاً في ذمة مصدِرِه ، ولا يمثل ملكية حاملي السندات في المشروع التجاري أو الصناعي الذي أصدرت السندات من أجله ، وإنما الغرض منه فقط توثيق القرض الربوي الذي دفعه حاملوا السندات إلى مصدرها صاحب المشروع.

- **من حيث عوائد كل منهما :**

عوائد الصكوك ليست التزاماً في ذمة جهة الإصدار ، وإنما هي ناشئةٌ عن ربحِ أو غلةِ العقود التي بُنيت هيكلة الصكوك عليها.

([١٢]) صكوك الإجارة خصائصها وضوابطها (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٥) الجزء (٢)) ج-١ ص١٧٨-١٨٣ .

فمثلاً لو كان الصكُّ صكَّ أعيان مؤجرة فعائد الصك متحقق من الأجرة التي يدفعها مستأجر الأعيان المصككة ، وإن كان صكَّ مضاربة فعائد الصك يتحقق من ريع المضاربة والمتاجرة في المجال الذي أنشئت الصكوك لأجله .

أما عوائد السندات فإنما هي التزام من المقترِض (مصدر السند) وهي ثابتة في ذمته يلزمه الوفاء بها في مواعيد استحقاقها ، وهي توزع الفائدة على حاملي السندات بصفة دورية. وهذه الفائدة تقدر بنسبة من رأس المال ، لا بنسبة من الربح الفعلي ، وقد تكون النسبة معينة، وكثيرا ما تكون متغيرة في السندات طويلة الأجل .

- **من حيث الالتزام بالرد :**

صاحب السند يضمن استرداد رأس المال عند إطفاء [١٣] السندات في نهاية مدتها، سواء ربح المشروع فعلا، أم لم يربح.

ومصدر السندات لا يجب عليه إلا رد رأس المال مع الفائدة المتفق عليها ، أما ما حصل عليه المشروع من الربح فوق ذلك فكله له ، ولا يستحق حاملوا السندات أن يطالبوا بحصة من الربح الزائد على سعر الفائدة.

وهذا لا يوجد في الصكوك فعند **إطفاء الصكوك** [١٤]يلتزم المصدر برد رأس المال الموجود مع ما تحصل لرأس المال من الأرباح .

- **من حيث الوصف الشرعي :**

الصكوك ورقة مالية مباحة مهيكلة على أساس عقود شرعية ، أما السندات فهي ورقة مالية محرمة لأنها قائمة على الفائدة الربوية.[١٥]

([١٣]) يقصد بإطفاء السندات : دفع قيمتها الاسمية في تواريخها التي تحددها النشرة مع دفع فوائدها التي حددتها النشرة . صكوك الإجارة خصائصها وضوابطها (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٥) الجزء (٢)) ج-١ ص٢٤٢-٢٤٥

([١٤]) إطفاء الصكوك : هو استرداد المال الداخل في المشروع من قبل المصدر ، وذلك من خلال توزيع ما في المشروع على أصحاب الصكوك ، أو من خلال تصفية المشروع حيث يأخذ صاحب كل صك حقه ونصيبه من الأموال المتوافرة إن ربحا فربح ، وإن خسارة فخسارة على الجميع بقدرها . المرجع السابق نفس الموضع .

([١٥]) الصكوك المعاصرة وحكمها ص ٢ د التسخيري ، الصكوك الإسلامية د/ صفية أحمد أبو بكر ص١٤ ، ١٥ ، ضمانات الصكوك الإسلامية ص٥ د/ حمزة بن حسين الفعر الشريف ، الصكوك بدائل للسندات ص ٣ د/ عبد اللطيف عبد الرحيم جناحي .

الغصن الثاني : الفرق بين الصكوك والأسهم :

قد تلتبس الصكوك بالأسهم لأن كلاً منهما أوراق مالية في مشروع استثماري ، ولذا فمن الضروري التمييز بينهما ، وأبدأ أولاً ببيان المراد بالأسهم ثم أذكر وجوه الاتفاق ووجوه الاختلاف بينها وبين الصكوك .

أولاً : المراد بالأسهم :

الأسهم في اللغة جمع سهم ، ويطلق السهم على معان منها : الحظ والنصيب ، والمقاسمه والاشتراك والاقتراع ، وقد يجمع على أسهم وسهمان وسهام ، يقال : ساهمه أي قاسمه ، وأخذ سهما أي نصيبا .[١٦]

وفي الاصطلاح : عبارة عن صكوك متساوية القيمة، غير قابلة للتجزئة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، وتمثل حقوق المساهمين في الشركات التي أسهموا في رأس مالها. [١٧]

أو هو : الحصة الشائعة التي يمتلكها الشريك المساهم في شركة مساهمة ذات ممتلكات وأعمال ، يمثل هذه الحصة صك يعطى للمساهم من الشركة إثباتا لحقه .[١٨]

ثانياً: وجوه الاتفاق بين الصكوك والأسهم :

يشترك الصك مع السهم في الأمور التالية :

١- يمثل كل من الصك والسهم حصة في صافي أصول الشركة أو المشروع ، وهذه الأصول تشمل غالباً أعيانا وحقوقاً ونقوداً ومنافع وديونا لدى الغير بنسب متفاوتة .

٢- يستحق مالك الصك والسهم حصة في صافي ربح الشركة أو المشروع تتناسب مع قيمة ما يملكه .

٣- يقوم كل من الصك والسهم مقام الحصة الشائعة في صافي أصول الشركة أو المشروع في التسليم والحيازة والقبض ، وهي أمور تلزم لصحة التصرف أو لزومه وتمامه ، أو تعد حكما للعقد وأثراً من آثاره ، فشرط محل البيع والهبة والرهن أن

([١٦]) المغرب ج١ ص٢٤١ ، طلبة الطلبة ج١ ص١٣٤، المصباح المنير ج١ ص٢٩٣.

([١٧]) زكاة الأسهم في الشركات (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٤) الجزء (١)) ج-١ ص٧٣٠-٧٣١ .

([١٨]) وقف الأسهم (مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المحرم ١٤٢٤) ج-١ ص١٤٥-١٥٢ .

يكون مقدوراً على تسليمه ، وتقوم حيازة كل من السهم والصك وقبضهما وتسليمهما مقام الحصة المالية الشائعة التي يمثلها كلا منهما.

ثالثاً: أوجه الاختلاف بين الصك والسهم :

يختلف الصك عن السهم فيما يلي :

١- من حيث المخاطر لكل منهما :

الصكوك بشكل عام ورقة مالية قليلة المخاطر ، بينما الأسهم ورقة مالية يحيطها الكثير المخاطر ، ومنها على سبيل المثال : الشائعات حيث تتأثر أسعار الأسهم كثيرا بالشائعات ، أو تتأثر بعض الأسهم بتلك الشائعات التي قد تهدف إلى توجيه أصحابها إلى اتجاه معين بيعاً أو شراءً ، ومن الأخطار أيضاً الخوف من هبوط الأسعار، أو حدوث الكوارث ، أو الطمع في الربح الكبير ، ومنها الأخطار الناجمة عن سوء الإدارة أو أخطائها ، كذلك خطر التضخم [١٩]فيؤثر كل هذا بصورة مباشرة على الأسهم ، **أما الصكوك فلا تتأثر بهذه الأخطار أو بمعظمها .**

٢- من حيث الشركة المصدرة لكل منهما :

الصكوك في أغلب هياكلها أداة تمويل خارج الميزانية ، بينما الأسهم حصة مشاعة في رأس مال الشركة ، وعليه فحامل الصك ممول للشركة المصدرة ، أما مالك السهم فهو شريك ومالك لحصة مشاعة في رأس مال الشركة .

٣- من حيث التوقيت والمدة الزمنية لكل منهما :

الصكوك مؤقتة ولها تاريخ استحقاق "إطفاء " فهي تحدد بمدة زمنية معينة .

أما الأسهم فهي ورقة مالية غير مؤقتة بل هي مشاركة دائمة في الشركة تبقى مدة حياة الشركة وإن انتقلت ملكيتها من شخص إلى شخص آخر ؛ لأنها تمثل رأس مال الشركة المصدرة ، فهي غير قابلة للرد من جانب الشركة .

٤- من حيث الاشتراك في الإدارة :

([١٩]) مخاطر المتاجرة في الأسهم وكيفية تجنبها مقال منشور بشبكة الانترنت (مدونة محمد الجندي نظرة فنية لتحليل الأسواق المالية)

مالكو الأسهم يشتركون في إدارة الشركة عن طريق انتخاب مجلس للإدارة من بينهم ، أما مالكو الصكوك فإنهم لا يشاركون في إدارة المشروع بطريق مباشر بل يكتفون بتوكيل المصدر وحده ، ويلتزم المصدر بالأحكام التي يرتبها هذا التوكيل سواء أكان شركة أم وكالة بالاستثمار أم غير ذلك ، ولأصحاب الصكوك تكوين مجلس مراقبة يرعى مصالحهم ويحمي حقوقهم في مواجهة المصدر .[٢٠]

الغصن الثالث : الفرق بين التصكيك والتوريق :

أولاً : المراد بالتوريق :

اشتقت كلمة التوريق مما جاء في اللغة من قولهم : أورق الرجل ؛ إذا صار ذا ورق ، والورق : الدراهم المضروبة من الفضة . وذلك كناية عن كثرة النقود في يده [٢١] .

وفي الاصطلاح : جعل الدين المؤجل في ذمة الغير– في الفترة ما بين ثبوته في الذمة وحلول أجله– صكوكا قابلة للتداول في سوق ثانوية . [٢٢]

ومن المعلوم أن الدائن يصير بالتوريق ذا نقود سائلة (ورق) بعد أن كان مجرد صاحب دين مؤجل في ذمة الغير ، وكذا سائر من انتقلت إليه ملكية ذلك الصك ، ولذلك سمي بالتوريق .

ثانياً : وجه الشبه بين التصكيك والتوريق :

مصطلح التوريق مترادف مع "التصكيك " فيطلق على التوريق التصكيك والتسنيد ، وهو تقسيم الديون أو الموجودات من الأعيان أو المنافع أو هما معا إلى وحدات متساوية القيمة، وإصدار صكوك بقيمتها .

ولقد أوصى البيان الختامي لندوة البركة الثانية والعشرين المنعقدة عام ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م باختيار تسمية التصكيك بديلاً عن التوريق الذي يقصد به في التطبيق تحويل الديون إلى سندات ، وهو ما يأخذ به التطبيق فعلاً في المؤسسات المالية الإسلامية. [٢٣]

([٢٠]) صكوك الاستثمار ودورها التنموي ص ٣٤ ، ٣٥ ، الصكوك الإسلامية ص ١٦ د صفية أحمد أبو بكر .

([٢١]) بيع الدين تطبيقاته المعاصرة (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١١) الجزء (١)) ج–١ ص١٨٦–١٨٨ لسان العرب ج١٠/ص٣٧٦ ، المصباح المنير : ٢ / ٤٤١ .

([٢٢]) بيع الدين تطبيقاته المعاصرة (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١١) الجزء (١)) ج–١ ص١٨٦–١٨٨

([٢٣]) / الصكوك تعريفها، أنواعها، أهميتها دورها في التنمية، حجم إصداراتها، تحديات الإصدار ص ١٠ د علاء الدين زعتري .

ثالثاً : وجه الاختلاف بين التصكيك والتوريق :

تبين أن لفظ التوريق يتساوي مع لفظ التصكيك من حيث الأصل ، ولكن الاستخدام المعاصر للفظ "التوريق " فرَّق بينهما من الناحية العملية ، وهذا التفريق يتمثل في أن التوريق يقصد به : **تحويل الديون الآجلة إلى أوراق مالية تقبل التداول .**

أما التصكيك فيقصد به : تحويل أو تقسيم أصل أو أكثر إلي صكوك : أي وثائق متساوية القيمة تمثل حقوق ملكية شائعة في أعيان أو منافع أو خدمات ، قابلة للتداول، ويشترك حملتها في الأرباح والخسائر، تصدر وفق شروط محددة، ووفق نشرة إصدار .[٢٤]

المطلب الثاني : أنواع الصكوك :

تتنوع الصكوك إلى أنواع عدة بتنوع العقود التي تنشأ على أساسها ، وبتنوع جهات إصدارها . وأتناول الحديث عن هذا في الفرعين التاليين :

الفرع الأول: أنواع الصكوك باعتبار العقد الذي تنشأ على أساسه :

من الممكن القول بأن الصكوك تتنوع باعتبار العقد الذي تنشأ على أساسه إلى نوعين أساسيين من حيث الجملة :

النوع الأول : صكوك تمثل ملكية ، وهذه الملكية إما أن تكون لأعيان أو منافع أو خدمات ومن أمثلتها :

١- **صكوك المضاربة :** وهي تمثل مشروعات أو أنشطة تدار على أساس المضاربة ، بتعيين مضارب من الشركاء أو غيرهم لإدارتها ، ولها عدة أنواع : صكوك مضاربة تجارية ، وصكوك مضاربة صناعية ، وصكوك مضاربة زراعية .

٢- **صكوك الإجارة :** وهي تمثل أصولاً مؤجرة أو موعوداً باستئجارها ويستحق حملة الصكوك الأجرة عن فترة التأجير .

٣- **صكوك المنافع :** وهي كصكوك الإجارة إلا أن ما يملكه حملة الصكوك هنا هو منافع أعيان قائمة أو موصوفة في الذمة .

([٢٤]) التوريق والتصكيك وتطبيقاتهما ص ٣ د عجيل جاسم النشمي .

٤- **صكوك الخدمات** : وهي تمثل خدمات موصوفة في الذمة أو من جهة معينة كخدمة التعليم من إحدى الجامعات بحيث تستوفي الجهة الأجيرة أجرتها من حصيلة الاكتتاب في الصكوك وتصبح تلك الخدمات مملوكة لحملة الصكوك .

النوع الثاني : صكوك تؤول إلى مديونية .

ومن أمثلتها :

١- **صكوك المرابحة** : وهي وثائق متساوية القيمة تكون لتمويل شراء سلع ثم بيعها بالأجل مرابحة .

٢- **صكوك السلم** : وتكون لتمويل رأس مال السلم ، وتصبح السلع المسلم فيها مملوكة لحملة الصكوك .

٣- **صكوك الاستصناع** : وهي وثائق متساوية القيمة تصدر لاستخدام حصيلة الاكتتاب فيها لتمويل تصنيع سلع معينة ، ويصبح المصنوع ملكاً لحملة الصكوك .[٢٥]

والملاحظ لما سبق يدرك أن كل الصكوك صادرة على أساس عقد شرعي سواء أكان يمثل ملكية أصل ومنفعة ، أو ملكية أصل دون منفعة ، أو ملكية المنفعة دون الأصل ، أو المشاركة في الربح ، أو غير ذلك من العقود التي يتم على أساسها التصكيك **و**لا يوجد عقد شرعي إلا ويمكن أن تصدر صكوك على أساسه.

وبشكل عام فقد أشارت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية إلى وجود أكثر من أربعة عشر نوعاً من الصكوك الإسلامية كلها مخرجة على العقود التقليدية .[٢٦]

الفرع الثاني : أنواع الصكوك بتنوع جهات إصدارها :

تتنوع الصكوك بتنوع جهات إصدارها وتختلف في طبيعة كل إصدار عن الإصدار الآخر تبعا لاختلاف الجهة المصدرة ، وإن كان مرجع الصكوك كلها إلى العقود التقليدية المعروفة

([٢٥]) إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية . ص ٩، ١٠ د/ يوسف بن عبد الله الشبيلي .

([٢٦]) الصكوك والتحديات الاستثمارية ص ١١ ، المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص ٢٣٨، ٢٣٩ .

كما ذكرنا ، وغالبا ما تأخذ الصكوك اسم الجهة المصدرة أو طبيعة الجهة المصدرة ونرى من هذه الصكوك :

أولاً : صكوك حكومية : وهي الصكوك التي تصدرها الحكومات وتستخدم حصيلتها في توفير السلع والخدمات العامة وفي استغلال الموارد الطبيعية ، وتشمل : صكوك الإجارة وصكوك الاستصناع ، وصكوك السلم ، وصكوك المشاركة المتناقصة ، وصكوك القرض الحسن .

ويمكن أن تستخدمها الدولة في توفير السلع والخدمات العامة كما تستخدم كوسيلة من وسائل تعبئة المدخرات ، وفي نفس الوقت تشجيع الاستثمار في بعض القطاعات حسبما يحتاجه برنامج التنمية . [٢٧]

ثانياً : صكوك الشركات : وهي تصدرها شركات خاصة ، ويتحدد غرضها في توفير الموارد المالية لتمويل احتياجات رأس المال الثابت ورأس المال العامل ، وهي تتنوع تنوعاً كبيراً ، فهناك :

- **صكوك المشاركة في الربح** التي من شأنها أن تفي بحاجات المشروعات لرأس المال خلال الفترة التي تمضي بين بدء الإنتاج وتسويقه (أي توفير النفقة المتغيرة) كما يمكن أن تستخدم في توفير الأصول الثابتة .
- **صكوك المضاربة المطلقة والمقيدة .**
- ومن أمثلة صكوك الشركات ما يسمى بصكوك الاستثمار وصكوك التمويل ذات العائد المتغير .

ثالثاً : صكوك البنوك وهي متنوعة تنوعاً كبيراً .

وينبغي التفريق بين الصكوك التي تصدرها البنوك لتمويل عملياتها الاستثمارية وبين تلك التي تدير البنوك عمليات إصدارها لصالح الغير ، مثل صكوك الإجارة الحكومية ، مع ملاحظة أن البنوك يمكن أن تكتتب بجزء من مواردها في هذه الصكوك .[٢٨]

([٢٧]) العمل بالصكوك الاستثمارية على المستوى الرسمي والحاجة إلى تشريعات جديدة ص ١٥ .

([٢٨]) العمل بالصكوك الاستثمارية على المستوى الرسمي والحاجة إلى تشريعات جديدة ص ١٦ ، ١٧ .

المطلب الثالث : أطراف التعامل في عقود الصكوك وبيان العلاقة بينهم

من الأهمية بمكان بيان أطراف التعامل في إصدار الصكوك ودور كل واحد في الصكوك حتى نحدد طبيعة العلاقة بينهم التي على أساسها تنشأ المسئولية أو يوجد الأساس الذي يقوم عليه الضمان ، وأتناول هذا في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : أطراف التعامل في الصكوك :

تتنوع الأطراف التي تتعامل في الصكوك إلى نوعين أساسيين هما كما يلي :

أولاً : أطراف رئيسية ومنهم :

الطرف الأول : مصدر الصك (أي الجهة المستفيدة)

وهو من يستخدم حصيلة الاكتتاب بصيغة شرعية ، ومصدر الصك قد يكون شركة أو فرداً أو حكومة أو مؤسسة مالية .

الطرف الثاني : وكيل الإصدار: (الشركة ذات الغرض الخاص)

وهي شركة ذات شخصية معنوية تمثل رب العمل أو المضارب ، وفقًا لفقه المشاركة ويطلق عليها: الشريك بالعمل ، وتعرف هذه الشركة بالشركة ذات الغرض الخاص " Special Purpose Vehicle " ويرمز لها دائماً ب(SPV) وهي تنوب عن المصدر في تنظيم عملية الإصدار ، وتتولى جمع الأموال مقابل بيع الصكوك ، وتتولى عملية إدارة الصكوك مقابل أجر أو عمولة تحددها نشرة الإصدار ، وقد تستعين هذه الشركة بالخبراء والاستشاريين من التخصصات المختلفة في مجال إصدار الصكوك وتسويقها والتأمين ضد مخاطرها .

وقد وضح القانون المصري الخاص بالصكوك طبيعة عمل هذه الشركة ودورها فقد نص في المادة (٥) على أن " **يكون إصدار الصكوك في جميع الأحوال عن طريق شركة ذات غرض خاص لكل إصدار يكون لها الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة ، وتكون مهمتها تلقي حصيلة الاكتتاب في الصكوك ، وأمينا لملاك الصكوك في الاحتفاظ بملكية الموجودات ، ووكيلاً عنهم في استثمارها واستخدامها فيما صدرت الصكوك من أجله ، وتوزيع عوائدها وقيمة استردادها ، وتدخل الشركة في جميع العقود مع الجهة المستفيدة وغيرها من المشاركين في الإصدار نيابة عن مالكي الصكوك** .[٢٩]

([٢٩]) الجريدة الرسمية . العدد ١٨ مكرر ب الصادر بتاريخ ٧ مايو ٢٠١٣ .

الطرف الثالث : حملة الصكوك : وهم عموم المستثمرين الذين يدفعون الأموال لشراء الصكوك . أو هم الذين يتملكون الأعيان، أو المنافع، أو منافع الأعيان الموصوفة في الذمة، أو الخدمات، أو سلعة السلم، أو المصنوع، أو سلعة المرابحة، أو المشروع ذاته ، أو حصة من المحصول في صكوك المزارعة ، أو حصة من الثمرة في صكوك المساقاة ، أو حصة في الأرض في صكوك المغارسة. وحملة الصكوك هم المعنيون في هذا البحث بحفظ حقهم والحرص على عدم الإضرار بهم .

ثانياً : الأطراف المساعدة في عملية التصكيك :

١- أمين الاستثمار :

هو المؤسسة المالية الوسيطة التي تتولى حماية مصالح حملة الصكوك والإشراف على مدير الإصدار، وتحتفظ بالوثائق والضمانات، وذلك على أساس عقد الوكالة بأجر تحدده نشرة الإصدار ، ويتولى توزيع العوائد وأداء القيمة الاستردادية عند حلول أجل الصك ويتسلم الأموال المتلقاة للاستثمار ، ويكون مؤتمنا عليها فلا يدفع منها شيئا إلا بعد التأكد من استيفاء المتطلبات المحددة للدفع ، فمثلا إن كان في صكوك مضاربة فإنه يتأكد من وجود بضاعة فعلا ، ومشروعيتها ، وكونها تنطبق عليها شروط الاستثمار المحددة ، كما يتسلم أمين الاستثمار مستندات ما يتم شراؤه ، كشهادات الأسهم ونحوها لحفظها من الضياع ، أو لمنع استخدامها في غير مصلحة أرباب المال ، وكذلك يتسلم الأموال التي يتم الحصول عليها من بيع الموجودات أو من أرباح الاستثمار ، وتختاره الشركة ذات الغرض الخاص.[٣٠]

ولا يتدخل أمين الاستثمار في عمل المضارب ما دام متفقا مع الشروط المحددة في اللوائح ، وهو – بالرغم من قيامه بحماية حقوق أصحاب الوحدات الاستثمارية في الصناديق أو الصكوك – ليس وكيلا من المشاركين ، بخلاف لجنة المشاركين ، بل إن وجوده تنفيذ لما

---

(٣٠) القانون المصري المادة ١٤ ، الصكوك الإسلامية بين الفقه والتطبيق د/ حسين شحاته ص ٥ ، المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٣) الجزء (٣)) ج-١ ص٧٢ ، التصكيك والتوريق وتطبيقاتهما ص ٥ د/ عجيل النشمي بحث بالدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي .

التزم به (مدير الإصدار) تجاه المشاركين، من حيث الفصل بين الجهة القائمة بالإدارة ، والجهة المنوط بها إحراز المال والتأكد من سلامة استخدامه ، كما يقع الفصل عادة بين المحاسب وأمين الصندوق .

٢- **مدير الاستثمار** : وهو من يقوم بأعمال الاستثمار أو جزء منها بتعيين من المصدر أو مدير الإصدار وفقا لما تحدده نشرة الإصدار ، على أساس عقد الشركة أو المضاربة أو الوكالة ، ويجب علي مدير الاستثمار أن يبذل في إدارة الأموال كل جهد ممكن وأن يواكب أحدث ما وصلت إليه أسواق المال العالمية من أدوات ووسائل استثمار وأساليب إدارتها وأن يعمل علي حماية مصالح المستثمرين في كل تصرف أو إجراء ويحتاط لأخطار السوق.

٣- **مكاتب دراسات الجدوى** : وهي الجهات التي تقدم استشارات قانونية واقتصادية عن مدى نجاح مشروع ما ونسبة النجاح المتوقعة وأهم المخاطر التي يجب تجنبها والمدة الزمنية التي من شأنه أن ينجح فيها وكافة الدراسات المتعلقة بالأسواق وغير ذلك .

٤- **وكالات التصنيف العالمية** : تقوم هذه الوكالات بدور أساسي في تصنيف الإصدارات المالية التي تطرح في أسواق رأس المال وتحديد السعر العادل للأوراق المالية المصدرة ، ويكون لهذا التصنيف أثر في قبول أو رفض التعامل مع هذه الإصدارات .[٣١]

الفرع الثاني : العلاقة المنشئة للضمان بين أطراف الصكوك :

رأينا أن الأطراف التي تشترك في عملية التصكيك أطراف متعددة لكل منها وظيفة ودور يرتب عليها مسئولية معينة ولا بد من بيان هذه العلاقة حتى يتبين لنا الأساس الذي يقوم عليه الضمان .

أولاً : علاقة مصدر الصك (أي الجهة المستفيدة) بوكيل الإصدار (الشركة ذات الغرض الخاص) وأمين الاستثمار ومدير الاستثمار .

المصدر هو الذي يقوم بتعيين هذه الجهات والتعاقد معها ولذا فينبغي أن يكون مسئولاً معها مسئولية تضامنية ، فكما يسأل المدير على أنه مباشر يسأل المصدر على أنه متسبب

([٣١])صفحة الجمعية المصرية للتمويل الإسلامي على شبكة الفيسبوك ، وينظر : الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها د/ أختر زيتي عبد العزيز . منشور بالدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي .

وهو متبوع والمتبوع مسئول عن أعمال تابعه ، وعن كل تصرف يقوم به ؛ لأن هذا المدير أو الوكيل أو غيرهما يعمل لصالح جهة الإصدار؛ ولذا فجهة الإصدار ينبغي أن تكون مسئولة عن كل ضرر سببه سوء الإدارة أو التوظيف لعملية الصكوك ؛ عملا بما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لا ضرر ولا ضرار من ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه .[٣٢]

كذلك فالمتبوع قد انتفع بنشاط تابعه واستفاد منه فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط ، وما قد يجر إليه من ضرر ، والغنم بالغرم .[٣٣]

ومبدأ مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه مبدأ عرفته الشريعة الإسلامية وقرره الفقه الإسلامي ، والدليل على ذلك ما روي أن الخليفتين أبا بكر وعُمر رضي الله عنهما كانا يعوضان من بيت مال المسلمين الأضرار الناجمة عن أعمال الموظفين ، فقد دفع أبو بكر الصديق ديّة مالك بن نويره من بيت المال عندما قتله خالد بن الوليد بطريق الخطأ .[٣٤]

كذلك ما قاله الفقهاء من ضمان ولي الصبي المأمور من أبيه والخادم المأمور من سيده .

ويعد هذا استثناءاً من مبدأ التبعيّة الفردية الذي أخذت به الشريعة الإسلامية ، وهذه المسئولية لا تقدح في مسئولية الإنسان عن فعل نفسه بل هو مسئول وللمتبوع الحق في أن يرجع على التابع بما ضمنه عنه أو ما تسبب فيه من أضرار .

ثانياً : دور مراكز دراسات الجدوى ومكاتب التصنيف العالمية والأساس لضمانها :

مكاتب دراسة الجدوى هي التي تعطي التصور عن المشروع وتغري بالإقدام عليه – إن كانت نتائج الدارسة إيجابية –، وتكمن مسئوليتها في ضرورة إعداد الدراسة بأمانة ووفقاً لقواعد إعداد دراسات الجدوى ودراسة السوق ، فإن خالفت ذلك وترتب على التعامل ضرر

([٣٢]) أخرجه الحاكم في المستدرك وقال : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه . المستدرك على الصحيحين ج٢/ص٦٦ ، وذكره البيهقي في السنن الكبرى وقال : تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي ، وقال أيضاً : ورواه مالك بن أنس عن عمرو بن يحيى عن أبيه ... مرسلا .سنن البيهقي الكبرى ج٦/ص٦٩ .

([٣٣]) المسؤولية المدنية والضمان (مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المحرم ١٤١٣ هـ) ج-١ ص٢٢٠-٢٢٩ .

([٣٤]) أسد الغابة ج٥/ص٥٤ ،

مـا فهـي مسـئولة لعـدم البيـان والنصـح ، أو للكتمـان الـذي قامـت بـه أو التقصـير فـي أداء الواجب المنوط بها الذي أنشأه العقد المبرم بينها وبين جهة الإصدار .

وهـي ضـامنة لأنهـا سـاهمت فـي التغريـر أو قصـرت فـي أداء الواجـب المنـوط بهـا ، فسـبب ضمانها يقوم إما على التغرير أو التقصير أو التجهيل كما ذكر بعض الفقهاء أن التجهيل من أسباب الضمان .

وهذه الجهات أصبحت من قبيل المستشار للاستثمار ، والمستشار عليه أن يبذل النصح الكامل لمن استشاره ولا يجوز له أن يكتم عنه الأضرار والمخاطر المتوقعة من عمله هذا ، فإن كتم عنه فهو غاش له وخائن للأمانة ، وقد صرح النبي في حديثه بأن المستشار مؤتمن .

روى الحاكم في المستدرك بسنده عن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال لأبي الهيثم : هل لك خادم؟ قال لا ، قال : فإذا أتاني سبي فأتنا ، فأتي رسول الله ﷺ برأسين ليس معهما ثالث فأتاه أبو الهيثم فقال يا رسول الله خادم ، فقال له : اختر منهما ، فقال يا رسول الله : اختر لي ، فقال رسول الله ﷺ : المستشار مؤتمن ، خذ هذا فإني رأيته يصلي واستوص به معروفا .[٣٥]

وعن أبي هُرَيْرَةَ ﷺ قال: قال رسول اللَّهِ ﷺ : الْمُسْتَشَارُ مُؤْتَمَنٌ .[٣٦]

وصرح ﷺ بأن الغاش الذي لا يخلص النصيحة ولا يبين حقيقة الشيء ناقص الإيمان .

عن أبي هُرَيْرَةَ .ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: من حَمَلَ عَلَيْنَا السِّلَاحَ فَلَيْسَ مِنَّا وَمَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا .[٣٧]

وهذا ترهيب وتخويف لكل من يجب عليه النصح والتبيين من أن يغش من يتعامل معه ، وقيام هذه المؤسسات بعدم إبداء المخاطر أو عدم بذل الجهد في توقعها يعتبر داخلاً في باب الغش أو خيانة الأمانة .

([٣٥]) أخرجه الحاكم في المستدرك وقال : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه . وأخرجه الترمذي وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ غَرِيبٌ . المستدرك على الصحيحين ج٤/ص١٤٥ ، سنن الترمذي ج٤/ص٥٨٤ .

([٣٦]) سنن أبي داود ج٤/ص٣٣٣ ، سنن ابن ماجه ج٢/ص١٢٣٣ ، سنن البيهقي الكبرى ج١٠/ص١١٢ وقال صاحب مصباح الزجاجة : هذا إسناد صحيح رجاله ثقات . مصباح الزجاجة ج٤/ص١٢٠.

([٣٧] M) صحيح مسلم ج١/ص٩٩ .

والمسئولية هنا نشأت نتيجة للعقد القائم بين جهة الإصدار وهذه المؤسسات لأنه بمقتضى العقد عليهم البيان والنصح والإرشاد ،فهي مسئولية عقدية ، كما أن المسئولية التقصيرية متوافرة هنا عندما لم تقم هذه المكاتب بدورها كما ينبغي وقد بينا أن المستشار مؤتمن وأن المسلم عليه أن يبذل النصح للمسلمين فإن لم يقم بذلك فقد قصر .

وما ينطبق على مكاتب دراسة الجدوى ينطبق أيضا على وكالات التصنيف العالمية لأنها تساهم بقدر كبير في منح الثقة الكاملة للمتعاملين مع المؤسسات التي تصدر الصكوك ، فمن الممكن أن نعتبر أن شهادتها التي منحتها لجهة إصدار الصكوك هي التي ساعدت الغير على الاشتراك في هذه الشركة ، وبالتالي فهي شريكة في المسئولية .

ويمكن تخريج ضمان مكاتب دراسات الجدوى ووكالات التصنيف العالمية أيضاً على ما قاله كثير من الأحناف في مسألة " **ضمان خطر الطريق** " وذكروا صورتها في رجل قال لغيره اسلك هذا الطريق فإن أخذ مالك فأنا ضامن فسلكه فأخذ ماله كان الضمان صحيحا ، وبنوا هذا الضمان على أنه تغرير ، جاء في مجمع الضمانات :" **فصار الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن المعاوضة ، أو ضمن الغار صفة السلامة** ".(٣٨)

ويوضح ابن عابدين الأساس لهذا الضمان فيقول : " **وفي جامع الفصولين الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن المعاوضة ، أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور فيصار كقول الطحان لرب البر : اجعله في الدلو فجعله فيه ، فذهب من النقب إلى الماء ، وكان الطحان عالما به يضمن ؛ إذ غره في ضمن العقد وهو يقتضي السلامة** . ا هـ ".

ويضع ابن عابدين بعض الشروط لتطبيقه فيقول :" قلت : لا بد في مسألة التغرير من أن يكون الغار عالما بالخطر كما يدل عليه مسألة الطحان المذكورة ، وأن يكون المغرور غير عالم إذ لا شك أن رب البر لو كان عالما بنقب الدلو يكون هو المضيع لماله باختياره".(٣٩)

---

(٣٨) مجمع الضمانات ج١ ص١٥٦ ، الفتاوى الهندية ج٣ ص٢٧٧ .

(٣٩) حاشية ابن عابدين ج٤ ص١٦٩-١٧١ .

وبإسقاط هذا الكلام على واقع مراكز دراسات الجدوى ووكالات التصنيف العالمية نجد أن الصورة متشابهة تماما فينبغي أن ينطبق نفس الحكم ، فهم قالوا للشركة المصدرة إن هذا الطريق آمن في الاستثمار فاسلكوه فإذا تبين العكس بدون سبب لا يد لهم فيه تبين تقصيرهم أو تغريرهم .

وكذلك قالوا لحملة الصكوك أن هذا الطريق آمن للاستثمار ويعود بأرباح كذا وكذا ، وصدور شهادة التصنيف العالمية هو بمثابة قول القائل في المسألة التي ذكرها الأحناف " **وإن أصابك ضرر فأنا ضامن** " لأن هذا هو القصد من الاطلاع على شهادة التصنيف العالمية .

وتبين هنا أن التغرير يكون حاصلاً في حال صدور هذه الشهادة على غير الحقيقة .

ثالثاً : العلاقة بين المصدر وبين حملة الصكوك

أما عن طبيعة العلاقة بين الجهات التي تصدر الصكوك الإسلامية وحاملي الصكوك فهذه الجهات لا تخلو من أن تكون جهة منظمة أو جهة مشاركة ، فإن كان المُصدِر منظماً فإن أعماله تعد حينئذ وساطة ووكالة يستحق مقابلها أجراً أو عمولة ، ويشترط فيها ما يشترط في الوسيط والوكيل من شروط وأحكام .

وأما إذا كان المصدر مشاركاً فإن الشروط الواجب توافرها فيه يتوقف تحديدها على تحديد نوعية المشاركة بين أن تكون مشاركة في رأس المال دون العمل ، أو تكون مشاركة في رأس المال والعمل معاً ، فإذا كانت مشاركته قاصرة على رأس المال وجب فيه ما يجب في المشاركين في رؤوس أموال الشركات ، وأما إذا كانت مشاركته مشاركة في رأس المال والعمل فإن ذات الشروط الواجب توافرها في أرباب المال والأعمال يجب توافرها فيه .[٤٠]

فالخلاصة أن العلاقة تتحدد على أساس العقد الشرعي الذي تصدر الصكوك على أساسه ، فقد يكون مدير الصكوك شريكا وقد يكون مضاربا وقد يكون وكيلا بالاستثمار .

---

(٤٠) إصدار الصكوك والشروط الواجب توافرها في مصدريها ص ٢٥، ٢٦ قطب مصطفى سانو .

ولهذا فالعلاقة قد تكون علاقة مشتر لعين مؤجرة بالبائع ، أو مستأجر لهذه العين بمؤجرها ، أو بائع لبضاعة مرابحة أو استصناعاً بالمشتري ، أو علاقة المشتري لسلعة سلم بالبائع ، أو علاقة رب المال بالمضارب ، أو موكل بوكيل استثمار أو شريك بشريكه .[٤١]

رابعاً : علاقة حملة الصكوك فيما بينهم : أما علاقة حملة الصكوك فيما بينهم فهي علاقة الشركاء في ملك واحد ؛ لأن كل واحد منهم يملك جزءاً من هذا المشروع الذي قسم إلى صكوك معينة .

المطلب الرابع : دراسة الجدوى وحكم الإلزام بتقديمها :

وفيه فرعان :

الفرع الأول : مفهوم دراسة الجدوى :

هي عبارة عن كافة الدراسات (القانونية والمالية والتسويقية والاقتصادية) التي تمكن من توفير قدر من البيانات أو المعلومات التي تساعد متخذ القرار الاستثماري في اتخاذ قراره بما يحقق أهدافه .

أو هي عبارة عن كل الدراسات التي تتعلق بالفرصة الاستثمارية في مراحلها المختلفة منذ أن كانت فكرة حتى الوصول إلى القرار النهائي بقبول الفكرة .

والهدف من دراسة الجدوى : هو الوصول إلى قرار مدروس بقبول أو رفض المشروع الاستثماري.[٤٢]

ودراسة الجدوى تتطلب مجموعة من المعارف النظرية والخبرات العملية التي تختلف باختلاف المشروعات ، ولذلك يشترط في كل شخص يقوم بدراسة الجدوى أن يكون حائزاً للمعارف والخبرات والقدرات النظرية والعملية حتى يستطيع التصور الكامل للموضوع ولا يغيب عنه شيء من دقائقه ، كذلك لا بد من وجود فريق لدراسة الجدوى لاسيما في المشاريع الكبرى لأنه لا يمكن لشخص واحد الإحاطة بجميع جوانب الموضوع ، ويقولون العقول كالمصابيح إذا اجتمعت أنار بعضها بعضاً .

([٤١]) العمل بالصكوك الاستثمارية الإسلامية والحاجة إلى تشريعات جديدة ص ١١، الصكوك الشرعية د/ حسين حامد حسان ص ٦ .

([٤٢]) دراسات الجدوى الاقتصادية ص ٥ د/ خليل محمد خليل عطية

ونظراً للتطور الهائل في الأسواق والأموال فقد جرى العرف على تقديم دراسات جدوى تبين الهدف من المشروع والأرباح المتوقعة والمخاطر التي يجب تجنبها .

الفرع الثاني : حكم إلزام جهات إصدار الصكوك بتقديم دراسات الجدوى

تقديم دراسات الجدوى قد يكون التزاما مهنيا وقد يكون شرطا عقديا وفي جميع الأحوال أرى أنه أمر لا يتنافى مع الشريعة الإسلامية ، بل قد يوجد ما يوجبه .

فلا مانع شرعا من الاشتراط على جهات الإصدار أن تقوم بتقديم دراسات الجدوى ويجب عليها إن أرادت الاستثمار الالتزام بخطواتها ، والأدلة على ذلك ما يلي :

الدليل الأول : أن حفظ المال مصلحة شرعية بل مقصد من مقاصد الشريعة الكلية والضرورية التي جاءت بحفظها ، ومن صور الحفظ للمال ألا تدخل المؤسسات المالية في عقد استثمار أو تمويل إلا بعد التأكد من سلامة المعاملة في الغالب ، وأن مخاطرها أقل أو متوازنة مع عوائدها وإلا كانت مخاطرة بالمال على وجه مذموم ، والشرع قد حرم بعض البيوع لما فيها من مخاطرة غير محمودة فحرم البيوع التي تشتمل على الغرر كبيع الحصاة وبيع الملامسة وبيع المنابذة وبيع حبل الحبلة .

روى مسلم بسنده عن أبي الزِّنَادِ عن الْأَعْرَجِ عن أبي هُرَيْرَةَ قال نهى رسول اللَّهِ ﷺ عن بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ .(٤٣)

وعن نَافِعٍ عن عبد اللَّهِ عن رسول اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ نهى عن بَيْعِ حَبَلِ الْحَبَلَةِ .(٤٤)

وروى البخاري بسنده عَنْ أبي الزِّنَادِ عن الْأَعْرَجِ عن أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نهى عن الْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ .(٤٥)

وسبب النهي عن هذه البيوع هو عدم العلم بنتائج البيع والمعاملة في كل هذه البيوع ولصيانة المال من المخاطرة به حتى لا يعرض الإنسان ماله إلى الهلاك والتلف .

الدليل الثاني : أن شركات إدارة الصكوك وجهات إصدارها هي بمثابة الأمين والوكيل للمستثمرين أو الممولين لها فيجب أن تعمل لصالحهم ، وهذا يقتضي إعداد دراسة جدوى

---

(٤٣) صحيح مسلم ج٣/ص١١٥٣.

(٤٤) صحيح مسلم ج٣/ص١١٥٣ .

(٤٥) صحيح البخاري ج٢/ص٧٥٤ .

تحدد المشروع أو النشاط الذي يستثمر فيه التمويل وجدوى الاستثمار فيه ومخاطره وعوائده المتوقعة ، حتى يتم اختيار النشاط الذي تقل مخاطره وترتفع عوائده .

وهذا ما أرشد إليه الإسلام من ضرورة التحلي بالأمانة والصدق ، وأن أي تقصير في ذلك يعتبر خيانة للأمانة التي أؤتمن العامل عليها .

قال تعالى " إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا " [٤٦]

وعن أنس ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ : أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك [٤٧]

قال صاحب بدائع الصنائع في بيان ما يفعله المضارب في المضاربة المطلقة : " لأنه أمره بعمل هو سبب حصول الربح ، وهو الشراء والبيع ، وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح ، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع ، إلا أن شراءه يقع على المعروف ، وهو أن يكون بمثل قيمة المشترى ، أو بأقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله ، لأنه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف ، فإن اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشتريا لنفسه لا على المضاربة ، بمنزلة الوكيل بالشراء ".[٤٨]

الدليل الثالث : أن مسألة دراسة الجدوى أصبحت هي السمة الغالبة لكل المعاملات المالية في وقتنا المعاصر ، وأصبحت عرفا تجاريا يلجأ إليه كل من يقيم مشروعاً أو يدير مؤسسة مالية ، وما تعارف عليه الناس أقره الشرع ما دام لم يصطدم بنص شرعي أو مبدأ إسلامي ، كما قال سيدنا عبد الله بن مسعود "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .[٤٩]

([٤٦])سورة النساء من الآية ٥٨.

([٤٧])أخرجه الحاكم في المستدرك ج٢/ص٥٣ ورواه أبو داوود عن أبي هريرة ج٣/ص٢٩٠ والترمذي ج٣/ص٥٦٤ وقال حسن غريب .

([٤٨]) بدائع الصنائع ٨٧/٦ .

([٤٩]) حديث ابن مسعود ﷺ قال عنه الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالا. ولكني لم أجد أحدا من المحدثين وافق الحاكم على ذلك ، فقد قال ابن حجر في الدراية : لم أجده مرفوعا وأخرجه أحمد موقوفا على ابن مسعود بإسناد حسن ، وكذلك أخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب الاعتقاد وأخرجه أيضا من وجه آخر عن ابن مسعود ، وقال ابن كثير في تحفة الطالب : هذا مأثور عن عبد الله بن مسعود بسند جيد ، وقال الزيلعي : غريب مرفوعا ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود ، وقال صاحب الجد الحثيث : من كلام بن مسعود ، وقال السخاوي هو موقوف حسن . المستدرك على الصحيحين ج٣/ص٨٣ ، عمدة القاري ج٢٣/ص٢٦٦ ، مرقاة المفاتيح ج٣/ص٤٣٣ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج٢/ص١٨٧ ، نصب الراية ج٤/ص١٣٣، المقاصد الحسنة ج١/ص٥٨١ ، تحفة الطالب ج١/ص٤٥٥ ، كشف الخفاء ج٢/ص٢٤٥ .

والقواعد الفقهية التي تنص على ذلك كثيرة ، منها : " قاعدة الثابت بالعرف كالثابت بالنص"[٥٠]، وقاعدة : " العادة محكمة" [٥١] وقاعدة :" المعروف عرفا كالمشروط شرطاً ، وقاعدة : " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم ".[٥٢]

والأدلة الدالة على اعتبار العرف والعمل به كثيرة ومتنوعة

ولكن من قالوا بحجيته اشترطوا له شروطا منها :

الشرط الأول : أن يكون العرف مطردا أو غالبا ، أي مستمرا بحيث لا يتخلف في جميع الحوادث أو يكون العمل به كثيرا ، ولا يتخلف إلا قليلا .

الشرط الثاني : أن يكون العرف عاما : وهو محل خلاف

الشرط الثالث : ألا يكون العرف مخالفا للنص الشرعي .

الشرط الرابع : ألا يعارض العرف تصريح بخلافه .

الشرط الخامس : أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف. [٥٣]

وبالنظر في الشروط السابقة وتطبيقها على محل الدراسة نجد أن هذه الشروط متوافرة في مسألتنا ، وبيان ذلك أن دراسات الجدوى أصبحت عرفا –غالبا– إن لم يكن عاماً لأنه ما من مؤسسة مالية إلا وتحاول إظهار دراسات الجدوى الخاصة بها حتى تستميل إليها من يرغب في التعامل معها ، فأصبحت دراسة الجدوى هنا من قبيل العرف العام أو الغالب للمؤسسات المالية ، كما أنها من قبيل الأمر المطرد الذي لا تكاد تخلو منه مؤسسة من المؤسسات .

أما من حيث عدم مخالفة العرف للنص الشرعي فهو متوافر هنا لأنا قد بينا أن دراسة الجدوى لا تتعارض مع ما أفادته النصوص الشرعية ، بل هي مما أرشدت إليه القواعد العامة للشريعة التي حثت على حفظ المال والاهتمام به وعدم تضييعه ، كما سبق بيان ذلك .

([٥٠]) قواعد الفقه ٧٤/١ محمد عميم الإحسان ، شرح السير الكبير للإمام السرخسي ١٦٩/١ . ط : الشركة الشرقية للإعلانات .

([٥١]) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧ ، ٨٩ .

([٥٢]) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/ ٥١ .

([٥٣]) الموسوعة الفقهية الكويتية ج٣٠ ص٥٨–٥٩ ، العرف بحث فقهي مقارن (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٥) الجزء (٤)) ج–١ ص٣٢٧٣–٣٢٧٤ ،الْمُهَذَّبُ في عِلْمِ أُصُولِ الفِقْهِ الْمُقَارَنِ عبد الكريم بن علي بن محمد النملة ٣/ ١٠٢٢

أما عن اشتراط ألا يعارض العرف تصريح بخلافه فإنه متوافر هنا لأنه في هذه العقود لا يوجد فيها تصريح يخالف هذا العرف بل نجد أن الكل يحاول صيانة ماله والاهتمام به ، وإن وجد نص على عدم اعتبار ذلك عمل بما هو منصوص عليه ، وواجبنا فقط يقتصر على أن نحمي مال من يريد حماية ماله .

أما عن اشتراط قيام العرف أثناء إنشاء التصرف فهو موجود الآن ويتم التعامل به على العقود الحادثة في زماننا ولسنا نطالب بتطبيق هذا على العقود التي أنشأت من قبل أن يصبح هذا عرفا تجاريا .

وما دامت المسألة قد أصبحت عرفا تجاريا فإنه من يثق في جهة إصدار للصكوك ويدفع ماله إليها قد استقر في ذهنه لجوؤها إلى دراسة الجدوى قبل الاستثمار فيعتبر شرطا ضمنيا في العقد ؛ لأنه أصبح عرفا كما ذكرنا ، فلا يجوز للمؤسسة الدخول في استثمارات من غير دراسة جدوى وإلا اعتبر هذا إخلالاً ضمنياً بالعقد.

الدليل الرابع : أن على المسلم أن يوازن في أموره بين المصالح والمفاسد حتى يصل إلى المصلحة ويبتعد عن المفسدة وعن كل ما فيه شر ، ويعمل على توفير ما فيه خير ونفع ، ودراسة الجدوى وسيلة للتعريف بهذا وما كان طريقاً لتحصيل المشروع فهو مشروع وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

من هنا فإن على جهات إصدار الصكوك الإسلامية أن تسعى جاهدة للحصول على دراسات جدوى نافعة ، وأن تبذل الوسع والغاية في الوصول إلى نتائجها .

شبهة وردها

قد يثور سؤال هنا وهو أن القيام بدراسة الجدوى وبيان كافة المخاطر المتوقعة والمصالح المرجوة يؤدي في النهاية إلى القول بإمكانية تحديد الربح ؛ لأن دراسة الجدوى تعطي تصورا عن المشروع ككل وبيان الأرباح المتوقعة منه فما حكم اشتمال دراسة الجدوى على ذلك ؟

أرى أنه لا مانع من ذلك شرعا ؛ لأن ما يتم تقديمه في دراسة الجدوى هو فقط توقع للربح ، وقد تزيد النسبة عن هذا المتوقع وقد تقل ، وقد تحدث أسباب تمنع من تحقق هذا الربح ، فالمخاطرة ما زالت قائمة مع وجود دراسة الجدوى ، وهذا بخلاف التعامل الربوي الذي تكون فيه الفائدة محسوبة ومحددة سلفا بنسبة قاطعة ومتفق عليها فهي لا تقل ولا تزيد ، ولو

حدثت ظروف طارئة أو خسر المشروع بدون تعد أو تقصير فإن الشركة ضامنة ، ولو زادت الأرباح فلا يستفيد رب المال من تلك الزيادة بخلاف مشاريع الصكوك كما ذكرنا .

المبحث الثاني : حالات الضمان على أساس دراسة الجدوى

تمهيد : المعتاد أنه عند إصدار الصكوك يقوم المصدر ووكيل حملة الصكوك وذوي الشأن بإعداد دراسة الجدوى حسب الأصول الفنية لدراسة الجدوى ، وهذه الدراسة تحدد نشاط المشروع والدراسة السوقية لمنتجاته ، والمخاطر والعوائد المتوقعة ، وبناء على هذه الدراسة يقدم التمويل أو يقبل حملة الصكوك على شرائها اعتماداً على هذه الدراسة ، فما هو أثر تخلف نتائج وتوقعات هذه الدراسة بأن وقعت خسارة أو لم يتحقق الربح المتوقع ؟

وتخلف هذه النتائج قد يكون بسبب يرجع إلى الجهة التي أصدرت هذه الدراسة أو منحت هذا الاعتماد وقد يكون بسبب خلل في التنفيذ ، وقد سبق الكلام عن الحالات التي تضمن فيها الأطراف غير المباشرة أمام حملة الصكوك ؛لذا فسأتكلم في هذا المبحث عن ضمان الأطراف المباشرة أمام حملة الصكوك باعتبار أنهم الأكثر تعرضا للمخاطر والأكثر مباشرة للمال وأبدأ بالحديث عن معنى الضمان وأسبابه وعن الحالات التي يضمن فيها المدير والمصدر وأتناول هذا في المطالب التالية :

المطلب الأول : معنى الضمان وأسبابه:

وفيه فرعان :

الفرع الأول : معنى الضمان

الضمان يعني الالتزام تقول ضمنت المال إذا لزمته ، ويأتي بمعنى الكفالة تقول : ضمن الشيء ضمانا إذا كفله ، ويأتي بمعنى التغريم : تقول ضمنته الشيء تضمينا إذا غرمته فالتزمه .[٥٤]

والضمان في اصطلاح الفقهاء : شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر .

وشغل الذمة يستوي فيه الإلزام من الشرع نظرا للاعتداء والمخالفة التي ارتكبت ، والالتزام الشخصي بالعقد ونحوه .[٥٥]

([٥٤]) المغرب ص ٢٨٥ ، المصباح المنير ص ٣٦٤، ٣٦٥ ، لسان العرب ١٣/ ٢٥٨ مادة ضمن .

([٥٥]) ضمان الطرف الثالث ص ٤.

وقال الحموي : الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا.[٥٦]
ويراد بالضمان هنا : التزام المستفيد من الإصدار أو من يمثله لحملة الصكوك بالتعويض عن الخسارة في حالة وقوعها في رأس المال أو الربح المتوقع ، بصرف النظر عن نتائج العملية الاستثمارية في الواقع " [٥٧]

الفرع الثاني : أسباب الضمان في الشريعة الإسلامية

الملاحظ لأسباب الضمان يجد أن التزام الضمان قد يكون بسبب إلزام من الشارع ، أو بسبب التزام المكلف بالعقد ، أو بسبب ما حدث من ضرر هو سبب فيه .

ولذلك فإن الفقهاء لخصوا أسباب الضمان فيما يلي :

١) **العقد** ، وذلك كضمان المبيع والثمن المعين قبل القبض والسلم في عقد البيع .
٢) **اليد** ، مؤتمنة كانت كالوديعة والشركة إذا حصل التعدي ، أو غير مؤتمنة كالغصب.
٣) **الإتلاف** سواء أكان إتلافاً للنفس أم للمال .
٤) **التسبب** وهو إيجاد علة التلف كالإكراه ، وكحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه مما شأنه في العادة أن يفضي غالبا للإتلاف ونحوه .
٥) **الحيلولة** : كما لو غصب سيارة فسرقت أو صدمت ، أو ثوبا فضاع أو نقله إلى بلد آخر فيغرم الغاصب القيمة ؛ للحيلولة بين المالك وملكه .
٦) التقصير في الحفظ ، كما لو قبل الوديعة ثم تهاون في حفظها حتى ضاعت فهو ضامن .[٥٨]

ونقول تطبيقا على ذلك إن تخلف نتائج دراسة الجدوى إما أن يكون بسبب لا يد لجهة الإصدار أو المدير فيه بأن كان بسبب قوة قاهرة ، وحينئذ لا يوجد سبب للضمان وإما أن يكون بسبب تفريط أو تعدٍ – وهو المعروف بضمان التعدي أو التقصير – ، وإما أن يكون بسبب غير معلوم لنا ، فلم يثبت لنا التعدي أو التقصير ولم يثبت أيضا حفظهم وقيامهم

([٥٦]) غمز عيون البصائر ٦/٤ .
([٥٧]) ضمان الطرف الثالث ص ٤ .
([٥٨]) تبيين الحقائق ج٥ ص٧٦–٧٧ ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ١٥٦، ١٥٧ ، المنثور في القواعد الفقهية ٣٢٥/٢ ،، ٣٢٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦٢ ،٣٦٣ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢٧/٢٢ .

بواجبهم ، وفي هذه الحالة هل يطالب المدير بالإثبات أم أن إثبات التفريط والتعدي يقع على رب المال وحملة الصكوك ؟ كذلك فقد يكون هذا الضمان متفقاً عليه في العقد أو بعد العقد أو تبرع به المدير ، أو لا يوجد اتفاق ولا تبرع !! هذا ما ينبغي الإجابة عليه في المطالب التالية :

المطلب الثاني : ضمان مدير الإصدار وجهة الإصدار بسبب التعدي أو التقصير

مدير الإصدار : هو المباشر لعملية إدارة الصكوك واستثمارها ولذلك فهو الطرف الأكثر مباشرة للصكوك وإدارتها والتعامل بها ومعظم الأحكام تتفرع على ضمانه ؛ لأنه هو المباشر للعملية ، ولذلك سأتكلم عن ضمانه بشيء من التفصيل ، وضمانه لا يعفي الجهة التي عينته من المسئولية كما أسلفنا القول بذلك وأتناول ذلك في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : التأصيل الشرعي لضمان التعدي أو التقصير :

الفرع الثاني : على من يقع عبء إثبات التعدي أو التقصير ؟

الفرع الأول : التأصيل الشرعي لضمان التعدي أو التقصير

المراد بالتعدي : هو تعمد الإضرار بمصالح حملة الصكوك ، **أما التقصير** فهو عدم تحري الاحتياط والحذر المتوقع من أمثاله من أهل الخبرة في هذا المجال ، فيترتب على هذا إلحاق الضرر بالمشروع الذي يديره .[٥٩]

ومن المعلوم أن أهم ما يميز الاستثمار في الإسلام أنه يرتبط ارتباطا وثيقا بالمخاطرة وتحمل تبعة الهلاك الكلي أو الجزئي أو انخفاض القيمة .

وهذا المبدأ أرساه النبي ﷺ في الحديث الذي رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت " قضى رسول الله ﷺ أن الخراج بالضمان" [٦٠] أي ما يخرج ويتحصل من مكاسب منوط استحقاقه شرعاً بتحمل التبعة والمسئولية عن الخسارة أو التلف في حال وقوعهما .

([٥٩]) مجلة مجمع الفقه الإسلامي : ضمان رأس المال والربح ١٤٥٤/٤ د/ حسين حامد حسان .

([٦٠]) المستدرك على الصحيحين ج٢/ص١٨ ، صحيح ابن حبان ج١١/ص٢٩٩ ، سنن النسائي الكبرى ج٤/ص١١ ، سنن أبي داود ج٣/ص٢٨٤ .

وقد صاغ الفقهاء قاعدة "**الغنم بالغرم**" استنباطا من هذا الحديث ، وفرَّعوا عليها الكثير من التطبيقات في مجال المعاملات المالية ، وعلى أساس هذه القاعدة يتم الحكم على ربح بأنه مباح أو غير مباح ومشروع أو غير مشروع ، استدلالا بما سبق[٦١] ، وكذلك عملا بحديث النبي ﷺ الذي رواه الترمذي وغيره عن عمرو بن شعيب قال حدثني أبي عن أبيه حتى ذكر عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن .[٦٢]

ولهذا فقد اتفق الفقهاء على أن عامل المضاربة لا يضمن رأس المال إلا إذا تعدى أو قصر.

وتخريجا على ذلك نقول بنفس هذا الاتفاق على أن المدير لا يضمن رأس مال حملة الصكوك حال عدم تعديه أو تقصيره ، وإنما يضمن فقط إذا تعدى أو قصر ، ومن صور التعدي التي ذكرها الفقهاء ما لو حدد له أرباب المال نشاطاً يعمل فيه فخالفه وعمل في نشاط آخر غير ما حدد له ، أو استثمره في غير المكان أو الدولة المحدد للاستثمار فيها ، وغير ذلك من الصور التي لا ضابط لها إلا العرف ، فما اعتبره العرف تعديا أو تقصيرا ضمن به وما لا يعد في العرف كذلك لا ضمان فيه .[٦٣]

ومعنى هذا أن رأس المال لو تلف فإن المدير وكذلك جهة الإصدار غير مسئولين أمام حملة الصكوك لأنهم أمناء على المال والأمين لا يضمن لما يلي :

١- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : { ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان }.[٦٤]

فقد نفى النبي ﷺ الضمان عن المستعير غير الخائن والمستودع غير الخائن ، وأفاد هذا أنه إذا كان مغلاً وخائنا فإنه ضامن ، ومدير الصكوك إذا لم يتعمد الإضرار أو لم يقصر فلا يعد خائنا فلا ضمان عليه قياساً على المستعير والمستودَع .

---

(٦١) المخاطر في الصكوك وموقف الشريعة من ضمانها ص ٢ د عبد الستار أبو غدة .

(٦٢) المنتقى لابن الجارود ج١/ص١٥٤ ، سنن النسائي الكبرى ج٤/ص٤٣ ، سنن ابن ماجه ج٢/ص٧٣٧ ، سنن البيهقي الكبرى ج٥/ص٢٦٧ ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح . سنن الترمذي ج٣/ص٥٣٥ .

(٦٣) الأم ٣٣/٤ ، حاشية البيجرمي ١٩٥/٣ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣ / ١٥١ .

(٦٤) رواه الدارقطني والبيهقي من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وضعفه الدارقطني وقال إنما يروى هذا من قول شريح ولابن ماجة وابن حبان من هذا الوجه بلفظ آخر . سنن البيهقي الكبرى ج٦/ص٩١ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج٢/ص١٨١ .

٢- ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : { من أودع وديعة فلا ضمان عليه } [٦٥] وهو صريح في أن المستودع لا ضمان عليه في الأصل .

٣- عن أبي بكرة وابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ خطب فقال {.. فإن دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ بَيْنَكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هذا في شَهْرِكُمْ هذا في بَلَدِكُمْ هذا } [٦٦]

٤- لحاجة الناس إلى تلك العقود وفي إيجاب الضمان عليهم تنفير عنها .

أما إذا تعدى أو قصر فإنه لا خلاف بين الفقهاء في أنه ضامن بسبب تعديه وتقصيره .

والدليل على جواز تضمينه إذا تعدى أو قصر ما روي عن السلف رضوان الله عليهم من قضايا كثيرة فيها تضمين للمتعدي أو المقصر ومن ذلك ما يلي :

١- عن أبي هريرة ﷺ قال : إذا شرط رب المال على المضارب أن لا ينزل بطن واد فنزل فهو ضامن .[٦٧]

٢- ما روي عن الشعبي أنه كان يقول : إذا خالف المستودع والمستعير والمستبضع فهو ضامن .[٦٨]

فهذا دليل على ضمان الأمين حالة التعدي ومخالفة الشرط .

٣- وروي عن الشعبي أن عمر ضمَّن أنساً أربعة آلاف كانت معه مضاربة .

٤-وروي عن أنس ﷺ أنه قال : استودعت ستة آلاف فذهبت ، فقال لي عمر : ذهب لك معها شيء ؟ قلت : لا ، قال : فضمنني .[٦٩]

وواضح هنا أن الضمان كان بسبب التقصير بدليل سؤاله هل ذهب لك معها شيء ؟

يقول ابن حزم : ولا ضمان على العامل فيما تلف من المال – ولو تلف كله – ولا فيما

([٦٥]) سنن ابن ماجه ج٢/ص٨٠٢ وإسناده ضعيف لضعف المثنى وهو ابن الصباح والراوي عنه . ينظر : مصباح الزجاجة ج٣/ص٦٢ .

([٦٦]) صحيح البخاري ج١/ص٣٧ ، صحيح مسلم ج٢/ص٨٨٩ .

([٦٧]) مصنف ابن أبي شيبة ج٤/ص٣٩٨ .

([٦٨]) مصنف ابن أبي شيبة ج٤/ص٣٩٧ .

([٦٩]) المصنف ١/ ١٦٩ .

خسر فيه ، ولا شيء له على رب المال ، إلا أن يتعدى أو يضيع فيضمن .[٧٠]
والعلة في منع ضمان المضارب أن يده على الشيء يد أمانة ، والأمين لا يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط لأنه يصبح كالغاصب في هذه الحالة .

الفرع الثاني : على من يقع عبء إثبات التعدي أو التقصير؟

تبين مما سبق أن المدير يضمن حالة التعدي أو التقصير ، ولكن هل عليه هو أن يثبت أنه لم يقصر أو لم يتعدَ أم أن إثبات التعدي والتقصير يطالب به رب المال ؟
وهذه المسألة تخرج على مسألة ضمان المضارب أمام رب المال وهل إثبات البراءة يكون على المضارب أم أن على رب المال أن يثبت تقصير عامل المضاربة ؟ نقول تخريجا على ذلك :

هناك اتجاهان للفقهاء

الاتجاه الأول : أن إثبات التقصير أو التعدي يكون على رب المال والمصدر والمدير بريئان بيمينهما ولا يطالبان بإثبات عدم تقصيرهما ، وهذا اتجاه عند المالكية والشافعية .[٧١]

الاتجاه الثاني : إثبات البراءة وعدم التعدي والتقصير يكون على المدير والمصدر فإذا لم يثبتا ذلك فهما ضامنان .

وهذا اتجاه عند المالكية أيضا ؛ لأنهم قالوا: لا يضمن العامل إذا ادعى مشبها ، وهذا هو المروي عن صاحبي أبي حنيفة ، في شأن الأجير المشترك ، أنه لا يقبل قوله في الهلاك إلا إذا كان هناك قرينة تدل على صدقه ، كالحريق الغالب ، واللص الكاسر ، والعدو المكابر ، وأفتى بذلك عمر وعلي في شأن الصناع .[٧٢]

---

(٧٠) المحلى ٧/ ٩٨ .

(٧١) المدونة ٦٦١/٣ ، ٦٦٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٥٣٦/٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٧ ، أسنى المطالب ٣٩١/٢ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ٦٠/٣ ، ٦١ .

(٧٢) تبيين الحقائق ٥/ ١٣٤، ١٣٥ ، العناية شرح الهداية ٩/ ١٢٢ ، المدونة ٦٦١/٣ ، ٦٦٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٥٣٦/٣ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧٦/١ .

وهذا هو ما مال إليه بعض المعاصرين [٧٣]وقالوا : إن المدير عليه أن يثبت أنه لم يقصر ولم يتعد ولو عجز عن الإثبات فهو ضامن .

الأدلة ومناقشتها :

استدل أصحاب الاتجاه الأول على أن إثبات التقصير أو التعدي يكون على رب المال بما يلي :

الدليل الأول : عن بن عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال لو يعطي الناس بِدَعْوَاهُمْ ادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنْ الْيَمِينُ على المدعي عليه ، وفي لفظ : البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، وفي لفظ آخر البينة على المدعي واليمين على من أنكر " [٧٤]

وجه الدلالة : أن رب المال هنا هو المدعي والطرف الثاني مدعى عليه ؛ ولهذا فعلى رب المال أن يثبت تفريط المدير أو المصدر حتى يضمِّنه ، وإن لم يثبت فالمدير يصدق بيمينه ، لأن الأصل عدم التقصير أو التعدي فمن يدعيه فعليه إثباته .

ويجاب عن هذا : بأنه غير مسلم لأن مدير الإصدار هنا هو المدعي ، فهو من يدعي الخسارة والمدعي من يخالف قوله الظاهر ، وهنا قد خالف قوله الظاهر ؛ لأنه قدم دراسة جدوى تفيد ربحه ونماء المال المقدم إليه ، ولذلك فعليه أن يأتي بالبينة على أنه لم يربح ولم يحقق نماءً وإلا فهو ضامن .

الدليل الثاني : استدلوا بالقواعد الفقهية التي تقضي بأن الأصل براءة الذمة وأن من يدعي شغلها بشيء فعليه البينة وعليه يقع عبء الإثبات ، وذلك مثل قاعدة : **كل أمين : من مرتهن ، ووكيل ، وشريك ، ومقارض ، وولي محجور ، وملتقط لم يتملك ، وملتقط لقيط ،**

([٧٣]) ومنهم على سبيل المثال : د حسين حامد حسان في بحثه : ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٤) الجزء (٣)) ج-١ ص١٨٧٠-١٨٧٤ ، ود علي محي الدين القرة داغي . الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٢) الجزء (٤)) ج-١ ص٥٣٩-٥٤٣ ، صكوك الإجارة خصائصها وضوابطها (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٥) الجزء (٢)) ج-١ ص٢٤٥-٢٤٧.

([٧٤]) سنن ابن ماجه ج٢/ص٧٧٨ ، سنن الترمذي ج٣/ص٦٢٦ ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَالْعَمَلُ على هذا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ من أَصْحَابِ النبي ﷺ وَغَيْرِهِمْ ، ورواه البيهقي في سننه الكبرى ج١٠/ص٢٥٢ ، وعنون به البخاري في صحيحه فقال : باب ما جاء في البينة على المدعي ، وذكر قوله تعالى " يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ولا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كما عَلَّمَه الله فَلْيكتب وَلْيملل الذي عليه الْحَقُّ ... الآية ، وقوله تعالى " يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ على أَنْفُسِكُمْ أو الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ .. الآية . صحيح البخاري ج٢/ص٩٢٩ .

ومستأجر ، وأجير وغيرهم ، يصدق باليمين في التلف على حكم الأمانة إن لم يذكر سببا أو ذكر سببا خفيا ، فإن ذكر سببا ظاهرا غير معروف فلا بد من إثباته ، أو عرف عمومه لم يحتج إلى يمين ، أو عرف دون عمومه صدق بيمينه. [٧٥]

وقاعدة : " **الأصل في الصفات العارضة العدم أو الأصل العدم**" [٧٦]

وفي مسألتنا تعارض هذا الأصل مع دعوى الربح فلا تقبل دعوى الربح لأن الأصل عدم الربح ، فمن ادعى أن هذه الجهة قد ربحت فعليه الإثبات .

ويجاب عن هذا : بأن القاعدة الأولى التي استدلوا بها صرحت بمسئولية الأمين عن الإثبات لأنها قالت : إن لم يذكر سببا أو ذكر سببا خفياً ، فإن ذكر سبباً ظاهراً غير معروف فلا بد من إثباته ، وهو هنا قد ذكر في دراسة الجدوى سبباً للربح ولكنه ادعى تخلف هذا السبب فعليه الإثبات .

أما قاعدة :" **الأصل العدم**" [٧٧]فلا يصح الاستدلال بها هنا ، وكيف يقال إن الأصل عدم الربح في مال يتم استثماره وتداوله وتحريكه ، ولماذا لا يربح هذا المال بالذات مع أن كل الأموال المشابهة له والتي تم التعامل بها بنفس الطريقة قد ربحت !!

بل الأعدل والأقوم أن نقول إن الغالب هو الربح والنماء في هذه الحالة والخسارة حالة طارئة ، فالأصل عدم الخسارة فمن يدعيها فعليه الإثبات .

الدليل الثالث : أن الأصل براءة الذمة من الضمان لأن هذا العقد عقد أمانة والأمين لا يضمن إلا إذا ثبت أنه قصر أو فرط ، فمن يريد أن يضمِّنه فعليه أن يثبت تعديه أو تقصيره.[٧٨]

جاء في الشرح الكبير : (والقول للعامل في) دعوى (تلفه) كله أو بعضه ، لأن ربه رضيه أمينا ، وإن لم يكن أمينا في الواقع ، وهذا إذا لم تقم قرينة على كذبه ، وإلا ضمن [٧٩].

([٧٥]) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٠ .

([٧٦]) الأشباه والنظائر للسيوطي ج١ ص٥٧ ، شرح مجلة الأحكام ج١ ص٢٦-٢٧ .

([٧٧]) الأشباه والنظائر للسيوطي ج١ ص٥٧ .

([٧٨]) ينظر : الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧٦/١ (بتصرف).

([٧٩]) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٥٣٦/٣ .

ويجاب عن هذا : بأنه فعلاً لا يضمن إلا إذا ثبت أنه تعدى أو قصر، وما نطلبه منه هو إثبات عدم التعدي أو التقصير وهذا لا يصعب ، فإذا ثبت لنا هذا فلا ضمان لا على المدير ولا جهة الإصدار ، وإن لم يثبت ذلك فقد قامت القرائن القوية على الكذب وثبت التقصير أو التعدي فوجب الضمان .

الدليل الرابع : القاعدة الفقهية التي تنص على أن كل موضع كان المال أمانة في يده فالقول قوله في الدفع مع اليمين [٨٠]والمال أمانة في يد جهة الإصدار أو المدير فينبغي أن يكون القول قولهما ، ومن يقول غير ذلك فعليه أن يثبت .

ويناقش هذا : بما تقدم من أنه لا بد وأن تثبت الأمانة حتى لا يضمن وعلامة أمانته عدم تقصيره أو تفريطه .

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني على أن جهة الإصدار أو المدير هما المطالبان بإثبات عدم التعدي أو التقصير بما يلي :

أولاً : بما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال :" **البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.** [٨١]

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ أخبر بأن المدعي مطالب بأن يثبت صحة دعواه وإلا حكم بالحق عليه ، والمدير وجهة الإصدار هنا مدعون للخسارة ، لأن الأصل صحة دراسة الجدوى المقدمة ، فبوقوع الخسارة يكونوا متمسكين بخلاف الأصل ، فيطالبون بالبينة على أن الخسارة لم تكن بخطأ منهم وإن عجزوا عن ذلك حكم بالضمان عملاً بالحديث السابق .

ثانياً: أن ذلك هو الاستحسان ، لتغير أحوال الناس وفساد ذمم الكثير منهم لاسيما في مجال التجارات والأموال ، وأصبح الكثير منهم يدعي الهلاك أو التلف ، أو يدعي البراءة من التقصير ، فيقتضي هذا أن يتغير الحكم عملاً بما روي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه" **تحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور** . [٨٢]

([٨٠]) الفتاوى الهندية ٤/٢٧ .

([٨١]) سبق تخريجه في ص٣٦ .

([٨٢]) أنوار البروق في أنواع الفروق ٤/ ١٧٩.

ثالثاً : أنه عند التحقيق نجد أن الفقهاء قد حكموا بضمان المضارب وألزموه بإثبات عدم التقصير أو التعدي .

والدليل على ذلك ما تواتر عنهم من أقوال مفادها أنهم ألزموا المضارب بالضمان إذا لم يثبت أنه لم يقصر فمثلاً : طالبوه بإثبات أن رب المال أذن له في البيع نسيئة ، أو سمح له بأن يقرض المال ، وإن لم يثبت ذلك فهو ضامن .

يقول ابن أبي ليلي : " المضارب ضامن إلا أن يأتي بالبينة أن رب المال أذن له في النسيئة .[٨٣]

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : وإذا دفع الرجل إلى الرجل مالا مضاربة ولم يأمره ولم ينهه عن الدين فأدان في بيع ، أو شراء ، أو سلف فسواء ذلك كله هو ضامن إلا أن يقر له رب المال ، أو تقوم عليه بينة أنه أذن له في ذلك .[٨٤]

ويقول ابن قدامة : إذا تعدى المضارب ، وفعل ما ليس له فعله ، أو اشترى شيئا نهي عن شرائه ، فهو ضامن للمال ، في قول أكثر أهل العلم . روي ذلك عن أبي هريرة ، وحكيم بن حزام ، وأبي قلابة ، ونافع ، وإياس ، والشعبي ، والنخعي ، والحكم ، وحماد ، ومالك والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي .[٨٥]

وهذا موافق لمذهب بعض الصحابة [٨٦]الذين قالوا بضمان الأجير المشترك وقالوا : " لا يصلح الناس إلا ذلك " [٨٧]

وقد ذهب إلى تضمين القصار شريح ، فقد ورد أنه ضمن قصارا احترق بيته ، فقال : " تضمنني وقد احترق بيتي " ؟ فقال شريح : " أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرك ؟ " وروى عن شريح أيضا أن رجلاً اشترى دهناً من البصرة وأنه استأجر حمالا يحمله ، والقارورة ثمنها ثلاثمائة ، أو أربعمائة ، فوقعت القارورة وانكسرت فأراد أن يصالحه فأبى

([٨٣]) الأم ٧/ ١١٤ .

([٨٤]) الأم ٧/ ١١٤ .

([٨٥]) المغني ٣١/٥ .

([٨٦]) ومنهم سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما .

([٨٧]) الأم ج٧ ص١٠١، ١٠٢.

فخاصمه إلى شريح ، فقال له شريح : " إنما أعطى الأجر لتضمن فضمنه شريح ، ثم لم يزل الناس حتى صالحه ." [٨٨]

القول المختار : بعد عرض كلا الاتجاهين أجدني أميل إلى القول الثاني ، وهو أن إثبات عدم التعدي أو التقصير يكون على جهة الإصدار ومن يمثلها ، وذلك لفساد الذمم وعدم تورع الكثير عن المال الحرام ، كما أن القول بأن الأصل هو عدم الربح قول غير مسلم فإن المال إذا تمت إدارته إدارة جيدة ووضع في مشاريع نافعة فهو رابح ، كما أن دراسة الجدوى القائمة على أسس علمية مع تيسر الظروف لتنفيذها تشهد بالكذب أو ادعاء خلاف الحقيقة أو على الأقل قيام التهمة ، فعلى المصدر أو المدير أن يثبتا ما ينفي التهمة عنهما ، كما أن إثبات الهلاك أو التلف نظرا لظروف قاهرة وقوة غالبة لا تعجز عنه الجهة غالباً لتوافر الوسائل التي يمكن إثبات ذلك بها ، فإن لم تقدم لنا دليلا على حدوث ذلك اعتبر دليلا على التفريط والتضييع ، ولذلك فالمدير والمصدر هما المطالبان بالإثبات وإن عجزا عن الإثبات فهما ضامنان .

المطلب الثالث : اشتراط الضمان على المدير في عقد الإصدار :

رجحنا فيما سبق أن المدير ضامن إذا لم يثبت أن الهلاك ناتج عن سبب لا يد له فيه

ويثور تساؤل هنا حول مدى جواز اشتراط الضمان على مدير الإصدار بأن ينص في العقد على أنه ضامن في كل حال فلا يقتصر على حالات التعدي أو التفريط أو مخالفة الشروط؟

سبق بيان أن مدير الإصدار هنا يقوم بدور المضارب والأصل أن يده يد أمانة فلا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط ، ولكن هل يتغير الحكم لو اشترط حملة الصكوك عليه ضمان الأموال وتراضى الطرفان على ذلك ! هل يصح العقد أم يبطل ، أم يصح العقد ويبطل الشرط ؟

بالتأمل فيما ذكره الفقهاء في هذا الشأن نجد أنهم اختلفوا في حكم اشتراط الضمان على عامل المضاربة وكان اختلافهم على قولين :

([٨٨]) المبسوط ج١٦ ص٩، ١٠، المدونة ج٣ ص٣٩٩ ، الأم ٧/ ١٠٢ ، المحلى ٧/ ٢٩ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ١/ ٢٩٧ ، الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٢) الجزء (٤)) ج-١ ص٥٣٩-٥٤٣

القول الأول : هذا الشرط باطل لا يجوز اشتراطه في العقد ، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في المشهور عندهم والشافعية وجمهور الحنابلة والمعتمد عند الإباضية.[٨٩]
وقد أخذ بهذا القول مجمع الفقه الإسلامي بجدة حيث نص في قراره رقم ٣٠ (٤/٥) على عدم جواز اشتراط ضمان رأس المال على عامل المضاربة ، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنا بطل شرط الضمان ، واستحق المضارب ربح المثل . [٩٠]
وما دام العقد قد اقترن بشرط باطل فهل يبطل العقد كله لاشتماله على الشرط الباطل أم يصح العقد ويبطل الشرط وحده ؟ قولان للفقهاء .
القول الثاني : وهو أن شرط الضمان على العامل صحيح معتبر شرعاً . وهو للمالكية في غير المشهور عندهم ، وهو قول للإمام أحمد في رواية عنه ، وهو القول الذي اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية ونصره واعتمده الإمام الشوكاني في مسألة ضمان المستأجر للعين المؤجرة .[٩١]

وعلى الاختلاف السابق يتخرج القول في حكم ضمان المدير على اعتبار أنه يقوم مقام عامل المضاربة ويأخذ نفس أحكامه ولهذا فسأقوم بالتطبيق مباشرة على مدير الإصدار .

الأدلة ومناقشتها :

استدل أصحاب القول الأول على أن اشتراط الضمان على مدير الإصدار باطل ولا يصح بما يلي :
الدليل الأول : أن المدير نائب عن المالك في اليد والتصرف وذلك يستوجب أن يكون هلاك العين في يده كهلاكها في يد مالكها ، حيث إنه قبضها بإذنه ورضاه دون قصد تملكها منه ، والقاعدة أن المال المأخوذ بإذن صاحبه يعتبر أمانة في يد الآخذ كالوديعة والمستعار والمال المأجور والمال المرهون.[٩٢]

---

(٨٩) مجمع الأنهر ٣٢٢/٢ ، درر الحكام ٣/ ٤٥٨ ، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٣ ، المنتقى شرح الموطأ ٥/ ١٦٤ ، الأم ١١٤/٧ ، حاشية البجيرمي على الخطيب ج٣ ص١٩٥-١٩٧، المغني ٤٠/٥ ،٣١١، شرح النيل ٣٢٣/١٠ .
(٩٠) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤/ ١٥٩٧ ، في فقه المعاملات المالية نزيه كمال حماد ٢٦٦ .
(٩١) مواهب الجليل ٥/ ٣٦٠ ، ٣٦١ ، إيضاح المسالك للونشريسي ص ٣٠٠ ، ٣٠١ ط : صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك بين المملكة المغربية والإمارات العربية ، المغني ٣١١/٥ ، الفتاوى الكبرى ج٤/ص٤٨٩ ، السيل الجرار ج٣/ص١٩٦ .
(٩٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢٥٠/٢ ، ٣ / ٣٦٥ .

وما دام قد اعتبر أمينا فلا ضمان عليه عملا بحديث عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ : { لَا ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ } [٩٣] وعملاً بقاعدة : كل مال تلف في يد أمين من غير تعد لا ضمان عليه .[٩٤]

الدليل الثاني : أن الأصل براءة ذمة المدير من الضمان فيبقى هذا الأصل حتى يثبت ما يشغله ، ولم يثبت ما يشغله فلا ضمان عليه .

وقد عبر عن ذلك الشوكاني بقوله " الأصل الشرعي هو عدم الضمان لأن مال الأمين معصوم بعصمة الإسلام فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشرع ، ولا يحتاج مع هذا الأصل إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت .[٩٥]

وقال أيضاً : ولا يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تفريط ، فإن التضمين حكم شرعي يسلتزم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام فلا يجوز إلا بحجة شرعية ، وإلا كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل .[٩٦]

الدليل الثالث : أن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه .[٩٧]

ومعنى هذا أن المدير في الأصل لا يضمن لبراءة ذمته كما تقدم ؛ فاشتراط الضمان عليه لا يغير هذا الأصل ؛ لأنه شرط على خلاف الأصل وهو باطل ، كما لو اشترط نفي الضمان حال وجوبه لم ينتفِ ، كما لو باع سلعة بشرط أن لا ضمان عليه ، فإنه يضمن العيب فيها.

الدليل الرابع : اشتراط الضمان هنا مخالف لمقتضى العقد ، وهو شرط لا مصلحة فيه ، وكل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل ، ووجه كونه مخالفا لمقتضى العقد أن العقد هنا من عقود الأمانة وعقود الأمانة لا ضمان فيها على الأمين ، ولهذا فلا يجوز اشتراط هذا

([٩٣]) نيل الأوطار ٥ / ٣٥٤ ، وقال الشوكاني : قال الحافظ : في إسناده ضعف ، وأخرجه الدارقطني من طريق أخرى عنه بلفظ { : ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان } وقال : إنما نروي هذا عن شريح غير مرفوع قال الحافظ : وفي إسناده ضعيفان .

([٩٤]) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ٦٠/٤ .

([٩٥]) السيل الجرار ج٣/ص٣٤٢ .

([٩٦]) السيل الجرار ج٣/ص٢٠٠ ، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط ص ١٨ نزيه كمال حماد .

([٩٧]) المغني ٣١٢/٥ ، الروض المربع ج٢/ص٣٤٣ .

الشرط .

يقول ابن حزم : ولا ضمان على العامل فيما تلف من المال – ولو تلف كله – ولا فيما خسر فيه ، ولا شيء له على رب المال ، إلا أن يتعدى أو يضيع فيضمن ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم { إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام } .[٩٨]

مناقشة أدلة الرأي الأول (عدم جواز اشتراط الضمان)

يناقش هذا بأن هذا الاستدلال غير مسلم وهو محل نظر ونقد وذلك لما يلي :

أولاً : استدلالهم بقاعدة عدم تضمين يد الأمانة ما تحتها من أموال الغير إلا بالتعدي أو التفريط غير مسلم ؛ لأن هذه القاعدة ليست قاعدة كلية بل هي قاعدة أغلبية ، وذلك لوجود موجبات ومقتضيات أخرى لتضمين الأمناء ذكرها الفقهاء غير التعدي أو التفريط ، وهذه الاستثناءات تجعل الاستدلال بالقاعدة ليس على عمومه ومن الاستثناءات التي ذكرها الفقهاء على القاعدة السابقة ما يلي :

١- **التجهيل** أي عدم تبيين الأمين حال الأمانة التي بيده عند موته مع علمه بأن وارثه لا يعرف كونها أمانة عنده . [٩٩]

٢- **العرف** كما قال به بعض فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة ؛ إذ العادة محكمة والعرف حجة يلزم العمل به ما لم يخالف نصا شرعيا ، فإذا جرى العرف بالضمان فيحكم به مع أن اليد في الأصل يد أمانة .[١٠٠]

ولقد ذكر الحسن بن رحال المعداني [١٠١] وقال : إن قاضي القضاة شمس الدين التتائي [١٠٢]

([٩٨]) المحلى لابن حزم ٩٨/٧ .

([٩٩]) درر الحكام ٣/ ٤٦٠ ، فتاوى السبكي ٢٧٠/٢ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧٤/١٠ ، ٢٨/ ٢٦٠ ، في فقه المعاملات المالية والمصرفية ص ٢٦٩ .

([١٠٠])تنقيح الفتاوى الحامدية ١٠٧/٢ ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ١١٨/٢ ، الإنصاف ١٩٦/٥ .

([١٠١]) هو الحسن بن رحال بن أحمد بن علي، أبو علي، المعداني، من فقهاء المالكية بالمغرب ، ولي قضاء فاس، ونحي عنه، ثم ولي في آخر أمره قضاء مكناسة، واستمر إلى أن توفي فيها . من تصانيفه : " شرح مختصر خليل " ، في فروع الفقه المالكي، و " حاشية على شرح الشيخ ميارة " في أربع مجلدات ضخام و " الإرفاق في مسائل الاستحقاق " ، و " حاشية علي شرح تحفة ابن عاصم " [الأعلام ٢ / ١٩٠ ، ط دار العلم للملايين ، ومعجم المؤلفين ٣ / ٢٢٤] نشر مكتبة المثنى ، دار إحياء التراث العربي – بيروت .

([١٠٢]) هو الإمام محمد بن إبراهيم بن خليل ، أبو عبد الله ، التتائي المصري المالكي . نسبته إلى (تتا) من قرى المنوفية بمصر . المتوفى سنة ٩٤٢ هـ فقيه ، أصولي ، قال البدر القرافي : تولى القضاء ثم تركه ، وأقبل على

بعد أن ذكر في شرحه على خليل قوله في المختصر بعدم تضمين الحراس ما يحرسونه قال ما نصه : " والعرف الآن ضمان الحارسين لأنهم إنما يستأجرون على ذلك " [١٠٣]

والعرف التجاري الآن بضمان مدير الإصدار ، فلا تجد عقد إصدار لمشروع مالي أو لطالب تمويل إلا وينص فيه على الضمان ، والواقع التجاري قَبِل ذلك وتعامل به فيطبق هذا العرف .

٣- المصلحة من الأسباب التي قال فيها الفقهاء بالضمان وجود المصلحة الداعية للضمان ولعل مسألة تضمين الصناع خير شاهد على ذلك فمع أن الأصل في كل صانع أنه مؤتمن على ما بيده من أعيان الناس غير ضامن لها بناءً على البراءة الأصلية فقد اتفق السلف على تضمينهم استثناء ؛ لداعي المصلحة وصيانة لأموال الناس وإلى هذا ذهب الإمام مالك وأحمد وأحد قولي الشافعي وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية .[١٠٤]

وذكر الشاطبي في الاعتصام وجه المصلحة في ذلك فقال : "إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع، وقال علي: "لا يصلح الناس إلا هذا [١٠٥]، ووجه المصلحة أن الناس لهم حاجة إليهم، وهم يغيبون عن الأمتعة، ويغلب عليهم التفريط، فلو لم يضمنوا مع مسيس الحاجة إليهم؛ لأفضى إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق،

الاشتغال والتصنيف ، ومن تصانيفه : " فتح الجليل في شرح مختصر الخليل " في فروع الفقه المالكي ، و " البهجة السنية في حل الإشارات السنية " ، و " حاشية على شرح المحلى على جمع الجوامع ، و " جواهر الدرر " ، و " تنوير المقالة " في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، خطط السداد والرشد بشرح نظم مقدمة ابن رشد . الأعلام ٥/ ٣٠٢ ، ومعجم المؤلفين ٨ / ١٩٤ .

([١٠٣]) كشف القناع عن تضمين الصناع ص ١٢٨لأبي الحسن بن رحال المعداني المتوفى سنة ١١٤٠ هـ ١٧٢٨م تحقيق محمد أبو الأجفان ، البهجة في شرح التحفة ٢٧٥/٢، ٢٧٦ لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، في فقه المعاملات المالية ص ٢٦٩ د/ نزيه كمال حماد .

([١٠٤]) تبيين الحقائق ج٥ ص١٣٤-١٣٥ ، الموافقات ٣/ ٥٨ ، الفواكه الدواني ١١٧/٢ ، ١١٨ ، أنوار البروق ٢٠٥/٢ ، المغني ٥/ ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤/ ٢٤٥ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨/ ١٨٦ ، نزيه كمال حماد ص ٢٧١ .

([١٠٥]) مصنف ابن أبي شيبة ج٤/ص٣٦٠ ، سنن البيهقي الكبرى ج٦/ص١٢٢ ، وقال الشافعي: وقد روى من وجهٍ لا يثبت أهل الحديث مثله أن علي بن أبي طالب ضمّن الغسّال والصباغ وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك". الأم ج٧ ص١٠١-١٠٢ ، ، وضعفه ابن حجر أيضاً . تلخيص الحبير ج٣/ص٦١ .

وإما أن يعملوا ولا يضمنوا بدعواهم الهلاك؛ فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة؛ فكانت المصلحة التضمين" ا. هـ [١٠٦]

٤- قيام التهمة :

ومن أسباب الضمان أيضا قيام التهمة والمراد بها رجحان الظن وغلبة الاحتمال في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة بدون تعديه أو تفريطه .

وقد اعتبر بعض فقهاء المالكية التهمة موجبا لتغير حال يد الأمانة وصيرورتها يد ضمان في مسائل متعددة .

ومثال ذلك ما قالوه في تضمين الراعي المشترك والسمسار للتهمة ، وقال بذلك ابن حبيب الأندلسي وجمع من فقهاء المالكية ، وكذلك فتوى ابن حبيب بتضمين صاحب الحمام.[١٠٧]

فتبين أن هذه القاعدة لها استثناءات كثيرة مما يجعلها قاعدة أغلبية وليست كلية .

ويجاب عن هذا الاعتراض : بأن هذه الاستثناءات لا تمنع من جعل القاعدة محل تطبيق فهي قيود وضوابط لا بد وأن تراعى أثناء تطبيق القاعدة ، ولو دققنا النظر فيها لوجدناها محكومة أيضا بالقاعدة أو بقواعد أخرى مرتبطة بالقاعدة ، فمثلاً ما ذكروه من حالات الضمان في حال التجهيل أو قيام التهمة هذا في حقيقته داخل تحت التعدي أو التفريط المذكور في القاعدة ؛ لأن الأمين قد فرط عندما لم يبين الأمانة التي تحت يده ، وهذا دليل على شروعه في إتلافها أو تقصيره في حفظها ، فيضمن هنا عملاً بالقاعدة وليس استثناءً عليها.

كذلك ما ذكروه من حالات الضمان في حالة جريان العرف بذلك فإن العرف لا يقبل إذا كان يتعارض مع مبدأ شرعي ، ولو جرى العرف هنا بضمان الأمين في كل الحالات فإنه يتعارض مع المبادئ الشرعية لأنه يكون ذريعة إلى أكل الربا .

([١٠٦]) الاعتصام ٢/ ١١٩ .

([١٠٧])حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٤/٤ ، فتح العلي المالك ٢٢٧/٢ ، نزيه كمال حماد في فقه المعاملات ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

كذلك يقال مثل هذا الكلام في استدلالهم بالمصلحة ، فالمصلحة لا تقبل ما لم يشهد الشرع باعتبارها ، وهنا لم يشهد الشرع باعتبار هذه المصلحة بل شهد في كثير من الحالات بإلغائها فلا يقبل هذا .

الاعتراض الثاني : أن قصر الضمان على حالات التعدي أو التفريط فقط لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب أو السنة فيبقى الضمان في كل الحالات لأنه لم يرد ما يقصره على التعدي أو التفريط .

ويجاب عن هذا : بأنه غير مسلم فإن نصوص الشريعة تخبر بأن الإنسان لا يحاسب إلا إذا قصر أو تسبب نحو قوله ﷺ على اليد ما أخذت حتى تؤديه [١٠٨]

وحديث " أَنَسٍ رضي الله عنه قال أَهْدَتْ بَعْضُ أَزْوَاجِ النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طَعَامًا في قَصْعَةٍ فَضَرَبَتْ عَائِشَةُ الْقَصْعَةَ بِيَدِهَا فَأَلْقَتْ ما فيها فقال النبي ﷺ طَعَامٌ بِطَعَامٍ وأناء بِإِنَاءٍ [١٠٩]فقد قام النبي ﷺ بتضمين السيدة عائشة لأنها تعدت فكسرت القصعة السليمة .

والأصل كما قال الشوكاني " أن تضمين الأمناء حكم شرعي يستلزم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام ، فلا يجوز إلا بحجة شرعية وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل.[١١٠]

وقد وجدنا الحجة الشرعية على الضمان في حال التعدي أو التقصير أو التفريط ولم نر حجة شرعية على الضمان فيما سوى ذلك ، والأصل أن مال المسلم معصوم كما ذكرنا فلا دليل على أخذه فيبقى على أصل حرمته .

الاعتراض الثالث : أن قاعدة " اشتراط الضمان على الأمين باطل " قاعدة خلافية وليست محل اتفاق بين الفقهاء ، فقد ورد عند بعض الفقهاء أنه يجوز اشتراط الضمان على الأمين في بعض الصور.[١١١]

([١٠٨]) أخرجه الحاكم في المستدرك وقال : حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه . المستدرك على الصحيحين ج٢/ص٥٥ ، سنن النسائي الكبرى ج٣/ص٤١١ ، سنن أبي داود ج٣/ص٢٩٦ ، سنن ابن ماجه ج٢/ص٨٠٢ ، سنن الترمذي ج٣/ص٥٦٦ وقال هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ .

([١٠٩]) سنن الترمذي ج٣/ص٦٤٠ قال أبو عِيسَى هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ .

([١١٠]) السيل الجرار ج٣/ص٢٠٠ .

([١١١]) يراجع في بعض هذه الصور : غمز عيون البصائر ١٣٣/٣ .

ويؤكد هذا ما قاله الحنفية في رواية عندهم وأحمد في رواية عنه وقتادة وعثمان البتي[١١٢] وعبيد الله بن الحسن العنبري [١١٣]وداود الظاهري : إن العارية أمانة في يد المستعير غير أنها تصير مضمونة عليه بالشرط . وقد اختار هذا القول شيخ الإسلام بن تيمية من الحنابلة.

وقول الشافعي وأحمد بضمان العارية مطلقا سواء تعدى المستعير أم لم يتعد مع أن يده يد أمانة .

وقول قتادة والعنبري بأن الوديعة أمانة في يد المستودع غير أنها تصير مضمونة عليه بالشرط .

وقول عثمان البتي بأن يد المرتهن والراعي يد أمانة لكنها تنقلب إلى يد ضمان بالشرط.[١١٤]

فثبت بهذا أن الاستدلال على بطلان تضمين المدير للصكوك بقاعدة " اشتراط الضمان على الأمين باطل " استدلال غير مسلم لأنه مختلف فيه بين الفقهاء .

وهي بالإضافة إلى ذلك قاعدة أغلبيه وليست كلية مطردة حيث إن لها استثناءات عديدة .

ويجاب عن هذا : بأنها تضمن في هذه الحالات لقيام التهمة ، وما دامت هناك تهمة فاحتمال التعدي قائم وموجود ، فيكون الضمان للتعدي أو للتفريط .

---

(١١٢) عُثْمَانُ الْبَتِّيُّ.هو ابن سليمان بن جرموز كان ثقة له أحاديث، وكان صاحب رأي وفقه كان مِنْ أهل الْكُوفَةِ ثم انتقل إِلَى الْبَصْرَةِ فَنَزَلَهَا وَيُكْنَى أبا عَمْرٍو . وَكَانَ يَبِيعُ الْبُتُوتَ – نوع من الثياب بالبصرة – فَقِيلَ الْبَتِّيُّ ، توفي سنة ١٤٣ هـ ، الطبقات الكبرى لابن سعد ٧/ ١٩١ . ط: دار الكتب العلمية – بيروت ، تاريخ مولد العلماء ووفياتهم ١/ ٣٣٤.لأبي سليمان محمد بن عبد الله الربعي (المتوفى: ٣٧٩هـ) نشر: دار العاصمة – الرياض الطبعة: الأولى، ١٤١٠ .

(١١٣) هو عبيد الله بن الحسن بن حصين بن أبي الحر مالك بن الخشخاش العنبري . من سادات أهل البصرة علمًا وفقهًا . ولي قضاءها بعد أن هرب منه ، وكان ثقة محمودًا . روى عن عبد الملك العَرزمي وغيره . وروى عنه ابن مهدي وخالد بن الحارث ومحمد بن عبد الله الأنصاري وآخرون . وقد خرج له مسلم . وقيل إنه تكلم في معتقده ببدعة . ولد سنة ١٠٥ ويقال ١٠٦ ، ومات في ذي القعدة سنة ثمان وستين ومائة . تهذيب التهذيب ٧/٧ ، ٨ .

(١١٤) تحفة الفقهاء ١٧٧/٣ ، الجوهرة النيرة ٣٥١/١ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٤٨/٢ ، جواهر العقود ج١/ص١٧٠ ، في فقه المعاملات نزيه كمال حماد ٢٧٣ .

رابعاً : أن الاستدلال على فساد اشتراط الضمان بأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وكل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل ، استدلال غير مسلم ، وذلك لأن هناك منهجين للفقهاء في مسألة الشروط العقدية ومدى صحة مخالفتها لمقتضيات العقود :

أحدهما : يذهب إلى أن كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو فاسد شرعاً ، وإليه ذهب بعض الفقهاء الذين ضيقوا في مسألة العقود وقالوا إن الأصل فيها هو الحظر ولا يباح منها إلا ما ورد الشرع بإجازته .

وهؤلاء تمسكوا بما يسمى مقتضى العقد فلا يجوز للعاقدين أن يشترط أحدهما على الآخر ما يخالف هذا المقتضى ، فإن فعلا كان ذلك فاسداً .

وهذا اتجاه أهل الظاهر وكثير من أصول أبي حنيفة تبنى على هذا ، وكثير من أصول الشافعي ، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد .[١١٥]

وهؤلاء جعلوا لكل عقد مقتضى استنبطوه باجتهادهم واستمدوه من قواعد الشريعة العامة التي تحرص على تحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات في العقود .

الاتجاه الثاني : يذهب إلى أن اشتراط ما يخالف مقتضى العقد ليس فاسدا بإطلاق كما أنه ليس صحيحا بإطلاق بل ينظر فيه فإن كان فيه مخالفة لنص شرعي أو تحليل لحرام أو تحريم لحلال فإنه يكون فاسداً محظوراً ، وإن لم يكن فيه شيء من ذلك فإنه يكون صحيحا معتبراً ، ويرون أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ، حتى وإن أدى هذا إلى وجوب ما لم يكن واجبا ، ولا يحرم ويبطل من العقود إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص ، أو قياس عند من يقول به .

يقول الإمام ابن تيمية : وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوص عنه أكثرها تجري على هذا القول ، ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه .[١١٦]

([١١٥]) بدائع الصنائع ١٤١/٤ ، ١٩٥ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٢٤/٢ ، المحلى ٣٢٣/٧ ، الفتاوى الكبرى ٧٦/٤ .

([١١٦]) الفتاوى الكبرى ٧٩/٤، ٨٠ .

وهذا الاتجاه يعمد إلى التوسعة في العقود والشروط فإنهم يرون أن مقتضيات العقود هي ما يحدده العاقدان بإرادتهما وأن الأصل في جميع الشروط الحل والإباحة إلا شرطا أحل حراما أو حرَّم حلالا حتى وإن أدى هذا إلى وجوب ما لم يكن واجبا .[١١٧]

ويقول ابن القيم : هاهنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث الله به رسوله ، **الأولى** : أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان .

والثانية : أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه – وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط – فهو لازم بالشرط ، ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء ، وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة . [١١٨]

ويجاب عن هذا : بأن الشرط هنا لا يصح لأنه مناقض لمقتضى الشرع حيث إنه ذريعة لأكل الربا فلا يصح كما أنه ليس بإمكان المتعاقدين التراضي على ما فيه مخالفة لنصوص شرعية أو يكون ذريعة لأمر محرم وهو أكل الربا .

أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني على أنه لا مانع من اشتراط الضمان على العامل أو المدير للإصدار بما يلي :

١- **قوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "** [١١٩]

٢- وقوله تعالى: " **وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ** " [١٢٠]

فقد أمرت الآيتان بالوفاء بكل العقود والعهود التي تعاهد بها الإنسان وألزم نفسه بها .[١٢١]

ومدير الصكوك هنا قد ألزم نفسه بهذا الضمان فيلزمه ؛ عملا بأثر" من ألزم نفسه شيئا لزمه .[١٢٢]

([١١٧]) القواعد النورانية ج١/ص١٩٨ ، ١٩٧ .

([١١٨]) إعلام الموقعين ٣/ ٣٠٢ ، ٣٠٣ .

([١١٩]) من الآية ١ من سورة المائدة .

([١٢٠]) سورة النحل الآية ٩١ .

([١٢١]) أحكام القرآن للجصاص ٤١٤/٢ .

([١٢٢]) الفوائد الموضوعة في الأحاديث الموضوعة ج١/ص١١٦.

ويناقش هذا : بأن الآية ليست على عمومها فليس كل عقد أو عهد يجب الوفاء به ، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها ، وكذلك لا نعلم عهد الله إلا بإخباره لنا أو بإخبار رسوله ﷺ ، وقد أخبر ﷺ بعكس ذلك حينما صرح بأنه لا ضمان على الأمين كما تقدم في أدلة القول الأول . [١٢٣]

ويرد على الاستدلال بالأثر المروي بأن " من ألزم نفسه شيئا ألزمناه إياه " بأن هذا الأثر باطل سنداً ومتنا فمن حيث السند ذكره المحدثون في الموضوعات ، ومن حيث المتن لا يصح أيضاً لأن من ألزم نفسه شيئا قد يلزمه وقد لا يلزمه بحسب ما يأمر به الله ورسوله.[١٢٤]

كذلك لو صح هذا الأثر فإن المراد به إلزام من التزم عبادة أو قربة أو عقداً صحيحا فيلزمه الوفاء به حتى لا يدخل تحت قوله تعالى " **لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ** " [١٢٥]

أما من التزم معصية فلا يلزمه الوفاء بها ، ولذلك ورد الحديث الذي رواه مسلم بسنده عن عمران بن حصين أن النبي ﷺ قال : **لَا وَفَاءَ لِنَذْرٍ في مَعْصِيَةٍ ولا فِيمَا لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ** .[١٢٦]

قال الجصاص : وإنما يلزم ذلك فيما عقده على نفسه مما يتقرب به إلى الله – عز وجل – مثل النذور وفي حقوق الآدميين العقود التي يتعاقدونها ، وكذلك الوعد بفعل يفعله في المستقبل ، وهو مباح ، فإن الأولى الوفاء به مع الإمكان .[١٢٧]

ثانياً الأدلة من السنة : استدل أصحاب القول الثاني على صحة اشتراط الضمان على مدير الصكوك بعدة أدلة من السنة منها ما يلي :

الدليل الأول : عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : المسلمون على شروطهم " وفي بعض الروايات " إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا .[١٢٨]

([١٢٣]) ينظر : المحلى ٣٢٢/٧ .

([١٢٤]) مجموع الفتاوى ج١٨/ص١٢٣.

([١٢٥]) سورة الصف من الآية ٢ .

([١٢٦]) صحيح مسلم ج٣/ص١٢٦٢ .

([١٢٧]) أحكام القرآن للجصاص ٦٦١/٣ .

([١٢٨]) سنن أبي داود ج٣/ص٣٠٤ ، المنتقى لابن الجارود ج١/ص١٦١ ، المستدرك على الصحيحين ج٢/ص٥٧ وقال الحاكم : رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه وهذا أصل في الكتاب ، وله شاهد من حديث عائشة وأنس بن مالك رضي الله عنهما ، وقال المنذري : في إسناده كثير بن زيد أبو محمد الأسلمي مولاهم المدني قال بن معين : ثقة ، وقال مرة ليس بشيء وقال مرة : ليس بذاك القوي وتكلم فيه غير واحد . عون المعبود ج٩/ص٣٧٣.

وجه الدلالة : أن اشتراط الضمان على مدير الصكوك لا يهدم أصلا شرعيا ثابتاً ولا يخالف نصاً من نصوص الكتاب أو السنة .

والمدير قد رضي لنفسه – بقبوله اشتراط الضمان عليه – التزام ما لم يكن يلزمه ، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد ، والموجب لصحة التزام الأمناء ما لم يكن يلزمهم ، طالما أنه لا يخالف نصاً شرعياً أو دليلاً معتبراً .

وعلى ذلك فإذا ألزم الأمين نفسه ما لم يلزمه من الضمان باختياره كان التزامه ذلك صحيحاً شرعاً ، إذ لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب أو السنة ما يمنع من التزام الأمين الضمان بالشرط ، كما أن في هذا الشرط مصلحة لأحد العاقدين فتجب مراعاته.[١٢٩]

ويناقش هذا بما يلي :

أولاً : أن الحديث في إسناده ضعف فقد تعقبه ابن حزم وذكر أنه روي من ستة طرق وأعلها جميعها ، وصرح بأن كل طريق يوجد فيه إما راو متروك أو مجهول أو متهم بالكذب ، فلا يقوى على الاحتجاج به .[١٣٠]

ثانياً : لو صح هذا الحديث فهو دليل عليهم وليس دليلا لهم ؛ لأن شروط المسلمين هي الشروط التي أباحها الله لهم ، لا التي نهاهم عنها ، وأما التي نهوا عنها فليست بشروط للمسلمين ، وقد نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن { كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ، وإن كانت مائة شرط ، أو اشترط مائة مرة } وأنه لا يصح لمن اشترطه.[١٣١]

فالحديث مقتضاه أن الشرط إنما يباح ويجب الوفاء به إذا كان لا يتعارض مع مبدأ شرعي أو لا يفضي إلى ارتكاب محرم من المحرمات ، والشرط هنا يتعارض مع النصوص الشرعية لأنه يفضي إلى الربا ، وإلا فما الفرق بينه وبين القرض مع ضمان الفائدة ، وما الفرق بينه وبين الذي تقوم به البنوك التقليدية من عمليات تحديد الفائدة للمودعين ؟ وجمهور الفقهاء يرون عدم جواز ذلك ! [١٣٢]

([١٢٩]) ينظر في هذا : في إصدار الصكوك والشروط الواجب توافرها في مصدريها ص ٢٣ د /قطب مصطفى سانو ، ، في فقه المعاملات المالية والمصرفية في الفقه الإسلامي د/ نزيه حماد ص ٢٧٥، ٢٦٧ .

([١٣٠]) المحلى لابن حزم ٣٢٢/٧ ، ٣٢٣ .

([١٣١]) المحلى ٣٢٣/٧ .

([١٣٢]) أحكام ضمان الصكوك وعوائدها ص ٩ د / محمد علي القري .

الدليل الثاني : حديث رسول الله ﷺ الذي رواه عنه قتادة عن الحسن عن سمرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : على اليد ما أخذت حتى تؤديه .[١٣٣]

وجه الدلالة : أن هذا الحديث يفيد أن مدير الصكوك يلزمه شرعا رد رأس المال الذي أخذه ، ومعنى هذا أنه يجوز اشتراط ضمان المال عليه ، لأن النبي ﷺ صرح بأنه يجب عليه الرد.

ويناقش هذا : بأن هذا الحديث وارد في العارية التي أخذها المستعير لمدة معينة واتفق على إرجاعها فيجب عليه الوفاء بذلك ، أو يحتمل أنه وارد فيمن أخذ شيئا ظلما أو تعديا ، أما العقد الذي معنا فإن رب المال دفع ماله وهو يعلم أن المشروع الذي يستثمر فيه توجد فيه مخاطرة فقد يعود إليه هذا المال مع ربح أو يعود بدون ربح أولا يعود المال ولا الربح ، فلا يصح قياس هذا العقد الذي أساسه المخاطرة على عقد العارية الذي لا مخاطرة فيه ، أو على الغصب الذي أُخذ الشيء فيه دون إذن صاحبه .

قال الأحوذي في بيان معنى الحديث : " حتى تؤديه " إلى مالكه فيجب رده في الغصب وإن لم يطلبه ، وفي العارية إن عين مدة رده إذا انقضت ولو لم يطلب مالكها ، وفي الوديعة لا يلزم إلا إذا طلب المالك .

قال القاري : وهو تفصيل حسن يعني من أخذ مال أحد بغضب أو عارية أو وديعة لزم رده انتهى .[١٣٤]

فتبين أن الحديث بعيد كل البعد عن الاستدلال به على جواز اشتراط الضمان على المدير للصكوك .

الدليل الثالث : ما روي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ بعث إلى صفوان بن أمية فسأله أدراعا مائة درع وما يصلحها من عدتها فقال أغصبا يا محمد قال بل عارية مضمونة حتى نؤديها إليك .[١٣٥]

([١٣٣]) سبق تخريجه ص ٤٦ وقال الترمذي عنه : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وقد ذَهَبَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ من أَصْحَابِ النبي ﷺ وَغَيْرِهِمْ إلى هذا وَقَالُوا يَضْمَنُ صَاحِبُ الْعَارِيَةِ وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ وقال بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ من أَصْحَابِ النبي ﷺ وَغَيْرِهِمْ لَيْسَ على صَاحِبِ الْعَارِيَةِ ضَمَانٌ إلا أَنْ يُخَالِفَ وهو قَوْلُ الثَّوْرِيِّ وَأَهْلِ الْكُوفَةِ وَبِهِ يقول إسحاق . سنن الترمذي ج٣/ص٥٦٦ .

([١٣٤]) مرقاة المفاتيح ج٦/ص١٣٧ ، عمدة القاري ج١٣/ص١٨٣، تحفة الأحوذي ج٤/ص٤٠٢

([١٣٥]) سنن البيهقي الكبرى ج٦/ص٨٩ ، المستدرك على الصحيحين ج٣/ص٥١ وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

وجه الدلالة : أن قول النبي ﷺ بل عارية مضمونة دال على أن اشتراط ضمان العارية على المستعير الأمين صحيح ملزم حيث إنه اشترط عليه الضمان فوافق عليه ولو لم يكن اشتراط الضمان صحيحا في عقود الأمانة ما أقره ﷺ .

ويجاب عن هذا : بأن الحديث في إسناده ضعف ، وَأَعَلَّ بن حَزْمٍ وابن الْقَطَّانِ طُرُقَ هذا الحديث .(١٣٦)

والرواية الأخرى التي لو صح الحديث حمل عليها أنها "العارية مؤداة " وهذا لا خلاف فيه .

ثالثاً : الأدلة من المعقول :

استدل أصحاب القول الثاني على صحة اشتراط الضمان على مدير الصكوك بعدة أدلة من المعقول منها ما يلي :

الدليل الأول : أن المدير قد رضي لنفسه – بقبوله اشتراط الضمان عليه– التزام ما لم يكن يلزمه ، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد ، والموجب لصحة التزام الأمناء ما لم يلزمهم في الأصل طالما أنه لا يخالف نصا شرعيا أو دليلا معتبرا .

يقول الشوكاني :

ولا يضمنون إلا لجناية أو تفريط وإذا ضمنوا ضُمِّنوا لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد .(١٣٧)

ويقول : وقد عرفناك غير مرة أن المناط في تحليل الأموال – أعم من أن يكون أعيانا أو منافع– هو التراضي إلا أن يرد الشرع الذي يقوم به الحجة بمنع التراضي في ذلك بخصوصه كما ورد في النهي عن مهر البغي وحلوان الكاهن ونحوهما.(١٣٨)

ويناقش هذا : بأن الرضا في العقود لا يبيحها إلا إذا كانت لا تصطدم بأصول الشريعة ، وإلا لجاز الربا مع التراضي ، ولجاز الغرر مع الرضا به ، فالرضا هنا لا اعتبار له لأنه يفضي إلى محظور هو الربا .

---

(١٣٦) تلخيص الحبير ج٣/ص٥٣ .

(١٣٧) السيل الجرار ج٣/ص٢١٧ .

(١٣٨) السيل الجرار ج٣/ص١٩٦ .

وكلام الشوكاني نفسه صرح بهذا فقال " إن المناط هو التراضي إلا أن يرد الشرع بمنع التراضي في ذلك بخصوصه .. ونقول : قد ورد الشرع بمنع التراضي في ذلك لأن الشرع لا يبيح الربا ولا كل ما يفضي إليه .

الدليل الثاني : أن اشتراط صاحب المال على مدير الصكوك عود رأس المال أو مثله إليه كاشتراط صاحب البذر في المزارعة أن يأخذ مثل بذره ثم يقتسمان الباقي .. ومثل اشتراط عود الشجر والأرض إلى صاحبهما في المزارعة والمساقاة ، وذلك جائز لا حرج فيه ، يقول ابن تيمية : **وإن شرط صاحب البذر أن يأخذ مثل بذره ويقتسمان الباقي جاز كالمضاربة وكاقتسامهما ما يبقى بعد الكلف** .[١٣٩]

فلا مانع من اشتراط الضمان على مدير الصكوك قياسا على الصورتين المذكورتين .[١٤٠]

ويناقش هذا : بأن هذه الصورة – المقيس عليها – مختلف فيها فالجمهور على أنها غير جائزة ، والذي أجازها فقط هو الإمام تقي الدين ابن تيمية ولم يجزها غيره فيكون المقيس غير جائز أيضا.

وسبب عدم جواز هذه الصورة : أن هذا شرط فاسد لأنه كأنه اشترط لنفسه عددا معينا من القفزان وربما لا تنتج الأرض إلا تلك القفزان فيختص بها رب الأرض وربما لا تنبت الأرض شيئاً منها فيضيع حق العامل وحق رب الأرض ولذلك فسدت المزارعة.[١٤١]

ويستدل على فساد المزارعة في هذه الصورة بما رواه مسلم بسنده عن رَافِعَ بن خَدِيجٍ قال : **كنا أَكْثَرَ الْأَنْصَارِ حَقْلًا وكنا نُكْرِي الْأَرْضَ على أَنَّ لنا هذه وَلَهُمْ هذه فَرُبَّمَا أَخْرَجَتْ هذه ولم تُخْرِجْ هذه فَنَهَانَا عن ذلك وَأَمَّا الْوَرِقُ فلم يَنْهَنَا.**[١٤٢]

وفي لفظ : عن حَنْظَلَةُ بن قَيْسٍ الْأَنْصَارِيُّ قال سَأَلْتُ رَافِعَ بن خَدِيجٍ عن كِرَاءِ الأرض بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ فقال لَا بَأْسَ بِهِ إنما كان الناس يُؤَاجِرُونَ على عَهْدِ النبي ﷺ على الْمَاذِيَانَاتِ

---

(١٣٩) الفتاوى الكبرى ج٤/ص٤٨٩ .

(١٤٠) فقه المعاملات المالية (ضمان الودائع الاستثمارية ص ٢٦٦ وما بعدها.

(١٤١) البحر الرائق ج٨/ص١٨٣ ، شرح الزركشي ج٢/ص١٧٦ ، المغني ٢٤٦/٥ ، الإنصاف للمرداوي ج٥/ص٤٨٤ ، الروض المربع ج٢/ص٢٩٠ ، الفتاوى الكبرى ج٤/ص٤٨٩ ، إعلام الموقعين ٢١٠/١ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٥٧٤/٣ .

(١٤٢) صحيح مسلم ج٣/ص١١٨٣.

وإقبال الْجَدَاوِلِ وَأَشْيَاءَ من الزَّرْعِ فَيَهْلِكُ هذا وَيَسْلَمُ هذا وَيَسْلَمُ هذا وَيَهْلِكُ هذا فلم يَكُنْ لِلنَّاسِ كِرَاءٌ إلا هذا فَلِذَلِكَ زُجِرَ عنه فَأَمَّا شَيْءٌ مَعْلُومٌ مَضْمُونٌ فلا بَأْسَ بِهِ .[١٤٣]

وسبب النهي عن ذلك : ما فيه من الغرر فربما هلك هذا دون ذاك وعكسه فنهوا عن ذلك.[١٤٤]

قال ابن قدامة : أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ، فلا يصح ،لأنه كأنه اشترط لنفسه قفزانا معلومة ، وذلك شرط فاسد ، تفسد به المزارعة ، لأن الأرض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفزان ، فيختص رب المال بها ، وربما لا تخرجها الأرض.[١٤٥]

فيتضح مما سبق عدم جواز اشتراط صاحب الأرض أن يعود إليه مثل بذره ولو تم اشتراط ذلك فسدت المزارعة ، كذلك فاشتراط صاحب المال أن يعود مثل ماله إليه يجعل المضاربة غير صحيحة .

الدليل الثالث : أن هذه المسألة في حقيقتها فرع عن قاعدة الأصل في الشروط المقترنة بالعقد ، والأصل أن الشروط المقترنة بالعقد حكمها الصحة والجواز إلا ما أبطله الشرع أو نهى عنه ، فيكون الشرط هنا صحيحا عملا بالراجح من القاعدة .[١٤٦]

ويناقش : بأن هذا شرط منافٍ لمقتضى العقد لأن الأصل أنه من عقود الأمانة ، كما أنه منافي لمقتضى الشرع حيث يكون ذريعة إلى الربا .

الدليل الرابع : إذا جاز تضمين الأمناء جبرا بدون رضاهم إذا جرى العرف بذلك في قول بعض فقهاء المالكية والحنفية فلأن يجوز تضمينهم بالشرط أولى ؛ لأن مبنى تضمينهم بمقتضى العرف إنما هو اعتباره بمنزلة الشرط فحيث ثبت الحكم بالتضمين في المقيس فإنه يكون ثابتا ومقرراً في المقيس عليه لا محالة .[١٤٧]

ويناقش هذا : بأن المالكية لم يقولوا بالضمان بناء على العرف في كل الأحوال وإنما ضمنوهم في حال الخوف على أموال الناس ، وفي حال ما إذا كان العرف لا يتعارض مع الشرع وإلا فلا اعتبار له .

---

(١٤٣) صحيح مسلم ج٣/ص١١٨٣ .

(١٤٤) شرح النووي على صحيح مسلم ج١٠/ص١٩٨ ، عمدة القاري ج١٢/ص١٨٢ .

(١٤٥) المغني ٢٤٦/٥ .

(١٤٦) مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص ٤٨ .

(١٤٧) مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط ص ٥٠ ، ٥١ .

الدليل الخامس : أن المالكية – في المشهور عندهم– أجازوا تطوع الأمين بالتزام الضمان بعد تمام عقد الأمانة ، وإذا صح التزام الأمين بالضمان بعد العقد فإنه يصح التزامه به في العقد ؛ لأنه في الحالتين تبرع بالمعروف ، فما يجوز التبرع به بعد العقد يجوز التزامه في العقد ، وما لا يجوز التبرع به لا يجوز التزامه في العقد ، كما في التزام المقترض تطوعا بعد القرض بزيادة على ما اقترضه فإنه غير جائز .[١٤٨]

ويناقش هذا : بأنه غير مسلم فليس كل ما يجوز التبرع به يجوز التزامه ، ففي القرض يجوز التبرع بحسن القضاء ولا يجوز التزام ذلك في العقد .

ودليل ذلك ما رواه مسلم عن مَالِك بن أَنَس عن زَيْد بن أَسْلَمَ عن عَطَاءِ بن يَسَارٍ عن أبي رَافِعٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّه ﷺ اسْتَسْلَفَ من رَجُلٍ بَكْرًا فَقَدِمَتْ عليه إِبِلٌ من إِبِلِ الصَّدَقَةِ فَأَمَرَ أَبَا رَافِعٍ أَنْ يَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ فَرَجَعَ إليه أبو رَافِعٍ فقال لم أَجِدْ فيها إلا خِيَارًا رَبَاعِيًا فقال أَعْطِهِ إِيَّاهُ إِنَّ خِيَارَ الناس أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً [١٤٩]

الدليل السادس : إذا جاز تضمين الأمناء بالتهمة عند المالكية في المشهور – والمراد بها رجحان الظن وغلبة الاحتمال بشهادة العرف في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة بدون تعديه أو تفريطه – فإنه يجوز تضمين الأمناء بالشرط ؛ لأن التهمة موجودة في معظم حالات اشتراط الضمان على الأمين ؛ ولولاها لما اشترطه صاحب المتاع ، بل إن التراضي على شرط الضمان – وهو واقع غالبا بسبب التهمة – أولى وأرجح من تضمين الأمناء جبرا بدون رضاهم عند قيام مظنتها في تلك المسائل التي ذكروها والعبرة للكثير الغالب لا للقليل النادر ، وخاصة مع فساد الزمان وعدم مبالاة الناس بأكل الحرام وحرصهم على الوصول إلى المال بأي سبيل ، وتعذر أو تعسر إثبات أصحاب المتاع تعدي الأمين أو تفريطه في كثير من عقود الأمانة ، وهو ما يحمل على اشتراط الضمان فيها أو يلجيء إليه .[١٥٠]

ويناقش ذلك : بأنه ليست كل تهمة كافية لتضمين الأمين بل لا بد من رجحان الظن وغلبة الاحتمال المصحوب بدليل كشهادة العرف على كذب ادعاء الأمين ، وإذا وجد ذلك فهذا دليل على التعدي فلا يصح اشتراط الضمان حال عدم التعدي إذ لا مبرر له .

([١٤٨]) مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط ص ٥١ بتصرف .

([١٤٩]) صحيح مسلم ج٣/ص١٢٢٤.

([١٥٠]) مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط ص ٥٢ .

الـدليل السـابع : أن الفقهـاء قـد حكمـوا بتضـمين الصـناع –بغيـر رضـاهم– اسـتنادا إلـى المصلحة وحفظ أموال الناس وسداً للذريعة .

وإذا كانت المصلحة العامة وصيانة أموال الناس مصلحة معتبرة شرعاً في جعل يد الأمين ضامنة جبرا بغير رضاه فلأن تعتبر ضامنة برضاه واختياره عند اشتراطه ذلك على نفسه في العقد أو اشتراطه عليه وقبوله به من باب أولى .

ويعتـرض علـى ذلـك : بـأن قياس تضـمين الأمنـاء بالشرط علـى تضـمين الصنـاع للمصـلحة قياس مع الفارق لأن الصناع لو لم يضمنوا لانبسطت أيديهم على أموال الناس وتسارعوا إلى أكلها بالباطل وادعاء التلف والضياع والناس في حاجة إلى استعمالهم وليس هذا المعنى بمتحقق في سائر الأمناء ؟

ويجـاب عـن ذلـك : بـأن نفس المعنـى موجـود فـي الصـورتين لأن الهـدف صـيانة المـال وسـد الذريعة إلى أكله بالباطل ، ولا يلجأ صاحبه إلى اشتراط الضمان إلا عندما تهتز ثقته في الأمين أو يعرف أنه يصعب عليه إثبات تعديه أو تفريطه ، والناس بحاجة إلى إجراء مثل هذه العقود فهو نفس المعنى الموجود في تضمين الصناع. [١٥١]

ويرد على هذا الجواب : بأن اهتزاز الثقة معناه قيام التهمة ولو قامت التهمة فالمدير ضامن ولا حاجة لاشتراط الضمان عليه .

القول المختار

وبعد النظر فيما تقدم من أدلة الفريقين أميل إلى اختيار القول الأول وهو أن شرط الضمان على مدير الإصدار في كل الحالات شرط باطل ؛ لأنه يؤدي إلى مفسدة الربا فيجب أن يكون الضمان مقصوراً فقط على حالات التعدي أو التقصير ، أما في غير ذلك فلا ضمان ويد مدير الإصدار يد أمانة كيد المضارب .

إلا أننا رجحنا قبل ذلك أن المدير هو المطالب بإثبات عدم تفريطه أو تقصيره وأن ما حدث من خسارة ليست بسببه ، فإذا عجز عن الإثبات فهو ضامن وإذا أثبت أنه لم يفرط ولم يقصر وكان ما قاله معقولا وشهد بذلك أهل الخبرة في مجاله فانه لا ضمان عليه .

([١٥١]) مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط ص ٥٥ (بتصرف)

المطلب الرابع : تبرع المدير بالضمان :

في كثير من الحالات يتطوع مدير الإصدار في تقديم الضمان إلى حملة الصكوك فما هو الحكم في ذلك ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

الأول : أن هذا التبرع باطل أيضا ونص عليه بعض المالكية وذهب إليه بعض المعاصرين[١٥٢]

والدليل على ذلك ما يلي :

١- أنه التزام ما لا يلزم ولا حاجة إلى هذا الالتزام فلا يكون جائزاً .

٢- ولأنه في حال الضمان هنا تجتمع عليه خسارة الربح الذي كان يسعى لتحقيقه وخسارة رأس المال بسبب لا يد فيه حيث لم يكن مخالفا لشرط ولا مقصرا ولا متعديا.[١٥٣]

٣- أن في هذا العقد اجتماع قرض وقراض وهما متنافيان ، فهو قرض لأن العامل يضمن مال رب المال ، وقراض لأن لرب المال حصة في الربح وهما متضادان لأن القرض عقد تبرع والقراض عقد معاوضة ، وهذا يعني أن القرض صار عقد معاوضة والعملية صارت قروض مشاركة في الأرباح .

٤- أنه يصادم قاعدة الغنم بالغرم فرب المال له غنم المال وليس عليه شيء من غرمه ، وهذا خلاف القاعدة .

٥- أنه يصادم قاعدة الخراج بالضمان ، لأن رب المال يريد أن يأخذ خراج ماله ولا يضمن أي شيء من تلفه أو هلاكه .

٦- أنه يتضمن العودة إلى الفائدة المحرمة تحت أسماء أخرى لأن الفائدة ليست إلا ضمان رأس المال وضمان زيادة عليه .[١٥٤]

---

(١٥٢)بلغة السالك لأقرب المسالك ٣/ ٦٨٧ ، شرح ميارة ١٣١/٢ ، الفقه على المذاهب الأربعة ٢٣/٣ ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤/ ١٤٧٣ .

(١٥٣) مجلة مجمع الفقه ١٥٠٥/٤ (سندات المقارضة) .

(١٥٤) هل يجوز في المضاربة أن يضمن العامل رأس المال ؟ تعليق رفيق يونس المصري ص ٧٣ .

٧- أن التبرع بالضمان لا يغير من الأمر شيئا لأنه من باب تغيير الأسماء والألفاظ دون تغيير المسميات والمعاني ، فالضمان بالتبرع هو بمعنى الضمان بالشرط هنا ؛ لأنه ضمان تعاقدي على كل حال سواء حصل بالشرط أو بالاتفاق أو بغير ذلك.

٨- أن الضمان هنا يفرغ عقد القراض من مضمونه ويحوله إلى قرض ربوي ويكون ذريعة للربا .

وأجيب عن ذلك : بأن هناك فرقا جوهريا بينهما لأن الزيادة على رأس المال في القرض الربوي محققة مضمونة في ذمة المقترض لأنه إقراض مع زيادة مشروطة على رأس المال أما هنا فهي غير محددة . [١٥٥]

ويرد هذا الجواب : بأن الزيادة هنا أيضا محققة ومشروطة وقد تم تحديدها بناء على دراسة الجدوى فلا فرق بينهما .

القول الثاني : أن التبرع بالضمان هنا جائز وإليه ذهب بعض المالكية أيضا منهم ابن عتاب [١٥٦]وقيد بعضهم ذلك بشرط أن يتطوع به بعد تمام العقد .

جاء في إيضاح المسالك للونشريسي " ونقل ابن عتاب عن شيخه أبي المطرف بن بشير [١٥٧] أنه أملى عقداً بدفع الوصي مال السفيه قراضا إلى رجل على جزء معلوم وأن العم طاع بالتزام ضمان المال وغرمه .

([١٥٥]) المرجع السابق ص ٧٤ .

([١٥٦]) هو المُحَدِّثُ ، مُسْنِدُ الأَنْدَلُسِ ومفتي قرطبة أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ الرَّحْمَنِ ابْنِ المُحَدِّث مُحَمَّد بنِ عَتَّاب بنِ محسن القُرْطُبِيّ ولد سنة ٤٣٣ هـ وتتلمذ على والده وكبار علماء عصره حتى قيل عنه : هُوَ آخِرُ الشُّيُوْخ الأَكَابِر بِالأَنْدَلُسِ فِي علوِّ الإِسْنَاد، وَسَعَةِ الرِّوَايَة، وَكَانَ عَارِفاً بِالطُّرُق، وَاقفاً عَلَى كَثِيْر مِنَ التَّفْسِيْر وَالغَرِيْب وَالمَعَانِي، مَعَ حظٍّ وَافِرٍ مِنَ اللُّغَة وَالعَرَبِيَّة، وَكَانَ مِنْ أَهْلِ الفَضْل وَالحِلم، وَالوَقَار وَالتَّوَاضع، وَجَمَعَ كِتَاباً حَفِيلاً فِي الزُّهْد وَالرقَائِق، سَمَّاهُ (شفَاء الصُّدُوْر) ، وَمَاتَ: فِي جُمَادَى الأُوْلَى، سَنَةَ عِشْرِيْنَ وَخَمْسِ مائَةٍ . سير أعلام النبلاء ١٩/ ٥١٥ ، الأعلام للزركلي ٣٢٧/٣ .

([١٥٧]) هو عبد الرحمن بن أحمد بن سعيد بن محمد بن بشر، أبو المُطَرِّف، ابن الحَصَّار كان من أجلّ علماء وقته، علماً وعقلاً وفقهاً، وسمتاً وعفة وهدياً.روى عن أبيه وعن جماعة من المحدثين وروى عنه ابن عتاب كتاب «غرائب حديث مالك مما لم يقع في موطئه» تأليف قاسم بن أصبغ، حدث به عن أبيه عن قاسم، ووصفه بالعلم والفضل والدين والذكاء وحسن السيرة في القضاء وسعة العلم. توفي سنة (٤٢٢هـ) . ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض ٨/ ١٠ ، ١١ ، ط: مطبعة فضالة – المحمدية، المغرب ، الثقات ممن لم يقع في الكتب الستة ٢١٩/٦ لأبي الفداء زين الدين قاسم الجمالي الحنفي (المتوفى: ٨٧٩هـ) نشر : مركز النعمان للبحوث والدراسات الإسلامية وتحقيق التراث والترجمة صنعاء، اليمن الطبعة: الأولى، ١٤٣٢ هـ – ٢٠١١ م.

قال الإمام الحطاب : وفي أول كتاب القراض من حاشية المشذالي المتيطي : لو تطوع العامل بضمان المال ففي صحة القراض خلاف بين الشيوخ ، فذهب ابن عتاب إلى أنه صحيح ، وحكى إجازته عن شيخه مطرف ابن بشير ، وقال غيرهما لا يجوز ومال إليه ابن سهل ، وفي العتبية ما يدل على القولين .[١٥٨]

الأدلة :

١- أن ذلك من باب التبرع بالمعروف وهو واجب على من التزمه .[١٥٩]

ويناقش هذا : بأن هذا ليس تبرعا بل الضمان هنا في مقابل ما يعود على المدير من ربح أو عمولة يأخذها نظير إدارته .

٢- القياس على ما لو تطوع العامل بضمان رأس المال وهي مسألة خلافية أجازها بعض المالكية ، ومدير الإصدار هنا يتطوع بالضمان فلا مانع منه ويكون فعله صحيحا .

يقول المشذالي المتيطي المالكي : لو تطوع العامل بضمان المال ففي صحة القراض خلاف بين الشيوخ فذهب ابن عتاب إلى أنه صحيح ، وحكى إجازته عن شيخه مطرف ابن بشير ، وقال غيرهما : لا يجوز ومال إليه ابن سهل.[١٦٠]

ويناقش هذا : بأن هذه الصورة محل خلاف ولم يجزها أكثر المالكية فلا يجوز القياس عليها.

٣- أن المدير يمكنه أن يتبرع بحصته في الربح لرب المال أو يشترط أن الربح كله لرب المال ويكون ذلك إبضاعا والإبضاع جائز .[١٦١]

ويناقش هذا : بأن الإبضاع شيء وما نحن فيه شيء آخر فالإبضاع من التبرعات وما نتكلم فيه من المعاوضات وحكمهما عند العلماء مختلف .[١٦٢]

القول المختار :

أميل إلى اختيار القول الأول وهو أن التبرع بالضمان من المدير غير جائز وذلك لقوة أدلتهم

([١٥٨]) مواهب الجليل ٥/ ٣٦٠ ، ٣٦١ ، البهجة في شرح التحفة ٢/ ٢١٧ .

([١٥٩]) البيان والتحصيل لابن رشد ٦٧/٨ ط دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان الطبعة : الثانية ، ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨م.

([١٦٠]) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٥/ ٣٦٠ ، ٣٦١ ونقله الحطاب عن حاشية المشيذالي المتيطي .

([١٦١]) بدائع الصنائع ٨٦/٦ ، المغني لابن قدامة ١٦٥/٤ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧٣/١، ١٧٤ .

([١٦٢]) رفيق يونس المصري ص ٧٥ .

، ولأن القول بجواز التبرع بالضمان هنا سيفتح الباب أمام اشتراط الضمان أو يكون في معنى اشتراط الضمان وإلا فإن المدير لن يجد من يتعامل معه لو لم يتبرع بالضمان ، وهذا يفتح باب التحايل على الربا فبعد أول معاملة سوف يتم تحديد مبلغ التبرع أو النسبة التي يتم التبرع بها ، وتحت اسم التبرع سيكون تحديد الفائدة وتضمين الأمناء فيمنع هذا من باب سد الذريعة .

المطلب الخامس : إلزام المدير بالضمان دون اشتراط في العقد ودون تبرع منه

سبق أن ذكرنا حكم اشتراط الضمان على المدير في العقد ، ثم حكم قيام المدير بالضمان تبرعا دون وجود شرط يلزمه بذلك ، وفي هذه المسألة أستعرض الحكم إذا خلا العقد من شرط الضمان ولم يتطوع به المدير فهل يجوز لأرباب المال إلزامه بالتعويض عن الخسائر التي وقعت بناء على ما علموه من دراسة الجدوى ؟

للفقهاء المعاصرين أقوال ثلاثة في هذه المسألة :

القول الأول : لأرباب المال الحق في إلزامه بضمان رأس المال وما نقص عن الربح المتوقع إلا إذا أثبت أن الخسارة نشئت بسبب لا دخل له فيه .

القول الثاني : يضمن الخسارة فقط أي ما نقص عن رأس المال دون الربح .

القول الثالث : لا يضمن لا رأس المال ولا الربح .

الأدلة :

ويمكن في الاستدلال جعلهما قولين فقط قول بالضمان وقول بعدم الضمان .

استدل من قال بعدم الضمان بما سبق بيانه من أن مدير الإصدار هنا أمين والأمين لا يضمن إلا بتعديه أو تفريطه ، وقد سبق تفصيل ذلك فيما سبق .

واستدل القائلون بجواز الضمان بما يلي :

أولاً : حديث رسول الله ﷺ الذي رواه عنه قتادة عن الحسن عن سمرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : **على اليد ما أخذت حتى تؤديه.**[١٦٣]

وجه الدلالة : أن هذا الحديث معناه أن مدير الصكوك يلزمه شرعا رد رأس المال إلى أصحابه ، وهذا يعني أنه ضامن له فإذا ادعى هلاكه أو تلفه أو خسارته فإن عليه أن يثبت

([١٦٣]) سبق تخريجه ص ٤٦ .

هذا الهلاك أو التلف ، كما يجب عليه أن يثبت أن هذا الهلاك أو التلف أو الخسارة لم يكن نتيجة تعديه أو تقصيره أو مخالفته شروط الإصدار ، أي أنها حدثت لأسباب وظروف جدت بعد الدخول في العقد الذي قامت عليه الصكوك ، وأنه لا يد له في هذه الأسباب أو الظروف ولا قدرة له على توقعها ولا على تلافي آثارها ، وما دام الرد واجبا عليه فإلزامه بما هو واجب عليه لا محظور فيه شرعا .[١٦٤]

ويناقش هذا : بما سبق بيانه من أن هذا الحديث وارد في الغصب والأخذ بغير حق وليس في عقود الأمانة فلا يصح الاستدلال به على جواز الإلزام .

ثانياً : أن المدير هنا يضمن للإتلاف لأنه قد فوت على أرباب المال الربح المتوقع الذي انعقد سبب وجوده ، والذي نص عليه هو في دراسة الجدوى فينبغي أن يضمن لأنه كأنه استولى على المال وفوت نفعه على أصحابه .

يقول ابن تيمية : في بيان ضمان عامل المزارعة إذا ترك العمل : الإتلاف نوعان إعدام موجود وتفويت لمعدوم انعقد سبب وجوده ...

فالعامل في المزارعة إذا ترك العمل فقد استولى على الأرض وفوت نفعها فينبغي أيضا ضمان إتلاف أو ضمان إتلاف ويد .

وذكر ابن تيمية خلافاً في المذهب هل يضمن العامل هنا أجرة مثل الأرض أو يضمن ما جرت به العادة في مثل تلك الأرض ؟

وذكر أن المذهب ضمان أجرة المثل ، واختار وقال الأصوب والأقيس ضمان مثل ما يثبت ويكون الضمان هنا من باب التعزير .[١٦٥]

وهذا الذي ذكره ابن تيمية – رحمه الله – لا يختلف كثيرا عن الصورة التي نحن بصدد الحديث عنها ، فمدير الإصدار قد قدم دراسة جدوى تفيد بأن هذا المال سيربح كذا ، ولم تقم ظروف مانعة من تحقيق هذا الربح ، وهو عندما قدم دراسة الجدوى اعتمد على أن العادة لمثل هذا المال أن يدر مثل هذا الربح ، فيغرم من باب التعزير مثل ما يدره المال وهو ما قدمه في دراسة الجدوى .

ثالثاً : التغرير بالقول كالتغرير بالفعل ، فمن حفر بئراً ثم غطاه بورق فهو ضامن لما تلف

([١٦٤]) ينظر د حسين حامد حسان في التعليق على بحث تقي النبهاني (بتصرف).

([١٦٥]) ينظر : الفتاوى الكبرى ج٤/ص٤٨٩

فيه من نفس ومال .

وكذلك من قدم للمستثمرين دراسة جدوى تشير إلى وجود أرباح متوقعة ثم ثبت عدم تحقق الربح أو وقوع خسارة فإنه يضمن هذه الخسارة والربح العائد ؛ لأن الخسارة تدل على وجود تغرير من المدير بالمستثمرين ، والتغرير يوجب الضمان .

كذلك فمدير الصكوك مسئول عن عدم تحقق نتائجها أي عن وقوع الخسارة وعدم تحقق الربح فيكون مقصراً بناءا على المبدأ المتقدم .

رابعاً : يرى البعض أن مدير الصكوك يمنح نسبة إذا زاد الربح عن حد معين أو نسبة من الربح المتوقع حسب المؤشر الموجود في دراسة الجدوى . [١٦٦]

ومادام المدير يمنح نسبة ما زاد عن الربح المتوقع في دراسة الجدوى فلماذا لا يغرم قيمة المتوقع إذا نقص ، ولماذا لا يكمل للأعضاء ما جاء في دراسة الجدوى عملا بقاعدة الغنم بالغرم ؟؟

خامساً : أن مدير الصكوك مدع للخسارة ، والأصل صحة دراسة الجدوى المقدمة ، فبوقوع الخسارة يكون المدير متمسكاً بخلاف الأصل ، فيطالب بالبينة على أن الخسارة لم تكن بخطأ منه وإن عجز عن ذلك حكم بتضمينه عملا بقاعدة " **البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه** "

سادساً : أن هذا هو ما قال الفقهاء بمثله في يد المضارب فقد عدوه أمينا لكن لم يكلفوه عبء إثبات عدم تقصيره أو إهماله أو مخالفته للشروط حتى يقال بتضمينه بل عدوه سالما من كل ذلك حتى يثبت رب المال العكس .

وعند التحقيق نجدهم قد ضمنوا المضارب وألزموه بالإثبات وقد ذكر ذلك كثير من الفقهاء في أن المضارب عليه أن يثبت أن رب المال أذن له في البيع نسيئة أو إقراض المال .

يقول ابن أبي ليلي في ضمان المضارب إذا أقرض المال من غير إذن رب المال : المضارب ضامن إلا أن يأتي بالبينة أن رب المال أذن له في النسيئة .[١٦٧]

([١٦٦]) د حسين حامد حسان في تعليقه على بحث الشيخ تقي عثماني ص ٣٦

([١٦٧]) الأم ٧/ ١١٤ .

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : وإذا دفع الرجل إلى الرجل مالا مضاربة ولم يأمره ولم ينهه عن الدين فأدان في بيع ، أو شراء ، أو سلف فسواء ذلك كله هو ضامن إلا أن يقر له رب المال ، أو تقوم عليه بينة أنه أذن له في ذلك . [١٦٨]

يقول ابن قدامة : إذا تعدى المضارب ، وفعل ما ليس له فعله ، أو اشترى شيئا نهي عن شرائه ، فهو ضامن للمال ، في قول أكثر أهل العلم . روي ذلك عن أبي هريرة ، وحكيم بن حزام ، وأبي قلابة ، ونافع ، وإياس ، والشعبي ، والنخعي ، والحكم ، وحماد ، ومالك والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي .[١٦٩]

سابعاً : يمكن الاستدلال بما روي : أن { العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه كان إذا دفع مالا مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحرا ، وأن لا ينزل واديا ، ولا يشتري به ذات كبد رطب ، فإن فعل ذلك ضمن . فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فاستحسنه . } [١٧٠]

وكان حكيم بن حزام رضي الله عنه إذا دفع مالا مضاربة شرط مثل هذا .

وروي : أن عبد الله وعبيد الله ابنا عمر رضي الله عنهم قدما العراق ونزلا على أبي موسى رضي الله عنه فقال لو كان عندي فضل مال لأكرمتكما ولكن عندي مال من مال بيت المال فابتاعا به ، فإذا قدمتما المدينة فادفعاه إلى أمير المؤمنين رضي الله عنه ، ولكما ربحه ، ففعلا ذلك ، فلما قدما على عمر رضي الله عنه أخبراه بذلك ، فقال : " هذا مال المسلمين فربحه للمسلمين " فسكت عبد الله وقال عبيد الله : " لا سبيل لك إلى هذا فإن المال لو هلك كنت تضمننا . قال بعض الصحابة – رضوان الله عليهم أجمعين – : " اجعلهما بمنزلة المضاربين ، لهما نصف الربح وللمسلمين نصفه فاستصوبه عمر رضي الله عنه [١٧١]

وجه الدلالة : أن تقديم دراسة الجدوى واطلاع صاحب المال عليها بمنزلة الاشتراط على العامل ألا يتجاوز بالمال ، والنبي ﷺ استحسن من العباس اشتراط هذه الشروط على العامل

([١٦٨]) الأم ٧/ ١١٤ .

([١٦٩]) المغني ٥/٣١ .

([١٧٠]) سنن البيهقي الكبرى ج٦/ص١١١ ، المعجم الأوسط ج١/ص٢٣١ ، وقال الهيثمي : رواه الطبراني في الأوسط وفيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب . مجمع الزوائد ج٤/ص١٦١.

([١٧١]) المبسوط ١٨/٢٢ .

، ومعنى هذا أن العامل لو تعدى أو قصر فهو ضامن وعدم تحقيق نتائج دراسة الجدوى يعتبر نوعاً من التقصير فهو ضامن لتقصيره .

وكذلك ما روي في قصة سيدنا عمر من أنه سيضمن المضاربين لو هلك المال .

ثامناً : أن مدير الصكوك اليوم ليس كالمضارب قديما فقديما كان يتم تقييد المضارب ببعض التصرفات التي لا يجوز له تجاوزها أما الآن فقد أصبح المدير هو الذي يملي شروطه على المستثمرين ويقيدهم وأصبح المستثمرون يخضعون لاشتراطاته ولا يتدخل أحد منهم في إدارة ماله بل أطلق له العنان ومعنى هذا أنه عليه أن يفي بما وعد به وإلا اعتبر مقصراً .

تاسعاً : أن أسباب الضمان التي نص الفقهاء عليها متوافرة هنا ، يقول الزركشي : أسباب الضمان أربعة : عقد ، ويد وإتلاف ، وحيلولة . [١٧٢] ومعنى هذا أنه بتوافر سبب من هذه الأسباب فإن الضمان يتقرر ، ويضاف إلى هذه الأسباب التقصير وهذا موجود في مسألتنا فقد تحقق ثلاثة أسباب للضمان على الأقل ، فقد تحقق العقد الذي مفاده الضمان لأن العقد لم ينشأ إلا بعد الإطلاع على دراسة الجدوى ، كذلك فاليد متحققة هنا لأن المال تحت يد مدير الصكوك ، كذلك فالحيلولة موجودة هنا لأن المدير للصكوك قد حال بين أصحاب المال وبين الربح المتوقع فيضمن للحيلولة هذه ، كذلك فالتقصير موجود لأن دراسة الجدوى العلمية توصل إلى النتائج المرجوة ، فإذا لم تصل إلى النتائج أنبأ هذا عن وجود تقصير فيضمنه المتسبب فيه .

عاشراً : أن الأولى في زماننا الأخذ بما قاله المالكية من جعل إثبات عدم التعدي ، أو التقصير أو مخالفة الشروط أو العرف التجاري من طرف المدير في حالة وجود قرائن تثير الريب حوله ، بحيث إذا لم يستطع إثبات ذلك فإنه يكون ضامناً ،وقد اشترط المالكية في تصديق المضارب دعوى الخسارة شرطين:

أحدهما : أن يحلف اليمين على أنه قد خسر. على خلاف بينهم في اليمين والمشهور توجيه اليمين إليه مطلقا .[١٧٣]

([١٧٢]) المنثور في القواعد ٣٢٢/٢ .

([١٧٣]) شرح مختصر خليل للخرشي ٢٢٣/٦ .

وثانيهما : ألا توجد قرائن تكذب هذه الدعوى .

يقول الباجي في بيان ضمان عامل القراض : (مسألة) : فإن ادعى خسارة وكان وجه ما ادعاه معروفا بأن يكون من سافر مثل سفره أو تجر مثل تجارته أصابه ذلك أو كان وجهه معروفا فهو مصدق ، وإن ادعى من ذلك ما لا يعرف فروى ابن أيمن عن مالك أنه ضامن . [١٧٤]

وجاء في الشرح الكبير : (والقول للعامل ...في دعوى خسره بيمين ولو غير متهم على المشهور إلاّ لقرينة تكذبه) وجاء في الحاشية : (قوله : إلاّ لقرينة تكذبه بأن سأل تجار بلد تلك السلع هل خسرت في زمان كذا أو لا ، فأجابوا بعدم الخسارة [١٧٥]

وجاء في شرح ميارة : وزاد ابن الحاجب كون العامل ادعى ما يشبه . وإلى ذلك أشار الشيخ خليل بقوله عاطفا والقول للعامل في تلفه وفي جزء الربح إن ادعى مشبها [١٧٦]

ومعنى قوله" ادعى مشبها " أي ادعي ما يعقل ويقبل وتشهد له الأدلة الظاهرة وغير معقول أن يربح كل الناس وتزيد كل السلع عدا هذه السلعة .

يقول الدكتور حسين حامد : (ولا شك أن دراسة الجدوى المقدمة من المضارب والبيانات التي بنيت عليها هذه الدراسة وهي تتضمن الربح المتوقع من المشروع والتي أشار إليها في نشرة الإصدار تعد قرينة قوية على بطلان دعوى الخسارة المجردة عن الدليل ، وهنا يحكم عليه بضمان الربح المعلق المتوقع في دراسة الجدوى حتى يقدم هو الدليل على الخسارة التي يدعيها ، ويثبت أن ما ورد في الدراسة لم يتحقق لسبب لا يد له فيه ، ولظروف طارئة لم يكن من الممكن توقعها ، أو قياس نتائجه .[١٧٧]

حادي عشر : أننا أعطينا مدير الإصدار حق تحديد الشروط التي يراها مناسبة لاستثمار المال وحفظه من الضياع ، وكان الغالب أن يقوم رب المال بالاشتراط على العامل الكثير من الشروط ، أما في حالنا هذا فيقوم المدير بالاشتراط على أرباب الأموال ولا يحق لرب

([١٧٤]) المنتقى شرح الموطأ ٥/ ١٦٤ ، ١٦٥ .

([١٧٥]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٣٦/٣ .

([١٧٦]) شرح ميارة ١٣٢/٢.

([١٧٧]) صكوك الاستثمار تأصيلها وضوابطها د/ على محي الدين القرة داغي ص ١٥ .

المال أن يضع له أي شرط من شأنه الحيلولة دون ممارسة ما يرنو إليه من منهجية في استثمار الأموال التي يتلقاها من الكافة ، فيجب عليه مقابل ذلك ، ضمان الأموال كما أن له نصيباً من الربح .[١٧٨]

ثاني عشر : القياس على ضمان الأجير المشترك حيث ينفرد بإدارة المال كيف يشاء ولو لم يكن ضامنا لأدى به الحال إلى عدم التحفظ .[١٧٩]

يناقش هذا : بأنه قياس مع الفارق فهو غير صحيح ، ووجه الفرق : أن المال بالنسبة للأجير المشترك ليس عرضة للتلف بطبيعته وضياعه دليل على تعدي الأجير ، أما المال في المضاربة فهو عرضة للربح والخسارة فلا يجب ضمانه إلا بالتفريط أو التعدي .

ومن الفوارق الجذرية بين الأجير المشترك والمضارب المشترك أن للأجير المشترك أجراً ثابتاً لا يتأثر بناتج عمله ، وأما المضارب المشترك ، فليس له أجر ثابت ، وإنما له نصيب من الربح في حالة تحققه .

أيضا فهذا القياس فاسد لأن حكم تضمين الأجير المشترك قال به بعض الفقهاء ولم يثبت بنص أو إجماع ومن القواعد المقررة في أصول الفقه أن يكون حكم الأصل المقيس عليه ثابتا بنص أو إجماع ، والأصل المقيس عليه هنا مختلف فيه بين الفقهاء ولم يثبت بنص أو إجماع فلا يصح القياس عليه.[١٨٠]

القول المختار :

أميل إلى اختيار القول بجواز تضمين المدير نظراً للحقائق التالية :

أولاً : تبين كما سبق اختلاف العلماء وأن المسألة ليس فيها نص قطعي صريح ، وكل قول له بعض الأدلة على ما ذكر ، ولكن عند التحقيق لهذه الأدلة والأقوال نجد أن الكل اهتم بحالة الاشتراط على العامل أن يضمن ولم تتعرض لقيام العامل بالضمان اختياراً ، مما يوحي بأن حالة الضمان دون اشتراط على العامل ينبغي أن ينظر إليها نظرة أخرى .

ثانياً : المعلوم في عصرنا الحاضر أن الذي يضع شروط الاستثمار ومجالاته هو مدير الصكوك ويقوم بتحديد ذلك وبيانه في دراسة الجدوى المقدمة للعملاء والفقهاء تكلموا عن

([١٧٨]) المضاربة المشتركة مجلة مجمع الفقه ١٣/ ١٢١٠.

([١٧٩]) المضاربة المشتركة مجلة المجمع ١٢٣٦/١٣ .

([١٨٠]) المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة ص ٣٤ ، ٣٥ . د /حسن الأمين .

حكم اشتراط رب المال ضمان العامل مال المضاربة وذهب أكثرهم إلى عدم جواز ذلك لما فيه من ضيق وحرج وضرر على العامل وكأنهم قصدوا بذلك حماية العامل من تحمل تبعات لا قبل له بها ، خاصة أنه قد كان في تلك الأيام الطرف الضعيف والمحتاج في العقد.

أما وقد تغير وضع العامل اليوم عما كان عليه الأمر من قبل ، وأصبح هو الطرف الأقوى الذي يملي شروطه ويحدد مجالات الاستثمار ولا يتدخل رب المال معه في شيء فينبغي أن يتغير الحكم **حماية لمصلحة رب المال كما حمينا مصلحة العامل من قبل** .

ثالثاً: أن الفقهاء لم يختلفوا في جواز الضمان حالة التعدي أو التقصير ، ومن الأهمية بمكان تحديد معنى التعدي أو التقصير في ظل التطور الاقتصادي الحاضر ، ولا نقتصر على بعض الأمثلة التي ذكرها الفقهاء قديما والتي لا وجود لأكثرها في عصرنا .

فبعد أن أصبحت المشاريع الاقتصادية لها دراسات جدوى ومجالس إدارة وخطوات مدروسة يتم السير على منوالها ينبغي أن يعتبر التهاون في مثل هذه الأمور تقصيرا يحاسب عليه المدير، وكذلك سوء الإدارة والتنظيم للمشروع ، أو التساهل في انتقاء مجالات الاستثمار أو عدم المعرفة بأبجديات الاستثمار والتجارة الحديثة .

رابعاً : أن الفقهاء قد نصوا على أن العامل لا يضمن المخاطر التي لا يمكن تجنبها أما التي يمكن تجنبها فيضمنها ، ودراسة الجدوى المقدمة قد بينت لنا كافة المخاطر التي يمكنه أن يتجنبها فإذا وقع فيها فهذا دليل على أنه لم يأخذ التدابير اللازمة لتجنبها .

خامساً : أن أصحاب النبي ﷺ ذهبوا إلى تضمين الصناع مراعاة لمصلحة الناس وحفظاً لأموالهم ، وقالوا لا يصلح الناس إلا ذلك !!

وما نعانيه الآن من ضعف كثير من الذمم وقلة التدين وغلبة الجشع وانتشار الطمع لا سيما في مجال الأموال تجعل من الأولى أن نقول بالضمان لأن المصلحة تقتضي اليوم تغليب جانب التضمين على جانب عدم التضمين ، كما تقتضي تغليب حالة التعدي والتقصير على حالة عدم التعدي والتقصير ، وفي هذا علاج لآثار ضعف التدين في النفوس ، ورحم الله الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز الذي قال : يحدث للناس من الأقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور . [١٨١]

([١٨١]) ينظر : مصطفى سانو مجلة مجمع الفقه ١٣ / ١٢٣٩- ١٢٤٦ .

وقرر الفقهاء قاعدة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " [١٨٢] وبينوا أن الأحكام التي تتغير المبنية على العرف والعادة ، والعادة قديما أن الناس كان أكثرهم يتورع عن الحرام ولا يجحد المال ويسعى في الحفاظ عليه لربه ، أما وقد تغير الكثير فينبغي أن تتغير الفتوى إلى جواز الإلزام بالضمان .

فنظرا لما سبق أقول بجواز القول بتضمين المدير صاحب دراسة الجدوى ولكن بعد التأكد أنه لم يكن هناك حائل أو مانع لا يد له فيه حال بينه وبين الربح ، وأرى أن لا يحكم بالضمان إلا بعد الرجوع إلى الخبراء وإفادتهم بأن هذا المدير لم يقم هناك مانع يحول بينه وبين الربح المتوقع ، وذلك تحرياً للعدالة المنشودة وبعدا عن الظلم ودرءاً للشبهات .

ولكن بشرط أن لا يكون مدير الاستثمار قد نصّ بدايةً على عدم مسؤوليته في إثبات براءته من الخسارة الواقعة، وأقرّه على ذلك رب المال.

([١٨٢]) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٤٧/١.

الخـاتمــة

وبعد هذا العرض أصل إلى نهاية المطاف في هذه المسألة الشائكة الهامة وهي مسألة **ضمان جهات إصدار الصكوك لنتائج دراسات الجدوى** "

والتي تم الحديث فيها عن ضمان جهات إصدار الصكوك حالة اشتراطه على المدير أو حالة عدم اشتراطه ، وعن مدى جواز التبرع به .

وتبين لي من خلال البحث ما يلي :

١- خطورة جانب الأموال ، وعدم جواز التساهل فيها ، وخطورة وحرمة أكلها بالباطل .

٢- أهمية استثمار الأموال عن طريق الصكوك الشرعية مع توخي الحيطة والدقة في مجالات الاستثمار .

٣- الدور الاقتصادي الذي تقوم به الصكوك ودور الصكوك في تحقيق الرخاء الاقتصادي إذا ما تمت إدارتها بصورة جيدة .

٤- يجب على كل مؤسسة مالية قبل الدخول في أي استثمار أن تقوم بإعداد دراسات الجدوى اللازمة لهذا المشروع وإلا اعتبرت مقصرة ومفرطة .

٥- مكاتب دراسات الجدوى ووكالات التصنيف العالمية ضامنة لما تسببت فيه من أضرار نتيجة لتقصيرها في إعداد الدراسة أو إخبارها بغير الحقيقة أو التساهل في منح الاعتماد .

٦- مدير الصكوك ضامن باتفاق الفقهاء حال تعديه أو تقصيره .

٧- على المدير أن يثبت أنه لم يقصر ولم يفرط ، وإذا لم يستطع الإثبات فعليه الضمان .

٨- لا يجوز اشتراط الضمان على المدير في جميع الأحوال .

٩- لا يجوز التبرع بالضمان في العقد أو بعده لأن هذا سيكون حيلة إلى الربا .

١٠-لا مانع من إلزام المدير بالضمان دون تبرع أو شرط ، إذا لم تحقق الصكوك الأرباح المتوقعة من خلال دراسة الجدوى على اعتبار أن هذا يعد قرينة قوية على أنه قصر أو تعدى ، ولكن بشرط أن يقدر ذلك أهل الخبرة وأهل الاختصاص .

التوصيات :

نظراً لخطورة هذا المسألة فإن الفقهاء المعاصرين قد وضعوا بدائل للضمان [١٨٣] رأوا أنها تحقق المقصد والغاية وتطمأن رب المال على ماله وذلك لتخفيف خطر عدم ضمان القيمة الاسمية للعائد ولذلك وضعوا الضمان بوسائل غير مباشرة ومنها :

١- ضمان الطرف الثالث .

٢- الضمان بعوض .

٣- تعهد المصدر بتقديم قرض لحملة الصكوك عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع .

٤- التعهد بإعادة شراء الصكوك خلال مدة الإصدار بالقيمة الاسمية .

٥- التعهد بشراء أصول الصكوك من حملتها بالقيمة الاسمية للأصول عند إطفاء الصكوك في نهاية مدة الإصدار .

٦- الضمان بعقد مستقل من غير شرط التعهد بشراء الصكوك مع تغير العين .

ومما يجدر التنبيه عليه أن هذه الوسائل ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء المعاصرين بل الكثير منها محل اختلاف وما زال البعض منها يحتاج إلى مزيد من البحث والدراسة ، وإن مد الله في العمر سأتناول هذه الوسائل في أبحاث أخرى وأسال الله التوفيق لذلك .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

([١٨٣]) ينظر : ضمان الطرف الثالث د/ عبد الباري مشعل .

أهم المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم:

ثانيا: التفسير وعلوم القرآن:

١- الجامع لأحكام القرآن للإمام محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي المتوفى سنة ٦٧١هـ نشر : دار الشعب . القاهرة – سنة ١٣٧٢ – الطبعة : الثانية – تحقيق / أحمد عبد العليم البردوني .

٢- أحكام القرآن للجصاص للإمام : أبي بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي المشهور بالجصاص (٣٧٠هـ) ط : دار الفكر.

٣- تفسير البيضاوي للإمام ناصر الدين عبد الله بن عمر بن محمد البيضاوي المتوفى سنة ٧٩١ هـ نشر : دار الفكر : بيروت سنة :١٤١٦ – ١٩٩٦م .

ثالثا : الحديث الشريف وعلومه :

١- الجامع الصحيح " للإمام محمد بن إسماعيل البخاري ، المتوفى سنة : ٢٥٦ هـ : نشر دار ابن كثير . اليمامة . سنة : ١٤٠٧ هـ الطبعة الثالثة . تحقيق د/ مصطفى ديب البغا .

٢- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تأليف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل، دار النشر: دار المعرفة – بيروت، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني .

٣- السنن الكبرى للإمام أحمد بن شعيب النسائي المتوفى سنة ٣٠٣ هـ : ط/ دار الكتب العلمية . بيروت سنة ١٤١١هـ .

٤- الفوائد الموضوعة في الأحاديث الموضوعة، تأليف: العلامة الشيخ مرعي بن يوسف الكرمي المقدسي، دار النشر: دار الوراق – الرياض – ١٤١٩ هـ – ١٩٩٨م، الطبعة: الثالثة، تحقيق: د . محمد بن لطفي الصباغ .

٥- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تأليف: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، دار النشر: مكتبة الرشد – الرياض – ١٤٠٩، الطبعة: الأولى، تحقيق: كمال يوسف الحوت .

٦- المستدرك على الصحيحين : للإمام محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ، المتوفى سنة ٤٠٥ هـ : ط / دار الكتب العلمية . بيروت . تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا .

٧- المعجم الأوسط، تأليف: أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، دار النشر: دار الحرمين – القاهرة – ١٤١٥، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني .

٨- المنتقى من السنن المسندة، تأليف: عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري، نشر: مؤسسة الكتاب الثقافية – بيروت – ١٤٠٨ – ١٩٨٨، الطبعة: الأولى، تحقيق: عبدالله عمر البارودي .

٩- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي " للإمام محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري المتوفى سنة ١٣٥٣ هـ : ط/ دار الكتب العلمية . بيروت .
١٠- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، تأليف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني – المدينة المنورة – ١٣٨٤ – ١٩٦٤، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني .
١١- سنن ابن ماجة " للإمام محمد بن يزيد القزويني ، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ : ط/ دار الفكر . بيروت : تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .
١٢- سنن أبي داود " للإمام سليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني الأزدي المتوفى سنة ٢٧٥ هـ : ط/ دار الفكر / تحقيق / محمد محيي الدين عبد الحميد .
١٣- سنن البيهقي الكبرى " للإمام أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبي بكر البيهقي ، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ : مكتبة دار الباز . مكة المكرمة سنة ١٤١٤ هـ : تحقيق /محمد عبد القادر عطا .
١٤- سنن الترمذي (الجامع الصحيح) للإمام محمد بن عيسى أبي عيسى الترمذي السلمي ، المتوفى ٢٧٩ هـ : ط/ دار إحياء التراث العربي . بيروت : تحقيق/ أحمد محمد شاكر وآخرون .
١٥- شرح النووي على صحيح مسلم للإمام : أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة : ٦٧٦هـ ط/ دار إحياء التراث العربي – بيروت– الطبعة الثانية .
١٦- صحيح ابن حبان " للإمام محمد ابن حبان بن أحمد أبي حاتم التميمي البستي المتوفى سنة ٣٥٤ هـ : نشر مؤسسة الرسالة . بيروت . سنة : ١٤١٤ هـ : الطبعة الثانية . تحقيق الشيخ / شعيب الأرناؤوط .
١٧- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار النشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي .
١٨- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، للإمام : بدر الدين محمود بن أحمد العيني، دار النشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت .
١٩- عون المعبود بشرح سنن أبي داود " للإمام محمد شمس الحق العظيم أيادي أبي الطيب: نشر دار الكتب العلمية . بيروت . سنة :١٤١٥هـ الطبعة الثانية .
٢٠- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد " للإمام علي بن أبي بكر الهيتمي، المتوفى سنة ٨٠٧هـ نشر : دار الريان للتراث ، دار الكتاب العربي القاهرة سنة ١٤٠٧هـ .
٢١- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، تأليف: علي بن سلطان محمد القاري، نشر: دار الكتب العلمية – لبنان/ بيروت – ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م، الطبعة: الأولى، تحقيق: جمال عيتاني .
٢٢- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، تأليف: أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني، دار النشر: دار العربية – بيروت – ١٤٠٣، الطبعة: الثانية، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي .

٢٣- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار " للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المتوفى سنة ١٢٥٥هـ نشر : دار الحديث .

رابعاً : الفقه :

(أ) الفقه الحنفي :

١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق " للإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، المعروف بابن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠هـ نشر : دار المعرفة. بيروت.
٢. الجوهرة النيرة للإمام : أبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي (٨٠٠هـ) ط : المطبعة الخيرية.
٣. العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية للإمام : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم الشهير بابن عابدين المتوفى سنة (١٢٥٢هـ). ط : دار المعرفة.
٤. العناية على الهداية للإمام : محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة (٧٨٦هـ).ط دار الفكر .
٥. المبسوط لشمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السَّرَخْسِيّ (٤٨٣هـ-١٠٩٠م) ط : دار المعرفة.
٦. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع " للإمام علاء الدين الكاساني ،المتوفى سنة ٥٨٧هـ نشر: دار الكتاب العربي . بيروت .
٧. تحفة الفقهاء، تأليف: علاء الدين السمرقندي، دار النشر: دار الكتب العلمية – بيروت – ١٤٠٥ – ١٩٨٤، الطبعة: الأولى .
٨. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق " للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٣هـ ط/ دار الكتاب الإسلامي .
٩. درر الحكام في شرح غرر الأحكام للإمام القاضي محمد بن فراموز الشهير بمُنْلا خُسْرو (٨٨٥هـ-١٤٨٠م) ط : دار إحياء الكتب العربية .
١٠. الفتاوى الهندية.تأليف : جماعة من علماء الهند. ط : دار الفكر.
١١. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للإمام : عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان شيخي زاده المعروف بداماد أفندي ط : دار إحياء التراث العربي.

(ب) الفقه المالكي:

١- الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف ب(شرح ميارة) للإمام : محمد بن أحمد ميارة الفاسي وغيره. ط : دار المعرفة.
٢- البهجة في شرح التحفة للإمام : أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي . ط: دار الفكر .

٣- البيان والتحصيل للإمام : أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى : ٤٥٠هـ) تحقيق : د محمد حجي وآخرون الناشر : دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان الطبعة : الثانية ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
٤- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للإمام الونشريسي . ط: صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك بين المملكة المغربية والإمارات العربية المتحدة .
٥- الشرح الكبير لمختصر خليل " لسيدي أحمد الدردير أبو البركات ،المتوفى سنة ١٢٠١هـ نشر: دار إحياء الكتب العربية .
٦- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للإمام : أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي المتوفى (١١٢٥هـ).ط : دار الفكر.
٧- المدونة. للإمام مالك بن أنس الأصبحي (١٧٩هـ-٧٩٥م).ط : دار الكتب العلمية.
٨- المنتقى شرح الموطأ للإمام : أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي (٤٧٤هـ - ١٠٨١م)ط : دار الكتاب الإسلامي.
٩- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للإمام أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي . ت (١٢٤١هـ) ط : دار المعارف بمصر.
١٠-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للإمام : شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ- ١٨١٥م)ط : دار إحياء الكتب العربية.
١١-شرح مختصر خليل للإمام محمد بن عبد الله الخرشي ط: دار الفكر .
١٢-فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك للإمام محمد بن أحمد المشهور بالشيخ عليش المتوفى سنة (١٢٩٩هـ - ١٨٨٢م) ط : دار المعرفة.
١٣-مواهب الجليل لشرح مختصر خليل " للإمام محمد بن عبد الرحمن المغربي أبي عبد الله ،المعروف بالحطاب ، المتوفى سنة ٩٥٤هـ نشر: دار الفكر . بيروت . سنة ١٣٩٨هـ الطبعة الثانية .

(ج) الفقه الشافعي :

١- الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي ط/دار المعرفة .
٢- أسنى المطالب شرح روض الطالب " للإمام أبي يحيى زكريا الأنصاري " ط/ دار الكتاب الإسلامي .
٣- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لشيخ الإسلام القاضي أبو يحيى زكريا الأنصاري ط : المطبعة اليمنية .
٤- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج " تأليف المحققان المدققان / الشيخ : شهاب الدين القليوبي ، والشيخ :عميرة . ط/دار إحياء الكتب العربية .
٥- حاشية البجيرمي على الخطيب للإمام سليمان بن محمد البيجرمي الشافعي ط دار الفكر بيروت .

٦- فتاوى السبكي للإمام : تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (٦٨٣-٧٥٦هـ) ط : دار المعارف.

(د) الفقه الحنبلي:

١- إعلام الموقعين عن رب العالمين.لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١هـ-١٣٥٠م)

٢- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل " للإمام : علي بن سليمان المرداوي ، المتوفى سنة ٨٨٥ هـ نشر : ط دار إحياء التراث العربي . بيروت . تحقيق محمد حامد الفقي .

٣- الروض المربع شرح زاد المستقنع، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار النشر: مكتبة الرياض الحديثة – الرياض – ١٣٩٠ .

٤- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني " للإمام : عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي "أبي محمد" المتوفى سنة ٦٢٠ هـ نشر : دار إحياء التراث العربي سنة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥ م .

٥- شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار النشر: دار الكتب العلمية – لبنان/ بيروت – ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٢م، الطبعة: الأولى، قدم له ووضع حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم .

٦- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تأليف: أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، دار النشر: مكتبة ابن تيمية، الطبعة: الثانية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي .

٧- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات للإمام : منصور بن يونس البهوتي نشر عالم الكتب .

(هـ)فقه الإباضية

شرح النيل وشفاء العليل للإمام : محمد بن يوسف بن عيسى أَطْفَيِّشَ المتوفى سنة (١٣٣٢هـ-١٩١٤م). الطبعة المعتمدة: مكتبة الإرشاد بجدة.

(س) فقه الظاهرية :

المحلى بالآثار للإمام : أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري المتوفى سنة ٤٥٦هـ ، نشر: دار الآفاق الجديدة . بيروت . تحقيق : لجنة إحياء التراث العربي .

(ط) فقه الزيدية :

السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تأليف: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار النشر: دار الكتب العلمية – بيروت – ١٤٠٥، الطبعة: الأولى، تحقيق: محمود إبراهيم زايد .

خامساً : السياسة الشرعية والآداب وأصول الفقه :

١- الأشباه والنظائر للإمام عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي ط/ دار الكتب العلمية .

٢- أنوار البروق في أنواع الفروق للإمام : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي المتوفى سنة (٦٨٤هـ-١٢٨٥م) ط : عالم الكتب .

٣- شرح السير الكبير للإمام محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي . ط : الشركة الشرقية للإعلانات .

٤- غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للإمما أحمد بن محمد الحموي ط/ دار الكتب العلمية .

٥- القواعد النوارنية الفقهية، تأليف: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، دار النشر: دار المعرفة – بيروت – ١٣٩٩، تحقيق: محمد حامد الفقي .

٦- المنثور في القواعد تأليف : بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي (٧٩٤هـ-١٣٩٢م). طبعة : وزارة الأوقاف الكويتية.

٧- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام : عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي ط دار الكتب العلمية.

٨- قواعد الفقه، تأليف: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار النشر: الصدف ببلشرز – كراتشي – ١٤٠٧ – ١٩٨٦، الطبعة: الأولى .

سادساً : الموسوعات الفقهية

١) الموسوعة الفقهية الكويتية إصدار وزارة الأوقاف الكويتية.

٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي .

سابعاً : مراجع عامة ومتنوعة :

١- أحكام ضمان الصكوك وعوائدها د / محمد علي القري منشور بندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم ، المنعقدة بجامعة الملك عبد العزيز .

٢-إصدار الصكوك والشروط الواجب توافرها في مصدريها د /قطب مصطفى سانو بحث منشور بمؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات المنعقد بكلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة .

٣-الصكوك الإسلامية د/ صفية أحمد أبو بكر . منشور بمؤتمر المصارف بين الواقع والمأمول – دائرة الشئون الإسلامية والعمل الخيري بدبي عام ٢٠٠٩ م .

٤-الصكوك الاستثمارية الإسلامية والتحديات المعاصرة د/ كمال حطاب . منشور بمؤتمر المصارف بين الواقع والمأمول – دائرة الشئون الإسلامية والعمل الخيري بدبي عام ٢٠٠٩ م.

٥-الصكوك المعاصرة وحكمها د التسخيري . منشور بالدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي – المنعقدة بالشارقة – الإمارات .
٦- الصكوك الإسلامية بدائل للسندات التقليدية د/ عبد اللطيف عبد الرحيم جناحي . مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة التاسعة عشرة – الشارقة – الإمارات .
٧- الصكوك تعريفها، أنواعها، أهميتها دورها في التنمية، حجم إصداراتها، تحديات الإصدار ٠ د علاء الدين زعتري . بحث مقدَّم لورشة العمل التي أقامتها شركة BDO بعنوان (الصكوك الإسلامية؛ تحديات، تنمية، ممارسات دولية)عمان، المملكة الأردنية الهاشمية
٨-العمل بالصكوك الاستثمارية الإسلامية على المستوى الرسمي والحاجة إلى تشريعات جديدة أ. د / عبد الملك منصور .منشور بمؤتمر المصارف بين الواقع والمأمول
٩-الفقه على المذاهب الأربعة تأليف الشيخ / عبد الرحمن الجزيري ط : دار الفكر ودار الكتب العلمية سنة ١٩٨٦ م .
١٠-المخاطر في الصكوك وموقف الشريعة من ضمانها أ. د/ عبد الستار أبو غدة ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم .
١١- المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة . د /حسن الأمين . مطبوعات البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب .
١٢-دراسات الجدوى الاقتصادية د/ خليل محمد خليل عطية نشر : مركز تطوير الدراسات العليا والبحوث – كلية الهندسة – جامعة القاهرة . الطبعة الأولى إبريل ٢٠٠٨ .
١٣-صكوك الاستثمار ودورها التنموي في الاقتصاد رسالة ماجستير بمعهد الدعوة الجامعي للدراسات الإسلامية إعداد : أسامة عبد الحليم الجورية إشراف : أد/ سامر قنطقجي
١٤-ضمانات الصكوك الإسلامية د/ حمزة بن حسين الفعر الشريف . ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم ، المنعقدة بجامعة الملك عبد العزيز .
١٥- ضمان الطرف الثالث وضمان القيمة الاسمية والعائد، والضمان بعوض، والتعهد بشراء الصكوك مع تغير العين . د .عبد الباري مشعل . منشور بالدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد بالجزائر سنة ٢٠١٢ م .
١٦- في فقه المعاملات المالية المعاصرة د/ نزيه كمال حماد ط: دار القلم – دمشق – الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ ٢٠٠٧م .
١٧- مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط أ.د / نزيه كمال حماد. مطبوعات البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب .
١٨-هل يجوز في المضاربة أن يضمن العامل رأس المال تعليق د / رفيق يونس المصري مجلة جامعة الملك عبد العزيز للاقتصاد الإسلامي سنة ٢٠٠٣ .

ثامناً : اللغة العربية والمعاجم :

١) تاج العروس من جواهر القاموس، تأليف: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، دار النشر: دار الهداية، تحقيق: مجموعة من المحققين .

٢) لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار النشر: دار صادر – بيروت، الطبعة: الأولى .

٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. للإمام : أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ (٧٧٠هـ-١٣٦٨م) ط: المكتبة العلمية.

٤) المغرب في ترتيب المعرب.لأبي الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المُطَرِّزِىّ (٦١٦هـ)الحنفي. ط: دار الكتاب العربي.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

فهرس المحتويات

م	الموضوع	الصفحة
١	مقدمة	٢
	أهمية الموضوع	٣
٢	خطة البحث	٣
٣	المبحث الأول : الصكوك وجهات إصدارها وأطراف التعامل فيها	٥
٤	**المطلب الأول : الصكوك وخصائصها وفوائدها وأهم ما يميزها عن غيرها**	٥
٥	الفرع الأول : معنى الصكوك في اللغة والاصطلاح	٥
٦	الفرع الثاني : خصائص الصكوك	٦
٧	الفرع الثالث : فوائد الصكوك	٨
٨	**الفرع الرابع : الفرق بين الصكوك وغيرها من أنواع الأوراق المالية الأخرى**	٩
٩	الغصن الأول : الفرق بين الصكوك والسندات	٩
١٠	الغصن الثاني : الفرق بين الصكوك والأسهم	١٢
١١	الغصن الثالث : الفرق بين التصكيك والتوريق	١٤
١٢	المطلب الثاني : أنواع الصكوك	١٥
١٣	الفرع الأول: أنواع الصكوك باعتبار العقد الذي تنشأ على أساسه	١٥
١٤	الفرع الثاني : أنواع الصكوك بتنوع جهات إصدارها	١٦
١٥	المطلب الثالث : أطراف التعامل في عقود الصكوك وبيان العلاقة بينهم	١٨
١٦	الفرع الأول : أطراف التعامل في الصكوك	١٨
١٧	الفرع الثاني : العلاقة المنشئة للضمان بين أطراف الصكوك	٢٠
١٨	المطلب الرابع : دراسة الجدوى وحكم الإلزام بتقديمها	٢٥
١٩	الفرع الأول : مفهوم دراسة الجدوى	٢٥
٢٠	الفرع الثاني : حكم إلزام جهات إصدار الصكوك بتقديم دراسات الجدوى	٢٦
٢١	المبحث الثاني : حالات الضمان على أساس دراسة الجدوى	٣٠
٢٢	المطلب الأول : معنى الضمان وأسبابه	٣٠
٢٣	الفرع الأول : معنى الضمان	٣٠
٢٤	الفرع الثاني : أسباب الضمان في الشريعة الإسلامية	٣١
٢٥	**المطلب الثاني : ضمان مدير الإصدار وجهة الإصدار بسبب التعدي أو التقصير**	٣٢
٢٦	الفرع الأول : التأصيل الشرعي لضمان التعدي أو التقصير	٣٢

٢٧	الفرع الثاني : على من يقع عبء إثبات التعدي أو التقصير؟	٣٥
٢٨	المطلب الثالث : اشتراط الضمان على المدير في عقد الإصدار	٤٠
٢٩	المطلب الرابع : تبرع المدير بالضمان	٥٨
٣٠	المطلب الخامس : إلزام المدير بالضمان دون اشتراط في العقد ودون تبرع منه	٦١
٣١	الخـاتمـة	٧٠
٣٢	فهرس المراجع والمصادر	٧٢
٣٣	فهرس الموضوعات	٨٠