

الإبراء من الأرباح في صناديق الاستثمار الإسلامية دراسة فقهية مقارنة

د. محمد علي الهدية*

تاريخ إجازة البحث: مارس ٢٠١٩م.

تاريخ استلام البحث: فبراير ٢٠١٩م

ملخص البحث

يهدف البحث إلى بيان حكم الإبراء من الأرباح في صناديق الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، والإبراء له أركان وشروط كغيره من العقود، وصناديق الاستثمار وعاء استثماري له ذمة مالية مستقلة يدار بالمشاركة أو المضاربة أو الوكالة بالاستثمار، وهي نوعان: صناديق مغلقة لا يتغير أصحابها إلا نادراً، وصناديق مفتوحة يكثر دخول وخروج المساهمين منها، والواقع في المؤسسات المالية الإسلامية قيام الصناديق الاستثمارية على مبدأ الإبراء.

وتناولت الدراسة هذه المسألة، وكيفية الإبراء من الأرباح بناء على الطريقة المعتمدة في قسمة الربح والسبب الذي من أجله حصل الإبراء: مثل التخارج، والإبراء عما زاد عن الأرباح المتوقعة. وتوصلت الدراسة إلى التفرقة بين الصناديق المغلقة والصناديق المفتوحة في حكم جواز شرط الإبراء، كما بينت الدراسة أن الإبراء من الأرباح يكون المبرئ فيها: الخارج من الصندوق، والمبرأ هو مدير الاستثمار والباقون في الصندوق، وبينت أثر الإبراء من المجهول كما في الإبراء فيما زاد عن الأرباح المتوقعة، وأنه لا يشترط العلم في قدر الحق المبرأ لكن بشرط أن يكون الإبراء من جميع القدر الزائد وليس من بعضه.

وتابع الباحث في ذلك منهج الرجوع إلى قرارات المجامع الفقهية، والمقارنة في المسائل الخلافية وذكر أدلة الأقوال، ومناقشتها مناقشة تحليلية.

الكلمات الدالة: استثمار، الإبراء، المؤسسات المالية الإسلامية، صناديق الاستثمار، الأرباح.

المقدمة

الحمد لله الواحد القهار مكور النهار على الليل، ومكور الليل على النهار، وأصلي وأسلم على خير المصطفين الأخيار محمد ﷺ، وعلى آله وصحبه الأخيار، صلاة وسلاماً دائماً متلازمين ما تعاقب الليل والنهار.

(*) د. محمد علي الهدية، يحمل شهادة الدكتوراه عام ٢٠١٦م، والمجستير عام ٢٠١٢م، في الفقه وأصول الفقه من الجامعة الأردنية. والبكالوريوس عام ٢٠٠٨م في الفقه وأصوله من جامعة الكويت. يعمل مدرساً بقسم الفقه وأصوله بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت منذ سنة ٢٠١٦م. له بحثان منشوران في مجلات علمية عالمية محكمة. الاهتمامات البحثية: فقه المعاملات المالية، فقه الأسرة، قضايا الوقف، القضاء.

أما بعد؛ فإن الله عز وجل خلق الخلق وأمرهم بالسعي في رزقهم في هذه الدنيا، قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾^(١)، فقد ركب الله في الناس حب السعي في أرزاقه وأمرهم بذلك، ونظم هذا الأمر الجبلي بأحكام وقواعد تضبطه، حتى لا يبيغي أحد على أحد، فقد حرم الله الربا والظلم والغش والتناجش، وفي مقابل ذلك ندب إلى القرض الحسن، وحث على العدل والصدق في المعاملة، ومن هذه الأمور التي أباحها الله استثمار الأموال وتنميتها بالتجارة وغيرها من صنوف الاستثمار كالمشاركات.

أولاً: أهمية البحث:

إن صناديق الاستثمار ضرب من استثمار أموال الناس، وهذه الصناديق منها المفتوحة ليس لها وقت محدد ولا مساهمين محددين، ومنها المغلقة التي تحد بأجل معين تنتهي به وعدد مساهمين محددين من بداية الصندوق، والأرباح يتم الاتفاق على قسمتها منذ عقد تأسيس الصندوق، فيأخذ كل مساهم نصيبه حسب حصته والمدة التي مكث فيها، ومدير الاستثمار يأخذ حقه حسب ما شرط له.

لكن صناديق الاستثمار اليوم تنص على مبدأ الإبراء في الأرباح، بمعنى أن الخارج من الصندوق يخرج منه وقد أبرأ المساهمين ومدير الاستثمار من نصيبه في الربح، وهذا الأمر ليس على إطلاقه؛ لأن الأصل في الشركات استحقاق الشريك للربح إن حصل وقت وجوده في الصندوق، ويقول بعض العاملين في حقل المؤسسات الإسلامية بصعوبة هذا الأمر في الزمن المعاصر لكثرة المساهمين وتخارجهم، وهذا ما سيتطرق له الباحث في بحثه بإذن الله.

وعليه تكمن أهمية البحث فيما يلي:

١. تكمن أهمية الدراسة في أهمية موضوع الإبراء وما يتعلق به من أحكام كالتمليك والإسقاط، وتطبيق الإبراء وارد جدا في عمل المؤسسات المالية الإسلامية.
٢. حاجة العاملين في المؤسسات المالية الإسلامية لمعرفة أحكام الإبراء؛ لتعلق موضوع الدراسة بصناديق الاستثمار في هذه المؤسسات.

ثانياً: مشكلة البحث:

يمكن القول: إن هذا البحث جاء ليعالج المشكلة ذات البعدين التاليين:

- ما صور الإبراء من الأرباح في الصناديق الاستثمارية، وما حكمها؟
- ما تأثير طريقة إدارة الصناديق الاستثمارية على الإبراء من الأرباح؟

ثالثاً: الدراسات السابقة والجديد في البحث:

توجد في الموضوع عدة دراسات من أهمها الآتي:

١- الكردي، أحمد الحجي، القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (حسابات الاستثمار المشتركة) بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامية بجدة، العدد ١٣، بحوث الدورة الثالثة عشرة المنعقدة في الكويت سنة: ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م:

تناول الباحث موضوع المضاربة ودراستها من الناحية الفقهية ببيان مفهومها وشروطها ومسألة تعدد رب المال وتعدد العامل، وتناول المضاربة المشتركة وطبيعة العلاقة بين المساهمين والمؤسسة التي تدير استثمار الأموال، كما استفاد الباحث من هذه الدراسة في بيان التخارج وتطبيقه في عقود المشاركات، كما تناول الكردي طريقة النمر وحكم اعتمادها في قسمة الأرباح، وحكم إعطاء ما زاد عن الأرباح المتوقعة لمدير الاستثمار، لكن الكردي لم يتطرق إلى مسألة الإبراء الذي يكون شرطاً ملزماً على المساهم إذا خرج، وشرطاً ملزماً على مدير الاستثمار إن سمح له بالخروج وإدخال غيره مكانه.

٢- أبوغدة، عبد الستار محمد، القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (حسابات الاستثمار) بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامية بجدة، العدد ١٣، بحوث الدورة الثالثة عشرة المنعقدة في الكويت سنة: ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م:

تناول أبوغدة في بحثه مسألة المضاربة المشتركة، وخلط أموال المساهمين في مثل هذه المضاربة، كما تناول مسألة تخارج المساهمين من الاستثمارات المشتركة؛ لعدم وجود سوق ثانوية لها مما يضطر معه المساهم للتخارج عند الحاجة، فتناول التخارج في الشركات والتمويل المجمع وصناديق الاستثمار، واختار أبوغدة حصر حق التخارج فيما يأخذه مقابل حقه ولا يطالب في ربح ولا يتحمل خسارة، وما يتعلق من الدراسة في البحث مسألة

التخارج في صناديق الاستثمار واختيار انحصار الحق في البديل أمر يخالف حق المساهم في أرباح المدة التي كان مساهما فيها.

٣- القصار، عبد العزيز خليفة، أحكام تكوين المخصصات في البنوك الإسلامية وأثرها على توزيع الأرباح، بحث مقدم للمؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية المنعقد في الكويت سنة: ١٤٣٣هـ، ٢٠١١م:

تناول القصار في بحثه مسألة تكوين المخصصات في استثمارات المؤسسات المالية الإسلامية، وتناول تعريف المخصصات وأنواعها، والفرق بين المخصص والاحتياطي، حيث إن المخصص يكون عبئا على رأس المال يعتمد قبل الشروع في العمل، بينما الاحتياطي يؤخذ من الربح فقط، ثم تناول أهميتها وأنواعها، كما تناول مسألة المخصصات واعتبارها من نفقات المضاربة من عدمه في زمننا، وتناول مسألة إرجاع المخصصات للمساهمين والمودعين عن الانتهاء منه، واختار أن هذا الأصل، لكن لما قام بمقابلة المختصين في هذا المجال أقرروا بصعوبة ذلك، فاختار قيام المضاربة المعاصرة على مبدأ المبارأة، والباحث هنا يخالف القصار حيث لا يجوز تعميم هذا الحكم على جميع الاستثمارات في المؤسسات المالية الإسلامية ويجب التفريق بينها كل بحسبه.

٤- الهنيني، عبد الحميد، الإبراء وعلاقته بالإسقاط والتمليك، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية مجلد ٩ عدد ٢، سنة ٢٠١٢م:

تناول الهنيني في بحثه تعريف الإبراء وبيان تكييف الفقهاء له، والتمييز بين الإسقاط والإبراء، هل يكون الإبراء والإسقاط في الأعيان أم لا، وانتهى إلى جوازهما في الأعيان المثلية كما قرر صعوبة التمييز بين الإبراء والإسقاط؛ لأن أوجه التشابه بين المصطلحين جوهرية بينما أوجه الخلاف التي يذكرها بعض الفقهاء غير جوهرية وغير مؤثرة، والباحث قد استفاد من د. الهنيني في ذكر التعريفات الاصطلاحية للإبراء ومناقشتها.

الجديد في هذا البحث:

- ١- دراسة الإبراء من الأرباح في صناديق الاستثمار، وأنه لا يأخذ شكل التخارج دائما.
- ٢- بيان أثر الفرق بين أنواع صناديق الاستثمار في الحكم بجواز الإلزام بالإبراء.

رابعاً: أهداف البحث:

تمثل أهداف هذا البحث بعدة أمور أهمها التالي:

- ١- إظهار حكم الإبراء من الربح في صناديق الاستثمار الإسلامية.
- ٢- إبراز القواعد التي تضبط عملية الإبراء من الربح.
- ٣- بيان أن شرط الإبراء لا يلزم من الناحية العملية ويمكن الاستثمار والسماح للمساهمين بالتخارج ومعرفة ربح كل شخص من خلال المدة التي مكث فيها بالصندوق بكونه مساهماً.

خامساً: منهج الباحث:

اعتمد الباحث في بحثه على عدة مناهج هي وفق الآتي:

- ١- المنهج الوصفي: القائم على جمع المعلومات المتعلقة بالموضوع محل البحث من مصادرها، وترتيبها ترتيباً يتناسب مع البحث ومواضيعه.
- ٢- المنهج المقارن: بحيث يقارن الباحث بين أقوال العلماء، ويختار منها القول الراجح، متبعاً في ذلك قواعد الترجيح المعتمدة عند العلماء.
- ٣- المنهج التحليلي: القائم على مناقشة الأدلة والتعليقات، ومناقشتها والجواب عليها، والترجيح بينها معتمداً في ذلك على قواعد الترجيح المعتمدة عند العلماء.

سادساً: خطة البحث:

المبحث الأول: مصطلحات الدراسة:

- المطلب الأول: مفهوم الإبراء عند الفقهاء، وشروطه، وأنواعه.
- المطلب الثاني: مفهوم الصناديق الاستثمارية، وتكييفها، وأنواعها.
- المبحث الثاني: الإبراء من الأرباح في الصناديق الاستثمارية.
- المطلب الأول: طريقة حساب الأرباح وقسمتها في صناديق الاستثمار الإسلامية.
- المطلب الثاني: الإبراء من الأرباح في الصناديق الاستثمارية.

المبحث الأول

مصطلحات الدراسة

المطلب الأول

مفهوم الإبراء، وشروطه، وأنواعه

الفرع الأول

مفهوم الإبراء لغة واصطلاحاً

- أولاً: الإبراء لغة:

الإبراء في اللغة من برأ، ولها أصلان في اللغة أحدها: برأ بمعنى خلق كما في قوله تعالى: ﴿فَتَوَبُّوا إِلَىٰ بَارِئِكُمْ﴾^(١)، والثاني بمعنى: التباعد من الشيء ومزايالته، مثل قول: برئت من المرض وهو السلامة من المرض^(٢)، وبرئت من الدين أي زال عني الدين^(٣)، والإبراء بمعنى الخلاء والسلامة هو الأقرب للمعنى الاصطلاحي عند الفقهاء كما سيأتي.

ثانياً: الإبراء اصطلاحاً:

يعرف الحنفية الإبراء بأنه: هبة الدين ممن عليه الدين ويتم بنفسه من غير قبول^(٤)، أو هو إسقاط لدين واجب^(٥)، ويقولون بأنه هبة الدين، وهو بمنزلة الإبراء.

واختلف المالكية في تعريفه فمن قائل: إن الإبراء نقل للملكية وهو من قبيل الهبة، ومنهم من يقول: إن الإبراء إسقاط للحق^(٦)، وراجع الخلاف في تعريف الإبراء عند المالكية هو مسألة

(١) البقرة: ٥٤.

(٢) ابن فارس، الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة: كتاب الباء، باب الباء والراء وما معهما في الثلاثي مادة: برأ: ٢٣٧/١، تحقيق: عبد السلام هارون، بيروت، دار الفكر، الطبعة الأولى سنة: ١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م.

(٣) ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، باب الألف، فصل الهمزة ٣١/١، بيروت، دار صادر، الطبعة الثالثة، سنة ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.

(٤) السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد (ت: ٤٨٣هـ)، المبسوط: ١٢/٨٤، دار المعرفة ببيروت، بدون طبعة، تاريخ ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م، القونوي، قاسم بن عبد الله الرومي الحنفي (ت: ٩٨٧هـ) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ص: ٩٥، دار الكتب العلمية، سنة: ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م.

(٥) الكاساني، ملك العلماء أبو بكر مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٩/٤، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية: ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.

(٦) القراني، أبو العباس شهب الدين أحمد بن إدريس (ت: ٦٨٤هـ)، الذخيرة: ٦/٢٤١، الناشر: دار =

احتياج الإبراء للقبول، فمن قال: إن الإبراء يحتاج للقبول، قال: إن الإبراء نقل للملكية هومن قبيل الهبة، ومن قال: إنه لا يحتاج إلى قبول، قال: إنه إسقاط^(١)، ورجح بعض المالكية أن مفهوم الإبراء نقل للملكية يحتاج للقبول^(٢)، وهم بذلك فارقوا الحنفية، حيث جعلوا الإبراء هبة في أحكامها خصوصاً في الحاجة للقبول، والحنفية جعلوه بمنزلة الهبة وليس هبة في حقيقته فلا يشترط له قبول من المبرئ.

ويرى الشافعية إن الإبراء إسقاط لا يشترط له قبول ولا يعتبرونه تصرفاً، بل هو إسقاط^(٣)، وعرف بعض الشافعية الإبراء إنه إسقاط ما في الذمة أو تملكه^(٤)، وبعضهم يفرق بأن الإبراء من جهة المبرئ تملك، ومن جهة المبرأ إسقاط^(٥).

والحنابلة عرفوا الإبراء بأنه إسقاط للحق وليس بتمليك^(٦)، وذهب بعض الحنابلة على أنه تملك، أي تملك الحق للشخص المبرأ؛ لأن الشرع نزل الدين منزلة العين في الحيز وعدم قابلية الأمرين للتعلق^(٧).

مناقشة التعريفات:

الفقهاء في المذاهب الأربعة بين مفهومين للإبراء، منهم من يجعله إسقاطاً وهم الجمهور

= الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى سنة: ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م، تحقيق: محمد حجي وآخرون، والدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت: ١٢٣٠ هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٩٩، دار الفكر، بدون طبعة.

(١) الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت: ١٢٤١ هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك: ٤/١٤٢، القاهرة، دار المعارف، بدون تاريخ.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (ت: ٤٥٠ هـ) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: ٩/٥٢٩، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٩ هـ، ١٩٩٩ م، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود.

(٤) الشريبي، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب (ت: ٩٧٧ هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: ٣/٥٩، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م.

(٥) المرجع السابق ٤/٤٣٦.

(٦) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي الحنبلي (ت: ٦٢٠ هـ)، المغني شرح مختصر الخرقى: ٧/٢٥٦، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨ هـ، ١٩٦٨ م، والبهوتي، منصور بن يونس (ت: ١٠٥١ هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع: ٤/٤٠٤، بيروت، دار الفكر وعالم الكتب، ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢ م.

(٧) ابن مفلح، أو عبد الله شمس الدين محمد بن مفلح الصالحي الحنبلي (ت: ٧٦٣ هـ)، الفروع، مؤسسة الرسالة، الأولى: ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م، تحقيق: عبد الله التركي ٦/٣٤٢.

كما مر من عرض تعريفات الحنفية والشافعية والحنابلة، ومنهم من يجعل الإبراء بأنه نقل للملكية كالملكية وبعض الفقهاء في المذاهب الأخرى، والذي يظهر أن الثمرة الفقهية لهذا الخلاف أن القول بأنه إسقاط لا يشترط له قبول الطرف الآخر، ومن قال بأنه تملك يشترط له قبول الطرف الآخر^(١)، والحق أن الإبراء لا يعتبر إسقاطا محضاً، بل فيه معنى التملك؛ فإن صاحب الحق يقوم بتمليك المبرأ الحق المبرأ منه بدليل أن هذا الحق دخل في ملك المبرأ بعد الإبراء ويزداد به ملكه وله حق التصرف فيه، ولا يعتبر تملكاً محضاً؛ لأن من صور الإبراء ما لا يدخل فيه التملك كالإبراء من حق القصاص^(٢).

التعريف المختار:

يرى الباحث رجحان تعريف الجمهور بأنه إسقاط ينعقد بإرادة منفردة، لكن فيه معنى التملك، وبالتالي يكون التعريف: هبة صاحب الحق الدين لمن عليه ويتم من غير قبول وعدم وجود رد.

شرح مفردات التعريف المختار:

هبة: الهبة لغة: هي العطية الخالية عن الأغراض والأعراض^(٣)، وفي اصطلاح الفقهاء: هي التملك في الحياة بلا عوض^(٤)، واختيار لفظ هبة؛ لأن الإبراء فيه معنى التملك وليس إسقاطاً محضاً، ومصطلح (هبة) أدق من مصطلح (تنازل)^(٥)؛ لأن التنازل يدل على الإسقاط المحض وهذا يخالف تصور الفقهاء للإبراء.

(١) انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/ ٩٩، والعنزي، عصام خلف، إدارة الحساب الاحتياطي في هيكل الصكوك ص: ١٩٠، بحث منشور ضمن ندوة مستقبل العمل المصرفي سنة: ٢٠٠١م، ٤٣٣هـ.

(٢) البوطي، توفيق رمضان، وهنيني، عبد الحميد عبد المحسن، الإبراء من غير صاحب الحق ص: ٦٢٩، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، عدد ٢، سنة ٢٠١٢م.

(٣) ابن منظور، لسان العرب باب الباء، فصل الواو مادة: وهب، ١/ ٨٠٣.

(٤) الجرجاني، علي بن محمد (ت: ٨١٦هـ)، التعريفات ص: ٢٥٦، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى ٤٠٣هـ، ١٩٨٣م، وقلعجي، محمد رواس، وقنبيبي، حامد صادق، معجم لغة الفقهاء ص: ٤٩٢، الناشر: دار النفائس، الطبعة الثانية: ٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

(٥) وممن عرفه بمصطلح (تنازل) د. الهنيني، عبد الحميد، الإبراء وعلاقته بالإسقاط والتملك ص: ١٠٧، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، عدد: ٢، مجلد: ٩، سنة: ٢٠١٢م.

صاحب الحق: وهذا يشير إلى أن الإبراء حق لصاحب الدين لا يفتات أحد عليه كما سيأتي بيانه في شروط الإبراء، وهذا القيد يخرج إبراء الوكيل إذا تصرف دون الإذن بالإبراء^(١).

ويتم من غير قبول: هذا القيد أظهر الفرق بين الهبة والإبراء، حيث إن الهبة عقد يشترط لها القبول والإيجاب في المذاهب الأربعة^(٢)، إلا أن الإمام الكاساني ذكر وجهها في أن الهبة لا يشترط لها القبول استحسانا وإن كان يشترط قياسا؛ لكونها من جملة العقود والتصرفات، **ووجه الاستحسان** أن الهبة لغة تثبت بإرادة الواهب؛ لأنها موضوعة لإثبات الجود والسخاء، وأن الهبة تثبت بنفسها بالقبول أما الإيجاب فهو لثبوت حكمها^(٣)، وأما الإبراء فينعقد بإرادة واحدة ولا يحتاج إلى قبول.

وعدم وجود رد: قيد يبين أن الإبراء يرتد برد المبرأ وعدم قبوله الإبراء، فهنا توسط بعض الفقهاء فلم يشترطوا القبول؛ لأن الإبراء ينعقد بنفسه، واشترطوا عدم وجود رد حتى لا يلحق المبرأ المن والأذى؛ ولأن فيه معنى التمليك، فهو بمنزلة الوقف على معين ينعقد بإرادة الواقف فقط لكن يثبت للموقوف عليه حق الرد وعدم قبول الوقف^(٤).

الفرع الثاني

أركان الإبراء وشروطه

يرى الحنفية أن للإبراء ركنا واحدا وهو الصيغة، في حين يرى الجمهور أن للإبراء أربعة أركان: الصيغة، والمبرئ وهو صاحب الحق، والمبرأ وهو من عليه الحق، والمبرأ منه، وهو محل الحق من دين أو عين، وهذا الاختلاف في عدد الأركان بين الحنفية والجمهور راجع إلى خلافهم في مفهوم الركن: فالحنفية يرون أن الركن ما كان داخلا في حقيقة الشيء وما سواه يعتبر شروطا للركن، ويرى الجمهور أن الركن ما يتوقف عليه وجود الشيء سواء

(١) البوطي وهنيني، الإبراء من غير صاحب الحق ص: ٦٣٠.

(٢) العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد الغيتابي (ت: ٨٥٥هـ)، البناية شرح الهداية: ١٠/١٦٠، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م، الصاوي، بلغة السالك ٤/١٤٢، الشربيني، مغني المحتاج ٣/٥٦٠، البهوتي، كشف القناع ٤/٢٩٨.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/١١٥.

(٤) الزحيلي، وهبة مصطفى (ت: ٤٣٧هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته: ٤/٢٩٢٣، الناشر: دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية عشرة، بدون تاريخ.

أكان داخلا فيه أم خارجا عنه^(١)، والباحث سيسلك مسلك الجمهور في تقسيم أركان الإبراء وشروطه.

الركن الأول: الصيغة:

صيغة العقد هي الإيجاب والقبول، قد سبق الكلام في مفهوم الإبراء أن الجمهور لا يشترطون إلا الإيجاب من صاحب الحق؛ لأنه إسقاط تكفي فيه إرادة واحدة^(٢)، واحتاط بعض الفقهاء لمسألة المنّ فاشترطوا عدم الرد فقط، أما المالكية فاشترطوا الإيجاب والقبول لانعقاد الإبراء لأنه عقد تمليك في نظرهم^(٣).

الركن الثاني: العاقدان:

العاقدان في الإبراء هما: المبرئ صاحب الحق، والمبرأ من عليه الحق، ولكل منهما شروط، وهي كما يلي:

أولا: شروط المبرئ^(٤):

١- أن يكون أهلا للتبرع: بمعنى أن يكون عاقلا بالغا رشيدا؛ لأن الإبراء إن كان بجميع الدين أو بعضه عبارة عن إسقاط حق دون عوض، فهو تبرع من المبرئ بكل الدين أو بعضه^(٥).

٢- أن يكون صاحب ولاية على الحق: أن يكون مالكا للحق أو موكلا له فيه^(٦).

٣- الرضا من المبرئ: يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ راضيا لعقد الإبراء، فلا يصح إكراهه عليه فيكون من أكل أموال الناس بالباطل وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿يَكْفُرُ بِهَا

(١) يعرف الجمهور الركن بأنه ما يتوقف عليه الوجود الذهني والخارجي جميعا، أما الحنفية فالركن عندهم ما كان داخلا في ماهية الشيء. انظر: الطوفي، نجم الدين سليمان بن عبد القوي (ت: ٦٧١هـ)، شرح مختصر الروضة (٢/٢٢٧)، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م، تحقيق: عبد الله التركي، وشيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد (ت: ١٠٧٨هـ) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (١/٧٩)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة.

(٢) راجع: السرخسي، المبسوط: ٨٤/١٢، الماوردي، الحاوي الكبير: ٥٢٩/٩، البهوتي، كشف القناع: ٤٠٤/٤.

(٣) الصاوي، بلغة السالك: ١٤٢/٤.

(٤) راجع: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: ٤٣٧٤/٦.

(٥) البهوتي، كشف القناع: ٣٩٢/٣.

(٦) المرجع السابق: ٤٧٢/٣.

الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴿١﴾، فلوانعقد الإبراء من دون رضا المبرئ لم يصح ويبقى الدين على حاله^(٢).

ثانيا: شروط المبرأ^(٣):

أن يكون المبرأ معلوما ومعينا: فلا يصح أن يقول لدائنيه: أبرأت أحدكم من غير تحديد لم يصح الإبراء؛ لأنه الإبراء فيه وجه من التمليك وفي عقود التملكيات ينبغي أن يكون من ينتقل إليه الملك معلوما وهو هنا المبرأ^(٤).

الركن الثالث: الحق المبرأ منه:

١- أن يكون الحق المبرأ منه معلوما: بمعنى أن يكون قدر الحق الذي حصل فيه الإبراء معلوما للمبرئ أو لكلا العاقدين، وهذا تشتد الحاجة إليه عند الإبراء بجزء من الدين فلوقال: أبرأتك من نصف الدين، فيبرأ المدين من هذا النصف وتبقى ذمته مشغولة بالنصف الآخر، فلوكان الحق مجهولا لأدى ذلك إلى نزاع، وقد حصل خلاف بين الفقهاء حول هذا الشرط:

القول الأول: لا يشترط في الحق المبرأ منه أن يكون معلوما، وإلى هذا ذهب الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) والشافعية في القديم^(٧) والحنابلة^(٨)؛ لأن الإبراء إسقاط محض وتبرع من المبرئ وإن كان فيه وجه تمليك فينفذ مع العلم أو بدونه.

القول الثاني: يشترط العلم في الحق المبرأ منه ولا يصح الإبراء في المجهول، وإلى هذا

(١) النساء: ٢٩.

(٢) راجع: يونس، صايل أحمد حسن، نظرية الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي ص: ٣١، رسالة ماجستير مقدمة لقسم الفقه والتشريع، الدراسات العليا، بجامعة النجاح الوطنية، سنة ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، بإشراف: صالح الشريف.

(٣) راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية ١/ ١٣٤ و ١٣٥، والزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٦/ ٤٣٧٦.

(٤) علي حيدر، خواجه أمين أفندي (ت: ١٣٥٣هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ٤/ ٧٥، الناشر: دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١١هـ، ١٩٩١م، تعريب: فهمي الحسني.

(٥) العيني، البناية: ٨/ ١٣٧.

(٦) الصاوي، بلغة السالك: ٣/ ٥٣٨.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج: ٣/ ٢٠٦.

(٨) الهوتي، كشف القناع: ٤/ ٣٠٤.

القول ذهب الشافعية^(١)؛ لأن البراءة متوقفة على الرضا كما مر في شروط المبرئ، ولا يتصور الرضا مع الجهالة.

عند النظر في تعليقات كلا القولين يرى الباحث أن تعليل الجمهور لا يحدث نزاعاً حال الإبراء من الدين كله، والمبرئ راض بإسقاط كل حقه فحصل شرط الرضا الذي استند إليه الشافعية في اشتراط العلم، ففي هذا النوع من الإبراء لا يشترط العلم بالحق المبرأ منه؛ لأن المبرئ راض بإسقاطه كله، لكن في مسألة الإبراء من بعض الدين يرجح قول الشافعية حيث لا يتوفر الرضا ويحصل النزاع عند الجهل بالحق المبرأ منه، فربما كان المبرئ يظن أن الحق ألف دينار، وأبرأ المدين من نصفه، وبعد الإبراء ظهر أن الدين ألفاً دينار وليس ألفاً واحدة، بمعنى أن المبرئ كان يظن أن الإبراء كان بخمس مئة فظهر أنه ألف، وهو أمر لم يرض به ولم يقصده، فيرى الباحث أن العلم في الحق المبرأ منه يشترط حال الإبراء بجزء من الدين، ولا يشترط العلم حال الإبراء بكل الدين.

٢- أن يكون الحق المبرأ منه ديناً لا عيناً: بمعنى أن يكون مما يثبت في الذمة، والأعيان لا تثبت في الذمة؛ لأن الإبراء عبارة عن إسقاط حق عن المبرأ أو تملكه، وإلى هذا جمهور الفقهاء في المذاهب الأربعة^(٢).

٣- أن يكون الحق موجوداً عند إنشاء الإبراء: بمعنى أن يكون الدين موجوداً وقت حصول الإبراء، فلو أبرأ إنسان إنساناً من كل الدين يوم الأربعاء، وعقد معه مداينة يوم الخميس لم تدخل هذه المداينة في الإبراء ويحق للمبرئ المطالبة بهذا الدين؛ لأنه لم يكن وجوداً وقت الإبراء، ومثاله أيضاً إبراء المرأة الخاطب من مهرها قبل النكاح غير معتبر؛ لأنه حصل قبل وجوبه والإبراء فرع لثبوت الحق، فإذا لم يكن الحق موجوداً بطل الإبراء^(٣).

(١) الشربيني، مغني المحتاج: ٣/٢٠٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع: ٥/٢٠٣، عيش، محمد بن أحمد المالكي (ت: ١٢٩٩ هـ) منح الجليل شرح مختصر خليل: ٦/٤٧٠، الناشر: دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ١٤٠٩ هـ، ١٩٨٩ م، الشربيني، مغني المحتاج: ٣/٥٩، البهوتي، كشاف القناع: ٣/٣٩٦.

(٣) علي حيدر، درر الحكام: ٤/٧١، البهوتي، كشاف القناع: ٤/٣٠٥.

الفرع الثالث

أنواع الإبراء

ينقسم الإبراء بحسب طبيعة الإبراء نفسه، فقد يكون إبراء عند ثبوت الحق على إنسان وقبل أخذه يرغب المبرئ في إسقاط حقه أو بعضه، وقد يرغب المبرئ بإبرائه إظهار استلام حقه كاملا وأنه لم يعد له في ذمة مدينه شيء، فالأول يسمى إبراء الإسقاط، والثاني إبراء الاستيفاء، وقد ذكر هذان النوعان مجلة الأحكام العدلية، فقد قسمت الإبراء إلى نوعين^(١):

١- **إبراء الإسقاط**: عرفت مجلة الأحكام العدلية هذا النوع في المادة ١٥٣٦: فهو (أن يبرئ أحد آخر من تمام حقه الذي له في ذمته، أو يحط مقداراً منه)، وهذا نوع من الصلح كما ذكرت المادة، وكما مر في الحديث عند ذكر الألفاظ ذات الصلة، ومن ألفاظ هذا النوع أسقطت أو حطت عنك، أو أن يقول له: أبرأتك من الدين أو بعضه^(٢).

٢- **إبراء الاستيفاء**: جاء تعريف هذا النوع من الإبراء في المادة السابقة من مجلة الأحكام وهو: (عبارة عن اعتراف أحد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر وهو نوع من الإقرار)، فبناء على هذا الإبراء يقر صاحب الحق أنه استلم حقه، وهو ما يعبر عنه في عصرنا بـ (شهادة براءة الذمة)^(٣) يأخذها العميل من البنك أو من جهة عمله السابقة لإثبات عدم بقاء شيء في ذمته قبل الجهة المصدرة لهذه الشهادة، ومن الألفاظ التي تستعمل لإرادة هذا النوع: أبرأتك براءة استيفاء، أو براءة قبض، ومثلها شهادة براءة الذمة^(٤).

المطلب الثاني

مفهوم صناديق الاستثمار الإسلامية، وتكييفها، وأنواعها

تعتبر الصناديق الاستثمارية الإسلامية مما أنتجته الصناعة المالية الإسلامية

(١) راجع: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: ٤ / ١٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الذمة: هي وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه، أي لتثبت له الحقوق وتثبت عليه الواجبات، والأصل براءة ذمة الإنسان ولا يحتاج إلى إثبات براءة ذمته إلا إذا ثبت شغلها. راجع: علي حيدر، درر الحكام: ١ / ٢٥، وقلعجي وقنبيبي، معجم لغة الفقهاء: ٢١٤.

(٤) علي حيدر، درر الحكام: ٤ / ١٤.

المعاصرة، حيث تقوم فكرة هذه الصناديق على جمع المدخرات من الأفراد وإدارتها من قبل مدير استثمار أو شركة استثمارية، وتنوعت عبارة الباحثين المعاصرين في تعريف صناديق الاستثمار الإسلامية، وفيما يلي ذكر بعض هذه التعريفات.

الفرع الأول

مفهوم صناديق الاستثمار الإسلامية

اتجه المعاصرون إلى اتجاهين في تعريف صناديق الاستثمار الإسلامية، فاتجاه ذهب إلى تعريف ماهيتها، واتجاه ذهب إلى تعريفها من حيث العمل الذي تقوم به^(١)، ويذكر الباحث هنا بعضاً من هذه التعريفات:

- **تعريف عز الدين تهامي:** بأنها وعاء مالي لتجميع مدخرات الأفراد، واستثمارها في الأوراق المالية من خلال جهة ذات خبرة في إدارة محافظ الأوراق المالية^(٢).

ويؤخذ على هذا التعريف أنه حصر عمل الصناديق في الاستثمار في الأوراق المالية فقط، وهذا يخالف الواقع، فالصناديق الإسلامية تعمل في الأوراق المالية وفي غيرها^(٣).

- **تعريف عبد الستار أبوغدة:** صندوق الاستثمار هو وعاء للاستثمار له ذمة مالية مستقلة يهدف إلى تجميع الأموال واستثمارها في مجالات محددة، وتدير الصندوق شركة استثمار تمتلك تشكيلة من الأوراق المالية^(٤).

فهذا التعريف قصد به أبوغدة تعريف نوعي صناديق الاستثمار بنوعها الإسلامية

(١) الصلاحيين، عبد المجيد، **صناديق الاستثمار: مفهومها وخصائصها وأحكامها** ص: ٢، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون، سنة: ٢٠٠٧هـ، ٤٢٨هـ، م٢٠٠٧.

(٢) تهامي، عز الدين فكري، **تقييم أداء صناديق الاستثمار في مصر مدخل محاسبي كمي** ص: ٣، بحث مقدم لندوة صناديق الاستثمار في مصر، الواقع والمستقبل، سنة: ١٩٩٧م، نقلاً عن المغربي، محمد الفاتح محمود، **التمويل والاستثمار في الإسلام** ص: ٣٣١، الناشر: دار الجنان، عمان، الطبعة الأولى: ٢٠١٦م، ٤٣٨هـ، م٢٠١٦.

(٣) عوجان، وليد هويلم، **صناديق الاستثمار الإسلامية - دراسة وتحليل**، ص: ٨٠، بحث مقدم للمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية المجلد الثامن، عدد: ١، سنة: ٤٣٣هـ، ٢٠١٢م.

(٤) أبوغدة، عبد الستار، **صناديق الاستثمار الإسلامية، دراسة فقهية تأصيلية موسعة**، ص: ٥٧٢، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون، سنة: ٢٠٠٧هـ، ٤٢٨هـ، م٢٠٠٧.

والتقليدية ولم يحصره في الصناديق الإسلامية، وبين أن للصندوق ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركة التي تدير صندوق، وله أيضا ذمة مالية مستقلة عن ذم الشركاء طيلة فترة الصندوق، فهذا التعريف أو سع من التعريف السابق حيث ذكر أن الاستثمار يتم بأنواع متعددة ومنها منتجات التمويل الإسلامية.

- **تعريف الصالحين:** صناديق الاستثمار: عبارة عن أوعية مالية تتولى جمع مدخرات المستثمرين وتوجيهها في الوجهة الاستثمارية المناسبة من خلال أدوات استثمارية متنوعة وصولاً إلى عوائد مناسبة من خلال تنوع وجه الاستثمار مما يقلل نسبة المخاطر إلى أدنى حد ممكن^(١).

ركز الصالحين في تعريفه على مسألة تنوع وجه الاستثمار من خلال الاستثمار في الأوراق المالية وصيغ التمويل الإسلامية، وهذا التنوع من شأنه تقليل المخاطر كما ذكر في التعريف فما يحصل خسارة مثلاً في الأوراق المالية يجبره الربح المتحصل من الاستثمار في التمويل الإسلامي وهكذا^(٢)، لكن الصالحين ومن سبقه من أصحاب التعريفات لم يذكروا طبيعة ملكية المستثمرين للصندوق وهذا أمر خلت منه غالب تعريفات المعاصرين للصناديق الاستثمارية الإسلامية.

- **تعريف مسودة سوق دبي لمعيار صناديق الاستثمار:** عرفت مسودة سوق دبي لمعيار صناديق الاستثمار بأنها: وعاء استثماري مستقل في ذمته المالية عن الجهة المنشئة له، يتكون من مساهمات مالية في صورة وحدات متساوية تمثل ملكية أصحابها في موجودات الصندوق مع استحقاق الربح والخسارة، ويدار إما بالمضاربة أو الوكالة بالاستثمار، ويبين نظام الصندوق الشروط الخاصة بإدارة الصندوق أو طلب القسمة والتصفية^(٣).

- **شرح محترزات التعريف:**

- **وعاء استثماري:** حيث بين الغرض من إنشاء الصندوق وهو الاستثمار لا الادخار.

(١) الصالحين، صناديق الاستثمار ص: ٤

(٢) المرجع السابق ص: ٧.

(٣) مسودة المعيار الرابع الخاص بصناديق الاستثمار الصادر عن هيئة الرقابة الشرعية في سوق دبي المالي ص: ٢، فقرة: ٢، ١.

- **مستقل في ذمته المالية:** هذا قيد مهم يبين طبيعة صناديق الاستثمار حيث إنها مستقلة في ميزانيتها عن الشركة التي أنشأت هذا الصندوق، فأرباحه توزع بين مدير الصندوق والمساهمين فيه، أما الخسائر فيتحملها أصحاب الصندوق فقط، كما أن المالكين لهذا الصندوق لا يملكون حصصا في ملكية الشركة المنشئة لهذا الصندوق^(١).
- **وحدات متساوية تمثل ملكية أصحابها:** فالملكية مقسمة على وحدات متساوية لكل وحدة قيمة نقدية محددة، فقد يكون أحد الأشخاص يملك وحدة واحدة وآخر يملك أكثر، وهذه الوحدات شائعة وتمثل نسبة ما يملكه الشخص في الصندوق، والغرض من قسمتها على شكل وحدات هوليسهل قسمة الأرباح والخسائر في مراحل عمر الصندوق المختلفة^(٢).
- **مع استحقاق الربح والخسارة:** وهذا القيد مهم حيث يظهر تكييف ملكية المساهمين في الصندوق، وأن تبني على أساس شركة الأموال العنان، وطبيعة الشركات في الفقه الإسلامي أن المساهمين فيها يستحقون الربح ويتحملون الخسائر، فتكون نسبة الربح معلومة عند بداية العقد، ويكون رأس المال معلوما كما في الوحدات المتساوية لحساب تحمل الخسائر^(٣).
- **ويدار إما بالمضاربة أو الوكالة بالاستثمار:** وهذا بيان لطريقة عمل الجهة المنشئة للصندوق، فتديره على أساس المضاربة أو الوكالة بالاستثمار، وهذا الغالب في عمل الصناديق الاستثمارية، ويكون من يتولى إدارة الصندوق مستقلا عن الجهة المنشئة له غالبا، وهذا يميز الصناديق عن المحافظ الاستثمارية التي يتولى فيها العميل إدارة محفظته بإدارة الشركة^(٤).
- **التعريف المختار لدى الباحث:**

(١) أبوغدة، عبد الستار، صناديق الاستثمار الإسلامية ص: ٥٧٢.

(٢) راجع: أبوغدة، عبد الستار، القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات الإسلامية (حسابات الاستثمار) ص: ١١٠٠، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، عدد ١٣، سنة ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠٢ م.

(٣) أبوغدة، صناديق الاستثمار ص: ٦٥٦.

(٤) الصلاحيين، صناديق الاستثمار ص: ٥.

التعريف المختار لدى الباحث لصناديق الاستثمار هو تعريف معيار سوق دبي لصناديق الاستثمار؛ وذلك لبيان حقيقة هذه الصناديق أنها شركة ذات وحدات متساوية، وهذه الوحدات تمثل ملكية أصحابها في الصناديق، كما بين أنها الصندوق مستقل بذمته المالية عن ذمة الشركة المنشئة وعن ذم المساهمين، وفيه استحقاق للربح والخسارة، وأن إدارة الصندوق متصور أن تكون عن طريق المضاربة -غالبا- أو عن طريق الوكالة بالاستثمار.

الفرع الثاني

تكيف صناديق الاستثمار الإسلامية

يتضح بعد ذكر مفهوم صناديق الاستثمار أن العلاقة فيها بين المساهمين في الصندوق وبين من يدير الاستثمار تكيف على أنها عقد مضاربة، حيث يكون المساهمون أرباب أموال، ومدير الاستثمار عاملا بهذا المال على ما يشترط له من ربح، ولا مانع في عقد المضاربة عند الفقهاء من تعدد رب المال ولا من تعدد العامل أيضا^(١)، وتكيف العلاقة بين المساهمين أنفسهم على أنها شركة أموال حيث إن حصصهم في الصندوق متساوية وشائعة لا يوجد فيها تمييز بين وحدات الصندوق^(٢).

وأما إذا كانت الإدارة مبنية على الوكالة بالاستثمار فيكون مدير الصندوق وكيلًا بالاستثمار من طرف المساهمين على مبلغ مقطوع يستحقه أو بنسبة معلومة من الأرباح المتحصلة يتفق عليها^(٣)، والمساهمون فيما بينهم تكون الشركة بينهم شركة أموال كما مر في الفقرة السابقة.

وأما إن كانت إدارة الصندوق على سبيل المشاركة بأن يخلط مدير الصندوق ماله مع أموال المساهمين فتكيف على أساس إنها شركة عنان شرط فيها العمل على أحد الشركاء،

(١) انظر: ابن قدامة، المغني: ٢٠ / ٥ و ٢١، والمعايير الشرعية، المعيار الشرعي السابع عشر الخاص بصكوك الاستثمار ص: ٤٧٥، فقرة: ٧/٥/١/٥، الناشر: دار الميمان، الرياض، سنة ١٤٢٧ هـ، ٢٠١٥ م، والكردي، أحمد الحجي، القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (حسابات الاستثمار المشتركة) ١٣/١٢٠، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامية بجدة، العدد ١٣، بحوث الدورة الثالثة عشرة المنعقدة في الكويت سنة: ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠١ م.

(٢) الصلاحين، صناديق الاستثمار ص: ٩.

(٣) أبوغدة، صناديق الاستثمار ص: ٥٧٧.

فيكون مدير الاستثمار في هذه الحالة شريكا وليس مديرا فقط^(١).

الفرع الثالث

أنواع صناديق الاستثمار الإسلامية

تنقسم الصناديق الاستثمار من حيث العموم إلى صناديق مغلقة وصناديق مفتوحة، وفيما يلي عرض موجز لها^(٢):

١- **الصناديق المفتوحة**: في هذا النوع من الصندوق يكون رأس المال فيه متغيرا غير ثابت، حيث يتيح للمشاركين في الصندوق الدخول والخروج منه متى أرادوا، وهذا مما يمتاز به هذا النوع من الصناديق حيث يتيح للمساهمين الدخول والخروج ما دام الصندوق قائما بنشاطه الاستثماري.

٢- **الصناديق المغلقة**: يتميز هذا النوع من الصناديق ببيان الهدف منه وعمر الصندوق ورأس مال الصندوق، فكل هذه الأمور تكون واضحة ثابتة، والأصل عدم جواز خروج أي مساهم طيلة فترة الصندوق، لكن يسمح بالخروج عن طريق البيع حيث لا تبقى حصته سائبة لا مالك لها؛ لأنه كما ذكر رأس المال فيه ثابت فلا بد من وجود مالك جديد يخلفه في ملكية حصته إذا أراد الخروج، وقد يتم بيعها لأحد المساهمين معه أو لشخص آخر من خارج الصندوق.

وهذان النوعان هما محل دراسة الإبراء-المبارأة- حيث قد يحرم المساهم من أرباح المدة التي مكثها عند توزيع الربح، وقد لا يحتمل الخسارة أيضا إذا ظهرت بعد خروجه من الصندوق، مع أن هذا الربح قد يكون ظهوره فترة وجوده في الصندوق فيكون نماء ماله وهو أحق به من غيره، ومثله الحال في الخسارة فقد تكون في الفترة التي كان فيها مساهما، فإذا تم إبراءه منه تحملها من خلفه في ملكيتها.

(١) المرجع السابق ص: ٥٧٨.

(٢) راجع: الصلاحين، صناديق الاستثمار ص: ١٠، وعوجان، صناديق الاستثمار الإسلامية ص: ٨٨.

المبحث الثاني

الإبراء من الأرباح في صناديق الاستثمار الإسلامية

الربح عند الفقهاء هو ما زاد عن رأس المال^(١)، وكما سبق من تكييف صناديق الاستثمار أنها إما أن تكيف على أنها مضاربة، فيكون ما زاد عن رأس المال المدفوع من قبل المساهمين ربحا يتقاسمونه مع مدير الصندوق باعتباره عاملا (مضاربا) بهذا المال، وإما أن تكيف على أساس الوكالة بالاستثمار فيكون المساهمون موكلين لمدير الاستثمار بالعمل فيكون الربح بينهم ومدير الاستثمار أجره عمله فقط، وإما أن تكيف على أساس الشركة بين المساهمين ومدير الاستثمار مع شرط العمل عليه، وكل هذه الأمور يتم بيانها والاتفاق عليها عند إنشاء الصندوق، لكن في بعض الأحيان يريد أحد المساهمين الخروج من الصندوق ومن الصعب إعطاؤه نصيبه من الأرباح لعدم انتهاء عمر الصندوق وتصفيته، والربح وإن كان يستحق بالظهور لكنه لا يلزم إلا بالقسمة^(٢)، فإذا أراد أحدهم الخروج صعب على مدير الاستثمار معرفة نصيبه من الربح إذا كثرت عمليات الدخول والخروج في هذا الصندوق^(٣)، فيخرج مع الإبراء من الأرباح، وهذا يعتمد بالنظر إلى الطريقة المعتمدة في توزيع الأرباح في هذه الصناديق.

المطلب الأول

طريقة حساب الأرباح وقسمتها في صناديق الاستثمار الإسلامية

تختلف طريقة قسمة الأرباح في الصناديق الاستثمارية بناء على التكييف الفقهي لهذه الصناديق، وقد سبق اختلاف طريقة عمل هذه الصناديق وتكييفها، فمنها ما يدار على أساس المشاركة ومنها على أساس المضاربة، ومنها على أساس الوكالة بالاستثمار.

(١) ابن قدامة، المغني: ٤١/٥، وقرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ٣٠ (٣/٤) الخاص بسندات المقارضة وسندات الاستثمار العنصر، الدورة الرابعة بجدة، سنة: ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي: ٣٠ (٣/٤) فقرة: ٧.

(٣) القصار، عبد العزيز خليفة، أحكام تكوين المخصصات في البنوك الإسلامية وأثرها على توزيع الأرباح ص: ٦١، بحث مقدم للمؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية المنعقد في الكويت سنة: ١٤٣٣هـ، ٢٠١١م.

أولاً: قسمة الأرباح على أساس المشاركة في صندوق الاستثمار:

الخلافاً لمعروف بين الفقهاء في جواز اختلاف الربح عن قدر حصة كل شريك في شركة العنان وما عليه العمل اليوم هو رأي الحنفية والحنابلة بجواز أن يأخذ الشريك العامل قدراً زائداً على حصته لتأثيره عمله^(١).

تطبيق هذا على الأرباح في صناديق الاستثمار:

على ضوء ما سبق وما إذا كانت إدارة حساب الاستثمار على أساس المشاركة كما ذكر إمكانية ذلك عبدالستار أبوغدة فتقسم الأرباح بين الشركاء (المساهمين ومدير الاستثمار) على النحو التالي:

- مدير الاستثمار: سيأخذ ما يقابل حصته من رأس المال، وزيادة على ذلك مقابل عمله وخبرته.
- المساهمون: كل مساهم يأخذ قدراً أقل من حصته؛ لأن جزءاً من نصيبه سيأخذه مدير الاستثمار كزيادة له مقابل إدارته للصندوق.

ثانياً: قسمة الأرباح على أساس عقد المضاربة في صندوق الاستثمار:

اتفق الفقهاء في المذاهب الأربعة أن الربح يستحقه العامل بعمله، ويشترط أن يكون معلوماً بجزء شائع كالنصف أو الثلث أو ١٠٪ أو ٣٠٪ كما في التعبير المعاصر، وبناء على هذا الاشتراط عند عامة الفقهاء يستحق كل من المساهمين (أرباب الأموال) ومدير الاستثمار (العامل) نصيبه من الربح بالشرط بجزء شائع معلوم^(٢).

ولا يجوز أن يعطى أحد الطرفين نصيباً مقدراً بجزء غير شائع كمائة دينار مثلاً، لكن حصل الخلاف بين العلماء في أن يعطى العامل قدراً زائداً على نصيبه الشائع كحافز أداء له على حسن الإدارة^(٣)، فيأخذ لوحده إذا ما زادت الأرباح المتحصلة على الأرباح المتوقعة،

(١) راجع: الكاساني، بدائع الصنائع: ٦/٦٢، العيني، البناية: ٧/٢٩٨، الصاوي، بلغة السالك: ٣/٤٦٨، عليش، منح الجليل: ٦/٢٦٩، الماوردي، الحاوي الكبير: ٦/٤٧٣، الشربيني، مغني المحتاج: ٣/٢٢٨، ابن قدامة، المغني: ٥/٢٣، البهوتي، كشف القناع: ٣/٤٩٨.

(٢) راجع: العيني، البناية: ١٠/٤٧، الصاوي، بلغة السالك: ٣/٦٨٢، الشربيني، مغني المحتاج: ٣/٤٠٣، البهوتي، كشف القناع: ٣/٥٠٨.

(٣) ويعرف حافز الأداء بأنه ما يعطى للمدير علاوة على ما يستحقه بأصل العقد عند توافر شرطه، انظر: العنزي، إدارة الحساب الاحتياطي ص: ١٩٢.

وصورة المسألة: أن يشترط مدير الاستثمار لنفسه ثلث الأرباح مثلا والباقي للمساهمين في الصندوق، ثم يشترط أن هذه الحصص تقسم إذا لم يتجاوز الربح ٥ ٪ من قدر رأس المال، فإن زادت كان الزائد له وحده يستأثر به لنفسه، وفيما يلي عرض للخلاف:

القول الأول: لا مانع شرعا من إعطاء المضارب ما زاد عن النسبة المتوقعة في الربح، وبهذا أخذ مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(١)، وندوة البركة^(٢)، والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٣)، وغالب المعاصرين منهم الصديق الضيرير^(٤)، أحمد الكردي^(٥)، وعبد الستار أبوغدة^(٦)، يوسف الشبيلي^(٧)، واستدلوا بما يلي:

أ- ما أخرجه البخاري تعليقا عن ابن عباس رضي الله عنهما: (لا بأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا، فهولك)، وقال ابن سيرين: إذا قال: بعه بكذا، فما كان من ربح فهولك، أو بيني وبينك، فلا بأس به^(٨).

وجه الدلالة: الحديث واضح الدلالة في جواز أن يشترط رب المال ما زاد على القدر الذي

(١) مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قرار رقم: ١٢٣ (٥/١٣)، البند العاشر.

(٢) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ندوة البركة الأولى للاقتصاد الإسلامي رقم (٤/١) ص: ١٧، الناشر: مجموعة دلة البركة بجدة، الطبعة السادسة سنة: ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، جمع وتنسيق: عبد الستار أبوغدة وعز الدين خوجة.

(٣) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية: المعيار الشرعي رقم ١٣ الخاص بالمضاربة ص: ٣٧٣، فقرة ٥/٨، والمعيار الشرعي رقم ٤٠ الخاص ب: توزيع الأرباح في الحسابات الاستثمارية ص: ١٠١٦، فقرة ٤/٤.

(٤) الضيرير، الصديق محمد الأمين، **الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي** ص: ٥٢٣، كتاب منشور ضمن سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، الطبعة الثانية: ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.

(٥) الكردي، القراض أو المضاربة المشتركة: ١١٣٢/١٣.

(٦) أبوغدة، بحث المضاربة المشتركة: ١١٠٥/١٣.

(٧) الشبيلي، يوسف بن عبد الله، إدارة الحساب الاحتياطي (الفائض في هيكله الصكوك ص: ١٧٠)، بحث مقدم لندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة، سنة: ١٤٣٣هـ، ٢٠١١م.

(٨) البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (ت: ٢٥٦هـ)، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، المعروف ب: صحيح البخاري**، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسة: ٩٢/٣، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، تحقيق: محمد زهير الناصر.

يرضى به لمن يعمل على ماله، وهو قول صحابي فيعتبر حجة مالم يخالف نصا من الكتاب أو السنة^(١).

ويناقش هذا الدليل بأن المقصود به الأجرة أو الوكالة، ولا تدخل المضاربة فيه فإنه يشترط لها تحديد الربح بنسبة شائعة تشمل جميع الربح، أما الصورة التي يتكلم عنها ابن عباس رضي الله عنهما هي من باب توكيل صاحب الثوب ببيعه وليس المضاربة به، ويفهم أيضا أن الحديث مقصود به الإجارة ترجمة البخاري له حيث ترجم له بقوله (باب أجرة السمسرة)^(٢)، وتناول ابن قدامة لهذا الأثر في أبواب الإجارة^(٣).

ب- إن هذا الشرط لا يؤدي إلى قطع الاشتراك في الأرباح، بل يحصل الاشتراك في قدر معين وما زاد عليه يكون وعدا بالهبة للمضارب^(٤).

نوقش هذا الاستدلال بأن الفقهاء اشترطوا الاشتراك في الربح بنسبة شائعة^(٥)، والربح هو ما زاد على رأس المال، فيكون مرادهم الاشتراك في كل ما يحصل، ولقد استأثر أحد العقادين هنا فيما زاد على الربح المتوقع^(٦).

ج- إن استئثار مدير الاستثمار بما زاد عن الأرباح المتوقعة وكيف على أنه وعد بالهبة من المساهمين في الصندوق، والهبة عقد جائز^(٧).

ويجاب عنه بأن عقد الهبة يشترط له تحقق الإيجاب الدال على الرضا من الواهب^(٨)، وفي هذه المسألة الرضا فيها غير متحقق بل إن المساهم مجبر على قبول عقد المساهمة في الصندوق بكل بنوده، فلو اعتبرنا هذا الأمر هبةً لكانت فاسدة لاختلال شرط الرضا.

(١) الشيبلي، إدارة الحساب الاحتياطي ص: ١٦٩.

(٢) البخاري، الصحيح: كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة: ٩٢/٣.

(٣) ابن قدامة، المغني: ٣٦٧/٥.

(٤) أبوغدة، بحث المضاربة المشتركة: ١١٠٥/١٣.

(٥) راجع: العيني، البناية: ٤٧/١٠، الصاوي، بلغة السالك: ٦٨٢/٣، الشربيني، مغني المحتاج: ٤٠٣/٣، البهوتي، كشاف القناع: ٥٠٨/٣.

(٦) المصري، رفيق يونس، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص: ١٧٧، الناشر: دار المكتبي، دمشق، الطبعة الثانية: ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.

(٧) أبوغدة، بحث المضاربة المشتركة: ١١٠٥/١٣.

(٨) راجع: العيني، البناية: ١٠/١٦٣، القرافي، الذخيرة: ٢٢٨/٦، الشربيني، مغني المحتاج: ٥٦٠/٣، البهوتي، كشاف القناع: ٢٩٨/٤.

القول الثاني: لا يجوز اشتراط مدير الاستثمار بأخذ ما زاد عن النسبة المتوقعة للأرباح، وبهذا القول أخذ بعض المعاصرين منهم: رفيق المصري^(١) وخرجه على قول الفقهاء في المذاهب الأربعة، واستدل بما يلي:

أ- إن وجود مثل هذا الشرط يؤدي إلى قطع الشركة فيما زاد على النسبة المتوقعة، وقد اشترط الفقهاء أن يكون نصيب العامل أو رب المال مشاعاً فيما يحصل من ربح، ومع هذا الشرط لم يأخذ شيئاً من الزائد^(٢).

نوقش هذا الاستدلال: أن الشركة في الربح حاصلة فيما دون النسبة المتوقعة، فقد تحقق شرط الاشتراك في الربح^(٣)، وما زاد عنها يعتبر هبة وتنازلاً من المساهمين برضاهم. **ويجاء عن هذه المناقشة** بما ناقش به رفيق المصري الدليل الثاني والثالث من أدلة القول الأول.

ب- إن القول بجواز هذه الصورة لم يبين على نصوص شرعية ويخالف قول عامة الفقهاء، والقائلون بجوازها استندوا للمصلحة، ولم يبينوا ما وجه المصلحة فيها^(٤).

يناقش هذا الدليل بأن المصلحة ظاهرة في جواز هذا الشرط، وهي حث العامل على الاجتهاد والعمل برأس المال، والقول بجواز هذه الصورة غير منحصر للمؤسسات المالية، بل لكل شخص يعمل بمال غيره فيجوز له استئثاره بما زاد عن الربح المتوقع، وهذا فيه **مصلحة لرب المال** فيحصل على الربح الذي يقنع به، ويطمئن إلى عدم كسل العامل في العمل واستثمار ماله.

ج- إن هذا الشرط يمكن أن يتخذه رب المال ذريعة للحصول على الربح فيما لو كان الشرط لصالحه، أو يتخذه العامل ذريعة للحصول على أجرة ثابتة^(٥)، فربما يحدد أحدهما نسبة دون المتوقعة وهو يعلم حصول ربح أعلى منها ليستأثر بالقدر الزائد على المتفق

(١) المصري، بحوث في فقه المعاملات ص: ١٧٧.

(٢) المصري، بحوث في فقه المعاملات ص: ١٧٩.

(٣) الخفيف، الشيخ علي محمد (ت: ٣٩٨ هـ، ١٩٧٨ م)، **الشركات في الفقه الإسلامي** ص: ٩٤، الناشر: دار الفكر العربي، القاهرة، سنة: ١٤٣٠ هـ، ٢٠٠٩ م، تنفيذ هناء شعبان.

(٤) رفيق المصري، بحوث في المعاملات ص: ١٧٨.

(٥) المرجع السابق.

عليه .

ويناقش هذا الشرط بأنه يمكن أن يكون ذلك ذريعة للربا لو أجزنا اشتراطه لرب المال، وانتفت المصلحة من هذا الشرط لو وضعها رب المال؛ لأن القصد هو تحفيز العامل ليجتهد ويحصل على مال زائد على ربحه، أما اشتراطه لمصلحة العامل ففيه مصلحة العاقدين، ويعتبر هبة وليس أجره حتى تمنع أو تدخلها شبه الربا لكونها للمضارب وليست لرب المال

الرأي المختار:

الرأي المختار لدى الباحث هو القول الأول القاضي بجواز هذا الشرط لمدير الاستثمار (العامل) لما فيه من المصلحة المتحققة للعاقدين، ولا يوجد مانع من الناحية الفقهية حيث لم تنقطع الشركة في الأرباح، ولقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة^(١)، لكن ينبغي مراعاة نص قرار مجمع الفقه الذي أجاز ذلك للمضارب فقط، أما جوازه للعاقدين فيه شبهة للربا كما أنه لا يحقق فائدة للطرفين بل الفائدة لرب المال فقط، ولا يتصور من الناحية العملية قبول أحد مدراء الاستثمار باشتراط المساهمين ما زاد عن الربح لهم فقط، وهذه المسألة من صورة الإبراء من الأرباح في الصناديق الاستثمارية كما سيأتي في المطلب التالي.

ثالثاً: قسمة الأرباح على أساس الوكالة بالاستثمار:

الوكالة بالاستثمار: هي إنابة الشخص غيره لتنمية ماله بأجرة أو بغير أجره^(٢)، والأصل فيها استحقاق الوكيل أجره بمبلغ مقطوع، أو بنسبة معلومة من المال المستثمر، ويمكن ربطها بمؤشر منضبط معلوم للوكيل والموكل يكون مرجعا للأجرة خلال فترات معينة لتعديلها بالزيادة أو النقصان، كما يجوز للوكيل أن يشترط لنفسه ما زاد عن الربح المتوقع كحافز أداء له كما مر في المسألة السابقة^(٣).

ويظهر من العرض السابق الشبه الكبير بين الوكالة بالاستثمار وبين المضاربة إلا أن بينهما فروقا جوهرية منها: أن المضارب يستحق نصيبه من الربح إن وجد فإن لم يوجد

(١) راجع: السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر ص: ٦٠، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: الأولى، ٤١١ هـ، ١٩٩٠ م، وابن نجيم، الأشباه والنظائر ص: ٥٦.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم ٤٦ الخاص بـ(الوكالة بالاستثمار) ص: ١١٤٣، فقرة: ١/٢.

(٣) المرجع السابق ص: ١١٤٤، فقرة ١/٥، وفقرة ٤/٥.

فلا شيء له، أما الوكيل بالاستثمار فيستحق نصيبه - غالباً - بمبلغ مقطوع حصل الربح أو لم يحصل، كما أن رب المال لا يجوز له التدخل بعمل المضارب أبداً، أو الموكل فيجوز التدخل في قرار الوكيل فيوجهه أو يشترط عليه خلال فترة الوكالة^(١).

رابعاً: قسمة الأرباح على حساب النمر:

المراد بطريقة النمر: تكون عن طريق النظر إلى المبالغ المستثمرة وإلى المدد التي مكنتها في وعاء الاستثمار، وطريقة النمر أحد عنصرها الأموال، والعنصر الآخر هو الزمن، بمعنى يحدد لكل وحدة قيمة نقدية كألف دينار مثلاً، ووحدة أخرى للزمن كثلاثة أشهر مثلاً لا يجوز أن يقل عنها، وعند قسمة الأرباح ينظر إلى هذه الوحدات وكل شخص كم يملك منها^(٢).

وهذه الطريقة تكون خاصة بقسمة الربح بين المودعين والمساهمين فقط، ولا يدخل مدير الاستثمار معهم في حساب النمر إلا إن خلط أمواله معهم، فيعطى مدير الاستثمار (العامل) نصيبه من الربح ثم الباقي يقسم على حساب النمر؛ لأن طريقة النمر تقسم الربح على أساس المال ومدة مكثه في الصندوق وليس على العمل، والعامل يستحق بعمله؛ لأنه لا مال له^(٣).

وهي طريقة جائزة لا تؤدي إلى قطع الشركة، وهي مبنية على أساس قسمة الربح على المال كما، والفقهاء مجمعون على أن الأصل قسمة الربح حسب المال، لكن انضم إليه اعتبار الزمن فمن مكث ثلاثة أشهر في الصندوق يعطى أقل ممن مكث ستة أشهر مثلاً، وهي أعدل الطرق المحاسبية فيما يخص المضاربة الجماعية وإن كان فيها جهالة، إلا أن مصلحة المضاربة الجماعية تخفف هذه الجهالة، والشركات يغتفر فيها ما لا يغتفر في المعاضات^(٤)،

(١) أبوغدة، الوكالة بالاستثمار ص: ٣٢٢، بحث مقدم لندوة البركة الرابعة والثلاثون للاقتصاد الإسلامي بجدة، سنة: ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.

(٢) قد أخذ بذلك مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قرار رقم: ١٢٣/١٣ (٥/١٣) الخاص بالقراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (حسابات الاستثمار) البند السابع، الدورة الثالثة عشرة بالكويت سنة: ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، وندوة البركة الحادية عشرة المقامة في جدة بهذه الطريقة في قسمة الأرباح والخسائر في الصناديق الاستثمارية وغيرها، وقررت بأنها أعدل الطرق المعاصرة في قسمة الأرباح والخسائر. راجع أبوغدة، المضاربة المشتركة: ١٣/١١٠٠.

(٣) أبوغدة، المضاربة المشتركة: ١٣/١١٠٠، والكرد، القراض أو المضاربة المشتركة: ١٣/١١٣٠.

(٤) المراجع السابقة.

وقسمة الربح على أساس حساب النمر مجال واسع لتطبيق أحكام الإبراء في الصناديق الاستثمارية؛ لأن أحد عنصرَي حساب النمر المدة الزمنية.

المطلب الثاني

الإبراء من الأرباح في صناديق الاستثمار الإسلامية

مر في المطلب السابق الحديث عن طرق قسمة الأرباح المتصورة في إدارة صناديق الاستثمار، وتم ذكر أن غالب أشكال الإبراء تكون عن الربح الزائد عن النسبة المتوقعة (حافز الأداء) واختار الباحث جواز هذا الأمر، كما أن هناك صورة في الإبراء من الربح عند تخارج أحد المساهمين في الصندوق.

أولاً: الإبراء عن الأرباح الزائدة عن النسبة المتوقعة:

تم تناول مسألة اشتراط مدير الاستثمار ما زاد عن النسبة المتوقعة للأرباح:

واختار الباحث رأي جمهور المعاصرين القائلين بجواز ذلك لما يكتنف هذا الشرط من رضا العاقدين وتحقيق: المصلحة لهما، فالمساهمون قانعون بنسبة معينة، وأن وعد مدير الاستثمار بما زاد من الأرباح باعث له على الاجتهاد وحفظ أموالهم.

وتنازل المساهمين عن هذه الأرباح الزائدة يعتبر إبراء منهم عن حقهم في هذا القدر من الأرباح؛ لأن الأصل ثبوت حقهم في كل ما يحصل من ربح قل أو كثر، لكنهم أسقطوا حقهم في القدر الزائد عن المتوقع وهذه حقيقة الإبراء، لكن يقع إشكال هنا: وهو أن هذا القدر مجهول بالنسبة إليهم، فقد يكون كثيراً أو ضعف القدر المتوقع، ولو علموا بهذا الأمر لما تنازلوا عنه.

وهذا الأمر يعود إلى مسألة اشتراط العلم في الحق المبرأ منه^(١) واختار الباحث رأي جمهور الفقهاء بعدم اشتراط العلم بين طرفي الإبراء بقدر الحق المبرأ منه إن كان الإبراء على جميع الحق، وفي هذا المسألة يسقط المساهمون جميع حقهم في القدر الزائد فصح هذا الإبراء من قبلهم، لكن يوصي الباحث مدير الاستثمار بالشفافية حال تقدير القدر المتوقع للأرباح حسب طبيعة السوق ونوع نشاط الصندوق حتى لا يغيب المساهمون بإعلان قدر ضئيل يتوقع حصول أعلى منه في غالب الأحوال.

(١) راجع الخلاف في هذا الشرط عن الحديث عن شروط الحق المبرأ هامش: ٥٨.

ثانيا: الإبراء من الأرباح حال تخارج المساهم من الصندوق:

يطلق الفقهاء مصطلح التخارج في مسائل المواريث غالبا ويريدون به إخراج بعض الورثة عما يستحقه في التركة بمال يدفع إليه^(١)، ويستعمل أيضا في باب الشركات فيقال: تخارج الشركاء أي خرج كل واحد من شركته عن ملكه إلى صاحبه بالبيع^(٢)، وجاء تعريف **التخارج في فتوى ندوة البركة، الندوة العاشرة - (التخارج عبارة عن بيع حصة في أعيان مشتركة على سبيل التسامح في تكافؤ المبيع مع الثمن، وهو من قبيل الصلح، ومع أن الأصل تطبيقه في التركات فإن الحاجة تدعو إلى تطبيقه في الشركات، فيجوز التخارج بين الشركاء في الحسابات الاستثمارية أو الصناديق)**^(٣).

كما ورد في فتوى ندوة البركة أن التخارج منطبق على الشركات، وذكرت الفتوى أنه يبني على سبيل التسامح، وأنه من قبيل الصلح: أي صلح المعاوضة^(٤)، وهذا التسامح يكون عند تقدير القيمة النقدية لحصة الشريك؛ ولأن حصته شائعة في موجودات الصندوق الاستثماري.

هذا معنى التخارج في الصناديق الاستثمارية وغيرها من أشكال الاستثمار الجماعي في زمننا، والذي يتعلق بموضوع الدراسة أن بعض البنوك الإسلامية تلزم العميل بالتنازل عن الأرباح الحاصلة زمن وجوده في الصندوق، كما تبرئ العميل من تحمل الخسائر التي حصلت فترة وجود حصته في الصندوق، ويكون أخذ الأرباح وتحمل الخسائر ليس بالضرورة لمن يخلفه في حصته، بل يكون للأشخاص الموجودين وقت انتهاء الصندوق. وفي بعض أشكال الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية يشترط على العميل شرط

(١) العيني، البناية: ٣٨/١٠.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٥/١١.

(٣) قرارات ندوات البركة ص: ١٧٨، قرار ٨/١٠.

(٤) صلح المعاوضة هو الذي يكون على غير العين المدعاة، وهذا النوع جائز باتفاق العلماء، ويأخذ أحكام البيع إن كان على عين، وأحكام الإجارة إن كان على منفعة، راجع: ابن عابدين، رد المحتار ٥/٦٣٠، عليش، منح الجليل: ١٣٦/٦، الجويني، أبوالمعالى عبد الملك بن عبد الله (ت: ٤٧٨هـ)، **نهاية المطالب في دراية المذهب**: ٦/٤٤٨، الناشر: دار المنهاج، الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، تحقيق: أ.د. عبد العظيم الديب، وابن مفلح، أبواسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد (ت: ٨٨٤هـ)، **المبدع في شرح المقنع**: ٤/٢٦٢، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.

الإبراء من الأرباح، يكون المبرئ فيه المساهم في الصندوق بتنازله عن أرباحه المتوقعة، والمبرأ مدير الاستثمار، ويعتري هذا الأمر كما في المسألة السابقة مسألة اشتراط العلم في المبرأ منه من عدمه، وقد اختار الباحث جواز ذلك حال الإبراء بكل الحق.

والسبب الذي من أجله اشترطت المؤسسات المالية الإسلامية هذا الأمر هو صعوبة الأمر من الناحية المحاسبية؛ وذلك لكثرة المساهمين وتبدلهم في الدخول بالصندوق والخروج منه^(١)، وقد عرض هذا الأمر على الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي فيما يتعلق بحسابات التوفير، التي تأخذ الشكل الاستثماري بطريق المضاربة، ونص الفتوى: (إن أقرب الآراء إلى العدالة التي تتفق مع قواعد الشريعة السمحة من غير تعقيد، ولا تحكم في عملاء البنوك الإسلامية، هي أن صاحب الوديعة الاستثمارية إن اضطر إلى سحبها أو سحب جزء منها أثناء السنة المالية، ورضي البنك بردها إليه، أن لا يحاسب على المكسب أو الخسارة في الحال، بل عند تمام السنة المالية، فإن تبين له ربح أعطي له، وإن تبين خسارة فإن للبنك حق الرجوع عليه، كما له حق التنازل عن هذه الخسارة، وتحتسب الأرباح والخسارة بنسبة المدة التي كانت فيها الوديعة مستثمرة لدى البنك طالت المدة أو قصرت)^(٢)، فالهيئة الشرعية لبيت التمويل جرت على الأصل العام في الشريعة وهو إيصال الحقوق إلى أهلها، وقيدت هذا الأمر حال التبين من الأرباح والخسائر للمودع.

لكن بعض الباحثين رأى صعوبة ذلك؛ لأن العرف المصري في الاستثمار قائم على المضاربة المستمرة التي تستلزم كثرة دخول المودعين وخروجهم، ويعسر معه معرفة هذا الربح له أم لغيره، فيقتضي موافقة العميل على مبدأ الإبراء حال عجز البنك عن إيصال حقه إليه^(٣)، وذهبت ندوة البركة لمثل هذا الرأي وعللته بأن المساهم لما قام بعملية التخارج أخذ ما يقابل حصته وأخذ الربح إن كانت القيمة تساوي قيمة حصته والربح معاً، إن كانت القيمة التي أخذها المساهم تساوي قيمة حصته فقط فقد سلم له رأس ماله، ويحل محله المتخارج معه فيما كان يستحقه من أرباح بعد ذلك^(٤).

(١) القصار، أحكام تكوين المخصصات في البنوك الإسلامية ص: ٦١.

(٢) فتاوى بيت التمويل: ١٦٩/٢، فتوى رقم: ٥٣١.

(٣) القصار، أحكام تكوين المخصصات في البنوك الإسلامية ص: ٦٢.

(٤) قرارات تدوات البركة ص: ١٧٩، قرار: ٨/١٠، فقرة: ب.

ويرى الباحث أن كلا من القولين السابقين ينطبق على نوع محدد من أنواع الصناديق الاستثمارية، وأنه ينبغي التفريق بين نوعين من صناديق الاستثمار: الصناديق المفتوحة التي يتبدل المساهمون فيها بكثرة، والصناديق المغلقة التي لا يتبدل المساهمون في الأصل إلا بنواح ضيقة^(١)، ففي الصناديق المفتوحة يؤخذ بمبدأ إلزام المساهم بالإبراء ولا يحصل على الأرباح إلا من كان مساهماً في الصندوق عند التوزيع كل بقدر حصته، أما في الصناديق المغلقة التي لا يعسر معها معرفة كم مدة بقاء كل شخص في الصندوق، حيث أسماء المساهمين معروفة ولا يسمح لهم بالخروج من الصندوق إلا في حدود ضيقة، وإن حصل خروج أحدهم من الصندوق فمن السهل معرفة وقت خروجه، كما يسهل معرفة اسم المساهم الجديد الذي خلفه في ملكية حصته؛ لأن الأصل إيصال الحق لأهله وإعطاء نصيبه من الربح بقدر حصته في المدة التي مكث فيها.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

١. الإبراء هو: هبة صاحب الحق الدين لمن عليه ويتم من غير قبول وعدم وجود رد.
٢. لا يشترط علم مقدار الحق المبرأ منه إذا كان الإبراء على جميع الحق، ويشترط العلم به إذا كان الإبراء على جزء منه.
٣. يجوز أن يشترط مدير الاستثمار لنفسه ما زاد عن الربح المتوقع ويعتبر إبراءً من المساهمين عن هذا الحق.
٤. يجب أن يكون اشتراط مدير الاستثمار لنفسه كل ما زاد عن الربح المتوقع وليس بعضه؛ لأنه قدر مجهول، والجهالة في الحق المبرأ جائزة في الإبراء الكلي فقط، ولا تجوز في الإبراء الجزئي.
٥. يكون المساهم هو المبرئ وصاحب الحق الذي تنازل عنه لصالح مدير الاستثمار، ويكون المبرأ مدير الاستثمار والمساهمين الباقين في حال التخارج من الصندوق.
٦. يجوز اعتماد مبدأ الإبراء من الأرباح في صناديق الاستثمار المفتوحة، ولا يجوز

(١) راجع هامش: ٥٤.

اعتمادها في صناديق الاستثمار المغلقة إلا عند ثبوت العجز عن معرفة صاحب الربح.

ثانياً: التوصيات:

١. يوصي الباحث شركات الاستثمار الإسلامية بتقدير الأرباح حسب حالة السوق وقت إنشاء صناديق الاستثمار، وضرورة العمل على إيصال الربح لصاحبها متى ما أمكن ذلك، ولا يصار إلى الإبراء إلا عند صعوبة ذلك.
٢. يوصي الباحث بدراسة تحمل الخسارة في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، وإيجاد حلول لمواجهةها وعدم الإكثار من المخصصات والاحتياطات؛ لما لها تأثير ظاهر على قسمة الأرباح.

المصادر والمراجع

١. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي (هـ: ١٢٥٢هـ)، مجموعة رسائل ابن عابدين، بدون بيانات نشر
٢. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي الحنبلي (ت: ٦٢٠هـ)، المغني شرح مختصر الخرقي، الناشر: مكتبة القاهرة، ٣٨٨هـ، ١٩٦٨م.
٣. ابن مفلح، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن مفلح الصالحي الحنبلي (ت: ٧٦٣هـ)، الفروع، مؤسسة الرسالة، الأولى: ٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م، تحقيق: عبد الله التركي.
٤. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (ت: ٩٧٠هـ) الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، الأولى: ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
٥. أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني (ت: ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، الناشر: المكتبة العصرية، بيروت، بدون طبعة، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.
٦. أبو غدة، عبد الستار، صناديق الاستثمار الإسلامية، دراسة فقهية تأصيلية موسعة، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون، سنة: ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.
٧. أبو غدة، الوكالة بالاستثمار، بحث مقدم لندوة البركة الرابعة والثلاثون للاقتصاد الإسلامي بجدة، سنة: ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
٨. البابر تي، أكمل الدين محمد بن محمود (ت: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، الناشر: دار

- الفكر، بدون طبعة.
٩. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (ت: ٢٥٦هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، المعروف ب: صحيح البخاري، الناشر: دار طوق النجاة، بيروت، الطبعة الأولى: ٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، تحقيق: محمد زهير الناصر.
١٠. البعلبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح (ت: ٧٠٩هـ)، المطلع على أبواب المقنع، الناشر: مكتبة السوادي، جدة، الطبعة الأولى: ٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، تحقيق: محمود الأرنؤوط وياسين الخطيب.
١١. البهوتي، منصور بن يونس (ت: ١٠٥١هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، الناشر: دار الفكر وعالم الكتب، بيروت، ٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
١٢. الخفيف، علي محمد (ت: ٣٩٨هـ)، الشركات في الفقه الإسلامي، الناشر: دار الفكر العربي، القاهرة، سنة: ٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م، تنفيذ: هناء شعبان.
١٣. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت: ٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة.
١٤. الزحيلي، وهبة مصطفى (ت: ٤٣٧هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته، الناشر: دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية عشرة، بدون تاريخ.
١٥. السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد (ت: ٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة بيروت، بدون طبعة، تاريخ ٤١٤هـ، ١٩٩٣م.
١٦. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ٤١١هـ، ١٩٩٠م.
١٧. شاهين، محمد، تقييم وتحليل محافظ الأوراق المالية، الناشر: دار حميثرا للنشر والترجمة، القاهرة، سنة ٢٠١٧م.
١٨. الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
١٩. الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت: ١٢٤١هـ)، بلغة السالك لأقرب

- المسالك، القاهرة، دار المعارف، بدون تاريخ.
٢٠. علي حيدر، خواجه أمين أفندي (ت: ٣٥٣ هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، الناشر: دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١١ هـ، ١٩٩١ م، تعريب: فهمي الحسني.
٢١. عليش، محمد بن أحمد المالكي (ت: ٢٩٩ هـ) منح الجليل شرح مختصر خليل، الناشر: دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ١٤٠٩ هـ، ١٩٨٩ م.
٢٢. العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد الغيتابي (ت: ٨٥٥ هـ)، البناية شرح الهداية، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠ م.
٢٣. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: ٦٨٤ هـ)، الذخيرة، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى سنة: ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م، تحقيق: محمد حجي وآخرون.
٢٤. القونوي، قاسم بن عبد الله الرومي الحنفي (ت: ٩٨٧ هـ) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، الناشر: الكتب العلمية، سنة ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٤ م.
٢٥. الكاساني، ملك العلماء أبوبكر مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧ هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦ م.
٢٦. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (ت: ٤٥٠ هـ) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٩ هـ، ١٩٩٩ م، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود.
٢٧. المصري، رفيق يونس، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، الناشر: دار المكتبي، دمشق، الطبعة الثانية: ١٤٣٠ هـ، ٢٠٠٩ م.
٢٨. المغربي، محمد الفاتح محمود، التمويل والاستثمار في الإسلام، الناشر: دار الجنان، عمان، الطبعة الأولى: ١٤٣٨ هـ، ٢٠١٦ م.
٢٩. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الأولى من سنة ١٤٠٤ هـ، ١٩٨٣ م إلى سنة ١٤٢٧ هـ، ٢٠٠٦ م.
٣٠. نزيه حماد، عقد الصلح في الشريعة الإسلامية، الناشر: دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٦ هـ، ١٩٩٦ م.

القرارات والتوصيات:

١. قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، الناشر: مجموعة دلة البركة بجدة، الطبعة السادسة، سنة: ٤٢٢ هـ، ٢٠٠١ م، جمع وتنسيق: د. عبد الستار أبوغدة وعز الدين خوجة.
٢. المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، الناشر: دار الميمان، الرياض، سنة ٤٣٧ هـ، ٢٠١٥ م.

Copyright of Journal of Sharia & Islamic Studies is the property of Kuwait University, Academic Publication Council and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.