



جامعة دمشق
كلية الحقوق

النظام القانوني للموارد المالية ومجالات استثمارها في المصارف الإسلامية

(دراسة مقارنة بالبنوك التجارية)
أطروحة علمية لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الطالب:

بليغ عبد النور حاتم المخلافي

الأستاذ المشرف:

أ.د/ جمال الدين مكناس

أستاذ القانون التجاري والبحري
كلية الحقوق - جامعة دمشق

2011م



جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون التجاري

النظام القانوني للموارد المالية ومجالات استثمارها في المصارف الإسلامية

(دراسة مقارنة بالبنوك التجارية)

أطروحة علمية لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الطالب:

بليغ عبد النور حاتم المخلافي

وتتكون لجنة الحكم والمناقشة من السادة:

- أ. د. إلياس حداد: كلية الحقوق-جامعة دمشق-قسم القانون التجاري. عضواً
- أ. د. جمال مكناس: كلية الحقوق-جامعة دمشق-قسم القانون التجاري. عضواً مشرفاً
- أ. د. محمد فاروق أبو الشامات: كلية الحقوق-جامعة دمشق-قسم القانون التجاري. عضواً
- أ. د. مؤيد عبيدات: كلية الحقوق-جامعة الشرق الأوسط-الأردن-قسم القانون التجاري. عضواً
- أ. د. موسى ميري: كلية الحقوق-جامعة دمشق-قسم القانون التجاري. عضواً

نوقشت في ٢٠١١/٢/٢٠

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ)

سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿٣٢﴾

(سورة البقرة آية (٣٢))

إهداء

إلى ...

من بفضلهم بعد الله سبحانه وتعالى حققت ما أنا فيه
تقديرًا وعرفانًا

وطني الحبيب:
(بلد الحكمة) / الجمهورية اليمنية

وطني الثاني:
(قلب الأمة العربية) / الجمهورية العربية السورية

إلى ...

- روح والديّ
- زوجتي الحبيبة
- أبنائي: إلياس- رحمة- أحمد
- أخواني وأخواتي الأعزاء، وفي مقدمتهم الاستاذ/ عبد الله عبد النور حاتم
- الدكتور/ محمد سرحان سعيد
- الدكتور/ محمد ناجي الدعيس
- جميع أسرتي

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق محمد (صلى الله عليه وسلم) الصادق الأمين. . . وبعد

فقد منَّ الله سبحانه وتعالى عليَّ من فضله وأعانني بتوفيق منه على إنهاء هذا العمل وتقديمه بهذه الصورة التي أرجو أن تكون حسنة وذات فائدة مرجوة، أتوجه إليه بالحمد والشكر على نعمه وتوفيقه، فله الحمد وله الفضل أولاً وأخيراً، وما التوفيق إلا من عنده وبه. ويطيب لي بعد أن أنهيت بحثي هذا أن أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى العالم الجليل والمربي الفاضل الأستاذ الدكتور/ جمال الدين مكناس-أستاذ القانون التجاري بجامعة دمشق- الذي لم يخل عليَّ بالجهد والوقت وتذليل ما واجهني من صعوبات أثناء البحث، إلى جانب توجيهاته العلمية وملاحظاته الرشيدة، فكانت خير مرشد لي، وأعانتني كثيراً إلى أن خرج هذا البحث إلى حيز الوجود الذي آمل التوفيق فيه، فله مني جُلَّ آيات التقدير وأسمى آيات الاحترام، أطال الله في عمره ومتعه بالصحة والعافية والتوفيق وجعله مناراً لطلابه، فجزاه الله عني وعن طلابه خير الجزاء.

كما أتوجه بجزيل الشكر والتقدير للأساتذة الأجلاء أعضاء لجنة المناقشة:

وأخي العزيز/ عبد الوهاب سيف يحيى.

فجزاهم الله عني خير الجزاء.

مقدمة:

المصارف التجارية بصفة عامة هي مشروعات ذات طبيعة خاصة تؤدي دوراً هاماً في الاقتصاد القومي، حيث تقوم بتعبئة المدخرات وتمويل المشروعات والاستثمارات الداخلية والخارجية، وكذلك تمويل التجارة الخارجية، وتُسَهِّل بذلك إتمام العمليات التجارية والمالية والصناعية وتساعد على ازدهارها بما يساهم في تحقيق أهداف السياسة الاقتصادية. وتعتمد المصارف في تمويل نشاطها على مواردها الذاتية التي تُشكِّل جزءاً بسيطاً من مصادر التمويل، وتعتمد بصورة كبيرة على الودائع مصدراً رئيساً للتمويل والاستثمار، ولذلك فإن التشريعات المصرفية تنظم أنشطة المصارف والرقابة عليها، ولاسيما استعمال مواردها في مختلف وجوه التمويل والاستثمار ضماناً لتحقيق الهدف من إنشائها.

والبنوك التجارية: ((هي المؤسسات التي يكون عملها الأساسي والذي تمارسه عادة قبول الودائع لاستعمالها في عمليات مصرفية كخصم الأوراق التجارية وشرائها وبيعها ومنح القروض والسلف وإصدار الشيكات وقبضها وطرح القروض العامة أو الخاصة، والمتاجرة بالعملات الأجنبية والمعادن الثمينة، وغير ذلك من عمليات الائتمان، أو ما نص قانون التجارة أو قضى العرف باعتباره من أعمال البنوك)).^(١)

(١) - المادة (٥٤) من القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٨ بشأن النقد وبنك الكويت المركزي والمهنة المصرفية وتعديلاته حتى القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٤ المنشور في الجريدة الرسمية . الكويت اليوم . في العدد رقم ٦٥٣، السنة (٥٠) ٢٠٠٤/٢/١٥ . كما يُعرَّف البنك التجاري أيضاً بأنه ((الشركة التي يرخص لها بممارسة الأعمال المصرفية وفق أحكام هذا القانون)). والأعمال المصرفية(هي قبول الودائع من الجمهور واستخدامها بصورة كلية أو جزئية لمنح الائتمان وأي أعمال أخرى يقرر البنك المركزي اعتبارها أعمالاً مصرفية بموجب أوامر يصدرها لهذه الغاية))،

وهذه المصارف تغلب على أعمالها صفة الوساطة المالية بين المدخرين والمستثمرين من الأشخاص الذين لا يتمكنون من سد حاجاتهم أو تمويل مشاريعهم، حيث ينصب نشاطها الرئيس على اقتراض الأموال من المدخرين (إيداع الأموال لدى المصرف) وتوظيفها في عمليات الائتمان. وتتمثل أرباح هذه المصارف في الفرق بين الفوائد التي تمنحها للمودعين (ما لم يكن الإيداع دون فائدة) والفوائد المرتفعة التي تتقاضاها من المقترضين.

والمصرف الإسلامي: ((هو الذي يتضمن عقد تأسيسه ونظامه الأساسي التزاماً بممارسة الأعمال المصرفية المسموح بها على غير أساس الفائدة أخذاً وعطاء ووفقاً لصيغ المعاملات المصرفية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية سواء في مجال قبول الودائع وتقديم الخدمات المصرفية الأخرى أو في مجال التمويل والاستثمار)).^(١)

ويمكن إجمال خصائص المصرف الإسلامي في النقاط الآتية:

١- يقوم بدور الوسيط المالي مع التزامه بممارسة الأعمال المصرفية المسموح بها على غير أساس الفائدة أخذاً وعطاء ووفقاً لصيغ المعاملات المصرفية

راجع المادة (١) من قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠، نشر في عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٤٨ (١ آب) سنة ٢٠٠٠.

(١)- المادة (١) من المرسوم السوري الخاص بإحداث المصارف الإسلامية في الجمهورية العربية السورية رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٥، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ لسنة ٢٠٠٥ في ١/٦/٢٠٠٥، ص ١٤٨١. وتقابلها المادة (١) من القانون الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣ باضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى قانون النقد وبنك الكويت المركزي لسنة ١٩٦٨. ويُعرّف البنك الإسلامي بموجب المادة (١) من قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠، بأنه ((الشركة التي يرخّص لها بممارسة الأعمال المصرفية بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها وأعمال وأنشطة أخرى وفق أحكام هذا القانون)). والأعمال المصرفية الإسلامية (هي الأعمال القائمة على غير أساس الفائدة في مجال قبول الودائع والخدمات المصرفية الأخرى وفي مجال التمويل والاستثمار بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها).

التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية سواء في مجال جذب الموارد المالية وتقديم الخدمات المصرفية الأخرى أم في مجال التمويل والاستثمار. فعلاقته بالمدعين قائمة حسب الأصل على مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر، وفي جانب استخدام الموارد المالية لا يتعامل بالإقراض المباشر للنقد مقابل فائدة، وإنما يتعامل بالبيع والشراء والإيجار وفقاً لصيغ التمويل الشرعية.

٢- يقوم بممارسة أعماله المصرفية والاستثمارية المختلفة حسب الأعراف والقواعد المصرفية المتعارف عليها طبقاً للقوانين النافذة وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٣- يقوم بممارسة أعماله المصرفية والاستثمارية المختلفة سواء تمت هذه العمليات لحسابه أو لحساب الغير أو بالاشتراك معه وفقاً للضوابط والحدود والشروط التي تضعها سلطات الرقابة المصرفية.^(١)

(١)- فالمصرف الإسلامي يباشر على وجه الاعتقاد أعمالاً كثيرة تجمع بين وظائف المصارف التجارية والمصارف المتخصصة ومصارف الاستثمار والأعمال، حيث يقوم بقبول الودائع واستثمارها وفتح الاعتمادات، ويقوم بالأعمال التجارية والصناعية والزراعية، ويقدم التمويل لأي مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي أو عقاري، وهو بذلك يمارس نشاط المصارف المتخصصة ويقوم بدورها. كما أنه يقوم بأعمال الاستثمار وإنشاء مشروعات التصنيع والتنمية الاقتصادية والمساهمة فيها وتلك وظيفة مصارف الاستثمار، بل إنه يمارس الأنشطة المحظورة على المصارف التجارية، فله أن يتعامل في العقارات والمنقولات بالبيع والشراء والاستئجار والتأجير وغيرها من الأعمال.

أهمية الموضوع:

إن اختيار الباحث لموضوع النظام القانوني للموارد المالية ومجالات استثمارها في المصارف الإسلامية (دراسة مقارنة بالبنوك التجارية)^(١)، يرجع إلى جملة اعتبارات لعل أهمها:

افتقار المكتبة العربية للدراسات القانونية الحديثة حول المصارف الإسلامية بصفة عامة، وندرة الدراسات القانونية التي تتناول موضوع البحث بشكل مستقل، وافتقار المكتبة اليمنية لأبحاث أو حتى مؤلفات عامة تتناول موضوع البحث من الناحية القانونية على وجه الخصوص. وقد تناول العديد من الباحثين المختصين دراسة المصارف الإسلامية من الناحية الاقتصادية والشرعية، إلا أن دراسة هذه المصارف لم تحظ باهتمام الباحثين في المجال القانوني بقدر اهتمامهم بأعمال المصارف التجارية وخدماتها. وعلى الرغم من ندرة الدراسات والأبحاث القانونية وعدم حداثة الموجود منها، فإنها بلا شك قد ساهمت كغيرها من الدراسات في بلورة فكرة المصارف الإسلامية وإظهارها إلى حيز الوجود.

وقد تدرّجت أهمية هذه الدراسات وقيمتها العلمية والعملية بمختلف جوانبها تبعاً لمراحل زمنية معينة انطلاقاً من فكرة وجود هذه المصارف من الناحية النظرية مروراً بمراحل إنشائها وتكوينها وانتهاءً بمراحل ممارسة أعمالها. وعلى الرغم من ذلك وبعد مرور ما يقرب من أربعين عاماً على إحداثها، إلا أنه لا توجد رؤية واضحة لطبيعة العمليات المصرفية التي تمارسها، ويرجع ذلك

(١)- يلاحظ أن عنوان الأطروحة تضمن مصطلح (المصارف الإسلامية) ومصطلح (البنوك التجارية)، ذلك أن الأحكام والقواعد القانونية المنظمة لنشاط المصارف الإسلامية (التجارية) يطلق عليها في بعض الدول كاليمن مثلاً (قانون البنوك الإسلامية)، بينما القواعد المنظمة لنشاط المصارف التجارية التقليدية تسمى (قانون البنوك).

لأسباب متعددة، لعل أهمها أن أي مسألة ترتبط بطبيعة العمليات المصرفية تكون محلاً لتعدد واختلاف الآراء الفقهية، والفتاوى الشرعية الصادرة من العلماء والهيئات الشرعية والمجامع الفقهية. وعلاوة على ذلك لا يوجد تقنين للقواعد الفقهية المرتبطة بطبيعة العمليات المصرفية، بحيث تكون قابلة للتطوير مع مرور الزمن، وكل ذلك أدى إلى اختلاف الجوانب النظرية عن واقع التطبيق المصرفي الذي جاء متبايناً حتى على مستوى الدولة الواحدة في بعض الحالات.

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في أنها واكبت صدور القوانين المصرفية الجديدة بصفة عامة، ولا سيما في سورية، ومنها قانون النقد والتسليف، وقانون البنوك الخاصة والمشاركة، والمرسوم التشريعي الخاص بإحداث المصارف الإسلامية، فضلاً عن صدور قانون التجارة الجديد، وقانون الشركات التجارية، وغيرها من القوانين ذات الصلة بموضوع الدراسة.^(١)

ولتحقيق الهدف المرجو من هذه الدراسة في محاولة التعرف على المبادئ القانونية الرئيسية المتعلقة بنظام الموارد المالية ومجالات استثمارها في المصارف وعقد مقارنة بين المبادئ القانونية المنظمة لموضوع البحث في إطار

(١) - القانون المصرفي تسمية حديثة للقواعد القانونية التي تنظم نشاط المصارف، وهو فرع مشتق من قانون التجارة بمعناه العام، وهذا الأخير ينص على تجارية عمليات المصارف وينظم البعض منها، غير أن القانون المصرفي أوسع منه، لأنه ينظم نشاط المصارف ويقوم على اعتبارات من المصلحة العامة تختلف عن تلك التي يقوم عليها القانون التجاري. ويطلق عليه أحياناً (القانون الاقتصادي) بالنظر إلى أن الجهاز المصرفي يقوم بوظيفة اقتصادية، ويتمتع القانون المصرفي باستقلال يبرره موضوع النشاط الذي ينظمه، وهو النقود في صورها المختلفة. انظر: د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م، ص ١٠ وما بعدها.

القانونين اليمني والسوري بصفة خاصة والقوانين العربية الأخرى بصفة عامة؛ فقد استعان الباحث بعدد من الوسائل التي تعزز من أهمية الدراسة وهي:

- ١- الاستعانة بعدد من التشريعات العربية المتعلقة بموضوع البحث.
- ٢- الاستعانة بالنظم الأساسية للمصارف^(١)، التي واكبت صدور القوانين المنشئة لها بغية الاستفادة من التجربة المصرفية بمراحلها المختلفة وصولاً إلى آخر التطورات الحديثة التي واكبت المتغيرات والمستجدات القانونية في ظل التشريعات المصرفية الجديدة والقوانين المرتبطة بها، وهو ما ينعكس بصورة مباشرة أو غير مباشرة على التنظيم القانوني للموارد المالية ومجالات استثمارها.
- ٣- الاستعانة بنماذج متعددة للعقود الاستثمارية في مجال جذب المدخرات وفي مجال توظيفها.^(٢)
- ٤- الاستعانة قدر الإمكان بقرارات سلطات الرقابة المصرفية على المصارف.^(٣)

(١)- النظام الأساسي للمصرف: هو الإطار الذي يتضمن القواعد التنظيمية لتسيير نشاط أي مصرف إسلامي ينشأ وفقاً لأحكام القانون والقوانين النافذة التي لا تتعارض مع أحكامه وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

(٢)- وهذه النماذج وإن كانت تهدف إلى تنظيم علاقة المصارف بالعملاء حسب موضوع العقد إلا أن صياغتها ليست ثابتة وإنما تراجع من قبل الإدارات المختصة في المصرف بصفة دورية تؤدي إلى تعديلها باستمرار في حدود الإطار القانوني الذي يسمح بذلك. والمحصلة النهائية أن هذه النماذج تكشف عن الاتجاهات القانونية الواردة فيها.

(٣)- إن القرارات الصادرة من سلطات الرقابة المصرفية المخولة قانوناً بتنظيم العلاقة بالعملاء كتنظيم عملية معينة أو وضع أسلوب معين للتعامل أو أثمان الخدمات المصرفية، هذه القرارات متى كانت صحيحة فإنها تلزم المصارف والمتعاملين معها، وللعلم أن يتمسك بتطبيقها وبطلان كل اتفاق مخالف لها ما دام أن ذلك هو هدف القانون. فالقواعد الخاصة بتحديد أثمان الخدمات المصرفية مثلاً في أغلب صورها تلزم المصرف، فليس له أن يزيد عليها إجحافاً بالعملاء الذين

- ٥- الاستعانة بقرارات مجمع الفقه الإسلامي المتصلة بموضوع البحث.^(١)
- ٦- عدم إغفال الإطار الاقتصادي لتسهيل مهمة الباحث في محاولة شرح وتفسير بعض النصوص القانونية والقواعد العرفية المتعلقة بخضوع المصارف لسلطات الرقابة المصرفية التي تقوم بتحديد السياسة النقدية والائتمانية والإشراف على تنفيذها وفق الخطة الاقتصادية العامة للدولة.
- كما أن أهمية الدراسة ترجع إلى أنها مزجت بين المنهج المقارن والمنهج التحليلي لبعض القواعد القانونية المنظمة للموارد المالية ومجالات استثمارها، فضلاً عن استخدام المنهج الوصفي ولاسيما في مجال توظيف الموارد المالية.
- وعلى ضوء ما تقدم ولتحقيق هدف الدراسة سيحاول الباحث قدر الإمكان إلقاء الضوء على القواعد القانونية والعرفية المرتبطة بموضوع الدراسة، والبحث في إطار هذه القواعد عن أهم شروط العقود الاستثمارية انطلاقاً من قواعد العدالة في محاولة إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة للأطراف المرتبطة بالمصارف في ضوء قانون الإرادة دون التحيز لاعتبار دون آخر.
- ومما لا شك فيه أن الدراسة سوف تفتح آفاقاً جديدة لبحوث ودراسات قانونية مستقبلية متعمقة لا تقتصر على بحث ما هو كائن، وإنما تمتد لتشمل

يحق لهم التمسك بما ورد فيها، وإن كان للمصرف أن يتنازل عن بعض المزايا المقررة له بها ما لم يمنعه القرار من ذلك، وعندئذ يتعرض المصرف للجزاء الإداري المنصوص عليه قانوناً، ولكن يظل للعميل حق الإفادة من هذا التنازل. راجع: د. علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ١٣.

(١)- على الرغم من تعدد المجامع الفقهية والمؤتمرات والندوات، فإن القرارات الصادرة عنها لا تعدو أن تكون مبادئ استرشادية بالنسبة لكثير من المصارف. فمن الناحية العملية غالباً ما تستند بعض المصارف في شرعية تصرف ما (كالإلزام بالوعد) بأحد القرارات الصادرة عن مؤتمر ما ولكنها لا تأخذ بمحتوى القرار كاملاً. أي أن القرار لا يكون حجة بما جاء فيه بالنسبة للمصرف والمتعاملين معه.

ما سيكون وصولاً إلى وضع المقترحات والتصورات التي تحقق الغرض المقصود منها. ولا يخفى أن كل مورد من الموارد المالية، أو مجال من مجالات التمويل والاستثمار بحاجة إلى بحث أو دراسة مستقلة في ظل المستجدات الفقهية والقانونية بغرض إبرازه والارتقاء به للوصول إلى اقتراح أفضل القواعد القانونية المنظمة له من خلال ما تتوصل إليه هذه الدراسات من نتائج تهدف إلى سد أوجه القصور والثغرات القائمة حتى تتحقق الفائدة المرجوة منها.

وقد ارتأيت الخوض في دراسة هذا الموضوع بالرغم من الصعوبات التي واجهتني مثل: سعة الموضوع وتشعبه، وندرة المصادر القانونية المتعلقة بالموضوع، وصعوبة الحصول على بعضها، وكذلك صعوبة الحصول على بعض المعلومات بسبب تحفظ بعض المصارف، إضافة إلى عدم وجود قواعد قانونية مستقرة بالنسبة لعقود التمويل والاستثمار.

نطاق البحث:

إذا كانت الموارد الذاتية لأي مصرف من الأسس اللازمة لتكوينه ومباشرة نشاطه، فإن الموارد الخارجية هي المصدر الرئيس لتمويل هذا النشاط، وتقوم المصارف بتوظيف هذه الموارد في مجالات الاستثمار المختلفة عن طريق استخدام أساليب وصيغ تمويلية متعددة. وستقتصر هذه الدراسة على بحث الموارد المالية ومجالات استثمارها في المصارف الإسلامية عن طريق وسائل التمويل الرئيسية وهي: المضاربة، والمشاركة، وبيع المرابحة، والإجارة. ومن خلال التعرف على هذه الوسائل بالقدر اللازم لتحقيق هدف الدراسة سيحاول الباحث توضيح أهم أوجه الاختلاف بينها وبين وسائل الائتمان والتمويل في المصارف التجارية. وعلى ذلك يقتصر نطاق هذا البحث على التقسيم الوارد في خطة الدراسة.

خطة الدراسة

قسمت هذه الدراسة إلى بابين على النحو التالي:

الباب الأول: الموارد المالية للمصارف

الفصل الأول: الموارد الذاتية للمصارف (المصادر الداخلية)

الفرع الأول: نظام رأس المال في المصارف

المبحث الأول: مفهوم رأس المال وتكوينه

المطلب الأول: تعريف رأس المال

المطلب الثاني: تكوين رأس المال

المبحث الثاني: الأسهم ومدى ملاءمتها للمصارف الإسلامية

المطلب الأول: مفهوم الأسهم وخصائصها

المطلب الثاني: أنواع الأسهم ومدى ملاءمة كل نوع

المبحث الثالث: الاكتتاب في رأس مال المصارف

المطلب الأول: الاكتتاب في رأس مال المصارف وفقاً للقانونين السوري واليمني

المطلب الثاني: الاكتتاب في رأس مال المصارف الأخرى

المبحث الرابع: تعديل رأس المال وأثره على توزيع الأرباح

المطلب الأول: تعديل رأس المال

المطلب الثاني: أثر رأس المال على توزيع الأرباح

الفرع الثاني: نظام الاحتياطيات

المبحث الأول: مفهوم الاحتياطيات وأنواعها وأساسها القانوني

المطلب الأول: مفهوم الاحتياطيات وأنواعها

المطلب الثاني: الأساس القانوني لتكوين الاحتياطيات في القانونين السوري

واليمني

المبحث الثاني: تطبيق الاحتياطيات في المصارف وأثرها على توزيع الأرباح

المطلب الأول: واقع تطبيق الاحتياطات في المصارف

المطلب الثاني: أثر تطبيق الاحتياطات على توزيع الأرباح

الفصل الثاني : الموارد الخارجية للمصارف

الفرع الأول: الودائع النقدية المصرفية

المبحث الأول: الودائع النقدية المصرفية في المصارف التجارية

المطلب الأول: مفهوم الودائع النقدية وأنواعها

المطلب الثاني: خصائص الودائع النقدية في المصارف التجارية.

المبحث الثاني: نظام قبول الودائع النقدية في المصارف الإسلامية

المطلب الأول: الودائع تحت الطلب

المطلب الثاني: نظام الودائع الاستثمارية

المطلب الثالث: خصائص الودائع الاستثمارية وتنظيمها القانوني

المطلب الرابع: توزيع الأرباح بين المصرف والمستثمرين

المبحث الثالث: التكيف القانوني والتكيف الفقهي للودائع النقدية المصرفية

المطلب الأول: التكيف القانوني للودائع النقدية في المصارف التجارية

المطلب الثاني: التكيف الفقهي للودائع النقدية في المصارف الإسلامية

الفرع الثاني: الصكوك الاستثمارية والموارد المالية الأخرى

لمبحث الأول: الصكوك الاستثمارية في المصارف

المطلب الأول: الصكوك الاستثمارية في المصارف التجارية

المطلب الثاني: الصكوك الاستثمارية في المصارف الإسلامية

المبحث الثاني: الموارد المالية الأخرى للمصارف

المطلب الأول: الاقتراض المصرفي

المطلب الثاني: العمولات والرسوم والهبات والتبرعات

الفصل الثالث: ضوابط استثمار الموارد المالية في ظل الرقابة المصرفية

الفرع الأول: الإطار الاقتصادي لأساليب وضوابط الرقابة على الائتمان والتمويل

المبحث الأول: مسوغات الرقابة على الائتمان ومدى ملاءمتها لطبيعة عمل المصارف الإسلامية

المطلب الأول: مبررات الرقابة المصرفية على الائتمان.

المطلب الثاني: مدى ملاءمة مبررات الرقابة لطبيعة عمل المصارف الإسلامية.

المبحث الثاني: أساليب الرقابة على الائتمان والتمويل

المطلب الأول: أساليب الرقابة النقدية على الائتمان في النظام المصرفي التقليدي

المطلب الثاني: أساليب الرقابة النقدية في النظام المصرفي الإسلامي (في السودان)

الفرع الثاني: الإطار القانوني لأساليب وضوابط الرقابة على الائتمان والتمويل

المبحث الأول: أساليب وضوابط الرقابة في القانونين اليمني والسوري

المطلب الأول: أساليب وضوابط الرقابة في القانون اليمني

المطلب الثاني: أساليب وضوابط الرقابة في القانون السوري

المبحث الثاني: القيود القانونية والنظامية لقبول طلبات التمويل المصرفي

الباب الثاني:

مجالات استثمار الموارد المالية في المصارف الإسلامية

الفصل الأول: مجالات الاستثمار على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر

الفرع الأول: توظيف الموارد المالية عن طريق المضاربة

المبحث الأول: مفهوم المضاربة وشروطها في ظل القانونين اليمني والأردني

المطلب الأول: تعريف المضاربة وشروطها

المطلب الثاني: أحكام عقد المضاربة

المطلب الثالث: أسس وعناصر العمل بالمضاربة الخاصة

المبحث الثاني: المضاربة المشتركة في المصارف الإسلامية

المطلب الأول: مفهوم المضاربة المشتركة

المطلب الثاني: التكيف الفقهي للمضاربة المشتركة

المطلب الثالث: أسس وعناصر المضاربة المشتركة

المطلب الرابع: واقع تطبيق التمويل بالمضاربة في المصارف

الفرع الثاني: توظيف الموارد المالية عن طريق المشاركات

المبحث الأول: المشاركة الثابتة (الدائمة - المستمرة)

المطلب الأول: مفهوم التمويل بالمشاركة وضوابطه الفقهية.

المطلب الثاني: واقع تطبيق المشاركة الثابتة في المصارف الإسلامية.

المبحث الثاني: المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتملك)

المطلب الأول: مفهوم المشاركة وضوابطها وفقاً لقرار مجمع الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: واقع تطبيق المشاركة المتناقصة في المصارف الإسلامية

الفصل الثاني: مجالات الاستثمار على أساس تحديد هامش الربح

الفرع الأول: توظيف الموارد المالية عن طريق بيع المربحة

المبحث الأول: مفهوم المربحة وخطوات تنفيذها.

المطلب الأول: مفهوم المراجعة وشروط صحتها.

المطلب الثاني: مراحل وخطوات تنفيذ المراجعة.

المبحث الثاني: التكيف الفقهي لبيع المراجعة.

المطلب الأول: الاتجاه الفقهي المجيز لبيع المراجعة دون إلزام بالوعد.

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية المجيزة للمراجعة بوعده ملزم للطرفين أو لأحدهما.

المبحث الثالث: إشكاليات تطبيق بيع المراجعة.

المطلب الأول: إشكاليات تضمنتها بعض عقود المراجعة

المطلب الثاني: إشكاليات عدم الوفاء بالوعد

المطلب الثالث: إشكالية التعويض عن ضرر التأخير بالوفاء بالدين

المبحث الرابع: علاقة المراجعة بأساليب الائتمان والتمويل في المصارف التجارية

المطلب الأول: أوجه الاختلاف بين المراجعة والنظم التقليدية المشابهة في المصارف

المطلب الثاني: تقييم عملية المراجعة في المصارف الإسلامية

المطلب الثالث: ضوابط تطبيق المراجعة وفقاً لقرار مجلس النقد السوري

الفرع الثاني: توظيف الموارد المالية عن طريق الإجارة

المبحث الأول: مفهوم الإجارة المنتهية بالتملك

المطلب الأول: فكرة الإيجار المنتهي بالتملك في القوانين الوضعية.

المطلب الثاني: مفهوم الإيجار المنتهي بالتملك في المصارف الإسلامية.

المبحث الثاني: ضوابط الإجارة ووقع تطبيقها في المصارف الإسلامية

المطلب الأول: ضوابط تطبيق الإجارة وفقاً لقرارات مجمع الفقه الإسلامي
المطلب الثاني: ضوابط تطبيق الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لقرار
مجلس النقد والتسليف السوري

المطلب الثالث: واقع تطبيق الإجارة في بعض المصارف الإسلامية.

وأخيراً ننهي موضوع الدراسة بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات. ومن باب العمل بالأسباب كان علينا بذل العناية المطلوبة في الحصول أو الإطلاع على ما هو جديد من مصادر وأحكام وقرارات تتعلق بموضوع الدراسة، فإن كنت قد أصبت في ذلك هدفي، فإنما هو فضل من الله يؤتيه من يشاء، وإن كان هناك نقص أو تقصير، فإن أي جهد بشري لا يخلو من ذلك ولا ضير فيه، وحسبي أني لم آل جهداً في الوصول إلى هدف الدراسة، والأمر متروك بلا شك لمزيد من الدراسات المستقبلية.

الباب الأول

الموارد المالية للمصارف

الباب الأول

الموارد المالية للمصارف

تمهيد وتقسيم

يقصد بالموارد المالية تلك المصادر التي تتدفق من خلالها الأموال إلى المصرف ليقوم بتوجيهها واستخدامها في أنشطته المختلفة، ومؤدى ذلك أنه إذا فحصنا بنود الموارد النقدية التي تنساب إلى المصرف التجاري والتي يلتزم بها كشخص معنوي يمكن وضعها في مجموعتين^(١):

الأولى: الموارد الذاتية ويطلق عليها أحياناً مصطلح (الموارد الداخلية) وتشمل حقوق الملكية (رأس المال المدفوع، الاحتياطات، الأرباح المرحّلة)، إضافة إلى المخصصات. وهذه الموارد مصدرها المصرف وما يتولد عن نشاطه الذاتي.

الثانية: الموارد الخارجية وتشمل الحقوق النقدية التي تتخذ شكل الوديعة أو القرض، غير أن الحقوق النقدية التي يلتزم بها المصرف قبل الغير يغلب عليها طابع الوديعة وليس القرض.

ويُعبّر عن موارد المصرف في ميزانيته بالخصوم (المطلوبات)، لأنها تمثل التزاماً عليه، بينما يُعبّر عن استخدامات هذه الموارد بالأصول، لأنها تمثل موجوداته وحقوقه التي تعادل قيمتها الدفترية التزاماته في أي تاريخ محدد من عمر المصرف.

(١)- انظر: د. ناظم محمد نوري الشمري، النقود والمصارف والنظرية النقدية، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٢، ص ١٤٤، د. يوسف عبد الله الشيبلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه منشورة في جزأين، ج ١، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٥، ص ٤٩.

ف عند إنشاء مصرف معين تتمثل موارده المبدئية في رأس المال المدفوع، ويمثل النواة الأولى لموارد المصرف وقلما يتغير، وبعد أن يكتسب المصرف ثقة جمهور العملاء تنساب إليه ودائع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، وتعد من أهم الموارد التي تمكن المصارف التجارية من مباشرة منح الائتمان أو التمويل، غير أن المصارف تحتاج إلى موارد إضافية لمقابلة مطلوبات موسمية وغير موسمية، فتحصل عليها عن طريق الاقتراض من المصرف المركزي والمصارف الأخرى المحلية والأجنبية.

ويمكن التعرف على الموارد المالية للمصارف من خلال تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الأول: الموارد الداخلية للمصارف.

الثاني: الموارد الخارجية للمصارف.

الفصل الأول

الموارد الذاتية للمصارف

الموارد الذاتية: هي الأموال التي يحصل عليها المصرف من المساهمين على هيئة حصص مالية نظير مشاركتهم في تكوين رأسمال المصرف عند تأسيسه، وما يتولد عن أرباح المصرف من احتياطات ومخصصات وأرباح لم توزع.^(١)

والموارد الذاتية للمصارف تتكون من رأس المال المدفوع، والأرباح المحتجزة على هيئة احتياطات ومخصصات وأرباح غير موزعة، ولا يوجد اختلاف بين المصرف الإسلامي والمصرف التجاري في الاطار العام لتكوين هذه الموارد، غير أن هذا الاختلاف قد يظهر في آلية وإجراءات قبول هذه الموارد، ومدى أهميتها وتأثيرها على قسمة وتوزيع الأرباح. وهذه الموارد لا تشكل سوى نسبة ضئيلة من مجموع موارد المصارف، سواءً كانت إسلامية أم تجارية، لأن القدر الأكبر من الموارد يأتي عن طريق الودائع بمختلف أنواعها.^(٢)

(١)- د. صبحي تادرس قريضة، النقود والبنوك، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ١٤٤.

(٢)- في هذا المعنى انظر: د. زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، ط٦، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ١٩٩٧، ص ٧٣.

وتعدُّ الموارد الذاتية للمصارف الإسلامية مصادر طويلة الأجل في حال ما إذا كانت نسبتها كبيرة بالمقارنة بالمصادر الخارجية، حيث يمكن استثمارها في مشروعات طويلة الأجل. أما إذا كانت نسبتها ضئيلة، فلا يمكن استثمارها. والبحث في موضوع الموارد الذاتية للمصارف يتطلب تقسيم هذا الفصل إلى فرعين:

الأول: نظام رأس المال وأثره في توزيع الأرباح.

الثاني: نظام الاحتياطات وأثرها في توزيع الأرباح.

الفرع الأول

نظام رأس مال المصارف

رأس المال في الفكر الإسلامي تعبير مجازي يقصد به أصل المال، وهو مفهوم خاص يشمل ذلك الجزء من الثروة الذي خصص للمشروع منذ بدايته، أما مجموع الأموال المستثمرة في المشروع فتعرف بمال التجارة، وهو مفهوم أوسع من مفهوم رأس المال.^(١)

ورأس مال المصرف هو مجموع ما ساهم به الشركاء بأسهم تشكل في مجموعها القيمة الاسمية لرأس المال. وسنحاول في هذا الفرع التعرف على نظام رأس المال من خلال تقسيمه إلى أربعة مباحث على النحو الآتي:

الأول: مفهوم رأس المال وتكوينه.

الثاني: نظام الأسهم ومدى ملاءمتها للمصارف.

الثالث: الاكتتاب في رأس مال المصارف.

الرابع: تعديل رأس المال وأثره على توزيع الأرباح والخسائر.

(١) - انظر: د. شوقي إسماعيل شحاتة، البنوك الإسلامية، دار الشروق، جدة، ١٩٧٧، ص ٥٨،
د. إبراهيم محمد الصعيد، مصادر الأموال في المصارف الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي،
العدد ٢٨، ربيع الأول، ١٤٠٤، ص ٤٢.

المبحث الأول

مفهوم رأس المال

رأس مال شركة المساهمة هو مجموع الحصص النقدية والعينية التي تُقدم للشركة عند تأسيسها. وتأخذ المصارف بنظام رأس المال، حيث يقسم إلى عدد من الأسهم المتساوية تطرح للاكتتاب باعتباره الأداة القانونية لجمع الأموال اللازمة لتأسيس المصرف ومباشرة نشاطه. وأسهم شركة المساهمة إما نقدية، وتدفع قيمتها نقداً دفعة واحدة أو على أقساط عند الاكتتاب، وإما عينية، وتعطى لقاء أموال أو حقوق مقومة بالنقد. وتعتبر حقوق الامتياز وحقوق الاختراع والمعرفة الفنية وغيرها من الحقوق المعنوية من المقدمات العينية.

ومفهوم رأس المال كمورد مالي للمصرف يتطلب بيان تعريفه وتحديد مدلوله وعناصر تكوينه من خلال تقسيم هذا المبحث مطلبين:

الأول: تعريف رأس المال.

الثاني: تكوين رأس المال.

المطلب الأول

تعريف رأس المال

يُعرّف رأس مال المصرف بأنه ((مجموع قيمة الأموال التي يحصل عليها المصرف من أصحاب المشروع عند بدء تكوينه، وأية إضافات أو تخفيضات تطرأ عليه في فترات لاحقة، سواء كانت نقدية أو عينية)).^(١)

ورأس مال المصرف في معناه القانوني هو مجموع ما قدّمه المساهمون من حصص مالية (نقدية أو عينية يمكن تقويمها بالنقد) تشكل في مجموعها القيمة الاسمية لرأس المال. ولا تدخل الحصة بالعمل في تكوين رأس المال الذي يكون محلاً للتنفيذ الجبري للدائنين.

ويقسم رأس مال المصرف إلى عدد من الأسهم التي يسدد الشركاء قيمتها بالقدر المنصوص عليه في العقد دفعة واحدة أو على دفعات بالكيفية التي يحددها ذلك العقد ونظام الشركات.

ويحقق نظام رأس المال من هذه الناحية مزايا عديدة للمصارف والمساهمين والمتعاملين معه، إذ يتمتع المصرف باستقلال في مواجهة الدول المشاركة فيه وجميع الشركاء، لأنه يصبح مالكا للحصص المقدمة إليه، الأمر الذي يمكنه من مباشرة نشاطه بحرية تامة، كما أنه يضع حداً للالتزامات المساهمين تجاه المصرف، ويمنّهم من الانسحاب عن طريق التنازل عن الأسهم طبقاً للشروط المحددة لذلك.

(١) - د. عبد الرزاق رحيم جدي الهييتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه منشورة، دار أسامة للنشر، عمان - الأردن، ١٩٩٨، ص ٢٣٧، د شوقي إسماعيل شحاتة، المرجع السابق، ص ٥٨.

ويجري تقسيم رأس المال من الناحية الاقتصادية إلى رأس مال ثابت ورأس مال متداول:

١- **رأس المال الثابت:** يحتفظ به المصرف على هيئة موجودات ثابتة ومنقولة أنفق رأس المال المكتتب فيه عليها، سواء رتبت تلك الموجودات دخلاً تلقائياً دون تدخل الإدارة، كالأوراق المالية مثل الأسهم، أو كانت الشركة تحتفظ بها لاستغلالها في ترتيب الدخل كالألات والإنشاءات.

٢- **رأس المال المتداول:** جزء من رأس المال المكتتب فيه تقوم الشركة باستعماله مؤقتاً على نحو متداول في التجارة على هيئة نقود أو بضاعة أو أصول مماثلة أخرى، وترغب الشركة في إعادته إليها مع أرباحه.^(١)

وغني عن البيان أن المشرّع قد يأخذ بنظام أحادية رأس المال في قانون الشركات، فيستلزم أن يكون لشركة المساهمة رأس مال ثابت ومحدد، لا يجوز زيادته أو تخفيضه إلاّ بموجب قرار من الهيئة العامة غير العادية بتعديل عقد الشركة وفقاً لإجراءات معينة ينص عليها القانون حماية للغير وللمساهمين. وقد يأخذ المشرع بنظام ثنائية رأس المال الذي على أساسه يكون للشركة رأس مالين محددين، يُسمى الأول ((رأس المال المرخص أو المصرح به)) Authorized Capital الذي يمثل مجموع رأس المال اللازم للشركة، أي الحد الأعلى المسموح بجمعه من قبلها، بينما يُسمى الثاني ((رأس المال المصدر أو المكتتب به)) Issued Capital الذي يمثل الحد الأدنى الذي لا بدّ منه لمباشرة الشركة أعمالها، والذي لا يمكن أن يتم تأسيس الشركة بدونه أو بأقل منه.^(٢)

(١)- د. محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لثبات رأس المال في شركات الأموال السعودية (دراسة مقارنة) معهد الإدارة العامة، السعودية، الرياض، ٢٠٠٢، ص ٤٧.

(٢)- د. أكرم يا ملكي، القانون التجاري، الشركات، دار الثقافة، عمان - الأردن، ٢٠٠٥، ص ١٦١.

وقد أخذ المشرع المصري في قانون الشركات بنظام ثنائية رأس المال، وبموجب هذا النظام يكون للشركة رأس مال مصدر، ويجوز أن يحدد النظام الأساسي رأس مال مخصصاً به يزيد في مقداره عن رأس المال المصدر بنسبة محددة.^(١)

كما أن المشرع اليمني أخذ بنظام ثنائية رأس المال في قانون الاستثمار بخصوص الشركات الاستثمارية- حيث نصت المادة (٥٢) من قانون الاستثمار^(٢)، على أنه ((يجوز أن يتضمن نظام الشركة ما يلي: أ- أن تبلغ قيمة رأس المال المرخص به عند تأسيسها في حدود ثلاثة أمثال قيمة رأس المال المصدر. ب- زيادة رأس المال المصدر عن طريق إصدار أسهم جديدة بقرار من مجلس إدارة الشركة، وذلك في حدود رأس المال المصرح به. ج- يجب ألا يقل رأس المال المدفوع في شركة المساهمة التي تقدم أسهمها للاكتتاب العام عن (٢٠% من رأس المال)).^(٣)

(١)- أخذ المشرع المصري بهذا النظام في قانون الشركات، وبمقتضى المادة (٢٢) من القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١، المعدلة بالقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٨، يكون للشركة رأس مال مصدر، ويجوز أن يحدد النظام رأس مال مخصصاً به يجاوز رأس المال المصدر بما لا يزيد على عشرة أمثاله.

(٢)- القانون اليمني رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن الاستثمار، وزارة الشؤون القانونية، مطابع دائرة التوجيه المعنوي، ٢٠٠٢.

(٣)- وقد حددت المادة (٢) من قانون الاستثمار المقصود برأس المال على النحو الآتي:

١- رأس المال المصرح به: هو إجمالي رأس المال الذي يتفق عليه المؤسسون في النظام الأساسي للشركة ويصرح لهم بتأسيس الشركة على أساسه.

٢- رأس المال المصدر: هو الجزء من رأس المال الذي يتم فعلاً إصداره بقصد الاكتتاب العام أو الخاص، سواء تم دفعه وقت الاكتتاب أو تم الوفاء به على سنوات محدودة.

٣- رأس المال المدفوع: هو الجزء من رأس المال الذي يتم فعلاً دفعه في أي وقت خلال عمر الشركة.

وعلى أساس هذا النظام يمكن للشركة أثناء حياتها زيادة رأسمالها المصدر في حدود رأس المال المرخص به والمعلن عنه بنظامها بقرار من مجلس الإدارة دون الحاجة إلى اتباع الإجراءات الخاصة بتعديل نظام الشركة التي تتطلب موافقة الجمعية العامة غير العادية بنسبة حضور معينة. وغني عن البيان أن الاكتتاب في رأس المال المصدر يجب أن يكون كاملاً، بحيث يغطي جميع الأسهم المصدرة، على أساس أن رأس المال المصدر هو الضمان الحقيقي للدائنين دون رأس المال المرخص به.

وعادة ما تتضمن القوانين المصرفية وكذلك النظم الأساسية عدّة مصطلحات تستخدم للتعبير عن رأس المال مثل: رأس المال المصرّح به، رأس المال المصدر، رأس المال المدفوع، ولكل من هذه المصطلحات مدلول معيّن ينبغي توضيحه على النحو الآتي:

رأس المال المصرّح به (رأس المال الاسمي):

يعبر عن مجموع رأس المال الكلي المحدد في النظام الأساسي للشركة (المصرف) المرخص بإصداره، وهو يساوي حاصل ضرب عدد الأسهم المصرّح (أو المرخص) بإصدارها في القيمة الاسمية للسهم.^(١)

رأس المال المصدر:

يعبر عن رأس المال الذي تمّ إصداره فعلاً، وهو يساوي إجمالي القيمة الاسمية لمجموع عدد الأسهم التي تمّ إصدارها، أي حاصل ضرب عدد الأسهم المصدرة فعلاً في القيمة الاسمية للسهم.^(٢)

(١) - انظر: د. أحمد عمر با مشموس (وآخرون)، محاسبة الشركات، ج٢، شركات الأموال، ط٣،

مركز الأمين للنشر والتوزيع، صنعاء، ٢٠٠٥، ص ٢٨.

(٢) - انظر: المرجع السابق، ص ٢٨.

وكشروط أساسي لتأسيس أي مصرف يتخذ شكل شركة المساهمة؛ يجب أن يتم الاكتتاب في رأس مال المصرف المصدر كاملاً، باعتباره الضمان الحقيقي للدائنين، ولذلك لا يجوز إصدار أية أسهم جديدة قبل أن يتم أداء أو تحصيل قيمة جميع الأسهم القديمة التي سبق إصدارها، ولا يجوز أيضاً إصدار الأسهم بأقل من قيمتها الاسمية سواء عند التأسيس أو عند زيادة رأس المال، لأن رأس المال (المصدر) يكون غير مكنتب به بالكامل في هذه الحالة.

رأس المال المدفوع:

يمثل المبالغ التي دفعها المساهمون أو المكتتبون فعلاً في الأسهم المصدرة لهم، وقد يتساوى مع رأس المال المصدر إذا ما سددت القيمة الاسمية للأسهم المصدرة بالكامل، بينما يقل عن رأس المال المصدر في حالة سداد قيمة السهم على أقساط ولم تطلب بعض هذه الأقساط للسداد، أو عندما يتأخر بعض المساهمين عن سداد بعض الأقساط المطلوبة.

ويقصد برأس المال المدفوع كمورد مالي للمصرف: مجموع المبالغ التي دفعها أصحاب المصرف والمساهمون في تكوين رأسماله^(١)، ويمثل التزاماً على المصرف بصفته شخصية قانونية قبل مالك رأس المال.^(٢)

وبعد رأس المال المدفوع المصدر الأول لتدفق الأموال اللازمة لتأسيس المصرف ومزاولة نشاطه، فتمويل المباني والتجهيزات التي يستخدمها المصرف لا يتم إلا عن طريق رأس المال المدفوع، لأنها أصول ثابتة لا يمكن تحويلها إلى

(١)- د. ناظم الشمري، النقود والمصارف، مرجع سابق، ص ١٤٥، د. محمد زكي شافعي، مقدمة في

النقود والبنوك، ط ٧، دار النهضة العربية، بيروت، سنة الطبع (بدون)، ص ٢١٣.

(٢)- د. صبحي قريضة، النقود والبنوك، مرجع سابق، ص ٩٩.

سيولة إلا عند تصفية المصرف نهائياً، ورأس المال هو البند الوحيد في الخصوم (الالتزامات) الذي لا يستحق الوفاء به إلا عند التصفية.^(١)

ولا يقتصر دور رأس المال المدفوع على مجرد التأسيس، بل يتعداه إلى القيام بدور تمويلي خلال الفترة الأولى لإنشاء المصرف. وقبل أن تبدأ تدفقات الموارد المالية الأخرى إليه، يتاح جانب منه لتمويل بعض العمليات بهدف إثبات وجود المصرف في السوق. وبظل رأس المال مطلوباً من حين لآخر لتغطية جانب من الاحتياجات التمويلية طويلة الأجل، وهو ما قد يستلزم توفر موارد مالية إضافية في صورة زيادة رأس المال المدفوع، أو إيداع أموال مساندة له بالشروط التي يضعها المصرف المركزي وخلال المدة التي يحددها.

(١) - انظر: د. محمد سويلم، إدارة المصارف التجارية والمصارف الإسلامية - مدخل مقارنة - مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، أبراج مصر للتعمير، ١٩٩٨، ص ٢٥٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

تكوين رأس المال

يتكون رأسمال المصرف من الأموال التي يمكن إجبار الشريك على أدائها، وتصلح من ثَمَّ للتنفيذ الجبري عليها، ويصدق ذلك على الحصص سواء كانت نقدية أو عينية. وقد جرت العادة أن تكون حصص الشركاء مبلغاً نقدياً يقدم فوراً عند التأسيس أو في الوقت المتفق عليه كما يحدد في عقد الشركة أو نظامها الأساسي. وليس هناك ما يمنع الشركاء من الاتفاق على تأجيلها أو تقسيطها حيث تحصل عليها الشركة في المواعيد التي يتفق عليها وفقاً لمصلحة الشركة والشركاء.^(١)

أولاً: الحصص النقدية

تعدّ النقود الورقية العملة المتداولة بين الناس تصدرها الدولة عن طريق سلطتها النقدية وتستمد صفتها النقدية كوسيط للتبادل وإبراء الذمم من القبول العام من جانب الأفراد^(٢)، لذا يصح تقديمها كحصة في رأس مال المصرف، وتبرأ ذمة الشريك بأدائها. وإذا كان أداء حصة الشريك بموجب ورقة تجارية، فلا تبرأ ذمة الشريك إلا باستيفاء قيمة هذه الورقة، وإذا كانت الحصة ديناً في ذمة الغير، فإن ذمته لا تبرأ إزاء الشركة إلا بعد تحصيل هذا الدين.^(٣)

(١) - أما الأسهم العينية فيجب الوفاء بقيمتها كاملة عند التأسيس، ويجب تقدير الحصص العينية تقديراً صحيحاً قبل منح الأسهم العينية، ولا يجوز تداولها قبل مضي فترة زمنية محددة من تاريخ تأسيس الشركة وفقاً للأحكام المقررة في قوانين الشركات.

(٢) - انظر: د. ناظم الشمري، النقود والمصارف، مرجع سابق، ص ٣١ وما بعدها.

(٣) - د. محمد حسين إسماعيل، مرجع سابق، ص ٥٧.

وما دام أنه قد يساهم في المصارف عدة دول أو مساهمون من عدة دول، فإن نوع العملة التي يجب الوفاء بها قد تختلف من مصرف لآخر، فالمصارف غير الإسلامية قد تلجأ إلى اعتماد عملة قوية من السوق النقدي كالجنيه الإسترليني^(١)، أو تعتمد العملة المحلية للوفاء برأس مالها.^(٢)

وقد سارت المصارف الإسلامية في هذا الاتجاه، فاتخذت بعضها من الدولار الأمريكي عملة لرأس مالها^(٣)، وأعتمدت بعض المصارف العملة الوطنية للوفاء برأس مالها^(٤)، وفرقت أخرى بين الأشخاص المقيمين وغير المقيمين، فالمقيمون يدفعون قيمة أسهمهم بالعملة الوطنية، وغير المقيمين وكذلك العرب والأجانب، يدفعون قيمتها بالقطع الأجنبي، حسب سعر الصرف الرائج في البلد.^(٥)

ثانياً: الحصة العينية

الحصة العينية في هذا المقام هي كل مال يقدمه الشريك للشركة لا يأخذ صورة النقود، منها العقارات والآلات والأجهزة والمواد الخام وبراءات الاختراع... الخ. وعلى الرغم من أن الوثائق المنشئة للمصارف الإسلامية لم تكشف عن إمكانية أن تدخل في تكوين رأس مالها حصصاً عينية، إلا أنه من المتصور أن يرغب شخص في تقديم عقار يتخذه المصرف مقراً له، أو قطعة أرض يقيم

(١)- المادة (٦) من النظام الأساسي للمصرف العربي الدولي.

(٢)- المادة (٧) من النظام الأساسي لبنك اليمن والكويت للتجارة والاستثمار.

(٣)- انظر المادة (٧) من النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي المصري، المادة (٥) من قانون

إنشاء البنك، المادة (٥) من عقد تأسيس بنك التقوى.

(٤)- المواد (٨) من نظام بنك دبي الإسلامي (مطبعة دبي، المركز الرئيسي)، (٨) من نظام بنك

البحرين الإسلامي، (٨) من نظام بيت التمويل الكويتي، (٧) من نظام بنك سبأ الإسلامي، (٦)

من نظام البنك الإسلامي اليمني.

(٥)- على سبيل المثال: المادة (٨) من نظام بنك الشام.

عليها المصرف مشروعه، وهذا أمر جائز في أغلب التشريعات الوطنية للشركات^(١) فهل تسمح أحكام الفقه الإسلامي بتقديم حصص عينية في رأس مال الشركات "المصارف"؟

اختلف الفقه الإسلامي في جواز الشركة بالعروض "الحصص العينية"، فمنهم من منع ذلك، ومنهم من أجاز بعض أنواع الحصص العينية دون البعض الآخر، ويمكن تلخيص هذه الاتجاهات الفقهية على النحو الآتي:

أولاً: ذهب الأحناف والحنابلة (في رواية) إلى أن الشركة لا تصح بالعروض أو بنقد من طرف وعرض من طرف آخر^(٢)، واستندوا في ذلك إلى أن العروض (الحصص العينية)، تظل قبل التصرف فيها مملوكة لصاحبها، والشركة تتضمن معنى الوكالة، وكل شريك وكيل عن صاحبه، ولا يصح للفرد أن يتصرف في عروض مملوكة له على وجه الوكالة عن الغير، إذ الولاية له دون غيره، وعلى ذلك لا تصح الوكالة التي هي من مقتضيات الشركة، ومن ثم لا تصح الشركة. وفضلاً عن ذلك، فإن قيمة العروض غير محققة القدر فتكون قيمة رأس المال مجهولة، وتكون نسبة الربح مجهولة أيضاً، مما يفضي إلى النزاع والخصومة. وأخيراً فإن العروض (الحصص العينية) قد تؤدي إلى ربح ما لم يضمن وهو منهي عنه، ذلك أن العروض قد يرتفع سعرها قبل التصرف فيها، فيظهر الربح، وهذا الربح مشترك بين الشركاء بمقتضى عقد الشركة، فيأخذ الشريك الآخر

(١)- المادة (٩٧) من قانون الشركات التجارية اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧، قانون الشركات ولائحته التنفيذية، وزارة الشؤون القانونية، ٢٠٠٣، المادة (٩٣) من قانون الشركات السوري الجديد لعام ٢٠٠٨، المادة (١/٧٥) من قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٣، المادة (٢٥) من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(٢)- ابن قدامة: المغني، ج٧، ص١٢٣ وما بعدها، ابن الهمام: فتح القدير، ج٥، ص١٤، البهوتي: كشف القناع، ج٣، ص٤٩٨، الكاساني: بدائع الصنائع، ج٦، ص٥٩.

(الذي لم يقدم العروض) ربحاً مما لا ملك له فيه ولا ضمان عليه، لأن العروض لو هلكت فإنها تهلك على صاحبها، فكيف يأخذ ربح ما لم يضمن، وكذلك إذا انخفضت أسعار العروض تكون الخسارة بين الشركاء فكيف يُلزم غير المالك بالخسارة وليس عليه ضمان.^(١)

ثانياً: ذهب المالكية وابن ليلي الأوزاعي والحنابلة (في الرواية الأخرى) إلى أن الشركة تصح بعرض وعين (أي بحصص عينية من طرف وأخرى نقدية من طرف آخر) أو بعرضين، وسندهم في ذلك أن الشركة انعقدت على رأس مال معلوم، وهو العروض التي تنتقل ملكيتها إلى الشركة، ومقصود الشركة هو التصرف في رأس المال وجعل الربح بين الشركاء، وهذا المقصود يحصل في العروض كما يحصل في الأثمان، ويرجع كل من الشركاء عند القسمة بقيمة ماله عند العقد.^(٢)

ثالثاً: يرى الشافعية أن الشركة تصح بالعروض (الحصص العينية) متى كانت الأموال مثلية (كالحبوب، والقطن، والبنرول... إلخ) ولا تصح في القيمات (كعقار معين، أو سيارة معينة) وحجتهم في ذلك، أن المثلي إذا اختلط بجنسه ارتفع معه التمييز، فأشبهه النقدين، والخلط غير ممكن في القيمات، وربما يتلف مال أحدهما ويبقى الآخر، فلا يمكن عدّه تالفاً عليهما، أما في المثليات فيكون التالف بعد الخلط تالفاً عليهما جميعاً.^(٣)

(١)- راجع: الشيخ علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، طبعة معهد الدراسات والبحوث العربية، ١٩٦٢، ص ٣٦ وما بعدها، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، شركة المساهمة في النظام السعودي "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي" رسالة دكتوراه منشورة، مطابع الصفا بمكة المكرمة، ١٤٠٦ هجرية، ص ١٠٧ وما بعدها.

(٢)- ابن قدامه: المغني، ج ٧، ص ١٢٤، الزرقاني: شرحه على مختصر خليل، ج ٦، ص ٤٢.

(٣)- الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢١٣، الرافعي: فتح العزيز، ج ١٠، ص ٤٠٧.

مناقشة الآراء السابقة:

ذهب رأي في الفقه الحديث إلى أن القول بعدم مشروعية الحصص العينية لأنها تؤدي إلى ربح ما لم يضمن، إنما هو مبني على أساس أن تلك الحصص تظل قبل التصرف بها مملوكة لصاحبها، وهذا غير صحيح، لأن عقد الشركة يفيد الاشتراك في رأس المال ملكاً من حين العقد، كما يفيد الاشتراك في الربح، ومن ثم فإن استحقاق الربح أو الخسارة بعد انعقاد الشركة وقبل التصرف هو استحقاق فيما ثبتت الملكية والضمان فيه، وهو صيرورة رأس المال مشتركاً بين الشركاء بمجرد العقد ودخوله في ضمانهم جميعاً.^(١)

وذهب رأي آخر، إلى أن القول بالمنع مرده عدم بلورة فكرة الشخصية المعنوية للشركة وما يترتب على ذلك من التسليم لها بذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، فالشركة كشخص معنوي تكتسب ملكية الحصص المقدمة سواء كانت نقدية أو عينية، ولا يبقى لمن قدمها أي حق فيها، إذ كل ما له هو حصة في موجودات الشركة عند تصفيتها، وهذا السبب ذاته هو الذي حمل الشافعية على التفريق بين الحصص العينية المثلية فأجازوها والقيمية فمنعوها، لأنهم استعاضوا عن فكرة الذمة المالية للشركة بفكرة الخلط، فخلط الأموال المثلية هو الذي يجعلها كتلة مالية قائمة بذاتها منفصلة عن باقي أموال الشركاء، إذ بالخلط يصعب تمييز مال أي شريك عن مال الآخر، أما في الأموال القيمية، فالخلط غير متصور على هذا النحو، فحتى بعد الخلط تبقى الأموال متميزة، حيث يمكن تمييز حصة كل شريك عن الآخر.^(٢)

(١)- انظر: د. صالح بن زابن المرزوقي، مرجع سابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

(٢)- انظر: د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، النظام القانوني للبنوك الإسلامية، دراسة مقارنة في وثائق تأسيس البنوك الإسلامية، وتشريعات الشركات والبنوك والفقه الإسلامي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٠٩.

وفضلاً عن ذلك، فإن القول بعدم صحة الشركة التي تقدم فيها حصص عينية، لأن تقديرها يفضي إلى النزاع والخصومة الناشئة عن جهالة قيمة رأس المال، ومن ثم جهالة الربح؛ هو قول يمكن علاج أسبابه، لأنه وإن كان تقدير الحصص يثير العديد من المشاكل، إلا أنها مشاكل ليست مستعصية على الحل فتتكفل التشريعات الداخلية^(١)، بوضع الضوابط التي تحقق الدقة ومراعاة العدالة عند تقدير قيمة الحصص العينية. ويضيف الرأي السابق بأن الفقهاء القائلين بمنع تقديم حصص عينية في الشركة، نظروا إلى طبيعة الحصص المقدمة فوجدوها عروضاً تجارية سيتم التعامل فيها بالبيع والشراء، ويؤدي ذلك إلى ربح ما لم يضمن كما سبق القول، إلا أن الحصة العينية لم تعد تأخذ تلك الصورة البسيطة، إذ تقدم لتستغل بنفسها وتخصص للإنتاج لا لتباع بقصد تحقيق الربح، فهي قد تكون بالنسبة للمصارف حاسبات آلية أو مبان أو أرض بناء.

يتضح مما سبق أن الأسباب التي من أجلها منع الفقهاء تقديم الحصص العينية في رأس مال الشركة لم تعد قائمة، وهذا المنع يزول بزوال أسبابه ويصبح الأمر جائزاً، لا سيما أن المانعين من تقديم الحصص العينية قالوا بجواز ذلك بناء على حيلة شرعية مفادها أن يبيع كل واحد من الشريكين نصف حصته العينية بنصف حصة صاحبه لتصير الحصص مملوكة بينهم على الشيوع (شركة ملك)، ثم يعقدان بينهما شركة عقد على المتاجرة بهذه الحصص المشتركة، هذا إن كان كل شريك قد قدم حصة عينية، أما إذا قدم أحدهما حصة عينية وقدم الآخر حصة نقدية، باع كل منهما نصف حصته بنصف

(١)- لمزيد من الاطلاع حول تقويم الحصص العينية انظر: المادة (٨٠) من قانون الشركات اليمني)، المادة (٩٣) من قانون الشركات السوري الجديد لعام ٢٠٠٨)، المادة (٨٧) من قانون الشركات في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته)، المادة (١٠٥) من قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته).

حصة الآخر، حتى تصبح النقود والعروض مملوكة لهما على الشيوع، ويعقدان على ذلك عقد الشركة.^(١)

وخلاصة ما تقدم أن المصارف الإسلامية في حقيقتها شركات مساهمة تجري عليها أحكامها، فيجوز دخول حصص عينية في تكوين رأس مالها، وإن كانت المصارف التي اطلعت على نظامها القانوني لم تكشف عن وجود مثل هذه الحصص. والظاهر أن المصارف فضلت المشاركة بحصص نقدية في رأس المال حتى تتجنب إشكاليات وإجراءات هي في غنى عنها. فقوانين الشركات توجب تقدير الحصص العينية تقديراً صحيحاً وبإجراءات طويلة نسبياً^(٢)، لتفادي كثير من المخاطر الناجمة عن المبالغة في تقدير هذه الحصص بأكثر من قيمتها الحقيقية، فالغير الذي يتعامل مع الشركة لا يجد في ذمتها عناصر الائتمان التي اعتمد عليها، لاختلاف رأس المال الفعلي عن رأس المال الأسمي في هذه الحالة. كما أن أصحاب هذه الحصص يحصلون على جانب من الأرباح هو في الحقيقة من حق أصحاب الحصص النقدية.

وقد تكتشف الشركة أن الحصة العينية مرهونة لدائن الشريك قبل تقديمها كحصة في رأس مال الشركة، مما يضعف رأسمالها إلى درجة كبيرة، وقد لا تكون الحصة العينية ملائمة في طبيعتها ووظيفتها مع أغراض الشركة، وعندئذ لن تعدّ جزءاً حقيقياً من رأس المال.

(١) - الكاساني: بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٥٦، الرافعي: فتح العزيز، ج ١٠، ص ٤٠٩.

(٢) - تتطلب قوانين الشركات عادة مجموعة من الأحكام لضمان تقويم الحصص وتقادي المبالغة التي من الممكن حدوثها ومنها: أن تكون الأسهم العينية كاملة الوفاء، وأن يشتمل عقد التأسيس على بيان جميع الشروط الخاصة بتقديم الحصة العينية، واسم مقدمها، وحقوق الرهن والامتياز المترتبة عليها، ويحظر تداول الأسهم العينية قبل انقضاء مدة معينة من تاريخ إنشاء الشركة، ويجب على المؤسسين أن يطلبوا إلى الجهة المختصة التحقق مما إذا كانت هذه الحصص قد قدرت تقديراً صحيحاً وفقاً للإجراءات المحددة في قوانين الشركات.

المبحث الثاني

الأسهم ومدى ملائمتها للمصارف الإسلامية

يشارك المساهم في تكوين رأسمال الشركة عن طريق تقديم الحصص، وحصصة المساهم في الشركة المساهمة (المصرف) تتمثل في الأسهم التي يكتتب فيها من رأس المال الذي ينقسم إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول بالطرق التجارية، ولا يسأل المساهم عن ديون الشركة إلا في حدود قيمة الأسهم التي يمتلكها في الشركة. ويمثل السهم حصة المساهم في رأسمال الشركة الذي يخوله الحصول على نسبة من أرباحها والاشتراك في توزيع موجوداتها عند تصفية الشركة. وتعتمد المصارف في تمويلها على رأس المال المتجمع من قيم الأسهم المكتتب فيها.

والحديث عن نظام الأسهم في المصارف الإسلامية يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: مفهوم السهم وخصائصه.

الثاني: أنواع الأسهم ومدى ملائمة كل نوع.

المطلب الأول

مفهوم السهم وخصائصه

أولاً: تعريف السهم

يُعرّف السهم بأنه: ((حصة الشريك في الشركة ممثلة بصك قابل للتداول))^(١)، أو هو صك يمثل حصة في رأس مال شركة المساهمة " أو التوصية بالأسهم " ولفظ السهم وفقاً لهذا التعريف يعني حق الشريك في رأسمال الشركة، كما أنه يعني الصك الذي يمثل هذا الحق ويثبتته.^(٢) وما دام السهم يمثل حق الشريك في رأسمال الشركة، فإن هذا الحق يندمج بالصك فيتداول بتداول الصك المثبت له. وتمثل الأسهم في مجموعها رأسمال الشركة، وتكون متساوية القيمة.

تحديد مدلول القيم المختلفة للسهم

يمكن التمييز بين مدلول القيم المختلفة للسهم على النحو الآتي:
القيمة الاسمية للسهم: هي القيمة التي تكتب على الشهادة المثبتة لقيمتها وفقاً للبيان المدون بها، ويقدر رأس مال المصرف على أساس القيمة الاسمية

(١)- د.عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، دراسة مقارنة مع قوانين الشركات في كل من العراق وسورية ولبنان والسعودية ومصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان . الأردن، ص ٢٩١، بند ١٥٠.

(٢)- د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات- شركات الأشخاص . شركات الأموال- أنواع خاصة من الشركات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٢٢، د. إلياس حداد، القانون التجاري (بري- بحري- جوي)، مطبوعات جامعة دمشق، ١٩٨٨-١٩٨٩، ص ١٨٣، حيث عرّف السهم بأنه "الوثيقة التي تمثل حصة المساهم في رأسمال الشركة".

لمجموع الأسهم، بمعنى أن مجموع القيم الاسمية لأسهم المصرف يساوي رأس مال المصرف.

قيمة الإصدار: هي القيمة التي يصدر بها السهم عند التأسيس أو عند زيادة رأس المال، وعادة ما يصدر السهم بقيمته الاسمية، ولا يجوز إصدار السهم بأقل من قيمته الاسمية في عدة بلدان سواء عند تأسيس الشركة أو عند زيادة رأس المال، لأن رأس المال (المصدر) يكون غير مكتتب فيه بالكامل في هذه الحالة. فإن تم إصدار السهم بأكثر من قيمته الاسمية، يطلق على فرق القيمة "علاوة إصدار" ومن ثم فإن قيمة الإصدار تساوي القيمة الاسمية للسهم زائد علاوة إصدار.

القيمة الحقيقية للسهم: هي قيمة ما يمثله السهم من موجودات الشركة، أي نصيب السهم في صافي أصول الشركة بعد إعادة تقديرها وخصم ما عليها من ديون. وقد تتساوى قيمة السهم الاسمية مع قيمته الحقيقية أو تختلف عنها، فإذا كانت الشركة غير مدينة، فإن أصولها تتساوى مع رأس مالها ومن ثم تتساوى القيمة الحقيقية مع القيمة الاسمية للسهم. وإذا حققت الشركة أرباحاً وزادت موجوداتها فإن أصولها تزيد على رأس مالها، ومن ثم تزداد قيمة السهم الحقيقية عن قيمته الاسمية. أما إذا منيت الشركة بخسارة وقلت موجوداتها عن رأس مالها، فإن قيمة السهم الحقيقية تكون أقل من قيمته الاسمية عند إصداره.

القيمة التجارية للسهم: وهي قيمته في سوق رأس المال، وهذه القيمة في البورصة أو قيمته السوقية يجب أن تكون ممثلة لقيمته الحقيقية في الأصل، بمعنى أن السهم يجب أن يباع بثمن عادل مساو للمبلغ الذي يحصل عليه السهم فيما لو انحلت الشركة مباشرة بعد الشراء. بيد أن هناك ظروفًا تؤثر على قيمة السهم في البورصة ومنها، مقدار الأرباح التي توزعها الشركة، وقيمة أصولها التي تعلن عنها، وسمعتها التجارية، ومدى نجاحها أو إخفاقها في

نشاطها التجاري والاقتصادي، ومدى الإقبال على أسهمها في بورصات الأوراق المالية. كما أن قيمة السهم تتأثر حسب العرض والطلب والظروف السياسية والاقتصادية للدولة وغير ذلك.^(١)

ثانياً: الوضع القانوني للسهم وخصائصه

لشركات المساهمة شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء، والمصارف الإسلامية-محل الدراسة- تتخذ هذا الشكل باستثناء البنك الإسلامي للتنمية، وهذه الشخصية من شأنها أن تغير من الطبيعة القانونية للسهم. فالمساهمون يملكون أسهماً تمثل أنصبتهم في أرباح الشركة وخسائرها مادامت قائمة، وتمثل أنصبتهم في مال الشركة بعد حلها وتصفيتها وصيرورة هذا المال مملوكاً مباشرة للمساهمين. وهذه الأسهم ليست إلا حقوقاً شخصية للشريك قبل الشركة، وهي بهذه المثابة أموال منقولة حتى لو كانت أموال الشركة كلها أموالاً عقارية^(٢)، ويترتب على أن السهم في الشركة هو حق شخصي منقول عدة نتائج، منها: أنه إذا تصرف صاحب السهم فيه، فإنه يتصرف في منقول، وإذا أوصى شخص لآخر بمنقولاته، دخل في هذه المنقولات ماعسى أن يكون للموصى له من أسهم في الشركة، كما أنه في حالة الحجز على الأسهم، فإن ذلك يتم عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير، أو حجز المنقول إذا كانت الأسهم لحاملها.

(١)- لمزيد من الاطلاع، راجع: د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٢٤،

د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٤، ٢٠٠٨، ص ٦٤٧

وما بعدها.

(٢)- انظر: د. يعقوب يوسف صرخوة، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي،

دراسة مقارنة في القوانين العربية والفرنسية والانجليزية، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة

العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٨٩ وما بعدها.

خصائص السهم:

للسهم خصائص يتميز بها، ويمكن إجمالها فيما يلي:

- (١) تساوي قيمة الأسهم: يقسم رأس مال شركة المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة وفق ما يحدده القانون، فلا يجوز إصدار أسهم بقيم مختلفة، والحكمة من تساويها تسهيل حساب الأغلبية في الجمعية العمومية، وتسهيل عملية توزيع الأرباح والخسائر على المساهمين، وتنظيم سعر الأسهم في البورصة. وتساوي قيمة الأسهم يقتضي تساوي الحقوق بين المساهمين، لاسيما أن نظم المصارف محل الدراسة لم تتضمن النص على إصدار أسهم امتياز.^(١)
- (٢) عدم قابلية الأسهم للتجزئة أو الانقسام في مواجهة المصرف: فإذا تعدد ملاك السهم الواحد، وجب أن يختاروا أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المترتبة على ملكية السهم في مواجهة الشركة. ويكون الملاك المتعددون مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم. فإذا مات الشريك، أصبحت ملكية السهم مشاعة بينهم، ويختار الورثة ممثلاً عنهم في الجمعية العمومية للمساهمين، لكي يباشر الحقوق المتصلة بالأسهم.
- (٣) تحديد مسؤولية المساهم بقيمة الأسهم: فلا يسأل المساهم عن خسائر الشركة والالتزامات المترتبة عليها إلا بقدر ما يملكه من أسهم.

(١)- تملك السهم عموماً، يمنح صاحبه حقاً أساسية بصفته شريكاً في (المصرف)، فله حق البقاء في الشركة، لأن له نصيب فيها، وله حق الحضور والتصويت في الجمعية العمومية، وهذا الحق هو وسيلته في إدارة الشركة، وحق الرقابة على أعمالها بمراجعة الميزانية وحساب الأرباح والخسائر، وحق رفع دعوى المسؤولية على المديرين بسبب أخطائهم في الإدارة، والطعن في قرارات الجمعية العامة. وحق في الأرباح والاحتياطات، والأولية في الاكتتاب بالأسهم عند زيادة رأس المال، و له حق التصرف في السهم، واقتسام موجودات الشركة عند التصفية. راجع المادتان (١١٠، ١١١ شركات يمني).

٤) قابلية الأسهم للتداول بالطرق التجارية: إذ يجوز للمساهم نقل ملكية أسهمه لشخص آخر يحل محله في المصرف، ويتم نقل الملكية بالقيّد في سجل المصرف إذا كانت الأسهم اسمية.^(١)

(١) - السندات: صكوك مالية تمثل قروضاً طويلة الأجل تحصل عليها الشركات أو الدولة عن طريق الاكتتاب العام مقابل فائدة ثابتة تعطى لحاملها مهما كانت نتيجة استغلالها، وله الحق في اقتضاء دينه في الميعاد المحدد لانتهاء مدة القرض. ودافع الشركة لإصدارها أنها قد تحتاج أثناء مزاوله عملها إلى بعض الأموال، بعد أن تكون قد حصلت على رأس مالها، ولا ترغب في عرض اكتتاب بأسهم جديدة على الجمهور لئلا تتضاءل أنصبة الشركاء، فتعتمد إلى إصدار تلك السندات، وهي كالأسهم من حيث الخصائص العامة، فهي قابلة للتداول، ولا تكون قابلة للتجزئة، ويمكن أن تكون اسمية أو لحاملها، وتختلف عن الأسهم من عدة جوانب: ١- السند يمثل ديناً لصاحبه على الشركة ويعطيه حقاً في فائدة ثابتة سواء ربحت الشركة أم خسرت، ولكن لا يعطيه حقاً في حضور الجمعية العمومية للشركة ولا بالتصويت والاشتراك في الإدارة وغير ذلك مما يستحقه صاحب السهم، بينما السهم حصة من رأس المال، ويعتبر صاحبه شريكاً يتعرض للربح والخسارة في مقابل تمتعه بالحقوق المذكورة سلفاً. ٢- عند تصفية الشركة يكون لصاحب السند الأولوية في الحصول على قيمة السند قبل الدائنين، أما صاحب السهم فلا يأخذ شيئاً إلا بعد تصفية السندات وقضاء الديون. ٣- لحامل السند أن يحصل على قيمته عند انتهاء الأجل المتفق عليه، أما السهم فلا ترد قيمته مادامت الشركة قائمة إلا في أسهم التمتع التي قد تلجأ الشركة إلى إصدارها. ولما كانت هذه السندات بفائدة، فإنه لا يجوز للمصارف الإسلامية إصدارها، والبديل الشرعي لها إصدار صكوك المضاربة الشرعية.

المطلب الثاني

أنواع الأسهم ومدى ملاءمة كل نوع

أولاً: تنقسم الأسهم من حيث شكلها إلى أسهم اسمية وأسهم لحاملها وأسهم للإذن أو للأمر.^(١)

أ- الأسهم الاسمية Nominal Shares:

هي التي تصدر باسم صاحبها وتثبت ملكيته لها، ويتم تداولها عن طريق قيد التصرف في سجل الأسهم والتأشير به على السهم بما يفيد نقل الملكية باسم من انتقلت إليه.^(٢)

ب- الأسهم لحاملها Bearer Shares:

هي التي لا يُذكر فيها اسم المساهم وإنما يُذكر فيها عبارة "أن السهم لحامله" ويحمل السهم رقماً متسلسلاً ويتم تداوله بمجرد التسليم، إذ يعدّ منقولاً مادياً وتطبق بشأنه قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" ويعدّ حامل السهم هو المالك في نظر الشركة. ولهذه الأسهم فائدة عملية بالنسبة لمن لا يرغب من أصحاب الأموال في معرفة شخصيته والحفاظ على سرية ممتلكاته، كما أنها تمتاز بسهولة التصرف بها وتحقيق سيولة للشركة المصدرة لها، حيث يتم الوفاء

(١)- راجع: د. إلياس حداد، مرجع سابق، ص ٨٥ وما بعدها، د. عزيز العكيلي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩٤-٢٩٨، د. محمد الحبيب جراية، الأدوات المالية التقليدية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج ٦، ٢، ١٩٩٠، ص ١٥٢٩.

(٢)- لا خلاف على جواز إصدار الأسهم الاسمية، راجع: د. صالح المرزوقي، مرجع سابق، ص ٣٥٤، د. محمد صبري هارون، أحكام الأسواق المالية (الأسهم والسندات)، ضوابط الانتفاع والتصرف بها في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ج ١، ١٩٩٩، ص ٢٢٤، د. محمد عبد الغفار الشريف، البورصة، نشأتها وأعمالها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ج ٢، ١٩٩٠، ص ١٢٩٤.

بكامل قيمتها عند الاكتتاب فيها. غير أنه يؤخذ على إصدار هذه الأسهم أنها قد تكون وسيلة لغسيل الأموال حيث لا يعرف أصحابها، كما أن الإقبال على شرائها وإعادة بيعها لا يماثل الإقبال ذاته على الأسهم الاسمية.^(١)

وفي حكم إصدار هذا النوع من الأسهم من الناحية الشرعية قولان:

الأول: أنه لا يجوز إصدار هذا النوع من الأسهم، لجهالة الشريك بسبب عدم كتابة اسم صاحب السهم، وهذا من شأنه أن يفضي إلى النزاع والخصومة وإلى إضاعة الحقوق، ذلك أن حامل السهم قد يكون شخصاً وقعت يده عليه عن طريق السرقة أو الغصب أو غير ذلك، ويصبح هو المالك في مواجهة الشركة دون وجه حق، ومن ثم تعدّ هذه الأسهم باطلة، ويجب رد قيمتها إلى من ساهم فيها أولاً، أو استبدالها بأسهم اسمية وإلا كانت شركات فاسدة.^(٢)

الثاني: أنه لا مانع شرعاً من إصدار الأسهم لحاملها وتداولها، لأن المبيع (الأسهم لحاملها) هو حصة شائعة في موجودات الشركة، ولأن شهادة السهم هي وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق في الحصة. وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي.^(٣)

(١)- د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٦٥٠.

(٢)- انظر: صالح المرزوقي، المرجع السابق، ص ٣٥٥، د. محمد صبري هارون، المرجع السابق، ص ٢٢٥، د. محمد الشريف، المرجع السابق، ص ١٢٩٥، ولمزيد من الإطلاع حول أنواع الأسهم في الدول العربية وغيرها انظر: د. أكرم عبد القادر يا ملكي، اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم (بحث مقارنة)، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة ٣٠، مارس ٢٠٠٦، ص ٢٢١-٢٧٣.

(٣)- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٣ (٧/١) بشأن الأسواق المالية، دورة مؤتمره السابع، جدة من ٩-٤ مايو ١٩٩٢، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط ٢ لقرارات الدورات من ٢-١٠، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨، ص ١٣٥.

ج- السهم لأمر أو (الإذن) Promissory Share:

هو الذي يصدر لأمر شخص معين، وتنتقل ملكيته عن طريق التظهير، بأن يكتب على ظهر الصك ما يفيد نقل ملكيته من المظهر إلى المظهر إليه دون الرجوع إلى الشركة. وهذا النوع جائز شرعاً.^(١)

ويعدُّ السهم الاسمي أكثر ملاءمة للمصارف الإسلامية، لأن هذا الشكل يمكنها من الرقابة على تداول الأسهم، وبالتالي مراقبة جنسية المساهمين، وأعضاء مجلس الإدارة كي يظل المصرف محتفظاً بطابعه الإسلامي. ولهذا نصت وثائق المصارف الإسلامية على أن أسهمها اسمية.^(٢)

والجدير بالذكر أن الشكل الوحيد الذي يسمح به المشرع السوري في قانون الشركات الجديد وقانون المصارف الإسلامية هو شكل الأسهم الاسمية فقط دون الأسهم لأمر أو الأسهم لحاملها^(٣)، أما المشرع اليمني في قانون الشركات فيسمح بأن تكون الأسهم اسمية أو لحاملها وتبقى الأسهم اسمية حتى الوفاء

(١) - لانتفاء الجهالة بمعرفة الشريك ولا يفضي ذلك إلى منازعة أو ضرر، ولأن بقية الشركاء قد ارتضوا شركة الثاني (المظهر إليه) بموافقتهم لنظام الشركة الذي يبيع ذلك، انظر: د. محمد الشريف، مرجع سابق، ص ١٢٩٤، د. محمد صبري هارون، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(٢) - المادة (٧) من نظام بنك دبي، المادة (١١) من نظام بنك البحرين، المادة (١٠) من نظام بنك فيصل الإسلامي المصري، المادة (٥) من قانون إنشائه، المادة (٩) من نظام بيت التمويل الكويتي، المادة (١٠) من النظام الداخلي للبنك الإسلامي الأردني، المادة (٨) من نظام بنك الشام، المادة (٧) من نظام بنك سبأ الإسلامي، المادة (٩) من نظام مصرف قطر الإسلامي، المادة (٧) من اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية، المادة (١٠) من نظام البنك الإسلامي اليمني.

(٣) - المادة (٩١ / ٢ من قانون الشركات السوري)، المادة (٤) من المرسوم التشريعي رقم ٣٥ لعام ٢٠٠٥ الخاص بإحداث المصارف الإسلامية. ويشترط وفقاً لقانون المصارف الخاصة والمشاركة السوري رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١؛ أن تكون جميع أسهمها اسمية باستثناء أسهم القطاع العام. الجريدة الرسمية، ج ١، ع ١٦٤ لعام ٢٠٠١، ص ٧١٩-٧٢٤.

بقيمتها كاملة، ويجوز لصاحب السهم الاسمي بعد الوفاء بقيمته كاملة أن يطلب تحويله إلى سهم لحامله ما لم ينص في نظام الشركة على غير ذلك.^(١)

ثانياً: تنقسم الأسهم من حيث موضوعها وما تمثله من حقوق إلى أسهم نقدية وأسهم عينية:

أ- الأسهم النقدية Cash Shares:

هي التي يكتب فيها المساهم على أن يدفع قيمتها نقداً دفعة واحدة أو على أقساط واجبة التسديد خلال مدة معينة، فهي تمثل الحصص النقدية للمساهمين في رأسمال الشركة.

ب- الأسهم العينية Vendors Shares:

هي التي تُمثّل الحصص العينية للمساهمين في رأس مال الشركة، ويتم الوفاء بقيمتها بتقديم أصول عينية تنتقل ملكيتها إلى الشركة أو على شكل أصول وخصوم منشأة قائمة يملكها فرد أو شركة.

وهذه الأسهم يجب الوفاء بقيمتها كاملة عند التأسيس، ويجب تقدير الحصص العينية تقديراً صحيحاً قبل منح الأسهم العينية، ولا يجوز تداولها قبل مضي فترة زمنية محددة من تاريخ تأسيس الشركة وفقاً للأحكام المقررة في قوانين الشركات.

وقد ذكرنا سابقاً أنه لم تدخل حصص عينية في تأسيس المصارف الإسلامية، وبالتالي لم تصدر تلك المصارف أسهماً عينية، بل إن النظم الأساسية لبعض المصارف نصت على وجوب أن تكون الأسهم كلها نقدية.^(٢)

ولا يوجد اعتراض على تقسيم الأسهم إلى هذين النوعين في الفقه الإسلامي، ولا على إصدار أسهم عينية، مادام أن إصدارها تم بتراضي الشركاء وموافقتهم

(١) - المادة (٩٨/أ، ب شركات يمني).

(٢) - المادة (٧) من نظام بيت التمويل الكويتي، وانظر المادة (٨) من نظام بنك البحرين الإسلامي.

على نصوص النظام الإسلامي التي تقرر ذلك، ولم يترتب عليه ضرر أو ظلم لحملة هذا النوع أو ذاك.^(١)

ثالثاً: تنقسم الأسهم بالنظر إلى ما ترتبه من حقوق إلى أسهم عادية وأسهم امتياز:

أ- الأسهم العادية Ordinary Shares:

هي التي لا تختص بامتيازات معينة سواء فيما يتعلق بتوزيع الأرباح أو التصويت أو فيما يتعلق بموجودات الشركة عند تصفيتها. وقد رأينا أن رأسمال شركة المساهمة يقسم إلى أسهم متساوية القيمة وذلك بهدف تحقيق المساواة في الحقوق التي يمنحها السهم، كالحق في الأرباح، والتصويت، وفي نصيب من موجودات الشركة بعد تصفيتها، وكذلك المساواة في الالتزامات التي ترتبها الأسهم. وهذا النوع من الأسهم يوافق أحكام الشريعة الإسلامية، لأنه مبني على العدالة وتساوي الحقوق والواجبات.

وتمر الأسهم العادية بمرحلتين في التعامل:

الأولى: يجري الاكتتاب العام عليها في الأسواق الأولية، ومن ثم تعدّ إضافة حقيقية إلى رأس المال.

الثانية: يتم تداول هذه الأسهم كأداة استثمارية تعرض في الأسواق الثانوية وبأسعار تخضع لقوى العرض والطلب، وهذه المرحلة لا تمثل أي إضافة إلى رأس مال الشركة.^(٢)

(١)- راجع: د. محمد صبري هارون، أحكام الأسواق المالية، مرجع سابق، ص ٢٢٢ وما بعدها،

د. محمد عبد الغفار الشريف، البورصة: نشأتها وأعمالها، مرجع سابق، ص ١٢٩٤ وما بعدها.

(٢)- د. محمد عوض عبد الجواد، (و) علي إبراهيم الشديفات، الاستثمار في البورصة، (أسهم-

سندات - أوراق مالية)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٦، ص ٨٨.

ومن وجهة نظر الشركة تمثل الأسهم العادية مصدراً دائماً للتمويل، إذ لايجوز لمالكها استرداد قيمتها الاسمية من الشركة إلا بعد حلها وتصفيتها وبعد الوفاء بديونها^(١)، ولهذا تقيد القيمة الاسمية لأسهم رأس المال في الجانب الدائن في ميزانية المصرف بوصفها التزاماً طويل الأجل.

وإذا كان رسمال شركة المساهمة يقسم إلى أسهم متساوية القيمة بهدف تحقيق المساواة بين الشركاء، غير أن بعض تشريعات الشركات سمحت بإصدار أسهم امتياز على أساس أن قاعدة المساواة بين المساهمين لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على خلافها في نظام الشركة، كأن ينص هذا النظام على منح بعض المساهمين امتيازات معينة.

ب- أسهم الامتياز Preference Shares:

هي التي تخول صاحبها بعض المزايا مثل حصوله على نسبة محددة من الأرباح قبل توزيعها على المساهمين، وهو ما يطلق عليه (حق الأولوية في الحصول على الأرباح) أو حقه في استيفاء قيمة أسهمه من موجودات الشركة عند التصفية، أو أن يكون للسهم أكثر من صوت في الجمعية العامة.^(٢)

وعلى الرغم من أن إصدار هذه الأسهم يعدّ وضعاً استثنائياً، فإنه لا يؤدي إلى الإخلال بقاعدة المساواة بين الشركاء مادام التفاوت بينهم يرجع إلى نوع الأسهم وليس إلى الشركاء في السهم من نوع واحد. ويتحقق ذلك بأن لا تقصر الشركة حق الاكتتاب في تلك الأسهم على أشخاص معينين، وإنما ينص مُقَدِّماً

(١)- المرجع السابق، ص ٩١.

(٢)- الأصل أن أسهم الامتياز تساوي في قيمتها قيمة الأسهم العادية، وقد تكون اسمية أو للحامل، ويجري تداولها بما يتوافق مع شكلها ونوعها، ولا يجوز إصدارها مجاناً أو بأقل من قيمتها الاسمية مثلها في ذلك مثل الأسهم العادية. راجع: د. محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لثبات رأس المال، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

في نظام الشركة على أنها تتضمن نوعين من الأسهم وتضع مقدماً مزايا وشروط كل نوع، ويترك لكل مكتب أن يختار النوع الذي يريده بشرط أن يؤدي قيمة ما اكتتب فيه منها.^(١)

وعادة ما تصدر الشركة أسهم امتياز بقصد إغراء الجمهور على الاكتتاب في الأسهم عند التأسيس أو عندما تكون بحاجة إلى زيادة رأسمالها، وتكون أعمالها مضطربة، ويصعب عليها أن تجد من يكتتب في الأسهم الجديدة الصادرة بزيادة رأس المال؛ فتضطر ترغيباً للجمهور في الاكتتاب فيها، وتشجيعاً على الإقدام عليها، أن تقرر للأسهم الجديدة امتيازاً على الأسهم القديمة أو عندما ترغب في تحويل حملة السندات إلى مساهمين واستبدال سنداتهم بأسهم، فتعرض عليهم مزايا خاصة حتى يقبلوا التحول إلى مساهمين، وبذلك تتخلص الشركة من سداد ديونها.

ويختلف الحكم الشرعي لأسهم الامتياز باختلاف نوعية الامتياز:

أولاً: إذا كان امتياز السهم بمنح صاحبه حق الأولوية في استيفاء قيمة أسهمه الاسمية كاملة من موجودات الشركة عند التصفية وقبل دفع قيمة الأسهم الأخرى، فهذا غير جائز، لأن الشركة تقوم على المخاطرة، فإما ربح يعود على جميع الأسهم وإما خسارة، والخسارة تكون من رأس المال، ويجب توزيعها على الشركاء كل بنسبة رأس ماله، وحصول صاحب السهم على كامل رأس ماله من موجودات الشركة يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة في خسائر الشركة، لعدم مساهمته فيها.^(٢)

(١)- د. سميحة القليوبي، الشركات، مرجع سابق، ص ٦٥٥.

(٢)- انظر: د. صالح المرزوقي، مرجع سابق، ص ٣٦٠، د. محمد صبري هارون، مرجع سابق،

ص ٢٢٩، د. محمد عبد الغفار الشريف، مرجع سابق، ص ١٢٩٩، د. عاشور عبد الجواد،

المرجع السابق، ص ١٢١.

وإذا كان الأصل أن الأسهم لا يجوز رد قيمتها للمساهمين إلا عند حل الشركة والوفاء بديونها فلا يجوز استهلاكها (برد قيمتها الاسمية) مادامت الشركة قائمة، لأن من حق الشريك البقاء في الشركة، فإن الاستثناء على هذا الأصل يتمثل في منح الأسهم امتياز إطفائها (استهلاكها) في وقت معين. وتلجأ الشركات إلى استهلاك أسهمها عادة إذا كانت تخشى هلاك موجوداتها بالاستعمال مما يستحيل معه حصول المساهمين على قيمة أسهمهم عند انقضاء الشركة، ولا يترتب على استهلاك السهم انقطاع علاقة المساهم بالشركة، بل تظل عضويته في الشركة ويمنح غالباً أسهم تمتع. ومادام أن السهم المستهلك (سهم التمتع) قد دُفعت قيمته الاسمية، فإن مالكة لا يشترك في اقتسام موجودات الشركة عند التصفية إلا بعد أن يستوفي أصحاب رأس المال قيمة أسهمهم، لأن القيمة الاسمية لأسهم التمتع قد دفعت من قبل.^(١)

والمساهم الذي يسترد القيمة الاسمية لأسهمه أثناء حياة الشركة لا يسترد رأس ماله كما هو ظاهر، ومن ثم لا ينتفي عنه وصف الشريك، ذلك أن استهلاك السهم لا يتم من رأس المال ولا من الاحتياطي القانوني، بل من الأرباح القابلة للتوزيع^(٢) (أو من الاحتياطي الاختياري)، وبالتالي فإن ما يحصل

(١)- راجع: د. الياس حداد، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ١٨٦. ويبقى سهم التمتع قابلاً للتداول ولكن بقيمة تجارية أقل عن سهم رأس المال لاختلافه عنه في القيمة والمزايا المالية، كما أنه يبقى لسهم التمتع صوت في الجمعية العامة للمساهمين، وتتساوى هذه الأسهم مع أسهم رأس المال في الحقوق الأخرى. لمزيد من الاطلاع راجع: د: محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لثبات رأس المال، مرجع سابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

(٢)- المادة (١١٤) شركات كويتي)، المادة (١٧١) شركات إماراتي)، المادة (١١٤) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري)، المادة (١١٢ / ب) من قانون الشركات اليمني. حيث نصت على أنه ((لا يكون استهلاك الأسهم إلا من الأرباح أو من الاحتياطي ويقع تباعاً بطريق القرعة السنوية أو بأية طريقة أخرى تحقق المساواة بين المساهمين.

عليه صاحب سهم التمتع ما هو إلا توزيع لأرباح الشركة على المساهمين، حيث يختص كل مساهم بحصة في الأرباح معادلة لحصته في رأس المال مع بقاء حصته ممثلة في رأس المال ومتعرضة لأخطار المشروع حتى نهاية الشركة، وإن كان الاستهلاك يبدو في الظاهر كتسديد لرأس المال ورد للقيمة الاسمية للسهم، وتسميتها (القيمة الاسمية للسهم) لا يغير من هذه الحقيقة.^(١)

وتُعدّ أسهم التمتع مقبولة إذا كان الاستهلاك يتم عن طريق رد جزء من القيمة الاسمية لجميع الأسهم سنوياً حتى تستهلك جميعها معاً في نهاية أجل الشركة. أما إذا قرر نظام الشركة استهلاك بعض الأسهم كالربع أو الثلث كل عام، بحيث تعين الأسهم التي تستهلك عن طريق القرعة، وتنظم عملية الاستهلاك بحيث يتم الوفاء بكل قيمة الأسهم عند انقضاء الشركة؛ فإن الاستهلاك بهذه الطريقة لايجوز، لعدم عدالته في حاله هلاك موجودات الشركة أو إصابتها بخسائر، لأن المساهم الذي استهلك أسهمه يكون في مركز أفضل من الذي لم تصبه القرعة.

ولتقادي هذه المخاطر يجب أن يتضمن نظام الشركة في حالة استهلاك الأسهم عن طريق القرعة تخصيص نسبة مئوية من الربح السنوي الصافي للأسهم التي لم تستهلك ليوزع عليها بالأولوية على أسهم التمتع. وفي حالة انقضاء الشركة قبل تمام الاستهلاك يكون لأصحاب الأسهم التي لم تستهلك الأولوية في الحصول على ما يعادل القيمة الاسمية للسهم من الموجودات.^(٢)

(١)- انظر: د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٣١، د. محمد الشريف، مرجع سابق، ص ١٢٩٧.

(٢)- د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٦٦٥. وهو ما تضمنته المادة (١١٢) د شركات يمني).

ثانياً: إذا كان الامتياز بمنح بعض الأسهم أكثر من صوت في الجمعية العامة للمساهمين، فهو غير جائز من وجهة نظر بعض الفقه، لأنه يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة في الحقوق بين الشركاء، ومن هذه الحقوق التساوي في الأصوات.^(١)

وذهب رأي آخر - بحق - إلى أن العبرة في إباحة أو حظر هذا الامتياز تدور مع علة تقريره، فإذا كان في الشركة (المصرف) مساهمون أجنب (غير مسلمين) وكان هدف تقرير هذا الامتياز للأسهم المملوكة لأطراف مسلمة هو إحكام سيطرتهم على المصرف، وضمان عدم خروجه على قواعد الشرع، كنا بصدد مصلحة مقبولة شرعاً.^(٢)

وتكون المصلحة معتبرة أيضاً فيما لو سمح القانون بمساهمة الأجانب في الشركة، حيث تمنح الشركة مواطنيها أسهماً يكون لها أكثر من صوت، بحيث تكون الأغلبية في اتخاذ القرارات لأصواتهم. أما إذا كان الهدف من تقرير الامتياز تغليب أقلية المساهمين على الأكثرية، فإن ذلك ضرر تأباه أحكام الشريعة العادلة. فالأسهم ذات الأصوات المتعددة قد تضمن الاحتفاظ بمجلس إدارة لم تنتخبه إلا أقلية من المساهمين، وهو ما يؤدي إلى الانتقاص من حق رقابة المساهمين على إدارة الشركة.

ثالثاً: إذا كان الامتياز يتمثل في الحصول على ربح مقطوع أونسبة من الأرباح ابتداءً قبل التوزيع (٥% مثلاً) من مجموع الأرباح أو من قيمة الأسهم الاسمية، ثم يوزع الباقي من الأرباح على الأسهم الممتازة والعادية، فإن حكم هذا النوع من الامتياز محل خلاف في الفقه الحديث:

(١) - د. صالح المرزوقي، مرجع سابق، ص ٣٦٠، د. محمد صبري هارون، مرجع سابق، ص ٢٢٩،

د. محمد عبد الغفار الشريف، مرجع سابق، ص ١٢٩٩.

(٢) - د. عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ١٢١.

الرأي الأول: ذهب إلى أن هذا الامتياز غير جائز، لأن الأسهم متساوية فلا حق لأصحاب أسهم الامتياز في الزيادة على الربح بالنسبة إلى المساهمين الآخرين.^(١)

واستند أصحاب هذا الرأي إلى ما جاء في فتح القدير "ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح، لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما"^(٢)، واحتجوا كذلك بقول ابن المنذر (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة، وممن حفظنا ذلك عنه مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي).^(٣)

والباحث لا يسلم بأدلة هذا الاتجاه إلا إذا كان المقصود أن يشترط في العقد حصول الشريك على ربح مقطوع، كتحديد ربح السهم بمبلغ سنوي مقطوع هو عشرة ريالات أو نسبة مضمونة من قيمة الأسهم الاسمية؛ وذلك لأنه من المحتمل ألا تحقق الشركة أرباحاً، فيعدّ ما أخذه الشريك جزءاً من رأس المال، والقاعدة العامة أنه لا ربح من رأس المال، كما أنه لا ربح إلا بعد تغطية الخسائر. أما إذا كان الشرط هو الحصول على نسبة من الربح المحتمل (فيما لو تحقق فقط)، فلا مانع من ذلك إذا وجدت المصلحة التي تبرر هذه الزيادة.

الرأي الثاني: ذهب إلى عدم الجواز أيضاً، بحجة أن الزيادة في الربح إنما تستحق بالزيادة في المال أو العمل أو الضمان كما هو مقرر في أحكام شركة

(١)- د. محمد الشريف، مرجع سابق، ص ١٢٩٦ وما بعدها، د. محمد صبري هارون، مرجع سابق،

ص ٢٢٩، د. صالح المرزوقي، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

(٢)- ابن الهمام، فتح القدير، ج ٦، ص ١٨٣.

(٣)- ابن قدامه، المغني، ج ٧، ص ١٢٤.

العنان، وأن أصحاب الامتياز ليس لهم مال أو عمل زائد عن مساهمة المساهمين الآخرين يستحقون به هذه الزيادة في الربح.^(١)

الرأي الثالث: ذهب إلى إن الامتياز بنسبة من الأرباح قبل التوزيع لا تزيد في تكييفها القانوني والشرعي على كونها حالة يتفق فيها الشركاء على تقسيم الأرباح بنسبة تختلف عن نسبة رأس المال^(٢)، وهذا جائز عند جمهور الأحناف والحنابلة، فالربح بين الشركاء على ما اصطلاح عليه، لأنه قد يكون أحدهما أبصر بالشراء والبيع، فيأخذ فضل الربح لفضل البصر^(٣)، فهذا لا بأس به، فضلاً عن أن هذا الامتياز لا يؤدي إلى قطع الشركة في الربح، إذ أنه ليس محدداً بمبلغ معين، بل بنسبة مئوية.

وعلى الرغم من عدم تسليم هذا الرأي بأدلة من سبقه، إلا أنه أورد الأدلة ذاتها، فقله بأن الربح يكون على ما اصطلاحا عليه الشركاء، وقد يكون أحدهما أبصر بالشراء والبيع فيأخذ فضل الربح لفضل البصر، إنما هو دليل على أن الزيادة في الربح إنما تستحق مقابل الزيادة في العمل، وهو هنا خبرته بالبيع والشراء.

(١)- د. صالح المرزوقي، مرجع سابق، ص ٣٦٠. ومع ذلك يرجح رأي الأحناف والحنابلة في جواز زيادة الربح لبعض الشركاء عن رؤوس أموالهم إذا شرط ذلك في عقد الشركة في غير المضاربة على أن يقتصر ذلك على شركات الأشخاص وشركات الفقه الإسلامي، شريطة أن تكون الزيادة بسبب مشروع. ولا يجوز ذلك في شركات المساهمة، ومن الأفضل أنه لو وجد لبعض المساهمين ميزات يستحقون بها زيادة في الأرباح على ما قدموه، كإدارة الشركة أو القيام بأعمال فيها؛ أن يقرر لهم أجرة معلومة، فيأخذ صاحبها حكم الأجير، ص ١٨٦.

(٢)- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٣)- ابن قدامه، المغني، ج ٧، ص ١٣٨، الهمام، فتح القدير، ج ٦، ص ١٧٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ٣، ص ٤١.

ويبدو أنه من الجائز زيادة أرباح بعض الأسهم بنسبة معينة تزيد عن غيرها من الأسهم؛ لأن مبدأ المساواة بين الشركاء لا يمنع الاتفاق على كيفية توزيع الأرباح والخسائر دون اشتراط المساواة الرقمية في التوزيع، بل يصح التفاوت في النسب مع التساوي في الحصص مع مراعاة أن يكون احتساب حصة الامتياز من الأرباح في كل سنة مالية متوقفاً على ضرورة أن تكون الشركة قد حققت أرباحاً تكفي لدفع حصة الامتياز في سنة مالية معينة دون أن يكون لذلك أثر على حساب السنوات السابقة أو اللاحقة على حساب السنة المذكورة.

وقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى عدم جواز الأسهم الممتازة التي لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح أو تقديمها عند التصفية أو عند توزيع الأرباح، بينما أجاز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية.^(١)

ولم تأخذ المصارف الإسلامية محل الدراسة بنظام أسهم الامتياز التي تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح أو تقديمها عند التصفية أو عند توزيع الأرباح، لأن إصدارها لا يتم إلا بنص في النظام الأساسي للمصارف، أو عندما لا يتضمن النظام الأساسي منع صريح، وفي جميع الأحوال خلت النظم الأساسية للمصارف محل الدراسة من أية نصوص تقرر ذلك.

والجدير بالذكر أن قانون الشركات اليمني منع إصدار أسهم تعطي أصحابها امتيازاً من أي نوع^(٢)، بخلاف قانون الشركات السوري الجديد الذي أجاز إصدار أسهم تعطي أصحابها امتيازات ذات أنواع مختلفة.^(٣)

(١)- انظر: القرار الأول من قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، ط ٢ لقرارات الدورات من ١٠-٢، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢)- المادة (٩٣ ج/ شركات يمني). وتقابلها المادة (٢/١٥٢ من قانون الشركات الإماراتي).

وفي ظل القوانين التي تسمح بإصدار أسهم امتياز كما هو الحال في قانون الشركات السوري، لا مانع من أن ينص النظام الأساسي للمصرف الإسلامي على منح بعض الأسهم امتيازات تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية. فإذا اقتضت مصلحة المصرف حرمان نوع من المساهمين أو نوع من الأسهم من حق التصويت^(٢)، فإن ذلك يجب أن يكون وفقاً لقواعد موضوعية معلنة مسبقاً على المساهمين، حيث يختار المساهم نوع الأسهم التي يريد، كأن ينص النظام على أن المساهم الذي تقل قيمة أسهمه عن حد معين (١٠%) مثلاً، لن يكون له حق التصويت^(٣)، أو يُصدر المصرف نوعين من الأسهم، يكون أحدهما له حق التصويت والآخر ليس له هذا الحق، بحيث يكون للمساهم

(١)- نظم المشرع السوري في قانون الشركات الجديد أحكام إصدار أسهم الامتياز في المادة (٩١) وبمقتضاها (... ٦. يجوز في جميع الأحوال التي لم ينص فيها النظام الأساسي على منع صريح، إصدار أسهم امتياز بقرار من الهيئة العامة غير العادية.٧. أسهم الامتياز تمنح أصحابها حق الأولوية إما في استيفاء مبالغ مقطوعة أو نسبة ثابتة من قيمة أسهمهم إضافة إلى ما ينوب هذه الأسهم من الأرباح أو في استعادة رأس المال عند تصفية الشركة أو في كل منهما، أو أية ميزة أخرى. ٨. يجوز أن ينص النظام الأساسي للشركة على حرمان حاملي أسهم الامتياز من حق التصويت في هيئاتها العامة.٩. يجوز أن ينص النظام الأساسي على تحويل أسهم الامتياز إلى أسهم عادية وفقاً للشروط التي يحددها النظام الأساسي للشركة.١٠. يجوز أن ينص النظام الأساسي على إحداث فئة من الأسهم يحدد عددها أو نسبتها ولا يجوز تملكها إلا من السوريين.١١. يجوز أن ينص النظام الأساسي على مضاعفة عدد الأصوات الممنوحة للأسهم التي احتفظ مالكوها بملكيتها لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات متتالية.

(٢)- ويلاحظ أن الأسهم التي تجرد صاحبها من حق التصويت تمثل خطورة كبيرة حسب الأصل، لأنها تشجع وتريد من سيطرة الأقلية التي أنشأت وتدير الشركة وتمكنها من السيطرة عليها. ولذلك لا بد من وجود مصلحة تبرر إصدار مثل هذا النوع.

(٣)- المادة (٣٩) من نظام البنك الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، حيث نصت على (أن المساهم الذي يحوز أقل من ١٠ أسهم ليس له حق التمثيل في الجمعية العامة)، المادة (٣٢) من نظام مصرف قطر.

حرية الإرادة في اختيار النوع الذي يريده، ويكون التمثيل في الجمعية العامة مقتصرًا على حملة الأسهم العادية المدفوعة قيمتها كاملة دون أسهم الامتياز.^(١) ولا شك أن حق حضور اجتماعات الجمعية من الحقوق الأساسية للشريك، وهو الأقرب لروح الشريعة، لأن المساهم ولو بسهم واحد من حقه أن يطمئن على مصير أمواله والتصويت على القرارات التي تتخذ بشأن المصرف الذي هو شريك فيه. غير أن تحديد وإعلان نوعية الأسهم في ظل نظام يسمح بوجود أسهم تجرد صاحبها من حق التصويت يعتبر تنازلاً من المساهم عن حقه في التصويت. ولم تأخذ المصارف محل الدراسة بنظام الأسهم المتعددة الأصوات، وإن كانت بعض النظم قد سمحت بإصدار أسهم من هذا النوع عند زيادة رأس المال.^(٢)

وعلى ذلك، لا يجوز للمصارف في ظل القانون اليمني أن تصدر أسهم امتياز من أي نوع، سواء كانت هذه المصارف تجارية أو إسلامية. بينما يجوز للمصارف التجارية في ظل القانون السوري أن تصدر أسهم امتياز من أي نوع على أن يكون النظام الأساسي قد نص على ذلك، ويجوز أيضاً للمصارف الإسلامية أن تصدر أسهم امتياز تتعلق بالأموال الأجرائية والإدارية.

(١) - المادتان (٢٩، ٤٤) من نظام بنك النقوى. أخذ هذا البنك بنوع من أسهم الامتياز لا يحق لحاملها الحضور أو التصويت في الجمعية العامة للشركة، ويجوز للمكتب فيها أن يدفع ثلث قيمتها الاسمية فقط عند الاكتتاب (المادة ٥ من عقد تأسيس البنك) وأخذ لبنك بنظام أسهم التمتع، حيث يمكن إصدار أسهم امتياز أخرى بشروط مؤداها أن هذه الأسهم قابلة للتناقص بإعادة قيمتها لأصحابها بما قد تحدده الشركة من شروط قبل إصدار هذه الأسهم، المادة (٥) من عقد النظام الأساسي).

(٢) - المادة (٤٤) من نظام بنك فيصل المصري، المادة (٥) من نظام بنك النقوى.

المبحث الثالث

الاكتتاب في رأس مال المصارف

الاكتتاب هو الآلية القانونية التي يلجأ إليها المؤسسون للمساهمة في تكوين رأس مال المصرف وقد أخذت جميع المصارف الإسلامية محل الدراسة شكل شركة المساهمة، وفي هذا الشكل يقسم رأس المال إلى أسهم متساوية القيمة تطرح للاكتتاب، ويدفع المساهمون قيمتها الاسمية للمساهمة في تكوين رأسمال المصرف. والقيمة الاسمية للأسهم تمثل في مجموعها رأس مال المصرف. ويلاحظ أنَّ البنك الإسلامي للتنمية بجدة رغم أنه اتخذ شكل المؤسسة العامة، إلا أنه فضل نظام رأس المال وقسم رأسماله إلى أسهم تطرح للاكتتاب. وعادة ما تضع التشريعات المصرفية حداً أدنى لرأس المال، وهو مقدار لا يجوز للاكتتاب فيما هو أقل منه عند تأسيس المصرف، ولا يجوز بحسب الأصل أن يقل في أي وقت عن هذا الحد.

وسنحاول الكشف عن نظام رأس المال الذي أخذت به المصارف وكيفية الاكتتاب في رأس المال من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

الأول: الاكتتاب في رأس مال المصارف في ظل القانونين السوري واليمني.

الثاني: الاكتتاب في رأس مال المصارف الأخرى.

الثالث: تداول الأسهم في المصارف.

المطلب الأول

الاكتتاب في رأس مال المصارف في ظل القانونين

السوري واليمني

فكرة الاكتتاب في رأس المال:

يُعرّف الاكتتاب بأنه تصرف قانوني يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المكتتب بتقديم حصص في رأسمال الشركة تتمثل بشراء سهم أو أكثر من أسهم الشركة، ويدفع قيمتها الاسمية في المواعيد والنسب المحددة بعقدها ونظامها الأساسي ليصبح مساهماً في الشركة.^(١)

ويعرّف الاكتتاب أيضاً بأنه: ((إعلان الإرادة في الانضمام إلى مشروع الشركة مع التعهد بتقديم حصة في رأس المال تتمثل في عدد معين من الأسهم)).^(٢)

وعلى ذلك فإن الاكتتاب عمل إرادي يتمثل في إعلان الرغبة من جانب المكتتب في الانضمام إلى الشركة (قيد التأسيس) والتعهد بتقديم حصة في رأسمالها عن طريق شراء عدد معين من الأسهم المطروحة للاكتتاب، وقبول هذا القسط من جانب المصرف يعد بمثابة قبول للمستثمر بوصفه مساهماً فيه. ويؤدي الاكتتاب إلى منح المكتتب صفة المساهم في الشركة عند إتمام إجراءات

(١)- في هذا المعنى انظر: د. إلياس حداد، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ١٧٧، د. عزيز

العكيلي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ١٩٩، ص ٢٦٤.

(٢)- د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ١٩١.

تأسيسها. وبعدّ الاكتتاب في رأبي عقداً بين الشركة (قيد التأسيس) وبين المكتتبين موضوعه الانضمام للشركة.^(١)

والاكتتاب في رأس مال المصارف إما أن يكون عاماً، حيث يكتتب المؤسسون في جزء من رأس المال وتطرح الأسهم التي لم يكتتب فيها على الجمهور في نشرة عامة، وإما أن يكون غير عام، إذا تم دون نشرة عامة، أو وجهت الدعوة إلى أشخاص محددين سلفاً بذاتهم، حيث يكتتب المؤسسون في جميع الأسهم التي تمثل رأس المال.^(٢)

-
- (١) - المرجع السابق، ص ١٩٢. هذا في ظل التشريعات التي يجري فيها الاكتتاب قبل اكتساب الشركة للشخصية المعنوية، ومنها تشريع الشركات اليمني، وتعدّ شركة المساهمة العامة مؤسسة قانوناً من تاريخ صدور القرار بإعلان تأسيس الشركة، أو مرور عشرة أيام على تقديم الطلب من قبل المؤسسين دون البت فيه، انظر المادة (٨٤/أ، ب، ج شركات يمني). أما في ظل التشريعات التي يجري فيها الاكتتاب بعد اكتساب الشركة للشخصية المعنوية كما هو الحال في تشريع الشركات الكويتي والأردني، إذ تكتسب الشركة لشخصيتها المعنوية بعد صدور قرار الترخيص بتأسيسها وتسجيلها في سجل مراقب الشركات؛ فيعدّ الاكتتاب في هذه الحالة عقداً بين المكتتب والشركة، انظر: د. عزيز العكيلي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٦٦. ولمزيد من الاطلاع حول الطبيعة القانونية للاكتتاب انظر: د. يعقوب يوسف صرخوة، مرجع سابق، ص ٧٨.
- (٢) - يتم الاكتتاب في بعض المصارف طبقاً لأحكام النظام الأساسي وأحكام قانون الشركات. وقد أوجبت قوانين الشركات أن تتم دعوة الجمهور للاكتتاب عن طريق نشرة إصدار، ولكن اختلف الحكم فيها بشأن الإجراءات التي تتبع إذا لم يكتتب بجميع الأسهم، فالمادة (٣٦ شركات مصري) أجازت للبنوك والشركات المرخص لها بتلقي الاكتتاب تغطية ما لم يتم الاكتتاب فيه من أسهم، وأجازت المادة (٢/١٩) من اللائحة التنفيذية بعد إذن رئيس الهيئة العامة لسوق المال مد فترة الاكتتاب مدة أخرى لا تزيد عن شهرين، و إذا لم يكتتب بالأسهم المطروحة فإن المادة (١٠/ب) تجيز للمؤسسين تغطية قيمة الأسهم التي لم يكتتب فيها. وأوجبت المادة ٢/٨٣ من القانون الاتحادي المعدل لدولة الإمارات في حالة عدم تغطية جميع الأسهم المطروحة؛ على المؤسسين إما الرجوع عن تأسيس الشركة أو إنقاص رأس مالها، بشرط موافقة الوزير. على أن المشرع أجاز للمؤسسين بعد موافقة الوزير والسلطة المختصة أن يكتتبوا فيما لم يكتتب فيه من الأسهم

أولاً: الاكتتاب في رأس مال المصارف وفقاً للقانون السوري

١ - الحد الأدنى لرأس المال

فرق المشرع السوري في اشتراط الحد الأدنى لرأس المال بين المصارف التجارية والمصارف الإسلامية، فبالنسبة لأحكام القانون (رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١ الخاص بإحداث المصارف الخاصة والمشاركة)، تم تعديل بعض أحكامه بالقانون رقم (٣) لعام ٢٠١٠ المتعلق بعمل المصارف المرخصة في سورية، وتناول هذا التعديل المادة السادسة والسابعة والفقرة (ج) من المادة التاسعة من القانون رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١.

وقد نصت المادة (٦) بعد تعديلها على أن ((أ- يحدد في صك ترخيص المصرف ما يلي:

١- رأس مال المصرف (المصرح) على ألا يقل عن ١٠ مليارات ليرة سورية.
٢- عدد الأسهم الموزع عليها رأس المال وقيمة السهم الواحد على ألا تقل عن ٥٠٠ ليرة سورية.

٣- حصص المؤسسين على ألا تقل في مجموعها عن ٢٥ بالمئة (خمس وعشرين بالمئة) من رأسمال المصرف (المكتتب به) عند تقديم الطلب وبما لا يتجاوز الحد الأعلى للنسب المذكورة في هذا القانون دون مراعاة الحد الأقصى لحصص المؤسسين المنصوص عليها في قانون الشركات رقم ٣ لعام ٢٠٠٨.

٤- نسبة مساهمة القطاع العام المصرفي والمالي في رأسمال المصرف ولا يعتبر المصرف مشتركاً إلا في حال بلغ مجموع نسب مساهمة القطاع

استثناء من أحكام المادة (٧٨) التي أوجبت على المؤسسين أن يكتتبوا بأسهم لا تقل عن ٢٠% ولا تزيد على ٤٠% من رأس مال الشركة وأن يدفعوا قبل نشر بيان الاكتتاب المبلغ الذي يعادل النسبة المطلوب دفعها من المكتتبين عن كل سهم عند الاكتتاب.

العام المصرفي والمالي النسبة المحددة لها في المادة الأولى من القانون رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١.

ب- يجب ألا يتجاوز مجموع مساهمات الشخصيات الاعتبارية في أي وقت سواء كانت هذه الأشخاص سورية أم عربية أم أجنبية نسبة ٦٠ بالمئة (ستين بالمئة) من رأس مال المصرف (المكتتب به) ويمكن تجاوز هذه النسبة لتصل إلى ٧٥ بالمئة (خمس وسبعين بالمئة) شريطة أن تكون هذه الزيادة مخصصة لصالح مساهمة القطاع العام المصرفي والمالي.

ج- يجب ألا تتجاوز حصة الشخص الطبيعي في رأسمال المصرف في أي وقت نسبة (٥٠%) خمسة بالمئة من رأس المال، وتعتبر حصص الزوجة والأولاد للشخص الطبيعي ضمن هذا الحد الأقصى المسموح به.

د- يراعى عند النظر في طلبات الترخيص مشاركة الشخصيات الاعتبارية في رأسمال المصرف ومدى ما تتمتع به كل منها من خبرات مصرفية وسمعة عالمية وملاءة مالية طبقاً للقواعد والمعايير الدولية السائدة^(١).

(١)- كانت أحكام المادة (٦) من قانون إحداث المصارف الخاصة والمشاركة تشترط قبل تعديلها (أن يحدد في صك الترخيص ما يلي: ١- رأس مال المصرف على ألا يقل عن ١٥٠٠ مليون ل.س...) الجريدة الرسمية، العدد ١٦، ٢٥/٤/٢٠٠١، ص ٨١٩. وقد بينت المادة (٣) من التعليمات التنفيذية للقانون رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١، أن طلب الترخيص يتضمن المعلومات التالية (اسم المصرف المراد إحداثه وشكله القانوني- خاص أو مشترك، رأس مال المصرف المقترح والمبلغ المقرر طرحه للاكتتاب على أن لا يقل عن ١٥٠٠ مليون ليرة سورية، عدد الأسهم الإجمالي، وقيمة السهم الاسمية على أن لا تقل عن ٥٠٠ ليرة). وبينت المادة (٩) من التعليمات) أن قرار الترخيص الصادر عن مجلس الوزراء يتضمن البيانات التالية: (... وألا تقل حصص المساهمين المؤسسين في مجموعها عن (٢٥%) من رأس مال المصرف المكتتب به. ويشترط ألا تزيد حصة الشخص الطبيعي من المؤسسين عن (٥٠%)، ويدخل ضمن هذه النسبة حصة الزوجة وأولاده القصر، كما يشترط ألا تزيد حصة الشخص الاعتباري عن (٤٩%) من رأس المال المكتتب به. وإذا كان المصرف مشتركاً تحدد حصص القطاع العام المصرفي والمالي

والجدير بالذكر أن قانون النقد والتسليف السوري أوجب على المصارف تحديد الحدود الدنيا لحصة المؤسسين في رأس المال، وكذلك الحدود القصوى لحصص الأشخاص الطبيعية والاعتبارية في رأس مال المصارف، حيث تعدّ حصص الزوجة والأولاد للشخص الطبيعي ضمن الحد الأقصى المسموح به للشخص الطبيعي البالغ (٥%) من رأس مال المصرف.^(١)

وفضلاً عن التعديل الوارد على المادة السادسة، نصت المادة (٧) من القانون رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١ بعد تعديلها بالقانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ على أن ((يحدد في صك الترخيص:

أ- رأسمال المصرف المصرح به كما يحدد رأس المال المدفوع عند التأسيس على ألا يقل عن (٥٠ بالمئة) خمسين بالمئة من رأس المال المصرح به.

ب-تطرح الأسهم التي تقيض عن حصص المؤسسين على الاكتتاب العام.

ج- يجب استكمال دفع رأس المال المصرح به خلال ثلاث سنوات من بداية مزاولة المصرف لنشاطه ويجوز للمصرف عدم توزيع أي أرباح للمساهمين خلال هذه المدة)).

ونصت المادة (٩) من القانون رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١، بعد تعديل الفقرة (ج) على أنه ((أ- لا يجوز للمؤسسين التنازل عن ملكية أسهمهم أو حصصهم في رأسمال المصرف إلى الغير إلا بعد صدور ثلاث ميزانيات رابحة.

المسموح له بالمساهمة في تأسيس المصارف بنسبة إجمالية قدرها ٢٥% من رأس مال المصرف المكتتب به إذا كان المصرف مشتركاً. ويكون الحد الأقصى لمجموع حصص المساهمين غير السوريين سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين ب٤٩% من رأس مال المصرف المكتتب. راجع: التعليمات التنفيذية للقانون رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، ج١، العدد ٤١ لسنة ٢٠٠١.

(١)- المادة (٧/٩٦) قانون مصرف سورية المركزي ونظام النقد الأساسي رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢).

ب- لا يجوز أن يكون التنازل عن الأسهم أو الحصص من رأسمال المصرف إلا لأشخاص سوريين أو لجهة غير سورية يوافق عليها مسبقاً مصرف سورية المركزي وبقرار من مجلس الوزراء.

ج- في جميع الأحوال يجب ألا تتجاوز نسبة تملك غير السوريين (٤٩ بالمئة) تسعاً وأربعين بالمئة من رأسمال المصرف، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس النقد والتسليف زيادة هذه النسبة لتصل إلى (٦٠ بالمئة) ستين بالمئة شريطة أن تكون الحصة الأكبر للشريك الاستراتيجي المتمثل بمؤسسة مصرفية تتمتع بسمعة عالمية جيدة وخبرة متميزة في مجال العمل المصرفي وانتشار واسع وتتسم مؤشراتها المالية بمتانة عالية)).

ويجوز زيادة رأس مال المصرف وفق الشروط التي يحددها نظامه الأساسي وبموافقة مسبقة من مصرف سورية المركزي، ويجوز لهذا الأخير في الحالات التي يراها ضرورية أن يطلب من المصرف زيادة رأس ماله انسجماً مع المعايير الدولية لكفاية رأس المال، على أن تعطى الأفضلية في الاكتتاب بالزيادة الجديدة في رأس المال للمساهمين الأصليين وبنفس نسبة مساهماتهم، وفي هذه الحالة يجب ألا تقل نسبة مساهمة القطاع العام المصرفي أو المالي عن (٢٥%) إذا كان المصرف مشتركاً بعد الحصول على موافقة مجلس الوزراء بزيادة حصة القطاع العام.^(١)

أما أحكام المرسوم التشريعي (رقم ٣٥ لعام ٢٠٠٥) الخاص بإحداث المصارف الإسلامية، فقد تم تعديله أيضاً بموجب القانون رقم (٣) لعام ٢٠١٠ المتعلق بعمل المصارف المرخصة في سورية، ويمكن إجمال مواد هذا القانون بشأن المصارف المرخصة عموماً في سورية وذلك على النحو التالي:

(١)- المادة (١٨) من التعليمات التنفيذية للقانون رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١.

أولاً: نصت المادة (٤/أ) من القانون رقم (٣) لعام ٢٠١٠ على أن ((تعدل المادة ٤ من المرسوم التشريعي رقم ٣٥ لعام ٢٠٠٥ بحيث تصبح كما يلي:

١- يحدد في صك ترخيص المصرف الإسلامي رأسماله المصرح به على ألا يقل عن (١٥ مليار ليرة سورية) موزع على أسهم اسمية لا تقل القيمة الاسمية للسهم الواحد منها عن خمسمئة ليرة سورية، كما يحدد في صك الترخيص رأس المال المدفوع عند التأسيس على ألا يقل عن (٥٠%) خمسين بالمئة من رأس المال المصرح به.

٢- تطرح الأسهم التي تفيض عن حصص المؤسسين على الاكتتاب العام.

٣- يجب استكمال دفع رأس المال خلال ثلاث سنوات من بداية مزاوله المصرف لنشاطه ويجوز للمصرف عدم توزيع أي أرباح للمساهمين خلال هذه المدة.

ب- تخضع المصارف الإسلامية للأحكام الأخرى الواردة في هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكام مرسوم إحداث المصارف الإسلامية رقم ٣٥ لعام ٢٠٠٥)).

ثانياً: نصت المادة (٥) من القانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ على أن ((تمنح المصارف المرخصة قبل نفاذ هذا القانون مهلة ثلاث سنوات لتوفيق أوضاعها بزيادة رأسمالها إلى الحد الأدنى المطلوب وفق أحكام هذا القانون)). وهذا النص يسري على جميع المصارف المرخصة التجارية والإسلامية.

ثالثاً: نصت المادة (٦) من القانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ على أنه ((لا يسمح للمصارف المرخصة قبل نفاذ هذا القانون بزيادة مجموع نسب مساهمات الشخصيات الاعتبارية سواء كانت سورية أم عربية أم أجنبية من ٤٩ بالمئة إلى ٦٠ بالمئة أو ٧٥ بالمئة أو زيادة نسبة تملك غير السوريين من ٤٩ بالمئة إلى ٦٠ بالمئة ما لم تكن هذه الزيادة مترافقة مع زيادة لرأسمال هذه المصارف إلى

ما لا يقل عن ٥٠ بالمئة من الحد الأدنى لرأس المال المنصوص عنه في هذا القانون وبما لا يخالف أحكام القوانين والأنظمة النافذة، كما ويشترط إضافة لما سبق في حال رغب المصرف في زيادة مجموع نسب مساهمات الشخصيات الاعتبارية العامة المصرفية والمالية أو زيادة نسبة تملك غير السوريين وفق أحكام هذا القانون طلب الموافقة المسبقة والتي تصدر بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس النقد والتسليف)).

رابعاً: نصت المادة (٧) من القانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ على أن ((تبقى المصارف العامة خاضعة للأحكام الواردة في صكوك إحداثها فيما يتعلق بالحد الأدنى لرأس المال)).

وعلى أساس أحكام المرسوم التشريعي (رقم ٣٥ لعام ٢٠٠٥) الخاص بإحداث المصارف الإسلامية (المعدّل) يشترط ألا يقل رأس المال المصرف المصرّح عن (١٥ مليار ليرة سورية) موزع على أسهم اسمية لا تقل القيمة الاسمية للسهم الواحد عن خمسمئة ليرة سورية. ويشترط كذلك ألا يقل رأس المال المدفوع عند التأسيس عن (٥٠%) من رأس المال المصرّح. وتطرح الأسهم التي تفيض عن حصص المؤسسين على الاكتتاب العام، ويجب استكمال دفع رأس المال خلال ثلاث سنوات من بداية مزاولة المصرف لنشاطه، ويجوز للمصرف عدم توزيع أية أرباح للمساهمين خلال هذه المدة.^(١)

(١)- المادة (٤) من قانون المصارف الإسلامية رقم ٣٥ لعام ٢٠٠٥. وكانت تنص قبل تعديلها على أن (أ- يحدد في صك ترخيص المصرف الإسلامي رأس ماله المصرّح على أن لا يقل عن خمسة مليارات ليرة سورية موزع على أسهم اسمية لا تقل القيمة الاسمية للسهم الواحد منها عن خمسمئة ليرة سورية، كما يحدد في صك الترخيص رأس المال المدفوع عند التأسيس على أن لا يقل عن ٥٠/ بالمئة خمسين بالمئة من رأس المال المصرّح. ب- يجب استكمال دفع رأس المال خلال ثلاث سنوات من بداية مزاولة المصرف لنشاطه ويجوز للمصرف عدم توزيع أية أرباح للمساهمين خلال هذه المدة).

ولمجلس النقد والتسليف أن يقرر في أي وقت وجوب زيادة الحد الأدنى لرأس المال طبقاً لمقتضيات الملاءة وانسجاماً مع المعايير الدولية لكفاية رأس المال.^(١)

والهدف من وضع حد أدنى لقيمة السهم بحسب الأصل (٥٠٠ ليرة سورية) هو تمكين صغار المدخرين من الاكتتاب في الأسهم والمشاركة في هذا النوع من الاستثمار، إلا أن السماح للمصارف بزيادة الحد الأدنى لقيمة السهم إنما يعني استبعاد صغار المدخرين عن هذا النوع من الاستثمار. أما وضع حد أدنى لرأس المال المدفوع وتحديد نسب اكتتاب المؤسسين في مجموعهم بما لا يقل عن (٢٥%) من رأس المال المكتتب به، فالهدف منه ضمان جدية طلب تسجيل المصارف في السجل الخاص بها لدى البنك المركزي، ومراعاة لأهمية وجود مؤسسين رئيسيين في بداية النشاط، ولضمان كفاية رأس المال لمباشرة المصرف لنشاطه. وغني عن البيان أن الوفاء بالحد الأدنى لرأس المال المدفوع إنما هو خاص بالأسهم النقدية، أما الأسهم العينية لو وجدت، فيجب الوفاء بكامل قيمتها.

ويلاحظ أنّ المشرع السوري تطلب حداً أدنى لرأس مال المصارف الإسلامية وهو أكبر من الحد الأدنى المطلوب لرأس مال المصارف التجارية. ويبدو أن السبب في ذلك يرجع إلى طبيعة عمل المصارف الإسلامية التي تشارك بجزء من أموالها إلى جانب أموال المودعين في عمليات التمويل والاستثمار على أساس المشاركة في الربح والخسارة، وتوسعها في الأنشطة

(١) - انظر المادة (٢/٩٨ من قانون النقد والتسليف السوري) ويلاحظ أن هذا النص خاص ببيان الحد الأدنى لرأس المال المُبَيَّن في المادة ٦ من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠١ الخاص بالمصارف الخاصة والمشاركة. وتخضع المصارف الإسلامية قانوناً لهذه الأحكام.

التجارية والاستثمارية والأعمال غير المصرفية التي لا تزولها المصارف التجارية بحكم القانون كما سنرى.

وقد أجازت المادة (٣) من المرسوم التشريعي بإحداث المصارف الإسلامية للمصارف العاملة المسجلة في سجل المصارف وبعد موافقة مجلس النقد والتسليف المساهمة في تأسيس مصارف إسلامية وفق أحكام هذا المرسوم بشرط التقيد بما يلي:

١- مراعاة الحدود القصوى لمساهمة الشخصيات الاعتبارية في رأسمال المصرف المحدث المحددة بالقانون ٢٨ لعام ٢٠٠١ .

٢- ألا تتجاوز مساهمة المصرف في تأسيس مصرف إسلامي نسبة عشرين بالمئة من صافي الأموال الخاصة للمصرف المساهم يحددها مجلس النقد والتسليف في كل حالة بعد دراسة وضع المصرف الراغب في المساهمة.

٢ - الاكتتاب في رأس مال بنك الشام

وفقاً لأحكام المرسوم التشريعي رقم ٣٥ تاريخ ٢٠٠٥/٥/٤ الخاص بإحداث المصارف الإسلامية وكذلك أحكام القانون رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١ الخاص بإحداث المصارف الخاصة والمشاركة، وأحكام قانون مصرف سورية المركزي ونظام النقد الأساسي رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢ وقانون الشركات الجديد رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٨^(١)، أنشئت بين المساهمين المؤسسين وأصحاب الأسهم شركة مساهمة مغفلة (عامة) مقيدة بنصوص النظام الأساسي والقوانين النافذة في الجمهورية العربية السورية تسمى شركة بنك الشام المساهمة المغفلة.

(١)- تأسس هذا المصرف في ظل قانون التجارة رقم ١٤٩ لعام ١٩٤٩ الذي تم إلغاؤه بقانون الشركات الجديد رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٨. وقد تأسس كشركة مساهمة مغفلة في ٧ أيلول ٢٠٠٦ - سجل تجاري رقم ١٤٨٠٩- وسُجِّل في سجل المصارف بالمصرف المركزي برقم ١٥. ويُعتبر أول مصرف إسلامي في سورية يتخذ الشريعة الإسلامية منهجاً له.

وطبقاً لأحكام النظام الأساسي لبنك الشام، حُدِدَ رأسمال الشركة بمبلغ خمسة مليارات ليرة سورية مقسمة على خمسة ملايين سهم، قيمة السهم الواحد (١٠٠٠ ل.س.)،^(١) وجميع الأسهم اسمية، وتقسم إلى فئتين:

١- الأسهم التي لا يجوز تملكها إلا لأشخاص سوريين (طبيين أو اعتباريين)، وتسدد قيمتها بالليرات السورية، باستثناء السوريين المقيمين في الخارج، إذ يجب عليهم تسديد قيمة اكتتاباتهم في الأسهم بالقطع الأجنبي بموجب نشرة أسعار الصرف الحرة الصادرة عن مصرف سورية المركزي في اليوم السابق لموعد بدء الاكتتاب.

٢- الأسهم التي يجوز تملكها لغير السوريين (عرب أو أجنبي) بقرار من مجلس الوزراء وتسدد قيمتها بالقطع الأجنبي بسعر الصرف الفعلي الرائج في الأسواق حسب نشرة أسعار الصرف الحرة للعملة الأجنبية الصادرة عن مصرف سورية المركزي في اليوم السابق لموعد بدء الاكتتاب.

ويلاحظ أنه بمقتضى حكم المادة (٥) من القانون رقم (٣) لعام ٢٠١٠ المتعلق بعمل المصارف المرخصة في سورية، يمنح بنك الشام مهلة ثلاث سنوات لتوفيق أوضاعه بزيادة رأسماله إلى الحد الأدنى المطلوب الذي حدده القانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ كما سبق وأن بينا.

(١) - يلاحظ أن البنك المذكور ملزم بتوفيق أوضاعه وفقاً لأحكام قانون الشركات والتشريعات المصرفية بعد تعديلها. وقد وردت كثير من هذه التعديلات بعد الانتهاء من إعداد هذا البحث.

اكتتاب المؤسسين في رأسمال بنك الشام

اكتتب المؤسسون في رأسمال الشركة بالنسب المبينة في عقد التأسيس وبما يتفق مع أحكام المادة (٤/٦) من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠١ الخاص بإنشاء المصارف الخاصة والمشاركة^(١)، والتي اشترطت ألا تقل حصص المؤسسين في مجموعها عن (٢٥%) من رأسمال المصرف عند تقديم طلب الترخيص، وألا تزيد حصة الشخص الطبيعي عن (٥%) من رأس مال المصرف، ويدخل ضمن هذه النسبة حصة زوجته وأولاده القصر، وألا تزيد حصة الأشخاص الاعتباريين عن (٤٩%)^(٢)، وفي جميع الأحوال يجب ألا تتجاوز نسبة تملك غير السوريين (٤٩%) من رأسمال المصرف.^(٣)

ويلحظ أنه بموجب أحكام المادة (٦) من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠١ المعدلة بالقانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠، يجب ألا تقل حصص المؤسسين عن (٢٥%) من رأس مال المصرف عند تقديم طلب الترخيص، وألا يتجاوز مجموع مساهمات الشخصيات الاعتبارية في أي وقت سواء كانت هذه الأشخاص سورية أم عربية أم أجنبية نسبة (٦٠%) من رأس مال المصرف، ويمكن تجاوز هذه النسبة لتصل إلى (٧٥%) على أن تكون هذه الزيادة مخصصة لصالح مساهمة القطاع العام المصرفي والمالي. ويجب ألا تتجاوز

(١)- المادة (٩) من النظام الأساسي لبنك الشام، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، ج ٢، ع ٤٧ لسنة ٢٠٠٦.

(٢)- انظر المادة (٤ / ٦) من قانون إنشاء المصارف الخاصة والمشاركة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠١. وقد اكتتب المؤسسون بـ (٣,٧٥٠,٠٠٠) مليون سهم وتمثل (٧٥%) من رأس المال، أما الأسهم المتبقية في رأس المال وعددها (١,٢٥٠,٠٠٠)، فقد طرحت للاكتتاب العام، وتمثل (٢٥%) من رأس المال، علماً بأن الحد الأدنى للاكتتاب هو خمسين سهم لكل مساهم.

(٣)- انظر المادة (٩ / ج) من قانون إنشاء المصارف الخاصة والمشاركة، المادة (١١ / ج) من النظام الأساسي للبنك.

حصة الشخص الطبيعي في رأسمال المصرف في أي وقت نسبة (٥%) من رأس المال، وتعتبر حصص الزوجة والأولاد للشخص الطبيعي ضمن هذا الحد الأقصى المسموح به. وفي جميع الأحوال يجب ألا تتجاوز نسبة تملك غير السوريين (٤٩%) من رأسمال المصرف، ويجوز زيادة هذه النسبة بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس النقد لتصل إلى (٦٠%) من رأس مال المصرف.^(١)

وكما هو واضح فإن اشتراط مشاركة الحد الأدنى من المؤسسين في رأس المال إنما يقصد به ضمان جدية اشتراكهم في رأس مال المصرف وفي تحمل نتائج نشاطه. كما أن تحديد حصص المشاركة في رأس المال يجب التقيد بها سواءً عند الاكتتاب في رأس المال، أو عند زيادته أو عند التنازل عن الأسهم. مع مراعاة أحكام المادة (٦) من القانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠.^(٢)

-
- (١)- انظر المادة (٩ / ج المعدلة) من قانون إنشاء المصارف الخاصة والمشاركة.
- (٢)- وبمقتضى حكم المادة (٦) لا يسمح لبنك الشام قبل نفاذ القانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ بزيادة مجموع نسب مساهمات الشخصيات الاعتبارية سواء كانت سورية أم عربية أم أجنبية من ٤٩ بالمئة إلى ٦٠ بالمئة أو ٧٥ بالمئة أو زيادة نسبة تملك غير السوريين من ٤٩ بالمئة إلى ٦٠ بالمئة ما لم تكن هذه الزيادة مترافقة مع زيادة لرأسمال هذا البنك إلى ما لا يقل عن ٥٠ بالمئة من الحد الأدنى لرأس المال المنصوص عنه في القانون الجديد، وبما لا يخالف أحكام القوانين والأنظمة النافذة، كما ويشترط إضافة لما سبق في حال رغب البنك في زيادة مجموع نسب مساهمات الشخصيات الاعتبارية العامة المصرفية والمالية أو زيادة نسبة تملك غير السوريين وفق أحكام هذا القانون طلب الموافقة المسبقة والتي تصدر بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس النقد والتسليف.

طرح أسهم بنك الشام للاكتتاب العام:

تتم عملية إصدار الأسهم النقدية في حالة الاكتتاب العام من خلال دعوة الجمهور للاكتتاب عن طريق بيان أو نشرة الاكتتاب، ويبيدي الجمهور رغبته في شراء الأسهم بعد ذلك، ويتم دفع قيمة الأسهم لدى المصارف المعتمدة. والحكمة من إيداع المبالغ المدفوعة في المصارف المعتمدة تكمن في التحقق من الوفاء بالحد الأدنى من قيمة كل سهم والحيلولة دون تلاعب المؤسسين بالمبالغ المدفوعة.

وقد بين النظام الأساسي لبنك الشام كيفية الاكتتاب العام لبقية الأسهم المطروحة على الجمهور، وأحال بعض أحكام الاكتتاب على قانون الشركات، إذ نصت المادة (١٢) من النظام ذاته على أن (... ب- ينظم المؤسسون بياناً بالاكتتاب متضمناً الإيضاحات المنصوص عليها في المادة (١٠٨) من قانون الشركات الجديد).^(١)

(١)- ووفقاً للمادة (١٠٨) من قانون الشركات السوري) عند طرح أسهم الشركة على الجمهور للاكتتاب عليها يجب الإعلان عن هذا الطرح في صحيفتين يوميتين ولمرتين على الأقل قبل عشرة أيام على الأقل من تاريخ بدء الاكتتاب. ويجب أن يتضمن الإعلان المعلومات التالية: اسم الشركة وغايتها ورأسمالها ونوع الأسهم والعدد المطروح منها للاكتتاب وقيمة السهم الاسمية وعلاوة الإصدار إن وجدت. المقدمات العينية إن وجدت وقيمة هذه المقدمات استناداً لتقرير التقييم. تاريخ بدء الاكتتاب ومدة الاكتتاب والجهة التي يتم لديها الاكتتاب. ولا يجوز أن تقل مدة الاكتتاب عن عشرين يوماً ولا أن تتجاوز تسعين يوماً. رقم وتاريخ موافقة هيئة الأوراق بطرح الأسهم على الاكتتاب العام. وطبقاً للمادة (١١٠) يكون الاكتتاب على وثيقة أو نشرة إصدار تتضمن: اسم المكتتب وعدد الأسهم التي اكتتب فيها، قبوله بنظام الشركة، الموطن الذي اختاره وجميع المعلومات الأخرى الضرورية. وتخضع عملية الاكتتاب للقوانين والأنظمة المرعية الإجراء في الجمهورية العربية السورية، وبشكل خاص أحكام إصدار وطرح الأوراق المالية الواردة في المرسوم التشريعي رقم ٥٥ لعام ٢٠٠٦ المتعلقة بسوق الأوراق المالية وأحكام نظام إصدار وطرح الأوراق المالية الصادر عن هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية.

وقد تم نشر البيان المذكور في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين يوميتين لمرتين على الأقل في المدن التي فتح فيها مركز للاكتتاب، وبقي باب الاكتتاب مفتوحاً مدة خمسة عشر يوماً.

وفي حال عدم الاكتتاب العام بكامل الأسهم المطروحة (أي عند اكتتاب الجمهور بعدد أقل من الأسهم المطروحة للاكتتاب العام)، يجوز للمؤسسين الاكتتاب على الأسهم المتبقية أو السماح لمتعهد تغطية أو لشركات الوساطة التي تعمل في مجال الأوراق المالية بتغطية هذه الأسهم، وذلك خلال مهلة أسبوعين من تاريخ انتهاء الاكتتاب. شريطة التقيد بالحدود القصوى الخاصة بحصص الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين وفقاً للنسب المحددة في القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠١ وتعليماته التنفيذية.^(١)

أما إذا تجاوز الاكتتاب العام عدد الأسهم المطروحة (المصدرة)، فتتم عملية تخصيص الأسهم للمكتتبين^(٢)، وفقاً لأحكام المادة (١١٣) من قانون الشركات (الجديد)، حيث يتم التخصيص بتوزيع الأسهم بنسبة ما اكتتب فيه كل مكتتب، ويراعى جانب المكتتب بعدد أقل من الأسهم^(٣)، أي أن التوزيع يكون على أساس نسبة عدد الأسهم المصدرة (أو المطروحة للاكتتاب) إلى عدد الأسهم

(١)-راجع المادة (١٢ شركات) أما المادة (١٣ من نظام البنك) فقد أجازت- قبل صدور قانون الشركات- للمؤسسين الاكتتاب المباشر بالأسهم التي تفيض عن الاكتتاب العام للوصول إلى الحد الأدنى المطلوب لرأس المال.

(٢)- انظر المادة (١٢/ ج، د، هـ، و، من النظام الأساسي).

(٣)- انظر المادة (١٢/ و) من النظام الأساسي. وقد نصت المادة (١١٣ من قانون الشركات الجديد) على أنه (إذا تبين أن الاكتتاب قد جاوز عدد الأسهم المطروحة، فيجب أن توزع هذه الأسهم غرضاً بين المكتتبين على أن يراعى في ذلك جانب المكتتبين بعدد ضئيل). وتقابل المادة (١١٤) من قانون التجارة (الملغي).

المكتتب فيها. وبهذا لا يتم استبعاد أي مساهم عن المصرف مهما كان عدد الأسهم التي اكتتب فيها.

ويجري تسديد قيمة الأسهم لدى مصرف سورية المركزي، في حساب باسم "بنك الشام تحت التأسيس" حيث يدفع المساهم أو المؤسس عند الاكتتاب (٥٠%) من القيمة الاسمية لكل سهم، ويتم تحديد موعد تسديد الدفعة الثانية بقرار من الجمعية العمومية، ولا يجوز الاكتتاب بأقل من خمسين سهماً لكل مساهم (الحد الأدنى)، ويتم تسديد باقي قيمة كل سهم خلال ثلاث سنوات من تاريخ مزولة المصرف لنشاطه.

وفي حال عدم تسديد المكتتب للأسهم لباقي قيمتها ضمن الفترة المذكورة، يخصص المساهم المتخلف عن السداد بنصف عدد الأسهم التي اكتتب فيها أصلاً، وتعرض الأسهم الفائضة نتيجة لذلك على المؤسسين للاكتتاب المباشر ضمن النسب والمدة القانونية لاستكمال تسديد كامل الحد الأدنى المطلوب لرأس المال. وعند الاكتتاب يسلم للمساهم إيصال مؤقت يُذكر فيه المبلغ المدفوع، وعدد الأسهم التي اكتتب فيها، ويستبدل هذا الإيصال لاحقاً بالأسهم الاسمية النهائية، وتقتطع سندات الأسهم من سجلات ذات أرومة لها أرقام متسلسلة من فئات مختلفة، وتمهر بخاتم الشركة وتوقع من قبل عضوين من أعضاء مجلس الإدارة المنتدبين لهذا الغرض^(١)، ولا يجوز تسليم الأموال المقبوضة من المكتتبين إلا لمجلس الإدارة المنتخب بعد اجتماع الجمعية التأسيسية واتخاذها قراراً بإعلان تأسيس الشركة^(٢)، وعلى مجلس الإدارة تسليم جميع الأسهم النهائية إلى أصحابها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تسديد القسط

(١) - المادة (١٣ / أ، ب، ج من نظام البنك).

(٢) - نظر المادة (١٥ من النظام الأساسي).

الأخير من قيمتها^(١)، ويترتب على ملكية السهم قبول المساهم للنظام الأساسي للشركة ولقرارات هيئاتها العامة.^(٢)

ولا تجوز زيادة رأس المال إلا بعد تغطية رأس المال المحدد في النظام بكاملة وبعد أن يكون مجلس الإدارة قد طلب من المساهمين دفع القسط الثاني من قيمة الأسهم، ولا تجوز الزيادة إلا بقرار من الجمعية العمومية غير العادية يتضمن تحديد شروط الإصدار الجديد وبعد موافقة مجلس النقد والتسليف، ويجب أن تكون القيمة الاسمية للأسهم الجديدة معادلة للقيمة الاسمية القديمة ولو كانت الأسهم الجديدة قد بيعت وقت الإصدار بسعر يزيد عن قيمتها الاسمية، وفي هذه الحالة يقيد الفرق بين القيمة الاسمية وقيمة الإصدار ربحاً في حساب الاحتياطي. وتطبق أحكام الاكتتاب الأصلية على الأسهم الجديدة^(٣)، على أن يعطى حق الأفضلية في الاكتتاب بحصة من الأسهم الجديدة للمساهمين الأصليين وبذات نسبة مساهمتهم^(٤)، ويجري تسديد كامل قيمة أسهم زيادة رأس المال دفعة واحدة عند الاكتتاب.^(٥)

(١)- انظر المادة (١٤) من النظام الأساسي لبنك الشام).

(٢)- انظر المادة (١٢ / ز) من النظام الأساسي.

(٣)- المادة (٧٢) من نظام البنك).

(٤)- الجدير بالذكر أن حق الأولوية في الاكتتاب على أسهم زيادة رأس المال هو أمر وجوبي وفقاً لحكم المادة(١٠) من قانون المصارف الخاصة والمشاركة، والمادة (١٨) من التعليمات التنفيذية للقانون رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١. فيكون لهذا الحكم أولوية التطبيق على أي نص في قانون آخر، ذلك أن قانون الشركات السوري الجديد جعل حق الأولوية أمراً جوازياً ولا يتعلق بالنظام العام، فالمادة (١٠١ شركات)، أجازت أن يتضمن النص الأساسي للشركة منح هذا الحق. وعلى ذلك لا يكون حق الأولوية واجب التطبيق إلا إذا نص عليه نظام الشركة صراحة.

(٥) - راجع المادة (٢٢) من نظام بنك الشام).

ثانياً: الاكتتاب في رأس مال المصارف وفقاً للقانون اليمني

١ - الحد الأدنى لرأس المال المدفوع

نصت المادة (٦) من قانون المصارف الإسلامية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٩ على أنه ((أ- لا يجوز أن يقل رأس المال المدفوع لأي مصرف عن ستة مليارات ريال، وللبنك المركزي أن يرفع الحد الأدنى وذلك وفقاً لقانون البنوك.

ب- يجوز مساهمة غير اليمنيين أفراداً أو هيئات أو مؤسسات أو شركات أو مصارف في رأس مال أي مصرف إسلامي ينشأ بحكم هذا القانون وفقاً للأسس والضوابط والمعايير التي يصدرها البنك المركزي.

ج- لا يجوز للبنك المركزي السماح للبنوك غير الإسلامية بفتح نوافذ للعمل بالصيغ الإسلامية، ويحق له السماح للبنوك الإسلامية في الخارج والبنوك التجارية العاملة فتح فروع مستقلة للعمل بالجمهورية وفقاً للشرعية الإسلامية وبالشروط والمعايير والضوابط التي يضعها البنك المركزي اليمني، على أن تشرف على هذه الفروع هيئة رقابة شرعية)).^(١)

يستفاد من هذا النص أن الحد الأدنى لرأس المال المدفوع لأي مصرف إسلامي هو ستة مليارات ريال يمني، وللبنك المركزي زيادة هذا الحد وفقاً لمعايير كفاية رأس المال التي يحددها.

(١)- تم إلغاء المادة (٦) بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٩، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد السابع، ١٥/ إبريل/ ٢٠٠٩. وكانت قبل إلغائها تنص على أن (أ- رأس مال المصرف المصرح به يجب ألا يقل عن مليار ريال يمني. ب- يحدد رأس المال المدفوع بنصف رأس المال المصرح به. ج- يحدد النظام الأساسي طريقة زيادة رأس مال المصرف. د- يجوز مساهمة غير اليمنيين أفراداً أو هيئات أو مؤسسات أو شركات أو مصارف في رأس مال أي مصرف إسلامي ينشأ بحكم هذا القانون على أن لا تزيد نسبة المساهمة عن ٢٠% من رأس مال المصرف المصرح به).

أما بالنسبة لقانون البنوك التجارية اليمني فيشترط أن لا يقل رأس المال المدفوع لأي بنك تجاري عن مليار ريال، وللبنك المركزي زيادة هذا المبلغ وفقاً لمعايير كفاية رأس المال التي يحددها.^(١)

وتطبيقاً لذلك أصدر البنك المركزي اليمني القرار رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤ برفع الحد الأدنى لرأس المال المدفوع للمصارف الإسلامية وغيرها إلى ستة مليارات ريال، لدعم القاعدة الرأسمالية للمصارف في مواجهة المخاطر المتعلقة بالتوسع في الاستثمارات وانخفاض نسبة الملاءة عن الحد الأدنى لمتطلبات وفاق بازل رقم (١) ولمتطلبات وفاق بازل رقم (٢)، وقد تم رفع رأس مال بنك سبأ وغيره من المصارف إلى ستة مليارات ريال على أن يستوفي كل بنك (٢٠%) من الزيادة المطلوبة من رأس المال المدفوع كل سنة ابتداء من عام ٢٠٠٥ وحتى نهاية عام ٢٠٠٩.^(٢) وبعد هذه الزيادة، تم تعديل الحد الأدنى المطلوب لرأس المال في قانون المصارف الإسلامية كما بينا في المادة (٦).

٢- الاكتتاب في رأس مال بنك سبأ الإسلامي والبنك الإسلامي اليمني

طبقاً لأحكام قانون المصارف الإسلامية والقوانين النافذة في الجمهورية اليمنية، تأسست شركة مساهمة يمنية باسم بنك سبأ الإسلامي (شركة مساهمة يمنية)، وتطبيقاً لأحكام قانون المصارف الإسلامية (قبل تعديله)، حدد رأس مال الشركة بمبلغ ملياري ريال يمني، وزع على مليوني سهم، قيمة كل سهم ألف

(١)- المادة (١١) من قانون البنوك التجارية اليمني رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٨. راجع مجموعة قوانين

البنوك والمصارف، الجمهورية اليمنية، وزارة الشؤون القانونية، ٢٠٠٣.

(٢)- التقرير السنوي لبنك سبأ لعام ٢٠٠٥، التقرير السنوي للبنك المركزي اليمني لعام ٢٠٠٦، وقد وصلت نسبة كفاية رأس المال للقطاع المصرفي عام ٢٠٠٥ إلى حوالي ١٢% وهي نسبة عالية مقارنة بمعيار لجنة بازل التي اشترطت ألا تقل نسبة كفاية رأس المال عن ٨%. انظر تقرير البنك المركزي، ص ٧٤.

ريال يمني، وجميعها أسهم اسمية. وقد اكتتب المؤسسون بكامل رأس المال وتم توزيعه كما يلي:

أ- (٨٠%) من رأس المال للمؤسسين اليمنيين في الداخل والخارج. ويكون الحد الأعلى للأسهم التي يكتتب فيها أي مؤسس مئة ألف سهم.

ب- (٢٠%) من رأس المال للمؤسسين غير اليمنيين من البنوك الإسلامية والأفراد والشركات في الخارج^(١)، وتعهد المؤسسون بدفع (٥٠%) من قيمة الأسهم المكتتب فيها نقداً لدى البنك اليمني للإنشاء والتعمير. فرع صنعاء. والبنك العربي- فرع صنعاء- وهما من المصارف المعتمدة لدى الدولة، ولا يجوز لها تسليم المبالغ المعتمدة إلا لمجلس الإدارة بعد إتمام تأسيس الشركة^(٢)، وجميع أسهم الشركة اسمية وغير قابلة للتجزئة^(٣).

ومع مراعاة أحكام القانون (الشركات)، يجوز زيادة رأس المال باصدار أسهم جديدة بنفس القيمة الاسمية للاسهم الأصلية، كما يجوز تخفيضه بقرار من الجمعية العمومية غير العادية للشركة بناء على اقتراح مجلس الإدارة، ولا يجوز إصدار الأسهم الجديدة بأقل من قيمتها الاسمية، وإذا صدرت بأكثر من ذلك (علاوة اصدار) فإن الفرق بين السعر الاسمي وسعر الإصدار يضاف إلى الاحتياطي القانوني حتى لو زاد الاحتياطي على نصف رأس مال الشركة.

(١)- المادة (٧) من النظام الأساسي. وقد تأسس هذا البنك في عام ١٩٩٧. وبلغ رأس ماله المدفوع عام ٢٠٠٦ (٤,٠٩٢). راجع التقرير السنوي للبنك المركزي اليمني، ص ١٢٦.

(٢)- المادة (٨) من النظام الأساسي.

(٣)- المادة (٩) من النظام الأساسي. ولا يجوز للمساهم أن يطالب باسترداد ما دفعه للشركة كحصة في رأس مالها، ولا تجوز المقاصة بين التزام المساهمين بدفع قيمة السهم وما يكون للشركة من حقوق أو ديون وفقاً للمادة (١٣)، وكل سهم يخول لصاحبه الحق في حصة معادلة لحصة غيره بلا تمييز في ملكية موجودات الشركة وفي تقسيم الأرباح طبقاً لنص المادة (٢١) من النظام الأساسي.

ويكون للمساهمين الأصليين حق الأولوية في الاكتتاب الجديد^(١)، وتوزع الاسهم الجديدة على المساهمين الأصليين الذين طلبوا الاكتتاب بها حسب طلباتهم بحيث لا تتجاوز الطلبات عدد الاسهم المطروحة. وفي الحالات التي تتجاوز الأسهم المطلوبة الأسهم المطروحة، توزع الأسهم على المساهمين الأصليين كل بنسبة أسهمه على أن لا يتجاوز ما يحصل عليه المساهم ما طلبه من أسهم جديدة مع مراعاة الفقرة (أ) من المادة (٧) من النظام^(٢)، وهي التي تقضي بأن يكون الحد الأعلى للاسهم التي يكتتب فيها أي مؤسس مائة ألف سهم.

أما بالنسبة للبنك الإسلامي اليمني للتمويل والاستثمار، فقد تأسس كشركة مساهمة يمنية مقفلة، برأس مال قدره مليار ريال يمني، وتم تعديل نظامه الأساسي وبلغ رأس ماله مليار ومئتين وخمسين مليون ريال مقسمة إلى مليون ومئتين وخمسين ألف سهم، وأدى المساهمون كامل رأس المال الأصلي المكتتب به عند تأسيس الشركة وقدره مليار ريال^(٣)، واكتتب المؤسسون في كامل الزيادة على رأس المال وقدرها مئتان وخمسون مليون ريال، وتم دفع رأس المال مع الزيادة بالكامل من قبلهم.^(٤)

(١)- المادة (٢٤) من النظام الأساسي. وتقابلها المادة (٢٤) من نظام بنك اليمن والكويت (التجاري)، وحق أولوية المساهمين الأصليين في الاكتتاب بالأسهم الجديدة من النظام العام، لأنه بمقتضى المادة (٢٠١) من قانون الشركات اليمني، يعتبر كل شرط على خلاف ذلك كأن لم يكن.

(٢)- المادة (٢٥) من النظام الأساسي.

(٣)- انظر المادتان (١، ٦) من النظام الأساسي للبنك الإسلامي اليمني الذي تأسس عام ١٩٩٥.

(٤)- المادة (٧) من النظام الأساسي للبنك الإسلامي اليمني. وقد تم تعديله بموجب قرار الجمعية غير العادية للمساهمين في محضر اجتماعها المنعقد بتاريخ ٢٠/٦/٢٠٠٠م وبلغ رأس ماله المدفوع عام ٢٠٠٦ (١١، ٢)، راجع التقرير السنوي للبنك المركزي اليمني، ص ١٢٦.

ويلاحظ أن أغلب المصارف في اليمن أسست كشركات مساهمة مقفلة يقتصر الاكتتاب فيها على المؤسسين فقط أو على أشخاص معينين بالذات. وأرى أن الاكتتاب المغلق لا يلبي الطموحات المرجوة من هذه المصارف وخاصة المصارف الإسلامية، وهذا الوضع لا يحقق بعض ما تضمنته النظم الأساسية من أهداف اجتماعية تسعى لتحقيقها، كالخدمات الاجتماعية الهادفة لإحياء صور التكافل الاجتماعي المنظم على أساس المنفعة المشتركة. وأبسط صور التكافل الاجتماعي السماح لصغار المدخرين بالاستثمار عن طريق المساهمة في تأسيس هذه المصارف، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الوعي المصرفي وتوسيع قاعدة المستثمرين، وجذب المدخرات بشكل أكبر وتوظيفها بما يعود بالنفع على الاقتصاد الوطني بشكل عام والمنفعة المشتركة بشكل خاص.

واتخاذ شكل شركات المساهمة ذات الاكتتاب المغلق لا يقتصر على المصارف الإسلامية فقط، بل إن الكثير من الشركات المساهمة العاملة في الساحة التجارية اليمنية - خاصة المصارف التجارية- اتخذت هذا الشكل، وهذا الأمر لا يوفر الثقة والائتمان الكافيين للاستثمار فيها أو رفع سقف التعامل معها، وهذه الشركات يغلب عليها الطابع الأسري أو تحكمها علاقة الصداقة، الأمر الذي يجعل نظامها القانوني ونشاطها التجاري رهناً بإرادة أصحابها.^(١)

ومما يتيح ويعزز السيطرة العائلية أن القوانين اليمنية وأنظمة المصارف بشكل عام لا تفرق بين ملكية الشخص الطبيعي وأقاربه كالزوجة والأولاد من جهة، وبين ملكية الشخص الاعتباري من جهة أخرى، وهذا ما تؤكد عقود التأسيس والنظم الأساسية. وعلى الرغم من عدم النص على وضع حد أقصى

(١)- انظر: د. حمود محمد شمسان، الشركات التجارية- الأحكام العامة- شركات الأشخاص- الشركة ذات المسؤولية المحدودة- وفقاً للتعديلات الجديدة الصادرة بالقانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٤، ط٣، دار الشوكاني، صنعاء، ٢٠٠٥، ص٢٠، هامش رقم (١).

لنسب اكتتاب المؤسسين في مجموعهم في قانون المصارف الإسلامية، إلا أن قانون البنوك اليمني نص في المادة (١٠) على أنه ((٢٠٠- لا يحق لأي بنك الاندماج أو الانضمام إلى أي بنك أو مؤسسة أخرى أو تملك أي جزء من رأس ماله بصورة مباشرة أو غير مباشرة لأي شخص، بحيث يصبح له الحق في أكثر من (١٠%) من مجموعة الأسهم أو القوة التصويتية إلا بموافقة مسبقة من البنك المركزي. ٣- لا يحق لأي شخص أن يحوز أسهم في أي بنك بحيث يكون له أكثر من نسبة (١٠%) من القوة التصويتية في مثل هذا البنك ما لم يكن حاصلاً على موافقة كتابية مسبقة من البنك المركزي، وعلى إدارة البنك إبلاغ البنك المركزي بالأشخاص الذين يحوزون نسبة (٥%) فأكثر من القوة التصويتية في أي بنك، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حيازتهم لتلك النسبة)).^(١)

ووفقاً لهذا النص لا يجوز لأي شخص طبيعي أو اعتباري أن يملك ما يزيد على (١٠%) من رأس مال أي مصرف أو أي نسبة تؤدي إلى السيطرة الفعلية عليه إلا بعد الحصول على موافقة مسبقة من البنك المركزي، فلا يجوز لأي شخص أن يملك أي نسبة من شأنها تمكينه من تعيين غالبية أعضاء مجلس إدارة المصرف أو التحكم على أي نحو في القرارات التي يصدرها مجلس إدارته

(١) - وضماناً لسلامة حق المساهم في عمليات التصويت بالأصالة أو الوكالة (دون أن يكون أحد أعضاء مجلس الإدارة)، وحتى لا يقع المصرف تحت سيطرة كبار المساهمين، نصت وثائق المصارف على أنه لا يجوز أن يزيد عدد الأسهم التي يحملها الوكيل بهذه الصفة عن ٥% من أسهم رأس مال المصرف، كذلك لا يكون لأي مساهم . باستثناء الأشخاص الاعتبارية- بوصفه أصيلاً أو نائباً عن الغير عدد من الأصوات يجاوز (٢٠%) من عدد الأسهم المقررة للأسهم الممثلة في الاجتماع. المادة (٤٢) من نظام بنك اليمن والكويت)، والمادة (٤٣) من نظام بنك سبأ). فلو أن شخصاً طبيعياً يملك (٢٥%) من أصوات المصرف ومثلت جميع أسهم الشركة في الاجتماع، فإن هذا الشخص لن يكون له أصوات إلا عن (٢٠%) فقط من الأسهم، أما الخمسة في المئة الباقية فهي محرومة من التصويت.

أو التحكم في القرارات التي تصدر عن الجمعية العامة. ويلاحظ أن النص الوارد في قانون البنوك لم يأخذ بعين الاعتبار حصة أقارب الشخص الطبيعي التي يفترض أن تكون ضمن الحد الأقصى لنسبة تملك الشخص الطبيعي. وسعيًا إلى أن تؤدي المصارف وظيفتها للصالح العام - وليس لمصلحة شخص أو أشخاص معينين - فإنه يلزم وضع حد أقصى لملكية أسهم المصرف والفرقة في ذلك بين ملكية الشخص الطبيعي - مع أقاربه كالزوجة والأولاد - وبين ملكية الشخص الاعتباري. وعلى هذا الأساس يقترح الباحث تعديل النص المذكور في قانون البنوك بحيث يدخل في حساب ملكية الشخص الطبيعي ما يملكه بالإضافة إلى أقاربه حتى الدرجة الرابعة. وفي حساب ملكية الشخص الاعتباري ما يملكه بالإضافة إلى أي من أعضاء مجلس إدارته أو أي من المساهمين فيه سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتبارية. أو مع أي شخص اعتباري آخر إذا كان تحت السيطرة الفعلية لذات الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص الاعتبارية، كما يدخل في الحساب مجموع ما يملكه أكثر من شخص طبيعي أو اعتباري يكون بينهم اتفاق على ممارسة حقوقهم في الجمعية العامة أو مجلس إدارة المصرف بما يؤدي إلى السيطرة الفعلية على أي منها.^(١) كما يقترح الباحث على المشرع اليمني في قانون البنوك وفي قانون المصارف الإسلامية إلزام المصارف بطرح نسبة من الأسهم للاكتتاب العام عند التأسيس وذلك عن طريق وضع حدين (أدنى، وأقصى) لمشاركة المؤسسين في رأس المال بحيث يوجب عليهم الاكتتاب بأسهم لا تقل عن نسبة معينة ولا تزيد على نسبة أخرى من رأس مال المصرف. والغرض من وضع حد أدنى لمشاركة

(١) - وهذا ما تضمنه قانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري، المعدل بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ٢٠٠٤ وبالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٥. انظر: المادتين (٥٠، ٥١).

المؤسسين في رأس المال هو ضمان جدية اشتراكهم في المصرف وفي تحمل نتائجهم. كما أن الغرض من وضع حد أقصى لمساهمة هؤلاء هو عدم سيطرتهم على إدارة المصرف والتحكم في مصيره، بحيث لا تصل مساهمتهم إلى نسبة أغلبية رأس المال.

المطلب الثاني

الاكتتاب في رأس مال المصارف الأخرى

أولاً: المصارف الإسلامية في دول الخليج

أ- بيت التمويل الكويتي

أسس بيت التمويل الكويتي برأسمال قدره عشرة ملايين دينار كويتي، مقسم إلى عشرة ملايين سهم اسمي، قيمة كل سهم دينار واحد^(١)، على أن يكتتب المؤسسون في رأسمال الشركة بأسهم يبلغ عددها أربعة ملايين وتسعمئة ألف سهم، ويتعهدون بدفع (٢٥%) من قيمتها، وتمثل مبلغ وقدره أربعة ملايين وتسعمئة ألف دينار كويتي، وتطرح باقي الأسهم ومقدارها خمسة ملايين ومئة ألف سهم للاكتتاب العام.^(٢)

ويشترط أن يدفع المكتتب (٢٥%) من قيمة الأسهم عند الاكتتاب، على أن يتم الوفاء بباقي قيمة كل سهم خلال خمس سنوات على الأكثر من تاريخ صدور مرسوم التأسيس وذلك في المواعيد وبالطريقة التي يحددها مجلس الإدارة^(٣)، ووضع النظام الأساسي الحدّ الأعلى للاكتتاب بما لا يزيد عن خمسين سهم، ولا يجوز للمساهم أن يمتلك في أي وقت أكثر من أربعة آلاف سهم عن غير طريق الميراث والوصية.^(٤)

(١)- المادة (٧) من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي، المادة (٨) من عقد التأسيس.

(٢)- المادة (٨) من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي، والمادة (٩) من عقد التأسيس. وقد

شارك في رأس المال القطاع العام بنسبة ٤٩%، والقطاع الخاص بنسبة ٥١%.

(٣)- المادة (١٠) من نظام البنك.

(٤)- المادة (١١) من نظام البنك.

وطبقاً لأحكام القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣ بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ بشأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية؛ أوجب القانون المذكور أن يكون الحد الأدنى لرأس المال المدفوع لتأسيس أي بنك إسلامي في الكويت خمسة وسبعين مليون دينار، واشترط ألا تقل نسبة اكتتاب المؤسسين عن ١٠% من رأس مال البنك، وألا تزيد على ٢٠%.(١)

وهذا يعني أن يتم طرح ٨٠% من الأسهم في اكتتاب عام بما يحقق بدرجة مناسبة الهدف من اشتراط القانون عدم ممارسة النشاط المصرفي إلا من خلال شركات مساهمة تطرح أسهمها للاكتتاب العام^(٢)، والذي يتركز أساساً على المشاركة في الملكية ومنع السيطرة على الشركة.

ب- بنك دبي الإسلامي

طبقاً للمرسوم الأميري المرخص بإنشاء بنك دبي الإسلامي، حدد رأس مال الشركة المصرح به بمبلغ خمسين مليون درهم، قسّم إلى مئة ألف سهم قيمة كل سهم خمسمئة درهم^(٣)، وجميع الأسهم اسمية ومتساوية الحقوق. واكتتب المؤسسون في عشرة آلاف سهم قيمتها خمسة ملايين درهم، دفعت بالكامل لدى بنك حدده مجلس الإدارة في دبي عند التوقيع على عقد التأسيس، وطرح الباقي وعدده تسعون ألف سهم، قيمة كل سهم خمسمئة درهم في الاكتتاب العام، ودفع

(١)- المادة (٩٢) من أحكام قانون النقد رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ والمضافة بموجب القانون رقم ٣٠ لسنة

٢٠٠٣ المنشور في الجريدة الرسمية(الكويت اليوم) ع ٦١٩، السنة ٤٩ لعام ٢٠٠٣.

(٢)- حيث إن المادة (٩٠) (اشترطت لتسجيل البنك، أن يتخذ شكل شركة مساهمة تطرح أسهمها للاكتتاب العام.

(٣)- البند الثاني من المرسوم الأميري المرخص بإنشاء بنك دبي الإسلامي، المادة (٦) من النظام الأساسي للبنك.

المكتب عند تقديم طلب الاكتتاب مبلغ مئة درهم عن كل سهم إضافة إلى رسم الإصدار.^(١)

ويسلم مجلس الادارة لكل مساهم خلال ستة أشهر من تاريخ اعلان قيام الشركة نهائياً الوثائق الممثلة للأسهم التي يملكها، أما طلبات الاكتتاب التي زادت على الأسهم المطروحة في الاكتتاب العام بعد التخصيص النسبي فنُرد قيمتها إلى أصحابها خلال شهرين من تاريخ اقفال باب الاكتتاب.^(٢)

ج- بنك البحرين

تأسس برأسمال مصرح به قيمته (٢٣ مليون دينار بحريني) وزع على أحد عشر مليوناً وخمسمئة ألف سهم، وحدد رأس المال الصادر بمبلغ أحد عشر مليوناً وخمسمئة ألف دينار موزعة على خمسة ملايين وسبعمئة وخمسين ألف سهم، القيمة الاسمية للسهم الواحد ديناران.^(٣)

(١)- راجع عقد التأسيس، المادة (٨) من نظام بنك دبي. ويلاحظ أن القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية أوجب في المادة (٨) على المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية وكذلك فروع ومكاتب المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية الأجنبية القائمة وقت العمل بهذا القانون، أن توفق أوضاعها وفقاً لأحكامه خلال مدة سنة من تاريخ العمل به. وبموجب القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن قانون المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية، اشترطت المادة (٨٠) أن لا يقل رأسمال المصرف التجاري عن أربعين مليون درهم مدفوعاً بكامله. ويجوز بمرسوم اتحادي بناء على اقتراح مجلس الإدارة وموافقة مجلس الوزراء تعديل الحد الأدنى لرأسمال المصرف التجاري وينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية. انظر: القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن قانون المصرف المركزي، الجريدة الرسمية، السنة (١٠)، ع ٨٢ مكرر، أغسطس، ١٩٨٠.

(٢)- المادة (٩) من نظام بنك دبي).

(٣)- البند السادس من عقد تأسيس البنك، المادة (١١) من النظام الأساسي.

اكتتب المؤسسون في رأسمال الشركة الصادر بأسهم عددها ثلاثة ملايين وستمئة ألف سهم، بقيمة اسمية دينارين للسهم الواحد. وقد دفع المؤسسون (٥٠%) من قيمة الأسهم المكتتب فيها- وقدرها ثلاثة ملايين وستمئة ألف دينار - في بنك البحرين الوطني وبنك البحرين والكويت، والبنك الأهلي التجاري وهي البنوك المعتمدة بقرار وزير التجارة والزراعة^(١)، أما الأسهم المتبقية في رأس المال الصادر وعددها (٢,١٥٠,٠٠٠ سهم)، قيمتها الاسمية (٤,٣٠٠,٠٠٠ دينار) فقد طرحت للاكتتاب العام بعد نشر المرسوم الأميري^(٢). ووضع نظام البنك حداً أدنى للاكتتاب، وهو عشرة أسهم لا يجوز لأي شخص الاكتتاب بأقل منها، كما أنه وضع حداً أعلى للاكتتاب، وهو عشرون ألف سهم، ولا يجوز للشخص أن يمتلك في أي وقت أكثر من عشرين ألف سهم إلا عن طريق الميراث والوصية^(٣).

ويشترط أن يدفع المكتتب (٥٠%) من قيمة الأسهم التي اكتتب فيها عند تقديم طلب الاكتتاب^(٤)، على أن يتم الوفاء بباقي قيمة الأسهم خلال أربع سنوات من تاريخ صدور المرسوم المرخص بتأسيس الشركة وذلك في المواعيد وبالطريقة التي يحددها مجلس الإدارة.

د- البنك الإسلامي للتنمية (جدة)

أنشئ كمؤسسة دولية عامة بين حكومات الدول الإسلامية برأس مال مصرح به قدره ألفا مليون دينار إسلامي، وزع إلى مئتي ألف سهم، بقيمة اسمية قدرها عشرة آلاف دينار للسهم الواحد، عرضت للاكتتاب، وحدد رأس المال المكتتب

(١)- المادة (٨) من النظام الأساسي

(٢)- المادة (٩) من النظام الأساسي.

(٣)- المادة (١٢) من النظام الأساسي.

(٤)- المادة (١٣) من نظام البنك.

فيه مبدئياً بسبعمئة وخمسين مليون دينار إسلامي^(١)، ومُنحت كل دولة عضو حق الاكتتاب بحد أدنى من الأسهم هو مئتان وخمسون سهماً^(٢)، ويتم سداد الأسهم التي يكتتب فيها العضو المؤسس على خمسة أقساط يُمثل كل منها ٢٠% من قيمة الأسهم، ويتم دفع القسط الأول بعملة حرة قابلة للتحويل لدى البنك إما خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نفاذ الاتفاقية أو من تاريخ إيداع العضو تصديقه أو قبوله لها - أيهما الأخير. ويتم سداد الباقي وقدره ٨٠% بعملة حرة قابلة للتحويل ومقبولة لدى البنك على أربعة أقساط سنوية، يتم سداد كل منها في التواريخ نفسها المقابلة لتاريخ استحقاق القسط الأول، ويجوز لأي عضو دفع باقي الأقساط قبل تاريخ الاستحقاق.^(٣)

ثانياً: بنكي فيصل الإسلامي (المصري والسوداني)

حدد رأس مال بنك فيصل الإسلامي المصري بمبلغ وقدره ثمانية ملايين دولار أمريكي، وزع إلى ثمانين ألف سهم، بقيمة اسمية للسهم الواحد قدرها مئة دولار أمريكي، ووزع رأس المال كما يلي:

١- (٤٠٨٠٠ سهم) حصة الجانب المصري وتمثل (٥١%) من رأس المال، ويخصص من هذه الأسهم (٢٥%) على الأقل تطرح للاكتتاب العام. ويسمح بالاكتتاب فيها للمسلمين فقط من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الملتزمين بعدم التعامل بالربا.

٢- (٣٩٢٠٠ سهم) حصة الجانب السعودي وتمثل (٤٩%) من رأس المال، ويجوز للجانب السعودي أن يطرح جزءاً من حصته للاكتتاب للعرب والمسلمين من غير المصريين. ويقوم المؤسسون والمكتتبون بدفع قيمة أسهمهم وفقاً لما نص

(١)- لمادة (٤) من اتفاقية تأسيس البنك.

(٢)- المادة (٥) من اتفاقية تأسيس البنك.

(٣)- المادة (٦) من اتفاقية التأسيس.

عليه قانون تأسيس البنك، ويقرر مجلس الإدارة الإجراءات التي ستتبع في حالة عدم سداد المؤسسين والمكتتبين قيمة أسهمهم خلال المواعيد المقررة.^(١)

ووفقاً لقانون تأسيس البنك يتم دفع (٢٥%) من قيمة الأسهم سواءً بالنسبة للمؤسسين أو المكتتبين خلال شهرين من تاريخ نشر النظام الأساسي في الوقائع المصرية، وذلك في حساب خاص باسم (بنك فيصل الإسلامي المصري) يفتح بالبنك المركزي المصري، ويدفع الباقي وفقاً لما يقرره مجلس الإدارة على ألا يتجاوز ذلك سنة من تاريخ إعداد المقر المؤقت للبنك وأجهزته العاملة.^(٢)

أما بنك فيصل الإسلامي السوداني، فقد بين قانون إنشائه الحد الأدنى لرأس المال بما لا يقل عن ستة ملايين جنيه سوداني^(٣)، قسمت إلى ستمئة ألف سهم، قيمة السهم الواحد عشرة جنيهات سودانية أو ما يعادلها بأي عملة أجنبية قابلة للتحويل ويقبلها مجلس الإدارة. وخصص (٤٠%) من رأس مال البنك لمواطني جمهورية السودان، (٦٠%) لمواطني المملكة العربية السعودية وبقية مواطني العالم الإسلامي.^(٤)

(١)- المادة (٧) من النظام الأساسي.

(٢)- المادة (٥) من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي المصري.

(٣)- المادة (١/٥) من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي السوداني.

(٤)- انظر المادة (٦) من عقد التأسيس، المادة (٤/أ، ب) من النظام الأساسي، مطبعة التمدن المحدودة بالخرطوم. وقد تم تعديل النظام الأساسي بموجب القرار الصادر عن الجمعية العمومية بتاريخ ١٩٨١/٥/١ وتم رفع رأسمال البنك الاسمي إلى خمسين مليون جنيه، قسم على خمسة ملايين سهم، انظر المادة (٤/أ، ب) من النظام الأساسي المعدل.

ثالثاً: البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار

وفقاً لقانون إنشاء البنك، فقد تألف رأس ماله من أربعة ملايين دينار أردني قسمت إلى أربعة ملايين سهم، قيمة السهم الاسمية دينار أردني^(١)، وبأشر المؤسسون بعد إتمام تسجيل الشركة تغطية الأسهم المكتتب فيها من قبلهم، وجرى الإعلان عن طرح الأسهم غير المغطاة من المؤسسين للاكتتاب العام^(٢)، واشترط القانون ألا تزيد ملكية أي مساهم عن (٥%) من رأس المال^(٣)، وأوجب نظام البنك على المؤسسين وغيرهم من المكتتبين دفع (٢٥%) من قيمة الأسهم المكتتب فيها، على أن يتعهدوا بتأدية المتبقي حسب ما يقرره مجلس الإدارة خلال أربع سنوات من تاريخ تسجيل الشركة.^(٤)

ووفقاً لأحكام المادة (٨) من قانون البنوك لعام ٢٠٠٠، يحدد البنك المركزي مقدار الحد الأدنى لكل من رأس المال المصرح به للبنك ورأسماله المكتتب به، وله أن يعدل هذين الحدين من وقت لآخر للبنوك كلها أو بعضها في ضوء متطلبات سلامة العمل المصرفي وتطويره.

وإذا كانت الوثائق المنشئة للمصارف التجارية تسمح بأن يسدد المساهمون جزءاً من قيمة الأسهم المكتتب بها^(٥)، فإن عدداً كبير من المصارف الإسلامية سار على هذا النهج كما سبق وأن ذكرنا، فبلغت نسبة رأس المال المدفوع في

(١) - المادة (٩/أ) من قانون البنك الإسلامي الأردني (الملغي)، المادة (٥) من النظام الداخلي.

(٢) - المادة (٧/أ) من النظام الداخلي. ويتم الاكتتاب العام حسب قانون الشركات (المادة ٩/ب) من قانون البنك.

(٣) - المادة (١٠) من قانون تأسيس البنك، المادة (٦) من النظام الداخلي.

(٤) - المادة (٧/ب) من النظام الداخلي.

(٥) - بلغت هذه النسبة في بنك اليمن والكويت للتمويل والتجارة (٥٠%) من قيمة الأسهم المكتتب بها وفقاً للمادة (٨) من النظام الأساسي.

بعض المصارف (٢٥%) من قيمة الأسهم المكتتب بها^(١)، وارتفعت هذه النسبة إلى (٥٠%) في مصارف أخرى.^(٢)

ودفع جزء من قيمة الأسهم وتأخير جزء من رأس المال يثير التساؤل عن مدى صحة تأسيس المصرف بجزء من رأس المال المكتتب فيه من وجهة نظر الفقه الإسلامي. وعن الإجراء الذي تتبعه المصارف في حال تخلف المساهم عن الوفاء بقيمة الأسهم المكتتب بها في هذه الحالة ؟

أولاً: مدى صحة تأسيس المصرف بجزء من رأس المال المكتتب فيه من وجهة نظر الفقه الإسلامي.

يمكن القول أنّ المصرف يؤسس ويمارس نشاطه قبل اكتمال تسديد رأس ماله، ويبقى جزء منه ديناً في ذمة المساهمين، والدّين في الفقه الإسلامي لا يصح أن يكون حصة في الشركة، لأنه لا يمكن التصرف فيه بوصفه مالاً غائباً، وفي تقرير مذهب الفقهاء، ذهب الشيخ علي الخفيف، إلى أن ((المقصود من الشركة الوصول إلى الربح، وذلك بالتصرف في المال، وهو غير ممكن في الدّين ولا في المال الغائب وذلك لعدم الأمن من الأداء لهذا الدين، ومن حضور المال الغائب عند الحاجة إليه، على أنه إذا أدى الدين وحضر المال الغائب صحت الشركة وإن كان العقد حدث قبل ذلك، لتحقيق المقصود)).^(٣)

(١) - المادة (٧ / ب) من النظام الداخلي للبنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، المادة (٥/ ب) من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي المصري، المادة (٨) من النظام الأساسي لمصرف قطر الإسلامي، المادة (١٠) من نظام بيت التمويل الكويتي.

(٢) - المادة (١٣ / أ) من النظام الأساسي لبنك الشام، المادة (٣/٨) من نظام بنك البحرين الإسلامي، المادة (٨) من نظام بنك سبأ.

(٣) - الشركات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤١ وما بعدها. وجواز دفع جزء من قيمة الأسهم والوفاء بالمتبقي في الموعد الذي يتفق عليه- يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الحنفية

وعلى هذا الأساس لا يشترط سداد رأس المال كاملاً أثناء فترة تأسيس المصرف، ولكن لا بُدَّ من الوفاء بقيمة جميع الأسهم قبل أن يبدأ المصرف نشاطه (أي قبل التصرف على حد تعبير الفقهاء)، فإذا لم يتم الوفاء بقيمة الأسهم المتبقية في الموعد المحدد، يكون المصرف قائماً وصحيحاً في حدود رأس المال المدفوع، وغير قائم بالنسبة للجزء غير المدفوع، فإذا دفع صح تأسيس البنك بالنسبة لجميع رأسماله المكتتب فيه.^(١)

ومن حيث المبدأ، قرر مجمع الفقه الإسلامي أنه ((لا مانع شرعاً من أداء قسط من قيمة السهم المكتتب فيه، وتأجيل سداد بقية الأقساط... وتظل مسؤولية الشركة بكامل رأس مالها المعلن بالنسبة للغير، لأنه هو القدر الذي حصل العلم والرضا به من المتعاملين مع الشركة)).^(٢)

ثانياً: الإجراءات المتبعة في حال تخلف المساهم عن دفع قيمة السهم في

ميعاد الاستحقاق

من الواضح أنه إذا ما دفع كل شريك القيمة المطلوبة منه، فإنه يفترض أن تتساوى حصيلة ما تم دفعه أو الاكتتاب فيه مع القيمة الاسمية لرأس المال، وعندها تنتهي مسؤولية الشريك محدود المسؤولية تجاه الشركة ودائنيها. فلا مجال لأن يجري الإعلان عن مقدار القيمة الاسمية ثم يجري الاكتتاب بما هو

والمالكية من عدم اشتراط حضور رأس المال من جميع الشركاء وقت العقد، بل الشرط وجوده وقت الشراء. واشترط الحنابلة حضور رأس المال عند العقد.

(١)- د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٢)- قرار رقم (٦٣)، بشأن الأسواق المالية، الدورة السابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ٩-

١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط ٢ لقرارات الدورات ٢- ١٠، مرجع سابق، ص ١٣٦. وجاء في القرار (لأن ذلك يعتبر من الاشتراك بما عجل دفعه، والتواعد على زيادة رأس المال، ولا يترتب على ذلك محذور، لأن هذا يشمل جميع الأسهم) ويلاحظ خلافاً لهذا القرار أن قوانين الشركات تتطلب دفع قيمة الأسهم العينية كاملة عند تأسيس الشركة.

أقل من ذلك؛ لأن رأس مال الشركة شرط أساس لقيامها وعنصر جوهري لتأسيسها، وفيه حماية المساهمين والدائنين، وبه تمارس الشركة نشاطها. وتختلف الإجراءات المتبعة في حال عدم تسديد المكتتب في الأسهم لباقي قيمتها في الفترة التي حددتها الوثائق المنشئة للمصارف. فالمصارف التجارية تلجأ إلى فرض فوائد تأخيرية على المبلغ الواجب دفعه تسري من يوم استحقاقه^(١)، ولا يجوز للمصارف الإسلامية فرض مثل هذه الفوائد، لأنها من

(١) - تجري فائدة عن المبلغ المتأخر دفعه بسعر (٦ %) سنوياً من يوم استحقاقه دون حاجة إلى إنذار، انظر المادة (٨) من نظام بنك اليمن والكويت. وقد نصت المادة (١٠٦) شركات يمني) على أن ((أ- يلتزم المساهم بدفع قيمة السهم في المواعيد المعينة لذلك، وتستحق الغرامات عن التأخير في الوفاء بمجرد حلول ميعاد الاستحقاق دون حاجة إلى إنذار)) وفي حالة التنفيذ على السهم بسبب تخلف المساهم عن دفع القسط المستحق عليه، نصت الفقرة (ج) على أن ((تستوفي الشركة من الثمن الناتج عن البيع ما يستحق لها من أقساط متأخرة وغراماتها والمصاريف وترد الباقي لصاحب السهم...)). إذ يخضع التزام الشريك بدفع الحصة النقدية للقواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الالتزام الذي يكون محله مبلغاً من النقود، فإذا لم يوف الشريك بالتزامه في ميعاده، كان للشركة باعتبارها دائنة له بقيمة حصته التنفيذ على أمواله واقتضاء الحصة جبراً. ويعدّ التزام الشريك بدفع حصته النقدية التزاماً تجارياً يخضع للقواعد التي تحكم الالتزامات التجارية، فإذا تخلف عن تنفيذ التزامه، أجبر على الوفاء به، فضلاً عن مطالبة بالفوائد الاتفاقية أو القانونية عن التأخير في الوفاء. وتستحق الفوائد عن التأخير في الوفاء بالديون التجارية من تاريخ استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. ولا يشترط تحقق ضرر للدائن لاستحقاقها، لأن التأخير في الوفاء بالدين التجاري في ميعاد الاستحقاق موجب للضرر بمجرد حصوله، كما يكون للشركة بوصفها دائنة للشريك بدين تجاري أن تطالبه بتعويض تكميلي عن الضرر الذي أصابها من جراء عدم وفاء الشريك بقيمة حصته أو التأخير في الوفاء بها، وذلك في حالة تجاوز الضرر لمقدار الفوائد. بشأن الفوائد في قوانين الشركات المصري والأردني والكويتي راجع: د. حسني حسن المصري، الفوائد في النظم القانونية المقارنة وموقف المشرع الكويتي منها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، ملحق العدد الأول، السنة السابعة والعشرون، مارس، ٢٠٠٣، ص ٥٦ وما بعدها.

ربا النسيئة المحرم في الشريعة الإسلامية، ولهذا قررت بعض المصارف الإسلامية أنه إذا تخلف المساهم عن دفع القسط المستحق عليه في ميعاد الاستحقاق؛ يتم التنفيذ على السهم، وذلك بإنذار المساهم بدفع القسط المستحق عليه بكتاب مسجل بعلم الوصول، فإن لم يتم الوفاء خلال فترة محددة - غالباً عشرة أيام أو خمسة عشر يوماً - من تاريخ وصول الإنذار، جاز للشركة بيع الأسهم المتخلف عن تسديد القسط أو الأقساط المستحقة عليها، ويتم البيع في البورصة إن وجدت أو يتم بطريق المزاد العلني^(١)، فضلاً عن إمكان وقف دفع الأرباح المستحقة لذلك المساهم في بعض المصارف^(٢)، وتكون أولوية الشراء للمساهمين الأصليين^(٣)، ويجوز للمساهم المتخلف - في بعض المصارف - دفع القيمة المستحقة عليه حتى اليوم المحدد للبيع مضافاً إليها المصاريف التي أنفقتها الشركة^(٤)، فإذا تم البيع، يستوفى من الثمن المدفوع الأقساط التي لم تسدد وما يستحق للمصرف من مصاريف البيع. وإذا لم يكف الثمن للوفاء بالمبلغ المستحق للمصرف، جاز لهذا الأخير الرجوع بالباقي على المساهم في أمواله

(١) - المادة (١٥) من نظام بنك سبأ الإسلامي، المادتان (٩، ٨) من نظام البنك الإسلامي اليمني، المادة (١٤) من نظام بنك البحرين الإسلامي، ويتم البيع دون حاجة إلى تنبيه رسمي، المادة (٩) من نظام البنك الإسلامي الأردني، المادة (١٠) من نظام بيت التمويل الكويتي، ويتم البيع دون حاجة إلى تنبيه رسمي. ويقرر مجلس الإدارة الإجراءات التي ستتبع في حق المتخلف وفقاً للمادة (٧) من نظام بنك فيصل المصري.

(٢) - المادة (٨) من النظام الداخلي للبنك الإسلامي الأردني، المادة (١٣/ ب من نظام بنك الشام).
(٣) - المادة (٩ / هـ) من نظام بنك سبأ الإسلامي، المادة (٩) من نظام البنك الإسلامي اليمني، حيث يقتصر المزاد على المساهمين الأصليين. والأصل أن يكون المكتب في الأسهم التي لم يتم الوفاء بقيمتها ومن تم التنازل إليه عنها حتى الحائز الأخير لها مسئولين بالتضامن عن الوفاء بكافة مستحقات المصرف عن باقي قيمة السهم.

(٤) - انظر على سبيل المثال: المادة (١٤ / ٢) من نظام بنك البحرين الإسلامي، المادة (٩ / هـ) من النظام الداخلي للبنك الإسلامي الأردني، المادة (١٥) من نظام بنك سبأ الإسلامي.

الخاصة. وبطبيعة الحال يقوم المصرف بإلغاء السهم الذي حصل التنفيذ عليه، ويُعطى المشتري الجديد سهماً لا يحمل رقم السهم الملغى، ويتم التأشير في سجل الأسهم بوقوع البيع مع توضيح اسم المساهم الجديد.^(١)

وتطبق بعض المصارف أحكام السقوط في حق المساهم المتخلف عن دفع باقي الأقساط، حيث يحتفظ المساهم الذي تخلف عن دفع باقي الأقساط بملكية عدد من الأسهم مساو لقيمة ما دفعه، وتسقط عنه بقية أسهمه، ويقوم مجلس الإدارة ببيع الباقي المذكور بالطريقة التي يراها، ويحق لمجلس الإدارة الامتناع عن الموافقة على تحويل أسهم أي مساهم لم يسدد باقي الأقساط المستحقة على أسهمه.^(٢)

وأضافت بعض الأنظمة الأساسية للمصارف إجراء آخر، هو حق المصرف بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه حتى تاريخ السداد، مع احتفاظ البنك بالحق في بيع الأسهم لحساب المساهم المتأخر.^(٣)

وقد ذهب رأي في الفقه الحديث إلى أن الأولى هو عدم تأخير جزء من قيمة الأسهم، وأنه ينبغي الوفاء بثمن الأسهم قبل قيام الشركة بممارسة عملها، لأن بيع أسهم المساهم المتأخر في السداد يثير مشاكل عديدة وإجراءات ومصروفات لا داع لها، فضلاً على أن بعض المصارف لا تقبل بيع الأسهم لأي مشترٍ، بل

(١)- راجع المواد السابق ذكرها في الهامش رقم (٢).

(٢)- انظر المادة (١٠)، والمواد من ١١ - ١٤ من النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي السوداني. ووفقاً لهذه المواد يجب أن يدون سقوط أي سهم في سجل الأسهم، ويحق لمجلس الإدارة أن يمتنع عن الموافقة على تحويل الأسهم في حالة عدم سداد باقي الأقساط، وإذا تم بيع الأسهم، يستوفي البنك ما يستحق له من نفقات البيع، والوفاء بالديون والتعهدات والالتزامات التي له على المساهم.

(٣)- المادة (٩) من نظام المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار (مصر) وأرى مبدئياً أن هذا التعويض يثير شبهة الربا باعتباره زيادة نقدية على دين ثبت في الذمة.

لابدّ من موافقة مجلس الإدارة على هذا الأخير. وقد التزمت بعض المصارف الإسلامية بهذا الحكم، واشترطت أن يسدد المكتب القيمة الكاملة للأسهم التي يريد الاكتتاب فيها. ^(١)

(١) - انظر: د. عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ١٠٧، وقد أشار إلى المادة (٤) من عقد تأسيس دار المال الإسلامي، المادة (٥) من عقد تأسيس بنك التقوى.

المطلب الثالث

تداول الأسهم في المصارف

أخذت المصارف الإسلامية شكل الشركات المساهمة، وأسهم تلك الشركات قابلة للتداول بالطرق التجارية، حيث يتم التصرف فيها دون اتباع الإجراءات المقررة في القانون المدني لحوالة الحق، ويتم هذا التصرف طبقاً لشكل السهم، ولمّا كانت أسهم المصارف الإسلامية كلها اسمية، فإن تداولها ونقل ملكيتها يتم بالقيّد في سجل خاص (سجل نقل الملكية) بعد تقديم إقرار موقع عليه من المتنازل والمتنازل إليه.^(١)

وبعد حق المساهم في التنازل عن أسهمه من النظام العام في أغلب التشريعات المنظمة لأحكام الشركات؛ بحيث لا يجوز النص على خلاف ذلك في نظام الشركة.^(٢)

(١)- انظر على سبيل المثال: المادة (١٥) من النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي السوداني، المادة (١٢) من النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي المصري، المادة (١٦) من النظام الأساسي لبنك سبأ الإسلامي، المادة (١٩) من نظام بنك البحرين، المادة (٣/٩) من نظام بنك دبي الإسلامي.

(٢)- المادة (١٣٩) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري ١٥٩ لسنة ٩٨. ونصت المادة (١٠٤) من قانون الشركات التجارية اليمني على أنه "يجوز أن ينص في نظام الشركة على قيود تتعلق بتداول الأسهم الاسمية بشرط ألا يكون من شأن هذه القيود تحريم التداول". وتطبيقاً لذلك نصت المادة (١٧) من نظام بنك اليمن والكويت) على أنه (لا يجوز تداول أسهم المؤسسين قبل نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنتين ماليّتين لتاريخ تأسيس الشركة، كما لا يجوز بيع الأسهم بأكثر من قيمتها الاسمية مضافاً إليها عند الاقتضاء مقابل نفقات الإصدار وذلك قبل نشر مثل ما سبق عن السنة المالية الأولى للشركة كما هي محددة في هذا النظام).

وحق التنازل عن الأسهم لا يتعارض مع وضع بعض القيود على حرية التداول بشرط ألا يكون من شأن هذه القيود تحريم التداول. وهذه القيود قد ترد في التشريع الوطني فتسمى قيوداً قانونية، وقد ترد في نظام الشركة فتسمى قيوداً نظامية أو اتفاقية. ومن أمثلة القيود القانونية التي تهدف إلى حماية جمهور المدخرين من كل تلاعب أو استغلال معيب، حظر تداول الأسهم التي اكتتب فيها المؤسسون إلا بعد صدور ثلاث ميزانيات رابحة. والهدف من هذا الحظر هو إرغام المؤسسين على البقاء في الشركة حتى يتضح حقيقة مركزها المالي. فقد نصت المادة (٩) من قانون إنشاء المصارف السوري رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١، على أنه ((أ- لا يجوز للمؤسسين التنازل عن ملكية أسهمهم أو حصصهم في رأسمال المصرف إلى الغير إلا بعد صدور ثلاث ميزانيات رابحة.

ب- لا يجوز أن يكون التنازل عن الأسهم أو الحصص من رأسمال المصرف إلا لأشخاص سوريين أو لجهة غير سورية يوافق عليها مسبقاً مصرف سورية المركزي ويقرر من مجلس الوزراء...)).

ومن أمثلتها أيضاً، منح الأفضلية في الاكتتاب بالزيادة في رأس المال للمساهمين الأصليين وبنسبة مساهمتهم نفسها.^(١)

أما القيود الاتفاقية فتأخذ ثلاثة اتجاهات:

الأول: منح المساهمين في الشركة حق الأفضلية في شراء الأسهم المتنازل عنها.

الثاني: حق الشركة في شراء الأسهم المتنازل عنها، وهو ما يطلق عليه الحق في الاسترداد.

(١)- تخضع الشركات للقيود المفروضة على تداول الأسهم حسب القوانين المنظمة لأحكام الشركات.

الثالث: يستلزم موافقة الشركة (ممثلة في الجمعية العامة أو مجلس الإدارة) على المساهمين الجدد المتنازل إليهم، وهو ما يعرف بشرط الموافقة، وقد أخذت وثائق المصارف بتلك القيود وزادت عليها، فأخذت نظم بعض المصارف بحق الأفضلية، فمنحت المساهمين الأصليين حق الأولوية في تملك الأسهم المتنازل عنها^(١)، وأخذت مصارف أخرى بحق الاسترداد، حيث قررت نظمها أنه لا يجوز تحويل الأسهم التي يمتلكها العضو في حالة انسحاب هذا الأخير.^(٢)

أما شرط الموافقة على المساهمين الجدد المتنازل إليهم، فقد تبنته بعض المصارف الإسلامية، فلا تنتقل ملكية الأسهم المتنازل عنها إلى المتنازل إليه إلا بموافقة السلطات المختصة في المصرف^(٣)، وفي حالة عدم الموافقة على

(١)- المادة (١٠) من النظام الأساسي لبنك سبأ الإسلامي، والمادة (٢٤) من نظام بنك اليمن والكويت التجاري.

(٢)- المادتان (٧ / ١)، (٤ / ٢) من اتفاقية تأسيس البنك الإسلامي للتنمية.

(٣)- المادة (٧) من النظام الأساسي لبنك دبي، حيث نصت على أنه (لا يجوز تملك الأسهم لغير رعايا دولة الإمارات العربية المتحدة إلا بموافقة مجلس الإدارة وقرار من الحاكم) واشترطت المادة (١٤) من هذا النظام موافقة رئيس مجلس الإدارة على بيع الأسهم لشخص المشتري. أما المادة (١١) من نظام بنك الشام، فقد اشترطت ألا يكون التنازل إلا لأشخاص سوريين أو لجهة غير سورية بموافقة مصرف سورية المركزي وقرار من مجلس الوزراء. وهو ما نصت عليه المادة (٩) من قانون إنشاء المصارف الخاصة والمشاركة) واشترطت المادة (١٢) من نظام بنك فيصل (المصري) موافقة مجلس الإدارة على المشتري الجديد من غير المؤسسين أو المساهمين. واشترطت المادة (١٥) من نظام بنك فيصل السوداني موافقة مجلس الإدارة على نقل ملكية الأسهم وتحويلها وفقاً للقواعد التي يقرها.

المتنازل إليه، يلتزم مجلس الإدارة في بعض المصارف بإيجاد مشتري آخر يحظى بالموافقة.^(١)

وتضع بعض المصارف شروطاً خاصة في المتنازل إليه، فأسهم بنك البحرين لا يجوز تملكها لغير البحرينيين ماعدا أسهم التأسيس^(٢)، وأسهم بيت التمويل الكويتي لا يجوز لغير الكويتيين تملكها^(٣)، واشترط نظام بنك فيصل الإسلامي المصري أن يكون المتنازل إليه مسلماً مؤمناً بفكرة البنك، وملتزمًا بأحكام الشريعة الإسلامية، مع مراعاة ألا تقل الأسهم المحولة للمصريين عن (٥١%) من رأسمال البنك.^(٤)

ويقتصر تملك وتداول أسهم بنك فيصل الإسلامي السوداني على المسلمين^(٥)، أما أسهم بنك دبي فلا يجوز تملكها لغير رعايا دولة الإمارات إلا بموافقة مجلس الإدارة وصدر قرار أميري من الحاكم. وأخيراً فإن أسهم بنك الشام لا يجوز تملكها لغير السوريين إلا بموافقة بنك سورية المركزي وصدر قرار من مجلس الوزراء.^(٦)

وتُعد تلك القيود مشروعة استناداً إلى الأصل العام الذي يقضي بأن الشروط الرضائية جائزة إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، فضلاً عن أنها تحقق مصالح مقبولة شرعاً، فالهدف من هذه القيود هو أن يحتفظ المصرف بطابعه

(١)- المادة (١٦) من نظام بنك التقوى. قد يفرض القانون على الشركة تقديم متنازل إليه آخر ليشترى الأسهم أو شراء الشركة للأسهم المتنازل عنها. راجع المادة (١٤١ / ج) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري.

(٢)- المادتان (١١ / ١٩) من نظام البنك.

(٣)- المادة (٩) من نظام بيت التمويل.

(٤)- المادتان (١١ ، ١٠) من نظام البنك

(٥)- المادة (١٥) من نظام البنك.

(٦)- المادتان (٧)، (١١) من النظام الأساسي لبنكي دبي، الشام على التوالي.

الإسلامي، وذلك بعدم تسرب أسهمه إلى أفراد غير مسلمين، أو إلى دول غير إسلامية، أو تهدف إلى تحقيق الاستقرار داخل المصرف، حتى لا يفاجأ الشركاء بشريك لا يرغبون في مشاركته وإن كان مسلماً، للتخلص من ضرر المشاركة.^(١)

ويلاحظ أن بعض المصارف وضعت معايير لا يمكن ضبطها بالنسبة لتملك الأسهم، فمثلاً تشترط أن يكون المتنازل إليه مسلماً مؤمناً بفكرة البنك، وملتزمًا بأحكام الشريعة. فهل تملك الأسهم هو حكر على المسلمين فقط، مع أن مشاركتهم لغير المسلمين جائزة ! وهل المطلوب أن نحكم على المسلم بالظاهر أم لا بُدَّ من الكشف عن نيته؟ وكيف يمكن إثبات أن من وضع هذه الشروط هو مؤمن أصلاً بفكرة المصرف وملتزم بأحكام الشريعة؟ وحتى لو كان الهدف من وضع هذه الشروط حماية الطابع الإسلامي للمصرف، فإن ذلك لا يسوّغ وضع مثل هذه الشروط إلا إذا انعدمت أية وسيلة أخرى لهذه الحماية. فمثلاً يمكن تحقيق الهدف المنشود بتحديد نسبة لمساهمة غير المسلمين، أو وضع أسهم لا يكون لها حق التصويت إذا قلّت عن حد معين، فالمهم هو رقابة المسلم على تصرفات الشريك غير المسلم، حيث لا ينفرد بالتصرف (الإدارة) دون رقابة.

(١) - انظر: د. عاشور، مرجع سابق، ص ١٢٧.

المبحث الرابع

تعديل رأس المال وأثره على توزيع الأرباح والخسائر

تحدد التشريعات الخاصة بالمصارف الحد الأدنى لرأس المال ويكتفي كثير من المصارف بالمحافظة على رأس مالها دون محاولة منها لرفعه، ولكن هذا لا يعني أن المصارف لا تعمل على زيادة حجم أموالها الخاصة عن طريق زيادة رأس المال بعد أخذ موافقة المصرف المركزي، أو زيادة حجم الاحتياطيات، ولهذه الاحتياطيات صفة رأس المال، إضافة إلى أنها تمتاز عن رأس المال بأنها أكثر مرونة من حيث كيفية استعمالها عند الضرورة.

وتلجأ المصارف إلى زيادة أموالها الخاصة عن طريق استيفاء جزء من أرباحها على شكل أرباح مدورة، يكون لإدارة المصرف مطلق الحرية في كيفية التصرف بأرباح أموالها، سواء من حيث توزيعها أو ضمها إلى احتياطي رأس المال أو بقائها كأرباح غير موزعة. وتضع التشريعات ميزانيات المصرف وحسابات أرباحه وخسائره تحت المراقبة لتضمن السلطة النقدية أن المصرف يقطع الاحتياطيات الضرورية قبل توزيع الأرباح على المساهمين. والتعرف على كيفية تعديل رأس المال وأثره على توزيع الأرباح يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: تعديل رأس المال.

الثاني: أثر رأس المال على توزيع الأرباح والخسائر.

المطلب الأول

تعديل رأس المال

قد يتم تعديل رأس مال المصرف بالزيادة أو التخفيض، فتتم زيادته إذا أورد المصرف التوسيع في نشاطه أو لمواجهة طلب انضمام مساهمين جدد أو لتغطية خسائر تكبدها، ويتم تعديل رأس المال بالزيادة عن طريق إصدار أسهم جديدة أو عن طريق إضافة الاحتياطي إلى رأس المال دون طرح أسهم جديدة، وتوزع الأسهم الناتجة عن الزيادة مجاناً على المساهمين كل حسب مساهمته في رأس مال المصرف الأصلي. ويتم تخفيض رأس المال إذا أورد المصرف تضيق دائرة نشاطه ووجد أموالاً فائضة لديه، فيقوم بتخفيض القيمة الاسمية للأسهم برد جزء من رأس المال إلى المساهمين. أي أنه يرد مبلغ للمساهمين يعادل ما تقرر إنقاذه إذا كانت قيمة الأسهم قد دفعت بالكامل، أو يعفي المساهمين من سداد الأقساط التي لم تستحق (مؤجلة السداد) بمبلغ يعادل مقدار التخفيض.^(١)

وقد يكون التخفيض بهدف عودة رأس مال المصرف إلى قيمته الحقيقية عقب خسارة لحقت به، وفي هذه الحالة يقوم المصرف بإلغاء جزء من قيمة السهم الذي تم الوفاء به فعلاً يوازي قدر الخسارة الذي قرر على أساسه تخفيض رأس المال^(٢)، وقد يتم تخفيض رأس المال عن طريق إنقاص عدد الأسهم التي يملكها كل مساهم بالنسبة ذاتها التي تقرر بها تخفيض رأس المال، فإذا قرر

(١) - فإذا كانت قيمة السهم الاسمية (١٥ ريال) وقرر المصرف إنقاص رأس المال بقدر الثلث، فعلى المصرف إعفاء المساهم من هذا القدر من الأقساط المتبقية إذا كان جزء من قيمة السهم مؤجلاً، أو أن يرد إلى المساهم (٥ ريال) إذا كان قد تم الوفاء بقيمة السهم بالكامل.

(٢) - فإذا خسر المصرف ما يعادل خمس رأس ماله مثلاً وكانت قيمة السهم (٢٥ ريال)، فإن قيمة السهم ترد إلى (٢٠ ريال) دون أن يتسلم المساهم هذا الفرق.

المصرف إنقاص عدد الأسهم الكلية بنسبة الثلث، وجب تخفيض عدد أسهم كل مساهم بنسبة الثلث أيضاً.^(١)

ويشترط في جميع الأحوال ألا يقل التخفيض عن الحد الأدنى لرأس المال الذي حدده القانون. وتختص الجمعية العامة غير العادية بتقرير زيادة رأس المال أو تخفيضه في معظم المصارف الإسلامية^(٢)، والجمعية العامة العادية في بعضها^(٣)، ويشترط لإصدار أسهم بزيادة رأس المال بشكل عام ما يلي:

أن يكون المساهمون قد أدوا قيمة رأس المال المصدر كاملاً^(٤)، وهذا أمر منطقي، فلا يجوز إصدار أسهم جديدة إلا إذ كانت الأسهم الأصلية قد سددت قيمتها بالكامل.

(١)- وعلى الشركة إذا اتبعت هذا الطريق مراعاة المساواة بين المساهمين من حيث النسبة التي سيخفض بها عدد الأسهم، ولهذه الطريقة بعض العيوب، فقد يترتب عليها إجبار المساهم على بيع أسهمه كلية فيما لو كان عدد أسهمه من القلة بحيث لا تقبل التجزئة، كأن يملك أربعة أسهم وتقرر الجمعية تخفيض رأس المال بما يعادل الثلث، فيضطر إما إلى بيع أسهمه كلية أو شراء عدد آخر من الأسهم يكمل به حداً أدنى يقبل التجزئة. لمزيد من الاطلاع راجع: د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٩٢٥.

(٢)- المادة (٤ / ٢) من اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية، المادة (٦) من قانون بنك فيصل الإسلامي المصري، المواد (٨، ٩، ٥٢)، من نظام بنك فيصل الإسلامي المصري، المادة (٤٢) من نظام بيت التمويل الكويتي، المادتان (٢١، ٢٠) من نظام بنك البحرين الإسلامي المادتان (١٨، ٥٢) من نظام بنك دبي الإسلامي، المادتان (٢٤، ٥٧) من نظام بنك سبأ الإسلامي، المادتان (٥٣، ٧٩) من نظام البنك الإسلامي اليمني، المادتان (٧٢، ٧٣) من نظام بنك الشام.

(٣)- المادتان (٢٧ / ٦، ٢٢ من نظام بنك التقوى) غير أن تحويل الأرباح والاحتياطي إلى رأس مال يقرره مجلس الإدارة طبقاً للمادة (٩٠ من نظام البنك).

(٤)- المادة (٢٠) من نظام بنك البحرين، المادة (٤ / ج، د) من نظام بنك فيصل الإسلامي السوداني، المادة (١٨) من نظام بنك دبي، المادة (٢٤) من نظام بنك سبأ، المادة (٥٣) من نظام البنك الإسلامي اليمني، المادة (٧٢) من نظام بنك الشام، المادة (١٥) من نظام بيت التمويل الكويتي.

أن تصدر الأسهم الجديدة بالقيمة الاسمية للأسهم الأصلية نفسها، ولا يجوز إصدار الأسهم الجديدة بأقل من قيمتها الاسمية، وإذا صدرت بأكثر من تلك القيمة (علاوة إصدار) أضيف الفرق حتماً إلى الاحتياطي القانوني بعد وفاء مصروفات الإصدار. وسبب جواز إصدار الأسهم الجديدة بقيمة تزيد على قيمتها الاسمية هو تحقيق المساواة بين المساهمين القدامى والجدد، لأنه لو تم الاكتفاء من المساهم الجديد بأداء القيمة الاسمية فقط، لكان معنى ذلك أنه يستفيد بغير وجه حق - كالمكتتب القديم - من القيمة الحقيقية للسهم التي تتجاوز قيمته الاسمية جراء تراكم احتياطات وقيم أخرى لدى الشركة. وعلاوة الإصدار تعد إضافة مالية على القيمة الاسمية للسهم، ولذلك يجب المحافظة على رصيدها ومعاملتها كالاختياطي القانوني ومنع توزيعها وعدّها رديفاً لرأس المال، وإذا تم توزيعها كأرباح، عدّ هذا التوزيع أرباحاً صورية، أي أنه توزيع متصل برأس المال ويؤدي إلى تقليله.^(١)

يكون لقدامى المساهمين أولوية الاكتتاب في الأسهم الجديدة^(٢)، وتوزع هذه الأسهم بنسبة ما يملكون من أسهم، بشرط ألا يتجاوز ذلك ما طلبوه من أسهم جديدة، ويوزع الباقي على المساهمين الذين طلبوا أكثر مما خصهم، ويترك الباقي للاكتتاب العام.

(١) - د. محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لثبات رأس المال، مرجع سابق، ص ١٤١.

(٢) - انظر على سبيل المثال: المادة (٢٠) من نظام بنك البحرين، المادة (٦) من قانون بنك فيصل الإسلامي المصري، المادتان (٢٢/د)، (٢٢/أ) من نظام بنك الشام. ووفقاً للمادتان (٢٤، ٥٧) من نظام بنك سبأ، توزع الأسهم الجديدة على المساهمين الأصليين الذين طلبوا الاكتتاب بها حسب طلباتهم إذا لم تتجاوز الأسهم المطلوبة. وعند تجاوز الأسهم المطلوبة السهم المطروحة توزع الأسهم على المساهمين الأصليين كل بنسبة أسهمه على أن لا يتجاوز ما يحصل عليه المساهم ما طلبه من أسهم جديدة.

ومنح الأولوية للمساهمين القدامى ينطوي على تقدير لدورهم في نجاح الشركة وتحملهم صعوبات السنوات الأولى، حيث لا تحقق الشركة كثيراً من الأرباح . كما أن منح الأولوية للمساهمين القدامى يهدف إلى تفادي ضعف موقفهم في الجمعية العمومية، وقلة أرباحهم في حالة إصدار أسهم جديدة لزيادة رأس المال، لأن الأرباح في هذه الحالة ستوزع على عدد أكبر من المساهمين.^(١)

ويُعدُّ حق الأولوية من النظام العام في بعض التشريعات، حيث لا يجوز النص على خلاف ذلك في نظام الشركة^(٢)، ومع ذلك نصت المادة (٥٨) من نظام بيت التمويل الكويتي على أن "...تقرر الجمعية العمومية حقوق الأولوية بالنسبة للاكتتاب في الأسهم الجديدة أو النزول عنها أو تقييدها بأي قيد".^(٣) وتخضع زيادة أو تخفيض رأس المال في أغلب المصارف إلى الأحكام والإجراءات المنصوص عليها في قوانين الشركات. فعلى سبيل المثال، تمت زيادة رأس المال المدفوع في بعض المصارف بإصدار أسهم جديدة تم الاكتتاب بها مع إضافة علاوة إصدار إلى قيمة السهم الجديد الاسمية، وكانت الأولوية

(١)- د. منير هندي، إدارة البنوك التجارية، مرجع سابق، ص ١٠٣

(٢)- المادة (١٠) من القانون السوري رقم ٢٨ الخاص بإنشاء المصارف الخاصة والمشاركة، المادة (٢٠١) من قانون الشركات اليمني. ووفقاً لقانون الشركات السوري الجديد، يعتبر حق الأولوية في الاكتتاب على أسهم زيادة رأس المال أمر جوازي، لأن المادة (١٠١) (شركات)، أجازت أن يتضمن النص الأساسي للشركة منح هذا الحق.

(٣)- وطبقاً لأحكام المادة (١١١) شركات كويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته (لكل مساهم الأولوية في الاكتتاب بحصة من الأسهم الجديدة متناسبة مع عدد أسهمه، وتُمنح مدة لممارسة حق الأولوية لا تقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ نشر دعوة المساهمين لذلك. الفقرة الأخيرة مضافة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٥ "ويجوز أن يتضمن نظام الشركة نصاً يقضي بنزول المساهمين مقدماً عن حقهم في الأولوية، أو تقييد هذا الحق بأي قيد".

في الاكتتاب بها للمساهمين الأصليين، ولكل منهم الحق في الحصول على عدد من الأسهم الجديدة يعادل نسبة معينة (%) من قيمة أسهمه التي يمتلكها. وفي حال عدم رغبة أي مساهم منهم في الاستفادة من كامل حقه المذكور، تطرح الأسهم غير المغطاة على باقي المساهمين بسعر قدره (مبلغ معين)، أي بعلاوة إصدار قدرها نسبة معينة (%).^(١)

(١) - تمت زيادة رأس المال المدفوع في البنك الإسلامي اليمني للتمويل والاستثمار بناء على اقتراح مجلس الإدارة وبمصادقة الجمعية غير العادية، محضر اجتماع الجمعية المنعقد في ٦/٣٠/٢٠٠٠، المصدر: البنك نفسه.

المطلب الثاني

أهمية رأس المال وأثره على توزيع الأرباح والخسائر

يشكل رأس المال إضافة إلى الاحتياطات مصدراً لتمويل استثمارات المصارف، ويمثل ضماناً للمودعين وحماية حقوقهم في حالة انخفاض قيمة الأصول التي يستثمر فيها المصرف موارده.

وإذا كان رأس المال يمثل ضماناً للمودعين وحماية حقوقهم في حالة انخفاض قيمة الأصول التي يستثمر فيها المصرف موارده، غير أنه لا ينظر إلى هذه الحماية على أنها وفاء كامل لأموالهم عند التصفية، وإنما هي تأمين لامتصاص ما يتوقع حدوثه من خسائر قد تصيب المصرف في أي وقت، فمن المعلوم أنه عند تصفية المصرف لا يستوفي المساهمون حقوقهم من الأصول إلا بعد الدائنين، وهكذا كلما ارتفعت نسبة رأس المال والاحتياطي إلى الودائع، قلّ الخطر الذي يتعرض له المودعون في فترات الضيق المالي والأزمات.

وتتطلب القوانين والتشريعات المصرفية نسبة للربط بين حقوق الملكية (رأس المال والاحتياطات والأرباح غير الموزعة) وبين الودائع أو حجم الميزانية عموماً، بحيث يجب على المصرف إما أن يتوقف عن قبول الودائع إذا تجاوزت نسبتها رأس المال، كسبعة أو عشرة أضعاف رأس المال، أو أن يزيد من رأس ماله ليستوعب حجم أكبر من الودائع.

والحكمة من اشتراط هذه النسبة هو أن رأس المال يعمل على امتصاص الخسائر قبل أن تصيب الودائع، حيث إن زيادة الودائع - وبالتالي القروض التي يقدمها المصرف - تزيد من احتمال الديون المعدومة التي تشكل خسائر

يجب أن يمتصها رأس مال المصرف حتى تظل الودائع بمنأى عن المساس بها.^(١)

وهذا يعني أن دور رأس المال في حماية المودعين بوصفهم دائنين للمصرف التجاري يستلزم زيادته كلما زاد حجم الودائع التي يستثمرها المصرف في علاقته بالمقترضين، وبذلك يعمل رأس المال على امتصاص الخسائر الناشئة عن التوظيف. ولما كان المودع شريكاً للمصرف الإسلامي في الربح والخسارة من حيث المبدأ، فإن السؤال المطروح هنا هل يظل لرأس المال الدور الدفاعي ذاته الذي يستلزم زيادته كلما زادت الودائع ؟

يمكن القول إن رأس المال لا يكون له الدور الدفاعي نفسه الذي يقوم به في المصارف التجارية، لأن المصرف الإسلامي في علاقته مع مستخدميه الأموال يكون شريكاً للمودعين في الربح والخسارة، ويتم اقتطاع المخصصات اللازمة لمواجهة الخسائر من الأرباح الإجمالية (كمخصصات الديون المعدومة والديون المشكوك في تحصيلها، وغيرها من المخصصات التي تكون مبنية على تقدير سليم ودون تركها تتراكم من سنة لأخرى) وبذلك فإن حساب الأرباح والخسائر يعمل على امتصاص الخسائر إن وجدت أولاً فأول، سواءً كانت خسائر محققة أو محتملة.^(٢)

وبعدّ المصرف الإسلامي في مواجهة أصحاب الودائع الاستثمارية بمثابة المضارب، وبناء على هذا التكييف، يتحمل المودعون الخسارة كاملة في حال تحققها، ولا يتحمل المصرف (المضارب) سوى عمله المتمثل في مصاريفه العامة. واستثناء على هذه القاعدة، يتحمل المصرف دون المودعين نتيجة

(١)- انظر: د. جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم، التقليد والاجتهاد، النظرية والتطبيق، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط ٢، ١٩٩٣، ص ٩٨.

(٢)- المرجع السابق، ص ٨٩. ولمزيد من الاطلاع انظر الفصل الثالث، الرقابة المصرفية.

التعدي والتقصير، وهذه النتائج- على ندرة وقوع التعدي أو التقصير- ترتبط بحجم الأموال المستخدمة، ولا يفيد في تغطيتها رأس المال الصغير بالنسبة لحجم الودائع الكبير، لذلك يلزم وجود علاقة تناسبية بين رأس المال الذي سيتحمل تبعة التعدي والتقصير وبين حجم الودائع.^(١)

وإذا كان رأس المال والاحتياطيات لا يتجاوز عادة سوى نسبة ضئيلة من ودائع المصارف، فإنه يمكن لرأس المال أن يقوم بدور هام في مواجهة أزمة السيولة الناشئة عن السحب المكثف للودائع، ويتوقف ذلك على سيولة الأصول التي يستخدم فيها المصرف موارده، ودرجة سهولة تحويل الأصول إلى نقود بلا خسارة.^(٢)

وهذا يعني أنه كلما زاد حجم رأس المال وجزء منه مستثمر في أصول سائلة، خفت أزمة السيولة في حالة السحب المكثف للودائع، حيث تزيد فرص تصفية بعض الأصول السائلة وتحويلها إلى نقود دون خسارة. وهكذا كلما ارتفعت نسبة رأس المال والاحتياطيات إلى الودائع؛ قلّ الخطر الذي يتعرض له المودعون في فترات الضيق المالي والأزمات.

ويتحدد المركز المالي للمصرف في فترة معينة بالموازنة بين أصوله وخصومه، ويتضح الربح أو الخسارة من خلال ذلك الفرق، فإذا زادت قيمة الأصول عن الخصوم خلال فترة معينة، كان ذلك مؤشراً على أن المصرف قد حقق أرباحاً يمكن توزيعها على الشركاء بعد طرح تكاليف الإنتاج من الأرباح الإجمالية.

(١)- د. جمال الدين عطية، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٢)- انظر في هذا المعنى: د. زكي شافعي، مرجع سابق، ص ٢١٤.

وعلى العكس من ذلك، إذا زادت خصوم المصرف عن أصوله كان ذلك مؤشراً على اضطراب أعماله المالية وأن ثمة خسارة قد لحقت به^(١)، وقد يتم شهر إفلاسه إذا ما توقف عن دفع ديونه والتزاماته نتيجة لذلك^(٢)، ومن هنا

(١)- وتوزيع أرباح على الشركاء في حالة الخسارة يشكل مساساً بقاعدة ثبات رأس المال ويعتبر توزيعاً لربح صوري.

(٢)- التوقف عن الدفع "هو الذي ينبئ عن مركز مالي مضطرب وضائقة مالية مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرض بها حقوق دائنيه لخطر محقق أو كبير الاحتمال. ويتعين على محكمة الموضوع أن تفصل في حكمها الصادر بالإفلاس الوقائع المكونة لحالة التوقف عن الدفع، وأن تبين إن كان هذا التوقف ينبئ عن اضطراب خطير في حالة المدين المالية والأسباب التي تستند إليها في ذلك. راجع الطعن رقم ٤٧٦، ٨٥٥، لسنة ٦٩ ق، جلسة ٢٠٠٠/١١/٦، وغيرهما من الأحكام، المحاماة المصرية، العدد الثاني، ٢٠٠٢، ص ٧٢، رقم ٨. ويجب لاستخلاص حالة التوقف فحص مركز المدين في مجموعة وأسباب امتناعه عن الدفع. وقد نصت المادة (٧٩) من القانون المصري رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد على أنه ((المجلس إدارة البنك المركزي في حالة تعرض أحد البنوك لمشاكل مالية تؤثر على مركزه المالي، أن يطلب من إدارة البنك المتعثر توفير الموارد المالية الإضافية اللازمة في صورة زيادة رأس المال المدفوع أو إيداع أموال مساندة لدى البنك، وذلك بالشروط والقواعد التي يضعها مجلس إدارة البنك المركزي وخلال المدة التي يحددها، وإلا جاز لمجلس إدارة البنك المركزي إما تقرير الزيادة التي يراها في رأس المال وطرحها للاكتتاب بالإجراءات والشروط التي يقررها، أو إصدار قرار بإدماج البنك في بنك آخر بشرط موافقة البنك المدمج فيه أو شطب تسجيل البنك المتعثر، وذلك كله وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن. ويعتبر البنك متعزراً لمشاكل مالية متى توافرت في شأنه إحدى الحالات الآتية: (أ) عجز أصول البنك عن تغطية التزاماته بما يضر بأموال المودعين. (ب) الانخفاض الملموس في أصول البنك أو إيراداته بسبب مخالفة القوانين أو القواعد المنفذة لها أو نتيجة القيام بأية ممارسات خطيرة لا تتفق وأسس العمل المصرفي. (ج) إتباع أساليب غير سليمة في إدارة نشاط البنك يترتب عليها انخفاض حقوق المساهمين بشكل ملموس، أو المساس بحقوق المودعين وغيرهم من الدائنين (د) توفر دلائل قوية على أن البنك المركزي لن يتمكن من مواجهة طلبات المودعين أو الوفاء بالتزاماته في الظروف العادية. (هـ) نقص قيمة حقوق المساهمين في البنك عن المخصصات

تظهر أهمية تحقيق التوازن بين موارد المصرف واستخداماته، وتحرص التشريعات المصرفية - ومنها قانون النقد والتسليف السوري - رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢ - على تحقيق هذا التوازن، حيث نصت المادة (٩٦) من القانون ذاته على أنه ((... ٢- على كل مصرف أن يثبت في أي وقت أن موجوداته تفوق فعلاً المطلوبات الموجبة عليه تجاه الغير بمبلغ يساوي على الأقل الحد الأدنى لرأس المال المحدد في المادة (٦) من القانون رقم (٢٨) لعام ٢٠٠١.

٣- إذا نقص رأس المال المصرف عن الحد الأدنى المحدد في المادة (٦) من القانون رقم (٢٨) لعام ٢٠٠١ بنتيجة الخسائر التي يكون قد أصيب بها يترتب عليه إعادة تكوين رأسماله في مهلة ستة أشهر على الأكثر.

٤- يعود أمر تحديد الخسائر إلى تقدير مفوضية الحكومة لدى المصارف.

٥- في حال اعتراض المصرف المعني على تقدير مفوضية الحكومة لدى المصارف ترفع القضية إلى مجلس النقد والتسليف.

٦- يكون قرار مجلس النقد والتسليف بهذا الخصوص نهائياً لا يقبل أي طريق من طرق المراجعة الإدارية أو القضائية)).

وتخضع المصارف التجارية لهذا النص، ولا يوجد ما يمنع خضوع المصارف الإسلامية لحكم هذه المادة، على أن يراعى في ذلك الحد الأدنى لرأس المال. ذلك أن المصارف الإسلامية تخضع إلى أحكام الباب الرابع من قانون النقد والتسليف المتضمن أحكام تنظيم ومراقبة مهنة المصارف في الجمهورية العربية السورية، وذلك في كل ما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة

الواجب تكوينها). والملاحظ أن أغلب المصارف لا تخضع لنظام الإفلاس المقرر في قانون التجارة، وإنما تخضع لنظام التصفية المقرر في القوانين المصرفية.

بالمصارف الإسلامية الواردة في قانون إحداثها، ويضع مجلس النقد والتسليف الضوابط النازمة لعمل هذه المصارف.^(١)

ويلاحظ أنه إذا كانت زيادة خصوم المصرف عن أصوله تُعدُّ بمثابة مؤشر أو أمانة على أن ثمة خسارة قد لحقت برأس المال، فإن هذه الزيادة قد تكون قسرية في المرحلة الأولى لتأسيس المصرف، لأن هذه المرحلة تتطلب إنفاق جزء من رأس المال لتجهيز المصرف لمباشرة نشاطه، كالأثاث والتجهيزات، كما أنه يقوم بإدارة بعض العمليات الاستثمارية بهدف إثبات وجوده في السوق، وقد يسفر ذلك عن خسارة في رأس المال تؤدي إلى نقصانه عن الحد الأدنى المقرر في القانون، ولذلك تنص القوانين المصرفية على أنه لا يجوز توزيع الأرباح إلا بعد تغطية الخسائر^(٢). فعلى سبيل المثال نصت المادة (٤١) من قانون البنوك اليمني على أنه ((لا يحق لأي بنك أن يدفع أي حصة من الأرباح أو بالإعلان عنها أو بقيدها لصالح المساهمين أو بإجراء أي تحويل من حساب الفوائد إلا بعد أن تكون جميع مصروفاته من أصل رأس المال (ويشمل ذلك المصروفات الأولية ومصروفات التأسيس وعمولة بيع الأسهم والسمسة وأية خسائر أخرى أو صرفيات لا تتمثل في أصول ملموسة) قد تم تغطيتها بالكامل وأن يكون قد نفذ نصوص هذا القانون وأن يكون قد حصل على موافقة كتابية مسبقة من البنك المركزي)).

(١)- انظر: المادة (١١) من المرسوم التشريعي بإحداث المصارف الإسلامية.

(٢)- انظر على سبيل المثال: المادة (٤/ أ، ب) من أحكام المرسوم رقم ٣٥ الخاص بالمصارف الإسلامية السوري، حيث أوجبت استكمال دفع رأس المال خلال ثلاث سنوات من بداية مزاوله المصرف لنشاطه، وأجازت للمصرف عدم توزيع أية أرباح للمساهمين خلال هذه المدة. والمادة (٦٢/ ب) من قانون البنوك الأردني لعام ٢٠٠٠ التي نصت على أنه ((لا يجوز للبنك أن يوزع أرباحاً على المساهمين قبل تغطية كامل المصاريف التأسيسية والمصاريف التي لا تقابلها موجودات حقيقية وإطفاء أي خسائر لحقت به مهما كان نوعها، ويجوز تغطية هذه المصاريف والخسائر بموافقة البنك المركزي خلال مدة أقصاها خمس سنوات)).

الفرع الثاني

نظام الاحتياطات

تحتجز الأرباح في المشروعات بصفة عامة لأسباب مختلفة، ويمكن تقسيم الأشكال التي تتخذها الأرباح بوصفها مورداً مالياً للمصارف إلى الاحتياطات والمخصصات والأرباح غير الموزعة، وهي تمثل جزءاً من حقوق المساهمين (حقوق الملكية)، أما المخصصات فلا تعد منها وإن كانت مصدراً تموالياً للمصارف. وتقادياً لإظهار حجم الأرباح المحتجزة في حساب واحد، ظهرت في المحاسبة عدة تسميات لأنواع مختلفة من الاحتياطات، كالاحتياطي العام، والاحتياطي القانوني، واحتياطي الطوارئ وغيرها من المصطلحات التي تطلق على جزء من الأرباح يراد احتجازه وإعادة استثماره في الشركة (المصرف). وعلى هذا الأساس فإن بحث الاحتياطات كمورد مالي للمصارف يقتضي تقسيم هذا الفرع إلى مبحثين:

الأول : مفهوم الاحتياطات وأنواعها.

الثاني: تطبيق نظام الاحتياطات في المصارف وأثره على توزيع الأرباح.

المبحث الأول

مفهوم الاحتياطات وأنواعها

تهدف المصارف من تكوين الاحتياطات عموماً إلى دعم مراكزها المالية والمحافظة على رأسمالها، وعلى ثبات قيمة ودائعها وموازنة أرباحها ومقابلة الديون المعدومة والمشكوك في تحصيلها، وكذلك القيام بأعمال جديدة لتوسيع دائرة نشاطها^(١). وهذه الاحتياطات تعد مصدراً من مصادر التمويل الداخلية يرتبط بناتج نشاط المصرف وقد يغنيه عن الاقتراض، إلا أنه يجب عدم المغالاة في تكوينه، حتى لا يصبح العائد على مجموع الأموال المملوكة للمساهمين غير مجز لهم لاستثمار أموالهم في مثل هذه المشروعات.^(٢)

والتعرف على نظام الاحتياطات يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:
الأول: مفهوم الاحتياطات وأنواعها.

الثاني: الأساس القانوني لتكوين الاحتياطات في القانونين اليمني والسوري.

(١) - انظر: د. صبحي تادرس قريضة، النقود والبنوك، مرجع سابق، ص ١٠١، د. شوقي شحاتة، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٢) - انظر: د. جلال وفاء محمد، المبادئ العامة في شركات الأموال، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧، ص ١٣٥، د. زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٧٥، د. شوقي شحاتة، البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٦٣.

المطلب الأول

مفهوم الاحتياطات

الاحتياطات مبالغ تقتطع من صافي أرباح المصرف، وتقرر إما بنص القانون وتسمى (احتياطات قانونية) وإما بمقتضى النظام الأساسي وتسمى (احتياطات نظامية)، أو تقررها الجمعية العامة للمساهمين وتسمى (احتياطات اختيارية).

والأرباح الصافية هي الأرباح السنوية التي تبقى بعد خصم المصروفات وتجنيب كافة المخصصات والاستهلاكات التي تقتضي الأصول المحاسبية تجنيبها من الأرباح الإجمالية.

فبعد حساب الأرباح الصافية، قد ترى إدارة المصرف عدم توزيعها كلها، وتقرر الاحتفاظ بجزء منها لمواجهة الظروف الطارئة التي قد تعترض المصرف مستقبلاً، أو يستخدمها المصرف لتمويل أغراض معينة من نشاطه، وهذا الجزء من الأرباح الصافية يطلق عليه اصطلاح (المال الاحتياطي). وما دام أن هذا المال يتم تكوينه من الأرباح السنوية الصافية للمصرف، فإنه يكون ملكاً للمساهمين، ويمثل في أي لحظة زمنية التزاماً على المصرف (كشخصية معنوية) قبل مالك رأس المال.^(١)

وتنقسم الاحتياطات بوصفها مصداً من مصادر التمويل الداخلي للمصارف إلى ثلاثة أقسام: هي الاحتياطات والأرباح المدورة، والمخصصات.

القسم الأول: الاحتياطات

تنقسم الاحتياطات من الناحية التنظيمية إلى ثلاثة أنواع:

(١) - انظر: د. صبحي تادرس، المرجع السابق، ص ١٠٠.

النوع الأول: الاحتياطي القانوني (الإجباري): هو الذي يوجب القانون النص على نسبته في نظام المصرف منذ تأسيسه، ويقتطع سنوياً بنسبة معينة من الأرباح الصافية للمصرف حتى تصل القيمة الإجمالية له حداً معيناً من رأس المال المدفوع (القيمة الاسمية لمجموع الأسهم العادية) قد يقل أو يعادل أو يزيد عن رأس المال المدفوع.

وعادة ما يصرح للجمعية العامة للمساهمين^(١)، بوقف تجنيب هذا الاحتياطي إذا بلغ حداً معيناً من رأس المال، وإذا نقص عن هذا الحد، يعاد اقتطاعه إلى أن يصل إلى القدر المذكور.

والأصل في هذا الاحتياطي أنه يأخذ حكم رأس المال، ويعدّ ضماناً تكميلياً لدائني الشركة، فلا يجوز توزيعه على المساهمين على نحو نقدي، ولا يستخدم في غير الأوجه المحددة له في نظام المصرف، ولكن يقف كخط دفاع عن رأس المال، يستخدم في تغطية الخسائر، ويجوز ضمه إلى رأس المال بالإجراءات المقررة لزيادة رأس المال.^(٢)

النوع الثاني: الاحتياطي النظامي (الاختياري): هو احتياطي غير ملزم، لا يوجب القانون النص عليه في النظام الأساسي للشركة، وإنما يجيز إدراج النص به في هذا النظام، ويقتطع من الأرباح الصافية للمصرف عند إدراجه في النظام الأساسي الذي يحدد شروط تكوينه ونسبته ووجوه إنفاقه عادة، وفي هذه الحالة لا يجوز إنفاقه في غير ما خصص له إلا بقرار من الجمعية غير العادية للمساهمين، لأن استعماله في غير غرضه المنصوص عليه يعدّ تعديلاً في

(١)- كما يطلق عليها في القانون اليمني، وتسمى (الهيئة العامة) في القانون السوري.

(٢)- انظر: د. عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ١٢٧.

النظام، وإذا سكت النظام الأساسي عن وجوه إنفاقه، فيكون للجمعية العامة إنفاقه فيما يعود بالنفع على المصرف أو على المساهمين.^(١)

النوع الثالث: الاحتياطات الاختيارية (الحرّة): هي التي يجوز للجمعية العمومية أن تقرر تكوينها لمصلحة الشركة إذا نص نظام الشركة على ذلك، ويكون للجمعية العمومية مطلق التصرف في استخدامها في أي وجهة تراها، ولها أن تقرر توزيعها على المساهمين إذا دعت الحاجة إلى ذلك.

ويجري اقتطاع هذه الاحتياطات بعد أن يتم تحديد النسبة المقرر توزيعها على المساهمين، ولذلك فهي تتأثر بالنسبة المقرر توزيعها ولكنها لا تؤثر فيها، ويمكن دمج رصيدها في الأرباح القابلة للتوزيع، وقد ترى الجمعية العادية أن تجنبها هذا العام ولا ترى ذلك في عام آخر.

أما الاحتياطات الاتفاقية المنصوص عليها وعلى نسبتها وغرضها في نظام الشركة الأساسي، فإنه يجري اقتطاع نسبتها من الأرباح الصافية قبل تحديد ما سيتم توزيعه، ولذلك فهي تؤثر في المقدار القابل للتوزيع ولا تتأثر به

(١)- المادة (١٩٠/ء شركات يمني) ولمزيد من الاطلاع في القانون اليمني راجع المطلب التالي. ويلاحظ أن المشرع المصري فرق بين الاحتياطي القانوني والاختياري، فالمادة (٤٠/٤، ٥ من قانون الشركات المصري)، أجازت أن ينص في نظام الشركة على تجنب نسبة لتكوين احتياطي نظامي. ويجب على مجلس الإدارة في هذه الحالة أن يقتطع هذه النسبة المحددة بنظام الشركة. كما أن المشرع المصري أجاز في المادة (٦٠/٤) للجمعية العامة بناء على اقتراح مجلس الإدارة تكوين احتياطي اختياري يستخدم في الأوجه التي تقرر استقطاعه بشأنها. على أنه يجوز للجمعية العامة أن تقرر إنفاقه في غير الأبواب المخصصة له. ولم ينص المشرع الأردني صراحة على تكوين الاحتياطي النظامي، راجع: د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ١٠٤٧.

ولا تملك جمعية المساهمين تعديل النسبة أو تأجيل تجنيبها إلا إذا تم تعديل النظام الأساسي أو بقرار من الجمعية العمومية غير العادية.^(١)

القسم الثاني: الأرباح المدورة أو المرحلة

هي التي يتم احتجازها داخلياً لإعادة استخدامها بعد ذلك، وتكون قابلة للتوزيع متى أراد المصرف، فهي تمثل مورداً ذا طبيعة مؤقتة تؤخذ في الاعتبار عند تقدير الموارد المتاحة للاستخدام أو التوظيف.^(٢)

فالمبالغ التي تبقى بعد اقتطاع الاحتياطيات يتم ترحيلها للسنوات المالية التالية، وتكون قابلة للتوزيع على شكل أرباح أسهم، وقد توزع الإدارة جزءاً منها وتستبقي جزءاً آخر على شكل أرباح غير موزعة، إلا أنها تكون قابلة للتوزيع متى شاء المصرف.^(٣)

وهذا يعني أنه بعد اقتطاع الاحتياطيات من الأرباح الصافية للمصرف، قد لا تسمح الأرباح المتبقية بإجراء توزيع مناسب على المساهمين، وفي هذه الحالة يمكن ترحيلها كاملة للسنة التالية. وقد تسمح بتوزيع جزء منها على المساهمين، فيتم ترحيل الجزء غير الموزع.

وهذه الاحتياطيات والأرباح المرحلة تعد من حقوق المساهمين، وتعتبر مصدراً للتمويل بما قد يساعد على تحقيق جانب من أرباح المصرف.

(١)- بشأن الاحتياطيات الحرة انظر: د. محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لثبات رأس المال، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٢)- د. محمد البلتاجي، المصارف الإسلامية www.bltagi.com

(٣)- انظر: د. زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٧٦. وانظر على سبيل المثال المادة (٧/٧٥) من نظام بنك سبأ بشأن الاحتياطيات، حيث قضت بأن "يوزع الباقي من الأرباح الصافية ... أو يرجل بناء على اقتراح مجلس الإدارة إلى السنة المقبلة ..."

وإذا كان احتجاز الأرباح يترتب عليه زيادة القيمة السوقية للأسهم العادية، فيمكن للمساهمين تحقيق بعض المزايا الضريبية من قرار احتجاز الأرباح بدلاً من توزيعها، وذلك بسبب التباين في توقيت دفع الضريبة والتباين في معدلها. ففي حالة توزيع الأرباح، ينبغي دفع الضرائب فوراً، أما في حالة احتجاز الأرباح، فإن المساهمين لا يدفعون ضرائب على الأرباح الرأسمالية المتمثلة في القيمة السوقية للأسهم إلا عندما يتم بيع فعلي لتلك الأسهم. يضاف إلى ذلك أن معدل الضريبة على الأرباح الرأسمالية المتولدة عن احتجاز الأرباح عادة ما تكون أقل من معدلها على التوزيعات.^(١)

القسم الثالث: المخصصات

يُعرّف المخصص بأنه أي مبلغ يخصم أو يحتجز من الأرباح الإجمالية من أجل استهلاك أو تجديد أو مقابلة النقص في قيمة الأصول المستهلكة أو من أجل مقابلة التزامات معلومة لا يمكن تحديد قيمتها بدقة تامة. والمخصص عبء يجب تحميله على الإيرادات وذلك لمقابلة الخسائر المؤكدة أو المحتملة وغير المحددة المبالغ على وجه الدقة (خسائر مرتبطة بالأصول) كمخصص الديون المشكوك في تحصيلها، ومخصص هبوط الأسعار. وقد تخصص لمقابلة التزامات مؤكدة أو محتملة، كمخصص الضرائب، ومخصص حقوق العاملين وما إلى ذلك.^(٢)

ونُفَرِّق هنا بين نوعين من المخصصات هما: مخصصات استهلاك الأصول، وتعتبر عن النقص التدريجي في قيمة الأصول الثابتة من جراء

(١)- انظر د. منير صالح هندي، إدارة البنوك التجارية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص ١٠٩ وما بعدها.

(٢)- د. محمد البلتاجي، المصارف الإسلامية www.bltagi.com

استخدامها كالمباني والممتلكات^(١)، ومخصص مقابلة النقص في قيمة الأصول، مثل مخصص الديون المشكوك في تحصيلها والديون المعدومة الذي ينتج عن جراء التسهيلات الائتمانية الممنوحة للعملاء. ويقسم المخصص إلى فئات بحسب فترة التأخير عن سداد المديونية في تاريخ الاستحقاق وفق طريقة أعمار الديون. وتختلف نسب المخصصات في المصارف حسب ظروف كل مصرف. ولا تعدّ المخصصات من حقوق الملكية، لأنها تقتطع من مجمل الربح الناتج عن عملية التشغيل لمواجهة مصروف متوقع أو مخاطر متوقعة الحدوث ولكنها غير معلومة بدقة خلال العام، ولذلك يتم تجنيبها على نحو مستمر وقد لا ينفق منها شيء في واقع الأمر. وفي أغلب الأحوال يكون هناك فرق بين وقت تكوينها ووقت استخدامها، وخلال هذه الفترة يكون للمخصصات دور تمويلي كبير وتصبح من الموارد ذات التأثير في العمل^(٢).

وتمثل المخصصات مصدراً من مصادر التمويل الذاتي للمصارف خلال الفترة من تكوينها حتى الفترة التي تستخدم فيها في الغرض الذي أنشئت من أجله، وخاصة المخصصات ذات الصفة التمويلية، مثل مخصص استهلاك

(١)- يجري تجنيب نسبة من الأرباح وإدراجها كمخصص في حساب الاستهلاك، وبهذا المخصص يتم تغطية الخسارة الناجمة عن استهلاك الأصول أو في استبدال الأصول المستهلكة، وبغير ذلك فإن ربح العام الحالي سينقص حتماً عن مقداره في العام السابق بنسبة الاستهلاك. راجع: د. محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لرأس المال، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢)- د. الغريب ناصر، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، بحث مقدم إلى وقائع ندوة ((البنوك الإسلامية ودورها في تنمية اقتصاديات المغرب العربي)) عقدها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية في مدينة المحمدية بالمملكة المغربية بالتعاون مع الجمعية المغربية للاقتصاد الإسلامي خلال الفترة من ١٨- ٢٢ من يونيو ١٩٩٠، وقائع ندوة رقم (٣٤)، البنك الإسلامي للتنمية، تحرير لقمان محمد مرزوق، ص ٣٣٤.

الأصول الثابتة، ويجب أن يؤخذ في الاعتبار استخدام تلك المخصصات في الاستثمارات متوسطة وطويلة الأجل.^(١)

وتأخذ جميع المصارف بنظام المخصصات، فعلى سبيل المثال: تقتطع المصارف من الأرباح غير الصافية نسبة مئوية يحددها مجلس الإدارة لاستهلاك موجودات الشركة أو التعويض عن نزول قيمتها (وتستعمل الشركة التعويض عن قيمتها) لشراء المواد والآلات والمنشآت اللازمة أو لإصلاحها، ولا يجوز توزيع هذه الأموال على المساهمين.^(٢)

كما يقتطع من الأرباح الإجمالية نسبة مئوية يحددها مجلس الإدارة لتكوين الاحتياطات الخاصة، كاحتياطي الديون، واحتياطي تقلبات أسعار العملة، وذلك بالإضافة إلى الاستهلاك والاحتياطات والمخصصات التي يفرضها القانون أو العرف.^(٣)

وتطبيقاً لتعليمات البنك المركزي اليمني يتم تكوين مخصصات لعقود الاستثمار^(٤)، ومنها مخصص للاستثمارات في عقود المضاربات والمشاركات

(١)- انظر: د. محمد علي الريدي، المحاسبة الضريبية طبقاً لأحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩١، المعدل بالقرار الجمهوري بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٩ بشأن ضرائب الدخل، ط٣، دار الفكر المعاصر، صنعاء، ٢٠٠٠، ص ٣٤٩، مرجع سابق، د. زياد رمضان، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٢)- انظر المادة (٧٥) من نظام بنك سبأ، المادة (٦٧) من نظام بنك الشام، الذي حدد نسبة استهلاك الموجودات بمعدل ١٠% من قيمة الأموال المنقولة كآلات والمعدات والأثاث، و(٥%) من قيمة الأموال غير المنقولة، وتقع مسؤولية فرز هذه المبالغ على مجلس الإدارة طبقاً لمفهوم المادة (٦٨) من النظام ذاته.

(٣)- المادة (٥٦) من نظام بيت التمويل الكويتي.

(٤)- وفي المقابل يتم تكوين مخصص للقروض والتسهيلات والالتزامات العرضية (التي يدخل فيها البنك التجاري طرفاً خارج الميزانية) بذاتها بالإضافة إلى نسبة مئوية لمواجهة المخاطر العامة تحسب من مجموع القروض. ويتم إعدام القروض في حال عدم جدوى الإجراءات المتخذة لتحصيلها خصماً على المخصص الذي يضاف إليه المتحصلات من القروض التي سبق

بذاتها التي تحقق خسائر في نتائجها بالإضافة إلى نسبة مئوية لمواجهة المخاطر العامة تحسب من مجموع الاستثمارات في عقود المضاربات والمشاركات الأخرى... والمخصصات تشمل (نسب محددة لمواجهة خسائر الديون المنتظمة والديون غير المنتظمة التي تصنف إلى (ديون دون المستوى، ديون مشكوك في تحصيلها، وديون رديئة) وفي نهاية كل سنة يتم تخفيض رأس مال المضاربة والمشاركة بقيمة الخسائر التي لحقت برأس مالها، وتحمل هذه الخسائر على قائمة الدخل. وتظهر أرصدة الاستثمارات في هذه العقود بالميزانية بالقيمة الدفترية التي تتمثل في التكلفة ناقصاً الخسائر المحققة والمخصصات المتعلقة بها (مخصص الديون غير المنتظمة ومخصص المخاطر العامة على الديون المنتظمة.^(١)

إعدامها، وتظهر القروض بالميزانية بعد خصم المخصص المحدد والعام والفوائد المجبنة. راجع التقرير السنوي للبنك التجاري اليمني، ٢٠٠٦، ص ٢٢. قارن المخصص الذي يتم تكوينه لتمويل عقود المرافحة، التقرير السنوي لبنك سبأ، ٢٠٠٥، ص ١٠.

(١) - الديون المعدومة: هي التي فقد الأمل في تحصيلها وتعدّ بمثابة خسارة على المنشأة يجب خصمها على حساب الأرباح والخسائر في ميزانية السنة التي يتحقق فيها انعدامها، لأن الميزانية يجب أن تمثل المركز الحقيقي للمنشأة، مما يقتضي ألا تظهر الديون التي لها في الأصول إلا بقيمتها الفعلية. الطعن رقم ٣٩٦ سنة ٢٩ ق، جلسة ١٢/٣١ / ١٩٦٤، س ١٥ ص ١٢٣٧، انظر: د. أحمد محمود حسني، قضاء النقص التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٣٨. وتقدير أن الدين معدوم أو غير معدوم يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولمحكمة النقص أن تتدخل إذا انطوت أسباب الحكم على مخالفة للقانون أو كانت لا تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها. الطعن السابق ذكره رقم ٣٩٦. أما الديون المشكوك في تحصيلها فهي لتي تكون على درجة من الخطورة لا يتسنى معها تحصيلها خلال فترة معقولة، مع احتمال ضياعها كلها أو بعضها .

المطلب الثاني

الأساس القانوني لتكوين الاحتياطات في القانونين

اليمني والسوري

المحور الأول: الأساس القانوني للاحتياطات في القانون اليمني

تخضع المصارف التجارية من حيث تكوين الاحتياطي القانوني لحكم نص المادة (١٢) من قانون البنوك) الذي يوجب عليها الاحتفاظ بحساب احتياطي وقبل توزيع أي حصة من أرباحها بما لا يقل عن (١٥%) من صافي الأرباح بعد اعتماد المبالغ اللازمة للضرائب وغيرها من الالتزامات المحتملة حتى يساوي رصيد الاحتياطي ضعف رأس المال المدفوع أو المخصص للعمل في الجمهورية حسبما يكون عليه الحال. وللبنك المركزي حق تعديل نسبة الاحتياطي الواجب احتجازه من الأرباح السنوية للبنوك بما يتفق مع الظروف والأوضاع السائدة.^(١)

أما المصارف التجارية الإسلامية فتخضع لأحكام قانون المصارف الإسلامية الذي نص في المادة (٧) على أنه ((يجب على المصارف التي تنشأ بموجب هذا القانون أن تحتفظ برصيد احتياطي قانوني بما لا يقل عن نسبة (١٠%) من صافي الأرباح القابلة للتوزيع الذي [التي] يحققها المصرف حتى يساوي رصيد الاحتياطي رأس المال المدفوع)).

وقد وضع هذا النص الحد الأدنى لتكوين الاحتياطي الإجمالي بما لا يقل عن (١٠%) من صافي الأرباح السنوية التي يحققها المصرف) حتى يساوي رأس المال المدفوع. و للبنك المركزي حق تعديل نسبة الاحتياطي بما يتفق مع

(١) - المادة (٢/١٢) من قانون البنوك اليمني.

الظروف والأوضاع السائدة. ويلاحظ أن هذا الاحتياطي يتم استقطاعه من صافي ربح المصرف التجاري، ويستقطع كذلك من صافي الربح في المصارف الإسلامية ولكن بعد أن يتم تجنب حصص المودعين من الربح، لأنه حق من حقوق المساهمين.

ونصت المادة (١٨) من قانون المصارف الإسلامية اليمني على أن ((تمسك حسابات المصرف وميزانيته السنوية وحسابات الأرباح والخسائر وتوزيع حصص أرباح الاستثمار والأرباح المخصصة بالمصرف وتوزيع الربح المتبقي على المساهمين وأية نسبة تراها الجمعية العمومية لازمة لتأمين الاحتياط اللازم لمواجهة الالتزامات المختلفة وذلك بحسب النظام الأساسي وبما يتفق وقانون الشركات وما ورد بهذا القانون)).

وهذا النص يقرر مبدأ الأخذ بفكرة الاحتياطيات الاختيارية والمخصصات المختلفة في المصارف، وبما يتفق وقانون الشركات اليمني.

واستناداً إلى أحكام قانون المصارف الإسلامية ومراعاة أحكام قانون الشركات في هذا الموضوع، بينت المادة (٧٥) من نظام بنك سبأ كيفية توزيع الأرباح الصافية على النحو التالي:

أولاً: (١٠%) مخصص لتغذية الاحتياطي القانوني، ويجوز للجمعية العمومية أن تقرر وقف تجنيبه إذا بلغ ما يعادل رأسمال الشركة، ومتى نقص الاحتياطي يتم العودة إلى الاقتطاع.^(١)

(١) - المادة (١/٧٥) من نظام بنك سبأ الإسلامي. وانظر التقرير السنوي لبنك سبأ الإسلامي، ٢٠٠٦، ص ٢٣. وفي بنك التضامن الإسلامي تم احتساب الاحتياطي القانوني بواقع ١٥% من صافي الأرباح وفقاً للنظام الأساسي وتعليمات البنك المركزي إلى أن يصل ضعفي رأس المال. انظر التقرير السنوي لبنك التضامن الإسلامي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤٧.

ويستعمل المال الاحتياطي بناءً على قرار مجلس الإدارة فيما يكون أوفى بمصالح الشركة مع مراعاة أحكام المادة (١٩٠ شركات يمني)^(١)، وهذا يعني أن على مجلس الإدارة تجنب نسبة الاحتياطي القانوني في كل سنة. بحيث يستخدم في تغطية خسائر الشركة وشراء آلات جديدة وفي زيادة رأس المال وفقاً لحكم المادة (١٩٠/ب) من قانون الشركات.^(٢)

ثانياً: عشرة بالمئة (١٠%) مخصص احتياطي اختياري، ويوقف هذا الاقتطاع بقرار من الجمعية العمومية العادية بناءً على اقتراح مجلس الإدارة. ويطلق على هذا الاحتياطي مصطلح (الاحتياطي العام) كما ورد في التقرير السنوي للبنك.

وبالرجوع إلى قانون الشركات التجارية اليمني، نصت المادة (١٩٠/ء) على أنه ((يجوز أن ينص نظام الشركة على تجنب نسبة معينة من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي نظامي اختياري يخصص للأغراض المنصوص عليها في النظام، ولا يجوز استخدام هذا الاحتياطي في غير ما خصص له إلا بقرار من الجمعية العامة غير العادية فإذا لم يكن الاحتياطي النظامي مخصصاً لأغراض معينة جاز للجمعية العامة العادية بناءً على اقتراح مجلس الإدارة أن تقرر صرفه فيما يعود بالنفع على الشركة)).

(١) - المادة (٧٧) من نظام بنك سبأ الإسلامي.

(٢) - الجدير بالذكر أن النسبة المقررة لتخصيص الاحتياطي القانوني وفقاً لنص المادة (١٩٠/أ) شركات يمني) هي (١٠%) وإلى أن يبلغ نصف رأس المال ب- يستخدم الاحتياطي القانوني في تغطية خسائر الشركة وشراء آلات جديدة وفي زيادة رأس المال، وإذا جاوز هذا الاحتياطي نصف رأس المال، جاز للجمعية العامة أن تقرر توزيع القدر الزائد على المساهمين وذلك في السنوات التي لا تحقق الشركة فيها من الأرباح الصافية ما يكفي لأداء النسبة المقررة لهم في نظام الشركة على أن لا تزيد هذه النسبة عن ٥% من رأس المال.

ويلاحظ أن هذا النص سبب خطأً بين مفهوم الاحتياطي النظامي ومفهوم الاحتياطي الاختياري، وهو ما انعكس أثره على النظم الأساسية للمصارف. فعلى الرغم من وصف هذا الاحتياطي في نظام بنك سبأ بأنه احتياطي اختياري . كما ورد في الفقرة الثانية من المادة (٧٥) - إلا أنه في حقيقة الأمر احتياطي نظامي، لأن النظام قرره وحدد نسبة اقتطاعه من الأرباح بنسبة ثابتة (١٠%) في كل سنة.

أما المادة (٤/٧٨) من النظام الأساسي للبنك الإسلامي اليمني للتمويل والاستثمار، فقد نصت على أن (تقرّر النسبة التي تقررها الجمعية العامة للاحتياطي النظامي الاختياري شريطة ألا يتجاوز الاحتياطي ٥٠ % من رأس المال). وما دام النظام الأساسي لم يحدد نسبة وأوجه إنفاقه، فإنه يجوز للجمعية العمومية بناء على اقتراح مجلس الإدارة أن تقرر إنفاقه بما يعود بالنفع على المصرف تطبيقاً لحكم المادة (١٩٠ شركات يمني).

ثالثاً: يقتطع المبلغ اللازم لتوزيع حصة أولى من الأرباح بنسبة (٥%) للمساهمين عن المدفوع من قيمة أسهمهم، على أنه إذا لم تسمح أرباح سنة من السنين بتوزيع هذه الحصة فلا تجوز المطالبة بها من أرباح السنين القادمة. ويلاحظ أن النسبة المذكورة للتوزيع على المساهمين، ليست إلزامية على المصرف في السنوات التي لا يحقق فيها من الأرباح الصافية ما يكفي لأداء تلك النسبة، ولا يجوز للمساهمين المطالبة بهذه الحصة من أرباح السنين القادمة. وعلى ذلك يمكن القول بأن الاحتياطي القانوني يأخذ حكم رأس المال، فلا يجوز توزيعه نقداً على المساهمين.

رابعاً: اقتطاع الضرائب المستحقة على الشركة طبقاً للقوانين.

خامساً: المكافآت التي تقررها الجمعية العمومية للإدارة ومفتشي الحسابات وهيئة الرقابة الشرعية.

سادساً: تخصيص ما لا يزيد عن (١٠%) من الأرباح بعد الاستقطاعات السابقة لمكافآت مجلس الإدارة على أن لا تتجاوز الحدود المقررة في قانون الشركات.

سابعاً: يوزع الباقي من الأرباح الصافية على المساهمين كحصة إضافية في الأرباح أو يرحد بناء على اقتراح مجلس الإدارة إلى السنة المقبلة أو يخصص لإنشاء مال للاحتياطي أو للاستهلاك.^(١)

وهذا يعني أن الباقي من الأرباح بعد خصم ذكر يكون قابلاً للتوزيع على شكل أرباح أسهم، وقد يتم ترحيله كله أجزءاً منه إلى السنة التالية، أو يخصص لإنشاء مال للاحتياطي أو للاستهلاك. ويبدو أن تخصيص الباقي لإنشاء مال للاحتياطي أو للاستهلاك يندرج ضمن ما يسمى بالاحتياطيات الحرة أو الاختيارية التي تقرها الجمعية العمومية لمواجهة ظروف غير متوقعة أو نفقات غير منظورة أو نظير استهلاك موجودات الشركة، وهذه النسبة تتأثر بالنسبة المقرر توزيعها على المساهمين من الأرباح، ولذلك قد تختلف من سنة لأخرى حسب قيمة الأرباح المحققة.

الجدير بالذكر أن المخصصات يتم تكوينها بناء على تعليمات البنك المركزي اليمني، كالمخصصات اللازمة لمواجهة مخاطر الديون غير المنتظمة (كالديون المشكوك في تحصيلها، وغير ذلك) والمخصصات اللازمة لمواجهة المخاطر العامة على الديون المنتظمة.^(٢)

(١) - تقابلها المادة (٥٨) من نظام بيت التمويل الكويتي، حيث إن الباقي من الأرباح إما أن يوزع أو يرحد إلى السنة التالية أو يخصص لإنشاء احتياطي تسوية الأرباح لتأمين التوزيع المناسب في السنوات لتي تقل فيها الأرباح الصافية أو لتكوين مخصصات غير عادية.

(٢) - التقرير السنوي لبنك سبأ لعام ٢٠٠٥، ص ١١. وقد تضمنت المادة (٢٣/٤،٤) من بنك السودان المركزي) النص صراحة على أنه (يجوز للمحافظ أن يطلب من المصارف والمؤسسات

المحور الثاني: الأساس القانوني لتكوين الاحتياطات في القانون السوري

إن الأساس القانوني للاحتياطات نجد مصدره في قانون تشكيل مجلس النقد والتسليف، وفي قانون الشركات السوري الجديد، وفي قانون المصارف الإسلامية.

فقد نصت المادة (١/٩٧) من قانون تشكيل مجلس النقد والتسليف على أنه ((فضلاً عن الوجائب التي يفرضها قانون {الشركات} على الشركات التجارية بالنسبة للاحتياطي الإجمالي يجب على المصارف أن تقتطع سنوياً من أرباحها الصافية نسبة لا تقل عن ١٠ بالمئة ترصد لتشكيل احتياطي خاص وذلك إلى أن يبلغ الاحتياطي المذكور ١٠٠ بالمئة على الأقل من رأس مال المصرف)).

وهذا النص يلزم المصارف التجارية بشكل عام بتكوين الاحتياطي الخاص المصرفي في حده الأدنى بما لا يقل عن (١٠%) من الأرباح الصافية سنوياً إلى أن يعادل في مجموعه رأس مال المصرف على الأقل، فضلاً عن تكوين الاحتياطي الإجمالي المفروض على الشركات التجارية.

وتطبيقاً لذلك بينت المادة (٦٨ من نظام بنك الشام) كيفية توزيع الأرباح الصافية الخاصة بالمصرف على النحو التالي: (١)

١- ١٠% من الأرباح الصافية تخصص لتكوين الاحتياطي الإجمالي، ويجوز وقفه إذا ما بلغ نصف رأس مال الشركة على الأقل.

المالية رصد مخصصات لمقابلة الديون الهالكة والمشكوك في تحصيلها بالكيفية التي يحددها. ٤- يجوز للمصرف تكوين أي احتياطات أو مخصصات أخرى يراها ضرورية).

(١)- الأرباح الصافية هي التي تبقى بعد أن يقتطع من الأرباح غير الصافية: النفقات العامة والاستهلاكات والمؤن اللازمة وتحديد نسب استهلاك موجودات الشركة، المبالغ المستحقة من تعويضات المستخدمين والعمال والمبالغ الواجب رصدها لقاء الالتزامات المفروضة على الشركة بموجب القوانين. راجع المادة (٦٧) من نظام البنك.

- ٢- ويقوم مجلس الإدارة بتكوين هذا الاحتياطي ولا يستعمل إلا في الحالات الاستثنائية أو غير المنتظرة.^(١)
- ٣- ١٠% تخصص للاحتياطي الخاص المصرفي إلى أن يبلغ ١٠٠% من رأس المال على الأقل.^(٢)
- ٤- للجمعية العمومية بناء على اقتراح مجلس الإدارة أو بموافقته أن تقرر اقتطاع ما لا يزيد على ربع الأرباح الصافية لتلك السنة لتكوين الاحتياطي الاختياري على أن لا يتجاوز في مجموعه كامل قيمة رأس مال الشركة.
- ٥- يوزع ما بقي من أرباح وفق القوانين والأنظمة.
- ٦- في حالة تحقيق أرباح لا تسمح بإجراء توزيع مناسب على المساهمين، فللجمعية العمومية بناء على اقتراح مجلس الإدارة أن تقرر ترحيل صافي الأرباح بكاملها للسنة التالية.

(١)- تم تكوين نسبة هذا الاحتياطي استناداً إلى نص المادة (٢٤٦ من قانون التجارة الملغي) الذي أجاز وقفه إذا بلغ ما يعادل نصف رأس مال الشركة، ولم يجز توزيعه على المساهمين، وإنما أجاز استعماله لتأمين الحد الأدنى للدخل المعين في النظام الأساسي للمساهمين وذلك في السنوات التي لا تسمح فيها أرباح الشركة بتأمين هذا الحد، وعلى ألا يجاوز الحد الأدنى المذكور الخمسة في المئة. انظر: المادة (٦٨) وما بعدها من نظام بنك الشام.

(٢)- المادة (٢/٦٨) من نظام البنك. ويقوم مجلس الإدارة بتشكيل الاحتياطي (القانوني والخاص المصرفي)، ويقترح على الجمعية العمومية مبالغ الأرباح التي توزع على المساهمين كل بنسبة عدد أسهمه وما يمكن حسمه منها لنقلها للسنة التالية أو لتخصيصه لاستهلاكات إضافية. وطبقاً لنص المادة (٦٨/ج) يجب الاحتفاظ بحساب احتياطي لمواجهة مخاطر حسابات الاستثمار المشترك في نهاية الدورة، ويتم تغذيته باقتطاع ما لا يقل عن ١٠% من صافي أرباح حسابات الاستثمار المشترك المحققة على العمليات الجارية خلال السنة، ويوقف اقتطاعه إذا ما بلغ مثلي رأس المال المدفوع أو أي مقدار آخر يحدده مجلس النقد والتسليف.

وبتوفيق أوضاع نظام المصرف بما يتفق وأحكام قانون الشركات السوري الجديد، فإن المادة (١٩٧) أوجبت:

١- على الشركة أن تقتطع كل سنة ١٠% من أرباحها الصافية لتكوين احتياطي إجباري ولها أن توقف هذا الاقتطاع إذا بلغ هذا الاحتياطي ربع رأس المال، إلا أنه يجوز بموافقة الهيئة العامة للشركة الاستمرار في اقتطاع هذه النسبة حتى يبلغ مجموع الاقتطاعات كامل رأسمال الشركة.

٢- يستعمل الاحتياطي الإجباري من قبل مجلس الإدارة لتأمين الحد الأدنى للربح المحدد في النظام الأساسي وذلك في السنوات التي لا تسمح فيها أرباح الشركة بتأمين هذا الحد، أو لمواجهة الظروف الاستثنائية وغير المنتظرة.

ويبدو أن المقصود بالظروف الاستثنائية وغير المنتظرة لاستعمال الاحتياطي الإجباري، هي الحالات التي تتطلب المحافظة على رأس المال وبقائه ثابتاً، كأن يستعمل في تغطية خسائر المصرف، أو لزيادة رأس المال. ولكن هل يأخذ الاحتياطي الإجباري في بنك الشام حكم ثبات رأس المال ؟ استناداً إلى حكم الفقرة الخامسة من المادة (٦٨ من نظام البنك) التي تقضي بأنه (في حالة تحقيق أرباح لا تسمح بإجراء توزيع مناسب على المساهمين فللجمعية العمومية بناء على اقتراح مجلس الإدارة أن تقرر ترحيل صافي الأرباح بكاملها للسنة التالية)؛ يستفاد مبدئياً أنه بعد أن يتم اقتطاع الاحتياطيات والوفاء بالتزامات الشركة من صافي الأرباح، فإن الربح المتبقي بعد ذلك يكون قابلاً للتوزيع، ولكنه قد لا يسمح بإجراء التوزيع المناسب على المساهمين. ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن الاحتياطي الإجباري يأخذ حكم ثبات رأس المال، لا سيما أن الأصل وفقاً للقواعد العامة أنه لا ربح من رأس المال، ولا ربح قبل جبر خسائر رأس المال.

والجدير بالذكر أن الأساس القانوني لتكوين الاحتياطي الاختياري يرجع إلى المادة (١٩٨ من قانون الشركات السوري الجديد)، التي نصت على أن ((١- للهيئة العامة للشركة المساهمة أن تقرر سنوياً اقتطاع ما لا يزيد على ٢٠% من أرباحها الصافية عن تلك السنة لحساب الاحتياطي الاختياري. ٢- يستعمل الاحتياطي الاختياري وفقاً لما يقرره مجلس الإدارة أو الهيئة العامة، والهيئة العامة أن تقرر توزيع الجزء غير المستعمل منه أو أي جزء منه كأرباح على المساهمين)).^(١)

وقد حوّل قانون المصارف الإسلامية السوري مجلس النقد سلطة إلزام المصارف باقتطاع المخصصات التي يراها لازمة لمواجهة المخاطر. حيث نصت المادة (١١ / ب من المرسوم التشريعي بإحداث المصارف الإسلامية) على أن ((يضع مجلس النقد والتسليف الضوابط الناظمة لعمل المصارف الإسلامية بما في ذلك القواعد والأحكام الخاصة بالسيولة وكفاية رأس المال ونسب تركيز الاستثمارات وقواعد حساب المخصصات الواجب اقتطاعها لمواجهة مخاطر الأصول...)).

(١)- أجاز بنك الشام في ظل أحكام قانون التجارة الملغي، للجمعية العامة بناء على اقتراح مجلس الإدارة أو بموافقة أن تقرر اقتطاع جزء من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي اختياري على ألا يزيد هذا الجزء على ربع الأرباح الصافية لتلك السنة، وألا يتجاوز مجموع مبالغ الاحتياطي كامل قيمة رأس المال، المادة (٦٨ / ٣ من نظام البنك).

المبحث الثاني

تطبيق نظام الاحتياطات وأثره على توزيع الأرباح

تأخذ جميع المصارف بنظام الاحتياطات، وسأحاول استعراض موقف المصارف في تجنب هذه الاحتياطات وأثرها على توزيع الأرباح، وكذلك موقف المصارف من اقتطاع المصروفات وأثرها على توزيع الأرباح وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: واقع تطبيق نظام الاحتياطات في المصارف.

الثاني: أثر الاحتياطات والتكاليف في توزيع الأرباح.

المطلب الأول

واقع تطبيق نظام الاحتياطات في المصارف

تأخذ المصارف التجارية بنظام الاحتياطات بمختلف أنواعها، فالمادة (٦٤) من النظام الأساسي لبنك اليمن والكويت للتجارة والاستثمار) أوجبت على مجلس الإدارة أن يجنب كل سنة ١٠% من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي قانوني. وأجازت للجمعية العمومية أن تقرر وقف تجنيبه إذا بلغ ضعف رأس المال المدفوع، وحددت أوجه استخدامه في تغطية خسائر الشركة وفي استهلاك موجوداتها، والتعويض عن انخفاض قيمتها، وفي شراء المواد والآلات اللازمة. وأوجبت أن أعاد إلى الاحتياطي ما أخذ منه عندما تسمح أرباح السنين القادمة بذلك.^(١)

وفضلاً عن الاحتياطي القانوني تجيز أنظمة المصارف التجارية للجمعية العامة بناء على اقتراح مجلس الإدارة أن تقرر إقطاع نسبة معينة من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي اختياري، يطلق عليه أحياناً احتياطي طوارئ، إضافة إلى الحصة الإضافية من الأرباح التي قد ترحل للسنة المقبلة أو تخصص لإنشاء احتياطي للاستهلاك غير العادي.^(٢)

وتأخذ جميع المصارف الإسلامية بفكرة تجنيب الاحتياطات، فالاحتياطي الإجباري (القانوني) يتكون باقتطاع نسبة (١٠%) من الأرباح الصافية في بعض

(١)- وطبقاً للمادة (٥٣) من النظام الأساسي للمصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية) يقتطع

١٠% من صافي الأرباح لتكوين احتياطي رأس المال (القانوني)، ويقف اقتطاعه متى بلغ

مجموع الاحتياطي ١٠٠% من رأس المال المدفوع.

(٢)- انظر: المادة (٥٣/ أ / ع) من نظام المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية.

المصارف^(١)، وترتفع هذه النسبة إلى (١٥%) في مصارف أخرى^(٢)، ولا يجوز وقف تجنيب هذا الاحتياطي إلا إذا بلغ ما يعادل رأس مال الشركة المدفوع في أغلب المصارف^(٣)، وتنخفض هذه النسبة إلى (٢٥%) في بنك البحرين الإسلامي، فإن قلَّ عن ذلك، وجب إعادة الاقتطاع حتى يصل إلى ثلث النسبة المذكورة. ولا يجيز نظام بيت التمويل الكويتي وقف اقتطاع هذا الاحتياطي إلا إذا بلغ ما يعادل نسبة (٥٠%) من رأس المال، وإذا زاد عن نصف رأس مال الشركة جاز للجمعية العمومية أن تقرر وقف اقتطاعه أو استعمال ما زاد عن هذا الحد في الوجوه التي تراها لصالح الشركة ومساهميها.^(٤)

وقد أقرت الأنظمة القانونية للمصارف الإسلامية مبدأ عدم جواز توزيع الاحتياطي الإجباري على المساهمين، لأنه يأخذ حكم رأس المال، إلا أن بعض أنظمة المصارف أجازت استعمال هذا الاحتياطي لتأمين توزيع نسبة من الأرباح على المساهمين لا تقل عن (٥%) من رأس المال المدفوع في السنوات التي لا تسمح فيها أرباح الشركة بتأمين هذا الحد.^(٥)

(١)- انظر المواد: (٥٩ / ٢ من نظام بنك فيصل الإسلامي المصري)، المادة ٦٢ من قانون البنوك الأردني لعام ٢٠٠٠)، المادة ٧٠ من نظام البنك الإسلامي الأردني، (البند ١٠ من مرسوم تأسيس بنك دبي)، (٦٤/ج من نظام بنك فيصل السوداني)، (١/٥٨ من نظام بيت التمويل الكويتي)، (٦٧ من نظام بنك البحرين)، (١/٧٥ من نظام بنك سبأ الإسلامي)، (١/٦٨ من نظام بنك الشام).

(٢)- انظر: المادة (٣ / ٧٨) من نظام البنك الإسلامي اليمني.

(٣)- المواد السابقة في نظم كل من: فيصل الإسلامي السوداني، دبي الإسلامي، البنك الإسلامي الأردني، البنك الإسلامي اليمني، بنك سبأ، فيصل الإسلامي المصري. ويجوز للجمعية العمومية في هذا البنك أن تقرر رفع هذه النسبة إلى ثلاثة أمثال رأس المال.

(٤)- المادة (٦٠ من نظام بيت التمويل الكويتي)

(٥)- المادة (٦٧/ ج) من نظام بنك البحرين، المادة (٦٠) من نظام بيت التمويل الكويتي، حيث أجازنا استعمال هذا الاحتياط لتأمين توزيع الأرباح بنسبة تصل إلى (٥ %) من رأس المال.

وهذا الأمر غير مقبول إلا إذا كان الحد الأقصى لمجموع قيمة الاحتياطي الإجمالي يزيد عن الحد الأقصى الذي يقرره قانون الشركات، لأن بعض المصارف ترفع الحد الأقصى للاحتياطي إلى (١٠٠%) - أو أكثر - ويكون الحد الأقصى الذي يفرضه القانون (٥٠%) من رأس المال، وهنا يعدّ توزيع هذا القدر الزائد كأرباح على المساهمين جائزاً، أما أن يمس التوزيع الحد الأقصى الذي يفرضه القانون (٥٠%) فلا يجوز. وقد التزمت بعض الأنظمة بالقواعد العامة، وقررت عدم جواز توزيع أي قدر من الاحتياطي الإجمالي على المساهمين، حتى لو لم تحقق الشركة أرباحاً في سنة من السنوات.^(١)

ونظراً لارتفاع نسبة الاحتياطي القانوني في هذه المصارف فإن بعضها لم تأخذ بالاحتياطي النظامي، ولكن أخذت جميعها بالاحتياطي الاختياري.^(٢) ويلاحظ أن المادة (٢/٥٨) من النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي نصت على أن (يقتطع نسبة ١٠% تخصص لحساب الاحتياطي الاختياري ويوقف هذا الاقتطاع بقرار الجمعية العامة العادية بناء على اقتراح مجلس الإدارة). وهذه المادة وإن كانت قد أطلقت عليه اسم (الاحتياط الاختياري) إلا أنه في حقيقته احتياطي نظامي، لأن النظام هو الذي قرره، وحدد نسبة اقتطاعه بـ ١٠% من الأرباح الصافية.

(١) - المادة (٢/٢٤) من نظام مصرف قطر الإسلامي، المادة (٢/٥٢) من نظام المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية.

(٢) - راجع على سبيل المثال: المادة (٤/٧٨) من نظام البنك الإسلامي. المادة (٣/٦٨) من نظام بنك الشام، المادة (٦٧ من نظام بنك سبأ) المادة (٥٨ من نظام بيت التمويل الكويتي)، المادة (٦٤/٤) من نظام بنك فيصل الإسلامي السوداني، وينص النظام على أن الباقي من الأرباح، يجوز - بناء على اقتراح مجلس الإدارة - أن يخصص لإنشاء مال للاحتياطي أو مال للاستهلاك غير عادي، المادة (٣٤) من بنك دبي الإسلامي، جاء فيها (... ويرحل الباقي الأخير إلى احتياطي تسوية الأرباح والاحتياطي فوق العادة).

المطلب الثاني

أثر الاحتياطات والمخصصات على توزيع الأرباح والخسائر

أولاً: أثر المخصصات المقتطعة من الأرباح الإجمالية على توزيع الأرباح

تتضمن نظم بعض المصارف النص على أن ((يقتطع من الأرباح الإجمالية نسبة مئوية يحددها مجلس الإدارة لتكوين الاحتياطات الخاصة كاحتياطي الديون واحتياطي تقلبات أسعار العملة وذلك بالإضافة إلى الاستهلاكات والاحتياطات والمخصصات التي يفرضها القانون أو العرف أو يرد بشأنها نص في النظام الأساسي)).^(١)

وتتحدد الأرباح بالفارق بين القيمة الاسمية للأصول والقيمة الاسمية للخصوم، فإن زادت قيمة الأصول عن قيمة المطلوبات كانت الشركة في حالة يسار، ويكون هناك ربح صافي يخضع لخصومات متعددة قبل أن يصبح الباقي قابلاً للتوزيع. وعلى العكس من ذلك تكون الشركة في حالة إعسار إذا قلت قيمة أصولها عن قيمة الخصوم. وحتى تكون قيمة الموجودات صالحة لترتيب الربح بعد طرح المطلوبات منها، ينبغي إظهار الأصول بقيمتها الفعلية.^(٢)

(١) - المادة (٥٦) من نظام بيت التمويل الكويتي) وتقابلها المادة (٦٦) من نظام بنك البحرين). وطبقاً للمادة (٦٧) من نظام بنك الشام) يقتطع آخر كل سنة مالية من الأرباح غير الصافية: النفقات العامة، الاستهلاك والمؤن اللازمة، تحدد نسبة استهلاك الشركة: ١٠% من قيمة الأموال المنقولة، ٥% من قيمة الأموال غير المنقولة... كما تقرر مبالغ تعويضات المستخدمين والعمال وغير ذلك مما يفرضه القانون.

(٢) - قد يعتمد مجلس الإدارة على توزيع أرباح صورية لا تكون نتيجة زيادة فعلية في أصول الشركة عن خصومها إما لإيجاد ائتمان وهمي أو لتيسير الاكتتاب في زيادة رأس المال أو لإخفاء نتيجة الإدارة السيئة. وتفترض الأرباح الصورية عدم صحة الميزانية بتقدير الخصوم بأقل من قيمتها أو

ولذلك يجري تجنب نسبة من الأرباح وإدراجها كمخصص في حساب الاستهلاك، وبهذا المخصص يتم تغطية الخسارة الناجمة عن استهلاك الأصول أو في استبدال الأصول المستهلكة، وبغير ذلك فإن ربح العام الحالي سينقص حتماً عن مقداره في العام السابق بنسبة الاستهلاك.^(١)

وتكمن إشكالية المخصصات الخاصة (مخصص الديون المشكوك فيها ومخصص تقلب الأسعار) في أنها تستقطع من الأرباح الإجمالية وتؤثر على نصيب المصرف والمودعين. فإذا ثبت بعد استقطاعها أنه لم تكن هناك حاجة لاقتطاعها، كما لو سددت الديون ولم تتقلب الأسعار، فإنها ترد إلى الأرباح. وهذه الاحتياطات تستقطع كل سنة أو كل دورة مالية، ثم تعالج وترد في سنة أو دورة أخرى. ولهذا يجب عند اقتطاعها في كل دورة مالية أن يفرز لها

المبالغة في تقييم الأصول. والأرباح الصورية تقتطع في واقع الأمر من رأس المال وهو ضمان لدائتي الشركة لا يجوز المساس به.

(١) - المادة (٦٧) من نظام بنك الشام، الذي حدد نسبة استهلاك الموجودات بمعدل ١٠% من قيمة الأموال المنقولة، و٥٠% من قيمة الأموال غير المنقولة، ومسؤولية فرز هذه المبالغ تقع على مجلس الإدارة طبقاً لمفهوم المادة (٦٨) من النظام ذاته. حيث تحتسب قيمة الموجودات بقيمتها الدفترية، أي قيمة التكلفة، غير أن استعمال هذه الأصول على مر الزمن يقلل من قيمتها الحقيقية عن قيمتها الدفترية - باستثناء الأرض - ولو استمر النقص في القيمة الحقيقية مع الإبقاء على القيمة الدفترية على حالها في جانب الموجودات، فإن القيمة الدفترية تنطوي على قدر صوري يتزايد سنة بعد أخرى، ولذلك يكون مقدار الربح والخسارة منطوقاً على مبالغة في جانبيه، فإن كان ربحاً فإنه ربح صوري في جزء منه، وهو مقدار النقص الذي لحق بالقيمة الحقيقية ولم تستهلك، وإن كان الفارق خسارة، فإن مقدارها غير دقيق، لأنه يجب أن يكون أكثر من ذلك ليستوعب مقدار النقص الذي لم يستهلك. راجع: د. محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لرأس المال، مرجع سابق، ص ١٣٦. وتفترض الأرباح الصورية عدم صحة الميزانية بتقدير الخصوم بأقل من قيمتها أو المبالغة في تقييم الأصول، كأن تدرج الأوراق المالية في الميزانية بسعر الشراء رغم انخفاض سعرها، أو أن تذكر الأصول الثابتة بثمن التكلفة دون خصم مخصص الاستهلاك.

حساب خاص يسمى حساب احتياطي الديون لعام محدد (٢٠٠٩ مثلاً)، فإن سددت هذه الديون عام ٢٠١٠ يكون للمساهمين حق فيها، كما يكون لمودعي عام ٢٠٠٩ دون مودعي الأعوام اللاحقة حق فيها وهكذا.^(١)

وما دام أن استقطاع هذه المخصصات يتم من الأرباح الإجمالية لمواجهة الخسائر المحتملة مستقبلاً، فإن الخسارة الناجمة عن توظيف أموال المودعين والمساهمين يتحملها رأس المال المشارك في العمليات الاستثمارية، كالخسائر الناجمة عن إعدام الديون بسبب عدم قدرة المصرف على تحصيلها.

وفيما يتعلق بالمصروفات الإدارية (كالمرتبات وأجور العاملين، ومصروفات التشغيل والصيانة، وأجرة المكاتب، وتكاليف الأجهزة المكتبية ونفقات الإعلان، والمصاريف العمومية للمصرف... الخ)؛ نجد أن أثرها على توزيع الأرباح يختلف في المصارف بحسب طرق احتسابها:

فقد ذهب أحد الباحثين إلى القول بأن بعض المصارف الإسلامية تحمل المصروفات الإدارية على إيرادات المساهمين والمودعين، وينطوي ذلك على غبن لأصحاب الودائع الاستثمارية في حصص أرباحهم.^(٢)

(١)- د. رفيق المصري، النظام المصرفي الإسلامي، دار المكتبي، دمشق، ٢٠٠١، ص ٧٧ وما بعدها.

(٢)- انظر: التقارير السنوية لكل من: بنك فيصل الإسلامي المصري، بنك دبي، بنك البحرين، وبيت التمويل الكويتي، نقلاً عن د. يوسف الشبيلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٤٩. وفي بيت التمويل الكويتي يشارك أصحاب الودائع الاستثمارية في تحمل النفقات الإدارية والمحاسبية العامة ماعدا نفقات مجلس الإدارة على أساس أن النفقات العامة هي مما تقتضيه أعمال الاستثمار راجع: محمود عبد الكريم ارشد، مرجع سابق، ص ١٢٤. وذهب رأي إلى عدم جواز خصم المصروفات العامة من الربح المحقق أو من رأس المال، انظر: د. عبد الله العبادي، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، رسالة دكتوراه منشورة، دار السلام للطباعة والنشر، ط٤، ١٩٩٩، ص ٢٤٠.

وكثير من المصارف من يجعل المصروفات الإدارية عبئاً على أرباح المصرف فقط، لأن هذه المصروفات تغطي بجزء من الربح الذي يتقاضاه المصرف باعتباره مضارباً مقابل إدارته لأموال الاستثمار.^(١)

وبالاطلاع على التقارير السنوية للمصارف الإسلامية العاملة في اليمن، لم توضح القوائم المالية أنواع النفقات والمصروفات التي تحمل على عمليات التمويل المختلفة. والأصل أن تحمل النفقات والتكاليف المباشرة على عمليات التمويل الخاصة بها فقط، ولا يجوز تحميل هذه العمليات أي قسط من نفقات المصرف العامة. ويجب فصل الإيرادات الربحية والخسائر المرتبطة بأعمال التمويل والاستثمار المشترك حسابياً عن سائر الإيرادات والنفقات المرتبطة بأعمال الخدمات الأخرى التي يقدمها المصرف، وكذلك الحال بالنسبة لإيرادات الاستثمار المخصص، بحيث يجري لكل مشروع معين حساب مستقل.^(٢)

وهذا التوزيع يتفق مع رأي أكثر الباحثين على أساس أن المصروفات التي تختص بالعمليات الاستثمارية ذاتها، ينبغي أن تخصم من رأس مال المضاربة أي يتحملها المودعون والمساهمون معاً. أما المصروفات الإدارية العامة اللازمة لممارسة المصرف لأنشطته المختلفة والتي كان سينفقها حتماً حتى لو لم يودع المودعون أموالهم، مثل المصروفات العمومية المتعلقة بأجهزة

(١) - راجع المادة (٦٧) من نظام بنك الشام، المادة (٧٥) من نظام بنك سبأ)، المادة (٧٨) من نظام البنك الإسلامي اليمني). وقد سبق أن ذكرنا أن المصارف الإسلامية في اليمن تخصم المصروفات الإدارية والعمومية من أرباح المصرف الخاصة بنشاطه، وكذلك بنك فيصل الإسلامي السوداني، والبنك الإسلامي الأردني.

(٢) - المادتان (١٨، ١٩) من قانون البنك الإسلامي الأردني (الملغي). وقد أشار رأي في الفقه إلى أن بعض المصارف لم توضح نوعية المصروفات المقتطعة من ربح المصرف، انظر: د. حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط٣، ٢٠٠٠، ص ٥٩.

المصرف وأقسامه ومبانيه وأجور موظفيه، فهذه يتحملها المساهمون وحدهم، لأن هذه المصروفات تغطي من حصة المصرف التي يتقاضاها مقابل إدارته للأموال الاستثمارية بوصفه مضارباً. ولا يحق للمصرف خصم مصاريفه العمومية من مال المضاربة حتى لو كان ذلك بالشرط، بل يجب أن يتحملها في حصته من الربح.^(١)

ونظراً لاختلاف المصارف في كيفية احتساب النفقات والتكاليف وعدم وضوحها، ينبغي على المشرع في كل دولة أن يضع القواعد القانونية اللازمة لطرق احتساب الأرباح والخسائر بصفة عامة، وتضمن هذه القواعد في قوانين المصارف الإسلامية، أو في قوانين البنوك التجارية التي تنظم أحكام المصارف الإسلامية.

ثانياً: أثر الاحتياطات المقتطعة من صافي الأرباح

سبق أن بينا أن احتياطات رأس المال تقتطع من الأرباح الصافية، ويتم تجنيبها لدعم المركز المالي للمصرف مستقبلاً بوصفها من حقوق الملكية، ولهذا يجب اقتطاعها من نصيب المصرف الذي يمثل المساهمين.^(٢)

(١)- د. يوسف عبد الله الشبيلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف، مرجع سابق، ص ٥٥١. قارن: د. عبد الرزاق الهبيتي، المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٦٥٦، د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه منشورة، مطبعة الشرق ومكتبتها، عمان - الأردن، ط ٢، ١٩٨٢، ص ٤٩٢. حيث ذهب إلى أنه لا يحق للمضارب أن يتقاضى أي أجر على أعماله الأساسية، فذلك نشاط المصرف الذي يجب عليه القيام به دون أجر. غير أنهما أجازا أن يشترط المصرف مقدماً أخذ جزء من الربح لسد مصاريفه الإدارية عدا النسبة المحددة له من الربح. أو أن تضاف المصاريف الإدارية إلى أصل حصة المصرف من الربح.

(٢)- وفقاً لحكم المادة (٦٥) من نظام بنك اليمن والكويت، يتحدد صافي الربح الواجب توزيعه على الشركاء في نهاية كل سنة مالية بعد خصم التكاليف إضافة إلى النسب المقررة لاستهلاك رأس المال، والاحتياطي القانوني والاحتياطي النظامي، والمكافآت المقررة لأعضاء مجلس الإدارة.

وهذا ما قرره مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي، حيث نص على أنه (فيما يتعلق بموضوع الاحتياطي المجنب يتعين أن يكون استقطاعه من حقوق المساهمين دون حصة أصحاب الودائع الاستثمارية).^(١) وتطبيقاً لما تقدم، نصت بعض نظم المصارف صراحة على توزيع ما يخص المودعين من أرباح أولاً، ومن نصيب المصرف يتم خصم الاحتياطيات الإجبارية وتوزيع الباقي من الأرباح على المساهمين ما لم تقرر الجمعية العمومية ترحيله كله أو جزء منه إلى السنة المالية التالية أو تكوين احتياطيات خاصة^(٢)، وبهذه الطريقة لا تؤثر الاحتياطيات على نصيب المودعين من الأرباح. بيد أن السؤال المطروح هل يخصم الاحتياطي القانوني من أرباح المصرف كلها (حصته مقابل الإدارة وحصته مقابل المشاركة بأمواله في أوجه الاستثمار) أم أنه يخصم بعد استبعاد الحصة المجنبية مقابل الإدارة ؟ هذا ما لم تفصح عنه النظم القانونية للمصارف، ولا شك أن خصم هذا الاحتياطي من أرباح المصرف كاملة يكون من أثره زيادة قدر الاحتياطي عن القدر الذي يتم تجنيبه دون الأخذ بعين الاعتبار حصة الربح مقابل الإدارة.

ويتم توزيع الأرباح الباقية على المساهمين بنسبة أسهمهم. وهذا التوزيع يتم في المصارف التجارية. ويتم كذلك في المصارف الإسلامية، مع مراعاة أنه يتم تجنيب حصص المودعين من صافي الربح أولاً، ومن من نصيب المساهمين فقط يتم اقتطاع الاحتياطيات.

(١)- توصيات مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي الصادر في ٢٢ مايو ١٩٧٩، ص ١٢.

(٢)- راجع: (٦٨ من نظام بنك الشام)، المادة (٧٥ من نظام بنك سبأ)، المادة (٧٨ من نظام البنك الإسلامي اليمني)، انظر المادة (٣٢ من قانون إنشاء البنك الإسلامي الأردني)، المادة (٦٤ من نظام بنك فيصل السوداني)، ومضمون هذه الأخيرة أن، الأرباح الصافية توزع في نهاية كل سنة مالية وفقاً للترتيب التالي: أ. تؤدي الزكاة المفروضة شرعاً. ب. تؤدي إلى المستثمرين أنصبتهم في الأرباح كما يقرها مجلس الإدارة. ج. تجنب ١٠% على الأقل من نصيب البنك في الأرباح لتكوين احتياطي عام... د. يوزع الباقي على المساهمين ما لم تقرر الجمعية العمومية للمساهمين ترحيل الباقي كله أو بعضه للسنة التالية أو تكوين احتياطيات خاصة بتوصية مجلس الإدارة.

وعلى عكس موقف النظم السابقة، طُرحت إشكالية خصم الاحتياطات من صافي الربح قبل التوزيع على المودعين والمساهمين، لأنها تؤثر بالنقص على حصصهم من الأرباح. فبعد أن حددت بعض نظم المصارف ما يخصم من الأرباح الصافية (الاحتياطات) قضت بأن يقتطع المبلغ اللازم لتوزيع أرباح لا تقل عن (٥%) للمساهمين عن المدفوع من قيمة أسهمهم وأصحاب الودائع الاستثمارية وذلك كتوزيع أول. ثم توزيع جزء من باقي الأرباح على المساهمين فقط كتوزيع ثاني وبما لا يزيد عن (٥ %) من رأس مالهم، وتجزر بعد ذلك توزيع جزء آخر على المودعين والمساهمين، وما تبقى يرحل إلى احتياطي تسوية الأرباح لتأمين التوزيع المناسب في السنوات التي تقل فيها الأرباح الصافية، أولتكوين الاحتياطي فوق العادة.^(١)

ويلاحظ على هذه النظم أن خصم الاحتياطي القانوني من الأرباح الصافية يتم قبل التوزيع على المودعين والمصرف. والواجب أن يتم اقتطاعه من حصة المساهمين في المصرف فقط، لأنه من حقوق الملكية ولا دخل للمودعين به، كما أن الأرباح المدورة (في شكل أرباح غير موزعة) وتكوين الاحتياطات المختلفة، إنما تؤثر على حقوق المودعين، ولذلك ينبغي تجنب ما يخص المودعين من أرباح أولاً، ومن حصة المصرف يتم تجنب الاحتياطات كما هو مقرر في القواعد القانونية لتوزيع أرباح شركات المساهمة.

(١) - المادة (٣٤) من نظام بنك دبي، المادة (٥٧) من نظام بيت التمويل الكويتي). وفي هذا الأخير، ليس هناك توزيع ثاني للمساهمين بنسبة ٥%، حيث يوزع الباقي من الأرباح على المساهمين والمودعين أو يرحل ...

الفصل الثاني

الموارد الخارجية

تمثل الموارد الخارجية التزاماً على المصرف قبل الغير، ويقصد بالغير أي شخص طبيعي أو اعتباري يلتزم قبله المصرف بحق نقدي، وهذا الحق النقدي يمكن أن يتخذ شكل الوديعة أو القرض، ويغلب على الحقوق النقدية التي يلتزم بها المصرف للغير طابع الوديعة وليس القرض.^(١)

وتتكون هذه الموارد من الودائع المصرفية النقدية التي تعدّ أهم موارد المصارف، سواء كانت تجارية أم إسلامية، حيث تعتمد المصارف في تمويل عملياتها الاستثمارية على رؤوس أموالها الخاصة وأموال المودعين. وتسعى المصارف لزيادة مواردها المالية عن طريق الودائع المصرفية بوصفها المؤسسات الوحيدة التي يسمح لها قانوناً بتلقي الودائع من الجمهور.^(٢)

(١) - انظر: د. صبحي تادرس قريضة، النقود والبنوك، مرجع سابق، ص ١٠١. والودائع لا تنشأ نتيجة إيداع الأشخاص أموالهم في المصرف فقط، وإنما تنشأ أيضاً نتيجة لإقراض المصارف للأشخاص، فعند إقراض المصارف لأحد الأشخاص مبلغاً معيناً، فسيقابل ذلك تعهد من المقترض بالدفع في الزمان المحدد مستقبلاً، وهذا التعهد أو الوعد بالدفع مستقبلاً، ناشئ عن تعهد حالي من المصرف بفتح حساب للمقترض، ولذلك فإن تعهد الأشخاص بالدفع (أي القرض) يعدّ أصلاً من أصول المصرف يحصل بموجبه على ربح يتمثل في سعر الفائدة على القرض بينما يعدّ وعد المصرف بدفع مبلغ القرض للمقترض خصماً من خصوم المصرف أي استحقاقاً عليه. لهذا فإن المصارف التجارية تستطيع أن تخلق المزيد من الودائع نتيجة لما تزاوله من عمليات الإقراض. انظر: د. ناظم الشمري، النقود والمصارف، مرجع سابق، ص ١٤٧. لمزيد من الاطلاع انظر المبحث الأول من الفصل الثالث من هذا الباب.

(٢) - Steiner, Shapiro & Solomon, Money and Banking, An Introduction to the Financial System, Fourth ed. (New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc., ١٩٦٣), p. ٨٢.

وعطفاً على ما تقدم يمكن إلقاء الضوء على الموارد الخارجية من خلال تقسيم هذا الفصل إلى فرعين:

الأول: الودائع النقدية المصرفية

الثاني: الصكوك الاستثمارية والموارد المالية الأخرى.

الفرع الأول

الودائع النقدية المصرفية

تعدّ الودائع النقدية المصرفية بمختلف أنواعها من أبرز مصادر التمويل الخارجية للمصارف، وهي بشقيها المحلية والأجنبية تعدّ المصدر الرئيس لأموال المصارف سواء كانت تجارية أو إسلامية. ويعدّ سعر الفائدة من أهم العناصر المحددة لنظام عمل المصارف التجارية سواء في جانب جذب المدخرات أو في مجال استخدامها، حيث أن علاقة هذه المصارف بالمودعين هي علاقة دائن بمدين، يلتزم فيها المصرف برد الأموال المودعة وما يستحق عليها من فوائد في أجلها المحدد بوصفه مقترضاً لها، ويقوم غالباً بإقراض هذه الودائع إلى الغير بفائدة أكبر. أما المصارف الإسلامية فلا تتعامل بسعر الفائدة، وتقوم علاقتها بالمودعين على أساس المشاركة في الربح أو الخسارة، ويحكم طبيعة هذه العلاقة عقد المضاربة الشرعي. وفي محاولة الكشف عن أوجه التفرقة بين الودائع النقدية المصرفية في كل من المصارف التجارية والمصارف الإسلامية، ينبغي إلقاء الضوء على الإطار العام للودائع النقدية المصرفية في المصارف التجارية من حيث مفهومها وأنواعها وخصائصها، ومن ثمّ التعرف على نظام قبولها في المصارف الإسلامية، وذلك من خلال تقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث:

الأول: الودائع النقدية في المصارف التجارية.

الثاني: نظام قبول الودائع النقدية في المصارف الإسلامية.

الثالث: التكييف القانوني والفقه للودائع النقدية المصرفية.

المبحث الأول

الودائع النقدية في المصارف التجارية

تُعدّ الودائع النقدية من أهم الأعمال المصرفية بالنسبة للمصرف، لأنه يستخدم جُلّ هذه الودائع والمدخرات في أعماله المصرفية الأخرى التي تدر عليه الربح الوفير، كمنح القروض للمشتغلين في المشروعات التجارية والصناعية والزراعية، والمساهمة في مشاريع التنمية، لذلك تتنافس المصارف عادة في جذب المدخرات بما تقدمه من مزايا وتسهيلات لأصحابها. وسنحاول التعرف على طبيعة هذا المورد المالي من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: مفهوم الودائع النقدية المصرفية وأنواعها.

الثاني: خصائص الودائع النقدية في المصارف التجارية.

المطلب الأول

مفهوم الودائع النقدية المصرفية وأنواعها

أولاً: تعريف الوديعة النقدية المصرفية

تُعرَّف الوديعة النقدية المصرفية بأنها: ((النقود التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى البنك على أن يتعهد الأخير بردها أو برد مبلغ مساوٍ لها إليهم أو إلى أي شخص معين آخر لدى الطلب أو بالشروط المتفق عليها)).^(١)

وتُعرَّف أيضاً بأنها: ((مبلغ من النقود يودع لدى البنوك بوسيلة من وسائل الإيداع فينشئ وديعة تحت الطلب أو لأجل محدد اتفاقاً، وترتب عليه من ناحية البنك الالتزام بدفع مبلغ معيّن من وحدات النقد القانونية للمودع أو لأمره، لدى الطلب أو بعد أجل)).^(٢)

وفي الحقيقة فإن للوديعة المصرفية مصادر متعددة، فلا تقتصر على النقود التي يسلمها العميل إلى المصرف تنفيذاً لعقد إيداع أبرمه معه، بل تشمل كل ما يكون للعميل من نقود في ذمة المصرف، إذ يجري العمل على أن يمسك المصرف بالمبالغ المودعة لديه حساباً يسجل فيه لصالح المودع أو عليه جميع العمليات التي تتم بين المصرف والمودع، أو بين المصرف والغير لحساب

(١)- د. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٣٠، د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون التجاري اليمني، الأعمال التجارية والتاجر، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ١٩٩٤، ص ٩٢.

(٢)- محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، أطروحة للتعويض عن الربا ودراسة لكافه أوجه نشاطات البنوك في ضوء الفقه الإسلامي، دار التعارف للمطبوعات، بيروت- لبنان، (دون تاريخ نشر)، ص ٨٣ وما بعدها.

المودع^(١)، ويتم تغذية هذا الحساب إما بالإيداع النقدي مباشرة، وإما بنتاج شيكات حصلها المصرف لحساب عميله أو أوامر تحويل نُفذت له، أو اعتماد قيده في الحساب لصالحه. وعلى ذلك تشمل الوديعة كل ما يكون للعميل على هذا النحو في دفاتر المصرف دون نظر إلى مصدر هذه النقود التي تسمى نقوداً قيديه أو كتابية. ويقصد بالوديعة أيضاً العقد ذاته الذي تم بين البنك ومن يعهد إليه بالنقود.^(٢)

وقيد الودائع المصرفية في حساب ودائع مفتوح باسم المودع (ما لم يكن ثمة حساب جار قائم معه) يجعل مضمون الحساب لا يقتصر على المبالغ المودعة في المصرف، إنما يتناول أي دين نقدي ترتب على المصرف لصالح المودع نتيجة العمليات المبرمة لحسابه، كقيمة الأسناد المحصلة وأرباح الأسهم المقبوضة أو القيم المنقولة المباعة نيابة عنه.^(٣)

وقد كرس المشرع السوري في قانون التجارة الجديد ما استقر عليه الفقه والعمل المصرفي، حيث نصت المادة (١٩٥) من قانون التجارة رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ على أن ((تتناول الوديعة جميع المبالغ التي يقبضها المصرف من الغير لحساب المودع بأي صورة كانت سواء تم ذلك عفواً أو بناء على طلب المودع مع إجازة المصرف لاستعمالها لعمله المهني على أن يدفع المصرف لحساب المودع ضمن حدود الوديعة المبالغ التي يطلب إليه المودع دفعها سواء لنفسه أو لغيره بموجب شيكات أو حوالات أو غير ذلك، وعلى أن يقبض المصرف لحساب المودع المبالغ التي يحددها المودع أو التي يقضي العرف

(١)- المادة (١٩٦ / ١ من قانون التجارة السوري الجديد) وطبقاً للفقرة (٢) ((لا يدرج في الحساب العمليات التي يتفق الفريقان على إخراجها منه، ويمكن تخصيص إحدى الدفعات لغاية معينة)).

(٢)- انظر: د. علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

(٣)- د. جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية، ج ٢، ط ٦، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠١/٢٠٠٠،

بقبضها لحسابه ويضمها إلى الوديعة وللمودع عند تبليغه الإيداع الجاري من الغير لحسابه أن يرفضه ويطلب إعادة الوديعة إلى دافعها)).

وانتقد رأي في الفقه القوانين التي عرّفت الوديعة النقدية المصرفية بأنها عقد يخول المصرف ملكية النقود المودعة والتصرف فيها...^(١)، لأن الملكية من وجهة نظره لا يمكن أن تكون لطرفين مستقلين في آن واحد، ولا تربطهما علاقة الشراكة المالية على النقود المودعة من أي وجه، ولا محل للقول بملكية العميل والمصرف للمال المودع نفسه في آن واحد دون سبب وجيه انتقل على أساسه المال من العميل المودع إلى المصرف المودع لديه، إذ أن إيداع العميل لنقوده لا يمكن أن يعدّ تنازلاً منه عن ملكيته لهذا المال إلى المصرف، ولا يقدح في ملكية العميل لنقوده وأمواله مجرد إيداعها في المصرف، حيث إن هذا الإيداع - غالباً - ينصب في الودائع النقدية المصرفية على سبيل القرض بفائدة. وهذا موافق لما جاء في القانون المدني المصري والكويتي، حيث أقرت هذا التكييف المادة (٧٢٦ مدني مصري)، والمادة (٧٣٢ مدني كويتي) والتي تنص على أنه ((إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان الوديع مأذوناً له في استعماله، اعتبر العقد قرضاً)).^(٢)

(١) - انظر المواد (٣٠١ تجارة مصري، ٣٢٩ تجارة كويتي، ٣٧١ تجارة إماراتي). وبمقتضاها عرفت الوديعة المصرفية بأنها عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها مع التزامه برد مثلها للمودع، ويكون الرد بنوع العملة المودعة.

(٢) - انظر: د. جديع فهد الرشيدي، الودائع المصرفية في القانون المصري والمقارن، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢، ص ٤٦، وتأييده لرأي د. رضا عبید، عمليات البنوك من الناحية القانونية، القاهرة، ١٩٩٤، الناشر "بدون"، ص ٢٦. على أساس أن المودع تخلى عن الحيابة المادية للنقود، إلا أن ذلك لا يعني أنه نقل ملكية أمواله إلى البنك، لأن هذا القصد غير موجود لديه.

وعلق الرأي السابق على هذه المادة بالسؤال التالي ((هل نصت المادة السابقة التي تقرر دون شك أن الوديعة هنا قرضاً- على كون المال المودع تنتقل ملكيته إلى المودع لديه ؟ أم أنها بينت - بحق- أن الوديعة في هذه الحالة المأذون للمودع عنده باستعمالها فقط يكون مقترضاً لا مالاً!)).^(١)

ومن وجهة نظري يمكن الرد على الرأي السابق بأن السبب الوجيه لانتقال المال إلى المصرف هو أن المودع تخلى عن حيازة أمواله إلى المصرف بمحض إرادته وأذن للمصرف باستعمالها، لأنه يعلم أن هذا الأخير لا يحتفظ بها فقط، وإنما يخلطها بأمواله ويتصرف بها تصرف المالك، ويظهر أمام الغير بهذه الصفة، ولهذا يقع عليه الضمان بوصفه مالاً لأموال المودع الذي أذن له باستعمالها واستغلالها والتصرف فيها. أما الإجابة عن السؤال الذي طرحه بشأن المواد السابقة في القوانين المدنية والتي وإن كانت قد نصت على أن الوديعة هي قرض، ولم تنص على انتقال الملكية إلى المودع لديه غير أن المقصود منها تحديد طبيعة هذه الوديعة بغرض ترتيب الآثار القانونية للوصف الذي ينطبق عليها، ومن هذه الآثار انتقال الملكية إلى المودع لديه (المصرف) على أن يتصرف بها ويتحمل مخاطرها التجارية، ولذلك يلتزم بردها. وهذا ما تضمنته القواعد العامة في القوانين المدنية ومنها المادة (٦٩٢) من القانون المدني السوري) التي نصت على أنه ((إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان الوديع مأذوناً له في استعماله اعتبر العقد قرضاً)).

ويضيف الرأي السابق في موضع آخر من بحثه القول ((إن السؤال الهام هو كيف يترتب الأثر الناقل لملكية المال إلى البنك؟)) ويجب على ذلك، بأن

(١)- د. جديع الرشيد، مرجع سابق، هامش ص ٢٦.

التشريعات العربية- باستثناء المادة (٢٧٥ تجارة بحريني)^(١) - يكتنفها القصور وعدم الحكمة في الصياغة، فالعميل عندما أودع ماله لقاء فائدة نقدية أو عينية لم يدر في ذهنه أنه متنازل عن ماله أو متبرع به أو واهب له، وهو في الوقت ذاته ليس في معرض البيع والشراء. وهل يصح بعد ذلك القول بأن البنك مالك لهذا المال؟ وإن كان مالكا لهذا المال، فما وجه الحق أو سنده في طلب العميل استرداده وقد دخل ملك البنك؟ وما وجه الالتزام المفروض على البنك في دفع هذا المال؟^(٢) ويضيف هذا الرأي بأنه لا إجابة على هذه الأسئلة إلا التعلق بقواعد العرف المصرفي وآلية العمل المصرفية في البنوك التجارية، وهذه القواعد أصبحت شائعة نضع عليها كل ما استشكل علينا تبريره من متناقضات أفرزتها البنوك التجارية- الغربية المولد والمنشأ والتطور- في معاملاتها المالية.^(٣)

واقترح الرأي السابق لنبدذ الافتعال في الصياغة القانونية الركيكة حسب قوله، الأخذ بمسلك المادة (٣٦٤ من القانون التجاري الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي) التي عرّفت الوديعة النقدية المصرفية بأنها ((عقد يتم بمقتضاه إيداع نقود لدى بنك أو جهة مرخص لها بقبول الودائع، ويكون للجهة المودع لديها الحق في التصرف في هذه النقود مع التزامها برد مثلها عدداً للمودع، ويكون الرد بذات نوع العملة المودعة)).

ويلاحظ أن الرأي السابق قدم اقتراحه ولم يجب عن الأسئلة التي طرحها أثناء انتقاده لكي يدعم بها المقترح الذي ذهب إليه.

(١)- نصت هذه المادة على أن ((الوديعة النقدية عقد يخول البنك حيازة النقود المودعة، والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني...)).

(٢)- د. جديع الرشدي، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٣)- المرجع السابق، ص ١٤٤.

ولا أتفق مع الرأي السابق، لأنه أقرّ بأن الوديعة هي قرض، وفي الوقت ذاته لم يسلم بانتقال الملكية إلى المودع لديه على أساس أنه مقترض لمبلغ الوديعة. وما دام أنه مقرّ بأن الوديعة المأذون باستعمالها هي قرض، فإن الملكية تنتقل كأثر لعقد القرض الذي أنشأ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين. أما سند العميل في المطالبة باسترداد أمواله، فهو الاتفاق المبرم بينهما، وبموجبه يلتزم المقترض برد مثل مبلغ القرض عند الطلب أو حسب الاتفاق.

وهذا المبلغ النقدي تم إيداعه وفيه مصلحة للمودع والمودع لديه، فالمقترض مأذون باستعماله صراحة أو ضمناً لمصلحته، ويتملكه مقابل ضمان رده لمصلحة المقرض. ومن هنا يلتزم المقترض برد مثل مبلغ القرض وإلا كان ضامناً تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني التي تقضي بأن هلاك الشيء يكون على مالكة. وإضافة إلى ذلك فإن القرض وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني ينعقد بما يدل على التراضي به، وقبض المستقرض للمال، ويملك المال للمقترض^(١)، وإذا تم القرض صحيحاً ترتبت عليه أحكامه، ومنها أن المستقرض يملك المال ويلتزم برد مثل القرض جنساً ونوعاً وقدرًا وصفة^(٢).

ثانياً: أنواع الودائع النقدية المصرفية

تنقسم الودائع حسب موعد استردادها إلى ثلاثة أنواع رئيسية^(٣) وهي: ودائع تحت الطلب (ودائع جارية)، وودائع ثابتة (لأجل، خاضعة لإشعار، ودائع التوفير) وودائع مخصصة لغرض معين.

(١) - المادة (٦٠٨ مدني يمني).

(٢) - المادة (٦١٠ مدني يمني).

(٣) - وتصنف الودائع من حيث مصدرها إلى: ١- محلية (ودائع القطاع الخاص - ودائع القطاع العام) ٢- أجنبية. ومن حيث منشأها تصنف إلى حقيقية، مشتقة أو ائتمانية تخلقها المصارف عن طريق منح القروض. وبمقتضى المادة (٣٧٢ من قانون المعاملات التجارية الإماراتي)، ترد

١- الودائع تحت الطلب Demand Deposits:

هي المبالغ التي يتم إيداعها لدى المصرف فيتملكها ويتعهد بردها أو برد جزء منها في أي وقت حين الطلب دون توقف على إخطار سابق من أي نوع. ولا يغير من طبيعة الوديعة في هذه الصورة أن يتفق البنك والعميل على إعطاء الأخير لأول مهلة يستعد فيها لتلبية طلب الرد إذا جاوز مبلغاً معيناً^(١)، وتسمى الودائع في هذه الحالة الودائع الجارية، ويقصد بها المودعون استعمالها كأداة لتسوية التزاماتهم عن طريق استعمال الشيكات أو أوامر التحويل المصرفي. وهذه الودائع تشكل الشطر الغالب من موارد المصارف التجارية^(٢). وتسعى المصارف إلى توسيع قاعدتها من هذه الموارد، لأنها تشكل مصدراً أساسياً للسيولة، تستخدمها المصارف لمواجهة طلبات السحب، وتعتمد عليها أيضاً في الأنشطة التمويلية قصيرة الأجل، كما أن تكلفتها قليلة نسبياً، لأن المصارف لا تدفع عليها فوائد غالباً إلا في بعض الحالات الاستثنائية، كأن يكون مبلغ الوديعة كبير أو يكون بالعملة الصعبة مثلاً. وفضلاً عن ذلك، فإنها تمنح المصارف القدرة على التوسع في الائتمان عن طريق اشتقاق النقود أو ما يعرف في العرف المصرفي بمفهوم (خلق النقود)، حيث إن باستطاعة المصارف التجارية إحلال تعهداتها بالدفع محل النقود عند منح القروض والتسهيلات المصرفية لعملائها، ومن ثم تزداد كمية الودائع المصرفية عن

الوديعة بمجرد الطلب ما لم يتفق على غير ذلك، وللمودع في أي وقت حق التصرف في الرصيد أو جزء منه ما لم يعلق هذه الحق على إخطار سابق أو حلول أجل معين.

(١)- د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج٢، دار الثقافة، عمان- الأردن، ٢٠٠٧، ص ٣٦٦.

(٢)- راجع: د. علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٣١ وما بعدها، د. حسن عبد الله الأمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، دار الشروق للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، جدة، ١٩٨٣، ص ٢٠٩.

طريق الإقراض وإعادة الإيداع، فتتوفر للمصارف السيولة، وبهذا توفرت الإمكانية للمصارف في خلق التزامات على نفسها تزيد عدة مرات عما هو متوفر لديها من احتياطات أو ودائع حقيقية.^(١)

وترتبط فكرة الإيداع بفكرة فتح الحساب، إذ يكون العقد الذي يتم بين المصرف والعميل ليس مجرد عقد ودیعة نقود، وإنما عقد فتح حساب ودائع يلقي فيه العميل بالمبلغ الأول الذي يحتمل الزيادة بوساطة العمليات التي قد يكلف المصرف بها، وتؤدي إلى دخل نقدي للعميل، ويحتمل النقصان بعمليات السحب أو غيرها من العمليات التي تقتضي الإنفاق من النقود المودعة، على ألا تتجاوز هذه العمليات قيمة النقود المودعة فعلاً.^(٢)

(١) - انظر: د. حسن الأمين، المرجع السابق، ص ٢١٢. ويلاحظ أن الودائع المشتقة (الائتمانية) تخلقها المصارف عن طريق منح القروض وتضيفها إلى قيمة النقود الورقية والمعدنية المتداولة، ولذا تعد من أهم أنواع الودائع، ويقال إن المصرف يخلق النقود، لأنه عادة لا يقرض نقوده وإنما يمنح المقرض الحق في سحب شيكات عليه، وتنشأ للمقرض لدى المصرف ودیعة بمقدار القرض المتفق عليه، ومن هنا تزيد ودائع المصارف في الوقت ذاته الذي تزيد فيه قروض المتعاملين. وإذا قام المقرض بقضاء احتياجاته عن طريق السحب على هذا القرض، فإن ودائع دائني المصرف تزيد، بينما لا تنقص الودائع الحقيقية. انظر: د. زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٢) - د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، لحسن الفكهاني، ج ٤٤، الدار العربية للموسوعات القانونية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٢٧٩. ولمزيد من الاطلاع حول أنواع الحسابات العادية والجارية راجع: د. فائق الشماخ، الحساب المصرفي، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٣، ص ١٧٦ وما بعدها، حيث يقول: إن إبرام عقد الوديعة يترتب عليه التزام المصرف بفتح حساب ودیعة.

والأصل في هذه الودائع أنها غالباً ما تكون بدون فائدة، واستثناءً تمنح بعض المصارف فوائد عن هذه المبالغ إذا كانت مبالغها كبيرة أو بالعملة الأجنبية.^(١)

٢- (الودائع الثابتة (fixed Deposits):

هي المبالغ التي يودعها أصحابها في المصرف بناء على اتفاق يقضي بالتزام هذا الأخير بردها عند حلول الأجل المتفق عليه، أو بعد انقضاء فترة محددة من تاريخ إخطاره بطلب الرد. ويتوقف سحب هذه الودائع إما على حلول الأجل المتفق عليه ابتداءً، أو على ضرورة إخطار المصرف بطلب سحبها. أ- فإذا كانت الوديعة محددة لأجل معين، يلتزم المصرف بردها كلها أو جزء منها عند حلول الأجل المتفق عليه، ويمكن تجديد الوديعة تلقائياً بمجرد استحقاقها مدة سارية للمدة السابقة أو بناء على طلب كتابي من العميل، وإلا تحوّل مبلغ الوديعة وفوائدها (الرصيد) إلى حساب جارٍ تحت الطلب، ويدفع المصرف التجاري فائدة على هذه الودائع حسب شروط الاتفاق، نظراً لتمتعه بحرية أوفر في استعمالها، وتحسب الفوائد عليها وفقاً لتاريخ الاستحقاق،

(١)- تحتسب الفوائد على الودائع في بعض المصارف وفقاً لما يلي: أ- الحسابات الجارية/ ودايع تحت الطلب: تحتسب الفائدة شهرياً على أساس الرصيد اليومي. ٢- ودايع التوفير: تحتسب شهرياً على أدنى رصيد وتضاف حسب الاتفاق مع العميل وبحد أقصى كل ستة أشهر، إلا إذا أغلق الحساب فتدفع بتاريخ الإغلاق وعلى أساس أدنى رصيد خلال نهاية الشهر السابق للإغلاق. ٣- الودائع الآجلة: تحتسب حسب مدة الوديعة وتضاف بتاريخ استحقاقها. انظر: تعليمات الفوائد على الودائع والتسهيلات رقم (٢٠٠٢/١٤) صادرة عن البنك المركزي الأردني سنداً لأحكام المادة (٩٩/ب) من قانون البنوك، الرقم: ١٠/٢/١٩٦٤٩، بتاريخ: ٢٠٠٢/١٢/١٥ م.

وتتفاوت أسعارها حسب حجم الوديعة وطول مدة الإيداع، فتزداد ارتفاعاً كلما زادت هذه المدة.^(١)

ولما كانت هذه الودائع محددة بأجل، فالقاعدة العامة أنه لا يجوز للمودع استردادها أو استرداد جزء منها إلا عند حلول الأجل المتفق عليه، واستثناء من هذه القاعدة يجوز للمودع طلب استرداد مبلغ وديعته شريطة موافقة المصرف - وغالباً ما يميل المصرف إلى استجابة طلب العميل، تيسيراً له في الظروف العادية. وفي هذه الحالة ذهب رأي بعض الفقه إلى أن المودع في هذه المصارف أمام خيارين، فإما أن يسحب الوديعة ويخسر الفوائد، وإما أن يقترض من المصرف بضمان وديعته ويسعر فائدة أكبر من سعر الفائدة التي يتقاضاها على وديعته.^(٢)

(١) - ورغم وجود اختلاف بين أنواع الحسابات الآجلة، فالذي عليه العمل في المصارف هو تحديد سعر الفائدة على هذه الودائع في اليوم الأول، ويكون ذلك هو السعر السائد عند الإيداع، وعندما تكون الفوائد ثابتة غير متغيرة - وهو الحالة الغالبة - يستمر العمل بذلك المعدل من الفائدة بصرف النظر عن التغييرات التي تحدث في ذلك المعدل فيما بعد. وتستحق الفائدة في نهاية المدة وتدفع عندئذ. فإذا كان سعر الفائدة في يوم الإيداع ٦ % وكانت الوديعة لمدة ستة أشهر ثم انخفض السعر في السوق إلى ٤ %، لا يتأثر العميل بذلك ويستحق من البنك ٦ % . وعكس ذلك صحيح. أما إذا كانت فائدة متغيرة (معممة) فإن ما يستحقه العميل هو الفائدة الجارية (أو معدل فائدة معتمد على الفائدة الجارية) محسوب على أساس يومي مدة ستة أشهر. ويحدد البنك المركزي في كثير من البلدان سعر الفائدة على الودائع الآجلة، إلا أن الاتجاه عالمياً هو التحرر من القيود وترك الأسعار تتحدد بتفاعل قوى العرض والطلب. انظر: د. محمد القري، الحسابات والودائع المصرفية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج١، ع ٩، ١٩٩٦، ص ٧٣٧.

(٢) - انظر: د. زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها، د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون التجاري اليمني، مرجع سابق، ص ٩٣، هامش رقم (١). حيث ذهب إلى أن العمل جرى على أن يتنازل العميل عن الفائدة خلال المدة السابقة على السحب.

وفي حال قيام أي عميل بسحب وديعته جزئياً أو كلياً قبل استحقاقها، يتم احتساب الفائدة في بعض المصارف على الجزء المتبقي بعد السحب، ولا يستحق الجزء المسحوب أي فائدة.^(١)

ب- أما إذا كانت الوديعة لمدة غير محددة (الودائع المستحقة بموجب إخطار سابق)، فلا يلتزم المصرف بردها إلا بعد انقضاء فترة زمنية محددة متفق عليها من تاريخ إشعاره بطلب الرد. وهذا النوع من الودائع يتيح للمصرف حرية نسبية في توظيفها إذا ما قورنت بالودائع تحت الطلب، لكنها لا تصل لحرية المصرف في توظيف الودائع الثابتة المقترنة بأجل محدد. ولهذا تدفع المصارف التجارية فوائد عليها تختلف حسب المدة المنصوص عليها في العقد، وغالباً ما تكون أقل من فائدة الوديعة المقترنة بأجل.

ويُجيز المصرف لعملائه الاقتراض بضمان الودائع لأجل، أو جعلها مخصصة بوصفها ضماناً لصالح الغير، وفي هذه الحالة تكون الوديعة قد جمعت بين صفتين في آن واحد، الأولى أنها لأجل، والثانية أنها مخصصة لغرض معين، ومن ثم لا يستطيع المودع سحبها بدعوى انتهاء مدتها المتفق عليها، فضلاً عن ذلك يتمتع عليه التصرف فيها حتى تنتهي فترة الضمان

(١)- يلاحظ أن فوائد الودائع الآجلة في بعض المصارف تحتسب حسب مدة الوديعة وتضاف بتاريخ استحقاقها. وفي حال قيام أي عميل بسحب وديعته جزئياً أو كلياً قبل استحقاقها، تحسب الفائدة وفقاً للمعادلة التالية (قيمة الوديعة × سعر الفائدة المتفق عليه × مدة الوديعة) مطروحاً منها (الجزء المسحوب من الوديعة × الحد الأعلى لسعر الفائدة المعلن بتاريخ السحب على الأجل المماثل لأجل الوديعة المسحوبة مضافاً إليها (٢%) × المدة المتبقية من أجل الوديعة المسحوبة). شريطة أن لا يخسر العميل أي مبلغ من أصل الوديعة المربوطة. انظر: تعليمات الفوائد على الودائع والتسهيلات رقم (٢٠٠٢/١٤) صادرة عن البنك المركزي الأردني، مشار إليها سابقاً.

المتفق عليها. وعلى ذلك فإن سحب الوديعة يتوقف على شرطين، الأول: انتهاء أجلها، والثاني: انتهاء فترة الضمان التي خصصت لأجله.^(١)

والقاعدة العامة في المصارف التجارية أياً كان نوعها، أن زيادة الأهمية النسبية للودائع الاستثمارية إلى إجمالي الودائع، يساعد على توسع المصرف في منح الائتمان أو التمويل؛ لأنها منخفضة السيولة، بخلاف الودائع الجارية التي تتطلب قدراً أكبر من السيولة لمواجهة طلبات السحب من قبل المودعين، ومن ثم فإن ارتفاع نسبتها إلى إجمالي الودائع، يقلل من فرصة توسع المصرف في منح الائتمان أو التمويل.^(٢)

وطبقاً لشروط فتح الحسابات لأجل لقيود وديعة النقود في بعض المصارف التجارية، تضع هذه المصارف حداً أدنى للرصيد المطلوب لغايات فتح الحساب، وتضع من القيود ما يناسبها ويحمي مصالحها، ومن ذلك أن للمصرف صلاحية مطلقة في أي وقت دون أن يتحمل أي مسؤولية في أن يغير سعر الفائدة تبعاً لسعر السوق أو بما يتفق وتعليمات المصرف المركزي. وتعدّ قيود وحسابات المصرف صحيحة، ولها حجية قاطعة، لا يحق للمودعين الطعن فيها أو الاعتراض عليها لأي سبب، كما أن أي شهادة أو كشف حساب يصدر بتوقيع أي موظف مخول بالتوقيع نيابة عن المصرف، وأي كشف

(١)- د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٦٦.

(٢)- انظر: د. نوري الشمري، النقود والمصارف، مرجع سابق، ص ١٤٦، ١٤٨. إذ ستكون الأرصدة القابلة للإقراض متاحة أكثر بحكم انخفاض حجم الاحتياطيات على الودائع ومن ثم تؤدي زيادة الائتمان إلى زيادة عرض النقد، أي أن العلاقة عكسية بين نسبة الودائع لأجل إلى الودائع تحت الطلب، انظر: المرجع السابق، ص ٢٩٩.

حساب يستخرج من قيود المصرف، يعدّ حجة نهائية قاطعة تجاه المودع بالنسبة لصحته في أي إجراءات قضائية.^(١)

٣- الودائع الادخارية:

هي المبالغ التي يودعها صغار المدخرين في المصرف ليفتح لهم بها حسابات توفير أو ادخار، ويسمح لهم بسحبها كلها أو جزء منها في أي وقت. ويمنح المصرف لأصحاب هذه الودائع دفاتر يقيّد فيها حركات الإيداع والسحب بقيود معينة. ويضع المصرف حداً أدنى للمبلغ الذي بمقتضاه يفتح الحساب، وكذلك حداً أقصى للمبالغ التي يسمح بسحبها يومياً، وقد يضع أيضاً حداً أدنى للمبلغ الذي يمكن أن يرتب فوائد للمدخر.^(٢)

والودائع النقدية المصرفية قد تتخذ شكل صكوك استثمار تصدرها المصارف تشجيعاً للادخار بمبالغ معينة، يتم استردادها في تاريخ معين. والغالب في هذه الصكوك أن تكون اسمية، على أنها يمكن أن تكون إذنيه أو للحامل، ويخضع إصدار هذه الصكوك لنظام خاص يميزها عن أحكام الودائع المصرفية العادية، وذلك بقصد تشجيع هذا النوع من الودائع الادخارية أو إحكام الرقابة عليها.^(٣)

وتلجأ المصارف لمحاولة جذب وتشجيع ذوي الدخل المحدودة ومساعدتهم على الادخار إلى تسهيل إجراءات السحب والإيداع، الأمر الذي يساعد على تنمية الوعي الادخاري، وفي الوقت نفسه يزداد حجم هذه الأرصدة لدى

(١)- انظر: أنموذج الشروط العامة لفتح حساب وديعة لأجل في بنك القاهرة عمان، في مؤلف: د.

فاتق الشماع، الحساب المصرفي، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٢)- انظر: د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

(٣)- د. محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الإفلاس- العقود التجارية- عمليات البنوك، منشورات

الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٣٨٢. ومثال هذه الودائع الادخارية في مصر شهادات استثمار البنك الأهلي.

المصارف وتستخدمها أو تستخدم جزءاً منها في عمليات التمويل في شكل قروض بفوائد أعلى من تلك التي تمنح للمودعين حسب مدة بقاء الوديعة، مما جعل هذه الودائع مصدراً من مصادر التمويل.

وبوجه عام تمنح المصارف التجارية فائدة على هذه المدخرات مع تمكين المودعين من السحب من هذه الحسابات في ضوء شروط يضعها المصرف ويوافق عليها صاحب الحساب. وقد تضع حداً أدنى لرصيد الحساب الخاضع للفائدة، فإن قلّ الرصيد عن الحد المذكور، فلا تلتزم بدفع الفائدة. ويسلم للمودع دفتر خاص لبيان مدفوعاته ومسحوباته، وتكون سجلات المصرف دون الدفتر هي البيئة القاطعة لإثبات الرصيد وحركة الحساب في أغلب المصارف التجارية- علماً بأن الإيداع يمكن أن يتحقق بوساطة الغير، في حين لا يجوز السحب من الحساب إلا من قبل صاحب الحساب شخصياً أو من قبل من يمثله قانوناً، ولا يسمح بإصدار شيكات للسحب من هذا الحساب.

٤- الوديعة النقدية المخصصة لغرض معين

الأصل في الودائع النقدية المصرفية أنها تكون عادية من حيث حرية المصرف في استخدامها، على أن الوديعة قد تكون مخصصة للقيام بعملية معينة لمصلحة العميل المودع أو المصرف أو الغير، وبهذا التخصيص سميت بالوديعة المخصصة لغرض معين. وهي الوديعة النقدية التي يودعها العميل لدى المصرف ويطلب منه أن يقوم لحسابه بشراء أوراق مالية أو الاكتتاب في أسهم أو سندات أو الوفاء بكمبيالة مثلاً، وقد تخصص لضمان ائتمان أو قرض قدمه المصرف للمودع، أو تخصص بوصفها كفالة لضمان دين على المودع

لشخص من الغير، وفي هذه الحالات يمنع على المصرف أن يتصرف فيها، وعليه أن يحتفظ بها لخدمة الغرض الذي خصصت له.^(١)

والأصل في هذه العمليات المصرفية يكون أحياناً الوكالة في تنفيذ عمل معين، أو الكفالة، أو القرض المصرفي أو غير ذلك، ومن ثم تكون عملية الإيداع ثانوية بالنسبة للعميل، ولا يصدق على المصرف وصف المودع لديه في عقد الوديعة، بل يكون هذا العقد الأخير مضافاً إلى العقد الأصلي وهو الوكالة أو الكفالة أو القرض. وفي الحالات التي يتعذر معها معرفة العقد الأصلي من العقد الثانوي، يترك الأمر في تحديد العقد لقاضي الموضوع لبحث كل حالة على حدة.

وإذا انتهى الغرض الذي خصصت من أجله الوديعة النقدية، فإن هذه النقود تكون "وديعة عابرة" ليست مقصودة بذاتها بعد انتهاء غرضها، ومن المفترض أن يكون العميل قد اتفق مع المصرف على استردادها أو أفصح عن رغبته في سحبها أو استمرارها كوديعة مصرفية بالمعنى المصرفي، أو استمرارها كوديعة حقيقية بالمعنى القانوني.

وفي حالة عدم الإفصاح عن قصد العميل، فإن تخصيص المبلغ المسلم للمصرف لا يفترض، بل يعدّ كل مبلغ مسلّم إليه وكذلك كل مبلغ يدخل تحت يده لحساب العميل أنه وديعة بالمعنى الغالب في العمل، أي أن يد المصرف عليه تكون يد المقترض المالك، ما لم يقدّم دليل على معنى آخر في قصد الطرفين.^(٢)

(١)- د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

(٢)- انظر: د. علي جمال الدين، مرجع سابق، ص ١٦٧ وما بعدها.

وقيام المصرف بتحويل الوديعة المخصصة لحساب وديعة مصرفية باسم العميل وقيد المبلغ في الجانب الدائن من الحساب في هذه الحالة، يتفق مع النصوص القانونية المنظمة لأحكام إيداع النقود، من حيث وصفها قرصاً حسب الأصل وأن التخصيص لا يفترض إلا باتفاق خاص.^(١)

(١) - انظر: المواد (١٩٤، ١٩٦، ١٩٥ من قانون التجارة السوري) فقد بينت أن الأصل في إيداع النقود هو القرض، ولا يدرج في الحساب العمليات المتفق على إخراجها منه، ومن ثم فإن تخصيص مبلغ معين لغاية معينة إنما هو استثناء على أصل الإيداع، ولا يفترض إلا باتفاق خاص. وانظر عكس هذا الرأي: د. جديع فهد الرشيد، مرجع سابق، ص ٧٩ وما بعدها، حيث يرى أن البنك يكون قد أعطى لنفسه حقاً لا يملكه متزاعاً بالعرف وآلية العمل المصرفي، وبذلك يكون قد أخرج نفسه من مركز الوديع (وديعة حقيقية) من حيث عدم قدرته على استثمار مبلغ الوديعة في نشاطه الخاص وتخلصه من المساءلة القانونية عن جريمة خيانة الأمانة في حال عدم قدرته على تسهيل مبلغ الوديعة النقدية، خاصة إذا كان المبلغ ضخماً ويغري في آن واحد. كما أنه يرى أن العميل إذا لم يفصح عن رغبته في ترك الثمن وديعة (بالمعنى المصرفي) فإن بقاء الثمن لدى المصرف يعد وديعة مخصصة.

المطلب الثاني

خصائص الوديعة النقدية في المصارف التجارية

يمكن بيان خصائص الودائع النقدية المصرفية من خلال التعريف القانوني لها في كل من قانون التجارة السوري والقانون التجاري اليمني.

فقد بينت المادة (٣٥٨ من القانون التجاري اليمني) أن وديعة النقود هي عقد بين العميل والمصرف، حيث نصت على أن ((وديعة النقود عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها طبقاً لغاياته مع التزامه برد مثلها للمودع من نفس نوع العملة لدى الطلب أو عند حلول الأجل المتفق عليه وفقاً لما إذا كان الإيداع في حساب توفير أو في صورة إيداع ثابتة)).

وعرّفت المادة (١/١٩٤ من قانون التجارة السوري الجديد) وديعة النقود بقولها ((إن المصرف الذي يتلقى على سبيل الوديعة مبلغاً من النقود يصبح مالكاً إياه ويلتزم برد مثله دفعة واحدة أو على دفعات بمجرد طلب المودع أو وفق المواعيد وشرط الإخبار المسبق المعينة في عقد الوديعة)).^(١)

وبمجرد إبرام عقد وديعة النقود، يلتزم المصرف بفتح حساب للمودع، لأن فتح الحساب يتم بمناسبة وديعة النقود، حيث نصت المادة (١/١٩٦) من قانون التجارة السوري على أن ((يمسك المصرف بالمبالغ المودعة لديه حساباً يسجل فيه لصالح المودع أو عليه جميع العمليات التي تتم بين المصرف والمودع أو بين المصرف والغير لحساب المودع)).

وإذا قام العميل بإيداع مبالغ جديدة في الحساب نفسه، لا تُعدّ هذه المبالغ عقوداً مستقلة عن العقد السابق، وإنما تعدّ عقداً واحداً مستمراً.

(١)- وهذا ما تضمنته المادة (٣٧١ تجارة إماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣).

أولاً: إن الودائع النقدية عقد يتم بين المصرف والعميل

يخضع عقد الوديعة النقدية - كبقية العقود - إلى الشروط اللازم توفرها لجعل العقد صحيحاً، فيجب علاوة على اشتراط رضا العميل وخلوه مما يشوبه من عيوب الرضا؛ أن يكون أهلاً للتعاقد، وعلى المصرف أن يتأكد من توفر أهليته عند الإيداع، ويتبع في ذلك الوسائل التي جرى عليها العرف.^(١)

والوضع الغالب أن عقد الوديعة المصرفية يرتب التزامات متقابلة بين طرفيه، وهذه الالتزامات تقيد من حرية العميل في استرداد مبلغ الوديعة، مما يلزم معه أن تتوفر في العميل أهلية التصرف (الأهلية القانونية). ولذلك يتوجب على المصرف قبل موافقته على فتح حساب ودائع أن يتحقق من شخصية طالب فتح الحساب، من حيث حقه بفتح حساب باسمه أو من حيث التحقق من شخصيته، ويكون ذلك بدعوة طالب فتح الحساب لملء استمارة (أنموذج) بمعلومات محددة يقرنها بتوقيعه، وبعد أن يتحقق الموظف المختص من مطابقة تلك المعلومات مع بطاقته الشخصية أو جواز سفره يفتح له الحساب. وغالباً ما ينفرد المصرف بتحديد شروط العقد بصورة مسبقة في نماذج مطبوعة سلفاً، ولا يملك العميل إلا قبول هذه الشروط أو رفضها، مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأن العقد يكون عقد إذعان.^(٢)

(١) - اختلف الفقه حول تحديد أهلية المودع، فمن كيف الوديعة المصرفية على أنها قرض، استلزم أهلية التصرف لدى المقرض، أما من كيفها على أنها وديعة عادية أو عارية استعمال، فقد استلزم أهلية الإدارة بالنسبة للمودع، راجع د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، العقود الواردة على العمل، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان، ١٩٩٨، ص ٦٩١ وما بعدها، انظر: د. علي جمال الدين، مرجع سابق ص ٤٣.

(٢) - انظر: د. علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٤٣، د. جاك الحكيم، الحقوق التجارية، ج٢، مرجع سابق، ص ٣٢٢.

و ذهب رأي مخالف إلى أن تضمين شروط العقد في النماذج المعدة لهذا الغرض لا يجعل منه عقد إذعان، وذلك لتعدد المصارف في كل مكان، واحتمال اختلاف الشروط المعتمدة من قبلها بهذا الشأن.^(١)

وإذا تم عقد الوديعة المصرفية بشروط معينة، فلا يحق للمصرف تعديل هذه الشروط بإرادته المنفردة أثناء مدة العقد، ويلزم موافقة العميل إلا إذا كان المصرف قد احتفظ بحقه في تعديل شروط العقد عند التعاقد، وفي حال تعديل لائحة المصرف أثناء سريان العقد؛ لا تنفذ هذه التعديلات في مواجهة العميل إلا بعد إخطاره وموافقه على ذلك.^(٢)

ولكون عقد وديعة النقود المصرفية من أعمال المصارف^(٣)، فإنه يعد عملاً تجارياً بحكم ماهيته الذاتية بالنسبة للمصرف في كافة الأحوال. فيعدّ عقداً تجارياً دائماً بالنسبة للمصرف، ومن ثم يجوز إثباته في مواجهته بكافة طرق الإثبات عملاً بمبدأ حرية الإثبات في الأعمال التجارية. وهذا العقد لا يكون تجارياً بالنسبة للعميل المودع إلا في حالات معينة، فهو مدني إذا كان وديعة بالمعنى الدقيق مقصوداً به حفظ المال المودع، أو مجرد استغلال لأموال

(١)- د. أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقية جينيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، ج٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ١٩٩٩م، ص٣٠٧.

(٢)- انظر: د. علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص٤٤.

(٣)- المادة (٦ / د) من قانون التجارة السوري الجديد- نصت على أن (تعد بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية :.... د- أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة) وتقابلها: المادة (١٠ من القانون التجاري اليمني)، المادة (٦ تجاري أردني)، المادة (٥ تجاري إماراتي)، ووفقاً لهذه المواد، فإن معاملات البنوك تعدّ أعمالاً تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته (سواء كان تاجر أم غير تاجر، وسواء قصد تحقيق الربح أم لا، ويستوي أن يقوم به الشخص مرة واحدة أم على سبيل التكرار والاحتراق).

المودع الشخصية، ولكنه يصبح تجارياً تطبيقاً لنظرية التبعية إذا كان العميل تاجراً وكان العقد متصلاً بتجارته.^(١)

وقد نصت المادة (٣٥٩ تجاري يماني) على أن ((تتعقد وديعة النقود كتابة بعد اطلاع العميل على شروط الإيداع والحصول منه على موافقة خطية بذلك)).

ويستفاد من هذا النص أن الكتابة شرط لانعقاد العقد ذاته، وتعد من الوسائل الهامة للإثبات وفقاً لما جرى عليه العرف المصرفي من إثبات عقد الوديعة والعمليات المتعلقة به بمقتضى عقد الإيداع إن وجد، أو إيصالات الإيداع التي يسلمها المصرف للعميل عند كل إيداع أو بمقتضى الإشعار بقيد المبلغ في حساب العميل.^(٢)

(١) - د. علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٤٤. فطبيعة العقد تتحدد من خلال شخصية أطرافه، فهو عقد تجاري دوماً بالنسبة للمصارف، باعتبار أن الأعمال المصرفية إنما تدخل في عداد الأعمال التجارية المفردة. وأما بالنسبة للمودعين، فهو - على الأغلب - عقد مدني، باعتبار أن أكثر المودعين هم من غير التجار (وإذا كانوا تجاراً، فلأن الحساب سيكون لأموالهم الخاصة، وليس لأموال عملهم التجاري الذي يتم عادة عن طريق الحساب الجاري). ويكون العقد عندئذ من العقود المختلطة ويخضع لأحكامها، وأما إذا فتح الحساب لمصلحة تاجر ولأغراض تجارته، فإن العقد يصبح تجارياً بالنسبة للطرفين. د. هشام فرعون، القانون التجاري البري، ج ٢، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، ١٩٨٥، ص ١٧١.

(٢) - وفقاً للمادة (١٠ تجاري يماني) تعد أعمال المصارف من الأعمال التجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته. ومن ثم تخضع هذه الأعمال لطرق الإثبات التجارية وأحكام التقادم التجاري، ويخضع المصرف لالتزامات التجار القانونية. ويمكن إثبات عقد الوديعة في مواجهة المصرف بكافة طرق الإثبات، أما بالنسبة للمودع، فإن كان تاجراً لا يختلف وضعه عن المصرف من حيث قواعد الإثبات، وإن كان غير تاجر، اثبت العقد في مواجهته بالطرق المقررة في قانون الإثبات والقانون المدني اليمني، انظر: الحسن محمد سعيد، العقود المصرفية والطرق البديلة لحل المنازعات، البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني، مرجع سابق، ص ٥١٦.

وقد نصت المادة (٣٦١ من القانون التجاري اليمني) على أنه ((إذا لم يكن البنك يصدر دفتر إيداع وجب أن يرسل إلى المودع كشف بالحساب مرة على الأقل كل سنة، ما لم يتفق على غير ذلك، يتضمن الكشف صورة من حساب الودائع ومقدار الرصيد الإجمالي بعد آخر حركة له)).

وإذا كان المصرف يُصدر دفاتر إيداع لعملائه، فإن هذه الدفاتر تصلح دليلاً لإثبات قدر الوديعة والمبالغ التي تسحب أو تودع بمعرفة العميل، حيث نصت المادة (٣٦٠ تجاري يمني) على أنه ((إذا كان البنك يصدر دفتر إيداع، وجب قيد الإيداع والسحب في الدفتر، وتكون للقيود التي يجريها موظف البنك المخصص في الظاهر لخدمة العملاء حجية في العلاقة بين البنك والمودع ويبطل كل اتفاق على غير ذلك)).^(١)

أما المشرع السوري فقد نص في المادة (٢/١٩٤ من قانون التجارة الجديد) على أنه ((يجب أن يقام الدليل بوثائق خطية على جميع العمليات المختصة بالوديعة أو بإرجاعها ما لم يكن هناك اتفاق مخالف)).

ويلاحظ أن المشرع السوري في قانون التجارة الجديد أضاف عبارة (ما لم يكن هناك اتفاق مخالف) إلى النص ذاته الذي كان مقررًا في القانون التجاري الملغي، وفي ظل هذا الأخير، ذهب اتجاه في الفقه^(٢)، إلى أن الأصل أنه

(١) - ويلاحظ أن هذا النص يتعلق بالنظام العام، بخلاف نص المادة (٢٠١ تجارة سوري) .

(٢) - فأعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة، تعدّ أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها الذاتية وفقاً لحكم المادة (٦ / ٤ تجارة سوري). وقد ذهب بعض الفقه السوري إلى أنه يستفاد من هذا النص أن الأعمال المصرفية تعدّ تجارية أيّاً كان القائم بها ولو كان ذلك بصورة افتراضية لا على سبيل الامتياز، (أي أن جميع العمليات المصرفية تعدّ تجارية بالنسبة للطرفين مما ينطبق على الودائع المصرفية، ومن ثم يجوز لزبون المصرف إثبات عقده معه بجميع وسائل الإثبات، ويخضع ذلك العقد إلى أحكام القانون التجاري، غير أن المشرع خرج عن هذه القاعدة - في قانون التجارة - الملغي - بنص المادة (٤٠٢ تجارة سوري)، انظر في ذلك: د. جاك الحكيم، الحقوق التجارية، ج٢،

يجوز إثبات الوديعة النقدية بكافة طرق الإثبات، غير أن المشرع التجاري خرج عن هذا الأصل واستلزم الإثبات الخطي. وهذا ما يتفق مع ما جرى عليه العرف المصرفي، حيث يتم إثبات العقد عادة بالاتفاق عند فتح الحساب، أو بدفتر الشيكات الذي جرى التعامل على تسليمه للمودع لتمكينه من سحب المبالغ المودعة أو بقيود المصرف والإشعارات المسلمة إليه عند كل دفعة، وكشفوف الحساب. كما أن سحب المبالغ يثبت بالشيكات وطلبات التمويل الصادرة على العميل أو قيود دفتر التوفير الذي يحتفظ به، إذ أن احتفاظه به دليل على قبوله للقيود المدرجة فيه عند تسليمه الدفتر للمصرف لقيدها، كما يثبت أيضاً بإقراره الخطي بصحة الإشعارات أو الكشف المرسل إليه.^(١)

وذهب رأي آخر إلى أن الكتابة ليست ركناً شكلياً لهذا العقد ولا الوسيلة الوحيدة لإثبات انعقاده، خلافاً لقول بعض الشراح من عدم جواز إثباته بغيرها من الوسائل، لأن المشرع استلزم الكتابة فقط لإثبات (العمليات المختصة بالوديعة وإرجاعها) دون التطرق إلى انعقاد العقد.^(٢)

وفضلاً عن ذلك، نصت المادة (٢٠١ تجارة سوري) على أنه ((يجوز فتح حساب بموجب دفتر توفير تدون فيه المدفوعات والمسحوبات، وتكون البيانات

مرجع سابق، ص ٣٠٠، بند ٥٣٣، ص ٣٧٣، بند ٦٣١، د. هشام فرعون، القانون التجاري البري، مرجع سابق، ص ١٧١، د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، ج ٣، عمليات المصارف، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٣، ص ٣٥٦ وما بعدها، وذهب إلى أنه ((في حالة عدم توفر البيئة الخطية، لا يجوز إثبات العمليات المتعلقة بالوديعة النقدية بالبيئة الشخصية أو بالقرائن إلا كدليل مكمل لبدء البيئة الخطية عند وجودها. ولكن الإثبات يبقى مقبولاً عن طريق الإقرار أو اليمين))، د. فائق محمود الشماع، الحساب المصرفي، مرجع سابق، ص ٧٦. وقارن: د. محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، دون تاريخ، ص ٢٨٩.

(١) - انظر: د. جاك الحكيم، الحقوق التجارية، ج ٣، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

(٢) - د. أكرم يا مالكي، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقية جنيف، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

الواردة في الدفتر الموقع عليها من موظف المصرف حجة في إثبات هذه البيانات بين المصرف وصاحب الدفتر ما لم يتفق على خلاف ذلك)). وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن قانون التجارة السوري الجديد أوجب إقامة الدليل على العمليات المختصة بالوديعة أو بإرجاعها بوثائق خطية كأصل عام، ولكنه وضع هذا الأصل كقاعدة قانونية مكملية يجوز لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالفها. وفي حال عدم وجود مثل هذا الاتفاق، تبقى الكتابة هي الأصل الذي يعتد به في الإثبات وفقاً لما جرى عليه التعامل في العرف المصرفي.^(١)

ثانياً: إن علاقة المصرف بالمدعين هي علاقة دائن بمدين تقوم على أساس القرض، ويعدّ المصرف في مركز المقرض والعميل مجرد دائن بمبلغ معين. تتضح هذه العلاقة من خلال النصوص القانونية المعروفة للوديعة - السابق ذكرها - في قوانين التجارة، وتتوافق تلك النصوص مع ما هو مقرر في القواعد

(١)- وقد نصت المادة (٢٣) من قانون المصارف الخاصة والمشاركة السوري على أنه (تكون للأسناد والرسائل والبرقيات التي تتداولها المصارف مع مختلف الجهات والمؤسسات في الداخل والخارج بوسائل الاتصال العالمية والمتطورة ذات القوة التي تتمتع بها بحكم القوانين والأنظمة النافذة وسائل الإثبات الأخرى وفق التعليمات التي يصدرها مصرف سوريا المركزي). ويمقتضى المادة (٩٢) من قانون البنوك الأردني لعام ٢٠٠٠ " أ- للبنك المركزي أن يضع نظاماً إلكترونياً لتحويل الأموال بالتنسيق مع البنوك... ب- على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات أجهزة التلكس. ج- للبنوك أن تحتفظ للمدة المقررة في القانون بصورة مصغرة (ميكرو فيلم أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة) بدلاً من أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات وغيرها من الأوراق المتصلة بأعمالها المالية وتكون لهذه الصور المصغرة حجية الأصل في الإثبات. د- تعفى البنوك التي تستخدم في تنظيم عملياتها المالية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة من تنظيم دفاتر التجارة التي يقتضيها قانون التجارة النافذ المفعول وتعدّ المعلومات المستقاة من تلك الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية.

العامة في القانون المدني، حيث إن المادة (٦٩٢ من القانون المدني السوري) نصت على أنه ((إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان الوديع مأذوناً له في استعماله اعتبر العقد قرضاً)).
كما أن المادة (٩٥٢ مدني يمني) نصت على أنه ((إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو مال [مالاً] يتلف بالاستعمال وأذن المودع للوديع باستعماله اعتبر التصرف قرضاً لا وديعة)).^(١)

ويترتب على هذه الخاصية ما يلي:

١- أن عقد الوديعة النقدية يخول المصرف ملكية النقود المودعة لديه بمجرد تسلمه لها^(٢)، والوديعة النقدية تقتضي تسليم النقود سواء عدّ التسليم شرطاً لانعقاد العقد أو شرطاً لتمام الوديعة. ويتحقق التسليم بقبض مبلغ الوديعة، لأن ملكية النقود تنتقل بالتسليم. وسواء كان التسليم فعلياً من قبل المودع أو عن طريق وكيله القانوني أو كان التسليم حكماً؛ فإنه لا ينتج أثره إلا بقبض محل العقد، كما لو كان الإيداع بشيك مسحوب على المصرف، فلا يتحقق معنى التسليم إلا بتحصيل قيمة الشيك فعلاً، لأنه قد يتبين عدم وجود مقابل وفاء، ومن ثم لا يتحقق معنى القبض، ويبقى المصرف مجرد مكلف بتحصيل قيمته في مثل هذه الحالة. وتعد هذه الأحكام تطبيقاً لأحكام عقد القرض في القانون المدني، إذ ينعقد القرض بما يدل على التراضي به، وقبض المستقرض للمال، ويملك المال للمقترض.^(٣)

(١)- و هذا ما قضت به صراحة المادة (٣٧٣ تجارة إماراتي)، حيث نصت على أنه ((فيما عدا الوديعة المخصصة للاستثمار تعتبر الوديعة النقدية ديناً وتجوز المقاصة بينها وبين الدين الذي يكون للمصرف على المودع ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)).

(٢)- وهذا ما قضت به أحكام المادة (٣٥٨ تجاري يمني)، والمادة (١/١٩٤ تجارة سوري).

(٣)- المادة (٦٠ من القانون المدني اليمني).

٢- متى تسلم المصرف المبالغ المودعة، كان له حرية التصرف بها واستعمالها بما يتفق ونشاطه المهني. أي أن يد المصرف على مبالغ الودائع هي يد مالك، يحق له التصرف فيها كما يشاء، ولا يعدّ مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة إذا ما تصرف في هذه المبالغ في أعماله المصرفية. غير أنه إذا ورد شرط في العقد يمنع المصرف من استخدام الوديعة، فإنه يلتزم به. وإذا أخل بهذا الالتزام فيعدّ خائناً للأمانة.

٣- يلتزم المصرف بضمان هلاك الأموال المودعة عنده ولو كان ذلك بفعل خارج عن إرادته، تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن تبعة هلاك الشيء على مالكة مادام أنها حدثت بقوة قاهرة. ^(١)

٤- يلتزم المصرف برد قيمة مماثلة لمبلغ الوديعة ومن النوع نفسه، دون النظر للتغيير الطارئ على قيمتها في الفترة بين الإيداع والرد.

فالمصرف يرد مثل ما اقترضه وليس قيمة ما اقترضه، سواء كان بالعملة الوطنية أو بالعملة الأجنبية، وهذا ما بينته كل من المادة (١٩٤/١) تجارة سوري، المذكورة سلفاً، والمادة (٣٥٨) تجاري يماني) التي ألزمت المصرف بالرد بنوع العملة نفسها. وهو ما يعدّ تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني، فالمادة (١٩٢مديني يماني) نصت على أنه ((إذا كان الملتزم به نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو نقصها وقت الوفاء أي أثر)).

٥- إذا توقف المصرف عن دفع ديونه وصدر حكم بإشهار إفلاسه، فإن المودع يعد دائماً عادياً ويتقدم بدينه في تفليسة المصرف بهذا الوصف، ومن ثم يخضع لقسمة الغرماء، بحيث لا يجوز له الدخول في تفليسة المصرف

(١)- انظر: د. علي جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٥٣، د. سميحة القليوبي،

الأسس القانونية لعمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٣٦٦ وما بعدها.

والمطالبة باسترداد وديعته بوصفه دائناً مسترداً، لأن ملكية هذه الوديعة انتقلت إلى المصرف، وأصبح المودع مجرد دائن بقيمتها، كما أن المصرف يتسلم المبالغ النقدية من العميل ويخطئها بغيرها من المبالغ فيتعذر فرزها عند الإفلاس، والاسترداد لا يقع إلا على الأموال المفزة.^(١)

٦- يجوز للمصرف بمقتضى العلاقة الناشئة عن الإيداع النقدي أن يتمسك في مواجهة المودع بالمقاصة في الحالة التي يكون فيها المصرف دائناً للمودع.

٧- يجب رد الوديعة إلى المودع نفسه أو إلى من يعينه أو إلى نائبه المخول في ذلك. ولهذا تلجأ المصارف عادة إلى الحصول على عدة توقعات للعميل عند التوقيع باستلام الوديعة لمضاهاتها عند ردها أو رد جزء منها. ويلتزم المصرف بالتيقن من شخصية المطالب بالأموال، وإذا كان صاحب الأموال شخصاً معنوياً، فعليه أن يتأكد من سلطة المطالب بها.

٨- يلتزم المصرف برد الوديعة في الميعاد والمكان المتفق عليه.

يلتزم المصرف برد المبالغ المودعة طرفه بمجرد طلب العميل كما هو الوضع الغالب في الودائع تحت الطلب، وقد يكون ميعاد الرد في أجل معين محدد سلفاً أو بعد إخطار سابق للمصرف. حيث نصت المادة (٣٦٤) من القانون التجاري اليمني) على أن ((ترد وديعة النقود بمجرد الطلب إذا كانت في حساب توفير، وللمودع في أي وقت التصرف في رصيده الدائن أو في جزء منه ما لم يتفق على غير ذلك. أما الوديعة الثابتة فيجوز أن يعلق استردادها على أمر معين كحلول أجل محدد أو ضرورة إخطار سابق)).

(١)- د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

وإذا حدد للوديعة أجل ولم يتم سحبها عند حلول الأجل، تجددت تلقائياً مدة أخرى^(١)، ويكون الإيداع والسحب في مقر الفرع الذي فتح الحساب، ما لم يتفق على جواز ذلك في أي فرع من فروع البنك.^(٢)

وفي حالة وفاة العميل تستمر الوديعة قائمة ما لم يطلب الورثة استردادها قبل حلول أجلها، وهذا ما قضت به المادة (١٩٨ تجارة سوري) التي نصت على أنه ((إذا توفي المودع تستمر الوديعة قائمة وفقاً لشروط العقد ما لم يطلب الورثة استردادها قبل حلول أجلها)).

٩- يلتزم المصرف بدفع الفوائد عن المبالغ المودعة طرفه إذا اتفق على ذلك أو وفقاً لما جرى عليه التعامل المصرفي.

وغالباً ما يحدد عقد الوديعة الفائدة المستحقة للمودع أو يعطف في ذلك على المعدل الذي يتعامل به المصرف أو تحدده الأنظمة المصرفية المعمول بها وفق السياسة المصرفية العامة.^(٣)

والأصل أن القرض عقد تبرع، فلا تجب فوائد على المقرض حتى ولو كان القرض تجارياً إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك بينه وبين المقرض، وهذا ما تضمنه منطوق حكم المادة (٥١٠ مدني سوري) التي نصت على أنه ((على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر)). ومعنى ذلك أن الأصل هو عدم التزام المصرف بدفع الفوائد عن الودائع التي يتلقاها إلا إذا كان ثمة

(١)- المادة (٣٦٥ تجاري يمني)، المادة (٣٧٢ تجارة إماراتي).

(٢)- المادة (٣٦٢ تجاري يمني)، المادة (٣٧٥ تجارة إماراتي).

(٣)- ثمة مصارف تدفع فوائد على الودائع لدى الاطلاع، ومصارف أخرى لا تدفع أي فائدة.

اتفاق أو كان هناك عرف على ذلك، فإن خلا الاتفاق من دفع الفائدة، يعمل بالعرف المتمثل بالتعامل المصرفي.^(١)

ومتى كان المصرف ملزم بدفع فائدة، فإن المادة (٢٠٢ من قانون التجارة السوري الجديد) تنص على أن ((تترتب الفائدة على المبالغ المودعة ابتداء من اليوم الذي يلي كل إيداع إن لم يكن يوم عطلة ولغاية اليوم الذي يسبق إعادة كل مبلغ ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف مخالف)).^(٢)

وعلى ذلك تحتسب الفائدة ابتداء من اليوم الذي يلي كل إيداع، وينتهي سريان الفائدة من اليوم الذي ينتهي فيه التزام المصرف برد الوديعة إلى العميل، وبعد هذا التاريخ فإن تأخر رد هذا المبلغ، وجب على المصرف دفع فائدة طبقاً للقواعد العامة، أي بالسعر القانوني ومنذ المطالبة القضائية بها. وإذا لم يكن الأجل المحدد لاسترداد الوديعة مرتبطاً بالفائدة، فإن سقوط الأجل لا أثر له على التزام المصرف في دفع الفوائد. وفي حساب الودائع، تحتفظ كل دفعة بكيانها وأحكامها الخاصة، فيجوز استيفاء معدل فائدة إحدى الدفعات يختلف عن المعدل المطبق على الدفعات الأخرى.

وإذا ما اتفق العميل والمصرف في عقد الوديعة على أن يتقاضى العميل فائدة ثابتة عن المبلغ المودع، فإن الفقه القانوني جعل من النسبة المتفق عليها الحد الأدنى لاستحقاقها، لأن العميل تقدم بوديعة ليسفيد لا ليخسر، ويمكنه الاستفادة من زيادة النسبة متى تغيرت إلى الأعلى، ولكن لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تقل عن النسبة المتفق عليها. وما دام العميل يملك حق

(١)- انظر د. علي جمال عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٥٢، د. جاك الحكيم، الحقوق التجارية، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

(٢)- وفي حالة اقتران الوديعة النقدية بحساب مصرفي وهو الوضع الغالب عملاً، يبدأ سريان الفوائد من يوم قيد المدفوعات في الجانب الدائن من حساب العميل وليس من يوم تسليمها إلى المصرف ما لم يتفق على غير هذا النمط من التعامل.

التمسك بنسبة العائد عند إبرام العقد، فلا يقبل بانخفاضها، فإن المصرف في المقابل يملك حق التمسك بهذه النسبة أيضاً عند إبرام العقد فلا يقبل بتغيير نسبة العائد إلى أعلى. أما إذا تم الاتفاق في عقد الوديعة على أن نسبة الأرباح متغيرة زيادة ونقصاً، فإن العميل لا يملك الاحتجاج ضد المصرف في حالة تخفيض هذه النسبة، ومن ثم انخفاض القيمة العائدة إليه، ولا يستطيع التمسك ببطلان العقد في هذه الحالة.^(١)

ولا يترتب على عقد الوديعة حق للمودع في سحب مبالغ من المصرف تزيد عما هو مودع فيه، وهذا ما قرره نص المادة (٣٦٤ تجاري يماني)^(٢)، وأكدته المادة (١٩٧ تجارة سوري) التي نصت على أنه ((١- لا يتيح عقد الوديعة كشف الحساب بالنسبة للمودع أي تمخضه عن رصيد مدين بالنسبة له ما لم يتفق الطرفان على خلافه مع ما يؤدي إليه ذلك إلى اختلاف في وصف الحساب. ٢- وإذا تسامح المصرف ونفذ العمليات التي أدت إلى كشف الحساب فعليه إبلاغ المودع دون إبطاء ليقوم بتسوية الوضع)). ولهذا أوجب القانون ذاته في المادة (١٩٩) ((على المصرف موافاة المودع كشفاً بحسابه

(١)- فمن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أن العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة بما مؤداه أن النص في العقود التي تبرمها معهم على تخويل البنك الدائن رخصة رفع سعر الفائدة المتفق عليها دون موافقة المدين وطبقاً للقرارات الصادرة عن البنك المركزي هو نتيجة لتلاقي إرادة الطرفين على تعيين سعر الفائدة بما يحدده البنك المركزي من حد أقصى وفقاً للمتغيرات الاقتصادية بصرف النظر عن المصلحة الفردية التي قد تعود على المقرض من استثمار مبلغ القرض وما يحققه له ذلك من عائد ونسبته. الطعن رقم ٣٣٢١ سنة ٥٩ ق، جلسة ١١/٧/١٩٩٦. انظر: د. أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٢)- المادة (٣٦٤ من القانون التجاري اليمني)، حيث قررت بأن "... للمودع في أي وقت التصرف في رصيده الدائن أو في جزء منه ما لم يتفق على غير ذلك".

مرة واحدة كل ستة أشهر ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك، ويجب تحديد الرصيد بتاريخ الكشف)).

ثالثاً: تخضع الودائع النقدية المصرفية لنسب الاحتياطيات القانونية على إجمالي الودائع واحتياطيات السيولة.

فالاحتياطيات القانونية تُفرض من قبل المصرف المركزي على إجمالي الودائع لدى المصارف. وهذه الاحتياطيات يحتفظ بها المصرف المركزي كحماية لأموال المودعين، ويستخدمها أيضاً كأسلوب من أساليب الرقابة على المصارف للتحكم في الائتمان وخلق النقود. وفضلاً عن ذلك تلتزم المصارف بالاحتفاظ بالنسب اللازمة من الاحتياطيات لمواجهة طلبات السحب على الودائع من قبل المودعين.

المبحث الثاني

نظام قبول الودائع في المصارف الإسلامية

تقبل المصارف الإسلامية الودائع الحالة (ودائع تحت الطلب، ودائع جارية) في حسابات ائتمان، ولا تختلف وضعية هذه الودائع وحساباتها في المصارف الإسلامية عن وضعيتها في المصارف التجارية- سواءً من حيث مفهومها وأهميتها، أو من حيث طرق سحبها، وضمان ردها، مع وجود اختلاف أساسي، هو أن المصارف الإسلامية لا تمنح عنها أي فائدة، فلا يحصل أصحابها على أي نسبة من الأرباح المحققة ولا يتحملون أيّ خسارة، ويستخدمها المصرف الإسلامي في أنواع التمويل المباحة التي لا تتضمن الفائدة. فضلاً عن ذلك تقبل المصارف الإسلامية الودائع الاستثمارية بأنواعها (لأجل، تحت إشعار، والادخارية) في حساب استثمار مشترك، وفي حساب استثمار مخصص، ولآجال محددة وغير محددة. وتقوم هذه المصارف بتوظيف أموال العملاء الراغبين في حساب الاستثمار المشترك مع مواردها الخاصة وفق نظام المضاربة المشتركة، أو توظيفها في حساب استثمار مخصص بناء على اتفاق خاص مع العميل. ولكشف مدى اختلاف الودائع بأنواعها في المصارف الإسلامية عن نظيرتها في المصارف التجارية، ينبغي تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

الأول: الودائع تحت الطلب.

الثاني: الودائع الاستثمارية.

الثالث: خصائص الودائع الاستثمارية وتنظيمها القانوني.

الرابع: توزيع الأرباح بين المودعين والمصرف.

المطلب الأول

الودائع تحت الطلب في المصارف الإسلامية

يتلخص النظام القانوني لهذا النوع من الودائع في المصارف الإسلامية في أن العميل المودع له أن يسحبها كلها أو جزءاً منها في أي وقت، وليس له حق المطالبة بأية أرباح، لأن ضمانها على المصرف.

وغالباً ما يكون صاحب الحساب الجاري مقيداً بالسحب في حدود مقدار الرصيد الجاهز والمهيأ للأداء، ولا يحق له أن يسحب ما يزيد عن هذا الرصيد ولو كان لديه شيكات مودعة لم يتم تحصيل قيمتها حسب طريقة المقاصة والتحصيل المتبعة.^(١)

ويطلق على هذا النوع من الودائع في بعض المصارف مصطلح (حسابات الائتمان)، ويقصد بها الودائع النقدية التي يتسلمها المصرف على أساس تفويضه باستعمالها وله غنمها وعليه غرمها، دون أن تكون مقيدة بأي شرط عند السحب أو الإيداع.^(٢)

وهذا يعني أن الأموال المودعة في الحساب الجاري هي أموال تم تفويض المصرف باستعمالها لحسابه وعلى مسؤوليته، مع التزامه بالأداء عند الطلب.^(٣)

(١) - فالأصل أنه لا يجوز كشف الحساب في المصارف الإسلامية، ومع ذلك قد يتم السحب بمبالغ تزيد عن حدود الرصيد، وفي هذه الحالة لا تأخذ المصارف أي فوائد على أساس أن المبلغ المسحوب إنما هو قرض حسن.

(٢) - المادتين ٢، ١٢ من قانون البنك الإسلامي الأردني "الملغي"، وهو التقسيم ذاته الذي أخذ به بنك الشام وفقاً لمرسوم إحداث المصارف الإسلامية.

(٣) - ويلاحظ أن الإنن بالاستخدام لمصلحة المصرف وعلى مسؤوليته، يتفق مع المصارف التي تقبل الودائع بوصفها أمانة، ومع ذلك فإن بعض المصارف تدرج هذا التفويض في شروط طلب

وحسابات الائتمان نوعان:

- ١ - الحسابات الجارية التي يمكن سحبها عن طريق الشيكات وغيرها من وسائل السحب كما هو الحال في المصارف التجارية.
- ٢ - حسابات ودائع تحت الطلب تقبل السحب والإيداع دون أية قيود، غير أنه لا يسمح فيها باستعمال الشيكات للسحب منها، بل يشترط حضور العميل أو وكيله المفوض للتصرف بها، ويسلم أصحابها دفتر إيداع بدلاً من الشيكات.

ويطلق على هذه الودائع في بعض المصارف الإسلامية مصطلح (ودائع بدون تفويض بالاستثمار) وتأخذ صورته الحسابات الجارية ودفاتر التوفير المعمول بها في النظم المصرفية المعاصرة، حيث يجوز سحبها أو سحب جزء منها في أي وقت.^(١)

وقد أنفرد المشرع الكويتي في القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣ بإضافة أحكام المصارف الإسلامية إلى قانون النقد وبنك الكويت المركزي لسنة ١٩٦٨ بالنص في المادة (٩٦) على أن ((تلتزم البنوك الإسلامية برد الودائع تحت الطلب كاملة لأصحابها عند طلبها ولا تتحمل هذه الودائع بأي خسائر...)). وفي تكييف هذا النوع من الودائع أنقسمت النظم الأساسية للمصارف وعقود الاستثمار إلى اتجاهين:

الأول: أنها تأخذ حكم الوديعة المعتمدة في الشريعة الإسلامية.

الثاني: أنها تأخذ حكم القرض الحسن.

فتح الحساب رغم إصباغ صفة القرض عليها، والقرض الحسن لا يحتاج إنزناً خاصاً من الدائن لاستخدام المبالغ المقترضة مادام المصرف ضامن مبلغ الوديعة.

(١) - انظر: المادتان (٤٤، ٤٣) من نظام بيت التمويل الكويتي)، والمادة (٥١) من نظام بنك البحرين)، والمادتين (٥٣، ٥٤) من نظام بنك دبي).

الاتجاه الأول: نصت بعض نظم المصارف على أن هذه الودائع تأخذ حكم "الوديعة المعتمدة في الشريعة الإسلامية".^(١)

وهذا يعني أن الأصل في هذه الودائع أنها أمانة يقدمها المودعون إلى المصرف بهذا الوصف، ولا يكون المصرف مفوضاً باستخدامها دون أن يحصل مقدماً على إذن أصحابها. وإذا لم يكن المصرف مأذوناً في استعمالها، يمكن اعتبارها عقد وديعة بالمعنى الوارد في القانون المدني، حيث يلتزم المصرف بحفظها وردها بعينها دون أن يكون له حق التصرف فيها.

ويبدو أن إضفاء صفة الوديعة الشرعية على الودائع تحت الطلب كان الغرض منه تقييد المصرف في عدم استخدامه لها لمصلحته وتحت مسؤوليته إلا بإذن صريح من المودع، وهذا الإذن يدرج كشرط يتضمنه الاتفاق المعد في أنموذج طلب فتح الحساب وشروطه. وعلى هذا الأساس لا يراد بهذا العقد صفة الأمانة الغير مضمونة إلا بتعدي أو تقصير من المصرف، لأن استعمال المصرف لهذه المبالغ بدون إذن هو تعدي في حد ذاته، ولا يتصور أن يكون هذا المعنى هو المقصود الأساسي. وإنما المقصود هو حصول المصرف على إذن المودع باستخدامها ليكون له أرباحها ويتحمل خسارتها. غير أن العرف جرى على افتراض هذا الإذن حسب طبيعة هذا النوع من الودائع على أساس أنها قرض مضمون على المصرف.

الاتجاه الثاني: أن الودائع تحت الطلب (ودائع الحساب الجاري) تكيف في بعض المصارف على أنها قرض حسن، كما هو الحال في بنك سبأ الإسلامي اليمني، وبنك الشام السوري، وبيت التمويل الكويتي. فهذه الودائع تأخذ صفة القرض الحسن شرعاً، وتطبق عليها أحكام القرض من حيث وجوب ضمان

(١) - المادة (١/٥٣ من نظام بنك دبي)، المادة (١٥ من نظام بنك البحرين).

المصرف لها والتزامه برد مثلها، ولا يشارك أصحابها في أرباح الاستثمار ولا يتحملون مخاطره عملاً بالقاعدة الشرعية "الغنم بالغرم"^(١)

وسواء تم وصف الإيداع في الحساب الجاري بأنه قرض حسن أو وديعة حقيقية بالمعنى الشرعي، فالنتيجة واحدة، لأن الوديعة المأذون باستعمالها من الناحية الشرعية تؤول في حالة النقود إلى قرض، وتفسير ذلك يرجع إلى وصف الفقهاء هذه الوديعة كعارية يطبق عليها أحكامها، غير أن هذا الوصف يختص بإعارة الأعيان التي ينتفع بها مع بقاء عينها، أما الوديعة النقدية حسب طبيعتها، لا ينتفع بها إلا باستهلاكها، ومن ثم فإن إطلاق وصف العارية عليها إنما هو على سبيل المجاز، وهي في حقيقتها قرض^(٢)، والدليل على ذلك، أنه رغم نص نظام بنك دبي على أن هذه الودائع تأخذ حكم الوديعة المعتمدة في الشريعة الإسلامية، إلا أن هو ما ورد في نشرة تعريف البنك هو أن الحساب الجاري يعدّ بمثابة قرض تحت الطلب.^(٣)

وهذا يعني أن المقصود بعبارة النص الواردة في نظام بنك دبي (تأخذ حكم "الوديعة" المعتمدة في الشريعة الإسلامية) هو أن هذه الودائع تأخذ حكم الوديعة الشرعية من حيث الأصل في وجوب المحافظة عليها وعدم التصرف فيها إلا بإذن المودع.

(١) - المادة (٦٢ من نظام بنك سبأ)، انظر: شروط عقود الخدمات المصرفية وأحكامها، نشرة خاصة صادرة عن بنك الشام، ص ٣، البند ثانياً. وقد نصت المادة (٩٦) من القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣ بإضافة أحكام المصارف الإسلامية إلى قانون النقد وبنك الكويت المركزي لسنة ١٩٦٨ على أن (تلتزم البنوك الإسلامية برد الودائع تحت الطلب كاملة لأصحابها عند طلبها ولا تتحمل هذه الودائع بأي خسائر...).

(٢) - انظر: د. سامي حسن حمود، الودائع المصرفية (حسابات المصارف)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩٩، ج ١، ١٩٩٦، ص ٦٧٤.

(٣) - "بنك دبي الإسلامي،" تعريف عام بأهدافه و أنشطته واستثماراته "ط ٢، سبتمبر، ١٩٨٤، ص ٧.

ويمكن أن نلتبس أهمية التفرقة في وصف الودائع تحت الطلب بأنها ودائع حقيقية بصفقتها أمانة غير مضمونه إلا بالتعدي، أو في وصفها قرضاً مضمون الرد، من خلال محاولة الإجابة عن السؤال التالي: هل يجوز للمصرف في نهاية السنة المالية تقييد الأرباح الناتجة عن الاستثمار في حساب التوفير الاستثماري دون إذن المودع في استثمار هذه الأرباح؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تتوقف على نوع التكيف، فإذا عُدَّت ودائع التوفير ودائعاً حقيقية بالمفهوم الفقهي، كان معنى ذلك أنه لا يجوز للمصرف أن يتصرف فيها إلا بإذن صاحبها وإلا كان متعدياً. أما إذا كان تكيف هذه الودائع قائماً على أساس أنها قرض حسن مضمون الرد عند الطلب، فإنها تأخذ حكم هذا الحساب. وعملياً يجري إعادة استثمار الأرباح الناجمة عن الاستثمار - بعد إقرار الجمعية العمومية للميزانية العامة - وتأخذ هذه الأرباح حكم نوع الحساب المتفق على إيداعها فيه بين المصرف وعميله وفقاً لشروط العقد.

ومن الناحية العملية يحتفظ المصرف بجزء من أرصدة الحسابات تحت الطلب كاحتياطيات لمقابلة طلبات السحب، ويستثمر جزء من تلك الأرصدة لحسابه وعلى مسؤوليته، وقد يساهم بجزء منها أموال المودعين في الحساب الاستثماري المشترك على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر.

يتضح مما تقدم أن طبيعة هذه الودائع واحدة سواءً في المصارف الإسلامية أو في المصارف التجارية، والفارق الوحيد أنها في الأولى تعدّ قرض حسن (بدون فائدة) وفي الثانية تعتبر قرض بدون فائدة بحسب الأصل، مالم يتفق على غير ذلك استثناء من هذا الأصل.

المطلب الثاني

نظام الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية

تقبل المصارف الإسلامية الودائع الاستثمارية بأنواعها (لأجل وتحت إشعار وتوفير) في حساب استثمار مشترك مع موارد المصرف الذاتية، وذلك بغرض استثمارها وفقاً لنظام المضاربة المشتركة.

ولبيان مفهوم المضاربة المشتركة في المصارف (حساب الاستثمار) يمكن الاستعانة بما جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الذي نص على أن ((المضاربة المشتركة: هي التي يعهد فيها مستثمرون عديد ون- معاً أو بالتعاقب- إلى شخص طبيعي أو معنوي باستثمار أموالهم، ويطلق له غالباً الاستثمار بما يراه محققاً للمصلحة، وقد يقيد بنوع خاص من الاستثمار، مع الإذن له صراحة أو ضمناً بخلط أموالهم بعضها ببعض، أو بماله، أو موافقته أحياناً على سحب أموالهم كلياً أو جزئياً عند الحاجة بشروط معينة...)).^(١)

وتُعرّف المضاربة المشتركة بأنها ((تسلم المصرف النقود التي يرغب أصحابها في استثمارها سواء بطريق الإيداع في حسابات الاستثمار المشترك أو- بالاكتتاب في سندات المقارضة المشتركة^(٢)، وذلك على أساس القبول العام باستعمالها في التمويل المستمر والمختلط مقابل الاشتراك النسبي فيما

(١)- المضاربة الفردية (لها طرفان فقط هما صاحب المال والمضارب) تمييزاً لها عن المضاربة المشتركة أو الجماعية التي تجربها المصارف.

(٢)- سندات المقارضة هي وثائق موحدة القيمة يصدرها المصرف بأسماء من يكتتبون فيها مقابل دفع القيمة المحررة بها على أساس المشاركة في نتائج الأرباح المتحققة سنوياً حسب الشروط الخاصة بكل إصدار على حدة، و يجوز أن تكون هذه السندات صادرة لأغراض المقارضة المخصصة وفقاً للأحكام المقررة لها في هذا القانون. انظر المادة (٢) من قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل و الاستثمار لسنة ١٩٨٥ الملغي بقانون البنوك لعام ٢٠٠٠.

يتحقق سنوياً من أرباح صافية ودون القيام بتصفية عمليات التمويل غير المهيأة للمحاسبة)).^(١)

ويتلخص النظام القانوني للودائع الاستثمارية المطلقة، في أنها تأخذ صفة عقد المضاربة الشرعي بين المصرف (المضارب) وبين المودعين (أرباب المال)، وتخضع هذه الودائع لشروط العقد المبرم بين الطرفين، ويستثمر رأس المال العامل للمصرف مع أموال المودعين في وعاء واحد (حساب عام- أو مشترك)، ويوزع العائد بينهما وفقاً لشروط العقد.^(٢)

ويتكون وعاء الودائع العام لدى بعض المصارف من الأموال التالية:

أ- ودائع الاستثمار (لأجل، تحت إشعار).

ب- ما يرى المصرف إضافته من ودائع الادخار وودائع الحسابات الجارية وتحت الطلب.^(٣)

واستثمار المصرف لأموال المودعين يكون بموجب تفويض يتضمنه العقد، وهذا التفويض بالاستثمار قد يكون مطلقاً وقد يكون مقيد، كما أنه قد يكون لمدة محددة في عقد الإيداع أو لمدة غير محددة.^(٤)

وعلى هذا الأساس تنقسم الودائع الاستثمارية وفقاً لطريقة استثمارها إلى نوعين:

(١)- المادة (٢) من قانون البنك الإسلامي الأردني .

(٢)- المادة (٢/٦٢) من نظام بنك سبأ، انظر المادة (١٣) من قانون البنك الإسلامي الأردني. وأنموذج بنك دبي، المادة (٢١) من نظام بنك فيصل الإسلامي المصري.

(٣)- المادة (٢١) من نظام بنك فيصل الإسلامي المصري. ويلاحظ أن الودائع الادخارية قد تصنف ضمن الودائع الاستثمارية في مصارف أخرى.

(٤)- انظر: المواد (٤٣، ٤٤، ٤٥ من نظام بيت التمويل الكويتي)، المواد (٥٣، ٥٤، ٥٥ من نظام بنك دبي الإسلامي)، المادتان (٥١، ٥٢ من نظام بنك البحرين)، المادة (٦٢ من نظام بنك سبأ الإسلامي).

١- ودائع استثمارية مقيدة، وتسمى في بعض المصارف (حساب استثمار مخصص).

٢- ودائع استثمارية مطلقة، وتسمى في بعض المصارف (حساب استثمار مشترك).

النوع الأول: الودائع الاستثمارية المقيدة

هي التي يفوض أصحابها المصرف باستثمارها في مشروع معين من مشاريع المصرف يختاره المودع (صناعي أو تجاري أو عقاري أو مالي أو غير ذلك)، ويلتزم المصرف بالاستثمار فيه، على أن يتحمل المودع نتائج ذلك الاستثمار. وينظم العقد المبرم بين المصرف والمودع شروط هذا الإيداع على أساس عقد المضاربة المقيد.^(١)

وفي هذا النوع من الودائع يتحدد ربح المودع في ضوء الأرباح الفعلية للمشروع الذي اختاره، وله أن يحدد مدة الوديعة أو لا يحددها. وفي حالة وجود خسائر يتحملها المودعون ما لم تكن ناشئة بسبب تعدي المصرف أو تقصيره أو مخالفته شروط العقد.

ويطلق على هذا المورد المالي في بعض المصارف (حسابات الاستثمار المخصص) وتشمل ((الودائع النقدية التي يتسلمها البنك من الراغبين في توكيله باستثمارها في مشروع محدد أو غرض معين، على أساس حصول المصرف على نسبة من صافي الأرباح دون أن يتحمل الخسارة الناشئة بلا تعد أو مخالفة)).

وفي هذا النوع يتحدد ربح المودع في ضوء الأرباح الفعلية للمشروع الذي اختار استثمار أمواله فيه، ويتم الفصل الحسابي لإيرادات ونفقات المشروع

(١)- المادة (٦٢ من نظام بنك سبأ الإسلامي)، المادة (٥٥ من نظام بنك دبي الإسلامي).

المحدد عن سائر إيرادات ونفقات الاستثمار المشترك^(١)، حيث تقيد إيرادات الاستثمار المخصص في حساب خاص، وتنزل منها النفقات المباشرة المتعلقة بعملية الاستثمار نفسها وتوزع على أصحاب الأموال، ومن ثم لا يتحمل هذا الحساب النفقات العامة للمصرف والنفقات الإدارية والمحاسبية.

وفيما يتعلق بسندات المقارضة، تكون الإيرادات الربحية والخسائر المرتبطة بأعمال التمويل والاستثمار المشترك مفصول حسابياً عن سائر الإيرادات والنفقات المرتبطة بأعمال الخدمات الأخرى التي يقدمها البنك. وكذلك الحال بالنسبة لإيرادات ونفقات الاستثمار المخصص، حيث يجري لكل مشروع معين حساب مستقل.^(٢)

وبلاحظ أن إدارة هذا النوع من الودائع المقيدة يمكن أن يتخذ صورتين:
الأولى: أن يقوم المصرف بإدارة أموال أصحاب الودائع الاستثمارية بصفته وكيلاً عنهم، وهذه الوكالة تكون على أساس حصول المصرف على نسبة متفق عليها من صافي ما يتحقق من أرباح ودون أن يتحمل الخسارة الناشئة بلا تعدٍ أو تقييد.^(٣)

والمصرف في هذا النوع من الودائع يمكن أن يكون مضارباً بعمله فقط ولا يشارك بحصة من أمواله الذاتية في الاستثمار. والمضاربة بهذا الوصف تكون من أقرب الصور إلى المضاربة الخاصة (الفردية) في الفقه الإسلامي. كما أن المصرف يمكن أن يكون مضارباً بعمله وشريكاً بحصة من أمواله الذاتية في الاستثمار، وتشارك هذه الأموال في نتائج الاستثمار.

(١) - المادة (١٣/د) من قانون البنك الإسلامي الأردني الملغي.

(٢) - المادتان (١٤، ١٨ من قانون إنشاء البنك الإسلامي الأردني الملغي).

(٣) - انظر: المادة (٢ من قانون البنك الإسلامي الأردني الملغي)، التقرير السنوي لبنك التضامن الإسلامي لسنة ٢٠٠٦، ص ٣٣، التقرير السنوي للبنك الإسلامي اليمني لسنة ٢٠٠٦، ص ١٥.

الثانية: أن يقوم المصرف بإدارة أموال أصحاب الودائع الاستثمارية بصفته وكيلاً بأجر مقطوع، ولا يشارك هذه الأموال في نتائج الاستثمار^(١)، وفي هذه الحالة يستحق أجره المقطوع بصرف النظر عن نتائج الأرباح والخسائر، على أساس أن إدارته للأموال المستثمرة لحساب أصحابها تعدّ من قبيل الخدمات المصرفية وليس من الأعمال المصرفية الاستثمارية.^(٢)

والظاهر أن قيام المصرف بإدارة هذه الودائع بصفته وكيلاً بأجر مقطوع (وكيل بعمولة)، إنما يخضع للقواعد العامة للوكالة، ولا يخضع لأحكام عقد المضاربة الشرعي، لأن ربح المضارب في هذا العقد يتحدد بنسبة من صافي الربح.

النوع الثاني: الودائع الاستثمارية المطلقة

أولاً: مفهوم الودائع الاستثمارية المطلقة

هي التي يفوض أصحابها المصرف في استثمارها وتدخل مع رأس المال العامل للمصرف (المخصص للاستثمار) في المشروعات التي يقوم بها سواءً بطريق مباشر أو بطريق تمويل مشروعات الغير. وينوب المصرف شرعاً عن مجموع المودعين في استثمار ودائعهم، ويكون له كافة الصلاحيات في تحديد أوجه النشاط الاستثماري، واختيار القائمين عليه دون تدخل المودعين في ذلك.^(٣)

(١) - التقرير السنوي لبنك التضامن الإسلامي لسنة ٢٠٠٦، ص ٣٣، التقرير السنوي للبنك الإسلامي اليمني لسنة ٢٠٠٦، ص ١٥.

(٢) - وذهب رأي إلى أن استثمار المصرف لأموال المودعين على أساس الوكالة قد يكون بنسبة من الربح وقد يكون بأجر مقطوع، انظر: محمود عبد الكريم أحمد إرشد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس - عمان، الأردن، ط ٢٠٠٧، ص ١٦٢.

(٣) - المادة (٢٢) من نظام بنك فيصل الإسلامي المصري).

وهذه الودائع تسمى في بعض المصارف^(١) (حسابات الاستثمار المشترك)، وتشمل (الودائع التي يتسلمها البنك من الراغبين في مشاركته فيما يقوم به من تمويل واستثمار منظم بشكل متعدد ومستمر على أساس حصول هذه الودائع على نسبة معينة مما يتحقق سنوياً من أرباح صافية حسب شروط الحساب الداخلة فيه).^(٢)

ويجري تصنيف حسابات الاستثمار المشترك إلى ثلاث فئات، حسب قيود السحب التي تخضع لها كل فئة، وهي: حسابات التوفير والإشعار والأجل. وفي هذه الأنواع من الحسابات يمنح أصحابها دفاتر السحب والإيداع، ولا يجوز استعمال الشيكات في سحب مبالغها. ويقرر مجلس الإدارة الشروط ونسب المشاركة العامة في أرباح الاستثمار لكل فئة من فئات الودائع، مع مراعاة مبدأ الفصل الحسابي للأرصدة المتحركة خلال العام.^(٣) وتعدّ الودائع الاستثمارية المطلقة بفئاتها المختلفة (لأجل، تحت إشعار، توفير) من أهم موارد الأموال لدى المصارف الإسلامية وكذلك المصارف التجارية.

(١)- في البنك الإسلامي الأردني، وفي بنك الشام السوري. أما الودائع المقيدة فيطلق عليها حسابات الاستثمار المخصص.

(٢)- المادتين (١٢،٢) من قانون البنك الإسلامي الأردني (الملغي)، المادة (٥٢) من قانون البنوك الأردني لعام ٢٠٠٠.

(٣)- المادة (١٣) من نظام البنك الإسلامي الأردني). حيث تكون مشاركة حسابات الأجل في نتائج أرباح الاستثمار بما يساوي النسبة التي يقررها مجلس الإدارة من قيمة كل وديعة بحساب أدنى رصيد خلال السنة المالية الداخلة فيه مع مراعاة احتساب المدة لكل سنة مالية حسب عدد الأشهر التي بقيت فيها الوديعة خلال السنة المالية ذات العلاقة. أنموذج طلب فتح حساب لأجل صادر عن المصرف ذاته. وتختلف نسب المشاركة في الأرباح تبعاً لنوع أو فئة الوديعة فمثلاً : إذا كانت لأجل نسبتها ٩٠% من قيمة الوديعة أو تحت إشعار ٧٠% من الحد الأدنى لرصيدها السنوي، وإذا كانت في حساب توفير تكون مشاركتها ٥٠% من الحد الأدنى لرصيدها السنوي.

وبصفة عامة يفترض أن يتضمن عقد الوديعة الاستثمارية عند إبرامه التفويض بالاستثمار وتحديد نسب المشاركة، وكيفية توزيع الأرباح، إضافة إلى الشروط المعهودة في فتح الحسابات المصرفية. وقد أجمل نظام بنك سبأ الإسلامي هذه الشروط، فأوجب أن يُحدد مُقَدِّمًا نسب تشغيل أموال المودعين مع رأس مال المصرف، وتحديد نسبة ربح كل طرف من صافي أرباح الاستثمار بنسبة معينة (%) للمودع (رب المال) والباقي يكون بنسبة معينة للمصرف (المضارب).

وتطبيقاً للقواعد الشرعية في المضاربة وشروط فتح حساب الودائع الاستثمارية المطلقة، يتحمل المودع الخسارة في استثمار أمواله حال حدوثها تطبيقاً لمبدأ "الوضعية على رأس المال" ما لم تكن هذه الخسارة ناجمة عن تقصير المصرف أو تعديّه. وفي هذه الحالة الأخيرة، يتحمل المصرف بوصفه مضارباً مشتركاً الخسائر عن أي سبب موجب لتضمينه، بما في ذلك حالات التعدي والتفريط الناشئة عن تصرفات أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين، وكذلك الموظفين وسائر العاملين في المصرف، وبعدّ في حكم التعدي الذي يسأل عنه المصرف، حالات التلاعب وإساءة الأمانة والتواطؤ مع الآخرين، وغيرها من صور الخروج عن حدود العمل الأمين في إدارة المضاربة المشتركة التي يقوم بها المصرف.^(١)

وفي حالة الخسارة الناشئة دون تعدي المصرف أو تقصيره، لا يضمن المصرف رد قيمة الحساب الاستثماري بالكامل، ولكن يشارك صاحب الحساب في الخسائر التي تتعرض لها عمليات الاستثمار انطلاقاً من القاعدة الشرعية (الغنم بالغرم). ويكون للمصرف حصتين من الربح عند تحققه، الأولى بوصفه صاحب مال، والثانية بوصفه مضارباً (مقابل إدارة المال).

(١) - المادة (٢٢) من قانون البنك الإسلامي الأردني).

ثانياً: حكم سحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول الأجل

القاعدة العامة في المصارف الإسلامية أن التفويض بالاستثمار قد يكون لمدة محددة في عقد الإيداع، وقد يكون لمدة غير محددة، وفي هذه الحالة الأخيرة، يحدد عقد الإيداع المدة اللازمة لإشعار المصرف قبلها بسحب الوديعة وتصفية الحساب الاستثماري الخاص بها.

أما إذا كانت الوديعة لمدة محددة، فالأصل هو عدم جواز سحبها قبل الموعد المحدد لها في العقد، واستثناء من ذلك، يجوز سحبها كلها أو جزء منها قبل حلول الأجل بناء على طلب المودع وبموافقة إدارة المصرف.

ويثور التساؤل عن مدى استحقاق المال المسحوب ربحاً أو تحمله خسارة عن الفترة التي بقيت فيها الوديعة في حيازة المصرف؟ إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي البحث في محورين أساسيين هما: النظم الأساسية للمصارف، وعقود فتح الحسابات الاستثمارية.

المحور الأول: حكم سحب الوديعة قبل حلول الأجل وفقاً للنظم الأساسية للمصارف.

أولاً: وفقاً لبعض أنظمة المصارف، يعدّ المودع متنازلاً عن حصته في الأرباح كلها أو بعضها عن السنة المالية التي يتم السحب خلالها وفقاً لما يقرره مجلس إدارة المصرف.^(١)

ويبدو أن منح مجلس الإدارة سلطة تقديرية مطلقة في هذا الشأن، يخلّ بمبادئ العدالة في توزيع الأرباح، ولا يمكن التسليم مبدئياً بسقوط حصة المودع من الأرباح، على أساس أن مبلغ الوديعة يكون قد ساهم في تحقيق الأرباح ويستحق جزءاً منها بالنظر إلى حجم الوديعة ومدة بقائها ومشاركتها في العمليات الاستثمارية. كما أن السلطة التقديرية المطلقة تخلّ بمبدأ المساواة بين

(١) - المادة (٣/٤٥) من نظام بيت التمويل الكويتي، المادة (٥٥) من نظام بنك دبي، المادة (٥١) من نظام بنك البحرين).

المودعين فيما لو قرر مجلس الإدارة (لاعتبارات شخصية) توزيع نسبة من الربح لبعض المودعين في وقت معين، وحرمان البعض الآخر، بحجة أن العقد قائم على أساس التراضي.^(١)

ويلاحظ أن بنك دبي ومن يسير على هذا النهج، ضمّن عقد فتح الحساب الاستثماري شرطاً يقضي بعدم جواز سحب الوديعة أو جزء منها، ومع ذلك لم يبين في هذا العقد حكم السحب قبل حلول الأجل من حيث استحقاق الربح من عدمه. ويرجع السبب في ذلك إلى أن العقد ذاته تضمن شرطاً يقضي بأن توقيع المودع على طلب فتح الحساب يفيد ضمناً أنه اطلع على النظام الأساسي.

وفي الحقيقة لو اطلع المودع على النظام الأساسي (وهو أمر نادر) لتفاجأ بأنه قد يحرم من الربح بحكم وصفه متنازلاً عن نصيبه في الأرباح كلها أو بعضها بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة لمجلس الإدارة. وتشتيت إرادة المودع على هذا النحو بين نظام المصرف وشروط عقد الوديعة الاستثمارية،

(١) - ويبدو أن هذا الحكم مبني على أساس التراضي، وأن الأجل مقرر لمصلحة المصرف ومن حقه أن يتمسك به ويعتبر الساحب متنازلاً عن الربح كله، ومن حقه أيضاً أن يتنازل عن حقه ويعتبر الساحب متنازلاً عن جزء من الربح فقط. وقرار مجلس الإدارة يبنى على ضوء تقدير مدى الضرر الذي يمكن أن يلحق بالمركز المالي للمصرف. وعلى فرض صحة ما ذهبنا إليه، فإن قرار الإدارة قد لا يبنى على أساس ما تقدم، لأن شخصية الساحب عادة ما تكون محل اعتبار بالنسبة للمصرف، فقد يكون للساحب تعاملات سابقة مع المصرف، أو يكون له أرصدة كبيرة في المصرف، وهذه الاعتبارات وغيرها تؤثر على قرار مجلس الإدارة، وقد يتعسف في اتخاذ هذا القرار، وهو ما يؤدي عملياً إلى محاباة بعض المودعين دون البعض الآخر، كما أن الافتراض بأن الأجل مقرر لمصلحة المصرف لا يحقق مبدأ العدالة للأسباب التي ذكرناها، وهذا المبدأ الأخير يفرض تحقيق المساواة بين المودعين من حيث استحقاق المبالغ المسحوبة للربح حسب حجم ومدة بقاء الوديعة لدى المصرف.

قد يعول عليه في الحكم بصحة العقد من حيث توفر ركن الرضا^(١)، غير أن هذا الوضع لا يحقق العدالة، لأنه تقرر لمصلحة المصرف فقط، وقد يؤدي إلى التضليل.^(٢)

ثانياً: طبقاً لأنظمة بعض المصارف، يحاسب المودع في حال سحب الوديعة على نصيبه في الأرباح وفقاً لما يقرره مجلس الإدارة.^(٣) وهذا الاتجاه يقرّ بأن المودع يستحق الربح، ومع ذلك يمنح مجلس الإدارة سلطة تقدير مطلقة في طريقة احتساب الربح.

ويلاحظ بصفة عامة أن طرق احتساب الأرباح في المصارف قد تخل بمبدأ العدالة في توزيع الأرباح وتنتقص من حقوق المودعين، وقد تحقق نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة لكل من المودعين والمصرف، بل إنها قد

(١)- وتفرعاً على ذلك حكم بأن العميل لا يلزم بهذه الشروط - توقيع العميل بيان يفيد أنه اطلع على شروط معينة وأنه قبلها، في حين أنه لم يطلع عليها فعلاً أو أنه لم يفهم المراد منها إلا متى أثبت البنك علم العميل بها بالفعل- ما لم تكن هذه الشروط ترديداً لعادة مصرفية تتوفر لها شروطها الملزمة، فيلتزم بها العميل بوصفها عادة لا بسبب توقيعه- استئناف بواتيه، ١٨ مارس، ١٩٥٤، دالوز، ١٩٥٥ قضاء - ٣٦٥- نقلاً عن: د. على جمال الدين، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ٢١، هامش (١).

(٢)- هذا الوضع دفع أحد الباحثين إلى القول إن بنك دبي طبق الأصل في عدم جواز سحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول الأجل- ولم يطبق الاستثناء - أي جواز سحبها في حالات خاصة بموافقة البنك. انظر: د. محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧٦. وفي الحقيقة لو اطلع هذا الباحث على نظام البنك لوجد أن المصرف وضع أصل القاعدة وكذلك الاستثناء.

(٣)- المادة (٢/٦٢) من نظام بنك سبأ الإسلامي، وبحسب شروط فتح حساب هذه الوديعة لدى هذا المصرف، تستحق الوديعة أرباحاً إذا أكملت ثلاثة أشهر من تاريخ الإيداع لكل مبلغ مودع لم يكمل العام بشروط حساب الادخار الاستثماري، راجع البند رقم (٥) من شروط فتح الحساب للوديعة الاستثمارية المطلقة نموذج رقم ١١٨٥٦.

تختلف من مصرف لآخر على مستوى الدولة الواحدة. وهذا ما سيتضح بيانه تباعاً.

المحور الثاني: حكم سحب الوديعة قبل حلول الأجل وفقاً لشروط فتح الحسابات الاستثمارية.

إذا سحب المودع مبلغ وديعته أو جزءاً منه قبل الموعد المحدد بموافقة المصرف، فإن مدى استحقاق المبلغ المسحوب للربح أو عدم استحقاقه كله أو جزء منه يختلف حكمه من مصرف لآخر حسب الشروط الواردة في العقد.

١- ففي بعض المصارف، يخسر الجزء المسحوب حقه في المشاركة في الأرباح اعتباراً من بداية السنة المالية التي سحب المبلغ فيها، ويعدّ المبلغ المسحوب من آخر وديعة تم إيداعها من العمل.^(١)

وهذا يعني في الأصل أن المبلغ الباقي بعد السحب هو الذي يشارك في ربح الاستثمار فقط، أما المبلغ المسحوب من الحساب فلا يشارك في الربح اعتباراً من بداية السنة المالية إلى تاريخ السحب (على افتراض أنه لم تودع مبالغ جديدة)، أو اعتباراً من بداية السنة المالية لآخر مبلغ تم إيداعه في الحساب، على أساس أن كل إيداع بمبلغ جديد يعدّ في ذاته وديعة مستقلة في تاريخها واحتساب أرباحها بشروط فتح الحساب الاستثماري. ويلاحظ أن النتيجة واحدة وهي أن المصرف تجاهل في احتساب الأرباح الفترة الزمنية للمبلغ المودع لدى المصرف، فلا يحتسب أي ربح عن المبلغ المسحوب من بداية السنة المالية التي تم فيها السحب، مما يعني أنه كلما كان تاريخ السحب أقرب فترة زمنية إلى بداية السنة المالية، قلت خسارة المودع، وكلما كان أقرب فترة زمنية إلى تاريخ انتهاء السنة المالية زادت خسارة المودع بسبب طول الفترة، وتزيد تبعاً لذلك درجة استفادة المصرف حسب حجم الوديعة ومدتها.

(١)- انظر: أنموذج شروط عقد فتح حساب استثماري لدى البنك الإسلامي الأردني.

٢- في بعض المصارف، يخسر المتعامل أرباح المبلغ المسحوب عن فترة الاستثمار.^(١)

ولا يختلف هذا الشرط عن سابقه، وهذا يعني أن المبلغ المسحوب قبل حلول الأجل لا يستحق أي نسبة من الربح بصرف النظر عن مدة بقاء الوديعة لدى المصرف ومدى مشاركتها في العمليات الاستثمارية ونتائجها. أما المبلغ المتبقي بعد السحب فيكون مستحقاً للربح عن فترة الاستثمار.

٣- تشترط بعض المصارف أن تعامل الوديعة المسحوبة معاملة حسابات التوفير لغرض احتساب نصيبها في الأرباح أو الخسائر. وبعدّ هذا الشرط جائزاً بالاتفاق بين الطرفين - طبقاً لفتوى بيت التمويل الكويتي - ويكون بمثابة تنازل عن الفرق بين نسب الربح المختلفة في الوديعة الاستثمارية المستمرة عنها في حساب التوفير.^(٢)

٤- لا تستحق الوديعة أرباحاً في بعض المصارف إلا إذا أكملت ثلاثة أشهر من تاريخ الإيداع لكل مبلغ يودع لم يكمل العام، بشروط حساب الوديعة الادخارية.^(٣)

وهذا يعني أن السنة المالية للمصرف تقسم إلى أربعة أرباع، وكل ربع يمثل ثلاثة أشهر، وفي حالة السحب من حساب الاستثمار قبل انتهاء ثلاثة أشهر من تاريخ الإيداع، لا يحتسب أي ربح عن المبلغ الذي تم سحبه، ويستفيد

(١)- شروط عقود الخدمات المصرفية وأحكامها في بنك الشام (شروط وأحكام الودائع) نشرة صادرة عن البنك ذاته، مرجع سابق، ص ٤.

(٢)- انظر: نماذج عقود فتح الحسابات الاستثمارية لدى كل من بنك التضامن الإسلامي (اليمن) وبيت التمويل الكويتي، انظر: الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، من إصدارات بيت التمويل الكويتي، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ - ١٩٨٦، ص ٨٨، رقم ٤٨، ٤٩.

(٣)- أنموذج شروط عقد حساب الودائع الاستثمارية لمدة عام في بنك سبأ، وفي بنك فيصل الإسلامي المصري، انظر الموقع الإلكتروني http://www.faisalbank.com.eg/FIB/Edkhar_٤.jsp.

المصرف من تلك الفترة. ويستحق المبلغ المسحوب حصة من الربح إذا ظل في حيازة المصرف لثلاثة أشهر من تاريخ إيداعه ولم يكمل العام، وفي هذه الحالة يحاسب كوديعة ادخارية، ويستفيد المصرف من فرق مبلغ الربح بين الوديعة الاستثمارية وبين الوديعة الادخارية على أساس أن هذه الأخيرة تكون نسبة أرباحها أقل من نسبة أرباح الوديعة الأولى بحكم طبيعتها، ومع ذلك يبدو أن احتساب الأرباح وفقاً لهذه الطريقة يعدّ أكثر عدالة من الطرق الأخرى.^(١) والجدير بالذكر أن جميع شروط احتساب الأرباح صحيحة من الناحية القانونية، إلا أن تحري العدالة هو أمر يستدعي بحث التفرقة في طرق احتساب الأرباح بين هذه المصارف.

يتضح مما سبق أنه باستثناء معاملة الوديعة المسحوبة معاملة حسابات التوفير لغرض احتساب نصيبها في الأرباح أو الخسائر (كشروط تضمنته العقود)، لا تختلف طرق احتساب أرباح الودائع المسحوبة أو جزء منها في هذه المصارف عن الطرق المقررة في المصارف التجارية بحسب السلطة الممنوحة لمجلس الإدارة كأصل عام، وأغلب هذه الطرق في احتساب الأرباح لا تحقق مبدأ العدالة، وإن كان ذلك بشكل متفاوت سواء من حيث تجاهل الفترات الزمنية التي قضتها الوديعة لدى المصرف أو من حيث طول الفترة الزمنية لقسمة وتوزيع الأرباح والخسائر. كما أن صياغة بنود بعض هذه العقود يكتنفها الغموض، فعلى سبيل المثال لم توضح أغلب المصارف حكم احتساب أرباح

(١) - فعلى سبيل المثال - حسب ما فهمت - إذا تم السحب في نهاية الشهر الحادي عشر (قبل نهاية العام) يتم احتساب الربح على فترة بقاء الوديعة لدى المصرف وهي تسعة أشهر، غير أن نسبة ربح المبلغ المسحوب تكون أقل، لأنها تحسب بشروط الوديعة الادخارية. وبذلك يستفيد المصرف من فترة الثلاثة أشهر، فضلاً عن استفادته من فارق الربح بين الوديعة الاستثمارية لمدة عام، والوديعة الادخارية التي تكون نسبة أرباحها أقل بحكم طبيعتها، ونسبة المبلغ المستثمر منها يكون أقل بسبب ما يقتطع منها كاحتياطي، والسماح بسحبها في أي وقت.

المبلغ المتبقي بعد السحب، هل يتم احتسابه بدءاً من تاريخ السحب على أساس أنه وديعة جديدة، أم يتم احتسابه من بداية السنة المالية التي تم فيها فتح الحساب ؟

ويبدو أن سحب مبلغ الوديعة كاملاً يعامل معاملة الجزء المسحوب من حيث استحقاق الربح في كل مصرف، كما أن مدى استحقاق المبلغ المتبقي بعد السحب للربح يتوقف على الحد الأدنى لقبول الوديعة واستحقاقها للربح، فقد يستحق نسبة من الربح إذا كان ضمن الحد المشروط، وقد لا يستحق أي نسبة إذا قل عن ذلك الحد.

ثالثاً: نظام قبول الودائع الاستثمارية المطلقة وفقاً لشروط العقد (فتح الحسابات الاستثمارية).

يشترط بوجه عام في الوديعة توفر عنصرين لكي تصبح وديعة استثمارية بالمعنى المتعارف عليه وهما: ١- الزمن. ٢- مبلغ الوديعة.

١- الزمن: يشترط أن تبقى الوديعة الاستثمارية في المصرف لفترة محددة من الزمن.

٢- مبلغ الوديعة: يشترط ألا يقل حجم الوديعة عن مبلغ معين سواء بالعملة المحلية أو الأجنبية.^(١)

وتعامل الوديعة الاستثمارية حسب الشروط الخاصة بها في كل مصرف، حيث يفتح حساب وديعة استثمارية للأشخاص الراغبين في الاستثمار إما بالذات أو بوساطة من يمثلونهم بصفة رسمية، ويتضمن هذا الحساب شروطاً تهدف إلى تنظيم العلاقة القانونية لأطراف عقد الوديعة.

(١)- د. مصطفى كمال السيد طاهيل، البنوك الإسلامية-المنهج والتطبيق- ج ١، دار النشر "بدون"،

وعادة ما تضع بعض المصارف الإسلامية حداً أدنى لقبول مبلغ الوديعة الاستثمارية واستحقاقها للربح، يخضع لما تقرره إدارة المصرف وقت الإيداع، أما المبلغ الإضافي الذي يودع بعد ذلك فلا يشارك في الأرباح إلا إذا بلغ الحد الأدنى لقبول الوديعة. وبمعنى آخر في حالة الإيداع المجزأ، يعدّ كل مبلغ مودع في تاريخ معين وديعة استثمارية قائمة بذاتها، ومن ثم لا تستحق الربح إلا إذا كانت بواقع الحد الأدنى لقبول الوديعة أو أكثر.^(١)

وهذا يعني أنه كلما قام العميل بإيداع مبالغ جديدة في الحساب نفسه لا تعدّ هذه المبالغ عقوداً مستقلة عن العقد السابق، وإنما تعتبر عقداً واحداً مستمراً، بشرط أن يكون المبلغ المضاف بواقع الحد الأدنى لقبول الوديعة. ولا تختلف هذه النتيجة سواء كان المصرف إسلامياً أو تجارياً.

وتقوم المصارف بتسليم المودع دفترًا لبيان مدفوعاته ومسحوباته أو شهادة إيداع بقيمة المبلغ المودع (يحمل-أو تحمل) توقعات الموظفين المخولين بالتوقيع ومختومة بشعار المصرف، ومع ذلك تعدّ سجلات المصارف دون الدفاتر هي البيئة القاطعة لإثبات الرصيد وحركة الحساب.^(٢)

وتعدّ سجلات المصرف هي الدليل على صحة رصيد المتعامل، وإذا ادعى عكس ذلك، فعليه عبء إثبات ما يدعيه.

(١)- انظر: المادة (١٧) من نظام بنك فيصل الإسلامي المصري)، نماذج فتح حساب وديعة استثمارية مطلقة لكل من بنك سبأ الإسلامي اليمني، بنك التضامن الإسلامي اليمني، البنك الإسلامي الأردني، بنك دبي الإسلامي، وكذلك بنك دبي، تعريف عام بأهدافه وأنشطته، مرجع سابق، ص ٩.

(٢)- انظر: شروط فتح الحسابات الاستثمارية المطلقة لكل من بنك سبأ، وبنك دبي، والبنك الإسلامي الأردني. ويمنح المودع شهادة إيداع بالمبلغ المستثمر، ولا يجوز تحويلها أو تظهيرها للغير إلا بموافقة خطية من بنك الشام. راجع: شروط عقود الخدمات المصرفية، نشرة صادرة عن بنك الشام، ص ٤.

وتختلف إجراءات ومواعيد قبول الودائع وبدء سريان احتساب أرباحها من مصرف إسلامي لآخر وذلك على النحو التالي:

أ- تقبل الودائع الاستثمارية في أغلب المصارف الإسلامية في أي يوم من أيام العمل على مدار العام، ويبدأ سريان مدة الاستثمار من تاريخ أول يوم عمل لاحق لتاريخ الإيداع النقدي لمبلغ الوديعة، أو لتاريخ التحويل من الحسابات الجارية أو التوفير المفتوحة لدى المصرف، أو من تاريخ أول يوم عمل لاحق لتاريخ التحصيل الفعلي للشيكات المسحوبة على مصارف أخرى.^(١)

ب- يبدأ قبول الوديعة لأجل في بعض المصارف في أي يوم من السنة، ويشارك المبلغ المودع في الأرباح بدءاً من بداية الشهر التالي للإيداع، وتكون مشاركة هذه الحسابات بنسبة يحددها مجلس الإدارة من قيمة الوديعة بحسب أدنى رصيد خلال السنة المالية الداخلة فيه، مع مراعاة احتساب المدة لكل سنة مالية حسب عدد الأشهر التي بقيت فيها الوديعة خلال السنة المالية ذات العلاقة.^(٢)

(١)- انظر: شروط فتح الحسابات الاستثمارية لبنكي سبأ والتضامن، وفي بنك الشام، يبدأ الاستثمار من يوم العمل التالي إن كان بالعملة المحلية، راجع: شروط عقود الخدمات المصرفية وأحكامها نشرة صادرة عن بنك الشام، ص ٤.

(٢)- أنموذج البنك الإسلامي الأردني، وبنك فيصل المصرفي انظر: www.faisalbank.com.eg/FIB/Edkhar-٤.jsp

ج- تضع بعض المصارف حداً أدنى للرصيد وحداً أعلى للمبلغ المشارك في الاستثمار، وتبدأ مشاركة الوديعة في الاستثمار بدءاً من اليوم الأول والعاشر والعشرين من كل شهر، حسب تاريخ الإيداع.^(١) ويلاحظ أن احتساب الأرباح من بداية الشهر التالي إنما يتم بحجة تجميع الودائع الاستثمارية والبحث عن فرص لاستثمارها. وفي الحقيقة أن ما يجري فعلاً هو أن هذه المصارف تقوم بخلط الودائع الجديدة بالودائع السابقة كل يوم، ثم تقوم بالسحب منها لتمويل نشاطها الاستثماري بصرف النظر عما إذا كانت مدة الشهر قد انتهت أو لا، ومن ثم ليس هناك ما يسوّغ اتباع هذا الأسلوب لاحتساب الأرباح.^(٢)

وعلى ذلك فإن احتساب الربح من اليوم التالي للإيداع (كما ورد في الفقرة- أ-) يعد من أكثر الأساليب المتبعة عدالة، وينبغي على المصارف الأخرى اتباع هذا الأسلوب.

وكقاعدة عامة، تقبل المصارف بصورة مستمرة مبالغ الودائع المتدفقة عليها من العملاء بعد بدء النشاط، على أساس الخلط المتلاحق للأموال وإضافتها مع أموالها الذاتية إلى وعاء واحد، وتمويل العمليات الاستثمارية المختلفة منه دون تمييز بين مصادر الأموال والمشروعات التي وجهت لتمويلها. ونظراً لقابلية الودائع للسحب والإيداع وتفاوت المواعيد في تقديمها على مدار العام، فإن

(١)- أنموذج طلب فتح حساب وديعة استثمارية مع شروطه في بنك دبي الإسلامي. ويستلم المودع شهادة بقيمة المبلغ المودع للاستثمار، وهذه الشهادة اسمية لا يجوز تحويلها أو تظهيرها للغير إلا بعلم المصرف وموافقته.

(٢)- انظر في هذا المعنى: لطف محمد عبد الله السرحي، مشكلات احتساب الأرباح وتوزيعها في البنوك الإسلامية، بحث قدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، ١٩٩٤-١٩٩٥، ص ١٧١.

حساب الأرباح قد يتم بطريق النمر أو الأعداد (المبلغ × عدد الأيام) حسب حجم ومدة بقاء الوديعة لدى المصرف.^(١)

وبذلك لا تختلف المصارف الإسلامية عن المصارف التجارية في قبولها للأموال بشكل مستمر والسماح بسحب الأموال قبل الأجل بموافقة المصرف وطريقة حساب الأرباح، والاعتماد على طريقة الأعداد أو النمر لحساب مدة الاستثمار كما هو الحال في المصارف التجارية.

وإذا كانت المصارف تستثمر أموالها وأموال المودعين في وعاء واحد، غير أن الوديعة الاستثمارية لا تدخل كلها في الاستثمار، ولا يتم احتساب الربح على كامل مبلغ الوديعة في بعض المصارف، لسببين^(٢):

الأول: اشتراط المصرف المركزي إيداع نسبة من هذه الودائع لديه كاحتياطي إلزامي (١٠% مثلاً) يخضع لما يقرره من وقت لآخر. ولا يكون لهذه النسبة أي عائد للبنك، ومن ثم ليس لأصحابها أي عائد أيضاً.

الثاني: يحتفظ المصرف الإسلامي بجزء من مبالغ الودائع الاستثمارية لديه كاحتياطي سيولة (٥% مثلاً) لمواجهة طلبات السحب، ويستثمر الجزء الباقي. ويبدو أنه إذ كان المصرف يمنح نسبة الربح على مبلغ الوديعة بكامله، فلا يكون ملتزماً برد مبلغ الوديعة في حالة تحقق الخسارة. أما إذا كان الجزء غير

(١)- د. حسين شحاتة، محمد عبد الحكيم زعير، المصارف الإسلامية بين الفكر والتطبيق، سلسلة بحوث ودراسات في الاقتصاد الإسلامي، بدون دار نشر، دون تاريخ، ص ١٢٧. ونظراً لنشاط المصرف المستمر فإنه يصار إلى التضيض الحكمي نهاية كل فترة، بمعنى تحقيق ما يتم تصفيته من معاملات خلال السنة المالية الواحدة كوحدة متكاملة حيث تصفى عمليات المضاربة، فما يتحقق من ربح نتيجة تصفية المضاربة وما يتحقق من ربح في عمليات المشاركة، وما يتحقق من أرباح في عمليات المربحة يدخل في حساب واحد وهو حساب إيرادات الاستثمار، ثم توزع من هذه الإيرادات على المودعين بقدر ما يستحقون بحسب نوع الحساب وبحسب المدة والمبلغ الذي قدموه للاستثمار.

(٢)- شروط فتح حساب وديعة استثمارية في بنك التضامن الإسلامي، وفي البنك الإسلامي الأردني.

المستثمر (الاحتياطي) لا يدخل في احتساب الربح، فإنه لا يشارك في الخسارة، لأن احتساب الربح والخسارة إنما يكون بنسبة المبلغ المشارك إلى جملة الأموال المشاركة في الاستثمار. ولكن هل يلتزم المصرف برد الجزء غير المستثمر في حالة الخسارة؟ لم تفصح عقود الاستثمار والنظم الأساسية للمصارف عن إجابة هذا السؤال، غير أن شروط عقد الوديعة الاستثمارية لدى بنك الشام بينت أنه إذا ما تم استثمار النسبة الباقية من قيمة الوديعة (الاحتياطيات) فإن ربحها يكون للمودعين والمساهمين حسب نسبة أرباح كل منهما^(١).

وهذا يعني أن المصرف إذا ما حصل على أرباح عن تلك الاحتياطيات نتيجة لاستثمار المصرف المركزي لها، فإنها توزع على الأموال المشاركة في الاستثمار، وبمفهوم المخالفة إذا لم تحصل المصارف على أية أرباح من تلك الاحتياطيات، فإنها تمنح الربح على الجزء المستثمر من الوديعة فقط.

وحتى لا تظل المسألة اختيارية على هذا النحو، ينبغي على المشرع السوري أن يتدخل لحسم هذه المسألة ويلزم المصرف المركزي باستثمار تلك الاحتياطيات بالطرق الشرعية، وفي هذه الحالة تلتزم المصارف بمنح الربح عن مبلغ الوديعة كاملاً. وفي ظل عدم وجود نصوص ملزمة، تظل هذه المسألة

(١) - شروط عقود الخدمات المصرفية وأحكامها، نشرة صادرة عن بنك الشام، مرجع سابق، ص ٤. وقد بينت هذه الشروط بأن الحد الأدنى والحد الأعلى للمبلغ المستثمر يخضع لما تقرره إدارة البنك، ويستثمر البنك الودائع الاستثمارية للفترات الاستثمارية المختلفة وفق الأوزان التالية (ودائع لمدة: سنتين (٩٠%)، لمدة سنة (٨٨%)، لمدة ٦ أشهر (٨٤%)، لمدة ٣ أشهر (٨%) أما النسبة الباقية من قيمة الوديعة فإنها إن استثمرت، فإن ربحها يكون للمودعين والمساهمين بحسب أرباح كل منهما، ويتحمل المتعامل نسبة محددة من مصاريف المضاربة وفق الآلية التي توافق عليها هيئة الرقابة الشرعية مع وجوب الإفصاح عن تفاصيل هذه المصاريف ومكوناتها. وتضاف أرباح الوديعة الاستثمارية إلى حساب المودع (الجاري/ الادخاري) بعد موافقة الجهات المختصة على توزيع الأرباح.

خاضعة لرقابة مجلس النقد السوري، وفي هذه الحالة ينبغي عليه أن يلزم المصارف بالإفصاح عن الإجراء المتبع وتضمينه في بنود العقد. وقد ذهب رأي في الفقه إلى إمكانية اعتبار الاحتياطي المقتطع قرض مضمون للمودع، وأنه يجوز الجمع بين القرض والمضاربة لجواز كل منهما بانفراده.^(١)

وهذا يعني من الناحية النظرية أنه يقع على المصرف التزام برد النسبة المقتطعة كاحتياطي. والأولى من وجهة نظر الباحث أن يتم احتساب الربح على كامل مبلغ الوديعة، خاصة إذا كانت المصارف تستفيد من عوائد الاحتياطيات المودعة لدى المصرف المركزي بحكم القانون الذي يفرض عليه استثمار تلك الاحتياطيات وفقاً لآلية عمل المصارف الإسلامية كما هو الحال في القانون اليمني، وهذا ما سنوضحه تباعاً.

وأياً كان التكييف الفقهي للمبالغ المستقطعة كاحتياطيات، فالمشكلة تكمن في أن عقود الاستثمار لا تتضمن أي التزام على المصرف برد المبلغ المستقطع (الاحتياطي) على أساس أنه قرض، أو عدم ضمان رده على أساس أن الربح يحسب على مبلغ الوديعة كاملاً.

وتلتزم بعض المصارف بالنص في بنود عقد الوديعة على كيفية توزيع الأرباح- دون تفصيل نوعية المصروفات والمخصصات- حيث يقضي العقد بأن يتم توزيع صافي الأرباح المحققة- بعد خصم المخصصات والاستهلاك وإجمالي المصروفات- بين المودعين والمصرف بنسبة معينة تحدد ابتداءً للمودع (رب المال) ونسبة أخرى (%) للمصرف بصفته مضارباً، وفي حالة الخسارة، يتحملها أصحاب الودائع كل بنسبة وديعته إلى جملة الأموال

(١)- محمود عبد الكريم إرشد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، مرجع سابق،

المستثمرة. ما لم يثبت أن المصرف قصر أو تعدّى أو خالف شروط المضاربة.^(١)

وبموجب عقود حساب الودائع الاستثمارية لدى أغلب المصارف، يتعهد العميل بأنه إذا سحب وديعته الاستثمارية بعد انتهاء مدتها وقبل (اعتماد الجمعية العمومية للميزانية) أو قبل (أن تتحقق الأرباح في نهاية كل سنة مالية؛ فإنه يتحمل أي خسائر قد تظهر بعد اعتماد الميزانية أو بعد أن تتحقق الأرباح.^(٢)

ويلاحظ أن المصارف التي تضع هذا الشرط في نماذج عقود الودائع الاستثمارية تتميز به عن غيرها من المصارف سواء كانت إسلامية أو تجارية، ومن وجهة نظر الباحث فإن لهذا الشرط بعض المزايا ومع ذلك لا يخلو من بعض المآخذ أو العيوب.

فمن مزايا وجوده أنه يتوافق من حيث الأصل مع مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر، على أساس أن المبلغ المسحوب يشارك في الخسارة التي قد تظهر بعد اعتماد الميزانية. كما أن وجود هذا الشرط ينفي القول بأن سماح المصرف بالسحب يفيد ضمناً أنه ضامن للمبلغ المسحوب ونسبة من الربح. إلا أن ما يؤخذ على هذا الشرط أنه لا يحقق مبدأ العدالة، لأنه لم يراع مصلحة المودع في إمكانية حصوله على نسبة من الربح بعد اعتماد الميزانية، وهذه النسبة قد تزيد عن نسبة استحقاقه للربح وقت سحب الوديعة. وتحقيقاً لمبدأ

(١) - أنموذج شروط فتح حساب وديعة استثمارية مطلقة في كل من بنك سبأ. ويلتزم بنك دبي (حسب العقد) وبنك الشام بتحديد نسب الأرباح في عقد الحساب الاستثماري، نشرة عقود الخدمات المصرفية صادرة عن بنك الشام، مرجع سابق، ص ٤.

(٢) - انظر على سبيل المثال: نماذج وشروط فتح حساب وديعة استثمارية لبنك دبي الإسلامي، بنك التضامن الإسلامي، البنك الإسلامي الأردني، وعلى العكس من ذلك، لم يتضمن عقد الودائع الاستثمارية في بنك سبأ مثل هذا الشرط.

التوازن في حقوق والتزامات أطراف العقد، يبدو للباحث أنه كان من المفترض ألا يتضمن العقد وجود التزام على المودع مقرر لمصلحة المصرف فقط، وإنما لأبداً أيضاً من وجود التزام مقابل على المصرف يتم إقراره لمصلحة المودع، وذلك بأن يتعهد المصرف بأن يمنح المودع -بعد اعتماد الموازنة- أي نسبة من الربح تزيد عن النسبة التي حصل عليها وقت السحب.

ويلاحظ أن الوديعة الاستثمارية قد تستحق حصة من الأرباح رغم عدم مشاركتها الفعلية في الاستثمار، ذلك أن الإيداع قد يتم خلال السنة المالية، ويتم تصفية العمليات الاستثمارية وتوزيع الأرباح بشكل دوري نهاية كل (٣) أشهر أو ٦ أشهر، أو نهاية السنة المالية) وتتداخل السنوات المالية حسب مدة كل وديعة، ومن ثم قد تشارك الوديعة في أرباح لا تخصها وإنما تخص الأموال المشاركة الأخرى، ولذلك تلجأ بعض المصارف إلى حساب الأرباح بطريقة النمر - حسب حجم ومدة بقاء الوديعة لدى المصرف، غير أن استحقاق الربح رغم عدم المشاركة في الاستثمار ليس قاعدة عامة بالنسبة لجميع المصارف، لأن هناك طرق عدة لاحتساب الأرباح في حالة تداخل السنة المالية للمصرف وبدأ السنة المالية للوديعة.

وبحسب شروط عقد الاستثمار في أغلب المصارف، يتجدد استثمار الوديعة تلقائياً بعد انتهاء مدتها وبنفس الشروط ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر خطياً قبل فترة محددة من تاريخ انتهاء مدة الوديعة، وحينئذ يحق للمودع سحب وديعته. ولا يجوز للمصرف تغيير شروط عقد الحساب الاستثماري بالإضافة أو التعديل أو الحذف إلا إذا أعلم المودع خطياً قبل تاريخ معين من انتهاء مدة الوديعة، وللمودع أن يستمر في الاستثمار طبقاً للشروط الجديدة أو ينهي عقده الاستثماري مع نهاية مدة الوديعة، ويحق للمصرف الامتناع عن

فتح الحساب ابتداء دون إلزام بإبداء الأسباب^(١)، ذلك أن عقد فتح الحساب قائم على الاعتبار الشخصي، وينشئ علاقة مستمرة بين العميل والمصرف، ويحرص هذا الأخير على اختيار عملائه بعد فحص وتحري.

غير أن طريقة إخطار المصرف للعميل بعدم رغبته في تجديد استثمار الوديعة أو تعديل شروطها أو شروط استثمارها هو أمر اختياري في بعض المصارف، إذ يمكن إخطار العميل كتابة أو بأي وسيلة من وسائل الإعلان العامة كالصحف الرئيسية أو يتم في صالاته المصرفية.^(٢)

وحساب صاحب الوديعة لدى المصرف سري، فلا يجوز لغيره الاطلاع عليه إلا بتفويض خطي منه أو بأمر من السلطات المختصة أو بحكم قضائي. وفي حالة وفاة صاحب الوديعة أو فقدان أهليته، تسري شروط الوديعة على وارثه أو ولي أمره.

رابعاً: نظام قبول الودائع الادخارية في المصارف الإسلامية

لا يختلف مفهوم الودائع الادخارية وهدفها الاقتصادي عن مفهومها في المصارف (التجارية)، فهي حسابات يقصد بها تشجيع صغار المستثمرين على المشاركة في عمليات الاستثمار عن طريق السماح بالإيداع والسحب المقيد جزئياً حسب شروط العقد. وتسعى المصارف إلى زيادة حجم أرصدها واستخدامها في عمليات التمويل، والاستفادة من سيولتها بشكل أو بآخر، ولكن الاختلاف الأهم يكمن في أن المصارف الإسلامية لا تدفع فوائد عن هذه

(١) - شروط فتح حساب وديعة استثمارية في بنك دبي، وطبقاً لأحكام الوديعة الاستثمارية في بنك الشام، تجدد الوديعة تلقائياً وفقاً للشروط المتفق عليها ما لم تصدر تعليمات المتعامل قبل ١٥ يوماً من تاريخ انتهاء فترة الاستثمار، نموذج شروط عقود الخدمات المصرفية وأحكامها في بنك الشام، مرجع سابق، ص ٤.

(٢) - انظر شروط فتح حساب استثماري في بنك سبأ.

المدخرات لأنها محرمة شرعاً^(١)، وتجزئ بعض المصارف لصاحب الحساب الادخاري أن يحوله إلى حساب استثماري في عمليات المضاربة أو غيرها من الأنشطة التجارية التي يختارها صاحب الحساب، ويأخذ صاحب الوديعة نصيبه من عائد الاستثمار الذي يشره المصرف، على أساس تفويض هذا الأخير في استثمار أمواله على أساس المضاربة الشرعية المطلقة. ويحتفظ المصرف بجزء من مبلغ الوديعة كاحتياطي إلزامي، وجزء آخر يحتجز كاحتياطي سيولة، وفي كلا الحالتين سواء كانت الوديعة بدون عائد أو كانت بغرض الاستثمار، فإن لصاحب دفتر التوفير أن يسحب حسابه كله متى أراد بالشروط المقررة في العقد.

وقد ذهب رأي في الفقه إلى أن نسبة الأرباح العائدة لهذه الودائع بالمقارنة مع المبالغ المودعة لا تحدد مسبقاً، وهي متغيرة ولا يمكن للمصرف أن يتعهد مسبقاً بنسبة محددة.^(٢)

وبمعنى آخر فإن تحديد نصيب المصرف من الأرباح ابتداءً عند إبرام العقد هو شرط من شروط صحة المضاربة الشرعية، وعدم تحديد نصيب المصرف (المضارب) بحصة شائعة من الأرباح قد يؤدي إلى فساد العلاقة

(١) - وتقوم بعض المصارف الإسلامية بمنح مزايا تشجيعية للمدخرين بهدف زيادة أرصدها ومن ثم زيادة حجم الاستثمارات، ومن هذه المزايا: أولوية الاستفادة من القروض الحسنة لأصحاب الودائع الاستثمارية، وأولويتهم في الاكتتاب بأسهم الشركات التي تنشئها المصارف وغير ذلك من الحوافز. انظر: د. مصطفى كمال طایل، البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧٠. وذهب رأي في الفقه إلى أن التعود على تقديم المكافآت مع نية تشجيع الإيداع رغم عدم اشتراطها المسبق، يخرج العملية عن نطاق المشروعية لتوفر شبهة الربا، راجع: د. جمال الدين عطية، مرجع سابق، ص ٩٣ وما بعدها.

(٢) - د. عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، رسالة دكتوراه منشورة، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ٢٠٠٠، ص ٢٤٦.

التعاقدية. والمشكلة أن المصرف لا يكون في مقدوره (أحياناً) أن يحدد نسبته بصفته مضارباً، فهل يعني ذلك أن العقد لا يكون مقبولاً وتكون العلاقة فاسدة (باطلة)؟

ذهب رأي في الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل إلى أن العبرة تكون بالإعلان عن النسبة المذكورة عند بداية التعامل (عند إبرام العقد) في بداية العام مثلاً، حيث تحدد النسبة كسقف أعلى - في استثمار فتح الحساب - وذلك بالنص على أن نصيب المصرف لا يتجاوز نسبة (%) من الأرباح المتوقعة، مما يُعطي المصرف مرونة في تحديد نصيبه من الأرباح، وعندئذ يجوز له تخفيض نصيبه إذا شاء تبرعاً منه للمودعين إذا قلت أرباحهم في سنة من السنوات.^(١)

ويلحظ أن هذا الرأي يشير إلى وجود إشكالية في تفاوت نسب الأرباح بين المساهمين والمودعين في بعض المصارف الإسلامية، ويكمن الحل من وجهة نظر الرأي السابق في أن يتبرع المصرف للمودعين بنسبة من الأرباح. إلا أن ما يجري عليه العمل في المصارف هو تكوين احتياطي لموازنة الأرباح والخسائر، وهذا ما سنبينه في المطلب التالي.

ولا تختلف المصارف الإسلامية عن المصارف التجارية من حيث إمكانية وضع حد أدنى للرصيد المسموح بإيداعه أو حد أعلى يخضع لما تقرره إدارة المصرف، وإمكانية اعتبار المبلغ المودع زيادة عن الحد المقرر وديعة عادية لا تدخل في حساب الاستثمار حسب الاتفاق.

ففي بعض المصارف يتم فتح حساب توفير للعميل أو من يمثله، ويسلم له دفترًا خاصاً لبيان مدفوعاته ومسحوباته، ويكون السحب من الحساب شخصياً

(١) - انظر: د. الغريب ناصر، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، وقائع ندوة البنوك الإسلامية ودورها في تنمية اقتصاديات المغرب العربي، مرجع سابق، ص ٣٣٦.

أو من قبل الشخص المفوض بوكالة صادرة عن البنك، ولا يسمح بإصدار شيكات للسحب من الحساب. ويخضع الحد الأدنى للرصيد الافتتاحي والحد الأدنى للمبالغ المسموح بسحبها أو إيداعها للقرارات الإدارية للبنك عند فتح الحساب. وتكون مشاركة حسابات التوفير في نتائج أرباح أو خسائر المصرف مبنية على أساس النسبة التي تقررها إدارة المصرف لإشراكها في عمليات الاستثمار، وهي تساوي نسبة (%) من أدنى رصيد يحتفظ به خلال كل شهر على حدة. ويبدأ حساب المشاركة في أرباح أو خسائر البنك اعتباراً من بداية الشهر التالي للشهر الذي يتم فيه الإيداع^(١)، وتخسر المبالغ المسحوبة نصيبها من المشاركة ابتداءً من بداية الشهر الذي يتم فيه السحب من الحساب. ويلزم العميل بالإبقاء على مبلغ وقدره (... ريال أو \$...) ليظل الحساب قائماً ولا يتم السحب الكامل للرصيد إلا عند رغبة العميل بإغلاق حسابه.^(٢)

وتقيد بعض المصارف السحب بمرة واحدة في الشهر، فإن سحب المودع أكثر من مرة، فإن نصيبه من الربح يسقط في ذلك الشهر. وتحسب الأرباح على أقل رصيد خلال الشهر.^(٣)

(١)- ويلاحظ بشكل عام أن الحد المستثمر قد يبلغ (٥٠ %) من مبلغ الوديعة ويخصص الباقي كاحتياطات. راجع في ميعاد احتساب الربح أنموذج فتح حساب ادخار استثماري لدى كل من بنك التضامن الإسلامي اليمني، بنك دبي الإسلامي.

(٢)- أنموذج فتح حساب ادخار استثماري لدى بنك التضامن الإسلامي اليمني.

(٣)- انظر: بنك دبي الإسلامي، تعريف عام، مرجع سابق، ص ٨. وطبقاً لشروط فتح الحساب الادخاري، يجب ألا يقل رصيد الحساب عن ٢٥ درهماً، وتبدأ مشاركة المبالغ المودعة في الاستثمار بدءاً من ألف درهم، ويخضع الحد الأعلى المشارك في الاستثمار لما تقرره إدارة المصرف، ويستثمر المصرف ٥٠% من قيمة المبالغ المدخر بغرض الاستثمار، ويوزع صافي الأرباح بالنسبة المتفق عليها بين رب المال والمصرف، وفي حالة الخسارة يتحملها المدخر ما لم يثبت أن المصرف قصر أو تعدى أو خالف شروط المضاربة، ويتم استثمار أموال المصرف وأموال المدخرين في وعاء واحد. وهذه النسب قابلة للتغيير

وفي بعض المصارف يخضع الحد الأدنى والأعلى لحساب الادخار الاستثماري لما تقرره إدارة البنك وقت الإيداع، وتكون مدة الحساب عام ميلادي، وتبدأ مشاركة الحساب في الاستثمار من اليوم التالي للإيداع، ولا تستحق الوديعة أرباحاً إلا إذا أكملت ثلاثة أشهر من تاريخ الإيداع لكل مبلغ مودع، ويحق لصاحب الحساب سحب وديعته أو جزء منها قبل انتهاء مدتها المحددة في أي وقت يشاء حسب شروط العقد. ويستثمر البنك نسبة (٥٠%) مثلاً من رصيد حساب الادخار، وتجنب النسبة الباقية كاحتياطات، ويتم توزيع صافي الأرباح بالنسب المتفق عليها، ويحدد عائد الحساب بنسبة مبلغ الحساب إلى جملة الأموال المستثمرة.^(١)

وتضع بعض المصارف، حداً أدنى للرصيد المعتبر لغايات المشاركة في نتائج أرباح الاستثمار وبعد المودع منسحباً من المشاركة إذا قلّ الرصيد في أي شهر من الشهور خلال السنة الواحدة عن هذا الحد المقرر. ويكون السحب دون إخطار بحد أدنى لا يقل عن مبلغ معين، وحد أعلى لا يزيد عن مبلغ معين، فإن تجاوز السحب هذا الحد، ينبغي إخطار المصرف بذلك قبل التاريخ المحدد لإجراء السحب.^(٢)

وفي بعض المصارف يبدأ استثمار المبالغ المودعة في الحساب من اليوم التالي ليوم الإيداع للعملة المحلية، ويتم احتساب أرباح حساب الادخار الاستثماري على متوسط الرصيد اليومي، ويستثمر رصيد الحساب الادخاري في الوعاء الاستثماري المشترك بين المساهمين والمودعين، ويستثمر المصرف نسبة (٥٠%) من قيمة الوديعة مثلاً، وتوزع الأرباح الصافية للوعاء بنسبة الأموال المستثمرة لكل منهم، ويستحق المصرف (٣٠%) من أرباح المودعين

(١) - أنموذج حساب وديعة ادخار استثماري رقم ٦٨٧٠ صادر عن بنك سبأ الإسلامي.

(٢) - وفقاً لأنموذج طلب فتح حساب في البنك الإسلامي الأردني.

بصفته مضارباً، أما النسبة الباقية من قيمة الوديعة فإنها إذا استثمرت، تكون أرباحها للمودعين والمساهمين بالنسبة نفسها. وتضاف أرباح الادخار الاستثماري إلى حساب المتعامل بعد موافقة الجهات الرسمية المختصة، وتستثمر الأرباح وفق شروط استثمار حساب الادخار الاستثماري. وللمتعامل أن يسحب من حسابه مرتين في الشهر ولا يشارك المبلغ المسحوب في الاستثمار خلال شهر السحب. ولا يُصدِر المصرف دفاتر شيكات لأصحاب هذا الحساب، ولا يجوز للمتعامل إصدار أوامر دفع أو شيكات خطية على هذا الحساب، ويتحمل المتعامل نسبة محددة من مصاريف المضاربة والتي تشمل النفقات العامة وفقاً للآلية التي توافق عليها هيئة الرقابة الشرعية مع وجوب الإفصاح عن تفاصيل هذه المصاريف ومكوناتها عند الطلب.^(١)

نخلص مما تقدم إلى أنه إذ لم يفوض صاحب الوديعة الادخارية المصرف باستثمارها؛ فإنها تأخذ حكم الوديعة تحت الطلب بوصفها قرضاً حسناً مضمون الرد، ولا تشارك في الأرباح أو الخسائر. أما إذا كانت مفوضة بالاستثمار، فإنها تأخذ حكم الودائع الاستثمارية طبقاً لشروط العقد. وعلى الرغم من اختلاف الودائع الاستثمارية في المصرف التجاري عنها في المصرف الإسلامي من حيث طبيعة العلاقة التعاقدية بين المصرف والعميل، غير أن الملاحظ بصفة عامة هو تشابه هذه المصارف من حيث صياغة أنظمة قبول الودائع وشروط فتح الحسابات، وتقسيم الودائع الاستثمارية إلى فئات آجلة وتحت إشعار وادخارية بمفهومها التقليدي المتعارف عليه من حيث قيود السحب والإيداع وطرق احتساب الأرباح. وتكمن أبرز نقاط الاختلاف فيما يلي:

(١) - انظر: شروط حساب الادخار الاستثماري لبنك الشام، نشرة صادرة عن المصرف، مرجع

- أ- أن المصارف تقبل الودائع الاستثمارية وتقوض باستثمارها على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر، مع وجود اختلاف في بدء مدة المشاركة، وفي احتساب الربح وفي قيود السحب.
- ب- أن أغلب المصارف تُضمن عقد فتح الحساب الاستثماري شرطاً يقضي بتعهد المودع الذي يسحب وديعته الاستثمارية بعد انتهاء مدتها (وقبل اعتماد الميزانية العمومية) بتحمل أية خسائر تظهر بعد اعتماد الميزانية.
- ج- أن بعض المصارف تراعي حق المودع في الحصول على نسبة من الربح في حالة سحب الوديعة قبل حلول الأجل بموافقة المصرف، شريطة ألا تقل فترة الإيداع عن ثلاثة أشهر لكل مبلغ مودع لم يكمل العام، ويحتسب الربح بشروط الوديعة الادخارية.
- د- الأصل أن ضمان الأموال المودعة في حالة الخسارة تكون على رب المال، ولا ضمان على المضارب (المصرف) إلا إذا قصر أو تعدّى أو خالف شرط العقد.

المطلب الثالث

خصائص الودائع الاستثمارية وتنظيمها القانوني

تبين للباحث أن العلاقة بين المودعين والمصرف الإسلامي هي علاقة عقدية، ويحكم طبيعة هذه العلاقة عقد المضاربة الشرعي بشروط (عقد الحساب الاستثماري) على أساس أن المودعين (أرباب مال) والمصرف هو (المضارب) وهذه المضاربة قائمة على أساس تفويض أصحاب المال المصرف بأن يستثمر لهم أموالهم بالطريقة التي يراها مناسبة. وقد تكون المضاربة مقيدة بالاستثمار في مشروع معين أو قطاع استثماري معين. وقد قبل المودعون منذ إبرام العقد أن يكون هذا الاستثمار قائماً على مبدأ المشاركة في الأرباح أو الخسائر، على أساس أن الحصول على الأرباح أو استرداد الأموال إنما هو أمر احتمالي غير مؤكد، ويتوقف على ظهور نتائج الاستثمار.

واستناداً إلى ما تقدم، يمكن إجمال خصائص الودائع الاستثمارية على النحو الآتي:

أولاً: أن الودائع الاستثمارية عبارة عن عقد استثمار بين العميل والمصرف، وتخضع علاقة المودعين بالمصرف لأحكام المضاربة الشرعية. فالودائع التي تسلم للمصارف الإسلامية بعقد استثمار على حصة من الربح هي رأس مال مضاربة، وتطبق عليها أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (المصرف) لرأس مال المضاربة.^(١)

(١) - قرار رقم: ٨٦ بشأن الودائع المصرفية (حسابات المصارف)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط٤، مرجع سابق، ص ٢٩٠ وما بعدها. مشار إليه سابقاً. وقد بين القرار أن رهن

ثانياً: أن الودائع الاستثمارية المطلقة هي التي يفوض أصحابها المصرف باستثمارها وتدخل مع رأس المال العامل المخصص للاستثمار في المشروعات التي يقوم بها سواءً بطريق مباشر أو بطريق تمويل مشروعات الغير. ويشارك أصحاب الودائع الاستثمارية في الأرباح أو الخسائر التي تتحقق من النشاط بنسبة أموالهم المشاركة في الاستثمار، بما فيهم المصرف الذي يشارك بحصة من أمواله المخصصة للاستثمار.

ثالثاً: أن الودائع الاستثمارية المقيدة هي التي يفوض المصرف باستثمارها في مشروع معين أو بلد معين أو قطاع استثماري متفق عليه، ويلتزم المصرف باستثمارها في ذلك النشاط وفقاً لشروط العقد، وترتبط نتائج حساباتها في الربح والخسارة بنتائج الحساب الخاص بالمشروع أو البلد أو القطاع الذي خصص له مبلغ الوديعة. وقد يفوض المصرف باستثمار الوديعة وإدارتها على أساس الوكالة بأجر مقطوع (عمولة)، وفي هذه الصورة تقتصر مشاركة المصرف على إدارة المشروع دون أن يشارك بحصة من أمواله الخاصة ودون أن يتحمل الخسارة الناشئة بلا تعد أو مخالفة وإنما يتحملها المودعون.

رابعاً: يتخلى المودع عن حيازة الوديعة إلى المصرف ويفوضه باستثمارها. وسواء كان هذا التسليم فعلياً أو حكماً، فإنه لا يتحقق إلا بالقبض الفعلي للمبالغ المودعة.

وفي تحديد طبيعة الودائع الاستثمارية من الناحية القانونية، أنفرد القانون الكويتي - رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣ بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى قانون النقد وبنك الكويت المركزي لسنة ١٩٦٨ - بالنص في المادة (٩٦)، على أن ((... يشارك أصحاب الودائع الاستثمارية في الأرباح أو الخسائر التي

الودائع الاستثمارية جائز، والحجز من الحسابات جائز إذا كان متفقاً عليه بين المصرف والعميل.

تتحقق من النشاط بنسبة أموالهم المشاركة في الاستثمار، ووفقاً للعقود المبرمة معهم والأحكام الواردة في هذا القانون)). أي أن الودائع الاستثمارية يشارك أصحابها في تحمل مخاطر استثمارها شرعاً، ومن ثم لا يضمنها المصرف إلا إذا ثبت تعديه أو تقصيره.

وتحديد طبيعة الودائع الاستثمارية على أساس المشاركة يترتب عليه النتائج الآتية:

أ- أن ملكية الوديعة الاستثمارية لا تنتقل إلى المصرف كما هو الحال في المصارف التجارية، بل تظل محتفظة بملكية صاحبها لها وتدخل في ضمانه.^(١)

ب- يشارك صاحب الحساب الاستثماري المشترك في الربح أو الخسارة المتحققة لمجموع حسابات الاستثمار بنسبة مبلغ وديعته إلى جملة الأموال المستثمرة. حيث يتحمل صاحب الحساب خسارة الموجودات الممولة بنسبة استثماره فقط.

ج- لا يلتزم المصرف برد الودائع لأصحابها كاملة أو ضمان نسبة من أرباحها، لأنها حسب طبيعتها تشارك في تحمل المخاطر ربحاً أو خسارة، ومسؤولية المصرف عن الخسارة تجب في حال التعدي أو التقصير فقط.

د- يحصل المصرف على حصة معلومة من أرباح حسابات الاستثمار بالنسبة التي حددت عند التعاقد مقابل عمله وإدارته لتلك الأموال، ويحصل على حصة أخرى مقابل الأموال التي شارك بها في الاستثمار من موارده الذاتية والأموال المأذون له باستخدامها لحسابه.

(١)- انظر: محمد باقر الصدر، مرجع سابق، ص ٣١، د. علي أحمد السالوس، حماية الحسابات الاستثمارية في المصارف الإسلامية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مطابع رابطة العالم الإسلامي، السنة ١٣، العدد ١٥، ٢٠٠٢، ص ١٨٧.

هـ- الأصل أن الخسارة الناشئة دون تعدي المصرف أو تقصيره يتحملها أصحاب الحساب الاستثماري المشترك بنسبة الأموال المشاركة في الاستثمار. فالخسارة في مال المضاربة على رب المال في ماله ولا يسأل عنها المضارب إلا إذا تعدى على المال أو قصر في حفظه وبذل العناية المطلوبة عرفاً في التعامل به.^(١)

و- يجب على المصارف الإسلامية أن تتبع أثناء إدارتها لأموال المستثمرين الإجراءات والوسائل الوقائية المشروعة والمعروفة في العرف المصرفي لحماية الحسابات الاستثمارية وتقليل المخاطر.^(٢)

ز- يلتزم المصرف باستثمار أموال الودائع الاستثمارية وفقاً للعقود المبرمة مع أصحابها، ويترتب على إخلاله بأحد شروط عقد استثمار الودائع إمكانية مساءلته القانونية عن إخلاله بهذا الالتزام، ومطالبته بالتعويض إذا كان له مقتضى، فضلاً عن ضمان المصرف لمبالغ الودائع الاستثمارية كاملة عند ثبوت تعديّه أو تقصيره في استثمار هذه الأموال.

خامساً: أن عقد الودائع الاستثمارية يعدّ من العمليات المصرفية التي نصت القوانين على تجاريتها بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته، سواء كان مدنياً أو تجارياً، وتسري عليها أحكام قانون التجارة.

فعلى سبيل المثال: نصت المادة (٩٢/هـ) من قانون البنوك الأردني لعام ٢٠٠٠ على أن ((تعتبر جميع الأعمال المصرفية والنشاطات المالية تجارية بحكم ماهيتها الذاتية بغض النظر عن صفة العميل المتعاقد أو المتعامل مع

(١)- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٣) بشأن حماية الحسابات الاستثمارية، الدورة السادسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة للفترة من ٥-١٠/١/٢٠٠٢، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، قرارات وتوصيات مجمع الفقه، ط٤، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

(٢)- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٣، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط٤، مرجع سابق، ص ٤٧٢، مشار إليه سابقاً.

البنك سواء كان مدنياً أو تجارياً، وتسري عليها أحكام قانون التجارة الساري
المفعول كما لا تخضع لأحكام نظام المراجعة)). وطبقاً للمادة (٣/ب من
القانون ذاته) ((يخضع البنك الإسلامي لأحكام الخاصة بالبنوك الإسلامية
الواردة في هذا القانون، كما تسري عليه أحكام هذا القانون والقوانين الأخرى
ذات العلاقة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع تلك الأحكام)).^(١)

سادساً: يخضع نظام قبول الودائع واستثمارها في المصارف الإسلامية
للقابة المصرفية متمثلة في رقابة مجلس النقد والتسليف أو رقابة المصرف
المركزي.

١- فقد نصت المادة (٧ من المرسوم السوري بإحداث المصارف
الإسلامية) على أنه ((يجوز للمصرف الإسلامي القيام بالعمليات المصرفية
التالية وذلك وفقاً للضوابط والحدود والشروط التي يضعها مجلس النقد
والتسليف: أ- قبول الودائع بأنواعها في حسابات ائتمان أو في حسابات
استثمار مشترك أو حسابات استثمار مخصص ولآجال محددة أو غير
محددة... د- توظيف أموال العملاء الراغبين في حسابات استثمار مشترك مع

(١)- ونصت المادة (٨ من قانون المصارف الإسلامية اليمني) على أن "تقوم المصارف الإسلامية
بممارسة أعمالها المصرفية والاستثمارية المختلفة حسب الأعراف والقواعد المصرفية المتعارف
عليها، طبقاً للقوانين النافذة وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية". نصت المادة
(١) من مرسوم إحداث المصارف الإسلامية السوري على أن ((أ- المصرف الإسلامي: هو
المصرف الذي يتضمن عقد تأسيسه ونظامه الأساسي التزاماً بممارسة الأعمال المصرفية
المسموح بها على غير أساس الفائدة أخذاً وعطاءً ووفقاً لصيغ المعاملات المصرفية التي لا
تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية سواء في مجال قبول الودائع وتقديم الخدمات المصرفية
الأخرى أو في مجال التمويل والاستثمار)).

موارد المصرف الإسلامي وفق نظام المضاربة المشتركة أو توظيفها في حساب استثمار مخصص حسب اتفاق خاص مع العميل)).^(١)

٢- أجازت المادة (١١) من المرسوم السوري بإحداث المصارف الإسلامية لمجلس النقد والتسليف وضع القواعد والشروط التي يجب اتباعها في علاقة المصرف بعملائه وبمساهميه.^(٢)

٣- أوجب قانون المصارف الإسلامية السوري على المصارف تحديد نسب استثمار المال المشترك لكل من المصرف والمودعين، والتمييز بين مختلف أنواع الودائع الاستثمارية من جهة، وبينها وبين ودائع الائتمان من جهة أخرى، واعتماد مبدأ الشفافية والإفصاح عن البيانات التي تهم المودعين. حيث نصت المادة (١٣) على أنه ((أ- يجب على إدارة المصرف الإسلامي إعلام المساهمين والمودعين خطياً ودورياً بالمخاطر المرتبطة باستثمارات المصرف ونتائجها ونسب استثمارات المصرف في هذه الاستثمارات، كما يجب عليها التمييز بين ودائع الائتمان وودائع الاستثمار المشترك وودائع الاستثمار المخصص. ب- يجب على المراقبين المصرفيين الداخليين وعلى مراقبي مفوضية الحكومة لدى المصارف التأكد من تقيد المصارف بالواجبات المشار إليها في هذه المادة)). والظاهر أن المقصود من تحديد نسب الاستثمار هو الوصول إلى التوزيع العادل للأرباح والخسائر بين جميع حصص الأموال

(١)- تقابلها المادة (٥٢) من قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠. وبالنسبة لقانون المصارف الإسلامية اليمني والقانون الاتحادي الإماراتي رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية؛ فلم يتضمن أية أحكام خاصة بالودائع باستثناء أحكامها عند التصفية .

(٢)- انظر المادة (١١) ج/ ٥ من مرسوم المصارف الإسلامية السوري). وتقابلها المادة (٦/٩٨) من القانون الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣ باضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى قانون النقد وبنك الكويت المركزي لسنة ١٩٦٨.

المشاركة في الاستثمار مع مراعاة مبدأ الشفافية والإفصاح عن حقوق المتعاقدين.

ويبدو أن خضوع نظام قبول الودائع واستثمارها لرقابة مجلس النقد والتسليف يمثل القاعدة العامة في تعزيز دور الرقابة المصرفية على المصارف في علاقتها بالمدعين والمساهمين، وهو ما يتيح للرقابة المصرفية سلطة وضع القواعد والضوابط اللازمة لعمل المصارف في علاقتها بالمدعين ومستخدمي الأموال، ومنها أسس ومعايير توزيع الأرباح بين المصرف والمدعين، أو بين المصرف والمستثمرين (الذين يمولهم). مع الأخذ بعين الاعتبار معايير الرقابة على المصارف الصادرة عن مجلس الخدمات المالية الإسلامية.^(١)

وتطبيقاً للنصوص المتقدمة (على سبيل المثال)، بين مجلس النقد والتسليف القواعد والشروط الواجب اتباعها في علاقة المصرف بعملائه وبمساهميه من خلال إصدار دليل الحوكمة الذي على ضوئه يقوم المصرف الإسلامي بإعداد دليل الحكومة الخاص به وفق أحكام هذا الدليل.^(٢)

(١) - المادة (١١/ب) من مرسوم المصارف الإسلامية السوري).

(٢) - ووفقاً للمادة (١ من الدليل) ((يقوم المصرف بإعداد دليل الحوكمة الخاص به وفق أحكام هذا الدليل، ويجب الحصول على موافقة مصرف سورية المركزي - مديرية مفوضية الحكومة لدى المصارف - على مشروع الدليل بعد اعتماده من قبل مجلس الإدارة، ويتم نشره بحيث تتوفر نسخة محدثة منه على الموقع الإلكتروني للمصرف وللجمهور عند الطلب.٣- - تنطبق على المصارف الإسلامية العاملة أحكام نظام حوكمة الشركات الصادر عن هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا الدليل. وقد عرفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية الحوكمة بأنها " مجموعة العلاقات ما بين إدارة المؤسسة، مجلس إدارتها، مساهميه والجهات الأخرى التي لها اهتمام بالمؤسسة) أصحاب المصالح (كما أنها تبين الآلية التي توضح من خلالها أهداف المؤسسة والوسائل لتحقيق تلك الأهداف ومراقبة تحقيقها، بالتالي فإن الحوكمة الجيدة هي التي توفر لكل من المجلس والإدارة التنفيذية الحوافز المناسبة للوصول إلى الأهداف التي تصب في مصلحة المؤسسة، وتسهل إيجاد عملية مراقبة فاعلة، وبالتالي تساعد المؤسسة على استغلال مواردها

وقد جاء في المادة (٤/٢٥ من الدليل)^(١)، بأن ((يتحمل صاحب حساب الاستثمار بصفته رب المال - وفقاً لمبدأ المضاربة أو الوكالة مخاطر خسارة رأس ماله المستثمر بواسطة المصرف بصفته مضارباً أو وكيلًا، وهذا يجعل المخاطر التي يتعرض لها كل من المساهمين وأصحاب حسابات الاستثمار متشابهة. وبالتالي على المصرف الالتزام بحماية مصالح حسابات الاستثمار إلى مدى لا يقل عن التزامه بحماية مصالح المساهمين.

واستناداً لما سبق، على مجلس الإدارة:

- ١- الإقرار بحقوق أصحاب حساب الاستثمار في متابعة أداء استثماراتهم والمخاطر ذات العلاقة، واتخاذ السبل الكفيلة بضمان المحافظة على هذه الحقوق وممارستها، وينبغي وفقاً لذلك:

بكفاءة." المادة (٢ من دليل الحوكمة)، راجع دليل الحوكمة لدى المصارف الإسلامية العاملة في الجمهورية العربية السورية، صادر عن مجلس النقد والتسليف السوري في ١/٤/٢٠٠٩.

- (١) - وقد نصت المادة (٢٥ من الدليل) على أنه ((١- يجب أن يكفل إطار الحوكمة حماية كافة حقوق المساهمين التي نصت عليها القوانين والأنظمة النافذة خاصة قانون الشركات ونظام الممارسات السليمة لإدارة الشركات وتعديلاته الصادر عن هيئة الأسواق والأوراق المالية السورية ومن ضمنها: أ - الحقوق العامة والأساسية للمساهمين. ب- حقوق المساهمين في الحصول على المعلومات. ت - حقوق المساهمين المتعلقة باجتماع الهيئة العامة ، ويذكر بالتحديد حق دعوة رئيس و/ أو أحد أعضاء هيئة الرقابة الشرعية لحضور الاجتماع السنوي للهيئة العامة لقراءة التقرير السنوي لهيئة الرقابة الشرعية والإجابة عن أي استفسارات قد تطرح حول الأمور الشرعية التي تخص المصرف، وحق تعيين هيئة رقابة شرعية مستقلة. ٢- يجب أن يكفل إطار الحوكمة المعاملة المتكافئة لجميع المساهمين ومن بينهم صغار المساهمين والمساهمين الأجانب ٣- يجب أن ينطوي إطار ممارسة الحوكمة على اعتراف بحقوق أصحاب المصالح الواردة في القوانين النافذة، كما يجب أن تتاح لهم فرصة الحصول على تعويضات فعلية نتيجة انتهاك أي من هذه الحقوق.

أ- إعطاء صاحب حساب الاستثمار قبل فتح الحساب معلومات كافية عن حقوقه التعاقدية وعن الاستراتيجيات والسياسات المتعلقة باستثمارات حساب الاستثمار ومخاطرها أو توزيع موجوداتها وسياسات توزيع أرباحها.

ب- إبلاغ صاحب حساب الاستثمار عند فتح الحساب أنه يتحمل خسارة الموجودات الممولة بنسبة استثماره فقط. وأن مسؤولية المصرف عن الخسارة تجب في حال التعدي أو التقصير فقط.

٢- اعتماد إستراتيجية سليمة تتلاءم مع المخاطر والعوائد المتوقعة لأصحاب حساب الاستثمار (مع الأخذ في الحسبان التمييز بين أصحاب حسابات الاستثمار المطلقة والمقيدة) بالإضافة إلى اعتماد الشفافية في دعم أي عوائد ويتم ذلك من خلال:

أ- توظيف مديري استثمار مؤهلين وقادرين على فهم احتياجات وتوقعات أصحاب الحسابات الاستثمارية.

ب- إبلاغ أصحاب حسابات الاستثمار في حال القيام بدعم العوائد (تشكيل احتياطي معدل الأرباح)، وكلما تمت الإضافة والسحب من هذه الاحتياطيات.

ج- الإفصاح عن العوائد لأصحاب حسابات الاستثمار بالطريقة التي يتم من خلالها التمييز بين معدل توزيع الأرباح ومعدل الأرباح الفعلية، بحيث يكون مفهوماً بوضوح أن احتياطي معدل الأرباح يتم لأغراض دعم توزيعات الأرباح وليس دعم الأرباح المتحققة لأصحاب حسابات الاستثمار.

د- الأخذ في الحسبان أن استخدام الاحتياطيات لدعم العوائد (احتياطي معدل الأرباح) ولتخفيف الخسائر غير المتوقعة (احتياطي مخاطر الاستثمار)، لا ينبغي اعتباره الوسيلة الأكثر ملاءمة لتلبية توقعات أصحاب حسابات

الاستثمار عن المخاطر والعوائد، فالأفضل أن يتم ذلك من خلال إدارة الموجودات بطريقة فعالة وملائمة)).

سابعاً: تخضع حسابات الاستثمار المشترك في بعض المصارف قانوناً لاقتطاع نسبة من صافي الأرباح يتم تخصيصها لتغذية (احتياطي مخاطر حسابات الاستثمار المشترك). ويستخدم رصيد هذا الاحتياطي لتغطية الخسائر غير المتوقعة.

وسنداً لذلك نصت المادة (١٤) قانون المصارف الإسلامية السوري على أنه ((يجب على المصرف الإسلامي الاحتفاظ بحساب احتياطي /صندوق/ لمواجهة مخاطر حسابات الاستثمار المشترك لتغطية أية خسائر ناتجة عن الاستثمار المشترك في نهاية الدورة المالية وتتم تغذية هذا الصندوق كما يلي:
أ- اقتطاع ما لا يقل عن (١٠ بالمئة) من صافي أرباح حسابات الاستثمار المشترك المحققة على العمليات الجارية خلال السنة.

ب- يمكن زيادة النسبة المحددة في الفقرة السابقة بناء على تعليمات مجلس النقد والتسليف. ويسري مفعول النسبة المعدلة بعد زيادتها في السنة المالية اللاحقة للسنة التي تقرر فيها هذا التعديل.

ج- يوقف الاقتطاع عندما يصبح مقدار المبلغ المتجمع في هذا الصندوق مثلي رأس المال المدفوع للمصرف الإسلامي أو أي مقدار آخر يحدده مجلس النقد والتسليف .

د- تعفى الاقتطاعات المشار إليها أعلاه من ضريبة ريع رؤوس الأموال المتداولة)).^(١)

(١)- وتقابلها المادة (٥٥) من أحكام المصارف لإسلامية في قانون البنوك الأردني لعام ٢٠٠٠.

وعند تصفية المصرف، يحدد مجلس النقد والتسليف السوري كيفية التصرف برصيد صندوق مخاطر الاستثمار وذلك بعد تغطية جميع المصروفات والخسائر المترتبة على الاستثمارات التي تكوّن هذا الصندوق لمواجهتها.^(١) أما المادة (٥٦) من أحكام المصارف الإسلامية في قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠، فقد بينت صراحة أن رصيد صندوق مخاطر الاستثمار يؤوّل إلى صندوق الزكاة، وذلك بعد تغطية جميع المصروفات والخسائر المترتبة على الاستثمارات التي تكون هذا الصندوق لمواجهة مخاطرها.

ثامناً: تتأثر أرباح هذه الحسابات في بعض المصارف بنوع آخر من الاحتياطات يسمى (احتياطي معدل الأرباح)، وهو ((مبلغ يحق للمصرف اقتطاعه من دخول أموال المضاربة قبل اقتطاع نصيب المضارب بغرض المحافظة على مستوى معين من العائد لأصحاب الحسابات الاستثمارية وزيادة حقوق المساهمين. ويتم تحديد قيمة هذا الاحتياطي حسبما تراه إدارة المصرف مناسباً. وإذا ما قررت الإدارة خفض هذا الاحتياطي في نهاية الفترة المالية، فإنه يتم حسمه، وتضاف الزيادة إلى دخل الجهة ذات العلاقة في الفترة المالية قبل اقتطاع نصيب المضارب)).^(٢)

تاسعاً: تخضع حصص أرباح المصرف، وكذلك حصص أرباح الاستثمار الموزعة على أصحاب الودائع الاستثمارية للضرائب المفروضة قانوناً. فبمقتضى أحكام قانون المصارف الإسلامية السوري، تُعدّ جميع حصص أرباح الاستثمار الخاصة بالمصرف الإسلامي دخلاً خاضعاً للضريبة المقررة

(١) - المادة (١٦/ ٦ من مرسوم إنشاء المصارف الإسلامية السوري).

(٢) - انظر على سبيل المثال: نشرة عقود الخدمات المصرفية، صادرة عن بنك الشام، مرجع سابق، ص ٥. وهذا الاحتياطي نصت عليه صراحة بعض نظم المصارف كما سبق وأن بيّنا عند بحث الاحتياطات.

على المصارف^(١)، وتخضع حصص أرباح الاستثمار الموزعة على أصحاب الودائع الاستثمارية لضريبة ريع رؤوس الأموال المتداولة حسب القانون رقم ٢٤ لعام ٢٠٠٣ وتعديلاته.^(٢)

وقد تناولت المادة (١٦ من قانون المصارف الإسلامية السوري) أحكام الودائع عند تصفية المصرف، وقررت أنه ((أ / في حال تصفية مصرف إسلامي تتم تصفيته وفق المعايير التي يحددها مجلس النقد والتسليف بالاستناد إلى أحكام القوانين النافذة وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه تلك الأحكام مع الأحكام الخاصة بالمصارف الإسلامية الواردة في هذا المرسوم التشريعي.

ب- يتم وفاء الالتزامات والديون المستحقة على المصرف الإسلامي تحت التصفية وفق الأسس والترتيب التالي:

- ١- أتعاب المصفي والمصاريف والنفقات التي تكبدها في أعمال التصفية
- ٢- حقوق موظفي المصرف ومستخدميه من رواتب وتعويضات عمالية مستحقة بموجب تشريعات العمل النافذة.

(١)- حيث نصت المادة(٢٥ من قانون المصارف الخاصة والمشاركة السوري لعام ٢٠٠١) على أن (تحدد نسبة ضريبة الدخل على الأرباح الصافية التي تحققها المصارف المحدثة وفق أحكام هذا القانون عن جميع نشاطاتها بمعدل ٢٥% خمس وعشرين بالمئة بما فيها المساهمة في المجهود الحربي، وتستثنى هذه الضريبة من الإضافة لصالح الإدارة المحلية).

(٢)- المادة (١٧/ أ، ب) من مرسوم إحداث المصارف الإسلامية السوري. وتقابلها المادة (٥٩/ ب) من قانون البنوك الأردني التي نصت على أن (تخضع حصص أرباح الاستثمار الموزعة على أصحاب الودائع الاستثمارية ومالكي سندات المقارضة والمحافظ الاستثمارية والصناديق الاستثمارية لضريبة الدخل المترتبة شخصياً على كل منهم. وفي الفقرة (ج)- يعفى من الدخل المنصوص عليه في الفقرة (ب) من هذه المادة ما نسبته (١٠%) سنوياً من معدل كل من رصيد الوديعة الاستثمارية ورصيد قيمة سندات المقارضة والمحافظ الاستثمارية والصناديق الاستثمارية في نهاية السنة المالية ذات العلاقة، ويجوز لمجلس الوزراء تعديل هذه النسبة بما يراه مناسباً.

- ٣- حقوق المودعين في حسابات الائتمان.
- ٤- الضرائب والرسوم المستحقة للخرينة العامة.
- ٥- حقوق الدائنين وأية أموال أخرى مودعة لدى المصرف لغير غايات الاستثمار والمشاركة في الأرباح الناجمة عنه.
- ٦- حقوق المودعين في حسابات الاستثمار المشترك والمخصص وذلك وفقاً للأسس التالية:

- أ- تؤدي حقوق المودعين في حسابات الاستثمار المشترك وفقاً للشروط الخاصة بها وعلى أن يسبق ذلك تحميل هذه الحقوق ما يخصها من مصاريف ونفقات للمصفي ومن ثم تحميلها ما يخصها من التزامات مرتبطة بها...
- ب- ترتبط حقوق المودعين في حسابات الاستثمار المخصص بنتائج هذا الاستثمار ويتحمل المودعون هذه النتائج على أساس الغرم بالغنم وذلك بعد أن يقتطع منها ما يخصها من مصاريف ومن نفقات المصفي.
- ٧- تتم تصفية حقوق المساهمين في المصرف الإسلامي قيد التصفية على أساس اقتسام ما يتبقى من أموال بنسبة الأسهم المملوكة لكل واحد منهم)).
- ووفقاً لأحكام المادة (٢٠) من قانون المصارف الإسلامية اليمني ((يعامل المودعين [المودعون] والمساهمين عند تصفية المصرف كما يلي:
 - أ- تدفع أولاً حسابات المودعين في الحسابات الجارية.
 - ب- تدفع بعد ذلك حقوق المودعين في حسابات الادخار والاستثمار تبعاً للشروط الخاصة بالحسابات ذات العلاقة المملوكة لكل مساهم)).^(١)

(١)- وطبقاً للمادة (١/٦١) من قانون البنوك اليمني يكون للمستحقات التالية الأولوية عند توزيع أصول البنك حسب الترتيب: أ - المصروفات الضرورية والمعقولة التي تحملها البنك المركزي في تطبيق أحكام هذا القانون. ب- ودائع الادخار التي لا تزيد عن خمسة آلاف ريال. ج. الضرائب والعوائد الحكومية والمحلية. د. مرتبات العاملين في البنك لشهر واحد عدا رئيس وأعضاء مجلس الإدارة وكبار الموظفين. هـ. بقية الودائع. و. مرتبات وأجور أعضاء مجلس الإدارة وكبار الموظفين

تقييم خصائص الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية

من خصائص الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية أنها ودائع تشارك في الأرباح والخسائر. ومبدأ المشاركة الذي تقوم عليه المصارف الإسلامية في علاقتها بالمدّعين، وعدم ضمان المصرف للخسارة إذا حدثت دون تعدّد أو تقصير أو مخالفة لشروط العقد. هذه المبادئ لا تتفق من وجهة نظري مع حقيقة المضاربة الشرعية، وقبل أن أبين أسباب ذلك، سأحاول أن أوضح مفهوم المشاركة.

إن مفهوم المشاركة في علاقة المصارف بعملائها مبني على قاعدة الغنم بالغرم، وهذه القاعدة تعني أن الحصول على الربح إنما يكون ناتجاً عن تضافر رأس المال والعمل وتعرضهما للمخاطر، والتعرض للمخاطر هو ما يجعل الربح أمر احتمالي غير مؤكد، لأنه يرتبط بنتائج أعمال المصرف (المضارب)، ومن أجل ذلك يقوم المودع بتفويض المصرف باستثمار ماله، وهذا التفويض يعني اتجاه إرادة الطرفين إلى استثمار المال بقصد حصولهما على الأرباح، وهو

المتبقية لدى البنك وفي كل الحالات فإن مطالبات أعضاء مجلس الإدارة وكبار موظفي البنك والأشخاص الذين يمتلكون نسبة (٥%) على الأقل من رأسمال البنك بما في ذلك الودائع ستكون لهم المرتبة الأخيرة، ولن يدفع أي مبلغ متعلق بمطالبة تم الحصول عليها بطريقة الغش أو المخالفة المتعمدة لهذا القانون وتعليمات البنك المركزي.

٢. بعد تسديد كل المستحقات الأخرى التي تقدم بها أصحابها بما في ذلك الفائدة عليها التي يقرها البنك المركزي يتم دفع ما تبقى من المستحقات التي لم يتقدم بها أصحابها خلال الوقت المحدد.٣. إذا كانت المبالغ المتوفرة لدفع المستحقات في أية فئة من الفئات المشار إليها أعلاه غير كافية لتسديدها كاملة، فإن تلك المبالغ ستوزع على أصحاب الفئة المعنية بنسبة مستحقاتهم. وتوزع الأصول المتبقية بعد دفع جميع المستحقات على جميع المساهمين في البنك بنسبة مساهمتهم.

المقصود الأساسي للتعاقد، والقبول بهذا التفويض يعني اتجاه إرادة الطرفين إلى تحمل نتائج الاستثمار ربحاً أو خسارة.

وتحديد طبيعة الوديعة الاستثمارية على أساس المشاركة (تحمل المخاطر) يعني أن المصرف لا يلتزم بردها إلى المودع، لأن استثمارها قد يحقق ربحاً أو خسارة في حدود مبلغ الوديعة. ويفترض كذلك أن تتفاوت الأرباح بناء على أداء المصرف ولا تكون هذه الأرباح مضمونة، والقول بخلاف كل ذلك يفرغ مفهوم المشاركة من مضمونه، فضمان رأس المال أو نسبة من الربح يتعارض مع مفهوم المشاركة ويخالف أحد أهم أحكام المضاربة الشرعية وهو عدم الضمان. وإذا صار رأس المال مضمون الرد أو صار مضموناً مع نسبة من الربح، فلا معنى لوجود التفويض بالاستثمار على أساس المشاركة، لأن الضمان يتناقض أصلاً مع إرادة الطرفين التي اتجهت إلى المشاركة في تحمل المخاطر وليس إلى الضمان، كما أن حصول المودعين على الأرباح بصرف النظر عن نتائج أعمال المصرف يجعل مركزهم القانوني أقرب ما يكون إلى المودعين في المصارف التجارية.

وفي ضوء هذه الحقائق، يمكن القول بأن الودائع الاستثمارية تقوم على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر إلا أن المشاركة تم تفويضها وأفرغت من مضمونها عملياً للأسباب التالية:

أولاً: أن أغلب المصارف الإسلامية تستقطع نسبة من صافي أرباح حساب الاستثمار المشترك يتم تخصيصها سنوياً لتغطية احتياطي مخاطر الاستثمار المشترك. وهذا الاحتياطي يستخدم لتغطية أية خسائر ناتجة عن الاستثمار المشترك. فضلاً عن ذلك تستقطع بعض المصارف نسبة من دخل المضاربة قبل اقتطاع نصيب المضارب بغرض المحافظة على مستوى معين من العائد لأصحاب الحسابات الاستثمارية وزيادة حقوق المساهمين.

وهذه الاحتياطات في حقيقة الأمر ما هي إلا ضمان غير مباشر للأموال المستثمرة، وتتعارض مع مبدأ الاستثمار على أساس المشاركة في الربح والخسارة. وضمن رأس المال المستثمر من الخسارة يتعارض مع مبدأ المشاركة في الربح والخسارة، لأن هذا المبدأ يعبر عن حقيقة عدم الضمان بصرف النظر عن صفة القائم به، سواء كان المصرف نفسه أو طرف خارجي عن العقد.

كما أن احتياطي موازنة نسب الأرباح بين المودعين والمساهمين، بالإضافة إلى أنه يتعارض مع مبدأ المشاركة، فإنه يعدّ بمثابة ضمان غير مباشر لحصة من الربح. وما دام أن الأرباح مضمونة، فمعنى ذلك أنها لا تتفاوت بناء على أداء المصارف، وإنما هي مضمونة على الأقل بما لا يتجاوز الفوائد التي يحصل عليها المودعين في المصارف التجارية.

فمبدأ عدم الضمان هو جوهر المضاربة الشرعية، ويرتبط برأس المال المشارك في العمليات الاستثمارية على فرض أن هذا المال قائم في الأصل على رضا أصحاب المال بالمشاركة في تحمل المخاطر التجارية التي يتعرض لها. والقضية مرتبطة بعملية الضمان نفسها وليس بصفة من يقوم بالضمان^(١)، ولذلك فإن تقديم هذا الضمان سواء كان من طرف ثالث أو من أي جهة أخرى -أيّاً كان التكييف الفقهي له- إنما يخالف أصل وجوهر المضاربة كوسيلة لاستثمار المال، خاصة أن نسبة احتياطي مخاطر الاستثمار تستقطع من نصيب المصرف والمودعين فيه.

(١) - في هذا المعنى انظر: د. محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة، مرجع سابق، ص ١٣٥، حيث يقول "إن القضية لا تتعلق بمن يقدم الضمان... ولكن تتعلق في الأساس بأن مال المضاربة لا يجب أن يكون مضموناً لصاحبه، لأن اجتماع الربح والضمان لرب المال يتعارض مع القواعد الشرعية".

وقيل في تبرير وتكييف هذا الاحتياطي بأن المصرف لا يملكه، وإنما يبقى في يده كطرف ثالث من نوع إدارة الوقف، ولا تعود ملكيته عند تصفية المصرف للمساهمين وإنما إلى جهة عامة ذات نفع عام، فهو تبرع لطرف ثالث وضع تحت إدارة المصرف لدعم الأرباح عند قلتها أو ضمان عدم الخسارة، أي أنه تبرع حالي لدعم مودعين في المستقبل.^(١)

والظاهر أن هذا الاحتياطي لا يعدّ تبرعاً من أطراف العقد إلى طرف ثالث خارج عنه، لأن الطرف الثالث في الحقيقة لا يخرج عن نطاق أطراف العقد الأصلي، وهم المودعون والمساهمون الذين يمثلهم المصرف، فالخسارة التي تلحق الحساب المشترك في سنة مالية معينة يتم تغطيتها من أرباح متراكمة لسنوات مالية سابقة، وأطراف هذا الحساب إما أن يكونوا مودعين سابقين وفي هذه الحالة فإنهم يستفيدون من الاحتياطي المكون من أرباحهم المتراكمة، وغالباً ما تكون استفادتهم منه نادرة، وفي هذه الحالة لا يمكن عدّهم طرفاً ثالثاً خاصة أن مشاركة المساهمين تكون شبه ثابتة واستفادتهم من الاحتياطي الذي كونه جزء من أرباحهم السابقة وأرباح المودعين تكون ممتدة الأجل إلى أن يتم تصفية المصرف. وبمعنى آخر إن استفادة المساهمين من الاحتياط المذكور تكون ممتدة الأجل لحين تصفية المصرف، وهم أصحاب المصلحة المستفيدون بالدرجة الأولى من تكوين هذا الاحتياطي. كما أن اقتطاع هذا الاحتياطي من الأرباح يتم من نصيب المصرف كمضارب ومن نصيب أصحاب الحساب

(١) - انظر: تعليق د. منذر قحف، ندوة البنوك الإسلامية ودورها في تنمية اقتصاديات المغرب العربي، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

الاستثماري، فيتحقق فيه معنى ضمان المضارب لرأس المال، وهو ما يخالف أحكام المضاربة ويتنافى مع طبيعتها.^(١)

ولذلك لا أتفق مع القول بأن هذا الاحتياطي ما هو إلا تبرع إلى مودعي الغد (كطرف ثالث خارج عن العقد) وإنما هو تبرع يخفي ضمان رأس المال، والنص عليه في العقد أو وجوبه قانوناً أو عرفاً، إنما يعدّ بمثابة شرط مسبق بالضمان، وهو ما يخالف أحكام المضاربة ويتنافى مع طبيعتها.

ثانياً: أن السماح بسحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول الأجل بموافقة المصرف، إنما هو ضمان غير مباشر يتمثل برد الوديعة أو جزء منها، وما تستحقه من أرباح لدى بعض المصارف، وهو ما يتعارض مع مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر، أو على الأقل لا يخلو ذلك من الغبن في توزيع الأرباح والخسائر، وهذه النتيجة لا تتعارض مع حقيقة أن بعض المصارف في حالة السحب عند انتهاء الأجل و(قبل ظهور نتائج الأرباح والخسائر أو إعلانها) تشترط على المودع بأن يتحمل نصيبه في الخسارة بقدر حصته في المال المشارك بالاستثمار، لأن هذا الشرط ليس قاعدة عامة في المصارف، وحتى المصارف التي أخذت به، فقد اعتدت به في حالة الخسارة ولم تضع أي اعتبار لحق المودع الساحب في إمكانية حصوله على أرباح قد تزيد عما حصل عليه وقت السحب، بل إن بعض المصارف أسقطت المبلغ المسحوب من الربح دون

(١) - وتفسير ذلك أن أرباح المساهمين هي ملك لهم، وتبرعهم بجزء منها كاحتياطي مخصص لجبر الخسارة في أي سنة تالية معناه أن التبرع يكون من مالك المال لنفسه ولغيره من المودعين، وحتى لو كان اقتطاع الاحتياطي من أرباح المودعين فقط، فمعنى ذلك أن تبرعهم قد لا يكون لمودعين جدد وإنما للمودعين أنفسهم ولمودعين جدد، على أساس أن فتح حساب الوديعة قد يكون لسنة أو ثلاث أو خمس، وإيداع أموال جديدة أو تكرار إيداعها في الحساب المستمر لا يعني أن المودعين أصحاب الحساب هم طرف ثالث.

اعتبار لمدة بقائه في المصرف ومشاركته في العملية الاستثمارية، رغم وجود وسائل محاسبية لاحتساب حقه في الأرباح أو تحمله للخسائر.

ثالثاً: إذا كانت العوائد (الفوائد) على الودائع في المصارف التجارية تعدّ من الربا المحرم ، لأنها قرض بفائدة على المصرف، ويحصل أصحاب الودائع على هذه العوائد بصرف النظر عن نتائج أعمال المصرف، ويستطيع المودع عادة معرفة مقدار العائد مقدماً، لأنه يكون منسوب إلى قيمة الوديعة، وهي قيمة معلومة؛ فإن نسب الأرباح في المصارف الإسلامية مشروطة بأن تحدد مقدماً ولكن بنسبة شائعة مما قد يتحقق من أرباح، ولا يستطيع المودع معرفة مقدار حصته من الربح، لأنه منسوب إلى قيمة مجهولة تعتمد على نتيجة استثمار المال وتحمل مخاطره ربحاً أو خسارة. وكل ذلك يجسد مفهوم مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر، وتطبيقه بشكل صحيح يفترض أن يكون وجهاً من وجوه التفرقة بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية، غير أن وجود مخصص مخاطر الاستثمار يعد في حقيقته ضماناً لرأس المال ويتنافى مع مبدأ المشاركة، كما أن وجود مخصص لتعديل نسب الأرباح ما هو إلا ضمان لرأس المال وحصة من الأرباح، وهذا الوضع قد ينطوي على شبهة الربا المحرم.

رابعاً: أن ضمان أموال المودعين يتوفر أصلاً من خلال وجود نوع من التكافل بين المستثمرين، ويصدق هذا الوصف عملياً ويتضح من خلال آلية عمل الاستثمار المصرفي ذاتها، إذ يقوم المصرف بخلط أموال المودعين على مدار العام وإضافتها إلى أمواله الخاصة وتوظيفها في مجالات الاستثمار المختلفة، مع إمكانية انسحاب مودعين واشتراك آخرين جدد في عملية الاستثمار، فإذا ما تحققت خسارة في مشروع أو قطاع معين؛ أمكن تغطيتها من أرباح المشروعات الأخرى. وفضلاً عن ذلك فإن مسؤولية المصرف كشريك

ومضارب، تدفعه إلى الحرص على استثمار الأموال وإدارتها بشكل فعال لتحقيق الأرباح، لأنه يشارك أصحاب الودائع في الخسائر إن حدثت دون تعديده أو تقصيره وذلك بقدر نسب المشاركة في الأموال المخصصة للاستثمار. ولا يخفى أن التزامه في إدارة هذه الأموال هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة (الربح)، والعناية المطلوبة هي عناية الشخص الحريص والخبير في إدارة الأموال بالطريقة التي لا تتعارض مع الأصول المصرفية عرفاً وقانوناً. وعلاوة على ما سبق، تحرص السلطات النقدية بما يتاح لها من وسائل رقابية على حماية أموال المودعين وأموال المصارف بوصفها قوة اقتصادية مؤثرة في البلد، ويتم حماية هذه الأموال من خلال وسائل وقائية وأخرى علاجية تفرض قانوناً وعرفاً على هذه المصارف، وفي ظل وجود الرقابة المصرفية على المصارف تتضاءل درجة احتمال الخسائر.^(١)

وفي ظل هذه الضمانات العملية والقانونية وغيرها، فإنه لا مبرر لوجود تلك الاحتياطات، لأنه فضلاً عن تعارض وجودها مع مبدأ المشاركة بشكل عام، فإن وجودها من شأنه أن يؤدي على عدم اهتمام المصارف بدراسة الجدوى الاقتصادية للمشروعات التي تقوم بتمويلها، أو على الأقل قد يؤدي إلى تهاونها في إدارة الأصول.

ويمكن النظر إلى هذا الاحتياطات من زاوية أخرى، حيث إن حرص المصرف على نجاح عملية الاستثمار وتجنب الخسائر قد لا يكون سببه خشية المصرف من تحمل الخسارة في أمواله فقط، لأن الخسارة قد تكون بسيطة، ولكن من الناحية العملية يتم استثمار مبالغ الحسابات الاستثمارية في موجودات لا تتمتع جميعها بدرجة عالية من السيولة، وأرباح هذه الحسابات تعتمد على نتيجة الاستثمار الذي قد يسفر عن تحقيق نسبة قليلة من الأرباح أو خسارة

(١) - لمزيد من الاطلاع انظر الفصل التالي.

يتحملها أصحاب المال، وهذه الخسارة أو ضالة توزيع الأرباح قد تدفع المودعين إلى السحب المكثف لودائعهم، مما قد يؤدي إلى إفسار المصرف أو توقفه عن الدفع نتيجة لاضطراب أعماله المالية ووقوعه في ضائقة مالية تبرر صدور الحكم بشهر إفلاسه. وعلى ضوء هذه المعطيات يمكن القول بأنه حتى لو لم يكن استقطاع هذه الاحتياطيات واجباً قانونياً على المصارف لتغطية الخسائر أو لضمان حصة من الربح أو لمعادلة توزيع أرباح المودعين والمساهمين؛ فإن هناك التزام غير قانوني بتغطية الخسائر وضمان نسبة من الأرباح يفرضه واقع السوق لاستمرار بقاء نشاط المصارف. ومع ذلك فإن هذا الواقع لا يبرر وجود تلك الاحتياطيات بشكل مستمر، لأن المخاطر المذكورة سلفاً التي قد تؤدي إلى انهيار المركز المالي للمصرف (عند ضالة توزيع الربح أو الخسارة)، إنما هي مخاطر محتملة يمكن تجنبها والحد منها بإدارة الموجودات بطريقة فعالة وملائمة، وفي ظل الرقابة المصرفية تقل نسبة هذه المخاطر.

ويمكن القول بأن مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر الذي تقوم عليه المصارف الإسلامية ما هو إلا مسألة نظرية بحتة. وقد ذهب أحد الباحثين إلى القول بأن إعفاء رب المال (المودع) من الضمان هو خطوة من خطوات إباحة الفائدة، والانتقال من المضاربة الشرعية إلى القرض الربوي المحرم، لأن الاتفاق على تقديم المال مقابل حصة من الربح مع عدم تحمل الخسارة إذا وقعت، إنما هو عقد مركب يجمع ما بين القرض و القراض (المضاربة)، فهو قرض من حيث ضمان سلامة رأس المال من النقصان، وقراض من حيث الشركة في الربح، وإذا كان دخول المصرف وتوسطه في عملية المضاربة يسمح بإعفاء

رب المال من مسؤولية الضمان، فمعنى ذلك أن المصرف وسيط يلعب بالنسبة لرب المال دور المحلل للربا وهي محرمة والله أعلم.^(١)

خامساً: إن الودائع الاستثمارية هي عقد استثمار يتم بين المودعين والمصرف كل على حدة بهدف الحصول على الربح، ولهذا العقد طبيعة خاصة أياً كان الوصف الذي يطلق عليه، ويرجع السبب في ذلك إلى أن عقد المضاربة الشرعي افرغ من مضمونه عملياً كإطار يحكم علاقة المصرف بالمودعين، ومع ذلك تبقى العلاقة قائمة على أساس التراضي.

وفي الحقيقة تمت صياغة نظم قبول الودائع بصفة عامة على غرار ما هو قائم في المصارف التجارية مع اختلاف أساليب المصارف الإسلامية فيما بينها - على مستوى الدولة الواحدة أو على مستوى الدول - في بدء سريان مدد استثمار الودائع و طرق احتساب أرباحها وخسائرها.

سادساً: حتى تكون العلاقة بين المودعين والمصرف قائمة على أساس المضاربة وفي حدود الضوابط الدنيا التي سنبينها لاحقاً، ينبغي مبدئياً العمل وفقاً لما يلي:

١- على الجهات المعنية الأخذ بأمر أو أكثر من الأمور الآتية:

- أ- عدم ضمان رأس المال بأي وسيلة وتحت أي مسمى.
- ب- مع قناعاتي الشخصية بأنه لا مبرر للأخذ بهذه الاحتياطات، إلا أنه وإن كان لا بدّ منها، فينبغي أن يقتصر الأخذ بها في المرحلة الأولى لتأسيس المصرف، لأن هذه المرحلة عادة ما تكون فيها المخاطر كبيرة نسبياً، ولا يحقق فيها المصرف أرباحاً كبيرة، ولمواجهة مخاطر السحب المكثف على الودائع في هذه المرحلة يمكن الأخذ بهذا الاحتياطي.

(١)- انظر: د. رفيق يونس المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، دار المكتبي، دمشق،

٢٠٠١، ص ١٧٩ وما بعدها.

ج- مادام أن تكوين هذا الاحتياط يتم من صافي الربح ونسبة (١٠%) حسب النصوص القانونية المذكورة سلفاً، فإن السؤال المطروح، هل يظل الاحتياطي المتراكم جامداً دون تشغيل أم لا؟

الظاهر أن المصرف يستعمله أو يخصص جزءاً منه لتمويل العمليات الاستثمارية لحسابه، وحتى لو لم يستعمله لحسابه، فينبغي عدم تركه جامداً دون تشغيل، وأقترح أن يتم استثماره أو استثمار جزء منه على أن تعود أرباحه للمودعين والمصرف وبنفس النسبة التي تم خصمها، وهو ما يستدعي وضع حساب مستقل يخصص لاستثمار الرصيد لصالح المودعين والمصرف، بحيث يتم توزيع أرباحه في السنة التالية للسنة التي تم خصمه فيها من الأرباح الصافية.

٢- أن تكون علاقة المودعين بالمصرف قائمة على أساس مبدأ التوازن بين المصالح المتعارضة وتحقيق العدالة، وهو ما يقتضي عدم حرمان الوديعة من الربح مطلقاً في حالة سحبها أو حرمان الجزء المسحوب قبل تاريخ الاستحقاق دون اعتبار لمدة مشاركة الوديعة في العمليات الاستثمارية، وكذلك في حالة نقصها عن الحد الأدنى للرصيد؛ لأن كل ذلك يخل بمبدأ التوازن بين المصالح المتعارضة ولا يحقق العدالة التي ينبغي أن تتصف بها المصارف الإسلامية، لاسيما في ظل وجود آليات وطرق لاحتساب الأرباح يمكن من خلالها تحقيق نوع من العدالة في كل ما يتعلق بتوزيع الأرباح والخسائر.

المطلب الرابع

أسس توزيع الأرباح بين المصرف والمستثمرين

أولاً: ضوابط ومعايير تحقيق إيرادات التمويل والاستثمار

القاعدة العامة في المصارف الإسلامية أن الإيرادات الربحية والخسائر المرتبطة بأعمال التمويل والاستثمار المشترك تكون مفصولة حسابياً عن سائر الإيرادات والنفقات المرتبطة بأعمال الخدمات الأخرى التي يُقدّمها المصرف. والأصل أن تحمل النفقات والتكاليف المباشرة على عمليات التمويل الخاصة بها فقط، ولا يجوز تحميل هذه العمليات أي قسط من نفقات البنك العامة^(١). وكذلك الحال بالنسبة لإيرادات الاستثمار المخصص، حيث يجري لكل مشروع معين حساب مستقل^(٢).

ويُحظر على المصرف أن يعتمد في حساب الإيرادات الربحية المتصلة بأعمال التمويل والاستثمار التي يمارسها على أي نظام مبني على طريقة حساب الربح المقدّر أو الإيراد المفترض، ويجب على المصرف أن يتقيد في تحقيق إيراداته حسب طبيعة العملية التي يمولها وفقاً للضوابط الآتية في بعض المصارف^(٣):

(١)- المادة (١٩/ د من قانون البنك الإسلامي الأردني (الملغي).

(٢)- المادة (١٨ من قانون تأسيس البنك الأردني الملغي).

(٣)- المادة السابقة. وفي بنك سبأ والبنك الإسلامي اليمني تثبت أرباح الاستثمارات في عقود المضاربة والمشاركة التي تنشأ وتنتهي خلال السنة المالية بقائمة الدخل في تاريخ تصفية عقد المضاربة أو المشاركة (حيث يسترد المصرف رأس ماله المدفوع وما أضيف إليه أو خصم منه من ربح أو خسارة). وإذا استمرت هذه العقود أكثر من سنة مالية، فتثبت الأرباح في حدود الأرباح الموزعة نقداً من هذه العمليات خلال الفترة المالية. وتثبت أرباح البنك في أسهم الشركات التي استثمر فيها أمواله بما في ذلك الشركات التابعة والزميلة على أساس نصيب البنك في

- أ- يتحقق الربح في حالات التمويل بالمضاربة عند القيام بالمحاسبة التامة مع العامل في المال، وهي المحاسبة المعتمدة على القبض أو التحقيق الفعلي بالإقرار والقبول، وتكون أرباح كل سنة داخلة في حساب السنة التي تتم فيها المحاسبة سواء على كامل العملية أو أي جزء منها.
- ب- يتحقق الربح أو الإيراد الناتج في حالات المشاركة المتناقصة على أساس الدخل الصافي للمشروع المعين حتى نهاية السنة المالية وإن لم يتم القبض فعلاً، حيث تعتبر الإيرادات المتحققة أنها مستحقة وغير مقبوضة.
- ج- يتحقق الربح في حالات بيع المرابحة للآمر بالشراء عند إجراء التعاقد اللاحق، وذلك على أساس حساب الفرق بين التكلفة الفعلية والسعر المتفق عليه مع الأمر بالشراء.^(١)

حقوق الملكية لهذه الشركات. ويتم إثبات إيرادات الإجارة المنتهية بالتملك وفقاً للفترة الزمنية وعلى مدى عمر عقد التأجير. وتثبت أرباح عقود المرابحة على أساس الاستحقاق (أي أن الإيراد يسجل خلال فترة بيع السلعة وليس خلال فترة تحصيل الثمن). حيث تثبت كافة الأرباح عند إتمام عقد المرابحة كإيرادات مؤجلة وترجل لقائمة الدخل على أساس نسبة التمويل وذلك بطريقة القسط الثابت على مدار فترة العقد. راجع التقرير السنوي لبنك سبأ لعام ٢٠٠٥، ص ٩. وهذا يعني أن الربح يتحقق بالبيع ويرجل الربح بكامله إلى حساب الأرباح والخسائر عن الفترة التي تم فيها إبرام عقد البيع، ويبقى الثمن المؤجل ديناً على المشتري ولا علاقة له بالربح.

(١)- فالقبض شرط في المضاربة وليس شرط في المشاركة، وهذه الأخيرة قد تكون في شهر يناير مثلاً، وفي نهاية السنة المالية عرف المصرف أن له في المشروع (بنية مثلاً) حصة إيجار لكن لم يتم القبض، فحصة الإيجار حق ثابت في ذمة المستأجر، لذلك يتم تسجيلها في حساب الإيرادات المستحقة. وفي المرابحة إذا أمر العميل المصرف بشراء بضاعة بـ ١٠٠ وتم الشراء وبقيت في حيازة المصرف. فالقيمة تبقى ١٠٠. فإذا أتى العميل بقصد تنفيذ الوعد بالشراء فاشترها بـ ١١٠ بموجب العقد الثاني، فيكون أصل التكلفة ١٠٠ واستبدلت بـ ١١٠، والعشرة هي الربح المتحقق عند إجراء البيع الثاني. راجع : د. سامي حسن حمود، المرابحة والإجارة والأدوات الأخرى، ندوة البنوك الإسلامية ودورها في تنمية اقتصاديات المغرب العربي، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

وعلى ذلك فإن الأرباح المعتبرة محلاً للقسمة في أعمال الاستثمار والتمويل هي الأرباح المحققة فعلاً، ويمنع الربح المقدّر مسبقاً على أساس التقييم الحسابي. فالربح المتحقق نتيجة أعمال الاستثمار أو التمويل المقدم من المصرف لعملائه في المضاربة أو المربحة أو المشاركة هو الربح القابل للتوزيع، فعلى سبيل المثال: لا يعدّ الربح متحققاً في المضاربة على أساس الصفقة إلا بالمحاسبة التامة حسب القواعد الفقهية، وفي المشاركة المتناقصة، يتحقق الربح أولاً بأول حسب تحقيق الإيرادات، وفي بيع المربحة للأمر بالشراء، يتحقق الربح فور إتمام البيع الثاني.

ثانياً: أسس توزيع الأرباح بين المصرف والمودعين

الأصل أن يتم تحديد العائد المستحق على حسابات الاستثمار المطلقة والادخار على أساس عقد المضاربة الذي بموجبه يتم الاتفاق على المشاركة في الربح والخسارة الناتجة عن أعمال المصرف خلال الفترة المالية.^(١) والقاعدة العامة في نظم المصارف الإسلامية أن احتساب أرباح الودائع الاستثمارية ورأس المال المصرف المشارك في الاستثمار يتم على أساس التسوية بينهما وحسب نسب التشغيل المتفق عليها.^(٢)

ويتم توزيع الأرباح والخسائر بحسب نوع الحساب على النحو الآتي:

١- بالنسبة لحساب الاستثمار المخصص (المضاربة الخاصة) يجري لكل مشروع معين حساب مستقل بإيراده ونفقاته وتتم المحاسبة في نهاية مدة المضاربة وتصفياتها (سنة أو أقل أو أكثر) ويتم عمل ميزانية لها وحساب أرباح

(١)- التقرير السنوي لبنك سبأ الإسلامي لعام ٢٠٠٥، ص ٢٦.

(٢)- المادة (٦٣ من نظام بنك سبأ)، المادة (٥٦ من نظام بنك دبي)، (٢١ من قانون البنك الإسلامي الأردني الملغي).

وخسائر لفترة المضاربة ككل، وتوزع الأرباح والخسائر حسب الاتفاق في بداية فترة المضاربة.^(١)

٢- وبالنسبة لتوزيع أرباح وخسائر الحساب الاستثماري المشترك بين المودعين والمصارف، فلا توجد طرق موحدة لكيفية إجراء هذا التوزيع ويمكن تقسيمها بوجه عام إلى طريقتين:

الطريقة الأولى: تُستخدم غالباً في المصارف التي تسمح قوانين إحداثها بتخصيص نسبة (١٠% كحد أدنى) من صافي الأرباح لتغذية حساب مخاطر الاستثمار. وهذه القوانين هي قانون البنوك الأردني لعام ٢٠٠٠ ومرسوم المصارف الإسلامية السوري رقم (٣٥) لعام ٢٠٠٥، وهذه القوانين غيرها من التشريعات المصرفية لم تضع قواعد تفصيلية بكيفية توزيع الأرباح والخسائر بين المصرف والمودعين، ولذلك يمكن الاستعانة بالقواعد القانونية التي أوردها قانون تأسيس البنك الإسلامي الأردني (الملغي)، وهي على النحو الآتي:^(٢)

أ- يتم إعلان النسبة العامة من الأرباح التي تختص بها مجموع الأموال الداخلة في الاستثمار المشترك في بداية السنة المالية نفسها (التي يجري الاستثمار خلالها).

ب- يستوفي المصرف بصفته مضارباً مشتركاً النسبة الباقية بعد تنزيل المخصص المعلن للمستثمرين، كما يكون له حق المشاركة في أرباح

(١)- المادة (١٨) من قانون تأسيس البنك الأردني الملغي، انظر:

http://www.faisalbank.com.eg/FIB/T3aml_3.jsp

(٢)- المادة (٢١) من قانون البنك الإسلامي الأردني (الملغي)، ولم يأت قانون البنوك الأردني لعام ٢٠٠٠ بأي تفصيل.

الاستثمار المشترك بنسبة ما يدخله من موارده الخاصة أو من أموال
الودائع الجارية المأذون في استعمالها.

ج- تكون الأولوية- عند حساب الأموال الداخلة في تمويل العمليات- مقررّة
لصالح الودائع الاستثمارية وسندات المقارضة المشتركة، ولا يجوز للبنك
أن يعدّ نفسه مشاركاً في التمويل بموارده الخاصة إلا على أساس الفرق
الذي يزيد به معدل أرصدة التمويل في السنة ذات العلاقة عن معدل
أرصدة المستثمرين.

وهذا يعني أن الاستثمارات المشتركة يتقاسم أرباحها أصحاب ودائع
الاستثمار المشترك بأنواعها (توفير، تحت إشعار، لأجل) وأصحاب سندات
المقارضة إن وجدت، والمصرف الذي يحصل على حصتين من الربح، الأولى:
بوصفه مضارباً بالنسبة المحددة اتفاقاً عند إبرام العقد، والثانية: بوصفه مشاركاً
بحصة من أمواله الذاتية. فعلى سبيل المثال: يتم تخصيص نسبة ٦٠% من
مجموع الإيرادات الصافية لتوزيعها على الأموال الداخلة في الاستثمار
المشترك. ويقصد بالإيرادات الصافية: الإيرادات الكلية لكل مشروع أو استثمار
مطروحاً منها جميع النفقات والتكاليف المباشرة الخاصة به فقط. ويستوفي
المصرف ٢٠% من الأرباح بصفته مضارباً، (١٠%) بصفته صاحب مال
مشارك بحصته، ويتم تخصيص نسبة (١٠%) من الأرباح لمخاطر
الاستثمار.^(١)

د- يتحمل البنك- بوصفه مضارباً مشتركاً- الخسائر الناتجة عن أي سبب
موجب لتضمنه شرعاً بما في ذلك حالات التعدي والتفريط الناشئة عن

(١)- انظر: د. عبد الله عبد المجيد المالكي، الموسوعة في تاريخ الجهاز المصرفي الأردني (البنك
الإسلامي الأردني) المجلد السابع، مطابع الدستور التجارية، عمان- الأردن، ١٩٩٦، ص ١٨٦.

تصرفات أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين أو الموظفين وسائر العاملين.

هـ- تنزل الخسائر الواقعة دون تعدّ أو تفريط من مجموع ما يتحقق من أرباح في السنة التي تتحقق فيها الخسارة، وينزل ما يزيد عن مجموع الأرباح المتحققة فعلاً في السنة المعينة من حساب الاحتياطي المخصص لمواجهة مخاطر الاستثمار.

و- إذا لم تكن الأرباح المحققة في تلك السنة مع الاحتياطيات المتراكمة من السنين السابقة كافية لتغطية الخسائر الواقعة، يتعين على المصرف القيام بعملية جرد شامل لمعرفة الأرباح والخسائر المقدرة حسب سعر السوق في العمليات الممولة بمال المضاربة مما لم تجر عليه المحاسبة عند نهاية السنة المالية .

ز- إذا جاءت نتيجة الجرد مؤكدة كفاية الأرباح المقدرة لتغطية الخسارة الزائدة، فإن على البنك أن يدور الخسارة الزائدة لكي تسدد من حصيلة الأرباح التي تتحقق تباعاً من العمليات المشمولة بالجرد.

ح- إذا كانت الأرباح المقدرة أقل من الخسارة الزائدة، فيجوز للبنك أن يعتبرها خسارة مدورة، شريطة أن تتحمل المبالغ المسحوبة من ودائع الاستثمار المشترك وسندات المقارضة المشتركة نصيبها من الخسارة الزائدة، وذلك بنسبة مشاركة المبلغ المسحوب في الاستثمار حسب نوع الحساب.^(١)

وعلى أساس ما تقدم يمكن إجمال خطوات توزيع الأرباح في النقاط الآتية:

أولاً: يتم توزيع الأرباح بين المودعين والمصرف وفقاً للخطوات الآتية:

١- يتم احتساب صافي إيرادات حساب الاستثمار المشترك - أي بعد خصم

المصروفات والتكاليف المباشرة على عمليات التمويل.

(١)- المادة (٢١ / أ، ب، ج، د من قانون إنشاء البنك الإسلامي الأردني "الملغي").

٢- توزع الإيرادات الصافية كما يلي:

أ- تجنب نسبة احتياطي مخاطر الاستثمار.

ب- حصة أصحاب الحساب الاستثماري (المودعين والمصرف)، ويتم توزيعها بحسب نسبة المشاركة.

ج- يستوفي المصرف حصته كمضارب، وهي النسبة المتفق عليها ابتداء. ويحصل المصرف على حصتين من الربح، الأولى كمضارب، والثانية كشريك في رأس المال. وتضاف إليها أرباح الخدمات من عمولة، وفرق عملة وغير ذلك. وتمثل هذه الإيرادات (إجمالي الأرباح غير الصافية للمصرف).

ثانياً- يتم توزيع أرباح المصرف كما يلي:

١. من إجمالي الأرباح غير الصافية للمصرف يتم خصم جميع المصروفات الإدارية والعمومية والاستهلاكات والمؤن اللازمة، وتحديد نسب استهلاك موجودات الشركة، والمبالغ المستحقة من تعويضات المستخدمين والعمال والمبالغ الواجب رصدها لقاء الالتزامات المفروضة على الشركة بموجب القوانين. (١)

(١)- راجع المادة (٦٦) وما بعدها من نظام بنك الشام. ووفقاً لنص المادة ٣٢ من قانون البنك الإسلامي الأردني الملغي، توزع الأرباح الخاصة بالبنك مما يكون قد تحقق بشكل صاف حتى نهاية السنة المالية حسب الترتيب التالي:

أ. ١٠% لحساب الاحتياطي الإجمالي وذلك إلى أن يصل الرصيد المتجمع في هذا الحساب مقدراً مساوياً لرأس مال البنك المكتتب به. ب. ٥% لحساب المكافآت المخصصة لأعضاء مجلس الإدارة لتوزع بينهم نسبياً بحسب عدد الجلسات وذلك ضمن نطاق الحد الأقصى المقرر في قانون الشركات. ج. ٢٠.٥% لحساب صندوق الموظفين المخصص للمكافآت التشجيعية والمساعدة الاجتماعية ضمن القواعد التي يقرها مجلس الإدارة. د. أية نسبة يراها المجلس لازمة لتأمين الاحتياطي اللازم لمواجهة الالتزامات المختلفة وذلك في حدود نسبة عشرين بالمئة من الأرباح الصافية في تلك السنة. هـ. يوزع الربح المتبقي على المساهمين نسبياً بحسب الأسهم المملوكة لكل منهم وذلك تبعاً للمقدار المدفوع فعلاً من الأقساط المستحقة الأداء ويجوز لمجلس

٢. الباقي من الأرباح بعد خصم ما ذكر يمثل الأرباح الصافية للمصرف وتوزع على النحو الآتي:

أ- اقتطاع نسب الاحتياطي القانوني، والاحتياطي الاختياري، والاحتياطي الخاص المصرفي.

ب- يوزع ما بقي من أرباح وفق القوانين والأنظمة.

ج- في حالة تحقيق أرباح لا تسمح بإجراء توزيع مناسب على المساهمين، فللجمعية العمومية بناء على اقتراح مجلس الإدارة أن تقرر ترحيل صافي الأرباح بكاملها للسنة التالية.

الطريقة الثانية: في حالة المضاربة العامة (المطلقة)، يتم توزيع الأرباح الناتجة عن التشغيل بالنسب المتفق عليها مسبقاً، حيث يتم إعداد ميزانية ربع سنوية وحساب أرباح وخسائر في بعض المصارف، ويتم احتساب صافي الإيراد بعد خصم عناصر التكاليف. ومن صافي الإيراد يتم خصم حصة المصرف كمضارب، وهي نسبة معلنة قبل بداية فترة المضاربة، وبعد ذلك يتم توزيع باقي الربح بين المصرف والمودعين وفقاً لحصص كل منهما في تمويل النشاط خلال فترة المضاربة. وفي حالة الخسارة يتحملها صاحب رأس المال ما لم يثبت تقصير المضارب.^(١)

وبالإطلاع على بعض التقارير السنوية للمصارف الإسلامية في اليمن، أتضح أن تحديد نصيب أصحاب حسابات الاستثمارات المطلقة والادخارية من عائد الاستثمار المحقق خلال العام (بعد خصم التكاليف المباشرة)، يتم بتقسيم إجمالي الإيرادات من التمويلات المختلفة والاستثمارات المشتركة الأخرى بين

الإدارة أن يقرر وقف دفع الأرباح المستحقة للمساهمين المتخلفين عن دفع ما عليهم من أقساط إلى أن يتم تسديد الأقساط المطلوبة وحينئذ تدفع الأرباح المستحقة بكاملها.

(١) - انظر: http://www.faisal bank.com.eg/FIB/T3aml_3.jsp

العملاء والمصرف، ثم يوزع نصيب العملاء فيما بينهم تبعاً لنوع الحساب على أساس نسبة المشاركة مرجحة بالأعداد، ويتم اعتماد نسب حصص أرباح ودائع العملاء بناء على اقتراح لجنة الميزانية التي تقوم باحتساب المبالغ المستثمرة بالعملة المحلية والأجنبية وأعدادها الخاصة بها ونسب المشاركة.^(١)

ولإيضاح ما تقدم، تقوم هذه المصارف في نهاية السنة المالية بخصم عوائد الحسابات الاستثمارية من إجمالي العائد المحقق من التمويلات المختلفة والاستثمارات المشتركة الأخرى^(٢)، وما يتبقى بعد ذلك يمثل حصة المصرف من الربح، وتضاف إليها إيرادات الخدمات الأخرى وغيرها. وهذه الإيرادات تمثل بمجموعها الربح الإجمالي لنشاط المصرف. ويخضع الربح الإجمالي لخصم المصروفات الإدارية والعمومية والاستهلاكات^(٣)، وما يتبقى بعد ذلك يمثل صافي ربح المصرف حتى نهاية العام.

وعلى ذلك يمكن إجمال خطوات توزيع الأرباح على النحو الآتي:

- ١- يتم احتساب صافي إيرادات النشاط - بعد خصم عناصر التكاليف المباشرة على عمليات التمويل.
- ٢- يتم تقسيم إجمالي الأرباح الصافية بين المودعين والمصرف وفقاً لنسب المشاركة في تمويل النشاط. ويوزع نصيب المودعين فيما بينهم تبعاً لنوع الحساب وحسب نسبة المشاركة.

(١)- انظر التقرير السنوي للبنك الإسلامي اليمني لعام ٢٠٠٦، ص ٢٥، تقرير بنك التضامن لعام

٢٠٠٦، ص ٤٦، تقرير بنك سبأ لعام ٢٠٠٥، ص ٢٦.

(٢)- راجع المادة (٧٥ من نظام بنك سبأ) .

(٣)- وأهم المصروفات تتمثل في أجور ومرتببات، وإهلاك ممتلكات ثابتة، وإهلاك إجارة منتهية بالتمليك، قرطاسيه وأدوات مكتبية، اتصالات وتلفونات، مياه وكهرباء، إيجارات، تبرعات وإعانات، رسوم حكومية، مصاريف تجهيزات الفروع تحت التأسيس... الخ.

٣- يخصم من إجمالي الأرباح غير الصافية للمصرف جميع المصروفات الإدارية والعمومية والاستهلاكات.

٤- يتم توزيع صافي أرباح الشركة (المصرف) على النحو الآتي: (١)

أ- خصم نسبة معينة لتغذية الاحتياطي القانوني.

ب- تخصيص نسبة لتغذية الاحتياطي الاختياري.

ج- يقتطع المبلغ اللازم لتوزيع حصة أولى من الأرباح بنسبة معينة للمساهمين عن المدفوع من قيمة أسهمهم، على أنه إذا لم تسمح أرباح سنة من السنين بتوزيع هذه الحصة فلا تجوز المطالبة بها من أرباح السنين القادمة.

د- اقتطاع الضرائب المستحقة على المصرف طبقاً للقوانين.

هـ- المكافآت التي تقررها الجمعية العمومية للإدارة ومفتشي الحسابات وهيئة الرقابة الشرعية.

و- تخصيص ما لا يزيد عن نسبة معينة من الأرباح بعد الاستقطاعات السابقة لمكافآت مجلس الإدارة على أن لا تتجاوز الحدود المقررة في قانون الشركات.

ز- يوزع الباقي من الأرباح الصافية على المساهمين كحصة إضافية أو يرحل بناء على اقتراح مجلس الإدارة إلى السنة المقبلة أو يخصص لإنشاء مال للاحتياطي أو للاستهلاك.

ويلاحظ أن بعض القوانين المصرفية والنظم الأساسية للمصارف تضمنت القواعد القانونية التي تبين كيفية توزيع الأرباح والخسائر، غير أن هذه القواعد وردت في نصوص متفرقة، كالنص الخاص بشأن اقتطاع احتياطي مخاطر الاستثمار من صافي الربح، كما ورد في المرسوم التشريعي السوري الخاص

(١)- وتشمل إيرادات تمويل عمليات المضاربة والمراوحة والاستصناع والاستثمارات المشتركة الأخرى. .

بإحداث المصارف الإسلامية، وفي أحكام قانون البنوك الأردني، وكذلك النصوص التي أوجبت تحديد نسب المشاركة في المرسوم السوري. بينما وردت النصوص الخاصة بتوزيع أرباح الشركة (المصرف) في النظم الأساسية للمصارف. وفضلاً عن ذلك، فإن قواعد توزيع الأرباح والخسائر ليست موحدة على مستوى الدول، وحتى قواعد توزيع الأرباح الصافية جاءت متباينة حسب النظم الأساسية للمصارف. ولذلك ينبغي على المشرع في كل دولة معنية أن ينظم هذه المسائل.

وإذا كان الأصل أن تحتسب أرباح الودائع الاستثمارية على أساس التسوية بينها وبين رأس المال^(١)، فإن المادة (٤٦) من نظام بيت التمويل الكويتي نصت على أن (تحتسب أرباح الودائع الاستثمارية على أساس التسوية بينها وبين رأس مال المصرف، فإذا زاد التوزيع على ٢٠% جاز توزيع ربح إضافي لرأس المال في حدود ١٠% منه ويضاف ما زاد على ذلك إلى الاحتياطيات).

وهذه الإضافات - في رأي أحد الباحثين - ما هي إلا محاباة للمساهمين على حساب المودعين، كما أن الربح الإضافي وما يُرحّل إلى الاحتياطيات إنما يعود للمساهمين دون المودعين.^(٢)

وخلافاً لهذا الرأي يبدو أنه لا توجد محاباة للمساهمين، لأن نظام المصرف قرر أنه إذا كانت الأرباح التي تخصه تزيد بنسبة ٢٠%، فإنها تكون كافية لتوزيع ربح إضافي على المساهمين في حدود ١٠% منه، ويضاف ما زاد على ذلك إلى الاحتياطيات التي هي حق من حقوق الملكية.

وإذا كان الأصل أن العائد المستحق على ودائع الحسابات الاستثمارية يتم الاتفاق عليه ابتداءً، فإن بعض نظم المصارف أجازت لمجلس الإدارة وبموافقة

(١) - انظر على سبيل المثال: المادة (٥٦) من نظام بنك دبي)، المادة (٦٣) من نظام بنك سبأ).

(٢) - د. رفيق يونس المصري، النظام المصرفي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٧٧.

الجمعية العمومية أن يقرر توزيع الأرباح الصافية للمصرف على أية صورة يراها محققة لمصلحة المساهمين والعملاء، حيث يتم توزيع الأرباح الصافية وفقاً للقواعد التي يضعها مجلس الإدارة نهاية كل سنة مالية^(١)، وتحديد نسب التوزيع في نهاية العام المالي هو ما أكده أحد الباحثين.^(٢)

والظاهر أن التطبيق المصرفي تجاوز هذه الإشكالية، حيث يتم تحديد نسب الأرباح مقدماً في عقد فتح الحساب الاستثماري، ويتم توزيع الأرباح حسب نوع المضاربة على النحو الذي بيناه سابقاً بما في ذلك طرق توزيع الأرباح في بنك فيصل الإسلامي المصري.

ثالثاً: ضوابط الحسابات الاستثمارية المشتركة

إذا كانت المصارف الإسلامية تتسلم الودائع الاستثمارية بعقد استثمار على نسبة من صافي الأرباح المحققة، فإن الغرض الأساسي من إبرام هذا العقد هو الحصول على الربح.

ولا شك أن هذا العقد يتطلب كغيره من العقود توفر الأركان العامة لانعقاده والشروط الخاصة بصحته، غير أن الشروط الخاصة بصحة العقد هي شروط اجتهادية، لذلك رأينا أن بعض نظم المصارف وعقود الاستثمار لم تتضمن بعض هذه الشروط، لعدم وجود تقنين بأحكام المضاربة التي تطبقها المصارف الإسلامية، وفي تقديري أن هناك من العناصر والشروط ما يجب أن يتضمنها العقد، إذ بتوفرها يتحقق ركن الرضا وخلوه مما قد يشوبه من عيوب الإرادة، ويتاح للمتعامل مع المصرف حرية اختيار المصرف المناسب له في استثمار

(١)- وهذا ما قرره المادة (٥٢ من نظام بنك البحرين)، المادة (٥٩ من نظام بنك فيصل المصري).

(٢)- راجع : د. محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧٧، حيث أشار إلى بنك البحرين، أهدافه ومعاملته، مرجع سابق، ص ٢، وبنك فيصل المصري، وأن بيت التمويل الكويتي يحدد هذه النسب نهاية السنة المالية وفقاً لشروط عقد الإيداع الاستثماري.

أمواله، وبالإضافة إلى أن توفر هذه العناصر يعد أساساً لقسمة وتوزيع الأرباح والخسائر، فإن معلومية الربح كشرط أساس لصحة العقد، ينبغي أن تنصب على جميع العناصر التي سنذكرها.

وفي تنظيم العلاقة بين أصحاب المال والمصارف، تميزت بعض النظم الأساسية للمصارف وبعض القوانين المنظمة لأحكام المصارف الإسلامية عن غيرها من النظم والقوانين.

فقد تميز نظام بنك سبأ عن غيره من النظم بأنه أوجب على المصرف أن يحدد مقدماً عند إبرام العقد نسب تشغيل أموال المودعين مع رأسمال المصرف، ونسبة ربح كل طرف من صافي الأرباح ومدة الاستثمار وموعد توزيع الأرباح.^(١)

وهذا الإلزام يتفق مع توصيات مؤتمر المصرف الإسلامي المنعقد بدبي - بضرورة النص على بيان نصيب كل من المودع وأصحاب رأس المال، وأن يكون النصيب نسبة شائعة في الربح لكي تصح المضاربة.^(٢)

وعلى الرغم من تميز نظام بنك سبأ، إلا أنه كان من الأولى أن يتضمن قانون المصارف الإسلامية اليمني القواعد والشروط اللازمة لتنظيم العلاقات الاستثمارية عموماً بين أصحاب المال والمصرف من جهة، وبين المصرف والمستثمرين عند توظيف الأموال من جهة أخرى.

وقد تميز المرسوم السوري بإحداث المصارف الإسلامية بالآتي:

١- أجاز للمصارف الإسلامية القيام بالعمليات المصرفية وفقاً للضوابط والحدود والشروط التي يضعها مجلس النقد والتسليف. ومنها: أ- قبول الودائع بأنواعها في حسابات... د- توظيف أموال العملاء.^(١)

(١) - وفقاً للمادة (٦٣) من نظام بنك سبأ).

(٢) - انظر: توصيات المؤتمر المنعقد في ١٩٧٩/٥/٢، ص ١٢.

٢- أوجب على إدارة المصرف الإسلامي إعلام المساهمين والمودعين خطياً ودورياً بالمخاطر المرتبطة باستثمارات المصرف ونتائجها، ونسب استثمارات المصرف في هذه الاستثمارات. والتميز بين أنواع الودائع المختلفة.^(٢)

٣- أجاز لمجلس النقد والتسليف وضع القواعد والشروط التي يجب اتباعها في علاقة المصرف بعملائه وبمساهميه.^(٣)

ومن هذه النصوص والسلطات الممنوحة لمجلس النقد والتسليف نلمس اتجاه المشرع نحو إلزام المصارف بقواعد موحدة على مستوى القطر السوري. والظاهر أن مفهوم وجوب التمييز بين مختلف أنواع الودائع الذي فرضه المرسوم السوري على المصارف، لا يقتصر على التمييز بين ماهية أنواع الحسابات والقواعد الخاصة بكل نوع فقط، وإنما يمتد ليشمل إحاطة المستثمرين علماً بكل ما من شأنه التأثير على نتائج الاستثمار. ولا شك أن البيانات التي دفعت العميل إلى التعاقد مع المصرف وما يترتب على ذلك من حقوق والتزامات يجب أن يتضمنها العقد، وهناك بيانات أخرى يفترض أن تلتزم بها المصارف وفقاً لتعليمات سلطات الرقابة المصرفية.

ويلاحظ بصفة عامة أنه لا يوجد تنظيم قانوني موحد للقواعد والشروط التي ينبغي أن تتضمنها نماذج عقود استثمار الودائع، فبعض هذه القواعد إما أن تجد مصدرها في بعض النظم الأساسية للمصارف وهي نادرة، أو تتضمنها العقود ولا تكون كافية لتحقيق الغرض منها، أو يكون مصدرها قانون

(١)-المادة (٧ من قانون المصارف الإسلامية السوري).

(٢)- المادة (١٣ من المرسوم السوري بإحداث المصارف الإسلامية). تقابلها المادة (٥٢) من قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠.

(٣)- المادة (١١ / ج / ٥) من المرسوم السوري بإحداث المصارف الإسلامية.

المصارف، حيث يضع القاعدة العامة غالباً ويخول سلطة وضع قواعد وشروط التطبيق لمجلس النقد أو البنك المركزي، وهذه القواعد قد لا تكون كافية لتحقيق الغرض المقصود.^(١)

ومن وجهة نظر الباحث ينبغي أن يتدخل القانون لحماية المودعين مباشرة عن طريق وضع القواعد القانونية الخاصة لحساب نصيب المستثمرين من عائد الاستثمار من حيث كيفية حساب الإيرادات وتحديد أنواع المخصصات والمصروفات التي تخصم منها لإظهار صافي الربح بقصد توزيعه على المصرف والمودعين. وينبغي كذلك إلزام المصارف بضرورة النص في عقود فتح الحسابات على كيفية توزيع الأرباح وحالات استحقاقها وطرق احتسابها، بحيث يكون للمودع حرية اختيار المصرف الذي يناسبه على مستوى الدولة الواحدة. أو أن يتدخل القانون مباشرة أو عن طريق تخويل سلطات الرقابة المصرفية الحق في إلزام المصارف باتباع أكثر الطرق عدالة في توزيع الأرباح مع بيان هذه الطرق إن وجدت.

وفي هذا الإطار ومن خلال هذه الدراسة يمكن وضع الضوابط العامة التي ينبغي إلزام المصارف بها أو النص عليها في القوانين المنظمة لأحكام المصارف الإسلامية، وهي على النحو الآتي:

١- أن تكون الإيرادات الربحية والخسائر المرتبطة بأعمال التمويل والاستثمار المشترك مفصولة حسابياً عن سائر الإيرادات والنفقات المرتبطة بأعمال الخدمات الأخرى التي يُقدّمها المصرف.

٢- أن تُحدد مُقدّماً نسب تشغيل أموال المودعين مع رأس مال المصرف (كما نصت عليه المادة (١١ / ج / ٥) من المرسوم السوري بإحداث

(١) - راجع ما سبق المطلب الثالث (تقييم الودائع وتنظيمها القانوني)، البند سابغاً.

المصارف الإسلامية)، وكذلك تحديد نسبة ربح كل طرف من صافي أرباح الاستثمار، وموعد توزيع الأرباح ومدة الوديعة إن كانت محددة.

٣- أن تكون الأولوية في الاستثمار لأصحاب الودائع وأصحاب الصكوك الاستثمارية إن وجدوا.

٤- أن تتحمل حسابات الاستثمار المشترك بالنفقات والتكاليف الخاصة بعمليات التمويل فقط، ولا يجوز تحميل هذه الحسابات أي قسط من نفقات المصرف العامة. وبخلاف هذا الوضع يجب أن تبين المصارف موقفها من تحميل الحساب الاستثماري المشترك بالمصروفات والتكاليف العامة، مع ضرورة بيان أنواع تلك التكاليف، بحيث يكون للمودع حرية اختيار المصرف الذي يناسبه في حالة عدم وجود قواعد موحدة، أو في حالة منح المصارف سلطة تقديرية مطلقة في تحميل الحسابات الاستثمارية بالتكاليف العامة للمصرف.

٥- عدم تحميل حساب الاستثمار المشترك بالمخصصات والاحتياطيات التي تعمل على دعم المركز المالي للمصرف.

٦- يجب على المصارف إحاطة المودعين علماً بأنواع ونسب المخصصات والاستهلاكات المقتطعة من الأرباح الإجمالية للحساب الاستثماري.

٧- على المصارف أن تنقيد في صياغتها لشروط عقود فتح الحسابات الاستثمارية بتحديد البيانات والعناصر التي تحقق نوعاً من التوازن في الحقوق والواجبات على أساس العدالة، مع الأخذ بعين الاعتبار الأولوية في ما يلي:

أ- أن يكون الربح على مبلغ الوديعة كاملاً بما يتوافق مع إمكانية استفادة المصارف من عوائد الاحتياطيات المفروضة عليها من قبل المصرف المركزي، وهذا هو الأولى. وبخلاف هذا الوضع، يجب أن تبين تلك العقود أن الربح لا يكون إلا على نسبة المبلغ المستثمر فقط، وفي هذه

الحالة الأخيرة، يجب تحديد طبيعة الجزء غير المستثمر هل يبقى قرصاً مضمون الرد) وهو ما يرجحه الباحث، لأن المصرف يستخدمه في نشاطه) أم أنه يبقى كوديعة عادية (بوصفه أمانة).

ب- أن يتضمن العقد حالات وطرق احتساب الأرباح والخسائر، والأولى أن يبدأ ميعاد احتساب الربح من اليوم التالي لتاريخ القبض الفعلي لمبلغ الوديعة، وعدم إسقاط حق المودع في الربح في حالة سحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول الأجل بموافقة المصرف، وكذلك في حالة نقصها عن الحد الأدنى للرصيد.

ج- يلتزم المودع في حالة سحب الوديعة عند انتهاء أجلها وقبل اعتماد الموازنة وإعلان الربح، بأن يتحمل أي خسارة تظهر بعد اعتماد الموازنة بمقدار المبلغ المسحوب (وهذا الالتزام ورد في أغلب عقود الودائع الاستثمارية) ومن باب أولى ينبغي إلزام المصرف في المقابل بأن يمنح المودع النسبة التي يستحقها من الأرباح التي قد تظهر بعد اعتماد الموازنة، فيما لو كانت أكبر من النسبة التي حصل عليها عند السحب.

د- أن يتضمن العقد تحديد النسب المقتطعة من الأرباح الصافية بالنسبة لاحتياطي المخاطر. ومن الأفضل إلغاء النصوص التي أقرت احتياطي مخاطر الاستثمار، أو إعادة استثمار الرصيد بالضوابط التي سبق ذكرها.

هـ- أن ينص العقد على كيفية توزيع الأرباح الصافية بالنسب المتفق عليها بعد خصم التكاليف والمصروفات والمخصصات، مع بيان وتحديد نوعية هذه الأعباء تحقيقاً لمبدأ الإفصاح والشفافية.

وعلى ذلك ينبغي على المشرع في الدول المعنية إضافة هذه البنود إلى القوانين المنظمة لأحكام المصارف الإسلامية.

المبحث الثالث

التكليف القانوني والفقهى للودائع النقدية المصرفية

تعتبر الودائع النقدية المصرفية المورد الرئيسي الذي تستخدمه المصارف في نشاطها التمويلي والاستثماري بقصد الحصول على الأرباح التي تعود عليها وعلى المودعين. غير أن تحديد الطبيعة القانونية للوديعة النقدية المصرفية ظلت محلاً لاختلاف الفقه القانوني والفقه الشرعي، ويرجع هذا الاختلاف لأسباب متعددة لعل أهمها صعوبة التنبؤ بالقصد المسبق للمتعاقدين أو أحدهما من إبرام هذا العقد. ونظراً لتعدد الآراء الفقهية وتشعبها في تحديد طبيعة هذه الودائع، فإن بيانها يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: التكليف القانوني لعقد الوديعة النقدية المصرفية في المصارف التجارية.

الثاني: التكليف الفقهي لعقد الوديعة النقدية المصرفية في المصارف الإسلامية.

المطلب الأول

التكييف القانوني لعقد الوديعة النقدية المصرفية في المصارف التجارية

اختلف الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية للوديعة النقدية المصرفية بالنظر إلى الحق الذي يتمتع به المصرف على مبالغها والسبب الذي حدا بالموودع لأن يسلمها للمصرف، ونظراً لتعدد الآراء الفقهية وتشعبها، فإنه يمكن إجمالها في الاتجاهات الآتية:

الاتجاه الأول: ذهب أغلب الفقه القانوني^(١)، إلى أن عقد الوديعة المصرفية ليس عقد وديعة حقيقية بالمعنى الدقيق وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني التي تلزم المودع لديه بحفظ الوديعة وردها بعينها إلى المودع دون التصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرفات وإلا عد خائناً للأمانة، وما دام أنه ملزم برد الوديعة، فلا يجوز له دفع طلب استردادها بالمقاصة بين التزامه هذا وأي حق آخر له قبل المودع وفقاً للقواعد العامة^(٢).

(١) - يغلب الفقيه الفرنسي ريبير فكرة الحفظ ويعدها الهدف الأساسي لعملية الإيداع، إلا أنه يعترف مع ذلك بأن هذا الوصف لا يتفق مع نتائج عملية الإيداع، بندا ٢١٣٣، ص ٨٦٢، نقلاً عن د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، مرجع سابق، ص ٢٩٢. وقد ذهب رأي في الفقه إلى أن هناك إجماع فقهي على أن الوديعة النقدية المصرفية لا تخضع لأحكام الوديعة الكاملة في القانون المدني. انظر: د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٧٨.

(٢) - الوديعة بمقتضى نص المادة (٩٣٨ مدني يمني) هي ترك المودع مالا لدى غيره لمجرد حفظه بالتراضي وتكون إما مع تسليمه المال للوديع أو التخلية بينه وبين المال، والأصل فيها أن تكون بغير أجر. وبموجب المادة (٩٤٢) تعدّ الوديعة أمانة في يد الوديع، فلا يضمن تلفها ما لم يتعد عليها أو يقصر في حفظها. ويكون التعدي طبقاً لمفهوم المادة (٩٤٢) بالتصرف فيها، ولا يعتبر تعدياً أو تفریطاً كل ما وقع بإذن المودع أو رضاه. وقد نظم القانون المدني السوري أحكام الوديعة

فالمبادئ الخاصة بعقد الوديعة العادية لا تنطبق على الوديعة المصرفية، فالعرف المصرفي جرى بعدم التزام المصرف بحفظ الأموال المودعة بذاتها، بل إن له الحق في التصرف فيها واستخدامها على أن يرد مثلها، كما أن القضاء يجيز له دفع طلب الاسترداد بالمقاصة بين ما يودعه المودع وبين ما يترتب في ذمته من ديون للمصرف، كما أن هذا الأخير يلتزم برد مثل الوديعة حتى لو هلكت بقوة قاهرة، بينما الوديعة التامة يلتزم المودع لديه بحفظها وردها بعينها، وإن هلكت فعلى حساب صاحبها إلا أن يثبت وجود إهمال أو تقصير من قبل المودع لديه في حفظها، وهذه الوديعة لا تخضع في الأصل لمبدأ المقاصة.

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه^(١)، أن عقد إيداع النقود هو من قبيل الوديعة الشاذة أو الناقصة، وهي التي يكون محلها مالا مثلياً مما يهلك بالاستعمال، ويؤذن فيها المودع لديه باستعمال هذا المال على أن يرد ما يماثله عند انتهاء الوديعة، تأسيساً على أن المودع لديه يملك النقود المودعة ويلتزم برد ما يماثلها، بخلاف الوديعة العادية، حيث لا يملك فيها الوديع شيئاً، بل تكون عنده أمانة لغرض حفظها. ويفرق أنصار الوديعة الشاذة بينها وبين القرض في أن المودع لديه وإن تملك الوديعة وأذن في استعمالها على أن يرد مثلها كما في القرض، إلا أنه مع ذلك ملزم بحفظها، مما يوجب عليه أن

في الفصل الرابع حيث نص في المادة (٦٨٤) على أن الوديعة هي عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً. ووفقاً للمادة (٦٨٥) ليس له أن يستعملها دون إذن المودع في ذلك صراحة أو ضمناً.

(١) - يأخذ بهذه النظرية ليون كان ورينو، ج٤، ص٦٣٢، محكمة الإسكندرية الكلية، ١١ مارس ١٩٣١، المحاماة، س١٢، ص٧٧٩، نقلاً عن د. علي البارودي، مرجع سابق، ص٢٩٣، د. السنهوري، الوسيط، ج٧، مرجع سابق، ص٧٥٤، هامش ٣.

يحتفظ دائماً بما يماثل الوديعة نوعاً ومقداراً حتى يكون على استعداد لمواجهة احتمالات طلب الرد.

وفي الحقيقة ظل تحديد طبيعة الوديعة محلاً لاختلاف الفقه، فأنكر بعضهم تسميتها بالوديعة، على أساس أنه مادام المودع لديه مأذوناً في استعمالها، فقد سقط عنه التزام الحفظ، لأن الوديعة تهلك بالاستعمال^(١)، كما أن ما يجري العمل عليه وفق القواعد والعادات المصرفية هو أن المصرف لا يحتفظ بمقدار من النقود يساوي مجموع الأموال المودعة لديه وإلا تعطلت نشاطاته، وإنما يحتفظ بنسبة معينة منها لمواجهة احتمالات طلب الرد. ومن ثم لا يمكن القول بأن الوديعة النقدية هي وديعة ناقصة.^(٢)

الاتجاه الثالث: يرى بعض الفقه^(٣) أن عقد الوديعة النقدية المصرفية عقد ذو طبيعة خاصة، أو أنه ليس من العقود المسماة، فلا تستطيع هذه النظم تفسير طبيعة هذا العقد، فهو اتفاق يستند مباشرة إلى إرادة المتعاقدين وإلى حرية التعاقد، وهو عقد ذو أهداف مختلفة، وهذا هو سبب التردد في إلحاقه بعقد الوديعة أو بعقد القرض، فالعميل يهدف بإيداعه إلى حفظ النقود، والمصرف يهدف بقبوله لها إلى استعمالها. ويصل هذا الرأي إلى أن الهدف الأساسي للإيداع ليس الحصول على الفائدة فقط، ولا حفظ الأموال أيضاً، بل هو وسيلة للاستعمال المطمئن وللثقة التي يستطيع المودع أن يحصل عليها من جراء إيداع نقوده. وعلى ذلك فإن تحديد طبيعة عقد الوديعة المصرفية

(١)- د. على جمال الدين، المرجع سابق ص ٣٥.

(٢)- انظر: د. على البارودي، العقود وعمليات البنوك، مرجع سابق ص ٢٩٣.

(٣)- انظر: المرجع السابق، ص ٢٩٥ وما بعدها. قارن: د. سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٠، ص ٧١. إذ ترى أنه عقد خاص يخضع لإرادة الطرفين التي يستقل قاضي الموضوع بتحديداتها، وأن أساس حق المصرف في تملك النقود المودعة والتصرف فيها هو افتراض إذن العميل للمصرف في استعمال الوديعة.

يتوقف على تحديد الهدف من العقد الذي على أساسه يمكن أن يكون من العقود المسماة لو نظمه المشرع مسترشداً بالهدف منه.

الاتجاه الرابع: يتجه الرأي الغالب في الفقه^(١)، والقضاء^(٢)، إلى أن عقد الوديعة المصرفية إنما هو عقد قرض بين العميل المودع والمصرف (المقترض)، وبموجب هذا العقد يملك المصرف المال المودع ويتصرف فيه تصرف المالك، وهو لذلك لا يلتزم برد مبلغ القرض ذاته، وإنما برد مبلغ مماثل، ويتحمل تبعه هلاكه حتى وإن كان بقوة القاهرة لا يمكن دفعها، وتجوز المقاصة بين مبلغ الوديعة والحق الذي يكون للمصرف على العميل المودع،

(١)- انظر على سبيل المثال: د. جاك الحكيم، مرجع سابق، ص ٣٧٣، د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ٥٠٤، د. محمد أحمد عبد الرحمن الزرقا، دور المصارف الوطنية في استثمار الودائع النقدية - رؤية شرعية قانونية - واقعية ومستقبلية - دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧. د. محمد السيد الفقي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٨٤. د. على جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٤١، بند ٢٩، وقد ذهب إلى أن الرأي السليم يتمثل في النظر في قصد العاقلين لمعرفة طبيعة العقد، وبالنظر إلى الواقع فإن الوديعة النقدية المصرفية في صورتها الغالبة تعد قرضاً، لأن الغالب أن تكون للطرفين مصلحة في العقد، وإذا لم يكن المصرف مأدوناً في استعمال المال المودع، كان العقد وديعة بالمعنى الفني الدقيق، ويصدق ذلك على المبالغ المخصصة لغرض معين، وقد يكشف عن هذا القصد لدى المودع، كما يصدق ذلك على المبالغ المخصصة لغرض معين، وقد يكشف عن هذا القصد لدى الطرفين عدم وجود فوائد لصالح العميل، وتقاضي البنك عمولة على الحفظ مثلاً. راجع المصدر نفسه، ص ٣٨ وما بعدها.

(٢)- الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٦٥/١١/٤، س ١٦، ص ٩٧٥، انظر: سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في المواد التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٣٥٩. نقض ١١/٤/١٩٦٥، الطعن رقم ١١٣ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٧٣/١٠/٣١، س ٢٤، ص ١٠٥٣، نقض ١١/٢٥/١٩٦٨، س ١٩، ص ١٦٦، انظر: د. أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري، مرجع سابق، ص ٣٨٣.

ولا يجوز اعتبار المصرف مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة أو التبيد إذا تصرف في المبالغ المسلمة إليه وتعذر عليه ردها .

وعلى هذا الأساس تسري أحكام القرض بوجه عام على هذا العقد إذا كان المصرف مأذوناً في استعمال المبالغ المودعة، سواء كان هذا الإذن صريحاً أو ضمناً.

ومن وجهة نظر هذا الاتجاه، فإنه لا مجال للاعتراض على هذا الرأي والقول بأن الوديعة النقدية المصرفية قد تكون مستحقة الرد بمجرد الطلب وبغير فوائد، وذلك لأن الفائدة ليست من مستلزمات القرض وإن كانت من طبيعته، بل إن الأصل وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني أن القرض يعدّ بغير أجر ما لم يتفق على فوائد، كما أن الأجل ليس عنصراً في القرض، لأنه لا يوجد قانون ما يحول دون إبرام القرض على أن يكون مستحق الأداء عند الطلب، ويجوز للمقرض أن يحتفظ بالحق في طلب الرد في أي وقت، ومادام العرف المصرفي قد استقر على افتراض إذن العميل للمصرف في استعمال الوديعة النقدية، فإنه يجب عدّ عملية الإيداع وفقاً لهذا العرف - قرضاً.^(١)

وقد أخذت معظم القوانين التجارية العربية بهذا الاتجاه، ومنها المادة ((١٩٤/١ من قانون التجارة السوري الجديد))، المادة (٣٥٨ من القانون التجاري اليمني)).^(٢)

كما أخذت معظم القوانين المدنية العربية صراحة بفكرة عدّ الوديعة المأذون باستعمالها قرضاً، إذا كانت نقوداً أو شيئاً مما يهلك بالاستعمال، ومنها المادة (٦٩٢ من القانون المدني السوري)، حيث نصت على أنه ((إذا كانت الوديعة

(١) - انظر: د. محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص ٣٨٤، د. علي جمال الدين، عمليات البنوك،

مرجع سابق، ص ٣٨ وما بعدها.

(٢) - راجع ما سبق بشأن تعريف الودائع.

مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان الوديع مأذوناً له في استعماله اعتبر العقد قرضاً)). كما أن المادة (٩٥٢ مدني يمّني) نصت على أنه ((إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو مال يتلف بالاستعمال وأذن المودع للوديع باستعماله اعتبر التصرف قرضاً لا وديعة)).

المطلب الثاني

التكييف الفقهي للودائع النقدية في المصارف الإسلامية

نظراً لعدم اختلاف وضعية ودائع الحساب الجاري في المصارف الإسلامية عن وضعيتها في المصارف التجارية، فقد انتقل الخلاف في تكييف هذه الودائع إلى الفقه الإسلامي الحديث وانقسم الرأي في ذلك إلى اتجاهين: **الاتجاه الأول:** ذهب إلى أن الودائع تحت الطلب هي ودائع كاملة بالمعنى الشرعي.

وقد ذهب رأي يمثل هذا الاتجاه أنه ((إذا كانت الوديعة النقدية تحت الطلب هي مبلغ يوضع لدى المصرف ويسحب منه في الوقت الذي يختاره المودع، فإن ذلك كل ما يطلب في الوديعة الحقيقية، ولا توجد أية شائبة، فإذا كان البنك قد اعتاد أن يتصرف فيها - بحسب مجرى العادة - فإن هذا التصرف المنفرد من جانب البنك لا يمكن أن يحسب على المودع وينسحب على إرادته فيقصرها على هذا الاتجاه من الإيداع إلى الإقراض، فإرادة المودع لم تتجه أبداً في هذا النوع من الإيداع نحو القرض. كما أن البنك لم يتسلم هذه الوديعة على أنها قرض، بدليل أنه يتقاضى أجرة (عمولة) على حفظ الوديعة عند الطلب بعكس الوديعة لأجل، وبدليل الحذر الشديد من استعمالها والتصرف فيها من جانبه، ثم المبادرة الفورية بردها عند الطلب، مما يدل على أن البنك حينما يتصرف فيها إنما يفعل ذلك من موقف انتهازي لا يستند إلى مركز قانوني كمركز المقرض)).^(١)

(١) - د. حسن الأمين، الودائع المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٣٣ وما بعدها، ويؤيده في الرأي: د. عبد الرزاق الهبيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٢٦١، ص ٢٦٤.

ويضيف هذا الرأي، بأنه حتى لو فرضنا أن المصرف يتصرف في الوديعة بإذن المودع الضمني بدلالة العرف، فإن هذا لا يغير من إرادة المودع وبصرفها عن الغرض الأساسي من الوديعة وهو طلب حفظها - إلى غرض آخر أوجده العرف لمصلحة المصرف. ويؤيد رأيه هذا بقوله أن المالكية يعدّون التصرف في الوديعة المثلية مجرد عمل مكروه لا يرقى إلى مرتبة الحرمة إن كان الوديع مليئاً، وخاصة إذا كانت الوديعة من النقود ويوجبون على الوديع رد المثل مع بقاء عقد الإيداع.^(١)

ومن وجهة نظر هذا الرأي فإن هذا التكييف لا يعرض المودع لضياح حقه إذا أفلس المصرف لأي سبب من الأسباب، لأنه في حال تكييف الوديعة تحت الطلب بأنها وديعة حقيقية، فإن المودع يكون أحق بأخذ وديعته أولاً من التفليسة بوصفها أمانة من غير أن يدخل منافساً بحصته مع غرماء المصرف الآخرين.^(٢)

كما أن هذا التكييف من وجهة نظره يساعد في تيسير إخضاع بعض العمليات المصرفية الهامة إلى قواعد الشريعة الإسلامية، ولا يتيسر ذلك فيما لو عدّت الوديعة قرضاً، فعلى سبيل المثال: استعمال الوديعة النقدية المصرفية أداة وفاء للالتزامات، كالديون مثلاً، أو استعمالها وسيلة دفع ينصب عليها العقد مباشرة، كأن يشتري بها المودع بضاعة أو يهبها لشخص آخر، وسواء أكان هذا الاستعمال للوديعة في صورتيه بواسطة الشيك، أم كان عن طريق التحويل أو النقل المصرفي، فهذا الاستعمال في صورتيه ما هو إلا توكيل من

(١) - د. حسن الأمين، المرجع السابق، ص ٢٣٤. ويرى أن دافع الفقه القانوني الوضعي في تكييف الوديعة تحت الطلب بأنها قرض ربما يكون الخوف من وقوع المصرف في "خيانة الأمانة" إذا ما كُفّت بأنها وديعة حقيقية ثم تصرف بها المصرف بعد ذلك واستخدمها. مع أن رضا المودع باستخدامها عرفاً كاف لتبديد الخوف من الوقوع في محذور خيانة الأمانة.

(٢) - السابق، ص ٢٣٤.

المودع للمصرف لينوب عنه في وفاء الدين الذي عليه للدائن أو الدفع مقابل الالتزام الجديد. والوكالة من المودع للوديع برد الوديعة أو جزء منها لشخص آخر أمر جائز شرعاً إن قبل بذلك الوديع ونفذه، وتبرأ بذلك ذمته.^(١) وانتهى صاحب هذا الرأي إلى أن تكيف الوديعة تحت الطلب على أنها قرض يؤدي إلى بعض الصعوبات في إخضاع استعمالها كوسيلة دفع وأداة وفاء من الناحية الشرعية، فمثلاً شراء الدائن بضاعة بما يملكه في ذمة مدينه صحيح شرعاً إذا لم تكن البضاعة المشتراة مؤجلة، وإلاّ بطل الشراء، لأنه يكون من بيع الدين بالدين وهو باطل. كما أن هبة الدائن للدين الذي يملكه في ذمة شخص آخر، جائز شرعاً إذا كان الموهوب له المدين نفسه. أمّا إذا كان شخصاً آخر فالهبة باطلة عند من يرى من الفقهاء أن قبض الموهوب له، المال الموهوب شرط في صحة الهبة.^(٢)

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد، فلم يسلم رأي في الفقه بالدليل الذي نقل عن المالكية بأن التصرف في الوديعة المثلية مكروه، لأنه مبني على أساس أن الوديعة لا تتعين بالتعيين، وهذا مخالف لرأي الجمهور في الأمانة، حيث قالوا إنها تتعين في جميع الأموال. ولو كانت وديعة بالمعنى الحقيقي لما ضمنها المصرف، والمديونية والضمان ينافيان الأمانة، فالمصرف باقتراضه للوديعة تصير ديناً في ذمته، وهو ما قال به المالكية. أما القول بأن اعتبار الوديعة تحت الطلب قرضاً، يترتب عليه أنه لا يجوز للمودع أن يشتري سلماً ويكتب شيكاً بالثمن على المصرف، لأنه يؤدي إلى بيع الكالئ بالكالئ غير مسلم، لأن المودع إذا اشترى سلماً وحرّر شيكاً ودفعه للبائع قبله، كان ذلك بمنزلة تسليمه الثمن نقداً. ومثله يقال فيما لو وهب إنسان ماله المودع إلى غير مدينه،

(١) - المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٢) - انظر: د. حسن الأمين، المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها.

فإنه إذا حرر للموهور شيكاً ورضي به، فقد تم القبض. والمتعارف عليه أنه متى عرض الشيك على المصرف وتعزف على حامله، فإنه بصرفه من غير تأخير.^(١)

وانتقد هذا الاتجاه أيضاً على أساس أن الوديعة بالمفهوم الشرعي هي المال الذي يوضع عند إنسان لأجل الحفظ، فهي أمانة يحفظها الوديع كما يحفظ أمواله، وتبقى بعينها ولا يمكن التصرف فيها خصوصاً بما يفوت ذاتها، أما القرض فهو مال مثلي يرد مثله لا عينه، ويستخدمه المقترض لأغراضه ويخلطه بماله، ومن الواضح أن الدائع الجارية ينطبق عليها الوصف الثاني. كما أن الوديعة بالمفهوم الشرعي غير مضمونة إلا أن يفرط الوديع أو يقصر في حفظها، أما القرض فهو مضمون الرد على المدين "إذ لم يكن معسراً" إن ضاع أو سرق أو اتلف، والوصف الثاني هو ما ينطبق على الوديعة المصرفية. فالوديعة المصرفية لا ينطبق عليها اصطلاح الوديعة الشرعية، لأن المصارف لا تأخذها كأمانة وتردها إلى أصحابها بعينها، وإنما تتصرف فيها وتلتزم برد المثل، أما احتياطها في التصرف في أموال الحساب الجاري فهو تابع لطبيعتها الجارية ولزوم توفير سيولة نقدية لاحتمالات طلبات السحب في كل وقت، وحفاظاً على سمعة المصرف.

أما نية المودع فلا تتجه إلى الإيداع الحقيقي مع علمه بأن المصرف يستخدم مبلغ الوديعة ويتصرف بها، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. كما أن المودع لا يدرك غالباً الفرق بين معنى الوديعة ومعنى القرض، لأنه لا يهتم سوى بالنتائج الفعلية وهي حفظ ماله و ضمان المصرف له، وذلك حقيقة القرض - وإقدام المصارف على فتح الحسابات الجارية وتقديم

(١) - د. أحمد بن حسن أحمد الحسيني، الدائع المصرفية، أنواعها - استخدامها - استثمارها، دراسة شرعية اقتصادية، دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٠٥.

خدماتها بدون أجر - عادة - إنما يكون في مقابل استفادتها من السيولة النقدية التي توفرها الحسابات الجارية.^(١)

وإذا كان الاتجاه السابق ينفي عدّ الوديعة المصرفية قرضاً على أساس أن الوديعة الجارية واجبة الأداء عند الطلب، وأنها لو كانت قرضاً لكان للمصرف أن ينتظر إلى حلول الأجل؛ فقد غاب عن هذا الرأي أن القرض في الفقه الإسلامي من العقود الجائزة التي يحق لأطراف التعاقد فسخها ولا يلزمهم الانتظار إلى حلول الأجل المتفق عليه.^(٢)

ومن أنصار الاتجاه الأول من ذهب إلى ضرورة إعادة النظر في التكيف الفقهي المعمول به حالياً للحسابات الجارية في المصارف الإسلامية لتعود الوديعة إلى المفهوم الفقهي (الوديعة بمفهومها الشرعي) وذهب إلى أن الوديعة المصرفية بهذا المفهوم تصبح وديعة لدى كل من المصرف الإسلامي والمصرف المركزي في الوقت نفسه مع الإذن للمصرف المركزي فقط باستخدامها.^(٣)

ويبدو أن في هذا الرأي تناقضاً واضحاً، فالوديعة بمفهومها الفقهي على أنها توكيل بالحفظ على سبيل الأمانة ليس محلها الودائع النقدية في الحساب الجاري، ولا يمكن حفظها بذاتها دون استعمال وعلى أن ترد بعينها، وإذا كان الرأي السابق يمنع المصرف الإسلامي من استخدام الوديعة ويلزمه بالاحتفاظ باحتياطي ١٠٠ % من أرصدة الحسابات الجارية، وفي الوقت نفسه يسمح للمصرف المركزي فقط باستخدام هذه الأموال، فإن مجرد السماح بالاستخدام

(١)- انظر: آراء الاتجاه الثاني الصفحة التالية.

(٢)- انظر في هذا المعنى: د. محمد أحمد سراج، النظام المصرفي الإسلامي، دار الثقافة والنشر، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٨٩.

(٣)- د. حسين كامل فهمي، الودائع المصرفية "حسابات المصارف" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ٩، ج ١، ١٩٩٦، ص ٦٩٤.

يفقد الوديعة الوصف الفقهي كتوكيل بحفظ المال وينقلها إلى عقد جديد هو عقد القرض.

الاتجاه الثاني:

ذهب الكثير ممن كتب في الودائع المصرفية والنقود وأعمال المصارف إلى أن الودائع الجارية قرض، المودع فيه بمثابة المُقرض، والمصرف هو المقترض، ولذلك لا يلتزم المصرف بحفظ عين الوديعة، بل يملكها ويلتزم برد مبلغ مماثل لها، ويتحمل خطر هلاكها بقوة قاهرة، ويمكنه أن يتمسك بالمقاصة، وعلى هذا أكثر القانونيين، ومن كتب في الودائع من الكتاب الإسلاميين.

ويعبر عن هذا الاتجاه الأستاذ باقر الصدر بقوله ((فليست المبالغ التي توضع في البنوك الربوية ودائع لا تامة - كما يقال في الحساب الجاري - ولا ناقصة - كما يقال في الودائع الثابتة، وإنما هي قروض مستحقة الوفاء دائماً أو لأجل محدد؛ لأن ملكية العميل تزول نهائياً عن المبلغ الذي وضعه لدى المصرف، ويصبح للبنك السلطة على التصرف فيه... وهذا ما لا يتفق مع طبيعة الوديعة، وإنما أطلق اسم الودائع على تلك المبالغ التي تتقاضاها البنوك؛ لأنها تاريخياً بدأت بشكل ودائع، وتطورت خلال تجارب البنوك واتساع أعمالها إلى قروض، فظلت تحتفظ من الناحية اللفظية باسم الودائع وإن فقدت المضمون الفقهي لهذا المصطلح. وموقف البنك اللاربي من الودائع التي تتقاضاها البنوك الربوية يقوم على أساس التمييز بين الودائع المتحركة، والودائع الثابتة - كما سبق - فالودائع المتحركة يقبلها بوصفها قروضاً دون أن يدفع فيها فائدة، والودائع الثابتة يقبلها كودائع بالمعنى الفقهي للكلمة، ولكنها ليست مجرد ودائع مسلمة إلى البنك لاستتابته في حفظها فحسب، بل هناك إلى

جانب الإيداع توكيل من المودع للبنك في التصرف بالمال بإجراء عقد المضاربة عليه^(١).

وقد ذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى أن الودائع تحت الطلب التي تتخذ شكل الحساب الجاري الدائن إنما هي قروض حسنة دون فوائد، حالة غير مشروطة بأجل، المقرض فيها العميل والمقترض المصرف؛ لأنها نقود يعلم المودع أن المصرف يتصرف فيها وقد دفعها إليه راضياً بذلك فكان إذن بالتصرف^(٢).

ويترتب على هذا التكييف أثر هام في حال إفلاس المصرف، حيث يعدّ دائني العميل بمثابة دائنين عاديين وليس بوصفهم دائنين مستردين. انتقد هذا الاتجاه تأسيساً على أن أصحاب الأموال إنما يهدفون أصلاً إما لحفظ أموالهم أو توظيفها، وهما غرضان خارجان عن المقصود من عقد القرض، وهو الإرفاق الذي يفرض أن يقدم القرض لمن هو بحاجة إليه، والمصرف ليس محتاجاً لكي نقرضه، ومن ثم لا يمكن القول بأن الودائع هي

(١) - محمد باقر الصدر، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٢) - في هذا الاتجاه: د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٦٤، د. أحمد الحسيني، الودائع المصرفية، مرجع سابق، ص ١٠٢، د. علي أحمد السالوس، المضاربة ومعاملات البنوك، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع ٩، مطابع رابطة العالم الإسلامي، ط ٢، ٢٠٠٤، ص ١٩٥، د. محمد أحمد سراج، النظام المصرفي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٨٩، د. محمد علي القري، الحسابات والودائع المصرفية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج ١، ع ٩، ص ٧٣٠، د. رفيق يونس المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٠٤، د. محمد صلاح محمد الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، رسالة دكتوراه منشورة، دار المجتمع، ودار الوفاء، التاريخ (بدون)، ص ٤٣٧.

من قبيل القرض، لأن القرض في مفهوم الفقه الإسلامي هو من عقود البر والإرفاق، ولا يخطر ببال مقدم المال للمصرف البر والرفق به.^(١)
ورداً على هذا النقد، ذهب رأي في الفقه إلى أن القرض ليس في جميع حالاته عقد إرفاق، وإنما هو في الأصل عقد إرفاق، وقد يخرج عن هذا الأصل.^(٢)

واستدل على ذلك بأن الزبير بن العوام ترك من بعده مالاً وفيراً، ووجدوا عليه ديناً كبيراً، وقد أشار إلى ذلك صحيح البخاري بقوله { إنما كان دينه عليه أن الرجل كان يأتيه بالمال فيستودعه إياه، فيقول الزبير: لا، ولكنه سلف، فإني أخشى عليه الضيعة }. ويتضح من ذلك أن الزبير لم يكن فقيراً حتى يقترض بل كان من الأغنياء، وأراد المودعون حفظ أموالهم وليس الرفق بالزبير وتحول العقد من ودیعة إلى قرض يضمن بموجبه المال مقابل الاستفادة من المال المقترض. ويتأكد ذلك بمثال عملي يتعلق بمال اليتيم، فإذا لم تكن له منفعة من إقراض أمواله؛ لا يحق للولي إقراضها، وإنما عليه استثمارها له في التجارة وغيرها من الأمور التي تدر عليه ربحاً. والمقصود بالمنفعة ليس الفائدة في المفهوم التقليدي، وإنما الحفاظ على المال، وإن كان على الولي سفر إلى بلد أخرى وخاف على مال اليتيم من الضياع، فعليه أن يقرضه لشخص غني وأمين، ولا يحق له أن يودعه، لأنه لا ضمان في الوديعة، فيكون الإرفاق هنا باليتيم صاحب المال ولمصلحته، وليس بالمقترض ومصلحته. ومادام العقد قرضاً، فلا يحل أخذ زيادة على رأس المال وإلا كان من ربا النسيئة. فمن أراد الإيداع لحفظ المال مع الضمان، فالإيداع هنا قرض مضمون كإقراض

(١) - في هذا المعنى راجع: جمال البناء، الربا وعلاقته بالممارسات المصرفية والبنوك الإسلامية، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٩٠ وما بعدها.

(٢) - د. علي السالوس، المضاربة ومعاملات البنوك، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

المودعين للزبير، ومن أراد الإيداع للاستثمار عن طريق الفائدة المحددة كودائع البنوك التجارية، فالإيداع هنا عود للقرض الربوي.^(١)

استخدام الودائع الجارية طبقاً لمبادئ العدالة من وجهة نظر فقهية

إذا كانت أرصدة الودائع تحت الطلب لا تستغل من قبل المصرف في استثمارات طويلة الأجل وإنما في استثمارات قصيرة الأجل، وفي تقويم وضعية السيولة لدى شركات تابعة. أي أن دافع الاستثمار والربح لا يلعب فيها إلا دوراً ثانوياً كما يقول البعض^(٢)، إلا أن المصارف الإسلامية انتقدت لأنها تعطي الأولوية للتمويل على المدى القصير على حساب التمويلات على المدى المتوسط والطويل، وتوظيفها بهذا الأسلوب يحقق عوائد عالية يستفيد منها المصرف.

وعلى الرغم من أن استخدام أرصدة هذه الودائع واستغلالها لحساب المصرف وعلى مسؤوليته يتم بناء على تفويض صريح أو ضمني من قبل المودعين؛ فإنهم لا يستفيدون شيئاً من عوائد هذه الاستخدامات، وهذا الاستغلال لأرصدة الودائع الجارية قد يجد سند مشروعته في التكييف الفقهي لها بأنها قروض حسنة، ومع ذلك فإن مبادئ العدالة تقتضي تغيير العقود المنظمة لها وقبولها على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر. وهذا الهدف هو ما اتجه إليه بعض الفقه الحديث^(٣)، لأسباب مختلفة يمكن إيجازها على النحو التالي:

(١) - في هذا المعنى انظر: المرجع السابق، ص ٢٠١، ٢٠٢ وما بعده.

(٢) Economist , Revue. I.M.ce FSour" s financiers'T'islamisation des system(٢) No. Volume xxv. Arab ٢٨١. ١٩٨٢Avrill. ٣٢.p.

(٣) -د. عائشة الشرقاوي، البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٣٢، د. مسعد الثبتي، الحسابات الجارية وأثرها في تنشيط الحركة الاقتصادية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٩٤، ص ٦٢٩،

١- إن تجربة المصارف على المدى الطويل دلت على أنه يمكن الاستغناء عن إفادة المودعين من ضمان المصرف لهذه الودائع بدليل أن المصارف الإسلامية التي يسّرت شروط السحب من الودائع الاستثمارية - والأصل فيها أن تكون مقيدة بمدة الاستثمار - تضاءلت لديها الودائع الجارية إلى حدود بعيدة جداً.

٢- مع التسليم بضمان المصرف للودائع الجارية إلا أننا نكون قد أتحنا لأصحاب رأس المال في المصرف الإسلامي أن يستثمر مالياً هو خمسة أضعاف رأس ماله أو ستة عشر ضعفاً لرأس المال ويأخذ أرباح هذه الأموال بحجة أنه ضامن لها. صحيح ضامن لها ولكن لو أفلس هذا المصرف لما استطاع أن يفي بهذا الضمان، لأن رأس ماله لا يكفي للوفاء بالضمان. مما يعني أنه لو خير المودع بين الإيداع في الحساب الجاري وبين استثمار مبلغ وديعته وفقاً لعقد المضاربة وبشروط ميسرة للسحب، فإن المودع سيختار ويفضل المضاربة على الحساب الجاري.

واقترح رأي في الفقه^(١) أن يكون لدى المصارف الإسلامية نوعان من الحسابات الجارية، المهم فيهما أن السحب والإيداع ميسر، نوع يقوم على أساس القرض فهو مضمون لمن يرغب بذلك، ونوع آخر يقوم على أساس المضاربة وليس فيه شرط ضمان، وهو معرض للخسارة كما في الودائع الاستثمارية، الفرق بينه وبين الودائع الاستثمارية أن السحب في هذا النوع من الحساب ميسر.

ولمزيد من الاطلاع انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩، على الموقع الإلكتروني

<http://www.shamela.ws>.

(١)- د. جمال الدين عطية، مرجع سابق، ص ٩٣. في سياق معالجته لإشكالية توزيع مكافآت على أصحاب الودائع الجارية.

وفضلاً عن سهولة السحب والإيداع، يمكن زيادة حصة المضارب من الأرباح عما هو في عقود الاستثمارات ذات الأجل، بسبب ضعف قدرة المصرف على تحقيق أرباح عالية بسبب احتفاظه بسيولة مرتفعة، والتكاليف الإدارية التي يتحملها لإدارة هذه الحسابات.^(١)

وخلاصة هذه المقترحات أن يتم استثمار الأرصدة من الودائع الجارية أو جزء منها بعد الاتفاق مع أصحابها على استثمارها، ويكون الربح على حسب الشروط والخسارة حسب موقف المصرف في المشاركة، فإن كان عاملاً فقط، فالخسارة على المودعين على قدر أموالهم، ما لم يخالف المصرف شروط المضاربة أو أصول الإدارة الصحيحة، وإن كان المصرف شريكاً في رأس المال، وعاملاً عديناه شريكاً مضارباً، فيتحمل من الخسارة بنسبة نصيبه في رأس المال.

العلاقة القانونية بين المودعين والمصرف في ضوء قرارات مجمع الفقه الإسلامي

المودع في نظر القانون هو دائن بدين مضمون واجب الرد بمثله (مبلغ الوديعة) وما قد يضاف إليه من فوائد متفق عليها، على أساس أن الوديعة النقدية المصرفية تعدّ قرضاً، سواء كانت تحت الطلب أو لأجل، وقد يكون المصرف التجاري في مركز الدائن في علاقته بالمستثمرين أو المستهلكين طالبي التمويل، إذ يقرضهم بدين مضمون واجب الرد بمثله، وما يضاف إليه من فائدة تكون أعلى من تلك التي يمنحها للمودعين. ونظراً لأن علاقة المودعين بالمصرف هي علاقة دائن بمدين، فإنهم لا يتأثرون بما حققه المصرف من ربح أو خسارة، ومن ثم لا يوجد لهم دور رقابي على هذه

(١) - محمود عبد الكريم أحمد إرشد، مرجع سابق، ص ٣١٠.

المصارف، لأن مسألة الربح والخسارة إنما تعود للمساهمين، فهم من يختارون مجلس الإدارة ومراقب الحسابات وفقاً للإجراءات المحددة في القانون.

والسؤال المطروح هنا هل يختلف المركز القانوني للمودع في المصارف التجارية عن مركزه القانوني في المصارف الإسلامية في ضوء قرارات مجمع الفقه الإسلامي ؟

اتخذ مجلس مجمع الفقه الإسلامي قراراً بشأن الودائع المصرفية قضى فيه بما يلي: (١)

أولاً: الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي، حيث إن المصرف المتسلم لهذه الودائع يده يد ضمان لها وهو ملزم شرعاً بالرد عند الطلب. ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك (المقترض) مليونياً.

(١) - قرار رقم: ٨٦ بشأن الودائع المصرفية (حسابات المصارف)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي للدورات ١-١٤، القرارات ١-١٣٤: ١٩٨٥-٢٠٠٣، تنسيق وتعليق د. عبد الستار أبو غدة، مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ط٤ للمجمع، ٢٠٠٣، ص ٢٩٠ وما بعدها. وانظر مجلة المجمع (ع ٩، ج ٦٥ ص ٦٦٧). وقد أضاف هذا القرار ما يلي: رابعاً: إن رهن الودائع جائز، سواء أكانت من الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) أم الودائع الاستثمارية، ولا يتم الرهن على مبالغها إلا بإجراء يمنع صاحب الحساب من التصرف فيه طيلة مدة الرهن. و إذا كان البنك الذي لديه الحساب الجاري هو المرتهن لزم نقل المبالغ إلى حساب استثماري، بحيث ينقضي الضمان للتحويل من القرض إلى القراض (المضاربة) ويستحق أرباح الحساب صاحبه تجنباً لانقضاء المرتهن (الدائن) بنماء الرهن. خامساً: يجوز الحجز من الحسابات إذا كان متفقاً عليه بين البنك والعميل. سادساً: الأصل في مشروعية التعامل الأمانة والصدق بالإفصاح عن البيانات بصورة تدفع اللبس أو الإيهام وتطابق الواقع وتتسجم مع المنظور الشرعي، ويتأكد ذلك بالنسبة للبنوك تجاه ما لديها من حسابات لاتصال عملها بالأمانة المفترضة ودفعاً للتغريب بذوي العلاقة.

ثانياً: إن الودائع المصرفية تنقسم إلى نوعين بحسب واقع التعامل المصرفي:

أ- الودائع التي تدفع لها فوائد، كما هو الحال في البنوك الربوية، هي قروض ربوية محرمة سواء أكانت من نوع الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية)، أم الودائع لأجل، أم الودائع بإشعار، أم حسابات التوفير.

ب- الودائع التي تسلم للبنوك الملتزمة فعلياً بأحكام الشريعة الإسلامية بعقد استثمار على حصة من الربح هي رأس مال مضاربة، وتطبق عليها أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (المصرف) لرأس مال المضاربة.

ثالثاً: إن الضمان في الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) هو على المقترضين لها (المساهمين في المصارف) ما داموا ينفردون بالأرباح المتولدة من استثمارها، ولا يشترك في ضمان تلك الحسابات الجارية المودعون في حسابات الاستثمار، لأنهم لم يشاركوا في اقتراضها ولا استحقاق أرباحها.

ويستفاد من النص السابق أن الودائع الاستثمارية تعتبر رأس مال مضاربة، وتطبق عليها أحكام المضاربة في الفقه الإسلامي. وقد بين قرار مجمع الفقه طبيعة علاقة المودعين بالمصرف بالنص على أن ((... ب- المستثمرون بمجموعهم هم أرباب المال، والعلاقة بينهم بما فيهم المضارب إذا خلط ماله بمالهم هي المشاركة، والمتعهد باستثمار أموالهم هو المضارب، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، مثل المصارف، والعلاقة بينه وبينهم هي المضاربة (القراض)، لأنه هو المنوط به اتخاذ قرارات الاستثمار والإدارة والتنظيم. وإذا عهد المضارب إلى طرف ثالث بالاستثمار فإنها مضاربة ثانية بين المضارب الأول وبين من عهد إليه بالاستثمار، وليست وساطة بينه وبين أرباب الأموال- أصحاب الحسابات الاستثمارية)).

وحدد هذا القرار صفة الشخص المضارب في حال إدارة المضاربة من قبل المصارف، حيث نص على أنه ((في حال إدارة المضاربة من قبل شخص معنوي، كالمصارف والمؤسسات المالية، فإن المضارب هو الشخص المعنوي، بصرف النظر عن أي تغييرات في الجمعية العمومية أو مجلس الإدارة أو الإدارة التنفيذية، ولا أثر على علاقة أرباب المال بالمضارب إذا حصل تغير في أي منها، ما دام متفقاً مع النظام المعلن والمقبول بالدخول في المضاربة المشتركة كما لا تتأثر المضاربة بالاندماج بين الشخص المعنوي المدير لها مع شخص معنوي آخر. وإذا استقل أحد فروع الشخص المعنوي وصارت له شخصية معنوية مغايرة فإنه يحق لأرباب المال الخروج من المضاربة ولو لم تنته مدتها. وبما أن الشخص المعنوي يدير المضاربة من خلال موظفيه وعماله فإنه يتحمل نفقاتهم، كما يتحمل جميع النفقات غير المباشرة، لأنها تُغطى بجزء من حصته من الربح. ولا تتحمل المضاربة إلا النفقات المباشرة التي تخصها، وكذلك نفقات ما لا يجب على المضارب عمله، مثل من يستعين بهم من خارج جهازه الوظيفي)).^(١)

وأضاف هذا القرار أن ((المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحدد التي تم الدخول على أساسها، ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة. ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط والالتزام^(٢)، ولا مانع من ضمان الطرف الثالث طبقاً لما ورد في قرار المجمع رقم ٣٠/الفقرة ٩)).^(١)

(١)- قرار رقم ١٢٣، بشأن القراض أو المضاربة المشتركة، مشار إليه سابقاً.

(٢)- وذهب أكثر الباحثين إلى أن يد المصرف على الودائع الاستثمارية هي يد أمانة وليست يد ضمان، فالمودع يستحق جزء من الأرباح أن كان هناك ربح، وفي حالة الخسارة لا يتحمل

وعلى ضوء القرارات المتقدمة وعلى أساسها نخلص إلى أن المركز القانوني للمودع في المصارف الإسلامية يختلف تبعاً لاختلاف نوع الوديعة على النحو الآتي:

أ- إذا كانت الوديعة تحت الطلب أو ادخارية (دون تفويض بالاستثمار)، فإنه يكون في مركز المودع نفسه في المصارف التجارية، مع فارق هام يتمثل في أن المودع في المصارف الإسلامية لا يحصل على فوائد، ولا يحصل على أرباح، لأنه فوض المصرف صراحة أو ضمناً بالاستثمار على مسؤوليته عملاً بقاعدة الغنم بالغرم. أي أن ما يتحصل من عوائد ونماء وزيادات إنما يحلّ لمن يتحمل تبعة التلف والهلاك والعيب نتيجة المخاطر.

ب- إذا كانت الوديعة مع التفويض بالاستثمار (لأجل، أو مشروطة بإخطار سابق)، فإنها تغير من المركز القانوني للمودع وتحوله من دائن إلى شريك في عقد مضاربة، حيث تنشأ شركة مضاربة شرعية بين مجموع المودعين من جهة، وبينهم وبين المصرف إذا خلط ماله بهذه الودائع من جهة أخرى. وهذه الشركة يكون فيها المودع أو المودعون في حكم أرباب المال،

المصرف أي شيء منها بل يتحملها المودعون فقط، بناء على ما قرره الفقهاء بأن الخسارة في المضاربة يشترك فيها العامل (المصرف) وصاحب رأس المال (المودع). راجع: د. عبد الرزاق الهبيتي، مرجع سابق، ص ٢٧٨، عبد الله العبادي، موقف الشريعة من المصارف، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

(١)- والمقصود بضمان الطرف الثالث كما جاء في نص القرار ((ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث، منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد، بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد)).

والمصرف هو المضارب مضاربة مشتركة، وتكون مسؤولية كل شريك محدودة في الربح أو الخسارة بنسبة الأموال المشاركة في الاستثمار. ولا يتدخل المودع في أعمال الإدارة، لأنها حق من حقوق المصرف بوصفه مضارب. ومن الناحية القانونية لا يمكن القول بوجود شراكة حقيقية بين المودعين والمصرف- كشخصية قانونية- في صافي الأصول والأرباح والخسائر، فلم تتضمن التشريعات المصرفية أو نظم المصارف أي نص يدل على ذلك^(١)، كما أن هناك استقلال في العلاقة التعاقدية بين المودعين، وكذلك فيما بينهم وبين المصرف، فضلاً عن وجود استقلال في علاقة هذا الأخير بالمستثمرين طالبي التمويل كل على حدة، وهؤلاء لا تربطهم أي علاقة قانونية أو تعاقدية بالمودعين. ومن واقع النظام القانوني للدائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية تبين للباحث أن العلاقة بين المودعين (منفردين) وبين المصرف الإسلامي هي علاقة عقدية، لأن اتفاق الطرفين يراد به إحداث أثر قانوني هو استثمار المال بقصد الحصول على الربح، وهذا الاتفاق واقع في نطاق القانون الخاص وفي دائرة العمليات المصرفية، ويحكم طبيعة هذه العلاقة -من الناحية النظرية- عقد المضاربة الشرعي (بشروط عقد فتح الحساب الاستثماري) دون أن يكون للمودعين حق التدخل في إدارة هذه الأموال سواء قام المصرف بإدارتها

(١)- أراد أحد الباحثين أن يجعل من المودعين شركاء للمساهمين في أصول المصرف وأرباحه وخسائره، أي شركاء في الموجودات والاحتياطات والأرباح غير الموزعة. ومن وجهة نظر هذا الرأي لا يصح ما ذهب إليه مخططو المصارف الإسلامية من وصفهم شركاء في الربح دون الموجودات، فالقواعد الشرعية المعروفة في الشركات الفقهية لا تتسع لمثل هذا التمييز غير العادل، فالمودعون لا هم مقرضون كما في البنك الربوي، ولا هم شركاء كما يجب في البنك الإسلامي. انظر: د. رفيق المصري، بحث في المصارف، مرجع سابق، ص ٢٠٨-٢٢٠. والظاهر أنه لو كان القصد من قيام الشراكة بالمعنى ذاته الذي تصوره الرأي السابق، لكان من الأسهل للمودع أن يساهم في المصرف ويصبح شريكاً فيه عن طريق الاكتتاب في أسهم رأس المال عند تأسيس المصرف أو عند زيادة رأس المال، أو شراء الأسهم بعد ذلك.

بنفسه أو عهد بإدارتها إلى طرف ثالث. ويعدّ المصرف صاحب مال في مواجهة المستثمرين "طالبي التمويل" وهي علاقات قانونية مستقلة تخضع لعقود استخدامات الأموال كالمضاربة، وبيع المربحة والمشاركة وغير ذلك. وفي ظل السماح باقتطاع نسبة معينة من صافي أرباح الحسابات الاستثمارية المشتركة (قبل اقتطاع نصيب المضارب) وتخصيصها كاحتياطات متراكمة (احتياطي مخاطر الاستثمار) لجبر الخسائر، واحتياطات أخرى لموازنة الأرباح بين المودعين والمساهمين؛ فإن علاقة المشاركة المفترضة بين المودعين أنفسهم وبينهم وبين المصارف ما هي إلا مسألة نظرية بحتة، وعلى فرض صحة وجودها فإنها تقتصر على المشاركة في الأرباح دون الخسائر، مما يجعل علاقة المودعين بالمصرف أقرب إلى القرض منه إلى القراض أو المضاربة.^(١)

(١) - راجع ما سبق بشأن تقييم خصائص الودائع الاستثمارية.

الفرع الثاني

الصكوك الاستثمارية والموارد الأخرى للمصارف

مما لا شكَّ فيه أنَّ الودائع بأنواعها المختلفة تعد المصدر الأساسي لموارد المصارف التجارية، أما اقتراض المصارف من بعضها البعض أو من المصرف المركزي فإن أهميته كمورد مالي يعد أقل تواضعاً من الودائع.^(١)

وهناك موارد مالية أخرى تتمثل في الهبات والتبرعات، وكذلك الرسوم والعمولات التي تحصل عليها المصارف مقابل ما تؤديه من خدمات مصرفية للعملاء. ومحاولة التعرف على هذه الموارد يتطلب تقسيم هذا الفرع إلى مبحثين:

الأول: الصكوك الاستثمارية في المصارف.

الثاني: الاقتراض المصرفي والموارد المالية الأخرى.

(١) - انظر: د. ناظم الشمري، مرجع سابق، ص ١٤٩.

المبحث الأول

الصكوك الاستثمارية في المصارف

تقوم المصارف بجذب المدخرات عن طريق إصدار شهادات أو صكوك استثمارية مختلفة مقابل الودائع الاستثمارية، وتقوم المصارف الإسلامية بإصدار صكوك الاستثمار باعتبارها البديل الشرعي لشهادات الاستثمار والسندات، وتعد أحد المصادر الخارجية لجذب المدخرات الجديدة وخاصة صغار المدخرين، مما يوفر قدراً من السيولة لدى هذه المصارف.

والبحث في طبيعة هذه الصكوك بشكل عام في المصارف، وضوابط إصدارها في المصارف الإسلامية، يستدعي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

الأول: الصكوك الاستثمارية في المصارف التجارية.

الثاني: الصكوك الاستثمارية في المصارف الإسلامية.

المطلب الأول

الصكوك الاستثمارية في المصارف التجارية

١ - شهادات استثمارية قابلة للتداول (شهادات إيداع)

هي أوراق أو وثائق استثمار (إيصالات) تصدرها المصارف التجارية مقابل الودائع الاستثمارية، وتثبت قروضاً لأصحابها على المصارف التي تتعهد برد مبالغها وفوائدها في المواعيد المحددة لاستحقاق تلك الشهادات. وشهادة الإيداع يصدرها المصرف ويشهد فيها أن مبلغاً من المال قد أودع لديه ويتعهد برده مع فوائده في موعد استحقاق تحدده الوثيقة، ويخضع التزام المصرف الثابت بشهادة الإيداع للشروط التي تصدر على أساسها الشهادة، ولقواعد القانون المدني بشأن الالتزامات.^(١)

وتمتاز شهادات الإيداع عن الودائع النقدية العادية في المصارف وعن شهادات الاستثمار في أنها تكون قابلة للتداول، وتصدر غالباً للحامل أو مصحوبة بشرط الإذن أو الأمر، بينما الصور الأخرى لا تقبل التداول، وتصدر شهادات الإيداع بمبالغ كبيرة ولفترات استحقاق مختلفة تناسب المستثمرين والمضاربين، بخلاف شهادات الاستثمار الموجهة إلى صغار المدخرين.

ويمكن تداول هذه الشهادات عن طريق بيعها في السوق المالية وتحويلها إلى نقود فوراً قبل موعد استحقاقها، ويستطيع المصرف إصدارها لمدد محددة، وبذلك يتمكن من زيادة موارده المالية وتوسيع نشاطه بقدر أكبر. ويتوقف سعر الفائدة في هذا النوع من الشهادات على أساس السعر الجاري في السوق وقت استحقاق الفائدة، ولذلك يمكن لصاحب الشهادة الحصول على أكبر عائد متى

(١) - د. علي جمال الدين، مرجع سابق، ص ١٦١ وما بعدها.

كان سعر الفائدة في السوق مرتفعاً، بعكس النوع الآخر من شهادات الاستثمار التي لا تكون قابلة للتداول، حيث يكون سعر الفائدة عليها ثابتاً ومحدداً.^(١) وتعدّ هذه الشهادات من الأدوات الاستثمارية الهامة في الأسواق المالية قصيرة الأجل (أسواق النقد) حيث توفر للمستثمر مجموعة من المزايا لعل أهمها إمكانية الحصول على قيمة الوديعة قبل موعد استحقاقها عن طريق بيعها في السوق الثانوية الذي يشمل بيوت السمسرة والمصارف التجارية وغيرها من المؤسسات المالية التي تتعامل بالأوراق قصيرة الأجل. كما أنه يمكن رهنها للحصول على قروض أو تسهيلات مصرفية.

ويمكن تداول شهادات الإيداع في سوق الأوراق المالية أو بواسطة مؤسسات مالية خاصة تقوم بتحديد سعر البيع والشراء يومياً على أساس نسبة العائد عن المدة حتى تاريخ الاستحقاق،^(٢) أي أنه يمكن تداولها بنفس الأسس المتبعة في التعامل بالسندات، وليس على أساس نسبة الخصم كما هو الحال بالنسبة لمعظم أدوات النقد.^(٣)

نظام إصدار شهادات الإيداع في الجمهورية العربية السورية

يُسمح للمصارف العاملة في سورية بإصدار شهادات إيداع بالليرات السورية لأجل (سنة واحدة - سنتين - ثلاث سنوات)، وتحدد معدلات الفائدة على شهادات الإيداع كما يلي:

(١) - انظر في هذا المعنى: المرجع السابق، ص ١٦٠، أنطوان الناشف (و) خليل الهندي، العمليات المصرفية والسوق المالية، ج ٢، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، بيروت، تاريخ النشر (بدون)، ص ٣٨.

(٢) - انظر: د. علي جمال عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٣) - د. يوسف عبد الله الشبيلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف مرجع سابق، ص ١٣٠، د. أشرف محمد دوابة، دور الأسواق المالية في تدعيم الاستثمار طويل الأجل في المصارف الإسلامية، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة - الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٤٤.

أ - شهادة الإيداع لمدة سنة واحدة ٩,٠ بالمئة سنوياً - ب - شهادة الإيداع لمدة سنتين ٩,٥ بالمئة سنوياً - ج - شهادة الإيداع لمدة ثلاث سنوات ١٠,٠ بالمئة سنوياً.^(١)

ويتلخص نظام إصدار وتداول الشهادات^(٢) في أنه لا يجوز عند الإصدار أن تفوق القيمة الإجمالية للشهادات غير المستحقة التي يصدرها المصرف نسبة تمثل ثلاثة أضعاف الأموال الخاصة الأساسية الصافية للمصرف المصدر.^(٣) وقد حظر قرار مجلس النقد حتى إشعار آخر إصدار شهادات إيداع للحامل، وإنما تكون لأمر شخص مسمى (طبيعي أو اعتباري). كما أوجب القرار المذكور أن تتضمن هذه الشهادات نصاً صريحاً وظاهراً يفيد عدم جواز تظهيرها على بياض.^(٤)

ويمكن إصدار هذه الشهادات بمبالغ اسمية محددة بفئات تبدأ من خمسمئة ألف ليرة سورية حتى خمسين مليون ليرة سورية. وأجل الشهادات لا يقل وقت الإصدار عن سنة ولا يتجاوز ثلاث سنوات، ويتوجب إصدارها بالقيمة الاسمية على أن تحتسب الفائدة المحدد معدلها في نص الشهادة على أساس ٣٦٥ يوماً في السنة.^(٥)

(١) - راجع قرار مجلس النقد السوري رقم (١٧١/ م ن / ب ٤) الصادر في ١٤ / ١١ / ٢٠٠٥ باعتماد الشهادات.

(٢) - صدر عن مجلس النقد والتسليف بموجب القرار رقم / ١٧١ م ن/ ب ٤ بتاريخ ١ / ١١ / ٢٠٠٥. نقلاً عن القرار السابق.

(٣) - المادة (٢) من نظام الإصدار الصادر عن مجلس النقد والتسليف بموجب القرار رقم / ١٧١ م ن/ ب ٤ بتاريخ ١ / ١١ / ٢٠٠٥.

(٤) - المادة (٣) من نظام الإصدار .

(٥) - المواد (٤، ٥، ٦) من نظام الإصدار .

وينبغي أن يسبق إصدار أي شهادة استثمار موقعة بين المودع والمصرف تبين المبلغ الذي استلمه المصرف وتاريخي الإصدار والاستحقاق المتفق عليهما، ومعدل الفائدة السنوي، وطريقة احتسابها وكيفية دفعها، ومكان تسديدها، ورقم الإصدار المتسلسل والأرقام المتسلسلة للشهادات المصدرة للمودع. وعلى المصرف أن يمسك سجلاً لكل إصدار يتضمن بياناً بتفاصيل كل شهادة مصدره ومالكها المتعاقبين.^(١)

ويخضع التفرغ عن شهادات الإيداع وتظهيرها لأحكام قانون التجارة المتعلق بالتفرغ عن القيم المنقولة وتظهيرها، وينبغي أن يكون التفرغ بحضور الطرفين أو ممثليهما القانونيين أمام الموظف المكلف في المصرف عن مسك السجل، وتدوّن واقعة التفرغ على السجل بتاريخها وتفاصيلها.^(٢)

ويُحظر على المصارف المصدرة أن تحسم أو تشتري بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو تحوز ضمن موجوداتها أيّاً من شهادات الإيداع التي تصدرها. وإن كل عملية شراء أو حسم لدى أي مصرف أو مؤسسة مالية تشترك مع المصرف المصدر في تأليف مجموعة اقتصادية واحدة أو ترتبط به بعلاقة تبعية أو شقيقة تعتبر من عمليات الشراء أو الحسم غير المباشر المحظور. كما أن هذه الشهادات غير قابلة للحسم أو الشراء لدى مصرف سورية المركزي لصالح المصرف مصدر الشهادة نفسه.^(٣)

(١) - المادتان (٨، ٩) من نظام إصدار الشهادات الصادر بقرار مجلس النقد السوري رقم / ١٧١ م ن/ب ٤ بتاريخ ١ / ١١ / ٢٠٠٥. وقد قرر مجلس النقد في قرار لاحق استبدال كلمة (عقد) الواردة في المادة (٨) من القرار رقم ١٧١ بكلمة استثمار. انظر قرار مجلس النقد والتسليف رقم ١٧٨ / م ن/ب ٤ الصادر في تاريخ ٢٠ / ١١ / ٢٠٠٥.

(٢) - المادة (١٠) من نظام الإصدار.

(٣) - المادة (١١) من نظام الإصدار.

وعلى المصارف عند إعداد نشرة إصدار لتسويق شهادات الإيداع أن تضمنها بشكل واضح وصريح عدم علاقة مصرف سورية المركزي بمضمون النشرة، وعدم ضمانته لشهادات الإيداع، وينبغي الحصول على موافقته على النشرة قبل توزيعها.^(١)

ويجب ألا تتجاوز توظيفات أي مصرف أو مؤسسة مالية في شهادات الإيداع المصدرة من مصرف آخر نسبة (٣٠ بالمئة) من الأموال الخاصة الأساسية الصافية للمصرف المصدر، وتتابع مفوضية الحكومة لدى المصارف التأكد من عدم تجاوز هذه النسبة.^(٢)

ويخضع المصرف المخالف لأحكام نظام الإصدار للعقوبات المنصوص عليها في القانون (رقم / ٢٣ / لسنة ٢٠٠٠) الخاص بمصرف سورية المركزي ونظام النقد الأساسي وللإجراءات التي يمكن اتخاذها إزاء المصرف المخالف من قبل مجلس النقد والتسليف.^(٣)

٢- شهادات استثمار غير قابلة للتداول

هي أوراق تثبت الحق في المبلغ المودع لدى المصرف وديعة استثمارية خاضعة لنظام القرض والنظم التي تقررها القوانين والقرارات الخاصة بها. وتستثمر المبالغ المودعة في تنفيذ خطة التنمية الاقتصادية ويقصد بها خدمة صغار المدخرين.^(٤)

وهذه الشهادات يصدرها المصرف وغالباً ما تكون اسمية تحمل اسم صاحبها، ولا تكون قابلة للتداول أو التحويل أو التنازل عنها أو خصمها أو

(١)- المادة (١٢) من نظام الإصدار .

(٢)- المادة (١٣) من نظام الإصدار .

(٣)- المادة (١٦) من نظام الإصدار .

(٤)- انظر: د. علي جمال عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص ١٥٤. حيث توجه حصيلة بيع الشهادات إلى خزانة الدولة لتمويل مشروعات محددة في خطة التنمية.

التصرف بها بأي طريقة، والهدف من ذلك هو حماية صاحب الشهادة من احتمالات فقدانها أو إساءة استخدامها. وتكون هذه الشهادات بسعر فائدة ثابت ولا تتعرض قيمتها لأي تقلبات، ويضمن المصرف لصاحبها القيمة المدونة في الشهادة التي يصدرها مع ما تتضمنه من فائدة دورية. ويمكن الاقتراض بضمانها من المصرف بالشروط التي يقرها مجلس الإدارة في لائحته.^(١)

وهذه الشهادات ذات سيولة كاملة، لأنها تكون قابلة لاسترداد قيمتها كاملة دون أية خسارة قبل حلول ميعاد استحقاقها، شريطة انقضاء مدة معينة كحد أدنى من تاريخ إصدارها، ولا يجوز أداء قيمتها قبل ذلك وفقاً لما تحدده اللائحة الخاصة بها^(٢)، ويمكن لصاحب هذه الشهادة أن يحتفظ بها ويحصل على سعر فائدة متزايدة كلما طالت مدة احتفاظه بها.

وتصدر المصارف التجارية أشكالاً متعددة من هذا النوع من الشهادات، فمنها الشهادات ذات القيمة المتزايدة، والشهادات ذات العائد الجاري، والشهادات ذات الجوائز وغيرها مما لا يخرج مضمونه عن أصل هذا النوع، وإنما هو تنوع في كيفية احتساب العوائد المترتبة على هذه الشهادات لتحفيز المستثمرين على المشاركة فيها.^(٣)

ولمجمع الفقه الإسلامي موقف حازم من هذه السندات، فبعد اطلاعه على أن السند شهادة يلتزم المصدر بموجبها أن يدفع لحاملها القيمة الاسمية عند الاستحقاق، مع دفع فائدة متفق عليها منسوبة إلى القيمة الاسمية للسند، أو

(١)- المرجع السابق، ص ١٥٥ وما بعدها.

(٢)- انظر: د. ناظم الشمري، مرجع سابق، ص ١٥٥، ١٥٨.

(٣)- انظر: د. يوسف عبد الله الشبيلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف، مرجع سابق، ص ١٣١.

ترتيب نفع مشروط سواء كان جوائز توزع بالقرعة أم مبلغاً مقطوعاً أم حسماً؛
قرر ما يلي: (١)

أولاً: تعد السندات التي تمثل التزاماً بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط محرمة شرعاً من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية، سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة ترتبط بالدولة. ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوكاً استثمارية، أو ادخارية، أو تسمية الفائدة الربوية الملتمزم بها ربحاً أو ريعاً أو عمولة أو عائداً.

ثانياً: تحرم أيضاً السندات ذات الكوبون الصفري باعتبارها قروضاً يجري بيعها بأقل من قيمتها الاسمية ويستفيد أصحابها من الفروق باعتبارها حسماً لهذه السندات.

ثالثاً: تحرم أيضاً السندات ذات الجوائز باعتبارها قروضاً اشترط فيها نفع أو زيادة بالنسبة لمجموع المقرضين، أو لبعضهم، لا على التعيين، فضلاً عن شبهة القمار.

(١) - (القرار رقم ٦٠، دورة المؤتمر السادس، جدة، من ١٤-٢٠/٣/١٩٩٠م، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط٤، مرجع سابق، ص١٩٩. وانظر مجلة المجمع، العدد السادس، ج٢، ص١٢٧٣، العدد السابع، ج١، ص٧٣.

المطلب الثاني

الصكوك الاستثمارية في المصارف الإسلامية

من البدائل للسندات المحرمة - إصداراً أو شراءً أو تداولاً - السندات أو الصكوك القائمة على أساس المضاربة المشتركة أو المضاربة لمشروع أو نشاط استثماري معين، بحيث لا يكون لمالكها فائدة أو نفع مقطوع، وإنما تكون لهم نسبة من ربح هذا المشروع بقدر ما يملكون من هذه السندات أو الصكوك، ولا ينالون هذا الربح إلا إذا تحقق فعلاً. وتعدّ صكوك الاستثمار أحد مصادر الأموال الخارجية للمصارف الإسلامية.

وبصفة عامة تصدر المصارف الإسلامية شهادات إيداع بفئات مختلفة تتناسب كافة مستويات دخول المودعين وتتراوح مدة الشهادة من سنة إلى ثلاث سنوات. وتعدّ من الموارد المالية متوسطة الأجل.

وتعد هذه الصكوك تطبيقاً لصيغة عقد المضاربة، حيث إن المال من طرف (أصحاب الصكوك) والعمل من طرف آخر (المصرف). وقد تكون المضاربة مطلقة أو مقيدة حسب نوعية الصك، ويتم توزيع أرباح هذه الصكوك وفقاً لقاعدة " الغنم بالغرم ".

وقد أجاز بنك البحرين لمجلس الإدارة إصدار شهادات استثمارية اسمية متقاسمة الأرباح وفقاً لعقد المشاركة الشرعي، وذلك مقابل الودائع الاستثمارية، وتكون هذه الشهادة قابلة للتداول فيما بين عملاء البنك وفي سوق رأس المال والبورصات، ويتقاضى البنك رسم عن التداول يعلن عنه لكل صاحب مصلحة، وتصدر لائحة خاصة بهذه الشهادات وتعلن أهم نصوصها في الصحف، وتثبت النصوص كاملة على ظهر الشهادة المثبتة للقيمة.^(١)

(١) - المادة (٥٣) من نظام البنك).

وعلى العكس من ذلك، يُصدّر بنك دبي شهادات استحقاق بقيمة المبلغ المودع ومدته، وهذه الشهادات اسمية، لا يجوز تحويلها أو تظهيرها للغير.^(١)

وأصدر بنك فيصل المصري شهادات ادخار ذات عائد متغير بعد موافقة البنك المركزي المصري له بطرحها للجمهور، وهي شهادات اسمية تخضع في تعاملها لأحكام الشريعة الإسلامية، ولا يجوز التصرف فيها للغير بالبيع أو التنازل أو الحوالة أو أي طريقة أخرى. ومدة هذه الشهادات ثلاث سنوات تجدد تلقائياً بناء على رغبة العميل، وتصدر بفئة معينة من العملة ومضاعفاتها دون تحديد سقف أعلى. ولصاحب الشهادة حق استرداد قيمتها قبل تاريخ استحقاقها شريطة أن يكون قد مضى على تاريخ إصدارها ستة أشهر على الأقل، وفي هذه الحالة يتم احتساب العائد على المبلغ المسترد على أساس العائد الذي صرف لحساب الاستثمار ناقصاً (٠,٥) سنوياً، ويخصم الفرق من حساب العميل. ومن مزايا هذه الشهادات، أنه بإمكان صاحبها عقد عمليات استثمارية مع المصرف بضمائها، أو الحصول على فرصة أداء العمرة في السحب الذي يجريه المصرف مرتين في العام. وهذه الشهادات يتم استثمارها على أساس المضاربة.^(٢)

وأجاز قانون البنك الإسلامي الأردني لمجلس الإدارة إصدار سندات المقارضة، وعرفها بأنها ((الوثائق الموحدة القيمة والصادرة عن البنك بأسماء من يكتتبون فيها مقابل دفع القيمة المحررة بها على أساس المشاركة في نتائج الأرباح المتحققة سنوياً حسب الشروط الخاصة بكل إصدار على حدة. ويجوز

(١) - انظر: بنك دبي تعريف عام، مرجع سابق، ص ١٠.

(٢) - انظر: مواد اللائحة الخاصة بإصدار الشهادات التي أصدرها بنك فيصل في القرار الصادر بتاريخ ١٤ يونيو، ٢٠٠١، مشار إليها في مؤلف: د. جديع الرشيد، مرجع سابق، ص ٥٣٤ وما بعدها.

أن تكون هذه السندات صادرة لأغراض المقارضة المخصصة وفقاً للأحكام المقررة لها في هذا القانون^(١).

وسندات المقارضة المشتركة تكون محددة الأجل بالنسبة لتاريخ استحقاقها على أن لا تزيد في مدتها عن عشر سنوات مالية، وتشارك في حصة نسبية من مجموع أرباح الاستثمار الصافية لكل سنة مالية تالية للسنة التي تطرح فيها للاكتتاب وذلك حسب الشروط التفصيلية التي يقرها مجلس الإدارة.

أما سندات المقارضة المخصصة فإنها ترتبط بمشروع محدد، أو غرض معين، وتخضع للتصفية التدريجية بحسب نتائج إيرادات المشروع أو المشاريع الممولة من حصيلة الإصدار المعين في كل حالة على حدة، و تختص سندات المقارضة المخصصة بالحصصة التي يحددها لها مجلس الإدارة من أصل الإيرادات الصافية للمشروع المستثمرة فيه وذلك على أساس الفصل الحسابي لإيرادات ذلك المشروع ونفقاته عن سائر إيرادات ونفقات الاستثمار المشترك^(٢). وسندات المقارضة المشتركة التي يصدرها المصرف تكون اسمية وتستخدم كأداة لاجتذاب أموال المدخرين، وتشارك حصيلة هذه السندات في استثمارات المصرف وفق أسلوب المضاربة المشتركة. والحكمة من إصدار السندات رغم إمكانية الإيداع في الحساب المشترك تكمن في أنها تصدر بفئات مختلفة

(١)- المادة (٢) من قانون البنك الإسلامي الأردني الملغي) وأجازت المادة (٥٢) قانون البنوك الأردني لعام ٢٠٠٠ ، لأي بنك إسلامي- إصدار سندات مقارضة مشتركة أو سندات مقارضة مخصصة أو إنشاء محافظ استثمارية أو صناديق استثمارية.

(٢)- المادة (١٤) من قانون البنك الملغي)، وقد أجازت المادة (٢١) من نظام البنك الإسلامي اليمني) إصدار سندات المقارضة.

تناسب صغار المدخرين، ويمكن إيجاد سوق لهذه السندات بحيث يتمكن صاحبها من تسيلها عند حاجته إلى النقود.^(١)

وصكوك الاستثمار تأخذ الأشكال الآتية:

١ - صكوك المقارضة المشتركة (المضاربة المطلقة)

هي التي يصدرها المصرف بفئات معينة ويطرحها في الأسواق للاكتتاب العام، ومن حصيلة هذه الصكوك يقوم المصرف بتمويل الاستثمارات التي يراها مناسبة، كما يباشر عملياته المصرفية على اختلاف أنواعها، ومن صافي الأرباح مجتمعة، يخصص المصرف جزءاً منها لتوزيعه على أصحاب الصكوك كل بنسبة ما يملكه منها، ويستحق الصك عائداً كل فترة معينة (ثلاثة شهور أو ستة...) كجزء من الأرباح تحت حساب التسوية النهائية في نهاية العام، طبقاً لما يظهره المركز المالي للمصرف، ويحصل المصرف مقابل الإدارة على نسبة من الأرباح تكون محددة مقدماً في الصك. وبذلك تختلف قيمة ما يوزع عليهم من سنة لأخرى تبعاً لما يحققه المصرف من أرباح في جميع عملياته وأنشطته الاستثمارية.

٢ - صكوك الاستثمار المخصصة لنشاط معين

يحكم هذه الصكوك عقد المضاربة المقيد، حيث يقوم المصرف باختيار أحد الأنشطة سواء كانت تجارية أو عقارية أو صناعية أو زراعية، ثم يقوم بإصدار صكوك استثمار لهذه الأنشطة بفئات مختلفة يطرحها للاكتتاب العام، وتخصص حصيلة هذه الصكوك لمشروع معين أو نشاط محدد. ويتم تحديد مدة الصك بين سنة إلى ثلاث سنوات وفقاً لنوع النشاط، ويوزع جزء من العائد تحت الحساب كل ثلاثة أو ستة شهور، وتتم التسوية سنوياً طبقاً لما يظهره

(١) - انظر: د. عبد الله عبد المجيد المالكي، الموسوعة في تاريخ الجهاز المصرفي الأردني، مرجع

سابق، ص ١٤٨.

المركز المالي السنوي لهذا النشاط، ويحصل المصرف مقابل الإدارة على نسبة من الأرباح تحدد مقدماً في الصك. و يعد صاحب الصك في مشروع معين شريكاً فيه بقدر ما يملكه، ويكون المصرف وكيلاً عن أصحاب الصكوك في كل ما يتصل بإدارة المشروع ومراقبة أعماله وتوزيع أرباحه، وهذا النوع من الصكوك يحقق فرصاً للمدخرين في اختيار المشروع الذي يرغبون في الاكتتاب فيه.

حيث يتم تكوين محفظة مالية برأس مال محدد، ويتم استثمار جزء من أموال المحفظة في مشاريع مختلفة عقارية أو صناعية أو تجارية، وقد يتم استثمار الجزء الآخر في شراء أسهم أو سندات إسلامية ويوزع ناتج الأرباح والخسائر على المشاركين في المحفظة، ويجري تقييم موجودات ونتائج الاستثمار المشترك في المحفظة في أوقات دورية كل شهر أو ثلاثة أو سنة على أساس الفصل الحسابي لإيراداتها ونفقاتها عن سائر إيرادات ونفقات الاستثمار المشترك، ويمكن للمشارك تسهيل حصته إلى نقود حينما يشاء أو التصرف في حصته بالبيع أو التنازل عنها بموافقة المصرف.^(١)

ضوابط وشروط الصيغة المقبولة شرعاً لإصدار صكوك المقارضة

وضع مجمع الفقه الإسلامي ضوابط وشروط الصيغة المقبولة شرعاً لإصدار صكوك المقارضة، و ذلك بنصه على أن ((١ - سندات المقارضة: هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما

(١) - انظر: د. محمد حسن حنون، الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية "دراسة مقارنة"، كتاب مودع لدى دائرة المكتبة الوطنية، عمان - الأردن، ٢٠٠٥، ص ٨١.

يتحول إليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه. ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية (صكوك المقارضة).

٢- الصورة المقبولة شرعاً لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوفر فيها العناصر الآتية:

العنصر الأول: أن يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله، وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته. وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها، مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربة.

العنصر الثاني: يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددها (نشرة الإصدار) وأن (الإيجاب) يعبر عنه (الاكتتاب) في هذه الصكوك، وأن (القبول) تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة .

العنصر الثالث: لا بد أن تشتمل نشرة الإصدار على جمع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية.

العنصر الرابع: أن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب، أي عامل المضاربة ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك، فهو رب مال بما أسهم فيه، إضافة إلى أن المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار، وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس. وأن يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية.

٣- مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول يجوز تداول صكوك المقارضة في أسواق الأوراق المالية إن وجدت بالضوابط الشرعية وذلك وفقاً لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدین. كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين، ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة وفقاً لظروف السوق والمركز المالي للمشروع. كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص، على النحو المشار إليه.

٤- لا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحةً أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل.

٥- لا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقاً أو مضافاً للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعداً بالبيع. وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء وبرضا الطرفين.

٦- لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح، فإن وقع كان العقد باطلاً. ويترتب على ذلك:

أ- عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناءً عليها.

ب- أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح إما بالتنقيض أو بالتنقيم

للمشروع بالنقد، وما زاد عن رأس المال عند التتضيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقاً لشروط العقد.

ج- أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلناً وتحت تصرف حملة الصكوك.

٧- يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتتضيض أو التقويم، ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يُدرّ إيراداً أو غلة، فإنه يجوز أن توزع غلته. وما يوزع على طرفي العقد قبل التتضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.

٨- ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة إما من حصة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تتضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعتها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر رأس المال.

٩- ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد^(١).

(١)- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم (١٢٣) المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨م بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار. قرارات

ويفهم من هذا البند الأخير أنه يشترط لجواز ضمان الطرف الثالث أن يكون هذا الطرف شخصاً خارجياً عن أطراف العقد- المصرف (المضارب) والمودعون (رب المال)- ويقوم بهذا الضمان بقصد التبرع، ويقتصر الضمان على تبعة هلاك رأس المال بمقدار ما يحصل من نقص فيه، دون الربح المتوقع الذي فات- الذي يمثل ما فات من كسب أو الفرصة الضائعة- أي أنه يقتصر على ضمان رأس المال دون ضمان حصة من الربح.

وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط٤، مرجع سابق، ص ١١٩، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،
منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد الرابع، الجزء الثالث، ١٩٨٨، ص ٢١٦١ - ٢١٦٥.

المبحث الثاني

الموارد المالية الأخرى للمصارف

غالباً ما تلجأ المصارف إلى الاقتراض من بعضها البعض أو من المصرف المركزي عند حاجتها لتمويل عملياتها المصرفية التي تقصر مواردها الذاتية المتاحة عن تمويل مثل هذه العمليات بشكل كامل. وهذا الاقتراض يمثل التزاماً على المصرف المقترض تجاه بقية المصارف المقترض منها، سواء كانت محلية أو أجنبية في الداخل أو في الخارج. وهناك موارد ثانوية للمصارف تتمثل في العمولات (أجور) أو الرسوم في مقابل ما تؤديه من خدمات مصرفية.

وبيان هذه الموارد يستدعي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: الاقتراض المصرفي.

الثاني: العمولات (أجور) والرسوم.

المطلب الأول

الاقتراض المصرفي

تلجأ المصارف التجارية إلى الاقتراض من بعضها البعض أو من المصرف المركزي عند حاجتها لتمويل عملياتها المصرفية أو عند حاجتها للسيولة، والاقتراض يمكن أن يكون في صورة حسابات جارية أو لأجل، غير أن المصارف تفضل الاقتراض من بعضها البعض قبل لجوئها إلى المصرف المركزي، بسبب انخفاض سعر الفائدة على هذه القروض التي تكون غالباً قصيرة الأجل.

ويأخذ الاقتراض من المصارف التجارية عدة صور، منها اقتراض الاحتياطي الفائض^(١)، وشراء شهادات الإيداع التي يصدرها مصرف ما بوساطة مصرف آخر. والاقتراض بمقتضى اتفاق إعادة الشراء، حيث يقوم المصرف ببيع أوراق مالية إلى مصرف آخر، على أن يقوم المصرف البائع (المقترض) بإعادة شراء تلك الأوراق فيما بعد بسعر يتم الاتفاق عليه مقدماً. وعادة ما يتحدد سعر الفائدة على هذه القروض وفقاً لقانون العرض والطلب، ومن ثم يستطيع المصرف الحصول على ما يحتاجه من أموال إذا ما أبدى استعداداً لدفع معدل الفائدة المناسب، شريطة ألا تزيد كمية الأموال المقرضة عن الحدود التي تضعها السلطات الرقابية أو يضعها المصرف المقرض.^(٢)

(١) - اقتراض الاحتياطي يتمثل في تعهد غير مكتوب مضمون من المصرف المركزي أو مؤسسة النقد وبمقتضاه يلتزم المصرف المقرض بسداد قيمة القرض وفوائده التي تتحدد وفقاً لقوى العرض والطلب.

(٢) - د. منير صالح هندي، إدارة البنوك التجارية، مرجع سابق، ص ١١١. وانظر الفصل التالي بخصوص الرقابة المصرفية.

وفي حالة عجز المصارف عن تلبية طلب الإقراض المقدم من مصرف تجاري، فإنها تلجأ إلى المصرف المركزي الذي يقوم بدوره التمويلي كمقرض أخير للمصارف عندما تعوزها السيولة نتيجة لعجز أرصدها النقدية عن مقابلة طلبات الدفع في وقت معين، أو عندما تنتهج الدولة سياسة توسعية وترغب في زيادة القروض التي تقدمها المصارف لعملائها، وتتقاضى المصارف المركزية فوائد محددة سلفاً عن هذه القروض من المصارف المقترضة.^(١)

وتقدم المصارف المركزية للمصارف التجارية قروضاً قصيرة الأجل بضمان ما لديها من أوراق مالية، أو بإعادة خصمها أو بالوسيلتين معاً. وحتى لا تستغل المصارف هذه الوسيلة في توسع ائتماني غير مرغوب، يفرض المصرف المركزي سعر فائدة جزائي أعلى من سعر الفائدة قصير الأجل. ولا تخضع الأموال المقترضة من المصرف المركزي أو من المصارف الأخرى لمتطلبات الاحتياطي القانوني، ومن ثم فإنها تمثل قوة استثمارية صافية للمصرف المختص وللجهاز المصرفي ككل، على عكس الودائع التي تتمثل قوتها الاستثمارية في مقدار الوديعة مطروحاً منه قيمة الاحتياطي القانوني.^(٢) وقد يكون الاقتراض طويل الأجل، يتمثل في الاقتراض من سوق رأس المال يلجأ إليه المصرف لتدعيم طاقته الاستثمارية ولتدعيم رأس المال، وتعد هذه القروض بمثابة خط دفاع للمودعين، فإذا ما تعرض المصرف لخسائر رأسمالية كبيرة، فلن تمتد هذه الخسائر إلى أموال المودعين إلا بعد تجاوز رأس المال والأموال المقترضة، على أساس أن تلك القروض لا تكون مضمونة - غالباً - برهن أي من أصول المصرف. وقد تكون هذه القروض في صورة سندات طويلة الأجل، أو في صورة اتفاق مباشر مع أحد المقرضين يحصل

(١)- انظر: د. أشرف محمد دوابة، دور الأسواق المالية في تدعيم الاستثمار طويل الأجل، مرجع سابق، ص ١١٥.

(٢)- د. منير هندي، إدارة البنوك التجارية، مرجع سابق، ص ١١٢.

بمقتضاه المصرف على قدر من الأموال في مقابل دفع فوائد على الأموال المقترضة وسداد قيمة القرض في تاريخ الاستحقاق.^(١)

وبطبيعة الحال فالمصرف الإسلامي لا يتعامل بالفائدة في عمليات الإقراض والاقتراض، ولا وجود لهذا المورد في ميزانيته العمومية، وحتى إن وجدت قروض دون فوائد من مصرف إسلامي لآخر، فلا يمكن عدّه مورداً مالياً لندرته وعدم اطردها. غير أن المصرف الإسلامي يستفيد من المصرف المركزي كمقرض أخير بأي وسيلة من وسائل التمويل المشروعة كما سنرى.^(٢)

وانطلاقاً من مبدأ التعاون بين المصارف الإسلامية في الداخل والخارج، تقوم بعض المصارف التي لديها فائض في الأموال بإيداعها في المصارف الإسلامية التي تعاني من عجز في السيولة النقدية، إما في صورة ودائع استثمار تأخذ عنها عائد، أو في صورة ودائع جارية لا يستحق عنها عائد. ويتم ذلك بناء على اتفاق مبني على أساس أن تقوم المصارف ذات الفائض بإيداع مبلغ معين مدة معينة في المصرف الذي يعاني عجزاً في السيولة، شريطة أن يتعهد هذا الأخير بأن يودع لديه مبلغاً مماثلاً لمدة مماثلة عندما يحتاج إلى ذلك، وعلى أن يكون له ممارسة هذا الحق خلال عام ونصف أو عامين. ويطلق على هذا الأسلوب اسم الودائع المتبادلة^(٣)، وتأخذ به المصارف التجارية أيضاً في إطار نظام الفائدة.

(١)- المرجع السابق، ص ١١٢ وما بعدها.

(٢)- وفي المقابل انظر: د. أشرف دوابة، المرجع السابق، ص ١١٦. فقد ذهب إلى أن المصارف الإسلامية لا تستفيد من البنك المركزي كمقرض أخير. وللتأكيد على إمكانية الاستفادة من البنك المركزي من الناحية القانونية انظر الفصل الثالث من هذا الباب.

(٣)- انظر: د. عبد الله عبد المجيد المالكي، الموسوعة في تاريخ الجهاز المصرفي الأردني، مرجع سابق، ص ١٨٨.

المطلب الثاني

العمولات والرسوم

يقصد بهذه الموارد ما تتقاضاه المصارف من عمولات (أجور) أو رسوم مقابل ما تؤديه من خدمات مصرفية، كتأجير الخزائن الحديدية، والقيام بأعمال الوكالة في التحصيل^(١) أو التحويل^(٢)، وغيرها من الخدمات المصرفية. ومعيار التفرقة بين العمل المصرفي والخدمة المصرفية هو أن المصرف يتعرض أثناء أدائه العمل المصرفي لمخاطر التجارة (الخسارة) بينما لا يتعرض المصرف أثناء أدائه إحدى الخدمات المصرفية لهذه المخاطر، لأنه يتقاضى عمولة مسبقة قبل أداء الخدمة.^(٣)

وتختلف طبيعة العمولات عن الفوائد في أن الأصل في العمولات أنها الأجر الذي يدفع مقابل الخدمات والمنافع، بينما الأصل في الفوائد أنها الثمن الذي يدفع مقابل استعمال النقود، وهي من الربا المحرم، أما العمولات فتلتحق بوجه عام بالإجارة المشروعة.^(٤)

(١) - والمألوف أن يقوم المصرف بتحصيل حقوق العميل التي تكون ثابتة في أوراق تجارية ويكون نائباً عن العميل في جمع وتحصيل الأموال الممثلة في تلك الأوراق من المدينين، وقبدها في حساب العميل، أو تسليمها له نقداً. ولا يوجد ما يمنع من تكليف المصرف بتحصيل أقساط بيع شقق أو أجرة مساكن أو أي دين للعميل على أي شخص. راجع: د. حسن حسني محمد حسني، الخدمات المصرفية في البنوك التجارية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، التاريخ (بدون)، ص ٦٣.

(٢) - عملية التحويل كنقل النقود أو أرصدة الحسابات من حساب إلى حساب، ويقوم بها المصرف بوصفه وكيلًا بأجر (عمولة).

(٣) - د. حسن حسني محمد حسني، الخدمات المصرفية في البنوك التجارية، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٤) - د. صلاح محمد الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، مرجع سابق، ص ٥٥٥.

والعمولة (الأجر) هي ثمن الخدمة المبذولة من قبل المصرف، والأصل فيها الجواز ما لم تكن ذريعة إلى الربا. ويشترط الفقه الإسلامي الحديث لجوازها^(١)، أن تكون مقابلة بخدمة حقيقية، أو منفعة مشروعة، وأن تكون مبلغاً مقطوعاً في الجملة^(٢)، وألاً تتكرر إلا إذا تكررت الخدمة.

وقد وضعت بعض قوانين المصارف الإسلامية^(٣)، والنظم القانونية لها ضوابط عامة لأعمالها المصرفية، فأوجب على المصارف أن تكون جميع عملياتها وخدماتها المصرفية والاستثمارية قائمة على غير أساس الفائدة تحت أي شكل من الأشكال وعلى الأخص:

أ- فائدة الديون التي تقبض أو تدفع في جميع حالات الإقراض والاقتراض والإيداع بما في ذلك أي أجر يدفعه المقترض دون أن تقابله خدمة تنطوي على مجهود ذي منفعة معتمدة حسب رأى هيئة الرقابة الشرعية.

ب- فائدة البيوع في إطار العمل المصرفي في حالات عمليات الصرف المرتبط تنفيذها بأجل وكذلك الفائدة التي تنطوي عليها العمليات المشابهة. أي فائدة البيوع في حالات صرف العملات المختلفة الجنس إذا داخلها الأجل.

(١)- انظر: المرجع السابق، ص ٥٥٥، د. محمد أحمد سراج، النظام المصرفي الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٠٧ وما بعدها.

(٢)- إذ يجب أن يكون الأجر مساوياً للجهد الذي يبذل في أداء الخدمة، على ألا يكون هذا الأجر محدداً بنسبة معينة (١% مثلاً) فالجهد المبذول في إبرام عقد بمبلغ ٥٠٠ ريال هو ذاته الذي يبذل لإبرام عقد قرض بمبلغ خمسين ألف ريال، فيستحق المصرف خمسة ريالات في العقد الأول، على أساس أن الأجر ١%، ويستحق في العقد الثاني خمسمئة ريال، مع أن الجهد واحد. انظر: عبد الرزاق الهييتي، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

(٣)- انظر المادة (٨ من قانون المصارف الإسلامية السوري)، المادة (٣٥ من قانون البنوك الأردني لعام ٢٠٠٣).

وتتقيد بعض المصارف الإسلامية قانوناً بالحدود العليا للعمولات عن الخدمات التي تقدمها لعملائها وفقاً للتعرفة التي يصدرها البنك المركزي.^(١) وعلى الصعيد القانوني والعملي يتقاضى البنك الإسلامي للتنمية رسم خدمة على التمويل بالقروض لتغطية المصاريف الإدارية الفعلية المتصلة بالمشروعات، ويكون هذا الرسم مساوياً للتكاليف^(٢)، حيث يتم استيفاء رسم خدمة إجمالي على القروض يسدد على أقساط نصف سنوية، ويحتسب على أساس المبلغ الفعلي المسحوب وفترة التنفيذ من تاريخ أول سحب للمشروع وحتى آخر قسط يسدد. والحد الأعلى لرسم الخدمة هو (٢,٥% في السنة) على مبلغ القرض.^(٣)

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن الرسم هو عمولة وليس فائدة، لأنها مقابل التكاليف، واشتراط مساواة العمولة بها يجعلها أجراً مقابل منفعة. غير أن أسلوب اقتضاء رسم الخدمة بنسبة مئوية تتكرر كل عام يخرجها عن معنى الأجر الذي يقابل المنفعة، لأن المنفعة في مقابل القرض تبذل مرة واحدة ولا تتكرر سنوياً كما يتكرر الرسم، أما كونها نسبة مئوية، فإنه يخرجها من نطاق العمولة الجائزة شرعاً إلى نطاق الفوائد المحرمة.^(٤)

(١) - المادة (١٤) من قانون البنوك الإسلامية اليمني، ووفقاً للمادة (٢٧) من قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني) يجوز للبنك تحديد هوامش الأرباح والعمولات والرسوم وكيفية احتساب وتوزيع الأرباح.

(٢) - المادة (٢٠) من اتفاقية التأسيس).

(٣) - انظر كتيب أسئلة وأجوبة، صادر عن البنك الإسلامي للتنمية، ٢٠٠٦، ص ٢٣ وما بعدها.

(٤) - انظر: د. صلاح محمد الصاوي، مرجع سابق، ص ٦٨٩، عبد الرزاق الهييتي، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

أما بقية الموارد فهي موارد غير ثابتة، تتمثل في قبول المصارف للهبات والتبرعات التي يتقدم بها الأفراد والهيئات^(١)، ويضاف إلى هذه الموارد الأموال المخصصة للزكاة التي تقدم للمصارف ليتم وضعها في صناديق خاصة، ويتم توزيعها على مستحقيها.^(٢)

وهذه الأموال التي تكون مخصصة من أصحابها لغرض معين، يكون لها حساب مستقل يراعى توجيهه للغرض الذي خصص له^(٣)، ومن ثم لا يمكن عدها من الموارد المالية للمصرف.

(١)- المادة (١٨) من نظام بنك فيصل الإسلامي المصري)، المادة (٨) من قانون البنك الإسلامي الأردني الملغي).

(٢)- تعدّ صناديق الاستثمار أحد مصادر الأموال في المصارف الإسلامية، حيث تمثل أوعية استثمارية تلبي احتياجات المودعين من استثمار أموالهم وفق المجالات التي تناسبهم بما يحقق لهم عوائد مجزية. ويقوم المصرف باختيار أحد مجالات الاستثمار المحلية أو الدولية وينشأ لهذا الغرض صندوق يطرحه للاكتتاب العام على المستثمرين، ويقوم المصرف بأخذ نسبة شائعة في الربح مقابل إدارته للصندوق.

(٣)- المادة (١٨) من نظام بنك فيصل المصري).

الفصل الثالث

ضوابط استثمار الموارد المالية في ظل الرقابة المصرفية

يهدف المصرف المركزي من استخدام سياسته النقدية والائتمانية أو التمويلية إلى تحقيق رقابته وسيطرته على حجم الائتمان المصرفي والتحكم في العرض النقدي من خلال استخدام عدة وسائل وأساليب رقابية تهدف إلى استقرار الأوضاع الاقتصادية في البلد وفقاً للسياسة النقدية والاقتصادية التي تنتهجها الدولة.

وقبل أن يتطرق الباحث للإطار القانوني للرقابة المصرفية على الائتمان والتمويل، ينبغي التعرف على المسوّغات الاقتصادية التي تستدعي تدخل سلطات الرقابة المصرفية على المصارف ومدى ملائمة هذه المسوّغات والأساليب لطبيعة عمل المصارف الإسلامية. وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم هذا الفصل إلى فرعين:

الأول: الإطار الاقتصادي لأساليب وضوابط الرقابة المصرفية على الائتمان.

الثاني: الإطار القانوني لأساليب وضوابط الرقابة المصرفية على الائتمان والتمويل المصرفي.

الفرع الأول

الإطار الاقتصادي لأساليب وضوابط الرقابة المصرفية

على الائتمان والتمويل

بحدود الغرض من هذه الدراسة سيتناول الباحث في هذا الإطار أسباب الرقابة المصرفية على الائتمان ومدى ملاءمتها للتطبيق على المصارف الإسلامية، فضلاً عن أساليب الرقابة الشاملة أو الكمية على حجم الائتمان، وأساليب الرقابة النوعية على الائتمان، وذلك من خلال تقسيم هذا الفرع إلى بحثين:

الأول: مبررات الرقابة المصرفية على الائتمان ومدى ملاءمتها لطبيعة عمل المصارف.

الثاني: أساليب الرقابة المصرفية على الائتمان.

المبحث الأول

مسوغات الرقابة المصرفية على الائتمان ومدى ملاءمتها لطبيعة عمل المصارف الإسلامية

لا يخفى أن تحقيق الاستقرار النقدي يعتبر من أولويات السياسة النقدية للمصارف المركزية. والمقصود بالاستقرار النقدي هنا، استقرار المستوى العام للأسعار، واستقرار سعر صرف العملة الوطنية، وتوفير هيكل أسعار فائدة ملائم ينسجم مع الظروف الاقتصادية المحلية والتطورات الدولية. وتسعى المصارف المركزية إلى تحقيق ذلك من خلال تنظيم وإدارة السيولة المحلية في الاقتصاد الوطني بما يتناسب وتمويل النشاط الاقتصادي الحقيقي.

وإذا كان الائتمان المصرفي عن طريق منح القروض يؤدي إلى خلق الودائع والتوسع في العرض النقدي، فإن السؤال المطروح يدور حول ما إذا كانت طبيعة عمل المصارف الإسلامية ينتج عنها ودائع مصرفية جديدة تساهم في التوسع النقدي أم لا ؟ وهل تتناسب وسائل الرقابة التقليدية مع طبيعة عمل المصارف الإسلامية أم لا ؟ إن محاولة الإجابة عن هذه التساؤلات تستدعي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: مبررات الرقابة المصرفية على الائتمان.

الثاني: مدى ملاءمة مبررات الرقابة على الائتمان لطبيعة عمل المصارف الإسلامية.

المطلب الأول

مبررات الرقابة المصرفية على الائتمان

إذا كانت النقود أساساً هي وسيلة دفع، فإن الودائع تحت الطلب تقوم مقام النقد القانوني بين المتعاملين بها وتعمل كوسيلة دفع يمكن تحويلها أو أن تسحب عليها شيكات، ولذلك تعتبر كلها نقود، وعندما ينشأ حساب جاري جديد دون أن يكون هناك سحب مقابل لأي ودائع أخرى، فإن نقوداً تخلق بالمقدار نفسه. فعملية خلق الائتمان في المصارف تعتمد على أن أصحاب الودائع الجارية (تحت الطلب) لن يتقدموا كلهم أو أغلبهم لسحب ودائعهم في الوقت نفسه، كما أنه في مقابل سحب الودائع يتم إيداع مبالغ جديدة، ومن ثم فإن النسبة بين السحب والإيداع تكون بمعدل ثابت تقريباً. وبذلك لا تحتفظ المصارف من الودائع تحت الطلب سوى بنسبة محدودة لمقابلة طلبات السحب وتقوم بتوظيف الباقي في مجالات كثيرة، كمنح القروض وشراء الأوراق المالية، وبذلك يتوفر لدى المصارف حسابات للودائع تزيد على ودائعها الأصلية، لأن المقترض والمستفيد من شراء الأوراق المالية لن يطلب سحب هذه الأموال في شكل نقود، بل ستحفظ في حسابهم الدائن كودائع جديدة.

والإقراض لدى المصارف التجارية تحت نظام الاحتياطي النسبي، ينتج عنه توسع نقدي تبعاً لذلك. والكثير من النقود التي يقترضها الأشخاص من المصارف تجد طريقها ثانياً إلى الحسابات الجارية في مصرف أو آخر.^(١)

(١)- انظر: د. محمد نجاه الله صديقي، بحوث في النظام المصرفي الإسلامي، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، ٢٠٠٣، ص ٢٣٦. فالمصرف اعتمد على ودائعه الأصلية وخصم من إجمالي قيمتها نسبة الاحتياطي ودفع الباقي في شكل قروض تحفظ مبالغها في حساب جاري كوديعة جديدة يخصم منها الاحتياطي ويتم إقراض الباقي وهكذا.

ولذلك فإن المصارف التجارية بمجموعها قادرة على خلق المزيد من النقود المصرفية بما يوازي عدة أضعاف ما يودع لديها من ودائع حقيقية، وبذلك تشارك المصارف المركزية بصورة غير مباشرة في إصدار النقود. ومن هنا كان لابد من تدخل المصارف المركزية في تنظيم عملية الائتمان، ذلك أن عمليات الإقراض والاستثمار التي تمارسها المصارف التجارية تؤدي إلى زيادة الكتلة النقدية، وكلما كانت المصارف سخية في منح الائتمان بأكثر مما هو متاح لها من موارد، أدى ذلك إلى إحداث تأثير على حجم عرض النقد، ولا يخفى ما لذلك من آثار على القوة الشرائية للنقود، وهو ما يساهم في إحداث التضخم على مستوى النشاط الاقتصادي.^(١)

فقد يعاني الاقتصاد القومي من التضخم بسبب زيادة المعروض من النقود عن المعروض من السلع والخدمات، وفي هذه الحالة يؤدي الانخفاض في عرض النقد إلى التخفيف من حدة التضخم، وإذا ما استطاع المصرف المركزي أثناء - فترات التضخم - إضعاف قدرة المصارف التجارية على خلق الودائع، فإن ذلك يؤدي إلى انخفاض عرض النقد وتخفيف حدة التضخم، ذلك أن انخفاض العرض النقدي يؤدي بدوره إلى ارتفاع أسعار

(١) - يتأثر حجم الودائع بوجه عام بحجم القروض والسلفيات التي تمنحها المصارف التجارية، إذ أن زيادة هذا البند من بنود الأصول سيترتب عليه زيادة الودائع في جانب الخصوم إذ لم يتم سحب القروض على شكل نقد جاهز. إضافة إلى قروض المصرف المركزي إلى المصارف التجارية، حيث إن حصيلة هذه القروض ستأخذ طريقها إلى القروض التجارية في صورة ودائع في نهاية الأمر، وبذلك تزيد ودائع المصارف كما يزيد احتياطياتها لدى المصرف المركزي. فضلاً عن ذلك، فإن عودة النقود إلى المصارف سيزيد من ودائعها في جانب الخصوم، كما يزيد من أرصدها السائلة في شكل نقد أو ودائع لدى المصرف المركزي، وعلى العكس من ذلك فإن سحب النقود من المصارف يؤدي إلى نقص الأرصدة السائلة وكل ذلك يؤدي إلى تأثير الودائع بالزيادة أو النقص، راجع: د. زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ١١٠.

الفائدة على القروض، وينخفض تبعاً لذلك الطلب على القروض التي كان من المتوقع أن تتفق حصيلتها على أوجه النشاط المختلفة مسببة مزيداً من التضخم.

أما في فترات الكساد، فإنه من المتوقع أن يقوم المصرف المركزي بمساعدة المصارف على تجنب حدوث انخفاض في الودائع، مما يزيد من عرض النقود، ويؤدي إلى انخفاض أسعار الفائدة بشكل يشجع على زيادة الطلب على القروض التي يتوقع إنفاقها على أوجه النشاط المختلفة.^(١)

(١) - انظر: د. منير هندي، إدارة البنوك التجارية، مرجع سابق، ص ٧٩ وما بعدها.

المطلب الثاني

مدى ملائمة مسوَّغات الرقابة لطبيعة عمل المصارف الإسلامية

على ضوء مسوَّغات المصرف المركزي لتطبيق سياسته النقدية على المصارف التجارية، لا بُدَّ من محاولة بحث طبيعة عمل المصارف الإسلامية، وهو ما يتطلب معرفة ما إذا كان ينتج عن بعض أنشطة المصارف الإسلامية خلق ودائع إضافية تحت الطلب، أي ما إذا كانت بعض النقود المستخدمة من حسابات الاستثمار تجد أو لا تجد طريقها إلى حسابات جارية في المصارف؟

ويمكن القول بأن القروض دون فوائد التي تعطى من الودائع تحت الطلب في المصارف الإسلامية تؤدي إلى التوسع النقدي (خلق نقود جديدة)، غير أن الإقراض لا يأتي بأرباح للمصارف الإسلامية، ومن غير المتوقع أن تكون هناك أرصدة كبيرة مخصصة للإقراض.^(١)

كما أن الودائع الاستثمارية القابلة للسحب (بموجب إخطار سابق)، والودائع التي لا يحصل أصحابها على أرباح عن الفترة المحاسبية التي يتم خلالها السحب، وقد تكون لشهر أو ثلاثة أو ستة حسب الحال، هذه الودائع الاستثمارية قريبة الشبه من ودائع الادخار والودائع لأجل في المصارف التجارية، وتشارك جزئياً في الخواص المميزة لودائع المصارف من حيث إمكانية خلق النقود.^(٢)

(١) - انظر: د. محمد نجات الله صديقي، بحث في النظام المصرفي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

(٢) - انظر: المرجع السابق، ص ٢٣٧ وما بعدها.

وفضلاً عن ذلك، فإن بعض الأرصدة المتجمعة في المصارف من حسابات الاستثمار التي يتم استثمارها على أساس المشاركة في رأس المال والربح، أو التي تسلم على أساس المشاركة بالربح فقط من أجل تمويل مشروع بعينه، أو على أساس المربحة، هذه الاستثمارات وغيرها ينتج عنها ظهور ودائع مصرفية جديدة ومن ثم تساهم في التوسع النقدي، غير أن هذا التوسع ليس تضخيمياً كما هو الحال في التمويل بالقروض في المصارف التجارية، لأن الاستثمار على أساس المشاركة يعتمد على احتمال الخسارة أو الربح. فإن أخفق المشروع في تحقيق ثروة إضافية (أي مني بخسارة)، فإنه يعيد للمصرف مبلغاً أقل، وتحمل حسابات الاستثمار هذه الخسارة بنسبة مساهمة المشاركين في الاستثمار، ويصبح هناك نقص في حسابات الاستثمار ومن ثم في عرض النقود. أما إذا تحققت أرباح من المشروع الاستثماري، فإن جزءاً منها يضاف إلى حسابات الاستثمار، مما يؤدي إلى زيادة النقود، ويكون هناك إنتاج إضافي للثروة الحقيقية مقابل هذه الزيادة في النقود.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول بأن التمويل في المصارف الإسلامية يرتبط بنشاطات إنتاجية حقيقية، بينما قد يرتبط التمويل في المصارف التجارية بأغراض المضاربة واستثمارات أخرى غير منتجة.^(١) ولم يثر الخلاف الفقهي حول ضرورة الأخذ بالاحتياطات السائلة على مختلف الودائع لمقابلة طلبات السحب، وإنما ثار حول الأخذ بالاحتياطات القانونية على الودائع.

(١) - انظر: المرجع السابق، ص ٢٣٩ - ص ٢٤١.

فذهب رأي في الفقه، إلى ضرورة الأخذ بالاحتياطي القانوني الذي يودع في المصرف المركزي مقابل الودائع الاستثمارية.^(١)

واقترح رأي آخر إخضاع الودائع الاستثمارية التي يمكن سحبها قبل انتهاء العقد إلى بعض الاحتياطات القانونية على أن تكون بنسبة أقل من النسبة المطبقة على ودائع الأجل في النظام نفسه، لأن مساهمة حسابات الاستثمار في التوسع النقدي إنما تكون بشكل جزئي.^(٢)

وذهب رأي آخر إلى أن فرض الاحتياطات لا يتلاءم مع طبيعة الودائع الاستثمارية، لأن تطبيق الاحتياطي يعني تعطيل جانب من أموال المودعين عن الاستثمار على غير رغبتهم، وأنه لذلك ينبغي عدم فرض هذه الاحتياطات على الودائع، أو أن يكون فرضها بنسب أقل.^(٣)

وذهب رأي آخر أيضاً إلى أن ودائع المضاربة تعامل في النظام المصرفي مثل حقوق الملكية في المصرف، وحيث إنه لا توجد متطلبات لاحتياطي قانوني في مقابل الأشكال الأخرى من حقوق الملكية في المصرف، فليس ثمة سبب لخضوع ودائع المضاربات لمتطلبات الاحتياطي.^(٤)

(١) - Muhammad Nejatullah, Saddiqi, Banking Without Interest, Leicester -
:The Islamic Foundation, ١٩٨٣-pp ١٩-٢١.

(٢) - Mohamed A riff, (ed.), Monetary and Fiscal Economics of Islam, -
Jeddah: Center for Research in Islamic Economics, ١٩٨٢, pp.
١٤,٢١٩,٢٥٤

(٣) - راجع: د. عائشة الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٣٥.

(٤) - M.Umar.Chapra, Towards a Just Monetary System, Leicester, The
Islamic Foundation, ١٩٨٥, p.١٦١, ١٩٨-١٩٩.

وفي ظل صدور التشريعات الحديثة، ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه ما دامت قدرة المصارف الإسلامية على منح الائتمان تكاد تكون منعقدة، وقدرتها على خلق النقود وزيادة العرض النقدي محدودة، فإن فرض هذه الاحتياطات لا يتلاءم مع طبيعة الودائع الاستثمارية، لأنها قدمت بغرض الاستثمار على أساس نظام المضاربة، ولا يلتزم المصرف بردها كاملة لأصحابها، كونها غير مضمونة على المصرف. كما أنه يتعذر على المصارف الإسلامية اللجوء إلى المصرف المركزي حينما تعوزها السيولة، ومن ثم لا تستفيد منه كمقرض أخير، لأنه يقدم قروضاً بفائدة أو بإعادة خصم الأوراق المالية إلى المصارف التجارية ولا تتعامل المصارف الإسلامية بهذه القروض مما يؤثر على نشاطها، لأنها تضطر للاحتفاظ بنسب سيولة مرتفعة لمواجهة طلبات السحب المفاجئة، وهو ما يعوق من نشاطها الاستثماري^(١)، فضلاً عن ذلك، فالمصارف الإسلامية لا تتعامل مع العديد من عناصر الموجودات السائلة كالسندات والأذون بأنواعها المختلفة، وهو ما يجعل هذه المصارف تحتفظ بنسبة كبيرة من الودائع الاستثمارية في صورة سائلة مما يعوق من قدرتها على الاستثمار طويل الأجل.^(٢)

مناقشة الاتجاهات السابقة

بالنظر إلى الاتجاهات السابقة يبدو أن مجرد التفرقة بين طبيعة الودائع في المصارف ليست حجة كافية للقول بأن فرض الاحتياطي القانوني لا

(١)- د. محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة، مرجع سابق، ص ٩٨، د. أشرف دواية، دور الأسواق المالية في تدعيم الاستثمار طويل الأجل، مرجع سابق، ص ١١٣ وما بعدها.

(٢)- د. محمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص ٩٩، د. أشرف دواية، السابق، ص ١١٤.

يتلاءم مع طبيعة الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية^(١)، ويفترض مبدئياً أن تكون هذه التفرقة قائمة على أساس أن فرض الاحتياطي على إجمالي الودائع إضافة إلى أنه يمثل حماية لأموال المودعين، فإنه يعدّ نوع من الاستثمار بالنسبة للمصرف، لأنه يحصل على فوائد من المصرف المركزي، بينما لا يستفيد المصرف الإسلامي من فرض هذه الاحتياطات، لأنه غالباً لا يحصل على أي عائد من المصرف المركزي على أساس أن هذه العوائد فوائد محرمة. وهو ما يعني تعطيل جانب من إجمالي الودائع عن الاستثمار، وقد لا يحصل المودع على ربح عن كامل وديعته.

وحتى لو كانت التفرقة قائمة على أساس ما ذكرنا، فإن التسليم برأي الاتجاه القائل بأن فرض الاحتياطي لا يتلاءم مع طبيعة الودائع الاستثمارية إنما يعني تقليص دور المصرف المركزي في التأثير على السيولة والتحكم في قدرة المصارف على منح التمويل زيادة ونقصاً حسب السياسة النقدية والائتمانية التي تتناسب مع الواقع الاقتصادي. ولذلك فإن طبيعة الودائع الاستثمارية لا تتعارض مع فرض نسب الاحتياطات على هذه الودائع لاسيما إذا وجدت المصارف بنوعيتها في الدولة الواحدة، علاوة على أنّ تطبيق الاحتياطي لا يعني بالضرورة تعطيل جانب من أموال المودعين عن الاستثمار مادام المصرف المركزي ملزم قانوناً باستثمار هذا الاحتياطي

(١) - رغم أن طبيعة الودائع الاستثمارية قائمة على أساس المشاركة في الربح والخسارة ولا يضمنها المصرف، إلا أن هناك ضمان غير مباشر يتمثل في احتياطات مخاطر الاستثمار، واحتياطات أخرى لموازنة الأرباح، فضلاً عن حرص المصارف على استثمار هذه الأموال على أسس مدروسة وفي مجالات متنوعة لتقليل نسب المخاطر، ومن ثم فإن احتمال الخسارة هو أمر نادر، ولذلك فإن طبيعة الودائع في المصارف الإسلامية تتقارب إلى حد كبير مع طبيعتها في المصارف التجارية.

بالطرق الشرعية، فيستفيد المصرف والمودعين من عوائد استثمار هذا الاحتياطي.

أما من اقترح فرض الاحتياطي على الودائع الاستثمارية بنسبة أقل من غيرها من الودائع فإنه لم يقدم أي جديد عما هو حاصل في المصارف التجارية، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الودائع تحت الطلب تكون قصيرة الأجل حسب طبيعتها، ولذلك تكون الاحتياطيات المفروضة عليها أكبر من الودائع طويلة الأجل، حتى يتمكن المصرف من مواجهة طلبات السحب في أي وقت. وتكون الاحتياطيات المفروضة على الودائع لأجل أقل من الأولى، لأن المصرف يعتمد في استثمار هذا النوع من الودائع على طول الأجل، حيث تكون له حرية أكبر في توظيفها دون أن يخشى طلبات السحب عليها قبل حلول الأجل.

ويمكن القول بأن المصارف الإسلامية تغلبت على إشكاليات إدارة السيولة بصفة عامة. وقد تكفلت أغلب القواعد القانونية المنظمة لنشاط المصارف ببيان طرق الاستفادة من دعم المصرف المركزي، ومعالجة إشكاليات إدارة السيولة، وهذا ما سنبينه تباعاً.

المبحث الثاني

أساليب الرقابة المصرفية على الائتمان والتمويل

لتنفيذ السياسة النقدية وإدارة السيولة في الاقتصاد الوطني قد يعتمد المصرف المركزي على أساليب وأدوات السياسة النقدية التقليدية التي تتمثل في سعر إعادة الخصم ونسب الاحتياطي النقدي الإلزامي، علاوة على السقوف المباشرة على التوسع الائتماني في حالات معينة، إلى جانب الإجراءات الإدارية للتأثير على هيكل الائتمان المصرفي وكلفته، وذلك من خلال تحديد أسعار الفائدة على القروض والودائع، وإلزام المصارف بتوجيه جزء من محافظها المالية نحو استثمارات بعينها.

وقد يأخذ المصرف المركزي بالأسلوب غير المباشر في إدارة السياسة النقدية من خلال عمليات السوق المفتوحة. ويعمل المصرف المركزي للتأثير على أسعار الفائدة في السوق المصرفي بشكل غير مباشر من خلال تعديل أسعار الفائدة الرئيسية على أدوات سياسته النقدية . ومن الطبيعي أن تأتي أساليب وأدوات المصرف المركزي في الرقابة على المصارف متوافقة مع طبيعة عمل المصارف التجارية. ومعرفة هذه الأساليب ومدى توافقها مع طبيعة عمل المصارف الإسلامية يستدعي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: أساليب الرقابة المصرفية على الائتمان في النظام المصرفي التقليدي.

الثاني: أساليب الرقابة على التمويل في النظام المصرفي الإسلامي.

المطلب الأول

أساليب الرقابة المصرفية على الائتمان في النظام المصرفي التقليدي

أولاً: أساليب الرقابة الكمية على الائتمان

تهدف الرقابة الكمية للمصرف المركزي إلى التأثير بالزيادة والنقصان على الحجم الكلي للائتمان الذي تمنحه المصارف التجارية بصرف النظر عن أوجه استخدامه والمسارات أو القطاعات التي يوجه إليها. ويستطيع المصرف المركزي فرض رقابته المباشرة على حجم الائتمان الكلي وخلق النقود من خلال التأثير على كل من:

١- حجم الاحتياطيات النقدية المتوفرة لدى الجهاز المصرفي التي باستطاعته استعمالها في تمويل استثمارات جديدة (تقديم قروض أو شراء أوراق مالية)، سواء كانت هذه الاحتياطيات نقوداً عادية أو أرصده دائنة لدى المصرف المركزي.

٢- تحديد نسبة القروض إلى رأس المال، سواء بتحديد إجمالي حجم القروض الممنوحة بالنسبة لرأس المال، أو تحديد حجم القروض الممنوحة للشخص الواحد.

٣- تحديد حصص إعادة الخصم، بوضع حد أقصى لقيمة سندات الخزينة والأوراق التجارية التي يجوز لكل مصرف أن يخصصها لديه،

وكذلك وضع حد أقصى للقروض الممنوحة للمصارف خلال فترة معينة.^(١)

وهناك طرق غير مباشرة تهدف إلى التأثير على السيولة النقدية واتجاه أسعار الفوائد، وهي سعر إعادة الخصم، وسياسة السوق المفتوحة. ولتحقيق أهداف الرقابة بصفة عامة هناك ثلاثة أساليب رئيسة تستعملها المصارف المركزية وهي على النحو التالي:

١ - تعديل سعر إعادة الخصم Discounting Rate^(٢)

يعد سعر إعادة الخصم بمثابة سعر الفائدة الذي يتقاضاه المصرف المركزي من المصارف التجارية مقابل خصمه لما يقدم إليه من أوراق تجارية (كمبيالات) أو مالية، كأذون الخزانة أو السندات الحكومية أو أي أوراق أخرى. ويستطيع المصرف المركزي التحكم في موارد المصارف المتاحة للإقراض من خلال تعديل سعر الخصم.^(٣)

وتلجأ المصارف غالباً إلى خصم الأوراق التجارية والمالية (أي تحويلها إلى أرصدة نقدية سائلة) قبل موعد استحقاقها عندما تكون بحاجة إلى سيولة تغطي بها أوجه نشاطها الائتماني والاستثماري.

(١) - راجع: د. سعيد الشيباني، منح القروض والتسهيلات الائتمانية وما يتطلبه البنك من الوثائق الثبوتية ووثائق الضمان، البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم (رقم ٢)، ٢٠٠٤، ص ٣٦١.

(٢) - راجع: د. ناظم الشمري، النقود والمصارف، مرجع سابق، ص ١٩٤ وما بعدها، د. زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٣) - عادة ما تحسم المصارف أوراقاً أو سندات للمتعاملين معها وبدلاً من تجميدها لحين استحقاقها يمكن إعادة خصمها لدى المصرف المركزي للحصول على السيولة اللازمة. وفي الأحوال العادية يحتفظ المصرف بهذه الأوراق لحين استحقاقها كنوع من الاستثمار فيستفيد مبلغ الحسم كاملاً.

ويحصل المصرف المركزي سعر الخصم عند تقديمه قروض وسلف إلى المصارف بضمان مثل هذه الأوراق. وتسلك سياسة سعر الخصم الهادفة إلى التأثير على حجم الاحتياطي النقدي المتوفر لدى الجهاز المصرفي اتجاهين:

الأول: وضع شروط محددة يجب توفرها في الأوراق التي يقبل المصرف المركزي إعادة خصمها أو أن يقرض بضمانها.

الثاني: تعديل سعر الخصم الذي يؤدي إلى تعديل سعر الفائدة الذي تتقاضاه المصارف من المقترضين.

ويمكن للمصرف المركزي التحكم في الموارد المالية المتاحة للإقراض من خلال تعديل سعر الخصم، فإذا رغب في تقليل حجم الائتمان الممنوح من المصارف؛ يبادر إلى زيادة سعر الخصم، وهو ما يؤدي إلى إحجام المصارف عن الاقتراض منه، فترتفع تبعاً لذلك أسعار الفوائد على القروض التي تمنحها المصارف، وينخفض نتيجة لذلك الطلب على الاقتراض من المصارف، ويقل حجم الائتمان والعرض النقدي تبعاً لذلك.

وإذا أراد المصرف المركزي إحداث تأثير معاكس، يقوم بخفض سعر إعادة الخصم عند اتباع سياسة توسعية لمواجهة الكساد.

وتعديل سعر الخصم يعد بمثابة رسالة أو إشارة تفصح عن السياسة النقدية المستقبلية، فرفع أسعار الخصم مثلاً، يعني أن المصرف المركزي يزمع إتباع سياسة من شأنها أن تسفر عن انكماش في النقود المتداولة، وهذا من شأنه أن يدفع المصارف التجارية إلى الحد من استثماراتها (تقليص القروض) والاحتفاظ بمزيد من الموارد في صورة نقدية حتى لا تقع في ضائقة مالية يصعب مواجهتها في ظل السياسة الجديدة المتوقعة.

وسياسة سعر الخصم تستوجب وجود سوق نقدية يكون التعامل فيها نشطاً بالأوراق المالية وبقية أدوات الائتمان المصرفي قصيرة الأجل. ويلاحظ أن المصارف الإسلامية لا تخضع لسعر الخصم لكونه يقوم على أساس الفائدة.

٢ - عمليات السوق المفتوحة: (١) Open Market Operations

يأخذ البنك المركزي بالأسلوب غير المباشر في إدارة السياسة النقدية من خلال عمليات السوق المفتوحة، ويقصد بها دخول المصرف المركزي بائعاً أو مشترياً للأوراق المالية في السوق المالي والنقدي بهدف التأثير في عرض النقد بما يتلاءم والأحوال الاقتصادية.

ففي أوقات انخفاض مستوى النشاط الاقتصادي ومعاناة الدولة من حالة الركود والكساد، يدخل المصرف المركزي السوق المالية مشترياً للأوراق المالية بهدف مكافحة الكساد، ويترتب على ذلك زيادة في عرض النقد وزيادة الأرصدة النقدية لدى المصارف التجارية والأفراد، ذلك أن المصرف المركزي بدفعه ثمن الأوراق المالية للبائعين نقداً أو بشيكات مصرفية، تزيد مقدرة المصارف على منح الائتمان، يضاف إلى ذلك أن زيادة كمية النقود المتاحة لدى المجتمع تؤدي إلى زيادة الطلب على السلع والخدمات، وهو ما يؤدي إلى زيادة التشغيل والإنتاج.

وعلى العكس من ذلك، إذا ما سادت البلاد حاله من التضخم وارتفاع الأسعار في الاقتصاد القومي بسبب زيادة العرض النقدي دون أن يقابل هذه الزيادة زيادة مماثلة في المعروض من السلع والخدمات، فإن المصرف المركزي يدخل سوق الأوراق المالية بائعاً للأوراق المالية الحكومية، مما

(١) - راجع: د. ناظم الشمري، النقود والمصارف، مرجع سابق، ص ١٩٦، د. منير هندي، إدارة البنوك، مرجع سابق، ص ٨٢.

يترتب عليه انخفاض في عرض النقد نتيجة لسحب النقود من المصارف التجارية التي تدفعها كئمن لهذه الأوراق، مما يقلل من قدرتها على منح الائتمان.^(١)

وتؤثر سياسة السوق المفتوحة على أسعار فائدة السندات التي يبيعها المصرف المركزي أو يشتريها من السوق المالي، وهذا التأثير يرتبط بعنصر التوقعات في الاستثمار لهذا النوع من الأوراق المالية.

ويعتمد نجاح هذه السياسة على وجود سوق مالية تتداول فيها الأوراق المالية بيعاً وشراءً، ولا وجود لهذه السوق في الجمهورية اليمنية إلا في إطار ضيق متمثل في قيام المصرف المركزي ببيع أذون الخزانة العامة داخل المصرف، كما يتم تداول أسهم الشركات المساهمة والمصارف بيعاً وشراءً

(١) - أذون الخزانة: أوراق دين حكومية قصيرة الأجل تاريخ استحقاقها لا يتجاوز السنة. وسندات الخزينة: أوراق دين حكومية متوسطة وطويلة الأجل مدة استحقاقها أطول من سنة ولا تتجاوز (٣٠ سنة). راجع: المادة (١) من التعليمات التنفيذية للمرسوم التشريعي السوري للأوراق المالية الحكومية رقم (٦٠) تاريخ ١/١٠/٢٠٠٧، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، ج ١، العدد (١٧) لعام ٢٠٠٨. وأذون الخزانة أداة اقتراض قصير الأجل من قبل الحكومة تطرح في سوق الأوراق المالية للاكتتاب أو لتقديم المعطآت من قبل المؤسسات المختلفة المزايدة. وتعد من أقل مجالات الاستثمار تحقيقاً للربح لأن معدل فائدتها منخفض جداً، وتتمتع بدرجة عالية من السيولة، حيث يمكن خصمها في أي وقت لدى المصرف المركزي. أما سندات الحكومة فتصدرها الدولة وتطرحها للاكتتاب العام وغالباً ما تفضلها المصارف على غيرها من أوجه الاستثمار بسبب ما تدره من دخل ثابت ومعقول في مقداره. راجع: د. محمد سويلم، إدارة المصارف، مرجع سابق، ص ٢٨٨. وهذه الأذون تطرح للبيع عن طريق البنك المركزي ويتم اللجوء إليها لأغراض مالية أو اقتصادية أو نقدية ولمواجهة العجز المؤقت في الموازنة السنوية ويتم تداولها عن طريق بيعها بخصم معين أو عن طريق منح فوائد سنوية تمثلها فئات (كوبونات) ملحقة.

بالتنازل المباشر من قبل المالك لصالح المشتري وفق صيغ محددة داخل المؤسسات المصدرة لتلك الأوراق، ولا يوجد لها سوق تتداول فيها.^(١) ويلاحظ أن المصارف الإسلامية لا تتعامل بالسندات وأذون الخزينة (أدوات الدين العام) ولكنها تتعامل بأدوات مالية إسلامية (صكوك إسلامية) يمكن أن تحقق الغرض نفسه.^(٢)

٣- تعديل نسبة الاحتياطي النقدي القانوني ومعامل السيولة

تتأثر قدرة المصارف التجارية في منحها للائتمان بنسبة الاحتياطي النقدي القانوني الذي يفرضه المصرف المركزي عليها، وذلك باستقطاع نسبة من إجمالي ودائعها وحفظها لدى المصرف المركزي في صورة سائلة. إضافة إلى نسبة ما تحتفظ به المصارف من جملة الودائع في شكل سيولة نقدية داخلية، فضلاً عن نسبة ما تحتفظ به من الأصول السائلة إلى الودائع

(١) - ويقوم البنك المركزي باستخدام شهادات الإيداع كأداة لامتناس السيولة الزائدة في الاقتصاد، وبالتالي منعها من التأثير على مستوى الأسعار بشكل عام من جهة، وعلى سعر الصرف من جهة أخرى. ويلجأ البنك المركزي إلى استحداث شهادات الإيداع في ظل عدم كفاية إصدارات أدوات الدين العام الحكومي والتي ترتبط مباشرة بتمويل عجز الموازنة العامة من جهة، وضعف السوق الثانوي لتلك الأدوات من جهة ثانية، وفي المقابل تساعد عمليات إعادة شراء شهادات الإيداع لأجل قصير في ضخ السيولة إلى الاقتصاد الوطني عند اللزوم، فضلاً عن دورها في تسهيل مهمة المصارف في إدارة محافظها المالية في الأجل القصير. راجع: د. أمية طوقان، دور البنوك المركزية في إرساء السياسة النقدية، مؤتمر مستجدات العمل المصرفي في سورية في ضوء التجارب العربية والعالمية، ٢-٣ تموز ٢٠٠٥، ص ٦ وما بعدها.

(٢) - فالأوراق المالية الحكومية هي أذون وسندات الخزينة والأدوات المالية الإسلامية الصادرة عن وزارة المالية والتي تسجل قيمتها باسم المالك في سجل الأوراق المالية. والأدوات المالية الإسلامية هي أدوات تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية تصدر باسم المالك بقصد التمويل وتكون قابلة للتداول. راجع المادة (١) من التعليمات التنفيذية للمرسوم التشريعي السوري للأوراق المالية الحكومية، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، ج ١، العدد (١٧) لعام ٢٠٠٨.

والالتزامات الأخرى^(١)، وتعد هذه الأصول خط الدفاع الثاني للمصرف لتمتعها بسيولة كاملة، أي أكثر الأصول قدرة على التحول إلى نقود دون خسائر، وتستخدم لمواجهة طلبات الدفع بالنقود القانونية من قبل المودعين. ولمّا كان القصد من تجنب الاحتياطي الفائض هو توفير السيولة، فإنه يمكن للمصرف أن يستخدم إلى جانب رأسماله جزءاً من فوائضه النقدية في شراء أصول أخرى تشمل الأوراق المالية ذات الأجل القصير، مثل أذون الخزانة، والسندات الإذنية، لإمكانية التصرف فيها بإعادة خصمها عند الحاجة وتحويلها إلى نقود قانونية بسرعة ودون تحمل مخاطر في حال زادت حركة المسحوبات من قبل المودعين عن المعدل المتوقع، و بالتالي فإن حجم الائتمان الذي تمنحه المصارف يتأثر بمقدار ما تقتنيه من هذه الأموال.

وتتناسب السيولة والائتمان تناسباً عكسياً، فإذا كان هدف المصرف المركزي تقليل حجم الائتمان الذي تمنحه المصارف، يعتمد إلى رفع نسبة السيولة القانونية التي يتوجب على المصارف الاحتفاظ بها، وإذا كان يهدف إلى زيادة حجم الائتمان الذي تمنحه المصارف، يعتمد إلى تخفيض هذه النسبة، مما يتيح للمصارف إمكانية التوسع في الإقراض.^(٢)

(١) - الأصول السائلة عادة هي: المسكوكات وأوراق النقد، الأرصدة لدى المصرف المركزي، صافي الأرصدة لدى المصارف، السندات الحكومية قصيرة الأجل، والسندات المالية الأجنبية القابلة للتداول في الأسواق المالية العالمية والتي تستحق قيمتها في مدة قصيرة الأجل، أية موجودات أخرى يحدّها المصرف المركزي موجودات سائلة، كالكمبيالات التجارية والصكوك الحكومية وغيرها.

(٢) - د. إسماعيل إبراهيم الطراد، علاقة المصارف الإسلامية في الأردن بالبنك المركزي الأردني، بحث قدم إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، الذي نظّمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى - مكة المكرمة خلال شهر محرم ١٤٢٤ هـ، ص ٨.

ورفع نسبة الاحتياطي يعني زيادة الجزء المجدد من الودائع التي تأخذ صورة نقود قانونية، وهذا الجزء المجدد لا يستطيع المصرف استخدامه لمنح قروض ومن ثم خلق ودائع. ويلجأ المصرف المركزي عادة إلى زيادة نسبة الاحتياطي النقدي القانوني عند مكافحة أو ظهور الأعراض التضخمية، وعلى العكس من ذلك، يعتمد إلى تخفيض هذه النسبة لمواجهة الركود والكساد الاقتصادي بهدف تشجيع المصارف التجارية على منح الائتمان، وتزيد بالتالي قدرتها على خلق النقود، وتساهم في زيادة العرض النقدي.

ثانياً: أساليب الرقابة النوعية على الائتمان:^(١)

يقصد بالرقابة النوعية (الكيفية): التأثير على أوجه استخدام الائتمان المصرفي بصرف النظر عن كميته أو حجمه. ولهذه الرقابة أساليب عدة تشترك جميعها في التأثير على حجم وكمية الائتمان وعلى وجوه استخدامه والتوسع فيه في أنشطة اقتصادية معينة أو تقييد استخدامه في أنشطة أخرى. ويمكن بيان هذه الأساليب على النحو التالي:

أ- الأسلوب الانتقائي: بمقتضاه يتم تحديد أسعار الفائدة على القروض بشكل مختلف من قطاع اقتصادي لآخر، والهدف من ذلك تقليص حجم القروض الموجهة لبعض القطاعات وخاصة القطاعات غير الإنتاجية أو السلعية، وبالمقابل تنشيط القطاعات الإنتاجية عن طريق القروض المقدمة لها بكلفة أقل. ويمكن للمصرف المركزي حظر الاستثمار في بعض المجالات. أو عدم السماح بمزاولة بعض النشاطات.

(١) - راجع: د. سعيد الشيباني، منح القروض والتسهيلات الائتمانية، مرجع سابق، ص ٣٦٢، د. زياد رمضان، النقود والمصارف، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

ب- أسلوب سقوف التسليف: بمقتضاه يقوم المصرف المركزي بوضع حد أقصى (سقف) لبعض أنواع القروض المسموح للمصارف التجارية أن تقدمها لبعض القطاعات، حيث لا تزيد عما وصلت إليه في تاريخ معين. وهو أسلوب مرن يمكن أن يزيد أو ينقص حسب ما تهدف إليه السياسة النقدية.

ج- أسلوب سقوف إعادة الخصم: يتبلور مفهومه في التأثير على سيولة المصارف وإجبارها في حال تجاوزها حد التسليف المسموح به أن تتحمل أسعار خصم جزائية ذات حدين: مرتفع ومرتفع أكثر.

د- تحديد شروط تسهيلات المصرف المركزي: حيث يقوم المصرف المركزي بإجبار المصارف على شراء سندات الخزنة العامة بنسبة معينة من الودائع. فإذا زادت سيولة المصارف ألزمها بشراء سندات أكثر، وإذا انخفضت السيولة عن الحد المسموح به، يقوم المصرف المركزي بتخفيض نسبة السيولة الموجهة إلى شراء سندات الخزنة أو أذون الخزنة، أو اشتراط الحصول على تصديق المصرف المركزي على القروض التي تتجاوز حداً معيناً بحيث يتمكن المصرف المركزي من منح مصادقته على القروض التي يرغب في تنفيذها وحجب هذا التصديق على القروض غير المستحبة.

هـ- يقوم المصرف المركزي بوضع حدود لسعر الفائدة على الودائع، لا يجوز للمصارف تجاوزه، ومثل هذا الإجراء يرتبط بطبيعة الوضع الاقتصادي للبلد، فيتم وضع حد منخفض لسعر الفائدة على الودائع في حالة الكساد ومرتفع في حالة التضخم.

المطلب الثاني

أساليب الرقابة النقدية والتمويلية في النظام المصرفي الإسلامي

(تجربة السودان)

يعمل القطاع المصرفي السوداني بأكمله وفق النظام الإسلامي بما في ذلك البنك المركزي، وفي ظل غياب بدائل لآليات السياسة النقدية غير المباشرة القائمة على سعر الفائدة، اعتمد المصرف المركزي لتنفيذ السياسة النقدية وإدارة السيولة على الآليات المباشرة والمتمثلة في سعر إعادة الخصم ونسب الاحتياطي النقدي الإلزامي، علاوة على الإقناع الأدبي وإصدار التوجيهات المباشرة للمصارف لكيفية توظيف التمويل بالطريقة التي تساعد على تحقيق الأهداف الكمية، ومن أهم هذه الموجهات السقوف الفردية لكل مصرف والسقوف القطاعية وفق تقسيم الاقتصاد إلى قطاعات ذات أولوية (كالزراعة والصادر مثلاً) وقطاعات غير ذات أولوية (التجارة المحلية)، ونشاطات محظورة تمويلها (تجارة العملة والعقار بغرض التجارة).

ولتحقيق أهداف السياسة النقدية، تدار السيولة في الاقتصاد بطريقة متوازنة تلبي احتياجات النشاط الاقتصادي بالتركيز على أدوات السياسة النقدية غير المباشرة للنظام المصرفي، وذلك على النحو التالي:

السياسة النقدية والتمويلية للنظام المصرفي:

أولاً: ضبط وتنظيم السيولة: وفقاً لمنشور سياسات بنك السودان المركزي يتم ضبط وتنظيم السيولة على النحو الآتي: ^(١)

(١) - انظر: منشور سياسات بنك السودان المركزي، صادر عن محافظ البنك المركزي في أول يناير لعام ٢٠٠٩.

١ - الاحتياطي النقدي والقانوني

أوجب بنك السودان المركزي على المصارف الإسلامية الاحتفاظ بأرصدة نقدية لديه في شكل احتياطي نقدي قانوني بنسبة (٨%) بالعملية المحلية من إجمالي الودائع وبنسبة (٨%) من جملة الودائع بالعملية الأجنبية. وهذه الودائع تشمل (الجارية، والادخارية، والودائع الأخرى) كما يعكسها تقرير الموقف الأسبوعي للودائع والتمويل بالمصرف، عدا الودائع الاستثمارية وما في حكمها، ويجوز تجزئة النسب بحيث تكون ٦% نقداً، و ٢% المتبقية في شكل شهادات إجارة البنك المركزي(شهاب).^(١)

فمن الوسائل التي يلجأ إليها بنك السودان كآلية للسياسة النقدية وإدارة السيولة، إجراء تعديلات من وقت لآخر في نسبة الاحتياطي النقدي القانوني بغرض التأثير على مقدرة المصارف في توفير التمويل.

٢ - السيولة الداخلية:

أ- على المصارف الاحتفاظ بنسبة (١٠%) كمؤشر من جملة الودائع الخارجية وما في حكمها في شكل سيولة نقدية داخلية، وذلك لمقابلة طلبات السحب اليومية من العملاء الناتجة عن تسوية المعاملات.

(١) - استناداً إلى المادة (٣٧) من قانون بنك السودان المركزي لسنة ٢٠٠٣ معدلًا حتى ٢٠٠٦.

١- يجوز للبنك أن يطلب من المصارف أن تحتفظ باحتياطي في صورة ودائع لدى البنك أو في أي صورة أخرى يحددها، على أن يكون الاحتياطي بنسبة معينة إلى خصوم تلك المصارف سواء كانت التزامات عند الطلب أو التزامات لأجل. ٢- يجب أن تخطر المصارف في وقت مبكر قبل أن يوجه إليها أول طلب بموجب أحكام البند (١) أو أن تعطى فترة كافية لتوفيق أوضاعها مع الطلب ٣-يجوز للبنك أن يعدل من وقت لآخر نسبة الاحتياطي اللازمة وأن يحدد نسباً مختلفة للالتزامات عند الطلب والالتزامات لأجل..)

ب- يجوز للمصارف الاحتفاظ بأصول سائلة في شكل صكوك إجارة البنك المركزي (شهاب)، وشهادات مشاركة الحكومة (شهامه) والصكوك الحكومية الأخرى وصكوك المؤسسات غير الحكومية المتداولة في البورصة بنسبة ٢٠% كمتوسط من محفظة التمويل.^(١)

وهذه الشهادات تتوافق مع الأسس الشرعية وتصلح كآلية لإدارة السيولة عن طريق تداولها في عمليات أشبه بعمليات السوق المفتوحة.

• **شهادات مشاركة البنك المركزي (شمم):** عبارة عن سندات يصدرها بنك السودان مقابل مساهماته ومساهمات وزارة المالية والاقتصاد الوطني في رؤوس أموال بعض المصارف التجارية. أي أنها تمثل أنصبه محددة في صندوق خاص يحتوى على الأصول المملوكة لبنك السودان ووزارة المالية في القطاع المصرفي. وهذه الشهادات اسمية ذات قيمة واحدة، وليس لها أجل استحقاق محدد، وقابلة للتداول. وحامل هذه الشهادة لا يعني أنه مالك لأسهم تلك الجهات ولكنه يشارك في الأرباح

(١) - وقد نصت المادة (٢٨) من قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني (١) على أنه (١- يجب على كل مصرف أن يحتفظ في شكل أصول سائلة حسبما هو مبين في البند (٢) أدناه بمبلغ لا يقل في نهاية أي يوم عن نسبة مئوية من التزاماته حسبما يحدده المحافظ من وقت لآخر. ٢- لأغراض هذه المادة "الأصول السائلة" تشمل كل أو أيًا مما يأتي: أ. العملة الورقية أو المعدنية المبرئة للذمة في السودان، وكذلك العملات الأجنبية. ب. صافي الأرصدة المودعة لدى البنك بما في ذلك الاحتياطي المطلوب الاحتفاظ به بموجب أحكام المادة (٢٨) (١) من قانون بنك السودان. ج. صافي الأرصدة المودعة لدى مصارف أخرى في السودان والقابلة للسحب عند الطلب. د. صافي الأرصدة المودعة لدى مصارف في الخارج والقابلة للسحب عند الطلب في الخارج والشيكات المصرفية والسياحية، على أن تكون تلك الأرصدة والمبالغ القابلة للدفع عند الطلب مقومة بعملات قابلة للتحويل. ولا يجوز أن تكون تلك الأرصدة أو النقود أكثر من نسبة معينة من الأصول السائلة التي يجب الاحتفاظ بها طبقاً لأحكام هذه المادة وذلك بالقدر الذي يقرره المحافظ من وقت لآخر. هـ. صكوك وشهادات التمويل)).

والخسائر التي تتحقق لبنك السودان ووزارة المالية من الاستثمار في مجموعة كبيرة من المصارف. وليس لحامل الشهادة أرباح نقدية بل يحق له الحصول على أرباح عند بيعها، ويحق له بيعها مباشرة لبنك السودان في أي وقت يشاء، ولذلك تعتبر من الأصول السائلة. وتستخدم هذه الشهادات كآلية للتحكم في إدارة السيولة، فإذا أراد بنك السودان تخفيض السيولة لدى المصارف التجارية، فإنه يقوم بإصدار شهادات تطرح للبيع بالقدر الذي يمتص السيولة الزائدة. ويتم طرحها للبيع في شكل عطاء للمصارف لتقديم عروضها بعدد الشهادات التي تود شراءها وكذلك الأسعار التي ترغب في تقديمها. ويكون لسعر الشهادة الذي يعرضه البنك دوراً هاماً في تنفيذ عمليات البيع والشراء. وإذا رأى بنك السودان أن النشاط الاقتصادي في حاجة إلى سيولة، عرض شراء هذه الشهادات من مالكيها. ويمكن لأحد البنوك بيع الشهادات إلى بنك آخر كما يحق له بيعها لبنك السودان دون الدخول في عطاء ويتم تداولها بين المصارف بأسعار يتفق عليها.^(١)

- **شهادات (شهادة):** سندات لها قيمة اسمية ثابتة قائمة على أصول حقيقية يتم إصدارها لأجل محدد مقابل حقوق ملكية الدولة في عدد من المؤسسات، وتعد وسيلة لتمويل عجز الموازنة تستطيع من خلالها الحكومة الحصول على موارد حقيقية من الجمهور بدلاً من اللجوء للاستدانة من القطاع المصرفي، وتستخدم كآلية لإدارة السيولة في عمليات السوق المفتوحة، وتعدّ وسيلة لتجميع المدخرات القومية وتشجع

(١) - راجع: د. صابر محمد حسن، تجربة بنك السودان في مجال السياسة النقدية، دراسة قدمت إلى الاجتماع السنوي الخامس والعشرين لمجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية، الذي عقد في أبو ظبي سبتمبر ٢٠٠١، صندوق النقد العربي، أبو ظبي، ٢٠٠٤، ص ٤١.

المؤسسات والأفراد على استثمار فوائضهم وتساعد في تطوير سوق النقد. ولها عائد مرتفع يمثل الأرباح التشغيلية والرأسمالية للمؤسسات المكونة للصندوق. وهي سهلة التسييل ولكن درجة سيولتها أقل لأن بنك السودان ليس ملزم بإعادة شرائها عند الطلب، ولها سوق ثانوية متطورة، وتسجل بأسماء من يحملها في سجل خاص، وقابلة للتحويل ويتم تداولها في سوق الخرطوم للأوراق المالية.^(١)

(١) - المرجع السابق، ص ٤٣. ومن هذه الشهادات صكوك التأجير الإسلامية: يتم إصدارها على صيغة الإجارة أو المشاركة في الإنتاج وتمثل حصة في أصول حكومية تصدرها حكومة السودان ممثلة في وزارة المالية والاقتصاد الوطني. وهذه الصكوك تهدف بصفة عامة إلى تحقيق ما يلي: ١. إدارة السيولة في الاقتصاد الكلي عبر عمليات السوق المفتوحة. ٢. تغطية جزء من العجز في الموازنة العامة. ٣. تجميع المدخرات القومية وتشجيع الاستثمار. ٤. إيجاد مجالات جديدة للاستثمار بتفعيل الأصول الثابتة التي تملكها الدولة. ويتم إصدار هذه الصكوك وفق الموجهات التالية: أ. تقوم الحكومة بطرح نسبة معينة من ملكيتها في بعض الأصول (٣٠% مثلاً) لصالح محفظة الصكوك الإسلامية التي تديرها إدارة الصكوك الحكومية بوزارة المالية والاقتصاد الوطني، حيث تقوم ببيع هذه النسبة للمحفظة التي ستشأ لهذا الغرض. ب. تقوم محفظة الصكوك بإصدار صكوك بقيمة هذه الأصول وتطرح على المستثمرين من الأفراد والشركات ذات الشخصية الاعتبارية المختلفة في الداخل والخارج. ج. تقوم وزارة المالية (أو أي طرف ثالث) باستئجار الأصل من المالكين الجدد (حملة الصكوك) بعائد تأجيري وبموجب عقد إجارة منتهية بالتمليك. وفي نهاية الاستحقاق يسترد المستثمر أصل الصك فقط، بينما يمثل الإيجار العائد (الربح) على هذه الصكوك. د. في حالة رغبة المستثمرين في بيع هذه الصكوك تمنح الحكومة أولوية الشراء، حيث يلتزم كافة المستثمرين بعرضها على الحكومة لشرائها بسعر السوق، وفي حالة عدم رغبة الحكومة في الشراء، يمكن عرضها على جهات أخرى. هـ. تصدر هذه الصكوك لمدة عام من تاريخ الإصدار وتلتزم الحكومة التزاماً غير مشروط بإعادة شراء الجزء المباع من أصولها عند تاريخ استحقاق الصكوك، وتلتزم كذلك باستمرارية استئجارها لتلك الأصول طيلة فترة الإصدار المحددة للصك. راجع: د. صابر محمد حسن، السابق، ص ٥٣.

٣- نوافذ التمويل من البنك المركزي

أ- يجوز لبنك السودان المركزي توفير الدعم المالي للمصارف التي تواجه صعوبات سيولة مؤقتة عن طريق شراء الأوراق المالية (الصكوك) وفق ما يحدده البنك المركزي.

ب- يجوز للبنك المركزي تقديم التمويل للمصارف لسدّ الفجوات الموسمية في التمويل.^(١)

٤- سوق ما بين المصارف:

أ- يجوز لأي مجموعة من المصارف تكوين محافظ لتمويل الأنشطة الاقتصادية خاصة القطاعات الإنتاجية مع إخطار البنك المركزي قبل بدء التنفيذ.

ب- يشجع بنك السودان على حفظ الودائع والتمويل بالعملة المحلية والأجنبية، وبيع وشراء الأوراق المالية والتعامل بالنقد الأجنبي فيما بين المصارف.

ثانياً: استخدامات الموارد:

١- أ- يجوز للمصارف استخدام مواردها لتمويل كل القطاعات والأنشطة خاصة القطاع الزراعي عدا القطاعات المحظور تمويلها بموجب هذا المنشور.

(١)- وفيما يتعلق بإدارة السيولة نصت المادة(٣٤) من قانون بنك السودان المركزي) على أنه ((يجوز للبنك أن يفتح حسابات للمصارف ومؤسسات التمويل الأخرى التي تعمل في جمهورية السودان كما له أن يقبل منها الودائع)). ونصت المادة(٣٥) من القانون ذاته)على أنه ((يجوز للبنك أن: أ. يصدر ويشترى ويبيع صكوك التمويل بأنواعها لغرض إدارة السيولة وتنظيمها. ب- يمول أو يضمن عند الحاجة المصارف بالصيغ الشرعية أو التقليدية المناسبة مقابل الضمانات والشروط التي يحددها في كل حالة)).

- ب- يجوز للمصارف توجيه نسبة ٥٠% كمؤشر من نسبة الودائع الاستثمارية إلى إجمالي الودائع للتمويل متوسط الأجل (أكثر من عام).
- ٢- تكلفة التمويل: يكون هامش التمويل بالمربحة في حدود (٩%) في العام للعمليات التمويلية بالعملة المحلية والأجنبية.^(١)

(١) - وبخصوص منح التمويل المصرفي، نصت المادة (٢٤) من قانون تنظيم العمل المصرفي (السوداني) على أنه ((لا يجوز لأي مصرف أن يمنح تمويلاً أو يقدم كفالة أو ضمانات أو أن يتحمل أي التزام مالي لصالح شخص بمبالغ تجاوز في مجموعها النسبة التي يحددها البنك من رأس مال المصرف المدفوع واحتياطياته)). وبخصوص الحد من التمويل المصرفي، نصت المادة (٣٨) من قانون بنك السودان المركزي على أنه ((١- يجوز للمحافظ متى ما رأى ذلك ضرورياً أن: أ- يطلب من المصارف أن تقدم للموافقة جميع الطلبات المقدمة لها للحصول على تمويل يزيد عن المقدار المحدد من وقت لآخر وذلك بالموافقة على تلك الطلبات. ب- يقرر الحد الأقصى لتمويل العمليات الاستثمارية الممنوحة من كل مصرف وذلك لأوجه النشاط المختلفة التي تستعمل فيها. ج- يقرر الحد الأقصى للقيمة الإجمالية لتمويل العمليات الاستثمارية التي يمنحها أي من المصارف والمستحقة الدفع في أي وقت...)). ووفقاً للمادة (٤١) من قانون تنظيم العمل المصرفي ((١- يجوز للمحافظ متى ما رأى ذلك مناسباً أن: أ- يمنع أي شخص بصفة عامة أو أي مصرف على وجه الخصوص من الدخول في عملية أو عمليات مصرفية معينة. ب- يأمر بعدم التصديق بالتمويل أو القروض فوق مبلغ معين بدون إذن مسبق منه. ج- يقرر حداً أقصى أو أدنى لحجم التمويل الممنوح لأنواع التمويل المختلفة. د- يقرر حداً أقصى للقيمة الإجمالية للتمويل والقروض التي تمنح من وقت لآخر. هـ- يصدر توجيهاته للمصارف عامة في ما يتعلق بالآتي: أولاً: الغرض الذي من أجله يمنح التمويل والأغراض التي لا يجوز منح التمويل لها. ثانياً: الهامش الذي يجب الاحتفاظ به فيما يتعلق بالضمانات المختلفة مقابل التمويل الممنوح. ثالثاً: الحد الأقصى لمبلغ التمويل الذي يمكن منحه لأي شركة أو شراكة أو مجموعة أشخاص أو فرد. رابعاً: الحد الأقصى للضمانات والتعهدات التي يمكن أن تعطى نيابة عن أية شركة أو شراكة أو مجموعة أشخاص أو فرد خامساً: هامش الربح والشروط التي يجوز بموجبها منح التمويل أو الضمانات أو التعهدات. سادساً: أي مسائل أخرى يرى أنها لازمة أو مناسبة. ٢- يجوز للمحافظ حظر التعامل المصرفي كلياً أو جزئياً مع أي شخص أي كان صفته في أي أو كل المصارف والمؤسسات المالية ولا يجوز للشخص

٣- صيغ التمويل الإسلامي:

صيغة المراجعة:

١- ألا يتجاوز التمويل الممنوح بصيغة المراجعة نسبة ٢٠% من حجم التمويل الكلي للمصرف في أي وقت.

٢- أن يتم التمويل بالمراجعة وفقاً للضوابط الصادرة عن البنك المركزي، وتعتبر المراجعة صورية إذا لم يتم التقيد بتلك الضوابط.

٣- يجب على المصرف عند توقيع عقد بيع المراجعة تحصيل ١٠% كقسط أول بالنسبة لمدخلات الإنتاج الزراعي والصناعي والأدوية وتحصيل ٢٥% كقسط أول للقطاعات الأخرى.

المشاركة: يترك لكل مصرف تحديد نسب المشاركات وهوامش الإدارة مع مراعاة ضوابط وأسس التمويل المصرفي.

المضاربة: يترك لكل مصرف تحديد نسبة نصيب المضارب في الربح في حالة منح التمويل بصيغة المضاربة المقيدة. ولا يجوز منح أي تمويل بصيغة المضاربة المطلقة. ويشجع بنك السودان المصارف على استعمال صيغ التمويل الأخرى.

ومن الوسائل التي لجأ إليها بنك السودان كآلية غير مباشرة للسياسة النقدية وإدارة السيولة، التغيير في هوامش المراجعة ونصيب العميل في عقود المشاركة وهوامش الإدارة في عقود المضاربة.^(١)

المحظور إدارة حساب أو عمليات مصرفية نيابة عن الغير، على أنه يجوز للمحافظ أن يرفع الحظر متى ما زالت أسبابه بالشروط التي يراها مناسبة)).

(١) - وقد نصت المادة (٣٦ من قانون بنك السودان المركزي) على أنه ((يجوز للبنك أن يحدد ويعلن للمصارف والجهات غير المصرفية المعتمدة منه من وقت لآخر نسبة الربح وقسمته في المعاملات والصيغ المختلفة، ونسبة مساهمة الشريك في رأس مال المشاركات وكل ما يضبط

فالتنفيذ سياسة نقدية توسعية مثلاً، يتم تخفيض هوامش المربحة ومساهمة العميل في عقود المشاركة. والعكس صحيح لتنفيذ سياسة انكماشية. وتستعمل هوامش المربحة كمؤشر للبنوك برغبة وتوجه البنك المركزي فيما يختص بتكلفة التمويل ومعدلات العائد على الاستثمار في الاقتصاد، وكرسالة للقطاع المصرفي عن الرغبة في زيادة أو تخفيض تكلفة التمويل المصرفي.

٤- يحظر التمويل للأغراض التالية:

- ١- أ- شراء العملات الأجنبية.
 - ب- شراء الأسهم والأوراق المالية.
 - ج- سداد عمليات تمويلية قائمة أو متعثرة.
 - د- شركات صرافة النقد الأجنبي ومكاتب الخدمات المالية.
- ٢ - يحظر تمويل الجهات الآتية تمويلاً مباشراً إلا بموافقة البنك المركزي مسبقاً:
- أ- الحكومة المركزية والمحليات.
 - ب- الشركات والمؤسسات والهيئات العامة التي تملك الدولة أسهماً فيها بنسبة ٢٠% أو أكثر.

ويخدم المصلحة العامة في هذا الشأن)). كما أن المادة (٢٧ من قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني) نصت على أنه ((١- يجوز للبنك تحديد هوامش الأرباح والعمولات والرسوم وكيفية احتساب وتوزيع الأرباح. ٢- بالرغم من أحكام البند(١) يجوز للبنك إذا اقتنع أن هنالك سبباً معقولاً أن يحدد لأي مصرف هامش ربح أو عمولة أو رسم خاص به)).

الفرع الثاني

الإطار القانوني للرقابة المصرفية على الائتمان والتمويل

يهدف حماية أموال المودعين والحد من رغبة المصارف في تحقيق أكبر قدر من الأرباح دون مراعاة السيولة الواجب على المصارف الاحتفاظ بها لمقابلة احتمال طلبات المودعين ومواجهة التزاماتهم الأخرى في مواعيد استحقاقها، وتعزيزاً لدور الرقابة المصرفية على المصارف في التحكم بقدرتها على خلق الودائع؛ تستلزم القوانين المصرفية الالتزام بعدة ضوابط يتمكن من خلالها المصرف المركزي من التحكم بالتمويل الممنوح من قبل المصارف وتوجيهه إلى القطاعات الاقتصادية المختلفة وفقاً للسياسة النقدية والتمويلية التي تتطلبها الأوضاع الاقتصادية، ولبيان ذلك من الناحية القانونية، يمكن تقسيم هذا الفرع إلى مبحثين:

الأول: الرقابة على الائتمان والتمويل في ظل القانونين السوري واليمني.

الثاني: الضوابط النظامية لممارسة النشاط التمويلي.

المبحث الأول

الرقابة على الائتمان والتمويل في القانون اليمني والقانون السوري

سنحاول في هذا المبحث إلقاء الضوء على أساليب الرقابة الكمية والنوعية على الائتمان والتمويل في إطار علاقة المصرف المركزي بالمصارف وذلك بالقدر اللازم لمعرفة أوجه التفرقة بين المصارف التجارية والمصارف الإسلامية. ونظراً لتشابه التشريعات المصرفية في هذا الجانب، سنحاول شرح النصوص المتعلقة بالموضوع في القانون اليمني إلى جانب ما ببناءه في الإطار الاقتصادي النظري، ثم نستعرض الإطار القانوني لجوانب الرقابة في القانون السوري وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

- الأول: الإطار القانوني للرقابة على الائتمان والتمويل في القانون اليمني.
- الثاني: الإطار القانوني للرقابة على الائتمان والتمويل في القانون السوري.

المطلب الأول

الإطار القانوني للرقابة على الائتمان والتمويل في القانون

اليمني

أولاً: تحديد نسب الاحتياطات القانونية على الودائع ونسب الأصول
السائلة

تعزيزاً لدور الرقابة المصرفية في التحكم بحجم الائتمان الذي تقدمه المصارف، وإدارة السيولة، وحماية أموال المصارف والمودعين؛ تستلزم القوانين المصرفية أن يحتفظ المصرف برصيد احتياطي بشكل أوراق نقدية أو عملة معدنية تحتفظ بها المصارف في خزائنها، إضافة إلى حد أدنى كنسبة من إجمالي الودائع يعهد بها إلى المصرف المركزي كاحتياطي قانوني، فضلاً عما تحتفظ به المصارف من أصول سائلة إلى الودائع والالتزامات الأخرى.

وتطبيقاً لما تقدم نصت المادة (٤١) من قانون البنك المركزي اليمني على أنه ((١- مع الأخذ بالاعتبار أحكام هذه المادة وأحكام قانون المصارف الإسلامية وآلية عملها فإنه يحق للبنك أن يطلب من وقت لآخر من البنوك المحافظة على حد أدنى من الاحتياطات مقابل الودائع والالتزامات المشابهة الأخرى التي يحددها البنك لهذا الغرض وتكون هذه الاحتياطات بشكل ودائع قابلة للدفع عند الطلب في حساب جاري مع البنك

وبشكل أوراق نقدية أو عملة معدنية تحتفظ بها البنوك وبالنسب التي يحددها البنك.^(١)

٢- للبنك أن يحدد نسباً مختلفة لمختلف أنواع الالتزامات ويحدد الطرق التي تستعمل لتقدير مبلغ الاحتياطيات وتطبق تلك النسب والطرق على نمط واحد لجميع البنوك كما يحق للبنك إذا رأى ذلك ضرورياً تحديد نسبة احتياطي حدية تصل إلى مئة في المئة من أي زيادة في أي نوع من الودائع أو الالتزامات الأخرى اعتباراً من التاريخ الذي يحدده البنك على أن يتم استثمار أموال احتياطيات البنوك الإسلامية طبقاً لقانونها وآليات عملها وبموافقة لجنة شرعية يعتمدها البنك المركزي.^(٢)

(١)- قارن المادة (٤٢) من قانون البنك المركزي الأردني) التي حددت الاحتياطي بنسبة أو نسب معينة من ودائعها المختلفة على أن لا تقل عن ٥% ولا تزيد عن ٣٥% منها. وللبنك المركزي أن يودع الاحتياطي النقدي الإلزامي في حساب جار أو على شكل وديعة إشعار أو لأجل ولا يجوز السحب من هذا الحساب إلى ما دون النسبة المقررة إلا بموافقة البنك المركزي.

(٢)- يلاحظ أنه إذا غالى المصرف في السعي وراء الربح عن طريق زيادة حجم توظيف الأموال في القروض والاستثمارات، فإنه بذلك يهدد مركزه المالي أو يضعفه من حيث السيولة، لأنه ملزم بمواجهة طلبات السحب والالتزامات الأخرى. ولو غالى في الاحتفاظ بمقدار من الاحتياطي النقدي أكبر من ذلك المقدار الذي تقتضيه الأحوال التجارية، فإن شدة تحفظه تفوت عليه فرص الإقراض والاستثمار التي تدر عليه إيراداً، فلو حرص المصرف على تحقيق درجة من السيولة تبلغ ١٠٠% من ودائعه، فإن معنى ذلك عدم استطاعته توظيف هذه الأموال، لأنه سيحتفظ بكل فلس يحصل عليه عن طريق هذه الودائع عاطلاً في خزائنه. انظر: د. زياد رمضان، مرجع سابق، ص ١٥٥. ومن هنا يمكن تبرير إمكانية رقابة البنك المركزي على المصارف للتحكم في عمليات الائتمان وخلق النقود وفقاً لمقتضى حكم المادة (٤١) من قانون البنك المركزي اليمني، المعدل بالقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٣ المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (٥) لسنة ٢٠٠٣.

٣- يجب أن تعطى البنوك مهلة مدة ثلاثون يوماً لتنفيذ أحكام هذه المادة أو لزيادة النسب بموجبها وتبدأ من تاريخ إبلاغها بذلك كتابياً.

٤- للبنك أن يفرض على أي بنك لا يلتزم بالاحتفاظ بالأرصدة المطلوبة بموجب هذه المادة غرامة لا تزيد عن (٥%) خمسة في المائة [في المئة] من المبلغ الناقص لكل يوم يستمر فيه النقص، ويمكن اقتطاع هذه الغرامة من أي رصيد أو مبالغ مستحقة للبنك المعني أو يتم استعادتها كدين مدني)).

وتخضع المصارف الإسلامية للأحكام المذكورة في النص المتقدم بشأن البنوك، لأن المادة (١٣ من قانون المصارف الإسلامية اليمني) نصت على أن ((أ- تخضع المصارف الإسلامية لنفس نسبة الاحتياطيات بحسب ما هو منصوص عليه في قانون البنوك شريطة ألا يستخدمها البنك المركزي على أساس الفائدة. ب- لا تخضع المصارف الإسلامية لسعر الخصم لكونه يقوم على أساس الفائدة)).

وفي إطار علاقة البنك المركزي بالمصارف الإسلامية، ومن أجل تسهيل مهمة المصرف المركزي في استثمار احتياطيات المصارف الإسلامية عملاً بحكم المادة (٤٠ من قانون البنك المركزي، والمادة (١٣ من قانون المصارف الإسلامية)؛ نصت المادة (١٠ من قانون المصارف الإسلامية) على أن ((ينشئ البنك المركزي وحدة تابعة له تتولى الرقابة على المصارف المرخص لها بموجب هذا القانون على ألا تتعارض اللوائح والإرشادات الصادرة من هذه الوحدة مع أحكام الشريعة الإسلامية وعلى أن يتم تأهيل وتدريب موظفي هذه الوحدة بما يضمن أدائهم [أداءهم] لدورهم على الوجه الأكمل)).

وبعدَ المصرف في حالة جيدة من السيولة إذا كان مركزه المالي يمكنه من مقابلة طلبات المودعين بنقد حاضر، سواء كان موجوداً في خزانته أو مودعاً لدى المصارف الأخرى، أو كان موجوداً بشكل أصول قابلة للتحويل إلى نقد جاهز بسرعة. ويحدد القانون عادة نسبة السيولة التي يجب أن تحتفظ بها المصارف على شكل أرصدة نقدية وعملة معدنية أو أرصدة تحتفظ بها لدى المصرف المركزي أو يترك تحديدها لهذا الأخير، وبدلاً من أن يحتفظ المصرف بكل احتياطياته على شكل نقد في الصندوق لا يستفيد منه، فإنه يحتفظ بأوراق تجارية وأوراق مالية (كأذون الخزنة والسندات) يستطيع تحويلها إلى نقد جاهز دون خسارة.

وقد أوجبت المادة (٣١ من قانون البنوك التجارية اليمني) ((على كل بنك أن يحتفظ بأصول سائلة وفقاً لما تحدده تعليمات المصرف المركزي كما يحدد المصرف المركزي فترة زمنية لمعالجة الزيادة أو النقص في مقدار الأصول السائلة)).

فالمصارف التجارية تتمكن عادة من مواجهة حالات العجز والفائض في السيولة عن طريق شراء الأوراق التجارية التي يمكن للمصارف إعادة خصمها عند الحاجة في سوق النقد أو لدى المصرف المركزي لتحصل على قيمتها بعد خصم الفائدة، أو شراء السندات الحكومية أو سندات الشركات التجارية والصناعية التي يمكن تحويلها إلى نقد في سوق الأوراق المالية.

وتستطيع هذه المصارف استثمار السيولة النقدية في أصول قابلة للتحويل إلى سيولة نقدية مع تحقيق فائدة منها بما يحقق قدرًا من التوازن النسبي بين السيولة والربحية.

أما المصارف الإسلامية فلا تتعامل بالأوراق المالية كالسندات والأذون بأنواعها المختلفة- ماعدا الأسهم- ولا تخضع لسعر الخصم، كونه يقوم على أساس الفائدة، ولذلك نصت المادة (١٣/ب من قانون المصارف الإسلامية اليمني) على أن ((ب- لا تخضع المصارف الإسلامية لسعر الخصم لكونه يقوم على أساس الفائدة)).

وحتى لا تضطر المصارف الإسلامية إلى أن تحتفظ بمبالغ نقدية كبيرة لمقابلة طلبات السحب والوفاء بالالتزامات بما يؤدي إلى ضياع فرص استثمار هذه المبالغ، ولتعزيز قدرتها على الاستثمار طويل الأجل، كان لابد من إيجاد أدوات مالية إسلامية بديلة عن الأدوات المالية التي لا تتعامل بها، مثل صكوك وشهادات التمويل الإسلامية التي تضمنها قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني^(١)، وكذلك إصدار المصرف شهادات استثمار اسمية متقاسمة الربح قابلة للتداول فيما بين عملاء المصرف وفي سوق رأس المال والبورصات وفقاً لعقد المشاركة.^(٢)

وهذه الأدوات المالية تصلح كآلية لإدارة السيولة عن طريق تداولها في عمليات شبيهة بعمليات السوق المفتوحة. وعلى ذلك يسري النص المتقدم بشأن الاحتفاظ بأصول سائلة على المصارف الإسلامية وفقاً لما تحدده تعليمات المصرف المركزي.

وباستعراض النصوص المتقدمة يلاحظ ما يلي:

١- أنه بمقتضى المادة (١٣ من قانون المصارف الإسلامية اليمني) تخضع هذه المصارف لنسب الاحتياطات نفسها المفروضة على المصارف التجارية، شريطة ألاّ يستخدمها المصرف المركزي على

(١)- المادة (٢٨) من قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني لعام (٢٠٠٣) مشار إليها سابقاً.

(٢)- انظر على سبيل المثال المادة (٥٣ من نظام بنك البحرين الإسلامي).

أساس الفائدة. وفضلاً عن ذلك، فإن المصرف المركزي ملزم قانوناً بموجب المادة (٤٠) من قانون البنك المركزي اليمني - بأن يستثمر أموال تلك الاحتياطيات طبقاً لقانون المصارف الإسلامية وآليات عملها.

٢- أنه بموجب النصوص القانونية سالفه الذكر تستطيع المصارف الإسلامية الاستفادة من عوائد الاستثمار التي تحصل عليها من المصرف المركزي لتصبح جزءاً من إيراداتها، وبذلك فإنها تكون قد تجاوزت الإشكالية التي كانت مطروحة بشأن عدم الاستفادة من أموالها المودعة لدى المصرف المركزي بشكل احتياطيات قانونية على إجمالي الودائع. ومن المعروف أن المصرف المركزي يمنح المصارف التجارية فوائد مقابل تلك الاحتياطيات^(١)، ومن ثم يبقى التزامه العرفي بدفع تلك الفوائد مقتصرًا على المصارف التجارية.

٣- إن المشكلة الكبرى تكمن في مخالفة المصرف المركزي اليمني لصريح النصوص القانونية التي فرضت عليه استثمار أموال احتياطيات المصارف الإسلامية وفقاً لقانونها وآلية عملها. فالواقع العملي يؤكد مخالفة المصرف المركزي اليمني للقانون من خلال استمراره في منح الفوائد الربوية للمصارف الإسلامية عن تلك الاحتياطيات. وتقبل

(١) - تحتسب نسبة الاحتياطي الإلزامي في نهاية كل أسبوع من إجمالي ودائع البنوك ولكل أنواع الودائع والحسابات تحت الطلب والحسابات الجارية، وسواء كانت بالعملة المحلية أو الأجنبية (الدولار غالباً). وتتدرج هذه النسبة صعوداً وهبوطاً تبعاً لحالة السيولة. وعادة ما تعطى نسبة الاحتياطي فائدة على الريال، وفي الغالب تتفاوت نسبة الفائدة على العملات الأجنبية. وعند انخفاض الفائدة العالمية على الدولار يتم إلغاء الفائدة. راجع: أحمد عبد الرحمن السماوي، تجربة السياسة النقدية وإصلاح القطاع المصرفي في الجمهورية اليمنية، دراسة قدمت في الدورة (٢٩) لمجلس محافظي المصارف ومؤسسات النقد العربية، صندوق النقد العربي، أبو ظبي، ٢٠٠٤، ص ١٨.

المصارف الإسلامية هذه الفوائد وتتصرف فيها بمعرفة هيئة الفتوى والرقابة الشرعية للمصارف.^(١)

وعلى الرغم من أن هذه المخالفة ما هي إلا نتاج لصعوبة فصل الاحتياطات النقدية عن محفظة استثمار المصرف المركزي التي يقوم- غالباً- من خلالها بإقراض المصارف التجارية بفوائد؛ إلا أن سكوت المصارف الإسلامية عن حقها في المطالبة القضائية بتطبيق القانون وتنفيذه، يعدّ من وجهة نظر الباحث موافقة ضمنية على أخذ الفوائد التي يمنحها المصرف المركزي. والدليل على ذلك أن هذه المصارف تؤكد في معظم تقاريرها السنوية وجود نزاع قضائي مع مصلحة الضرائب بشأن إخضاع أرباح المصرف للضرائب وعدم استفادتها من النصوص والأحكام القانونية السارية التي تعفيها من الضرائب على الأرباح مدة سبع سنوات.^(٢) وبالإضافة إلى ذلك، فإن خضوع هذه المصارف للاحتياطي القانوني مشروط- وفقاً لنص المادة (١٣ من قانون المصارف الإسلامية) المذكور سلفاً- بعدم استخدام المصرف المركزي لها على أساس الفائدة. وعلى هذا الأساس فإنه بخضوع المصارف الإسلامية للاحتياطي القانوني على الودائع الاستثمارية، تكون قد خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه.

ومن وجهة نظر الباحث لا يمكن التسليم قانوناً بصحة اجتهاد هيئة الفتوى الشرعية للمصارف، سواءً في قبول أخذ الفوائد أو في كيفية

(١)- انظر على سبيل المثال: التقرير السنوي للبنك الإسلامي اليمني لعام ٢٠٠٦، ص ٢٣، التقرير السنوي لبنك التضامن الإسلامي لعام ٢٠٠٦، ص ٤٥. ويتم استخدام هذه الفوائد بمعرفة الهيئات الشرعية في شكل إعانات وتبرعات.

(٢)- انظر على سبيل المثال: التقرير السنوي لبنك سبأ الإسلامي لعام ٢٠٠٥، ص ٣٣، التقرير السنوي لبنك التضامن لعام ٢٠٠٦، ص ٥١.

تصريفها، لأنه لا اجتهداد في معرض النصوص المتقدمة، فضلاً عن عموم النصوص التي تحرم التعامل بالفائدة أخذاً وإعطاء. وقد انعكس أثر هذه المخالفات القانونية على النواحي التطبيقية للمصارف، فقد تبين للباحث أن بعض المصارف في اليمن تحتسب الربح على مبلغ الوديعة كاملاً، وعلى العكس من ذلك، اشترطت بعض المصارف على المودع في عقد استثمار الوديعة عدم حصوله على أرباح مبلغ الوديعة كاملاً، وإنما يحصل على ربح الجزء المستثمر من الوديعة، بسبب فرض الاحتياطي القانوني على الوديعة الاستثمارية حسب نوعها، وبحجة عدم استفادة هذه المصارف من الاحتياطي المفروض من قبل المصرف المركزي.^(١)

ويبدو للباحث أنه لا يجوز تضمين العقد بهذا الشرط (عدم حصول المودع على ربح مبلغ وديعته كاملاً)، لأن المصرف المركزي خالف قانون إنشائه، وقبلت المصارف الإسلامية بهذه المخالفة، وعلاوة على ذلك فإن خضوع هذه المصارف للاحتياطات مشروط قانوناً بعدم استخدام البنك المركزي لها على أساس الفائدة، وبذلك تكون المصارف الإسلامية قد خالفت قانون إنشائها أيضاً. وعلى ذلك فإن حرمان المودع من جزء من الربح يعتبر مصادرة لبعض حقوقه التي كفلها القانون.

ثانياً: استفادة المصارف من تسهيلات البنك المركزي

إذا كان قانون البنك المركزي اليمني قد مكّن المصارف التجارية من الاستفادة من القروض المباشرة أو التسهيلات الائتمانية التي يقدمها عادة عن طريق إعادة الحسم بسعر فائدة مناسب أو عن والسحب على

(١) - راجع ما سبق بشأن نظام الودائع: الفصل الثاني، المبحث الثاني، المطلب الثاني.

المكتشف^(١)، فإنه أتاح للمصارف الإسلامية أيضاً فرصة الاستفادة من دعم المصرف المركزي، حيث نصت المادة (٤٠) من قانون البنك المركزي اليمني) على أنه ((يجوز للبنك المركزي تقديم تسهيلات مالية للبنوك الإسلامية في حالة احتياجها للسيولة عن طريق الإيداع الاستثماري لديها لفترات لا تتجاوز ستة أشهر ولا تقل عن شهر ويحصل البنك عائداً من ذلك في نهاية السنة على أن تكون هذه التسهيلات مغطاة بأية ضمانات متاحة في البنوك الإسلامية)).

(١)- انظر المادة (٣٨) من قانون البنك المركزي اليمني) التي نصت على أنه ((يحق للبنك أن:

١- يشتري أو يبيع أو يخضم الكمبيالات وسندات الإذن المسحوبة أو المصدرة للأغراض التجارية أو الصناعية على أن تحمل توقيعين معتمدين أو أكثر أحدهما من البنك ذي العلاقة، وأن تكون مستحقة خلال فترة ثلاثة أشهر من تاريخ حصوله عليها على أنه يجوز أن تكون الكمبيالات وسندات الإذن المسحوبة أو المصدرة لغرض تمويل عمليات الزراعة الموسمية أو تسويق المحاصيل مستحقة خلال تسعة أشهر من تاريخ حصول البنك عليها، كما يجوز له إذا رأى ضرورة لذلك أن يمد فترات الاستحقاق المبينة فيما تقدم من ثلاثة شهور إلى ستة أشهر ومن تسعة أشهر إلى إثني عشر شهراً. ٢- يمنح السلف للبنوك عن طريق القروض والسحب على المكتشف لفترات لا تتجاوز ستة أشهر مغطاة بما يلي: أ- وثائق الائتمان المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة. ب- شهادات الإيداع أو أية وثائق أخرى تثبت الحياة المطلقة للبضائع وتتعلق بسلع أساسية أو بضائع أخرى مؤمن عليها تأميناً صحيحاً شاملاً على أن يحدد البنك من وقت لآخر الحد الأقصى للنسبة المئوية للسلف إلى السعر الجاري لتلك السلع أو البضائع. ج- أذون الخزانة أو السندات الأخرى المصدرة ومن هذه الضمانات: أذون الخزانة والسندات المصدرة أو المضمونة من قبل الحكومات الأجنبية. د- السندات التي تصدرها الحكومة أو المضمونة من قبلها)). وبمقتضى المادة (٣٩) من القانون ذاته) مع الأخذ بالاعتبار أحكام المادة ٣٨ للبنك أن يقرر الشروط والأوضاع العامة التي بموجبها يقدم التسهيلات للبنوك، ويقوم بصورة خاصة بتحديد ونشر أسعار الخصم المطلوبة على وثائق إعادة الخصم بموجب المادة ٣٨.

وعلى ذلك، يمكن للمصارف التجارية الاقتراض من المصرف المركزي عند حاجتها للسيولة وبسعر فائدة مناسب، ويمكن للمصارف الإسلامية الاستفادة من تسهيلات المصرف المركزي لا عن طريق سعر إعادة الحسم بوصفه فائدة ربوية، أو الاقتراض بفائدة وإنما عن طريق الإيداع الاستثماري وفقاً لما جاء في حكم المادة (٤٠) من قانون البنك المركزي اليمني).

ويلاحظ على حكم المادة ٤٠ من قانون البنك المركزي اليمني ما يلي:

١- أنه حصر تقديم هذه التسهيلات بأسلوب (الإيداع الاستثماري)، وذكر أنه في مقابل هذا الإيداع يحصل البنك على عائد في نهاية السنة، وهذه العبارة (نهاية السنة) غير دقيقة وينبغي تعديلها، لأن المشرع قيد فترة الإيداع أصلاً بما لا يتجاوز ستة أشهر، ومن المعلوم أن الأرباح يتم توزيعها دورياً كل سنة أو كل دورة مالية (ثلاثة أو ستة أشهر). وبدلاً من حصر تقديم التسهيلات بأسلوب الإيداع الاستثماري، كان من الأفضل أن تنص هذه المادة على جواز تقديم هذه التسهيلات باستخدام الأدوات والأساليب التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. أو بأسلوب الإيداع الاستثماري وغيرها من الأساليب الشرعية.

٢- أنه حدد فترة الإيداع بما لا يقل عن شهر، وبما لا يتجاوز ستة أشهر، وأرى أن تحديد تلك الفترة في حدها الأقصى قد لا يكون كافياً لتحقيق الغرض المقصود من النص الوارد في قانون البنك المركزي، وكان الأحرى بالمشرع ترك الأمر لمطلق السلطة التقديرية للبنك المركزي، أو النص على أنه يجوز مد فترة الإيداع الاستثماري لمدة أخرى لا تتجاوز ستة أشهر. ويبدو أن تحديد هذه المدة قُصِد بها المساواة بالمصارف التجارية، حيث يقوم المصرف المركزي بمنح السلف للمصارف عن

طريق القروض والسحب على المكشوف لفترات لا تتجاوز ستة أشهر.^(١)

٣- أنه بموجب هذا النص تكون المصارف الإسلامية قد تجاوزت الإشكالية التي كانت مطروحة بشأن عدم الاستفادة من المصرف المركزي بوصفه المقرض الأخير. ومع ذلك فإن الاستفادة من المصرف المركزي لا تقتصر على الإيداع الاستثماري فقط، وإنما يمكن دعم هذه المصارف من خلال شراء الصكوك الإسلامية المختلفة، واستخدامها كآلية للتحكم في العرض النقدي (إدارة السيولة).

ولكي يتمكن المصرف المركزي من إدارة السيولة بشكل أفضل، ينبغي تعديل نص المادة (٤٠ من قانون البنك المركزي اليمني) على غرار المادة (١٥ من قانون المصارف الإسلامية السوري) التي نصّت على أن ((١- تشارك المصارف الإسلامية في نظام المقاصة والتسويات الذي يديره المصرف المركزي وذلك وفقاً لقواعد لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٢/ يقوم المصرف المركزي ببيع أو كل مما يلي: (٢)

(١)- انظر المادة (٢/٣٨) من قانون البنك المركزي اليمني.

(٢)- تقابلها المادة (٣٤ من قانون بنك السودان المركزي)، المادة (٩٤)، المادة (٩٥) من القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣ بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي. ولكنها حددت مدة التمويل بما لا يتجاوز ستة أشهر باستخدام أدوات وأساليب لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. وطبقاً للشروط والقواعد التي يقررها مجلس إدارة البنك المركزي.

- أ- أن يفتح حسابات له لدى المصارف الإسلامية بالليرات السورية وبالعملات الأجنبية .
- ب- أن يفتح حسابات لديه للمصارف الإسلامية بالليرات السورية وبالعملات الأجنبية .
- ج- أن يمنح المصارف الإسلامية تمويلاً قصير ومتوسط الأجل باستخدام أدوات و أساليب لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- د- أن يبيع وبشترى من المصارف الإسلامية الأوراق المالية وغيرها من الأدوات التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- هـ- أن يصدر أدوات تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للحدود والشروط التي يقررها مجلس النقد والتسليف ويتم التعامل بها بيعاً وشراء مع الجهات الخاضعة لإشراف ورقابة المصرف المركزي)).
- وخلاصة الأمر أن المصارف الإسلامية تجاوزت الإشكالية التي كانت مطروحة بأنها لا تستفيد من أموالها المودعة لدى المصرف المركزي بشكل احتياطات قانونية على إجمالي الودائع، فضلاً عن تجاوز إشكالية عدم الاستفادة من المصرف المركزي باعتباره المقرض الأخير .
- وتتقيد المصارف الإسلامية في اليمن في مجال ممارسة نشاطها المصرفي بما تنقيد به المصارف المرخصة من ضوابط بما في ذلك الاحتفاظ بالاحتياطي النقدي المقرر، والمحافظة على نسب السيولة اللازمة لحفظ سلامة المركز المالي للمصارف وحقوق المودعين والمساهمين، والتحكم في حجم التمويل وتوجيهه إلى القطاعات الاقتصادية المختلفة وفقاً للسياسة النقدية والتمويلية التي تضعها السلطات النقدية.

ثالثاً: تحديد نسبة رأس المال والاحتياطي القانوني إلى الودائع

إن تحديد نسبة رأس المال والاحتياطي القانوني إلى الودائع يستخدم كأسلوب لقياس كفاية رأس المال اللازم لمواجهة المخاطر المتمثلة في احتمال الخسائر الناجمة عن استثمار الودائع، وكلما ارتفعت نسبة رأس المال والاحتياطي القانوني إلى الودائع، قلّ الخطر الذي يتعرض له المودعون في فترات الضيق المالي والأزمات. ويستخدم هذا الأسلوب أيضاً كوسيلة من وسائل الرقابة على الائتمان للتحكم في قدرة المصارف على الاقتراض وخلق النقود.

وعطفاً على ما تقدم، نصّت المادة (١١) من قانون البنوك اليمني) على أنه ((مع الأخذ بالاعتبار أحكام هذا القانون فإنه لن يمنح أو يحتفظ أي بنك بترخيص إلا إذا استوفى الشروط التالية: ...

ج- لا يقل رأس المال المدفوع والاحتياطي المحتفظ به وفقاً للمادة (١٢) {القانوني} من هذا القانون والاحتياطيات القانونية الأخرى مستبعداً منه الاحتياطيات المحددة والمخصصات عن (٥,٠%) من حجم الالتزامات قبل المودعين وللبنك المركزي سلطة زيادة هذه النسبة بما يتفق مع الظروف والأوضاع السائدة أو عندما يرى ذلك ضرورياً، وفي حالة نقص رأس المال المدفوع عن الحد الأدنى لأي سبب من الأسباب فيجب على البنك المعني إشعار البنك المركزي بذلك النقص خلال مدة أقصاها ثلاثة أيام من تاريخ اكتشاف ذلك النقص.

د- في حالة عدم التزام البنك بالنسبة المقررة في الفقرة (ج) من هذه المادة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فعليه إما زيادة رأس ماله واحتياطياته أو إيداع القدر الزائد من الودائع لدى البنك المركزي)).

وبمقتضى هذا النص، يشترط ألا يقل رأس المال المدفوع والاحتياطي القانوني عن الحد الأقصى للودائع وهو (٥٠٪)، وفي حالة زيادة الودائع عن الحد المسموح به، يفترض بالمصرف أن يتوقف عن قبول الودائع، وإبلاغ المصرف المركزي بنقص رأس المال خلال ثلاثة أيام كحد أقصى من تاريخ علمه بالنقص، وفي حالة عدم التزام المصرف بالنسبة المحددة خلال ثلاثة أشهر، فعليه زيادة رأسماله بما يعطيه من طاقة لاستيعاب حجم أكبر من الودائع، وإذا لم يستطع زيادة رأس ماله، وجب عليه إيداع القدر الزائد من ودائعه لدى المصرف المركزي.

وإذا كانت نسبة رأس المال والاحتياطي القانوني إلى إجمالي الودائع تستخدم كمقياس لكفاية رأس المال، حماية لحقوق المودعين والمركز المالي للمصرف^(١)، إلا أن هذا المقياس قد لا يكون كافياً لتحقيق الغرض المطلوب، لذلك تلجأ السلطات النقدية إلى استخدام مقياس منطقي آخر يربط رأس المال بإجمالي الأصول التي يمكن أن تخضع للخسارة، لأن الخسارة تظهر في ميزانية المصرف من خلال القيم المخفضة للأصول، وفضلاً عن ذلك قد يتم ربط نسبة حق الملكية (رأس المال والاحتياطيات) إلى الأصول ذات المخاطر، وهي نسبة منطقية؛ لأن حق الملكية هو الضمان الأخير ضد المخاطر التي قد يتعرض لها المصرف في أصوله لا في ودائعه؛ إذ أن الودائع في حد ذاتها لا تحوي مخاطر إلا إذا استخدمت

(١)- راجع: د. محمد سو يلم، إدارة المصارف التجارية والمصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

في التوظيف الاقراضي أو الاستثماري، وتختلف درجة المخاطر باختلاف الأصول التي يتم تمويلها بالودائع.^(١)

ويلاحظ أن مقاييس كفاية رأس المال في المصارف التجارية قد تختلف عن مقاييس الكفاية في المصارف الإسلامية وفقاً للتعليمات التي تضعها السلطات النقدية في كل بلد، ومدى التزامها بالمعايير الدولية.

رابعاً: قيود ممارسة النشاط المصرفي

١ - تحديد السقوف الائتمانية والتمويلية

جرت العادة أن يقوم المصرف المركزي بتحديد سقف معين لحجم المبالغ التي تقرضها المصارف للعملاء والمستثمرين بهدف حماية أموال المودعين والمركز المالي للمصرف من جهة، وتحقيق السياسة النقدية بوجه عام من جهة أخرى.

وتأخذ التشريعات المصرفية بأساليب الرقابة المختلفة على التمويل وتوجيهه إلى القطاعات الاقتصادية وفقاً للسياسة المتبعة في هذا الشأن. وتطبيقاً لذلك، أجاز قانون البنك المركزي اليمني لهذا البنك الأخير في حالة الضرورة وفي الظروف الاستثنائية أن يصدر أوامر تقضي بتحديد حجم وشروط وأوضاع التسهيلات الائتمانية التي تقدمها البنوك في الجمهورية اليمنية، وعلى البنوك الالتزام بتلك الأوامر.^(٢)

(١) - ويتم تنقية نسبة رأس المال للأصول ذات المخاطر وليس إلى إجمالي الأصول، حيث تخفض مجموع أصول المصرف: بالنقدية والأرصدة التي لدى المصرف المركزي والمصارف الأخرى والسندات الحكومية ذاتها وقد تؤخذ على أنها السندات المضمونة من الحكومة وبعض التسهيلات الائتمانية، والأوراق المالية من الحكومة. راجع: د. محمد سويلم، إدارة المصارف، المرجع السابق، ص ٣٧١ وما بعدها.

(٢) - المادة (٤٣) / ١ من قانون البنك المركزي). ونصت الفقرة (٢ من المادة ٤٣) على أنه ((للبنك عندما يرى ذلك ضرورياً وفي الظروف الاستثنائية، أن يصدر أوامر تقضي بتحديد حجم وشروط

وبموجب القانون ذاته، يجوز للبنك المركزي عندما يرى ذلك ضرورياً في الظروف الاستثنائية أن يقرر الحد الأعلى والحد الأدنى لنسبة الفائدة التي تدفعها البنوك على أي نوع من الودائع.^(١)

وبالنسبة لسعر الفائدة على القروض التي تمنحها المصارف، فيحدد عملياً في الظروف العادية وفقاً لقوى العرض والطلب.^(٢)

ويبدو أن المصارف الإسلامية في اليمن تتقيد في مجال ممارسة نشاطها المصرفي بما تتقيد به المصارف المرخصة من ضوابط، بما في

وأوضاع التسهيلات الائتمانية، بما في ذلك تسهيلات النقسيط التي تقدمها المؤسسات المالية في الجمهورية بشكل قروض أو سلفيات أو استثمارات وعلى تلك المؤسسات الالتزام بتنفيذ تلك الأوامر)).

(١)- المادة (١/٤٢ من قانون البنك المركزي اليمني). ولا يخفى أن وضع تلك الحدود لا يتلاءم مبدئياً مع طبيعة الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية، لأنها تشارك في الأرباح والخسائر . ومن وجهة نظري مادام النص المذكور قد خول البنك المركزي هذه السلطة عند الضرورة وفي الظروف الاستثنائية، فإنه يبقى قائماً بالنسبة للمصارف الإسلامية شريطة ألا يتعارض ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية، على أساس أن هذه المصارف تمارس نشاطها وفقاً للقوانين السارية والنافذة في الدولة وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

(٢)- يصدر البنك المركزي تعميماً على البنوك يحدد فيه الفائدة الدائنة على الودائع لدى البنوك، ويترك تحديد فائدة الإقراض لسلطة المصارف. راجع منشور البنك المركزي اليمني رقم (٧) لسنة ١٩٩٥ بشأن أسعار الفائدة على القروض والتسهيلات، وقرار البنك المركزي رقم (٣) بشأن أسعار الفائدة لدى البنوك، الصادر في ٢٩/ مارس/ ٢٠١٠. وبموجب هذا القرار يكون الحد الأدنى لسعر الفائدة على ودائع الادخار بالريال لدى البنوك ٢٠% ، ويكون الحد الأدنى لسعر الفائدة على ودائع الادخار هو الحد الأدنى لسعر الفائدة على الودائع بالريال لدى البنوك، ويترك تحديد سعر الفائدة على الآجال المختلفة للبنوك ولكن لا يقل عن الحد الأدنى. ويكون سعر الفائدة على ودائع العملات الأجنبية لدى البنوك حراً تحدده على الآجال المختلفة وفقاً لمقتضيات عملها. و تترك فائدة الإقراض محررة تحددها البنوك وفقاً لمقتضيات عملها. وتستثنى البنوك الإسلامية من أحكام هذا القرار.

ذلك حق لبنك المركزي في حالة الضرورة وفي الظروف الاستثنائية أن يُصدر أوامر تقضي بتحديد حجم وشروط وأوضاع التسهيلات الائتمانية التي تقدمها المصارف وتحديد سقف التمويل.

وبموجب حكم المادة (١١ من قانون المصارف الإسلامية اليمني)، تنقيد المصارف الإسلامية بحدود التمويل الممنوح لأي شخص طبيعي أو اعتباري بالنسبة للشخص الواحد وفقاً لقانون البنوك.

وبالرجوع إلى قانون البنوك اليمني، قضت المادة (١٥) من هذا القانون بعدم أحقية أي بنك في الجمهورية أن يقوم بمنح أي شخص (عدا في حالة الموافقة المسبقة من البنك المركزي) أية سلفة أو تسهيل أو ضمان مالي أو يتحمل عنه أي التزام آخر بحيث يزيد المجموع الإجمالي للسلف أو الضمانات المالية المقدمة لذلك الشخص ومؤسساته التابعة عن (١٥%) من مجموع رأس مال البنك المدفوع والاحتياطي القانوني والاحتياطيات القانونية الأخرى مستبعداً منه الاحتياطيات المحددة والمخصصات. وفي حالة موافقة البنك المركزي على نسبة الزيادة عن (١٥%) فإنه لا يحق للبنك المعني أن يمنح أي سلفة أو تسهيل أو... بحيث يزيد المجموع الإجمالي لتلك السلف والتسهيلات... المقدمة لذلك الشخص ومؤسساته التابعة عن (٢٥%) من رأس المال المدفوع.^(١)

(١)- وقد نصت المادة (٢٣ من قانون البنوك) على أنه ((عند تطبيق التقييدات المنصوص عليها في المادة (١٥) من هذا القانون فإن البنك المركزي إذا أقر بأن مصالح مجموعتين أو أكثر من الأشخاص متداخلة بحيث تعتبر واحدة، وجب تجميع مديونية المجموعتين واعتبارها مديونية واحدة ويجب على البنك المعني أن يصحح الوضع خلال فترة لا تزيد عن ستة أشهر من تاريخ صدور هذا القرار وتطبق على البنك المخالف أحكام المادة (٦٥) من هذا القانون)). وهذه الأخيرة تتعلق بفرض عقوبة نقدية يومية على البنك المخالف بقرار من البنك المركزي.

وتستثنى القروض التي تضمنها الحكومة في الجمهورية اليمنية وأية سلطة متفرعة عنها أو أية دولة أجنبية يحددها البنك المركزي من أحكام المادة (١٥) المذكورة سلفاً^(١)، ولا يحق لأي بنك أن يمنح أي سلف أو تسهيلات ائتمانية بضمانة أسهم رأسماله.^(٢)

وبناءً على ذلك، فإنه بموجب الشروط الواردة في المادتين (١٥ ، ٢٣ من قانون البنوك)، لا يجوز لأي مصرف إسلامي - بدون موافقة البنك المركزي - أن يمنح أي شخص ومؤسساته التابعة أي قرض (دون فائدة) أو تمويل (بأي صيغة من صيغ التمويل) أو ضمان مالي، أو يتحمل عنه أي التزام آخر بمبالغ تزيد في مجموعها عن ١٥% من مجموع رأس مال المصرف واحتياطياته القانونية...

وإضافة إلى القيد المذكور سلفاً في قانون البنوك، نصّت المادة (١٨) من قانون البنوك على أنه ((لا يحق لأي بنك أن يمنح أو يسمح بأن يصبح المجموع الإجمالي للسلف أو التسهيلات الائتمانية المقدمة إلى أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة بما يزيد عن نصف الواحد في المئة من مجموع رأس ماله المدفوع والاحتياطي المحتفظ به بموجب المادة (١٢) من هذا القانون) [أي الاحتياطي القانوني] أو أية احتياطات قانونية أخرى مستبعداً منها الاحتياطات المحددة والمخصصات. ولا يحق لأي بنك أن يمنح أو يسمح بأن يزيد المجموع الإجمالي للسلف والتسهيلات الائتمانية لمن يحوز على (٥%) أو أكثر من رأس مال البنك أو القوة التصويتية عن (٢٥%) من رأس المال المدفوع والاحتياطات المحتفظ بها بموجب أحكام المادة (١٢) من هذا القانوني وأية احتياطات أخرى...)).

(١) - المادة (١٦) من قانون البنوك اليمني).

(٢) - المادة (١٧) من قانون البنوك اليمني).

ويلاحظ أنَّ قانون المصارف الإسلامية ألزم هذه الأخيرة صراحةً بأن تتقيد بحدود التمويل الممنوح لأي شخص طبيعي أو اعتباري بالنسبة للشخص الواحد وفقاً لقانون البنوك؛ بيدَّ أنه لم ينص على خضوع هذه المصارف من عدمه لأحكام المادة (١٨ من قانون البنوك سالفه الذكر)، فهل تخضع هذه المصارف لحكم المادة (١٨) المقررة في قانون البنوك ؟

الظاهر أنَّ المصارف الإسلامية تخضع لحكم تلك المادة بما لا يتعارض مع قانون إحداثها، أي أنَّ تكون التسهيلات مشروعة في شكل صيغ التمويل وفي حدود تلك النسبة المقررة قانوناً، لاسيما أنَّ النظام الأساسي لأحد المصارف الإسلامية نصَّ على أنه (لا يجوز للشركة منح أو السماح بأن يصبح المجموع الإجمالي للسلف أو التسهيلات الائتمانية المقدمة إلى أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة بما يزيد عن نصف الواحد في المئة من مجموع رأس ماله المدفوع والاحتياطي المصرَّح به أو أية احتياطات قانونية أخرى).^(١)

ومن وجهة نظر الباحث، ينبغي على المشرع اليمني إعادة النظر في أحكام المادة (١٨ من قانون البنوك)، وذلك بأن يحظر على المصارف منح الاعتمادات والقروض والسلف بأي شكل للمعنيين في هذه المادة بهدف الحيلولة دون استغلال الأشخاص المعنيين لمناصبهم في إدارة المصرف في سبيل منفعتهم الشخصية. وينبغي أن يكون هذا التعديل على غرار حكم

(١) - المادة (٣٠ من نظام البنك الإسلامي اليمني للتمويل والاستثمار). كما نصت المادة (٣١) من النظام) على أنه (لا يجوز للشركة منح أو السماح بأن يصبح المجموع الإجمالي للسلف أو التسهيلات الائتمانية المقدمة إلى أي من مدراءها أو موصفيها بما في ذلك الذين يكونوا أعضاء في مجلس إدارتها فيما يزيد عن مجموع رواتب سنة واحدة)). ويأتي هذا النص تطبيقاً لنص المادة (١٩ من قانون البنوك اليمني).

المادة (١٠٠/٣) من قانون النقد والتسليف السوري لعام ٢٠٠٢.
وبمقتضاها لا يجوز لأي من المصارف المرخصة:

أ- فتح اعتمادات أو منح قروض أو سلف بأي شكل لرئيس وأعضاء مجلس إدارة المصرف ومديره العام وأقربائهم حتى الدرجة الثالثة وزوجات هؤلاء وأقربائهم حتى الدرجة الثانية.

ب- يحظر على أي من المصارف المرخصة فتح اعتمادات أو منح قروض أو سلف بأي شكل للعاملين لديه أو للمراقبين أو لمفتشي حسابات المصرف ومدقيها أو للعاملين في أجهزة الدولة الذين لهم علاقة مباشرة بالإشراف على أعمال المصرف ومراقبتها أو متابعة نشاطاتها وزوجات هؤلاء وأولادهم ما لم يوافق مجلس النقد والتسليف مسبقاً على ذلك.^(١)

(١) - وقد نصت المادة (٦١) من قانون البنك المركزي والنقد المصري لعام ٢٠٠٣ على أن ((يحظر على البنك تقديم تمويل أو مبالغ تحت الحساب أو تسهيلات ائتمانية أو ضمان من أي نوع لرئيس وأعضاء مجلس إدارته ومراقبي حساباته أو أزواجهم أو أولادهم أو أقاربهم حتى الدرجة الثانية، أو لأية جهة يكون هؤلاء أو أزواجهم أو أولادهم أو أقاربهم حتى الدرجة الثانية شركاء أو مساهمين فيها ولهم سيطرة فعلية عليها، أو أعضاء في مجالس إدارتها بصفتهم الشخصية)). ونصت المادة (٢٩) من قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني على أنه ((١- لا يجوز لأي مصرف أن: أ- يمنح بدون موافقة المحافظ أي تمويل أو تقديم أية ضمانات أو يتحمل أية التزامات مالية أخرى نيابة عن أو لصالح أي شخص أشهر إفلاسه أو تمت تصفيته أو عليه التزامات لصالح ذلك المصرف أو لصالح أي مصرف آخر وفشل في سدادها أو تسويتها. ب- يمنح أي تمويل بضمان أسهم العميل بالمصرف. ج- يمنح أو يدخل في اتفاق لمنح أي تمويل بدون إذن مسبق من المحافظ لأي من: أولاً: مدير من مديرية. ثانياً: شركة أو شراكة أو شخص تكون لأي من مديره مصلحة وافرة معه عدا شركة المساهمة العامة. ثالثاً: لأية شركة أو شراكة يكون أيًا من مديريها مديراً أو وكيلًا أو مستخدماً فيها أو ضامناً لها تكون له فيها مصلحة وافرة. رابعاً: فرد يكون أي من مديري المصرف شريكاً أو ضامناً له أو لديه معه مصلحة وافرة خامساً: شركة يمتلكها المصرف أو يكون له فيها مصلحة وافرة. د- يقدم أية ضمانات أو يتحمل أية التزامات مالية أخرى نيابة

٢ - قيود التعامل بالأصول الثابتة والمنقولة والاستثناءات الواردة عليها

تحرص أغلب التشريعات المصرفية على وضع قيود قانونية تحظر بموجبها على المصارف التجارية أن تزاوّل أعمالاً غير مصرفية وبوجه خاص ممارسة التجارة أو الصناعة أو امتلاك البضائع والمتاجرة بها لحسابها الخاص ما لم يكن امتلاكها وفاء لدين لها على الغير، وعليها أن تقوم بتصنيفيتها خلال المدة التي يحددها القانون أو سلطة الرقابة المخولة قانوناً بذلك. كما أن التشريعات المصرفية تحظر على المصارف التعامل في الأصول الثابتة والمنقولة سواء بال شراء أو البيع لحسابها، بخلاف ما يتطلبه نشاطها من العقارات المخصصة لإدارة أعمالها أو العقارات والمنقولات التي تمتلكها استيفاء لديونها وعليها في هذه الحالة أن تبيعها خلال مدة محددة. وتهدف هذه القيود القانونية إلى الحد من مخاطر الاستثمار.^(١)

عن أو لصالح الأشخاص المذكورين في الفقرة (ج) دون إذن مسبق من المحافظ. ٢- في هذه المادة تشمل كلمة "مدير" رئيس أو عضو مجلس إدارة أي مصرف ومديره العام ونائبيه ومساعديه ومستشاره القانوني ومراجع القانوني وأعضاء هيئة الرقابة الشرعية وأمينها العام ومديري الأفرع ومن في حكمهم)). .

(١)- قارن المادة (٩٠) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية) الذي حظر على المصارف التجارية أن تزاوّل أعمالاً غير مصرفية وبوجه خاص الأعمال التالية:

- أ- ممارسة التجارة أو الصناعة أو امتلاك البضائع والمتاجرة بها لحسابها الخاص، ما لم يكن امتلاكها وفاء لدين لها على الغير، وعليها أن تقوم بتصنيفيتها خلال المدة التي يحددها المحافظ.
- ب- شراء العقارات لحسابها الخاص فيما عدا الحالات الآتية:- العقارات اللازمة لممارسة أعمالها أو لسكنى موظفيها أو الترفيه عنهم.- العقارات التي تمتلكها استيفاء لديونها وعليها في هذه الحالة بيع هذه العقارات في غضون ثلاث سنوات ويجوز تمديد هذه المهلة بقرار من المحافظ.
- ج- تملك أسهم المصرف أو التعامل بها ما لم تكن قد آلت إليه استيفاء لدين وعلى

وقد وضع قانون البنوك اليمني قيداً صريحاً على حرية البنوك التجارية في الاستثمار في الأسهم، وبموجب المادة (٢١ من قانون البنوك اليمني) حظر على أي بنك المشاركة في امتلاك أسهم بمشاريع يزيد إجمالي قيمتها السوقية عن (٢٠%) من المجموع الإجمالي لرأس المال البنك في أي وقت من الأوقات إضافة إلى الاحتياطي القانوني أو أية احتياطات قانونية أخرى، وللبنك المركزي زيادة النسب المذكورة عند الضرورة.

وبالنسبة للمصارف الإسلامية، نصت المادة (١١/ب من قانون المصارف الإسلامية اليمني) على أنه ((يجوز للمصارف الإسلامية الاستثمار المباشر في المشاريع التي تنفذها بنفسها ويؤول لها كامل ملكيتها وذلك بنسبة ٢٥% من إجمالي رأس مال المصرف واحتياطياته، ويجوز رفع

المصرف في هذه الحالة بيع هذه الأسهم خلال سنتين من تاريخ تملكها. د- شراء أسهم الشركات التجارية أو سندات القروض العائدة لها إلا في حدود ٢٥% من أموال المصرف الخاصة ما لم تكن قد آلت إليها استيفاء لدين مستحق وعلى المصرف في هذه الحالة بيع الزيادة خلال سنتين من تاريخ تملكها. ولا يسري هذا الحظر على سندات القروض التي تصدرها الحكومة والمؤسسات العامة أو تكون بضامنتها). ونصت المادة (٩٦ من القانون ذاته على أنه ((١- لمجلس الإدارة أن يعين بالنسبة إلى المصارف التجارية ما يأتي: أ- الحد الأقصى لمجموع عمليات الخصم أو القروض والسلف التي يجوز له إجراؤها اعتباراً من تاريخ معين ب- الحد الأقصى الذي يجوز إقراضه لشخص واحد طبيعياً كان أم معنوياً بالنسبة إلى أمواله الخاصة ج- الجزء من ودائعها الذي يجب عليها إيداعه نقداً كاحتياطي في المصرف. د- الحد الأدنى الواجب على العملاء دفعه نقداً لتغطية عمليات فتح الاعتمادات المستندية. هـ- أسعار الفائدة التي تدفعها المصارف عن الودائع وأسعار الفوائد والعمولات التي تتقاضاها من عملائها)). وتم استثناء المصارف الإسلامية من تطبيق الفقرتين (أ)، (ب) من المادة (٩٠) وذلك بمقتضى المادة (٤) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ بشأن المصارف الإسلامية. وبمقتضى المادة ذاتها، تم استثناء تلك الجهات من أحكام الفقرة (هـ) من المادة (٩٦) المتعلقة بتحديد سعر الفائدة التي تدفعها المصارف عن الودائع وأسعار الفائدة والعمولات التي تتقاضاها من عملائها.

النسبة المشار إليها في هذه الفقرة بعد موافقة البنك المركزي وفقاً لتقديراته^(١).

ولما كان الاستثمار المباشر يعرض رأس المال المستثمر للمخاطر التي تتمثل في احتمال الخسارة في حالة إخفاق المشروع أو الشركة، لذلك وضع المشرع اليمني نسبة تملك الأسهم بما لا يزيد عن (٢٠ %) من رأسمال المصرف التجاري واحتياطياته القانونية) أو الاستثمار المباشر فيما لا يتجاوز ٢٥% من إجمالي رأس مال المصرف الإسلامي واحتياطياته القانونية. ويجوز زيادة هذه النسب بموافقة المصرف المركزي.

وفضلاً عن ذلك، نصت المادة (٢٠) من قانون البنوك اليمني) على أنه ((مع الأخذ في الاعتبار قانون البنوك وقانون المصارف الإسلامية لا يحق لأي بنك يعمل في الجمهورية الاشتغال مباشرة لحسابه في تجارة الجملة أو التجزئة بما في ذلك تجارة الاستيراد أو التصدير إلا إذا كان ذلك بقصد تحقيق أغراضه أو بقصد تقديم الائتمان لأي عميل من عملائه وضمان الائتمان الذي يقدمه أو أصبح ذلك ضرورياً في حالات استثنائية لاقتضاء حق له خلال العمليات المصرفية أو خدمات البنك المعني)).

وعلاوة على ما سبق، نصت المادة (٢٢) من قانون البنوك اليمني) على أنه ((مع الأخذ بالاعتبار أحكام المادة (٢٠) من هذا القانون يحظر على أي بنك شراء أو امتلاك أو استئجار أي عقار إلا إذا كان ضرورياً لإدارة أعماله وبما في ذلك متطلبات التوسع في المستقبل أو لإسكان موظفيه)).

(١)-المادة(١١/ب) معدلة بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٩. وكانت تنص قبل تعديلها على أنه(ب)- يحق للمصارف الإسلامية الاستثمار المباشر في المشاريع التي تنفذها بنفسها بنسبة ٢٥% من إجمالي رأس مال المصرف واحتياطياته. ووفقاً للمادة (١٥) من قانون المصارف الإسلامية اليمني، لا يسمح لأي مساهم في المصرف أن يقترض بضمان السمعة.

ولا يعتبر أي بنك مخالف لأحكام المواد السابقة (١٨ - ٢٣ من قانون البنوك) إذا قام بالتنفيذ على ضمانات مرتبهة له في سبيل استخلاص دين له، وفي هذه الحالة يجب عليه التخلص منها خلال مهلة لا تزيد عن سنة بالنسبة للمنقول، أو خمس سنوات بالنسبة للعقار، ويجوز مد هذه المهلة بقرار من البنك المركزي.^(١)

ولما كانت المصارف الإسلامية مصارف متعددة الوظائف، فإنها تقوم بتوظيف مواردها المالية في مختلف الأنشطة ومنها الأنشطة المحظورة على المصارف التجارية، ولهذا نصت المادة (٥) من قانون المصارف الإسلامية اليمني على أن ((تقوم المصارف الإسلامية بكافة المعاملات وأعمال التمويل والاستثمار اللازمة لتحقيق أغراضها وفقاً للقوانين النافذة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ويشمل ذلك بوجه خاص ما يلي:

أ- القيام بجميع أعمال التمويل والاستثمار في مختلف المشاريع والأنشطة من خلال التمويل بالمشاركة والمضاربة وبيع المرابحة وغيرها من الصيغ التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ب- إبرام العقود والاتفاقات مع الأفراد والشركات والمؤسسات والهيئات داخل الجمهورية وخارجها طبقاً لهذا القانون والقوانين والأنظمة النافذة.

(١)- فقد نصت المادة (٧٣) من قانون البنوك على أن ((كل بنك يخالف أحكام المواد ١٨ - ٢٣ من قانون البنوك يمنح مهلة لا تتجاوز شهر واحد ليصحح الوضع السابق، ويطبق على البنك المخالف أحكام المادة (٦٥) من هذا القانون، ولا يعتبر أي بنك مخالف لأحكام تلك المواد إذا قام بالتنفيذ على ضمانات مرتبهة له في سبيل استخلاص دين له، وفي هذه الحالة فإنه يجب عليه التخلص منها خلال مهلة لا تزيد عن سنة بالنسبة للمنقول أو خمس سنوات بالنسبة للعقار ويجوز مد هذه المهلة بقرار من البنك المركزي)).

ج- تأسيس الشركات في مختلف المجالات المكملة لأوجه نشاطها، أو تأسيس شركات مستقلة تابعة لها، أو المساهمة في الشركات القائمة أو الشركات الجديدة، على أن لا تتعارض أسس عمل تلك الشركات والمساهمات مع أحكام الشريعة الإسلامية.^(١)

د- المساهمة في رأس مال أي مصرف داخلياً وخارجياً يعمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

هـ- تملك الأصول الثابتة والمنقولة اللازمة لتنفيذ مشاريع الاستثمار الداخلة في أغراضها أو بغرض تأجيرها.

و- القيام بسائر الأعمال والخدمات المصرفية بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ز- أي اختصاصات أخرى طبقاً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر)). وأكدت المادة (٨) من القانون ذاته على أن ((قوم المصارف الإسلامية بممارسة أعمالها المصرفية والاستثمارية المختلفة حسب الأعراف والقواعد المصرفية المتعارف عليها، طبقاً للقوانين النافذة وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية)).^(٢) وهذه المادة ما هي إلا تكرار للمادة الخامسة وليس هناك حاجة لإفرادها بنص مستقل.

(١)-المادة (٥/ج) من القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٦ بشأن المصارف الإسلامية، وقد تم تعديل هذه الفقرة بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٩.

(٢)- وطبقاً لأحكام المادة (٣٢) من قانون البنوك اليمني، إذا رأى البنك المركزي بأن التفتيش قد كشف عن أن البنك المعني يدير أعماله بطريقة غير قانونية أو غير سليمة أو أن هناك عجز في رأسماله، فإنه يمكن للبنك المركزي: أ - أن يطلب من البنك اتخاذ بعض الإجراءات المحددة وفقاً لما يراه البنك المركزي ضرورياً لتصحيح الوضع والتي يمكن أن تتضمن وبدون حصر التقيد بالخطة المتفق عليها مع البنك المركزي - تعليق دفع الأرباح والمكافآت - البيع الإجباري للأصول غير الأساسية - تخفيض الأصول والتشغيل - تعليق الإقراض الإضافي لمقرضين محددين - القيام بمراجعة

المطلب الثاني

الإطار القانوني للرقابة على الائتمان والتمويل في القانون السوري

تضمن القانون السوري (رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢ الخاص بنظام النقد والتسليف) الأحكام السابق ذكرها في القانون اليمني وزاد عليها، حيث نصت المادة (٩٩ من قانون النقد والتسليف- الباب الرابع) على أنه ((١- يحق لمجلس النقد أن يضع نظاماً عاماً يحدد فيه النسب التي يجب توفرها بين العناصر المبينة أدناه والتي يجب على المصارف التقيد بها على ألا يتضمن هذا النظام أي تمييز بين المصارف المتشابهة الأعمال.

الحسابات المطلوبة - وفي الحالات القصوى تصفية نشاطات البنك. ب - أن يعين شخصاً يرى البنك المركزي بأن لديه الكفاءة والخبرة المطلوبة لتقديم النصح للبنك حول الخطوات التي يجب اتخاذها لإصلاح الوضع ويحدد الأتعاب التي يجب أن يدفعها له البنك. ج - يقوم بإدارة البنك. وطبقاً لأحكام المادة(٤٣) يحق للبنك المركزي وبموافقة مجلس إدارته أن يضع يده على أي بنك عامل في الجمهورية وذلك في الحالات التالية: أ. إذا عجز عن التقيد بأوامر وتعليمات مجلس إدارة البنك المركزي وسياساته. ب. إذا ظهر أو عانى عجزاً في رأس مال البنك. ج. يمارس عمله أو عمل أي من الفروع بشكل غير مأمون في إدارة العمل واستمرار يته أو أن الممارسة في العمل تتم بطريقة غير قانونية. د. أن يكون وضع البنك غير سليم أو معسراً وسيؤدي إلى الإضرار بمصالح المودعين. هـ. أن يكون البنك قد خالف أيًا من أحكام هذا القانون أو أنظمة البنك المركزي. و. إذا كان فرعاً لبنك أجنبي وتعرض مركزه الرئيسي للتصفية أو الإفلاس.

- أ- النسبة بين رأس مال المصرف وأمواله الاحتياطية من جهة والمبلغ الإجمالي لودائعه أو لتعهداته تحت الطلب أو لأجل من جهة أخرى.^(١)
- ب- النسبة بين أموال المصرف الجاهزة وموجوداته القابلة للتجهيز أو بعض هذه الأموال أو هذه الموجودات من جهة وتعهداته تحت الطلب أو لأجل قصير من جهة أخرى.^(٢)
- ج- النسبة بين رأس مال المصرف وأمواله الاحتياطية بعد تنزيل الخسائر من جهة والمبلغ الإجمالي لموجوداته أو لبعض هذه الموجودات من جهة أخرى.

- ٢ - يحق لمجلس النقد والتسليف ضمن الشروط المذكورة أعلاه أن:
- أ- يحظر على المصارف زيادة المبلغ الإجمالي لعمليات الخصم والسلف والقروض أو المبلغ الإجمالي لبعض هذه العمليات اعتباراً من تاريخ معين.
- ب- يحدد المعدل الذي يجوز للمصارف أن تزيد بنسبته مجموع عمليات الخصم والسلف والقروض أو مجموع بعض هذه العمليات.

(١)- تقابلها المادة (٧٢) من قانون النقد الكويتي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته. (وهذه المادة معدلة بالقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٧)، المادة (٩٥) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠، بشأن المصرف المركزي والنظام النقدي.

(٢)- وبغرض الحفاظ على مستوى كاف من السيولة لدى المصارف العاملة في سورية، أوجب مجلس النقد على كل مصرف (تقليدي أو إسلامي) أن يحتفظ في أي يوم عمل بنسبة سيولة بكافة العملات لا تقل عن (٣٠%) على أن لا تقل نسبة السيولة بالليرات السورية عن (٢٠%) تحتسب بقسمة الأموال الجاهزة والقابلة للتجهيز على الودائع والالتزامات الأخرى وعناصر خارج الميزانية. لمزيد من الاطلاع: راجع التعليمات الخاصة بنسبة السيولة التي بينها مجلس النقد في قراره رقم (٥٨٨ م/ن/ب ٤) الصادر بتاريخ ٢٢ / ١١ / ٢٠٠٩.

ج- يعين الحد الأدنى المطلق أو النسبي الذي يجب على أساسه تغطية عمليات فتح الاعتماد أو بعضها بتأدية نقدية.

د- يعين مهلة قصوى لاستحقاق عمليات الخصم والقروض والسلف أو لاستحقاق بعض هذه العمليات.

هـ- يعين الحد الأقصى للتسليف الذي يجوز للمصرف منحه إلى شخص واحد بالنسبة إلى رأس مال المصرف وأمواله الاحتياطية بعد تنزيل الخسائر.

و- يعين النسب التي يجب على المصارف إيداعها لدى المصرف المركزي من أصل ودائعها الجارية ولأجل والودائع بالعملة الأجنبية.^(١)

ز- يحدد درجة تركيز استثمارات المصرف وتوظيفاته في الخارج بنسبة إلى مجموع موجودات المصرف...^(١).

(١)- وتطبيقاً لذلك فرض مجلس النقد على المصارف العاملة في الجمهورية العربية السورية تكوين احتياطي إلزامي نقدي لدى مصرف سورية المركزي نسبته ١٠ / بالمئة من مجموع الودائع تحت الطلب والودائع لأجل مستثنياً منه ودائع الادخار السكني. وذلك بالنسبة للودائع بالليرات السورية والودائع بالعملة الأجنبية، ويحتسب هذا الاحتياطي على أساس متوسط أرصدة حسابات الودائع في نهاية كل أسبوع. ويكون المصرف مبلغ الاحتياطي كل أسبوعين حيث يودع هذا الاحتياطي وذلك خلال ثلاثة أيام عمل من نهاية الفترة المحددة في حساب خاص بالليرات السورية لدى مصرف سورية. وتجند مبالغ الاحتياطيات المذكورة بدون فائدة من تاريخ تكوينها ولحين التصريح عن الاحتياطيات الواجب إيداعها عن الودائع للشهر التالي. وفي حال عدم قيام أي مصرف بتكوين الاحتياطي، تفرض عليه غرامة نقدية لا تزيد عن (١/ ٣٦٥) من قيمة النقص عن كل يوم يستمر فيه النقص ، وتقيد الغرامة على حساب المصرف لدى البنك المركزي وتحول شهرياً لحساب الخزينة. راجع: قرار مجلس النقد رقم ٣٨٩/ م ن/ ب٤ الصادر في ٥ / ٥ / ٢٠٠٨ بشأن التعليمات الخاصة بتكوين الاحتياطي الإلزامي.

وفي إطار الرقابة المصرفية الكمية و النوعية، لمجلس النقد والتسليف السوري أن يحدد المبلغ الأقصى لعمليات الخصم من جهة و لعمليات القروض والسلف من جهة أخرى، وله إذا اقتضى الأمر أن يعين توزيع هذه العمليات بين مختلف الحقول الاقتصادية، وللمجلس أيضاً أن يحدد توزيع السقوف لهذه العمليات بين المصارف. وأخيراً للمجلس أن يعدل الفائدة على عمليات الخصم وعمليات القروض والسلف و شروطها.^(٢)

ويحق لمجلس النقد عند الضرورة أن يتخذ قرارات معللة صادرة بأكثر من ثلثي أعضاء المجلس يحدد بها المعدلات القصوى للفوائد والعمولات والنفقات الأخرى التي يجب تطبيقها على بعض فئات معينة من عمليات التسليف. و يحق له أيضاً أن يقرر عدم إمكانية تجهيز عمليات التسليف بأي شكل كان لدى مصرف سورية المركزي إذا لم تتوفر فيها الشروط التي يكون قد حددها بشأن الفائدة والعمولة والنفقات الأخرى.^(٣)

وفي إطار النصوص المتقدمة، تخضع المصارف التجارية لقرارات وتعليمات مجلس النقد بما يتلاءم مع رسم السياسة النقدية والتمويلية حسب الظروف والأوضاع الاقتصادية في البلد وأي مستجدات تطرأ عليها مع الأخذ في الاعتبار المعايير الدولية لكفاية رأس المال والحد من المخاطر.

(١) - قارن المادة (٧٤ من قانون البنك المركزي المصري رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣) بشأن الاحتياطي النقدي الذي يحتفظ به لدى البنك المركزي في شكل رصيد دائن. وأوجب القانون ذاته في المادة (٥٩ / ب) على البنك المركزي أن يضع القواعد اللازمة لتنظيم معدلات السيولة من حيث نسبة ونوع الأصول السائلة التي يجب أن تحتفظ بها البنوك.

(٢) - المادة (٣٣ من قانون النقد والتسليف السوري). وتقابلها المادة (٣٩ من قانون البنك المركزي اليمني)، مشار إليها سابقاً.

(٣) - المادة (١٠١ / ١ ، ٢ من قانون النقد السوري).

وعملًا بالفقرة (٢-هـ) من المادة (٩٩) من القانون رقم (٢٣) لعام ٢٠٠٢، وبغرض حصر التركيز في مخاطر التسهيلات الائتمانية، أصدر مجلس النقد والتسليف التعليمات الخاصة بالحد الأقصى للتسليفات المسموح بها، وبموجب مواد هذه التعليمات :

أ- يجب ألا يتعدى الحد الأقصى للتسليف الذي يمكن منحه لشخص واحد طبيعي أو اعتباري أو إلى مجموعة مترابطة ذات علاقة من الأشخاص نسبة (٢٠ %) من مجموع الأموال الخاصة الصافية للمصرف^(١)، ويطبق هذا الحد الأقصى على التسهيلات الممنوحة أو المستعملة أيهما

(١)- وبموجب المادة(٤) من التعليمات يقصد بالشخص الواحد: الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يشكل وحدة قانونية قائمة بذاتها، كما يعتبر مجموعة مترابطة(ذات علاقة) من الأشخاص الزبائن المدينون في المصرف الذين تنطبق عليهم إحدى الحالات التالية:

أ- مجموعة المؤسسات التي يتحكم الزبون المدين لدى المصرف بإدارتها أو توجيه سياستها بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة.

ب- المؤسسات التي يملك فيها الزبون المدين لدى المصرف أكثرية حقوق التصويت أو أكثرية حقوق الملكية أو حق تعيين أو إقالة غالبية أعضاء مجالس إدارات هذه المؤسسات.

ج- المؤسسات والشركات التي يساهم فيها الزبون بشكل مباشر أو غير مباشر من خلال زوجته وأقربائه حتى الدرجة الثانية أو من خلال زوجات هؤلاء أو من أشخاص خاضعين لأمرته بنسبة (١٠%) أو أكثر من رؤوس أموالها.

د- المؤسسات التي يزودها الزبون المدين بأصول عقارية أو أصول مادية أخرى دون مقابل أو مقابل بدلات رمزية.

هـ- الزبائن والمؤسسات الذين يكفلهم الزبون تجاه المصرف. وبموجب المادة(٥) من هذه التعليمات)، يعود لمفوضية الحكومة لدى المصارف حق تحديد المجموعة المترابطة(ذات علاقة) من الأشخاص لدى المصرف المقرض. وفي حالة اعتراض لمصرف على هذا التحديد، ينظر مجلس النقد بالأمر لاتخاذ القرار النهائي بهذا الخصوص حيث يكون قراره قطعياً. راجع قرار مجلس النقد رقم ١٠١/م ن/ في ١/٢ / ٢٠٠٥، الخاص باعتماد التعليمات الخاصة بالحد الأقصى للتسليفات.

أكبر، سواء كان ذلك على شكل تسهيلات في داخل الميزانية أو على شكل اعتمادات مستندية أو كفالات أو قبولات أو أية تسهيلات مدرجة خارج الميزانية وذلك وفق الحسابات والأوزان التي حددها القرار. وينزل من التسهيلات المنوحة أو المستعملة أيهما أكبر، كامل قيمة المؤونات المكوّنة والفوائد المحفوظة والضمانات النقدية والكفالات المستلمة من الدولة لقاء هذه التسهيلات. كذلك ينزل منها ما نسبته (٨٠%) من قيمة الكفالات الصادرة عن المصارف العاملة في الجمهورية العربية السورية وكذلك عن المصارف الأجنبية ذات التقييم الائتماني المحدد ب AA أو أعلى إذا كانت استحقاقات هذه الكفالات أقل من سنة. أما إذا كانت استحقاقاتها تفوق السنة، فينزل من هذه التسهيلات ما نسبته (٥٠%) من قيمة هذه الكفالات.^(١)

ب- يجب ألا يتعدى مجموع التسهيلات الممنوحة من المصرف أو المستعملة من قبل الزبائن المدينين أيهما أكبر وفق التعريف الوارد في المادة الأولى أعلاه والتي يتجاوز كل منها نسبة (١٠%) من الأموال الخاصة للمصرف حدود خمسة أمثال هذه الأموال.

وتخضع المصارف الإسلامية بصورة عامة لرقابة مجلس النقد والتسليف من حيث الضوابط النازمة لعمل المصارف الإسلامية حيث نصت المادة (١١) من المرسوم التشريعي بإحداث المصارف الإسلامية) على أن ((أ- تخضع المصارف الإسلامية إلى أحكام الباب الرابع من القانون رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢ المتضمن أحكام تنظيم ومراقبة مهنة المصارف في الجمهورية

(١) - هذه الفقرة (الأولى) معدلة بموجب قرار مجلس النقد رقم (٥٤٣/م/ن/ب٤) الصادر بتاريخ

٢٠٠٧/١٢/١٢.

العربية السورية وذلك في كل ما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة بالمصارف الإسلامية الواردة في هذا المرسوم التشريعي.

ب- يضع مجلس النقد والتسليف الضوابط الناظمة لعمل المصارف الإسلامية بما في ذلك القواعد والأحكام الخاصة بالسيولة وكفاية رأس المال ونسب تركيز الاستثمارات وقواعد حساب المخصصات الواجب اقتطاعها لمواجهة مخاطر الأصول كما يضع ضوابط الاستثناءات الممنوحة لهذه المصارف في هذا القانون من أحكام القانون ٢٨ لعام ٢٠٠١ والقانون ٢٣ لعام ٢٠٠١ وتؤخذ في الاعتبار في المراقبة على عمل المصارف الإسلامية معايير الرقابة على المصارف الإسلامية الصادرة عن مجلس الخدمات المالية الإسلامية^(١).

وطبقاً لأحكام المرسوم السوري بإحداث المصارف الإسلامية، يجوز لمجلس النقد والتسليف أن يضع كل أو بعض ما يلي:

- ١- الحد الأقصى لقيمة العمليات المتعلقة بنشاط معين.
- ٢- الحد الأقصى لمساهمة المصرف في الشركات التي يقوم بتأسيسها أو يمتلك أسهماً فيها، وكذلك الحد الأقصى لمساهمة المصرف في مشروع واحد.
- ٣- الحد الأقصى لمقدار التزام عميل واحد قبل المصرف.

(١)- تقابلها المادة (٩٧) من القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣ بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ بشأن النقد وبنك الكويت المركزي.

٤- الحد الأقصى للأموال التي يمكن استثمارها خارج البلاد كنسبة من مجموع الاستثمارات.^(١)

ويجوز لمجلس النقد والتسليف أن يعين القواعد الرقابية للمصارف الإسلامية وفقاً للظروف الاقتصادية السائدة ومقتضيات حالة السوق، وتوجيه المصارف والإشراف عليها تبعاً لذلك، وقد روعي ضمن هذه القواعد سلطة المجلس في وضع الحد الأقصى لمساهمة المصرف في الشركات التي يقوم بتأسيسها أو يمتلك أسهماً فيها، والحد الأقصى لمساهمة المصرف في مشروع واحد^(٢) وكذلك وضع حدود قصوى للعمليات المتعلقة بنشاط

(١)- المادة (١١) ج من قانون المصارف الإسلامية السوري). وتقابلها المادة (٩٨) من القانون الكويتي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣. وتقابل هذه النصوص ما تضمنه قانون البنك المركزي والنقد المصري في المادة (٥٦)، المادة (٧١).

(٢) - وفيما يتعلق بتملك البنوك للأسهم والحصص في رؤوس أموال الشركات جاء في قرار البنك المركزي الأردني ما يلي:- ١- لا يجوز للبنك تملك أي شركة تابعة غير مالية سواء بشكل مباشر أو غير مباشر... ٣- لا يجوز أن تزيد ملكية البنك - بشكل مباشر أو غير مباشر - في أي شركة ليس من غاياتها قبول الودائع عن (١٠%) من رأسمال الشركة المكتتب به. ٤- لا يجوز للبنك أن يمتلك - بشكل مباشر أو غير مباشر - أسهماً في أي بنك آخر أو أي شركة تقبل الودائع دون موافقة خطية مسبقة من البنك المركزي، وفي جميع الأحوال يجب أن لا تتجاوز نسبة هذا التملك (١٠%) من رأسماله المكتتب به أو من رأس المال المكتتب به للبنك (أو الشركة) الذي يمتلك أسهماً فيه أيهما أقل. ٥-أ- لا يجوز أن يزيد مجموع ما يمتلكه البنك من الأسهم والحصص في رؤوس أموال جميع الشركات عن ما نسبته (٥٠%) من رأسماله المكتتب به. ب- تتضمن النسبة أعلاه كل من :- الأسهم والحصص التي يملكها البنك نفسه - الأسهم والحصص التي تملكها شركات تابعة وذلك بمقدار مساو لنسبة مساهمة البنك في رؤوس أموال تلك الشركات. ٦- لا يدخل في احتساب النسب الواردة في الفقرات (٣، ٤، ٥) أعلاه ما يلي: أ- الأسهم والحصص المملوكة سداداً لدين لمدة سنتين من تاريخ تملكها. ب- الأسهم والحصص المسجلة باسم البنك إذا كانت ملكيتها عائدة لعميل أو أكثر من عملاء البنك، ولا تعتبر هذه الأسهم والحصص من موجودات البنك ج- الأسهم والحصص في أي شركة تابعة

معين، ومنها عمليات التمويل بمختلف الصيغ الشرعية، وغيرها من السقوف المذكورة سلفاً بهدف الحفاظ على سلامة أوضاع المصارف، والحد من المخاطر، ووفقاً للسياسة النقدية والائتمانية التي يجري اتباعها في البلد حسب الوضع الاقتصادي .

الاستفادة من تسهيلات المصرف المركزي

نصت المادة (١٥ من المرسوم التشريعي السوري رقم (٣٥) الخاص بإحداث المصارف الإسلامية على أن ((١- تشارك المصارف الإسلامية في نظام المقاصة والتسويات الذي يديره المصرف المركزي وذلك وفقاً لقواعد لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٢- يقوم المصرف المركزي ببعض أو كل مما يلي: (١)

أ- أن يفتح حسابات له لدى المصارف الإسلامية بالليرات السورية وبالعملات الأجنبية .

ب- أن يفتح حسابات لديه للمصارف الإسلامية بالليرات السورية وبالعملات الأجنبية.

ج- أن يمنح المصارف الإسلامية تمويلاً قصيراً ومتوسط الأجل باستخدام أدوات وأساليب لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. (٢)

إذا كانت بنكاً أو شركة مالية. تعليمات تملك البنوك للأسهم والحصص في رؤوس أموال الشركات رقم (٢٠٠٢/١٢) صادرة عن البنك المركزي الأردني برقم: ٤٧٩٥/١٠ وتاريخ ٢٧/٣/٢٠٠٢ م.

(١)- وتقابلها المادة (٩٤)، المادة (٩٥) من القانون الكويتي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣.

(٢)- وبموجب المادة (١) من قرار مجلس النقد السوري رقم (٤٦٠ / م ن/ ب ١ الصادر في ٣١/

١/ ٢٠٠٩) يقوم مصرف سورية المركزي بتمويل المصارف بالليرات السورية وبالشروط

التالية:

د- أن يبيع ويشترى من المصارف الإسلامية الأوراق المالية وغيرها من الأدوات التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

هـ- أن يصدر أدوات تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للحدود والشروط التي يقررها مجلس النقد والتسليف ويتم التعامل بها بيعاً وشراء مع الجهات الخاضعة لإشراف ورقابة المصرف المركزي)).^(١)

١- تمنح عمليات التمويل للمصارف بهدف ردم الفجوات المؤقتة الناجمة عن عمليات التمويل الاستثمارية التي قامت بها هذه المصارف وذلك بعد التأكد من حاجتها للسيولة وعجزها عن الحصول على الأموال اللازمة من مصادر أخرى. ٢ - تستعمل الأموال التي يمنحها المصرف المركزي عن طريق منح هذه التمويلات لأغراض التوسع في التمويل. ٣ - ينبغي ألا يتجاوز مجموع التمويل المقدم من المصرف المركزي قيمة محفظة التمويلات الاستثمارية المباشرة لدى المصرف) أي قيمة التسهيلات المستعملة التي منحت لتمويل شراء أو تحديث أصول إنتاجية ثابتة أو لتمويل رأس المال العامل لمثل هذا النوع من المشاريع (أو قيمة الأموال الخاصة الصافية لدى المصرف، أيهما أقل. ٤ - لا يدخل في احتساب السقف المحدد في البند السابق قيمة محفظة التمويلات الاستثمارية المصنفة كديون غير منتجة وفق قرارات مجلس النقد والتسليف ذات الصلة. ٥ - يحدد أجل التمويل الممنوح بعد دراسة طلب المصرف ولكل حالة على حدة. ٦ - ألا تقل نسبة كفاية رأس المال عن الحد الأدنى وفق قرار مجلس النقد والتسليف رقم ٢٠٠٧ وتعديلاته. ٧ - أن يكون المصرف ملتزماً بنسب التركيزات الائتمانية والاستثمارية المحددة بقرارات مجلس النقد ذات الصلة.

مادة (٢) يتم تمويل المصارف التقليدية على أساس أسعار الفائدة المحددة وفق نشرة تصدر دورياً عن مصرف سورية المركزي.

مادة (٣) يتم تمويل المصارف الإسلامية وفق نفس الشروط السابقة وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

مادة (٤) (يمنح التمويل بموجب قرار يصدر عن مجلس النقد ..))

(١)- وفي المقابل يقوم المصرف المركزي بدوره كمقرض أخير للمصارف عندما تعجزها السيولة، نتيجة لعجز الأرصدة النقدية عن مقابلة طلبات الدفع. أو عندما يرغب في إتباع سياسة توسعية، حيث يقوم بإقراض المصارف مقابل فوائد محددة، فتزيد القروض التي تقدمها لعملائها تبعاً لذلك. والقروض المقدمة للمصارف قد تكون مباشرة أو في صورة خصم لأوراق تجارية أو شراء ما تملكه

قيود تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة والاستثناءات الواردة عليها

وضعت التشريعات المصرفية السورية قيوداً قانونية على استخدام المصارف التجارية لمواردها في مجال التوظيف، إذ حظرت المادة (١٠٠) / ١، ٢ من قانون النقد رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢ على المصارف أن تتعاطى أعمالاً غير مصرفية وخاصة:

١- امتلاك البضائع والمتاجرة بها لحسابها الخاص ما لم تستهدف العملية تأمين التسليف، مطالبات مشكوك فيها.

٢- شراء العقارات لحسابها الخاص والاحتفاظ بها بصورة دائمة فيما عدا:

أ- العقارات اللازمة لممارسة أعمالها.

ب- العقارات التي يحرزها المصرف استيفاء لديونه أو ضماناً للمطالبات المشكوك بها، ويجب على المصرف في هذه الأحوال أن يبيع هذه العقارات في غضون سنتين.

٣ - لا يجوز لأي من المصارف المرخصة:

أ- فتح اعتمادات أو منح قروض أو سلف بأي شكل لرئيس وأعضاء مجلس إدارة المصرف ومديره العام وأقربائهم حتى الدرجة الثالثة وزوجات هؤلاء وأقربائهم حتى الدرجة الثانية.^(١)

المصارف من أوراق مالية حكومية لتوفير ما تحتاج إليه من سيولة في أقل وقت ودون تعرضها لخسائر رأسمالية كبيرة. ويهدف المصرف المركزي من تطبيق هذه السياسة إلى تسهيل تسوية المدفوعات بين مختلف المؤسسات النقدية، وضمان حد أدنى من سيولة الجهاز المصرفي، والمحافظة على استقرار النظام المصرفي بصفة عامة.

(١) - إشارة إلى أحكام المادة (٢٠/٣/أ) من قانون إحداث المصارف الخاصة والمشاركة رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١ والمادة (١٠٠/٣/أ) من قانون مصرف سورية المركزي ونظام النقد الأساسي رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢ قرر مجلس النقد السوري ما يلي: مادة (١) - أ - لا يقتصر حظر منح التسهيلات الائتمانية

ب- يحظر على أي من المصارف المرخصة فتح اعتمادات أو منح قروض أو سلف بأي شكل للعاملين لديه أو للمراقبين أو لمفتشي حسابات المصرف ومدققها أو للعاملين في أجهزة الدولة الذين لهم علاقة مباشرة بالإشراف على أعمال المصارف ومراقبتها أو متابعة نشاطاتها وزوجات هؤلاء وأولادهم ما لم يوافق مجلس النقد والتسليف مسبقاً على ذلك)).

والمقصود من هذا الحظر هو الحيلولة دون استغلال الأشخاص المعنيين في الفقرة الثالثة لمناصبهم في إدارة المصرف في سبيل منفعتهم الخاصة أو منفعة الجهات التي يمثلونها بصفقتهم أعضاء في مجلس إدارة المصرف.

وبموجب الاستثناء الوارد في صلب الفقرة(ب) من المادة السابقة، أصدر مجلس النقد والتسليف قراراً سمح بمقتضاه للمصارف العاملة في سورية أن

المباشرة وغير المباشرة الوارد في المواد المشار إليها أعلاه على أعضاء مجلس إدارة المصرف بصفقتهم الشخصية، بل يشمل الأطراف ذوي العلاقة بهم وهي:

أقارب أعضاء مجلس الإدارة الطبيعيين حتى الدرجة الرابعة، وأزواجهم والأعضاء وأقربائهم حتى الدرجة الثانية. الشركات الأم والتابعة والزميلة والشقيقة لعضو مجلس الإدارة. ب- ينطبق حكماً على أعضاء مجلس إدارة الشركات الأم والتابعة والزميلة والشقيقة للمصرف ما ينطبق على أعضاء مجلس إدارة المصرف وفق ما هو وارد أعلاه... مادة(٢)- بناء على ما جاء في المادة (١) فإنه:

أ. يتوجب على المصارف الالتزام التام بعدم منح تسهيلات لأي من الأشخاص الذين ينطبق عليهم الحظر بموجب المواد المشار إليها أعلاه والقرارات الصادرة بمقتضاها بما فيها هذا القرار، وعلى المصارف الالتزام أيضاً بعدم منح تسهيلات لأي جهة يكون المستفيد الأخير منها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أيّاً من أولئك الأشخاص.

ب. في حال وجود تسهيلات قائمة لدى المصرف من أي نوع من التسهيلات موضوع هذا القرار، يتم تخفيض الأموال الخاصة للمصرف بقيمة هذه التسهيلات وذلك لأغراض احتساب نسبة كفاية رأس المال وكافة النسب الاحترازية الأخرى... راجع قرار مجلس النقد رقم (٥٠٠ / م / ن / ب ٤) الصادر في ١٠ / ٥ / ٢٠٠٩.

تمنح موظفيها قروض بمبلغ لا يتجاوز (١ ٥٠٠٠٠٠) ليرة سورية كحد أقصى للقرض الواحد وبفائدة منخفضة بعد موافقة مصرف سورية المركزي على الضوابط والحدود التي تحددها إدارة كل مصرف لهذه القروض.^(١)

وفضلاً عن ذلك، حظرت المادة (٢٠ / ١، ٢) من قانون المصارف الخاصة والمشاركة رقم (٢٨ لعام ٢٠٠١) على المصارف التجارية مزاوله الأعمال التالية سواء كان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة:

١ - مزاوله الأعمال والنشاطات التجارية والصناعية أو أي نشاط آخر ليس له علاقة بالأعمال المصرفية.

٢ - المشاركة في مؤسسات صناعية أو تجارية أو زراعية أو خدمية أو سياحية.

٣ - فتح اعتمادات أو منح تسهيلات لرئيس مجلس الإدارة وأعضائه ومديره العام ولمفتشي حسابات المصرف ومدققها أو للعاملين في أجهزة الدولة الذين لهم علاقة مباشرة بالإشراف أو بمراقبة نشاطات المصرف أو متابعتها. ووفقاً لحكم المادة (١٠٠ / ٤) من قانون النقد، لا يطبق الحظر المذكور في الفقرتين (١ و ٢) من المادة (٢٠) من القانون رقم (٢٨) لعام (٢٠٠١) على ما يلي:

أ - القيم التي يحرزها المصرف ضماناً لاستيفاء المطالبين المشكوك بها وفي هذه الحال يجب على المصرف أن يتخلّى عن القيم المذكورة في غضون سنتين.

ب - القيم التي تتمتع بضمانة الدولة والحصص في رأس مال مؤسسات التسليف المحدثة بقانون خاص.

(١) - قرار مجلس النقد والتسليف السوري رقم (٣٣٨ / م ن / ب ٤) الصادر في ١٢ / ١٢ / ٢٠٠٧.

ج- الأسهم وأسناد القروض بالعملة السورية أو بالعملات الأجنبية التي يكلف المصرف طرحها على الجمهور والحصص في شركة أو أكثر من الشركات المشكلة خصوصاً لطرح مثل هذه الأسهم والسندات على الجمهور وذلك خلال مهلة لا تتجاوز ستة أشهر اعتباراً من تاريخ اكتتاب المصرف بالأسهم والأسناد المذكورة)).

ومن الحظر المقرر على هذه المصارف، تم استثناء المصارف الإسلامية بموجب المادة (٩ من مرسوم المصارف الإسلامية) التي نصت على أنه ((استثناء من أحكام الفقرتين (١ و ٢) من المادة (٢٠) من القانون رقم (٢٨) لعام ٢٠٠١، والفقرتين (١ و ٢) من المادة (١٠٠) من القانون رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢ يحق للمصارف الإسلامية تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة وبيعها واستثمارها وتأجيرها واستئجارها بما في ذلك استصلاح الأراضي المملوكة والمستأجرة وإعدادها للزراعة والصناعة والسياحة والإسكان وكذلك تأسيس الشركات والإسهام في مشاريع تحت التأسيس في مجالات تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية وذلك في معرض القيام بالعمليات المصرفية الإسلامية لصالح العملاء أو بالاشتراك معهم ولمجلس النقد والتسليف أن يخضع عمليات التملك والاستثمار والمساهمة هذه للضوابط والحدود التي يراها مناسبة)).^(١)

(١) - الاستثناء المقصود من المادة (٢٠) من قانون المصارف الخاصة والمشاركة) - مقرر مع مراعاة البند ١٢ من المادة ذاتها والتي تتعلق بممارسة المصرف أعمال شراء وبيع أسهم وسندات الشركات المساهمة المطروحة أسهمها على الاكتتاب العام وكذلك الأوراق المالية الأخرى المسموح بتداولها في سورية وفق الضوابط والنسب التي يحددها مصرف سورية المركزي. قارن المادة (٩ من قانون المصارف الإسلامية) المتعلقة بالاستثناءات بالمادة (٥٤) ٢/ من قانون البنوك الأردني).

ويلاحظ أنَّ حق المصارف الإسلامية في تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة وبيعها واستثمارها وتأجيرها مقيد بأن يكون ذلك في معرض القيام بالعمليات المصرفية الإسلامية لصالح العملاء أو بالاشتراك معهم وبالضوابط والحدود التي يراها مجلس النقد مناسبة.^(١)

وتمارس المصارف التجارية الأعمال والخدمات المصرفية وفق النسب والضوابط التي يحددها مصرف سورية المركزي، حيث قضت أحكام المادة (١٢/١ / البند ١٢) من قانون المصارف الخاصة والمشاركة السوري لعام ٢٠٠١ بأن ((يمارس المصرف الأعمال والخدمات المصرفية على أنواعها ومنها: شراء وبيع أسهم وسندات الشركات المساهمة المطروحة أسهمها على الاكتتاب العام، فضلاً عن الأوراق المالية المسموح بتداولها في الجمهورية العربية السورية وفق الضوابط والنسب التي يحددها مصرف سورية المركزي)). ويسري هذا النص على المصارف الإسلامية بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

يتضح مما تقدم أن استخدام سلطات الرقابة المصرفية لوسائل الرقابة الكمية والنوعية، تكون محصلة متمثلة في التقييد أو التوسع في حجم الائتمان أو التمويل المصرفي ومساره الموجه إلى مجالات الاستثمار المختلفة وفقاً للسياسة النقدية والتمويلية المرسومة. وبختام هذا المبحث، نكون قد وضعنا أسس العلاقة القائمة بين المصارف المركزية والمصارف التجارية من جهة، وعلاقة المصارف الإسلامية بالمصارف المركزية من جهة أخرى، وبيننا من خلال هذه العلاقة ضوابط الاستثمار في حدود الغاية من إجراء هذا البحث.

(١)- ويلاحظ أن المادة (٩٦) من القانون الكويتي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣ بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى قانون النقد وبنك الكويت المركزي لسنة ١٩٦٨، حظرت على المصارف الإسلامية أن تمتلك أو تتعامل في مباني السكن الخاص داخل الكويت فيما عدا: ما تملكه أو تتعامل فيه لأغراض تنفيذ عمليات التمويل التي تم أو يتم الاتفاق عليها مع العملاء....، وبالضوابط التي يضعها البنك المركزي.

المبحث الثاني

القيود القانونية والنظامية لقبول طلبات التمويل المصرفي

الأصل أن تمارس المصارف الإسلامية كافة أعمالها المصرفية وأعمال التمويل والاستثمار اللازمة لتحقيق أغراضها حسب الأعراف والقواعد المصرفية المتعارف عليها طبقاً للقوانين النافذة، وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وتتقيد في هذا الإطار بالضوابط والحدود والشروط التي تضعها السلطات النقدية في كل بلد.^(١)

ويضع مجلس إدارة الشركة (المصرف) خطة استثمار أموال الشركة والمودعين في مختلف القطاعات الاقتصادية لآجال قصيرة ومتوسطة وطويلة المدى بما يحقق مصلحة الشركة في إطار المصلحة العامة، وذلك من خلال استخدام صيغ المضاربة والمشاركة والمرابحة وغيرها من الصيغ التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما يتم الاستثمار بالاشتراك في إنشاء مشروعات جديدة أو شراء مشروعات قائمة أو المشاركة فيها عن طريق تمويلها.^(٢)

(١)- يلتزم المصرف بحد أدنى من المعايير في عمليات التمويل بمختلف أنواعها والتي تكون معرضة لمخاطر الائتمان المتمثلة في عدم قدرة المدينين على سداد جزء أو كل المستحق عليهم في تواريخ الاستحقاق، وفي سبيل ذلك يلتزم المصرف بعدد من الإجراءات أهمها: إعداد الدراسات الائتمانية عن العملاء والمصارف قبل التعاقد معهم- الحصول على الضمانات الكافية لتحديد حجم المخاطر الناشئة عن تعثر العملاء والمصارف- المتابعة والدراسة الدورية للعملاء والمصارف بهدف تقييم مراكزهم المالية- توزيع العمليات والاستثمارات على قطاعات مختلفة تلافياً لتركز المخاطر. راجع: تعليمات البنك المركزي اليمني بشأن مخاطر الائتمان بالنسبة للمصارف الإسلامية والمصارف التجارية الصادر بالمنشور رقم ١٠ لسنة ٩٧.

(٢)- انظر المواد (٥٨) من نظام بنك دبي، ٥٥ من نظام بنك البحرين، ٥٦ من نظام بنك سبأ).

ويحدد مجلس الإدارة النسبة التي لا يتجاوزها تمويل أي مشروع جديد أو قائم من رأس المال العامل، كما أنه يحدد جملة المبالغ التي يجوز تشغيلها في مشروعات قصيرة الأجل ومشروعات طويلة الأجل، وذلك في حدود ما تسمح به الأوضاع المالية للشركة والاعتبارات الفنية الواجبة بحكم القانون والعرف.^(١)

وتسترشد المصارف في تقديرها لما يقدم إليها من طلبات التمويل بالاعتبارات الاقتصادية والقانونية وعلى الأخص^(٢):

أولاً: القدرة المالية والفنية التي يتمتع بها مقدم طلب التمويل.

ثانياً: مدى توفر وكفاية وصحة الضمانات المقدمة من طالب التمويل.

ثالثاً: درجة أهمية المشروع المطلوب تمويله و أولويته الاقتصادية والاجتماعية.

رابعاً: التقييم الاقتصادي والفني بما في ذلك دراسة فرص نجاح المشروع.

خامساً: التأكد من توفر القدر المناسب من المال اللازم لتنفيذ المشروع لدى أصحاب المصلحة فيه إضافة إلى تمويل الشركة له.

سادساً: عدم تعارض المشروع مع المصالح الاقتصادية للدولة وعدم تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية.

سابعاً: توفر الجهاز الإداري والفني الكفاء للمشروع.

(١) - المواد (٦٠ من نظام بنك دبي، ٥٧ من نظام بنك البحرين، ٦٦ من نظام بنك سبأ، ٥١ من نظام بيت التمويل الكويتي)

(٢) - راجع المواد (٥٨ من نظام بنك البحرين، ٦٢ من نظام بنك دبي، ولمزيد من الاطلاع انظر دليل إجراءات العمل في قسم الاستثمار في بنك سبأ، مرجع سابق، ص ١.

ضوابط إبرام العقود بين المصارف وإدارة المشاريع محل التمويل

تبنّت بعض أنظمة المصارف وضع الضوابط اللازمة لإبرام العقود مع إدارة المشاريع محل التمويل، وأُوجبت أن تتضمن جميع العقود المبرمة بينها وبين إدارة المشروع محل التمويل كل ما يلزم من الشروط والبيانات وعلى الأخص ما يلي: ^(١)

أولاً: الشروط المالية بما في ذلك نسبة الربح المستحقة للمصرف مقابل التمويل والمبلغ المستحق له مقابل الدراسة والإشراف أو الوكالة.

ثانياً: تعهد إدارة المشروع بأن تقدم إلى المصرف دورياً المعلومات الكافية عن سير العمل في المشروع محل التمويل من تاريخ توقيع الاتفاقية إلى أن يتم تصفية العلاقة المالية.

ثالثاً: تعهد إدارة المشروع بأن تقدم إلى المصرف جميع التسهيلات اللازمة للتعرف على سير العمل الذي يسهم المصرف في تمويله.

(١) - انظر المواد (٥٩ من نظام بنك البحرين الإسلامي، ٦٣ من نظام بنك دبي). ومن قواعد الرقابة وضوابط إبرام العقود أن النظام الأساسي أوجب على المصرف أن يتأكد من سلامة المشروعات الاستثمارية التي يشرف عليها بنفسه والتي يشارك فيها بجزء من ماله والتي يشارك فيها بودائع المودعين بمختلف أنواعها بوصفه نائباً عنهم. وتشتط في العقود التي يبرمها المصرف مع الغير للمشاركة في الاستثمار أو المعاونة فيه عدم التعامل بالربا أخذاً وإعطاء، وألا يكون المشروع موضوع التعاقد أو التعامل أو التصرف متضمناً لخدمات أو أعمال تحرمها الشريعة. راجع المادة ٢٨ من نظام بنك فيصل المصري. ويكون للمصرف الحق في التفتيش والرقابة الفعلية على المشروعات التي يمولها. ويجب أن يكون رد أصل المال وأرباحه بالعملة التي قدمت بها أو بإحدى العملات القابلة للتحويل التي يحددها مجلس الإدارة وفقاً للشروط والأوضاع التي يتم الاتفاق عليها. انظر المادة ٢٧ من نظام بنك فيصل المصري.

رابعاً: بيان وسائل التأكد من صرف دفعات التمويل على تكاليف المشروع محل التمويل وفي المواعيد المحددة لها، ويجوز أن يكون ذلك بالصرف مباشرة من إدارة المصرف إلى أوجه المصاريف المعتمدة للمشروع.

خامساً: بيان وسائل التأكد من استرداد المصرف لقيمة التمويل وحصته من الربح، ويجوز أن يكون ذلك بتحصيل المصرف لدخل المشروع محل التمويل.

سادساً: بيان وسائل التأكد من صحة حسابات المشروع، ويجوز أن يكون ذلك بإشراف محاسبي المصرف ومراقبيه على حسابات المشروع.

سابعاً: بيان وسائل التأكد من صحة إبرام العقود القانونية مع موظفي المشروع وعماله والمقاولين الأصليين والمقاولين من الباطن والتجار وغيرهم ممن يلزم التعاقد معهم بشأن تنفيذ المشروع.

ونصت المادة (٦٧) من نظام بنك سبأ على أنه (عند دراسة طلب التمويل المقدمة للبنك يراعى ما يلي:

أ- موافقة المشروع لأحكام الشريعة الإسلامية.

ب- القدرة المالية والفنية لمقدم طلب الاستثمار.

ج- الأولوية الاقتصادية والاجتماعية للمشروع.

د- التحليل المالي للمشروع، وكذا التقييم الاقتصادي والفني له.

هـ- مدى توفر الضمانات لدى مقدم الطلب).

وهذه الضوابط تتطلبها أصول الإدارة الحديثة للأموال للحد من مخاطر الاستثمار والتمويل، وتمثل عناصر يمكن الاسترشاد بها في إلزام المصرف بضمان خسارة الأموال في حالة تعديده أو تقصيره. وفي الحقيقة إن الضوابط المذكورة- باستثناء الجانب الشرعي- لا تخرج عن الأصول المقررة قانوناً وعرفاً بالنسبة لإدارة المصرف التجاري لموارده المالية. فعلى سبيل المثال:

إن المادة (٥٧) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣)، نصت على أنه ((يشترط لتقديم الائتمان للعميل أن يكون حسن السمعة ولديه موارد ذاتية كافية وأن تثبت الدراسات كفاية التدفقات النقدية المتوقعة لأنشطته للوفاء بالتزاماته. وللبنك في الأحوال التي يقدرها أن يطلب من العميل تقديم ضمانات إضافية سواء عينية أو من أي طبيعة أخرى يقبلها البنك. وتبين اللائحة لتنفيذية لهذا القانون معايير تقييم الضمانات التي تقدم للبنك عما يعطيه للعميل من التمويل والتسهيلات الائتمانية، كما تبين الضوابط اللازمة لتطبيق أحكام هذه المادة. ولا يجوز تجديد أو تعديل ائتمان قبل مصادقة العميل على أرصدة التمويل والتسهيلات الائتمانية المقدمة له من البنك)).^(١)

وفضلاً عن ذلك، نصت المادة (٦٣ من القانون ذاته) على أن ((يضع مجلس إدارة كل بنك قواعد تقديم الائتمان للعملاء والإجراءات التي تتبع للتأكد من الجدارة الائتمانية وصحة المعلومات المقدمة وإجراءات إتاحة هذا الائتمان ونظام الرقابة على استخدامه وتحدد اللائحة الداخلية للبنك

(١)- ومن ضوابط تقديم الضمانات ما تضمنته المادة (٢٠) من اللائحة التنفيذية لقانون البنك المركزي المصري) بالنص على أنه ((في الأحوال التي يقرر فيها البنك الحصول على ضمانات عينية من العميل، يتم تقديم هذه الضمانات عن طريق بيوت الخبرة المتخصصة والمسجلة لدى البنك المركزي وفقاً للمعايير المهنية، وعلى الأخص ما يلي: أ- القيمة وقت التملك. ب- التغيرات التي طرأت على قيمة الأصل الضامن من تاريخ تملكه. ج- التغيرات التي طرأت على السوق وأثرها في تغير قيمة الأصل الضامن. د- القيمة البيعية للأصول المثلية وقت التقييم. هـ- المخاطر المحتمل تغير الأصل الضامن له)). راجع قرار رئيس الجمهورية رقم (١٠١) لسنة ٢٠٠٤ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون البنك المركزي المصري الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣.

صلاحيات المديرين في المركز الرئيسي والفروع في تقديم الائتمان والموافقة عليه. كما تحدد الحدود الدنيا لطلبات الائتمان التي تعرض على مجلس إدارة البنك. ويعرض على مجلس إدارة البنك في اجتماعاته الدورية التصنيف الذي أعدته الإدارة المعنية عن الائتمان المقدم للعملاء)).

وتأكيداً لما تقدم، نصت المادة (١٩) من اللائحة التنفيذية لقانون البنك المركزي (المصري) على أنه

((يتعين على البنك عند تقديم التمويل أو التسهيل الائتماني للعميل مراعاة الضوابط التالية:

أ- التأكد من الجدارة الائتمانية للعميل وكفاءة إدارة نشاطه وصحة المعلومات والبيانات المقدمة منه، وذلك وفقاً لقواعد وإجراءات تقييم الائتمان التي يضعها مجلس إدارة البنك تطبيقاً لحكم المادة (٦٣) من القانون).

ب- شمول بيانات أرصدة المديونية المشار إليه في المادة (٦٢) من القانون لمديونيات الأطراف المرتبطة بالعميل.

ج- استيفاء الاستعلام عن العميل من مصادر موثوق فيها وفقاً للنماذج التي يعتمد عليها مجلس إدارة البنك، مع مراعاة تجديد الاستعلام مرة على الأقل كل ستة أشهر.

د- التأكد من حسن سيرة العميل وتوافر موارد ذاتية كافية لديه تتناسب مع حجم التمويل أو التسهيل الائتماني له المقدم من البنك ومن البنوك والجهات الأخرى وكفاية التدفقات النقدية المتوقعة من أنشطته المطلوب تمويلها للوفاء بالتزاماته.

هـ- الاطلاع على البيان المجمع الخاص بالعميل والأطراف المرتبطة به والذي توفره قاعدة المعلومات المجموعة بالبنك المركزي وذلك قبل اتخاذ

قرار تقديم التمويل أو التسهيل الائتماني أو زيادته أو تجديده أو تعديل شروطه.

و- مراعاة ألا تؤدي نسبة التمويل من الجهات المحلية والأجنبية إلى حقوق المساهمين في منشأة العمل إلى الإخلال بقدرتها على خدمة التمويل والتسهيلات الائتمانية التي حصلت عليها.

ز- أن يكون التمويل أو التسهيل الائتماني لغرض محدد، وألا يستخدم إلا في هذا الغرض.

ح- أن يقترن منح التمويل أو التسهيل الائتماني بالنقد الأجنبي بتوافر موارد النقد الأجنبي لدى العمل تساعد على السداد.

ط- عدم تركيز ما يقدمه البنك من التمويل والتسهيلات الائتمانية لدى عدد محدد من العملاء أو الأنشطة أو القطاعات

ي- الالتزام بصلاحيات المديرين في المركز الرئيسي بالبنك وفروعه في تقديم الائتمان والموافقة عليه، وكذلك بالحدود الدنيا لطلبات الائتمان التي تعرض على مجلس إدارة البنك، وذلك كله طبقاً لما تحدده اللائحة الداخلية للبنك.

ك- استيفاء كافة الشروط التي تتضمنها الموافقة الائتمانية قبل السماح باستخدام التمويل أو التسهيل الائتماني وفي جميع مراحل هذا الاستخدام.

ل- أي ضوابط أخرى يقررها مجلس إدارة البنك المركزي ((.

وعلاوة على ما سبق، نصت المادة (٦٢ من قانون البنك المركزي المصري) على أنه ((على من يطلب الحصول على تمويل أو تسهيلات ائتمانية من البنوك من بين الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية، أن يفصح في الطلب عن أصحاب المنشأة أو أصحاب الحصص أو نسبة

المساهمة في شركات المساهمة المغلقة ودرجة القرابة بينهم إن وجدت، وأرصدة المديونية لدى البنوك الأخرى عند تقديم الطلب. ولا يجوز النظر في الطلب إلا بعد تقديم هذه البيانات والإقرار بصحتها)).

وأوجبت المادة (٦٤ من القانون ذاته) ((على كل بنك التأكد من أن التمويل والتسهيلات الائتمانية تستخدم في الأغراض والمجالات التي حددت في الموافقة الائتمانية وأن يتابع ذلك. ويحظر على العميل استخدام التمويل أو التسهيلات الائتمانية في غير الأغراض أو المجالات التي حددت في الموافقة الائتمانية)).^(١)

وعلى ضوء ما تقدم، يستند تقديم الائتمان المصرفي إلى القواعد والأسس الائتمانية المستقرة والمتعارف عليها في الجهاز المصرفي. ويقوم المصرف المركزي عادة بوضع القواعد الاسترشادية أو الضوابط الائتمانية بهدف تحقيق الرقابة على المصارف العاملة بالدولة لتجنب مخاطر الائتمان. وعند دراسة طلبات التسهيلات الائتمانية تراعى عدة اعتبارات للوصول إلى قرار ائتماني سليم يستند إلى تقدير المخاطر الائتمانية التي تتضمنها التسهيلات المطلوبة، ويستعان بمجموعة من المؤشرات والمعايير منها: ^(٢)

١- مؤشرات التحليل العامة وغير الكمية: سمعة العميل- الرغبة والقدرة على السداد: أي طريقة السداد ومصدره(موارد النشاط أم موارد أخرى) واتصافه بالانتظام والاستمرار وكفاية السداد-الضمانات- موقع المشروع من

(١)- قارن المادة ٢٤ من قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني مشار إليها سابقاً في المطلب الثاني، المبحث الثاني من الفرع الأول من هذا الفصل.

(٢)- لمزيد من الاطلاع راجع :د. صلاح الدين حسن السيسي، القطاع المصرفي والاقتصادي الوطني، مهرجان القراءة للجميع، مكتبة الأسرة، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٠ وما بعدها.

القطاع- الظروف العامة للنشاط- الشكل القانوني للمشروع - نمط الإدارة
بالمشروع- خبرة مديري المشروع وسمعتهم...إلخ.

٢- المؤشرات الكمية: تحليل القوائم المالية للعميل- إعداد قائمة التدفق
النقدي- تحليل ربحية المصرف من عمله...إلخ.

وتراعى الاعتبارات التالية لسلامة تقييم الائتمان وتقدير حجم المخاطر
الائتمانية لطلبات التسهيلات الائتمانية:

أ-المواءمة بين إجمالي التسهيلات التي تمنح للعميل وبين حجم موارده
المالية المستثمرة في نشاطه ونوع هذا النشاط، حتى لا يتحمل بأعباء تفوق
نشاطه من ناحية، ويزيد من مخاطر المصرف من ناحية أخرى.

ب-أن تكون المعلومات الائتمانية المختلفة عن العملاء مدعمة بالمستندات
اللازمة من عدة مصادر، وأن تجدد بصفة مستمرة لمتابعة ما يطرأ على
مراكز العملاء من تطورات تؤثر على حجم معاملاتهم مع المصرف. وعلى
أساس هذه المعلومات يتم تجديد التسهيلات أو تعديلها (زيادتها-تخفيضها)
بعد الاطمئنان على سلامة المركز المالي للعميل.

ج-أن أهم عناصر السداد هو نجاح المشروع نفسه، أما الضمانات المقدمة
أيأ كان نوعها فليست كافية لتحقيق الأهداف التي من أجلها قام المصرف
بتوظيف أمواله بمنح التسهيلات.

وعطفاً على ما تقدم، فالمصارف التجارية أياً كان نوعها ملزمة قانوناً وعرفاً بإدارة الأموال وفقاً للأصول المصرفية، بما في ذلك التأكد من استخدام صرف التمويل في الأغراض والمجالات التي حددت في الموافقة الائتمانية الممنوحة من أجلها، ومتابعة تنفيذ التمويل الممنوح، حتى يمكن تدارك أية مخاطر فور ظهورها، وإيجاد الحلول والبدائل بما يحقق فاعلية الائتمان وسلامته. ويمكن القول بصفة عامة أنه لا يوجد اختلاف بين المصارف التجارية والمصارف الإسلامية من حيث إجراءات دراسة طلبات التمويل وفق القواعد السليمة تحديداً للمخاطر الائتمانية.

الباب الثاني
مجالات استثمار الموارد المالية في
المصارف الإسلامية

الباب الثاني

مجالات استثمار الموارد المالية في المصارف الاسلامية

تمهيد وتقسيم:

يقوم المصرف التجاري بتوظيف موارده المالية في أهم المجالات الآتية:

- ١ - استثمار أمواله عن طريق إيداعها لدى مصارف أخرى محلية أو خارجية بأسعار فائدة تزيد عن أسعار الفائدة التي يمنحها للمودعين.
- ٢ - استثمار جزء من أمواله في أصول مالية قصيرة الأجل (أذون الخزانة... الخ).
- ٣ - منح ائتمان قصير الأجل للأفراد والمصارف الأخرى، ويعتبر المجال الرئيسي للتوظيف، وما يفيض عن ذلك يوجه لمجالات التوظيف الأخرى.
- ٤ - استثمارات طويلة الأجل (الاشتراك في تأسيس الشركات التجارية أو شراء الأوراق والسندات المحلية والخارجية).
- ٥ - الاتجار في العملة وهو عملية شراء وبيع العملة.

وعمليات الائتمان بمنح القروض أو فتح الاعتماد أو تقديم الضمان هي الوسائل القانونية التي تستخدمها المصارف التجارية في سبيل القيام بنشاطها.

- ١ - القرض المصرفي عقد بمقتضاه يقوم المصرف بتسليم المقتترض مبلغاً من النقود على سبيل القرض أو بقيده في الجانب الدائن لحسابه في المصرف وفق الشروط والآجال المتفق عليها، ويجوز أن يكون القرض مضموناً بتأمينات، ويلتزم المقتترض بسداد القرض وفوائده للمصرف في المواعيد والشروط المتفق

عليها^(١)، ويكون القرض بمبلغ معين يحصل عليه العميل دفعة واحدة أو على شرائح، على أن يسدد في تاريخ معين أو على أقساط دورية محددة القيمة.

٢- السلفيات: المقصود بها أن يمنح المصرف حداً ائتمانياً بمبلغ معين يكون صالحاً للاستخدام خلال فترة زمنية بحسب احتياجات العميل، وتكون الموافقة الائتمانية مقترنة بفترة زمنية كسنة أشهر أو سنة. والفرق بين القرض والسلفة أن المقرض يتحمل بالفائدة عن كامل مبلغ القرض وطوال مدته، أما المقرض في السلفة فلا يتحمل بفائدة إلا عن المبلغ الذي يستخدمه بالفعل.^(٢)

وتقدم المصارف التجارية القروض في صورتها البسيطة (السلف) للراغبين بناء على طلب مصحوب بالمستندات المطلوبة ويُذكر في الطلب الغرض منها، وتتعدّد السلفة من لحظة صدور قرار البنك باعتمادها، ولا يجوز لمن حصل على السلفة أن يستعملها إلا في الغرض المخصص لها، ويجوز للبنك اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بذلك. ويتعين دفع رسوم خدمة عن السلف وفقاً للنسب المحددة من البنك المركزي، ويجوز للبنك أن يشترط على طالب السلفة تقديم ضمان في صورة رهن أو كفالة أو ضمان تجاري على حسب الأحوال. وتحتسب فائدة بسيطة على السلفة، ويلتزم المقرض برد مثل السلفة في الميعاد المحدد لذلك، ويجوز تحديد الأجل باتفاق الطرفين مع تجديد الضمانة.^(٣)

٣- خصم الأوراق: عقد يعجل المصرف بمقتضاه إلى حامل ورقة تجارية أو أي صك آخر قابل للتداول لم يحل أجل استحقاقه القيمة الثابتة بالصك

(١) - المادة (٤٠٩) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي لدولة الإمارات رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.

(٢)- د. حسن حسني محمد حسني، الخدمات المصرفية في البنوك التجارية، مرجع سابق، ص ٥٥ وما بعدها. ولمزيد من الاطلاع حول مجالات الاستثمار في المصارف التجارية (قروض وتسهيلات، خصم الأوراق، المحافظ وصناديق الاستثمار) راجع: د. سعيد محمد سيف النصر، دور المصارف التجارية في استثمار أموال العملاء، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، ١٩٩٣.

(٣)- راجع: المواد (٤١٥ - ٤٢١ من القانون التجاري اليمني)

مخصوصاً منها الفائدة والعمولة عن المدة بين تاريخ الخصم وميعاد الاستحقاق، وذلك مقابل انتقال ملكية الصك إلى المصرف مع التزام المستفيد برد القيمة إلى المصرف إذا لم يدفعها المدين الأصلي.^(١)

أما المصارف الإسلامية فتقوم على أساس تحريم الفوائد الربوية، وتمارس نشاطها التوظيفي للموارد بعيداً عن الأسس التي يقوم عليها نشاط الاقراض بفائدة في المصارف التجارية.

وقد سبق أن ذكرنا أنه استثناءً من الحظر القانوني على المصارف التجارية في ممارسة الأنشطة غير المصرفية، يحق للمصارف الإسلامية تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة وبيعها واستثمارها وتأجيرها واستئجارها بما في ذلك استصلاح الأراضي المملوكة والمستأجرة وإعدادها للزراعة والصناعة والسياحة والإسكان، وكذلك تأسيس الشركات والإسهام في مشاريع تحت التأسيس في مجالات تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك في معرض القيام بالعمليات

(١) - وفقاً لتعليمات البنك المركزي الأردني، تحتسب الفوائد والعمولات على التسهيلات المباشرة التي تقدمها المصارف التجارية على النحو التالي:

أ- الكمبيالات المخصومة تحتسب الفائدة والعمولة وتستوفى مقدماً وعلى أساس عدد الأيام مضافاً إليها (٥) أيام.

ب- الجاري مدين: تحتسب العمولة وتستوفى مقدماً على السقف الممنوح عن سنة كاملة، أما الفائدة فتحتسب وتضاف في نهاية كل شهر وعلى أساس الرصيد اليومي.

ج- القروض: تحتسب الفوائد على أساس مدة استحقاق الأقساط وتدفع عند استحقاق كل قسط. وفي حال وجود فترة إهمال، تحسب الفائدة وتدفع خلال هذه الفترة حسب الاتفاق. وتستوفى العمولة مقطوعة ومقدماً كل سنة من سنوات عمر القرض الذي يسدد دفعة واحدة. أما القرض الذي يتفق على تسديده على أقساط وتزيد مدته عن سنة، فتستوفى عمولة مقطوعة مقدماً تغطي سنة مع الأخذ بعين الاعتبار قيمة الأقساط التي سيتم تسديدها خلال السنة طبقاً لبرنامج التسديد. انظر: تعليمات البنك المركزي الأردني رقم (٢٠٠٢/١٤) بشأن الفوائد على الودائع والتسهيلات، مشار إليها سابقاً.

المصرفية الإسلامية لصالح العملاء أو بالاشتراك معهم، وللرقابة المصرفية سلطة إخضاع عمليات التملك والاستثمار والمساهمة هذه للضوابط والحدود التي تراها مناسبة.

وتتبع المصارف الإسلامية أساليب ووسائل متنوعة لاستثمار الموارد المالية ابتغاء للربح، وللقيام بعمليات التمويل الكفيلة بتغطية مختلف الاحتياجات اللازمة لسائر القطاعات الاقتصادية، سواء كانوا تجاراً أم صناعاً أم ملاك عقار، أم مجرد أصحاب مهن حرة وتخصصات فنية لا يملكون إلا القدرة على العمل. وتهدف المصارف إلى تنويع استثماراتها، لأن في ذلك زيادة احتمال الربح وتقليلاً لاحتمالات الخسارة.

وهناك أساليب ووسائل متعددة لاستثمار الموارد المالية للمصارف منها المضاربة والمشاركة والإجارة (التشغيلية والمنتھية بالتمليك) والبيع (كالمربحة والبيع إلى أجل والاستصناع) وغيرها من العقود الشرعية.

ولا شك أن المضاربة والمشاركة هي من الوسائل والأساليب الشرعية والقانونية التي تعتمد عليها المصارف الإسلامية في استثمار مواردها المالية على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر. كما أن عقد الإجارة المنتھية بالتمليك وبيع المربحة من الوسائل التي تعتمد عليها المصارف في استثمار مواردها على أساس تحديد هوامش الأرباح مقدماً. وعلى ذلك سيتناول الباحث دراسة هذه الوسائل والأساليب دون سواها، والبحث في هذه الأساليب يتطلب تقسيم هذا الباب إلى فصلين على النحو الآتي:

الأول: مجالات الاستثمار على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر.

الثاني: مجالات الاستثمار على أساس تحديد هامش الربح.

الفصل الأول

الاستثمار على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر

إن المشاركة في الربح والخسارة من أهم وسائل استثمار الأموال في الفقه الإسلامي، فالمشاركة هي شركة في المال بين شخصين أو أكثر بقصد تحقيق الربح، والمضاربة هي نوع من المشاركة بين رأس المال والعمل. وعلى هذا الأساس تقوم المصارف الإسلامية باستثمار مواردها المالية عن طريق صيغتي المشاركة (الشركة) والمضاربة، وفي كلتا الصيغتين تشارك المصارف في الأرباح والخسائر. وهذه المشاركة قد تكون نظامية تتخذ شكلاً معيناً نظمه القانون، وقد تكون غير نظامية تخضع لإرادة الأطراف المكونين لها.

وقبل أن أتطرق لبحث أسلوب التمويل بالمشاركة سأحاول القاء الضوء على المضاربة كنظام اعتمدت عليه المصارف في علاقتها بالمودعين من جهة، وفي علاقتها بالمستثمرين من جهة أخرى، وهذه العلاقة لها صورتان في واقع التطبيق المصرفي:

الأولى: المضاربة الخاصة: هي التي تكون العلاقة فيها ثنائية بين العامل وصاحب رأس المال (المصرف)، ويصدق ذلك على أحد أساليب المصارف في تمويل الأفراد والمشروعات عن طريق المضاربة المقيدة.

الثانية: المضاربة المشتركة: هي التي يكون فيها المصرف في مركز المضارب بالنسبة لأصحاب المال (المودعين) من جهة، ويكون في مركز صاحب المال في مواجهة من يعهد إليهم بإدارة الأموال من جهة أخرى. أي أنه يمارس دور الوسيط والشريك بصفة عامة بين أصحاب المال وبين مستخدميه أفراداً ومشروعات.

والبحث عن حقيقة المضاربة وأسس تطبيقها في المصارف يتطلب تقسيم
هذا الفصل إلى فرعين:
الأول: المضاربة الخاصة والمضاربة المشتركة في المصارف الإسلامية.
الثاني: الاستثمار عن طريق المشاركة.

الفرع الأول

المضاربة الخاصة والمضاربة المشتركة

في المصارف الإسلامية

سبق أن بينّا أن العلاقة بين المصرف والمودعين يحكمها عقد المضاربة، على أساس أن المودعين في مجموعهم هم (رب المال) والمصرف هو (المضارب)، وهذه المضاربة إما أن تكون مطلقة التفويض بالاستثمار أو مقيدة الصلاحيات الاستثمارية، ولهذا قسمت الودائع الاستثمارية إلى نوعين: ودائع استثمارية مطلقة، وودائع استثمارية مقيدة. وهذا التقسيم يفرض علينا الوقوف على أحكام عقد المضاربة في الفقه الإسلامي، غير أن هذه الأحكام والقواعد بتفصيلاتها وسعتها هي مسائل اجتهادية لا تكاد تخلو من الخلاف الفقهي، وقد تناولتها أبحاث ودراسات فقهية حديثة لا داعي لتكرارها، ولذلك سأحاول إلقاء الضوء على أهم أحكام عقد المضاربة في القانون المدني (اليمني والأردني)، مع بيان حقيقة المضاربة المشتركة. وبحث هذه الجوانب يتطلب تقسيم هذا الفرع إلى مبحثين:

الأول: مفهوم المضاربة وأحكامها في ضوء القانونين اليمني والأردني.

الثاني: مفهوم المضاربة المشتركة وأسس العمل بها في المصارف الإسلامية

المبحث الأول

مفهوم المضاربة وأحكامها في ظل القانونين اليمني والأردني

إن التعرف على مفهوم المضاربة وأحكامها يتطلب تعريف هذا العقد، وبيان أركانه، وشروطه، وتحديد طبيعته، وهي مسائل اجتهادية قابلة للإضافة أو التعديل بما يتناسب مع واقع التطبيق المصرفي، ويمكن بيان وتوضيح هذه المسائل في ثلاثة مطالب:

الأول: تعريف المضاربة وشروط صحتها.

الثاني: أحكام المضاربة.

الثالث: أسس وعناصر نظام العمل بالمضاربة.

المطلب الأول

تعريف المضاربة وشروطها

أولاً: تعريف عقد المضاربة

أجمع الفقهاء على أن صفة عقد المضاربة (القراض) هو أن يعطي الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال، أي جزء مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً... وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد^(١).

وتُعرف المضاربة بأنها عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الطرفين وعمل من الطرف الآخر. حيث عرّفها المشرع الأردني في المادة (٦٢١ مدني) التي نصت على أن ((شركة المضاربة عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح))^(٢).

وتناول القانون المدني اليمني تعريف عقد المضاربة وأحكامه في الباب الثاني، ونص في المادة (٨٤١ مدني) على أن ((المضاربة (القراض) هي أن يدفع شخص هو رب المال أو من يمثله إلى شخص آخر مالاً معلوم القدر والصفة مقابل جزء من الربح معلوم النسبة أو بحسب العرف))^(٣).

يستفاد من النصين السابقين أن المقصود الأساسي من إبرام عقد المضاربة هو تحقيق الربح على أساس المشاركة فيه، وأن هذا العقد ثنائي الأطراف، أحدهما يُقدّم المال والآخر يقوم بالعمل فيه مقابل جزء معلوم النسبة من الربح.

(١) - لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض (المضاربة)، وأنه مما كان في الجاهلية فأقره

الإسلام، انظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، ص ٣٠٣.

(٢) - القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦، المادة (٦٩٣) من قانون المعاملات الإماراتي

رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

ثانياً: شروط عقد المضاربة:^(١)

تعددت الآراء الفقهية بخصوص شروط المضاربة، لأن هذه الشروط هي آراء اجتهادية لا يوجد نص ملزم بخصوصها، وخاصة الشروط المتعلقة بالعمل. ولذلك سأحاول أن أبين هذه الشروط في ضوء أحكام القانون المدني.

فالمضاربة كعقد لا يختلف عن غيره من العقود في الشروط العامة اللازم توفرها لانعقاده، إذ يشترط في طرفيها التراضي على التصرف بالمال مالم يرد أحدهما أو يرجع الموجب قبل القبول، ويشترط في العاقلين رب المال والعامل أن يكون كل منهما أهلاً للتصرف، وأن يقدم أحدهما المال للآخر للتصرف فيه^(٢)، أي أن يتم تسليم رأس المال إلى المضارب حتى يتمكن من استخدامه في المضاربة، وقد يكون هذا التسليم فعلياً ويتحقق بالمناولة، أو حكماً من خلال وضع المال تحت تصرف المضارب وتمكينه من استخدامه لتحقيق الغرض المقصود من إبرام العقد. أما الشروط الخاصة بصحة المضاربة فتتعلق بأحوال رأس المال والربح والعمل.

أ- : **الشروط المتعلقة برأس المال:** اشترط القانون المدني اليمني في رأس المال شرطين:

- ١- أن يكون معلوم المقدار والصفة تفصيلاً مقدماً من أحدهما للآخر.
- ٢- أن يكون نقداً مما يتعامل به أو ما في حكمه كسلعة عرف ثمنها باتفاق الطرفين فيكون رأس مال مضاربة.^(٣)

(١)- لمزيد من الاطلاع حول أركان المضاربة وشروطها انظر: د.صفية عبد العزيز الشرفاوي، التكييف الشرعي لشركات المضاربة الإسلامية والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٤٦- ٨٣.

(٢)- المادة (٨٤١ مدني يمني) وما بعدها.

(٣)- المادة (٨٤٤ مدني يمني).

ومعلومية رأس المال تقتضي نفي الجهالة عند التعاقد، ويكون ذلك بمعرفة مقدار رأس المال وجنسه ونوع العملة التي ستقدم للمضاربة.

٣- ألا يكون رأس المال ديناً في ذمة المضارب. ووفقاً لرأي جمهور العلماء إذا كان لرجل على رجل دين، لم يجز له أن يعطيه له قراضاً قبل قبضه، لمخافة أن يكون المدين أعسر بماله، ويريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه، فيكون الربا المنهي عنه.^(١)

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للمضارب الخاص، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمصرف كشخصية اعتبارية، فلو كان لشخص وديعة تحت الطلب لدى المصرف وأراد تحويلها إلى وديعة استثمارية، فلا داعي إلى أن يسحب مبلغ وديعته ثم يودعها مرة أخرى، لأن المصرف على استعداد لرد مبلغ الوديعة عند الطلب، ولأنها دين على المصرف وتحقق فيها معنى القبض الذي يغني عن قبضها مرة أخرى^(٢)، ولهذا اشترط جمهور الفقهاء على الدائن قبض مبلغ الدين أولاً ثم تسليمه للمضارب للعمل به مضاربة.

(١)- راجع: ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص ٣٠٤. وقد ذهب رأي في الفقه الحديث إلى ((أن سبب وضع هذا الشرط هو أن الجمهور ربما رأوا أن المدين ليس موسراً في ذلك الوقت، فينتج عن ذلك عدم معرفة رأس المال، ومن شروط المضاربة أن يكون رأس المال معلوماً للطرفين)) انظر: د. عبد الله العبادي، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢١٧ وما بعدها.

(٢)- د. عبد الله العبادي، المرجع السابق، ص ٢١٨. و لو كان لصاحب المال دين على شخص وقال للمضارب خذه من فلان وضارب به، فإنه يجوز، لأنه وكله في القبض، وقيام المصرف بتحصيل هذا المبلغ يعد من قبيل الخدمات المصرفية باعتباره وكلاً عن العميل في تحصيل المبلغ المذكور.

ب- الشروط المتعلقة بالربح والخسارة:

الربح في المضاربة هو ما زاد عن رأس مالها نتيجة لعمل المضارب في ذلك المال، ويشترط فيه:

أولاً: أن يكون معلوماً عند التعاقد، ومعلومية نصيب كل طرف من الربح هو شرط نص عليه القانون المدني اليمني في المادة (٨٤٥) التي قضت بأنه ((يشترط في المضاربة بيان كيفية قسمة الربح بين الطرفين بأن يكون لكل منهما نسبة معينة فيه كنصف أو ثلث أو تكون مثل ما شرط رب مال آخر لعامله ولو جهلاه في الحال، أو يكون بحسب العرف، وتكون الخسارة كذلك بنسبة ما لكل واحد منهما في رأس المال)). وعليه فإن اشتراط قدر مسمى من الربح يخالف مقتضى العقد، لأنه شرط يوجب قطع الشركة في الربح إذا لم يربح المضارب إلا هذا القدر المشروط في العقد. ويكفي لتحقيق معلومية الربح الاتفاق على حصة المضارب من الربح، لأن الباقي يصبح معلوماً أنه نصيب رب المال.

والحاصل أن نصيب كل من الطرفين لا بُدَّ أن يكون مقررًا إما نصاً أو عرفاً. أما الخسارة فتكون على رب المال ولا يتحمل فيها المضارب شيئاً مادام أنه لم يقصر أو يخالف شروط العقد، إذ يكفي بما تحمله العامل من ضياع وقته وجهده دون عائد، ومقتضى ذلك أن يتحمل كل طرف من جنس ما ساهم به في المضاربة، رب المال من رأس ماله والعامل جهده وعمله.

ويلحظ أنَّ الأثر المترتب على عدم معلومية الربح هو بطلان العقد، وفي هذه الحالة نصت المادة (٨٦٥ مدني يمني) على أنه ((إذا كانت المضاربة باطلة لشرط لحق بالعقد أصلاً مخالف لموجبها كان الربح كله لرب المال والخسر عليه، ويكون للعامل أجرة المثل، ويضمن رأس المال إلا لخسر أو نقصان سعر أو جفاف)).

ويستفاد من الحكم المذكور أنه في حالة البطلان، يكون الربح لصاحب المال والخسارة عليه، ويكون للعامل أجرة المثل، لأن تصرفه كان بإذن رب المال وقام بعمل يستحق عليه الأجر. ويضمن العامل رد رأس المال إلى صاحبه بمجرد فسخ العقد، وهذا هو المقصود من العبارة التي وردت في آخر النص ((ويضمن رأس المال إلا لخسر أو نقصان سعر أو جفاف)). ولا ضمان على العامل فيما تلف بغير تعديّه ولا تفريطه، لأن العامل لا يضمن ما قبضه في المضاربة الصحيحة، فلا يضمن ما تلف لسبب خارج عن إرادته.

ولم يبيّن القانون المدني اليمني كيفية توزيع الأرباح والخسائر عند خلط رأس مال المضاربة بحصة نقدية أو أصول مالية يقدمها المضارب إلى جانب عمله، بخلاف المشرع المدني الأردني الذي نص في المادة (٦٢٧ مدني) على أنه ((١- يجب أن يشترك كل من المضارب ورب المال في الربح وذلك بالنسبة المتفق عليها في العقد، فإن لم تعين قسم الربح بينهما مناصفة ٢- وإذا جاز للمضارب خلط ماله مع رأس مال المضاربة قسم الربح بنسبة رأسي المال فيأخذ المضارب ربح رأس ماله ويوزع ربح مال المضاربة بين المتعاقدين على الوجه المبين في الفقرة الأولى)).

والحكم الوارد في هذا النص يختلف عن الحكم الذي أورده القانون المدني اليمني في أمرين:

- أ- أنه في حالة عدم تعيين نسبة الربح في العقد، يكون الربح مناصفة.
- ب- أنه بيّن كيفية توزيع الأرباح في حالة خلط رأس مال المضاربة بحصة من مال المضارب.

ثانياً: يشترط أن يكون الربح مشتركاً بين المتعاقدين، حيث لا يختص به أحدهما دون الآخر، فإذا شرط الربح لأحدهما دون الآخر، لم تكن المضاربة

صحيحة بإجماع الفقهاء^(١)، أما إذا اتفقا على تخصيص جزء من الربح لطرف ثالث، فقد ذهب رأي في الفقه الحديث إلى جواز ذلك، على أساس أنه من باب التبرع.^(٢)

ج - شروط ونطاق العمل بالمضاربة:

تدور هذه الشروط حول اختصاص المضارب بالعمل، وعدم التضيق عليه بالشروط التي تنافي مقتضى العقد، والتي من شأنها أن تحول دون تحقيق الربح.

فمن المعلوم أن المضاربة في الفقه الإسلامي تكون مطلقة بحسب الأصل، حيث يقدم رب المال ماله للمضارب للعمل به دون قيود. أما إذا قيده في نوع التجارة أو النشاط الذي يمارسه أو بأشخاص معينين يتعامل معهم، أو قيده بمكان يعمل به أو زمان تنتهي المضاربة بانتهائه^(٣)، فإنه وإن كان الأصل أن يلتزم المضارب بتلك القيود والشروط، غير أن هناك شروطاً تنافي مقتضى العقد، لأنها تؤدي إلى التضيق على عمل المضارب، وتحول دون تحقيق الربح، وهو المقصود الأساسي من إبرام العقد. وهذه الشروط محل خلاف بين الفقهاء.^(٤)

(١) - راجع: د. عبد الرزاق الهبيتي، مرجع سابق، ص ٥٤، د. صفية الشرفاوي، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) - وهذا ما ذهب إليه المالكية ورجحه د. حسن الأمين، الودائع النقدية المصرفية، مرجع سابق، ص ٣١٠.

(٣) - لا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور، لأن تحديد الأجل فيه تضيق على العامل ويدخل عليه الغرر، فقد تبور عنده السلع فيضطر عند حلول الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر. ومن أجاز الأجل شبه القراض بالإجارة. انظر: ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

(٤) - اختلف الفقه في حكم الشروط التي تكون منافية لمقتضى العقد باختلاف نوع التقييد، فعلى سبيل المثال إن اختصاص المضارب بالعمل من شروط صحة المضاربة عند جمهور الفقهاء، وأي اشتراط ينافي ذلك يفسد المضاربة، ويرى الحنابلة وبعض الإمامية أنه إذا اشترط في

ولتضييق دائرة الخلاف الفقهي حول أصل المضاربة وما يُعد منافياً لمقتضاها من شروط، نصت المادة (٨٤٧ مدني يمني) على أنه ((يصح تعليق المضاربة بالشرط والوقت والحجر على العامل في تصرفه في رأس المال إلا ما استثنى في المادة التالية)).

والاستثناء هو ما تضمنته المادة (٨٤٨ مدني) التي نصت على أنه ((لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن يقصر تعامله على شخص معين فهذا مخالف لموجب المضاربة، كما لا يجوز له أن يشترط على العامل البيع بالنسيئة، وإذا تضمن العقد شرطاً من هذين صح العقد وبطل الشرط)).^(١)

فإذا كان شرط رب المال على المضارب مخالفاً لمقتضى العقد، فإنه يلغى وتبقى المضاربة صحيحة، وتعدّ مثل هذه الشروط منافية لمقتضى العقد، لأنها تحد من تصرفات المضارب التي يبتغي بها تحقيق الربح، وهو الغرض

المضاربة عمل رب المال كانت صحيحة، وهذا ما رجحه بعض الفقه الحديث، لما فيه من إضافة خبرة رب المال إلى خبرة المضارب، انظر: د. عبد الرزاق الهبتي، مرجع سابق، ص ٤٦٠، د. إسماعيل عبد الرحيم شلبي، الجوانب القانونية لتطبيق عقدي الماربة والمضاربة، بحث قدم إلى ندوة ((خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية - الجوانب التطبيقية والقضايا والمشكلات))، عقدت في عمان ١٢- ١٦ يونيو، ١٩٨٧م، بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية - جدة، منشورات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية، ١٩٩٠، ص ٢٩٢.

(١)- وقد أخذ النص المذكور بقول المالكية والشافعية والزيدية، في عدم جواز تقييد المضارب بمعاملة شخص بعينه، لأن الشخص المعين قد لا يعامله فيخل بالمقصود من المضاربة. وهذا القيد جائز عند الحنفية والحنابلة، لأنه لا يمنع من تحصيل الربح ولا ينافي مقتضى العقد راجع: ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ص ١٧٧. أما تقييد المضارب بمعاملة أشخاص معينين أو منعه من معاملتهم، فإنه جائز باتفاق. راجع أيضاً: د. عبد الرزاق الهبتي، مرجع سابق، ص ٤٦٤.

الأساس من إبرام العقد، وهذا الحكم هو ما قضت به المادة (٨٤٦ مدني يمني) التي نصت على أنه ((يلغى في المضاربة كل شرط خالف موجبها)). ومن حيث التصرفات التي يجوز للمضارب أن يقوم بها، نصت المادة (٨٥١ مدني يمني) على أنه ((يجوز للعامل في مطلق المضاربة دون ذكر حجر ولا تفويض كل تصرف إلا خلط رأس مال المضاربة بغيره والقرض والسفجة)).^(١)

ونصت المادة (٨٥٢ مدني يمني) على أنه ((إذا فوض العامل مطلقاً جاز له خلط رأس المال بغيره والمضاربة به، ويجوز له القرض والسفجة إذا أذن له بهما أو جرى عرف بذلك والعبرة هي بعرف العامل فإن لم يكن له عرف فبعرف بلده فإن لم يكن لبلده عرف فبعرف الجهة)).

أما المادة (٦٢٥) من القانون المدني الأردني، فقد نصت على أنه ((١- إذا كان عقد المضاربة مطلقاً اعتبر المضارب مأذوناً بالعمل والتصرف برأس المال في شؤون المضاربة وما يتفرع عنها وفقاً للعرف السائد في هذا الشأن. ٢- وإذا قيد رب المال المضاربة بشرط مفيد وجب على المضارب مراعاته فإذا تجاوز في تصرفه الحدود المأذون بها فله الربح وعليه الخسارة وما أصاب رأس المال من تلف مع ضمان الضرر الذي ينجم عن مثل هذا التصرف)).

ويلاحظ من سياق القواعد القانونية أنها لم تبين صراحة جواز خلط أموال المضاربة بعد بدء النشاط، مما يعني أن المضاربة ثنائية الأطراف بحسب

(١) - ((السفجة هي أن يأذن شخص له مال عند آخر بأن يقترض (الآخر) من هذا المال ويطلب منه صاحب المال أن يقضيه بحالة من مال له في بلد آخر، وحكمها أن من قبض السفجة وهو عنده مال أمين فيما قبضه ضمين فيما استهلكه))، المادة (٦١٨ مدني يمني).

الأصل، وهذا ما سيتضح لاحقاً من خلال النصوص المنظمة لأحكام قسمة وتوزيع الأرباح في القانون اليمني.

وعلى ذلك تنقسم المضاربة من حيث نطاق العمل بها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المضاربة المعتادة بمطلق العقد (دون تفويض)

هي أن يدفع رب المال إلى المضارب المال ويطلق له التصرف فيه لياشر بنفسه كل ما كان من عادة التجار، ومن ضرورات أعمال المضاربة لتحقيق المقصود الأصلي من إبرام العقد، وهو الربح، وفي هذه الحالة ليس للمضارب أن يياشر بعض التصرفات التي قد تعرض مال المضاربة إلى الأخطار أو توجب فيه حقاً لغيره إلا بالتفويض العام أو الإذن الصريح من رب المال، كخلف رأس مال المضاربة بغيره والقرض والاقتراض.

النوع الثاني: المضاربة المطلقة مع التفويض العام

هي التي يفوض فيها رب المال المضارب بالتصرف في ماله بكل ما يراه محققاً للغرض المقصود من إبرام العقد دون تقييد، وفي هذه الحالة يكون للمضارب حق التصرف بالمال، فيجوز له خلف رأس المال بغيره والمضاربة به، ويجوز له القرض والسفجة إذا أذن له بهما أو جرى عرف بذلك.^(١)

(١) - ذهب الجمهور إلى أنه إذا خلف العامل ماله بمال القراض من غير إذن رب المال، فإنه تعدي ويجب عليه الضمان. وذهب الإمام مالك إلى أنه ليس تعدي. ولم يختلف هؤلاء المشاهير أنه إذا دفع العامل رأس مال المضاربة إلى مقارض آخر دون إذن رب المال، فإنه ضامن إن كان خسران، وإن كان ربح فذلك على شرطه، ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه فيوفيه حظه مما بقي من المال. وقيل أنه ليس له إلا أجر المثل لأنه عمل على فساد. راجع: ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص ٣١٠. وذهب الجمهور إلى أنه لا يجوز للمضارب دفع مال المضاربة لآخر مضاربة، ومن ثم لا يستحق شيئاً من الربح، لأنه لم يكن منه مال ولا عمل. أما الحنفية فقد أجازوا ذلك، ويستحق المضارب شيئاً من الربح، لأنه قام بمباشرة العقدين وإن لم يعمل بنفسه، ولأن اختيار المضارب الثاني إنما هو داخل في عمل المضارب الأول. راجع: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص ١٥٦ وما بعدها، ص ١٥٨.

النوع الثالث: المضاربة المقيدة

هي أن يدفع رب المال إلى المضارب المال ويقيده في التصرف في رأس المال ببعض القيود التي يهدف من ورائها إلى محاولة تجنب مال المضاربة من المخاطر المحتملة.

يتضح مما سبق أن المضاربة المطلقة بصفة عامة هي الإطار القانوني الذي يحكم طبيعة العلاقة التعاقدية بين المودعين والمصارف، واستثناء تكون المضاربة مقيدة في هذه الحالة. وعقد المضاربة مع التفويض المطلق هو الأساس الذي تعتمد عليه المصارف في خلط الأموال وإدارتها مباشرة أو ودفعها إلى أطراف آخرين لاستثمارها بأي وسيلة من وسائل الاستثمار والتمويل، ومنها التمويل عن طريق المضاربة المقيدة، وفي هذه الحالة يكون للمصرف الحق في تقييد المضارب (المنظم - المدير) بالشروط التي يراها ضرورية للمحافظة على أمواله وأموال المودعين. ويكون له الحق أيضاً في اطلاق الصلاحيات الاستثمارية للمضارب (كأصل عام) وإن كان في ذلك مخاطر كبيرة. أما إذا كان عقد المضاربة بين المودعين والمصرف مقيداً بالاستثمار في مشروع معين أو في قطاع اقتصادي يختاره المودع أو مقيداً بالاستثمار في بلد معين، فإن طبيعة هذه العلاقة يحكمها الاتفاق الخاص مع العميل.

طبيعة عقد المضاربة

اختلف الفقهاء في تصنيف عقد المضاربة بين كونه عقداً من عقود المعاوضة كالإجارة، أو أنها عقد من عقود المشاركات، فذهب الحنابلة إلى أن عقد المضاربة من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة، كالإجارة التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض (الأجرة والعمل) والمشاركات جنس غير جنس المعاوضات وإن كان فيها شوب المعاوضة.

وعلى ذلك ليست المضاربة من باب الإجارة، لأنه لا مقصد لرب المال فيها من ذات عمل المضارب بل القصد ما يحققه من ربح.

وعلى ذلك توسع هذا الاتجاه في دائرة عمل المضاربة، حيث لا تقتصر على التجارة بالبيع والشراء فحسب، وإنما يمكن استثمار رأس مال المضاربة في الصناعة أو الزراعة، ثم الاتجار بالمنتج منها، وبذلك فالمضاربة تجمع بين العمل والاتجار فيه.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن المضاربة من جنس المعاوضات كالإجارة، وأنها واردة على خلاف القياس لجهالة الأجرة فيها، لأن العامل يعمل لقاء أجر غير معلوم هو نسبة مما يتحقق من أرباح المضاربة.^(١)

وذهب اتجاه في الفقه الحديث^(٢)، إلى أنه يمكن تحديد طبيعة عقد المضاربة تبعاً للمراحل التي يمر بها والظروف التي تطرأ عليه، فهو في حكم عقد الأمانة والوكالة غير المضمونة ما لم يكن العامل غاصباً أو متعدياً. فهو أمانة، لأن العامل أمين على رأس المال وليس عليه ضمان بعد إبرام العقد وقبل شروعه بالعمل. ويكون وكيلاً بالتصرف في رأس المال حتى انتهاء المضاربة، وهو في تصرفاته هذه يتبع تعليمات رب المال، ويضمن رأس المال إذا خالف هذه الشروط والتعليمات^(٣)، ويكون العقد شركة حين يتحقق الربح، لاشتراك الطرفين في اقتسامه حسب الاتفاق. ويكون إجارة إذا فسدت المضاربة

(١) - لتفصيل أقوال الفقهاء انظر: د. عبد الله العبادي، موقف الشريعة من المصارف، مرجع سابق، ص ٢١١ وما يليها.

(٢) - انظر: د. إسماعيل عبد الرحيم شلبي، ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٩٩ وما بعدها. د. راضي البدور، اقتصاديات عقود المشاركة في الأرباح، المفاهيم والقضايا النظرية، بحث قدم إلى ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧٠.

(٣) - د. راضي البدور، المرجع السابق، ص ٧٠.

بأي وجه من الوجوه، وعند مخالفة العامل لشروط العقد يكون غاصباً يضمن رأس المال.

والمضاربة لا تُعد في حد ذاتها وكالة، لأن الوكالة ما هي إلا حكم من أحكام المضاربة يترتب على صحة عقد المضاربة، ويثبت عند تصرف المضارب بمال المضاربة وليس قبل ذلك، ويختلف الوكيل عن المضارب في أن الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل، أما المضارب فيستحق الربح ويشترك فيه مع رب المال^(١)، ولا يتنافى ذلك مع القول بأن المضارب يكون شريكاً لرب المال ووكيلاً عنه في التصرف به، لأن الشركة بهذا المعنى تتضمن معنى الوكالة في التصرف.

وعلى هذا الأساس لا أتفق مع إطلاق الرأي القائل بأن المضارب يكون وكيلاً لرب المال ويتبع تعليماته، لأن هذا القول يعني أن المضاربة تكون بالضرورة مقيدة، مع أنها قد تكون مطلقة على أساس التفويض. إلا أن المضارب ليس وكيلاً بأجر بحيث يستحق بمجرد تمام العمل الموكل فيه سواء حقق ربحاً أم خسارة، وإنما يستحق الأجر بالشرط فيما لو حقق رأس مال المضاربة أرباحاً تفيض عن رأس المال.

والقول بأن المضاربة نوع من الشركات هو ما رجحه بعض الفقه الحديث^(٢)، لأنه يتفق مع غاية العقد وهو تحقيق الربح، غير أن المضاربة هي شركة من نوع خاص، حيث إن العمل من طرف ورأس المال من طرف آخر، على خلاف شركة العنان التي يكون المال والعمل فيها من الطرفين.

(١)- د. صفية الشرقاوي، مرجع السابق، ص ٩٨ وما بعدها.

(٢)- انظر: د. محمد عبد المنعم أبو زيد، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣٢ وما بعدها. د. عبد الله العبادي، مرجع سابق، ص ٢١٥، وفي هذا الاتجاه ولمزيد من الاطلاع انظر: د. صفية الشرقاوي، التكيف الشرعي لشركات المضاربة، مرجع سابق، ص ١٤٧-١٥٣.

المطلب الثاني

أحكام عقد المضاربة

إذا تم عقد المضاربة بأركانها وشروطه التي لا تتعارض مع موجهه كان صحيحاً ولزم كلاً من الطرفين التقيد بما جاء فيه.

ووفقاً لأحكام عقد المضاربة في القانون المدني اليمني، إذا تلف رأس المال في يد العامل دون تعد منه مخالفة لشروط المضاربة فلا ضمان عليه، وله الرجوع على رب المال بما أنفق على رأس المال نفقة معتادة لمثله^(١)، ويضمن العامل الخسارة التي تلحق رأس المال إذا كانت راجعة إلى خطئه بالتعدي أو التقصير أو مخالفته الشروط الصحيحة للمضاربة.^(٢)

وهذا الحكم هو ما تضمنه قرار مجمع الفقه الإسلامي^(٣)، بشأن المضاربة المشتركة (حساب الاستثمار) الذي نص على أن ((المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير^(٤))، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها،

(١)- المادة (٨٥٥) مدني يمني).

(٢)- المادة (٨٦٣) مدني يمني).

(٣)- قرار رقم: ١٢٣ (١٣/٥)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط٤، مشار إليه سابقاً، ص٤١٢. يقابل ما تضمنته المادة (٨٥٥) مدني يمني).

(٤)- التعدي لغة: التجاوز، وفي الاصطلاح كل تصرف يراد به أو من شأنه الإضرار بأموال الآخرين، وهذا يشمل: مخالفة قوانين الشركات واللوائح والنظم الأساسية والأنظمة المتبعة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة - مخالفة الشروط والقيود المقترنة بالعقد- مخالفة ما يقتضيه العرف التجاري والعرف المصرفي، وفي جميع الحالات يكون المضارب ضامناً لنتائج عمله. د. علي محيي الدين القرة داغي، مدى مسؤولية المضارب والشريك- البنك ومجلس الإدارة عن الخسارة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد العاشر، مطابع رابطة العالم الإسلامي، ط ٢٠٠٥، ص ١٤١.

ويستوي في هذا الحكم المضاربة الخاصة والمشاركة، ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط والالتزام. ولا مانع من ضمان الطرف الثالث طبقاً لما ورد في قرار المجمع رقم ٣٠ (٤/٥) فقرة (٩)).

وإذا كان من المتفق عليه فقهاً وقانوناً أن المضارب أمين، لا يضمن الخسارة التي تلحق رأس المال إلا إذا كانت راجعة إلى خطئه بالتعدي أو التقصير أو مخالفته الشروط الصحيحة للمضاربة، غير أن القانون المدني اليمني أجاز لرب المال أن يشترط على المضارب أن يأتيه بمن يضمنه فيما يترتب على تعديّه، والذي يسوّغ هذا الشرط هو احتمال التعدي وقلة الأمانة، حيث نصت المادة (٨٤٩) من القانون المدني اليمني على أنه ((يجوز للعامل أن يتطوع لضمان رأس المال دون شرط، ويجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن يأتيه بمن يضمنه فيما يترتب على تعديّه)).

وتأخذ أغلب المصارف الإسلامية بالشق الثاني من هذا النص عندما تقوم بمنح التمويل عن طريق عقد المضاربة بصفتها رب المال، والمستثمر طالب التمويل هو المضارب، حيث تشترط على المضارب في بنود العقد أحقيتها في أن تطلب منه ضماناً عينياً أو شخصياً أو مصرفياً لمواجهة حالات التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط العقد^(١).

وفي حال التمويل بالمضاربة لا يستفيد المصرف (رب المال) من حكم الشق الأول من النص، لأنه ليس بحاجة إلى تطوع المضارب لضمان رأس المال دون شرط. وعلى العكس من ذلك، إذا كان المصرف هو المضارب في مجال جذب المدخرات، فقد أجاز له الشق الأول من النص دون شرط في العقد أن يتطوع بالتعويض عن خسائر أرباب المال (التطوع بالضمان)، وهو ما

(١)- على سبيل المثال: أنموذج عقد مضاربة لبنك السودان، الموقع الإلكتروني www.bank of Sudan.Org ولمزيد من الاطلاع انظر ما سيلي (المطلب الرابع).

حدث فعلاً في بعض المصارف الإسلامية عندما أصابها خسائر بسبب انهيار بنك الاعتماد والتجارة، فارتأت مجالس إدارتها أنها لو وزعت الخسارة على المودعين لأدى ذلك إلى انهيار المصارف نفسها، ولذلك تحملت هذه المصارف الخسارة من احتياطاتها بموافقة الجمعيات العامة لها، وهذا ما أفتت به هيئة الرقابة الشرعية بمصرف قطر وغيرها.^(١)

وقد سبق للباحث ترجيح القول بعدم الضمان أياً كان التكييف الفقهي له، والقول بغير ذلك قد يؤدي إلى تحول العقد إلى قرض، وهذا ما تأباه طبيعة المشاركة في الأرباح والخسائر. وينبغي على المشرع اليمني تقنين الأحكام التي تتناسب مع واقع التطبيق المصرفي سواء كان ذلك في القانون التجاري أو في قانون المصارف، لأن النصوص المذكورة يمكن أن تكون سنداً للتطبيق فيما لم يتم الاتفاق عليه.

وقد بيّن القانون المدني اليمني الأحكام المترتبة على بطلان المضاربة، حيث نص في المادة (٨٦٥) على أنه ((إذا كانت المضاربة باطلة لشروط لحق بالعقد أصلاً مخالف لموجبها كان الربح كله لرب المال والخسر عليه، ويكون للعامل أجرة المثل، ويضمن رأس المال إلا لخسر أو نقصان سعر أو جفاف)). كما نص في المادة (٨٦٦ مدني) على أنه ((إذا خالف العامل شروط المضاربة أو تصرف على خلاف موجبها بعد انعقادها صحيحة فلا يستحق شيئاً عند الخسارة، ويكون له الأقل المسمى أو أجرة المثل عند الربح ويضمن رأس المال)).^(٢)

(١)- د. علي محيي الدين القرة داغي، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٢)- اتفق الفقهاء أن حكم القراض الفاسد لشروط لحق بالعقد، هو فسخ العقد ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت في العمل. واختلفوا فيما إذا فات في العمل من حيث ما يكون للعامل مقابل عمله، فذهب البعض إلى أنه يرد إلى قراض المثل، وذهب البعض الآخر إلى أنه يرد جميعه إلى إجارة مثله. والفرق بين الأجرة و قراض المثل هو أن الأجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال

يتضح من هذين النصين أنه إذا كانت المضاربة باطلة، فإنها تأخذ حكم المضاربة الصحيحة من حيث ضمان المضارب لرأس مال المضاربة فيما إذا كان بطلان العقد راجعاً إلى خطأ المضارب بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط المضاربة. أما ما يتعلق بمقدار ما يستحقه المضارب لقاء عمله عند بطلان العقد، فالمشرع اليمني فرق بين حالتين:

الحالة الأولى: وهي التي تتعلق بالحكم الوارد في المادة (٨٦٥ مدني) فيما إذا كان البطلان راجعاً إلى تخلف شرط من شروط صحة العقد أو لشرط ينافي مقتضى العقد ويفوت الغرض المقصود من إبرامه، مثل عدم تعيين نسبة الربح، أو أن لا يشتري أو لا يبيع، فمثل هذه الشروط تؤدي إلى جهالة الربح أو تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح. وفي هذه الحالة، يكون الربح بكامله لرب المال والخسر عليه، فالربح لرب المال، لأنه نماء ماله، وإنما يستحق العامل (الربح) بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط، فلم يستحق منه شيئاً، ولذلك يكون للمضارب أجرة المثل، ويضمن رد المال إلى صاحبه بمجرد فسخ العقد، ولا ضمان عليه فيما تلف بغير تعديّه ولا تقريطه، لأن المضارب لا يضمن ما قبضه في المضاربة الصحيحة، فلا يضمن ما تلف لسبب خارج عن إرادته، ولأن المضاربة الفاسدة تصير إجارة، والأجير لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعديّه ولا فعله.^(١)

ربح أو لم يكن. أما قراض المثل فهو على سنة القراض، إن كان فيه ربح كان للعامل منه، وإلا فلا شيء له. راجع: ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص ٣١٢.

(١) - انظر: ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ص ١٨٠ وما بعدها. وقد يكون البطلان لشرط يفضي لجهالة الربح، مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبين أو أحد الألفين أو ربح إحدى السفرتين أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو بعضه. وقد يكون البطلان لاشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا من مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب

والسؤال المطروح هنا هل يكون للمضارب أجره المثل سواءً حققت المضاربة ربح أم خسارة ؟

الظاهر أن المشرع اليمني قصد أن المضاربة الباطلة تأخذ حكم الإجارة مطلقاً، فيكون للعامل أجره المثل التي يتم تقديرها على أساس ما قام به من عمل فعلي للمضاربة، حيث يتم تقييمه ويحكم له بأجر عمله نقداً. غير أن التسليم بهذا الحكم في حالة الربح والخسارة يعني أن المضارب يكون قد تميز في المضاربة الباطلة بحصوله على أجره المثل عند الخسارة، وهذه الميزة لا يحصل عليها في المضاربة الصحيحة أصلاً، حيث لا يستحق النسبة المتفق عليها من الربح عند الخسارة. وسبب حصول المضارب على هذه الميزة هو أن المضارب يستحق الربح بالشرط في المضاربة الصحيحة، ومادام أن المضاربة باطلة، فقد بطل شرط الاستحقاق تبعاً لذلك، ولكن في مقابل عمل المضارب، يصار إلى أجر المثل سواءً حققت المضاربة ربحاً أو خسارة.

أما الحالة الثانية: وهي التي يكون فيها العقد مستوفياً لأركانه وشروط صحته، غير أنه تم إبطاله بسبب مخالفة المضارب لشروط العقد أو تصرفه على خلاف مقتضاه؛ وفي هذه الحالة لا يستحق المضارب شيئاً عند الخسارة كما هو الحال في المضاربة الصحيحة، ويضمن رأس المال بسبب مخالفة شروط العقد، ويكون له الأقل، المسمى أو أجره المثل عند الربح تطبيقاً لحكم المادة (٨٦٦ مدني يمني).^(١)

ضمان المال أو سهماً من الوضيعة(الخسارة)؛ وهذه الحالات ينطبق عليها الحكم الوارد في المتن. كما أشار إليها ابن قدامه وأكثر أهل العلم.

١ - إذا تعدى المضارب وقَعَلَ ما ليس له فعله، أو اشترى شيئاً نُهي عن شرائه، فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم. وله الأجر، لأن رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح، فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده بإذنه. وفي قدر الأجر، له الأقل من المسمى أو أجر المثل، لأنه إن كان

وهذا الحكم يماثل الحكم الذي أورده المشرع الأردني مع فارق في قدر الربح، حيث نصت المادة (٢/٦٢٥ مدني أردني) على أنه ((إذا قيد رب المال المضاربة بشرط مفيد وجب على المضارب مراعاته فإذا تجاوز في تصرفه الحدود المأذون بها فله الربح وعليه الخسارة وما أصاب رأس المال من تلف مع ضمان الضرر الذي ينجم عن مثل هذا التصرف)).

وقد اتفق الفقهاء من حيث المبدأ على أن المضارب أمين بمثابة وكيل، ولذلك فهو مصدق مع يمينه في دعوى الهلاك والخسارة، وفي دعوى عدم التقصير والخيانة. والسؤال المطروح هنا هل يصدق بدون بينة سواء كانت التهمة قوية أم ضعيفة؟ اختلف الفقهاء في ذلك، ورجح رأي في الفقه الحديث عدم قبول قول المضارب في الهلاك وعدم التعدي والتقصير إلا ببينة ما دامت هناك قرينة على عدم صدقه أو أن دعواه غير معقولة حسب العرف التجاري.^(١)

وقد نصت المادة (٨٧٣ مدني يمني) على أن ((القول قول رب المال والبيئة على العامل عند الاختلاف في ثلاث مسائل هي:

- ١- كيفية الربح أي طريقة تحققه ونوعه وجنسه.
- ٢- في نفي الربح بعد إقرار العامل بمال المضاربة مع ادعاء ربح فيه ولا مصادقة على قدره.
- ٣- في أن المال قرض أو غصب ليضمن العامل التالف منه وادعى العامل أنه مضاربة (قراض) ومن غير ذلك إن ادعى العامل أن المال قرض لا مضاربة فالقول قوله)).

الأقل المسمى، فقد رضي به، فلم يستحق أكثر منه، وإن كان الأقل أجر المثل المثل، لم يستحق

أكثر منه، لأنه لم يعمل ما أمر به. راجع: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص ١٦٣

(١)- راجع: د. علي محيي القره داغي، مدى مسؤولية المضارب والشريك عن الخسارة، مرجع سابق،

ص ١١٩.

المطلب الثالث

أسس وعناصر نظام العمل بالمضاربة

يقوم نظام العمل في المضاربة على أساس منع المضارب من خلط الأموال بعد مباشرته العمل، وذلك منعاً للغرر في توزيع الأرباح الذي يمكن أن يصاحب عملية الخلط، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وخالفهم في ذلك بعض الفقه. غير أن تصفية المضاربة وتتضيض رأس المال شرط لاقتسام الربح حتى يعود رأس المال نقوداً كما كان، فيسترد رب المال رأس ماله أولاً، ثم تجري قسمة الربح المتبقي. ولا يمكن معرفة أرباح المضاربة وتوزيعها توزيعاً عادلاً إلا على هذا الأساس، ويمكن اختزال هذه المسائل من خلال بحث العناصر الآتية:

أولاً: حكم خلط مال المضاربة بغيره في المضاربة الخاصة

اتفق الفقهاء على جواز خلط مال المضاربة بغيره قبل شروع المضارب بالعمل في المال، واختلفوا في حكم هذا الخلط إذا كان بعد مباشرة المضارب للعمل، وانقسم الرأي في ذلك إلى اتجاهين:^(١)

الأول: ذهب الجمهور إلى عدم جواز خلط مال المضاربة بعد مباشرة النشاط، سواء كان هذا الخلط بمال رب المال أو بمال المضارب أو بمال شخص آخر غيرهما، لأن هذا الخلط يؤدي إلى عدم معرفة نصيب كل طرف من الربح أو الخسارة على وجه صحيح، مما قد يؤدي إلى إيصال ربح أحد الأطراف إلى طرف آخر أو تحمله نصيباً من خسارة لا تخصه، وهو ما يفضي إلى النزاع والخصومة، ولأن حكم العقد الأول يكون قد استقر بأرباحه وخسائره

(١) - انظر: د. محمد عبد المنعم أبو زيد، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف، مرجع سابق،

ص ٤٣، د. عبد الله العبادي، مرجع سابق، ص ٢١٩.

وضم المال الثاني إليه بعقد آخر يؤدي إلى جبر خسران أحدهما بربح الآخر.^(١)

ويفهم من هذا الاتجاه أن طبيعة المضاربة تقتضي أن تكون جميع الأموال مدفوعة في وقت واحد، وتستمر المضاربة إلى أن يتم تصفية العمليات التي يقوم بها المضارب وتحصيل رأس المال نقداً لمعرفة نتائج المضاربة وتوزيعها على المشاركين توزيعاً عادلاً، وهذا ما يعرف في الفقه الاسلامي بالتضيض الفعلي. وما ذهب إليه الجمهور يؤكد حرصهم على العدالة في استحقاق الأرباح أو التحمل بالخسائر في عقد المضاربة ثنائي الأطراف.

الثاني: أجاز رأي في الفقه خلط مال المضاربة بغيره بعد مباشرة النشاط، على أن يكون ذلك بإذن رب المال. وأجاز المالكية هذا الخلط إذا كان العامل قادراً على التجارة بالمالين ولم يكن ذلك شرطاً في العقد.^(٢) ومع ذلك فإن التضيض الفعلي شرط لقسمة الربح باتفاق الفقهاء.

وفي حالة حصول ربح عن هذه المضاربة، يعطى لكل مال من هذه الأموال المشاركة نسبة تساوي نسبة مشاركته في المضاربة أولاً، ثم يقسم الربح الخاص بمال المضاربة بين المتعاقدين حسب النسبة المتفق عليها مسبقاً. وفي حالة وقوع خسارة، تقسم أيضاً على الأموال المشاركة في المضاربة حسب

(١)- ذلك أن المال الجديد يدخل إلى المضاربة والمال القديم يكون قد حقق ربحاً أو خسارة، فيشارك المال الجديد في الحصول على نصيب من هذا الربح أو في تحمل جزء من هذه الخسارة دون وجه حق. فلو كانت المضاربة قد حققت خسارة عند دخول المال الثاني ثم حققت ربحاً بعد ذلك مساوياً لذلك المقدار من الخسارة، فعند تقدير الربح لا تكون المضاربة قد حققت شيئاً في المحصلة النهائية، مما يعني أن المال الثاني لم يحصل على شيء رغم أنه ساهم في تحقيق ربح عن الفترة التي قضاها دون أن يكون عليه شيء من الخسارة السابقة، راجع : د. محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير المضاربة، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٢)- راجع د. علي محيي الدين القرة داغي، مرجع سابق، ص ١٠٨.

نسبة مشاركتها فيها، ويكون المتبقي من رأس المال بعد خصم نسبة خسارته هو الذي يستحقه صاحب رأس المال، أما المضارب فلا يتحمل شيئاً من تلك الخسارة.

ثانياً: التنضيز الحقيقي كأساس لقسمة الربح

من المستقر عليه لدى فقهاء الشريعة أن الربح وقاية لرأس المال، ولا يمكن معرفة مقدار تحققه إلا إذا عاد رأس المال إلى الصفة ذاتها التي كان عليها عند التعاقد. وعلى ذلك لا يجوز قسمة الربح في المضاربة الخاصة إلا بعد تنضيز رأس المال - أي تحويل العروض إلى نقود - حتى يتم معرفة نتائج المضاربة من ربح أو خسارة وتوزيعها توزيعاً عادلاً بعد ذلك، وهو ما يتطلب تصفية المضاربة من أجل تنضيز رأس المال للتأكد من أن هناك زيادة فعلية على رأس المال، على أساس أن الربح هو ما زاد عن رأس المال. ولا تعرف هذه الزيادة عن طريق تقدير قيمة العروض والسلع عند حساب الأرباح احترازاً من وقوع الخطأ في التقدير^(١)، ومن هنا إذا جرت القسمة والمضاربة مستمرة، فإن ذلك يعدّ بمثابة ما هو مدفوع تحت الحساب، ولو حدثت خسارة بعد ذلك، فإنها تجبر من الأرباح التي تم توزيعها على المضارب ورب المال. على أنه يمكن للمتعاقدين جعل القسمة نهائية عن طريق فسخ المضاربة القائمة وتصفيتهما ثم إعادة عقدها.^(٢)

ووفقاً لأحكام القانون المدني اليمني، يملك العامل حصته من الربح منذ ظهوره، ولكن لا يستقر ذلك إلا بالقسمة، وكل تصرف قبلها أدى إلى خسارة،

(١) - فلو حدث خطأ في تقدير قيمة العروض، لأدى ذلك إلى احتساب الخسارة على أنها ربح، فيأخذ العامل نسبة من الربح دون وجه حق، مما يؤثر على رأس المال بالنقص، ولا تتحقق الغاية المقصودة بأن وقاية لرأس المال.

(٢) - انظر: د. غريب الجمال، المصارف وبيوت التمويل الإسلامية، دار الشروق، جدة، ١٩٧٨، ص ٢٠٣ وما بعدها.

تؤخذ من الربح جبراً لرأس المال وإن انكشف الخسر بعد القسمة. ويجوز لكل من العامل ورب المال أن يطلب قسمة الربح عند مظنته عادة مالم يتفقا على غير ذلك.^(١)

ويبدو أن تملك المضارب لحصته من الربح منذ ظهوره في القانون اليمني، إنما يكون موقوفاً حتى تتم القسمة النهائية، لأن الربح يظل وقاية لرأس المال إلى أن تتم التصفية والقسمة النهائية. كما أن اقتسام الربح عند مظنته عادة مع بقاء رأس المال أومع بقاء المضاربة مستمرة جائز اتفاقاً، ويعدّ بمثابة ما هو مدفوع تحت الحساب، فإن ظهرت خسارة بعد ذلك، فإنها تجبر بالربح الموزع مسبقاً، لأنه لا يسمى ربحاً إلا ما زاد على رأس المال بعد انتهاء المضاربة. وما دامت هذه القسمة أثناء العملية الاستثمارية فهي قسمة أوليه للربح، ولا تعارض بينها وبين اعتبار الربح وقاية لرأس المال، لأنه لو حدثت خسارة بعد هذه القسمة، فإنه يتم جبرها من الربح المقسوم ويكون ذلك عند التصفية النهائية.^(٢)

(١) - المادتان (٨٥٧، ٨٥٨ مدني يمني) على التوالي. وقد اتفق الفقهاء على أن ملك المضارب لحصته من الربح لا يستقر إلا إذا قبض المالك رأس المال. وعند الشافعية يستقر أيضاً بتنضيض المال وفسخ العقد ولو لم يقتسما المال. وزاد الحنابلة بأنه يغني عن القبض أن يحتسباً حساباً كالقبض وذلك بتنضيض المال وإحضاره لصاحبه بحيث إن شاء قبضه، وإن شاء أمره بالمضاربة به، وفي هذه الحالة يكون مضاربة ثانية، كما لو قبضها منه ثم ردها إليه. انظر: محمد الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٠٤.

(٢) - اختلف الفقهاء حول جواز قسمة الربح مع استمرار المضاربة بالشروط نفسها، فذهب البعض إلى جواز ذلك وذهب آخرون إلى عدم جواز قسمة الربح قبل قبض رب المال لرأس ماله. كما أنهم اختلفوا في حكم الخسارة إذا وقعت بعد القسمة هل تجبر بالربح السابق أم لا. وقد أيد بعض الفقه الحديث الرأي القائل بأن الخسارة لا تجبر بالربح السابق على أساس أن قسمة الربح تعد بمثابة فسخ حكمي لعقد المضاربة الأول وتجديده على الشروط نفسها دون استرداد رأس المال،

وعلى ضوء موقف القانون المدني اليمني، يمكن القول بأنه يمكن للمصرف بوصفه صاحب مال أن يُقدّم التمويل اللازم للمضارب ليقوم باستثماره مقابل حصة من الربح يتفق عليها. ويحتسب الطرفان نتائج المضاربة ويقتسمان الأرباح في نهاية مدة المضاربة، على أن يسترد المصرف (رب المال) رأس مال المضاربة الذي قدمه للعميل قبل أي توزيع للأرباح بين الطرفين، لأن الربح وقاية لرأس المال ولا يستقر إلا بتصفية المضاربة وقبض رب المال لرأس ماله. ويجوز للطرفين الاتفاق على توزيع الأرباح دورياً قبل تصفية المضاربة، ويكون ذلك بمثابة ما هو مدفوع على الحساب إلى حين التأكد من سلامة رأس المال بالتصفية النهائية. وعلى ذلك لا يمكن تطبيق هذه الأحكام في علاقة المودعين بالمصرف.

أما عن نفقة وتكاليف المضاربة فتخصم من الربح أولاً، ويتم توزيع الباقي بين المضارب ورب المال حسب ما اشترطا، فإن زادت تلك النفقات عن الربح، فتخصم من رأس المال. وقد نصت المادة (٨٥٣ مدني يمني) على أن ((مؤن رأس المال من كراء وعلف بهيمة وأجرة دلال وغيرها تخرج من ربحه فإن زادت على الربح فمن رأس المال وإن استغرقتة فإن زاد رجع العامل على رب المال بالزيادة)).

كما نصت المادة (٨٥٤ مدني يمني) على أن ((مؤن العامل وخادمه تخرج من الربح بشروط أربعة هي:

١. أن تكون معتادة.
٢. أن تكون في السفر فقط.

على أن يأخذ كل منهما حكم نفسه ولا تجبر خسارة أحدهما بربح الآخر. انظر: د. محمد عبد المنعم أبو زيد، مرجع سابق، ص ١٦١، د. الهييتي، مرجع سابق، ص ٤٧٧ وما بعدها.

٣. أن يكون العامل مشغلاً في السفر بمال المضاربة حفظاً وتصرفاً أو أحدهما.

٤. أن تكون في الربح بحيث لا تستغرقه النفقات وإن كانت معتادة وتخرج مؤن رأس المال من الربح أولاً)).

وفي ظل المعاملات الحالية الحديثة يراعى أن تكون النفقات مما اعتاد عليه الناس في مثل هذه الأعمال، وألا تكون فيها مغالاة أو استغلال بحيث تكون متناسبة مع طبيعة العمل ورأس المال والربح، وأن تكون محددة عن التعاقد، فإن لم تكن كذلك، فالعبرة بما جرى عليه العرف.

ثالثاً: انقضاء المضاربة

تتقضي المضاربة وفقاً لقواعد القانون المدني اليمني بانقضاء المدة المتفق عليها أو المدة المعتادة كالمواسم ونحوه ويعزل العامل أو موته أو بموت رب المال مع مراعاة ما يلي:

- أنه يجوز لطرفي العقد حل عقد المضاربة قبل شروع العامل في العمل، فإذا شرع فيه صار لازماً لهما ووجب إبقاء رأس المال تحت يد العامل لحين انقضاء المدة المتفق عليها أو المدة المعتادة.

- لا يجوز لرب المال عزل العامل إذا كان المال عرضاً أو نحوه مما يجوز فيه الربح في المدة المتفق عليها أو المدة المعتادة، وإنما يجوز عزله إذا تيقن عدم الربح فإن اختلفا يقضي بينهما بما هو أصح من العزل أو التأخير.^(١)

(١)- انظر المواد (٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩ من القانون المدني اليمني). و بشأن انتهاء المضاربة في القانون المدني الأردني وردت المواد التالية: [المادة ٦٢٩- تنتهي المضاربة بفسخ العقد من قبل أحد المتعاقدين وإذا وقع الفسخ في وقت غير مناسب ضمن المتسبب لصاحبها التعويض عن الضرر الناجم عن هذا التصرف. المادة ٦٣٠- تنتهي المضاربة بعزل رب المال المضارب، ويمتنع على المضارب بعد علمه بالعزل أن يتصرف في أموال المضاربة إن كانت من النقود،

وهذا يعني أن الأصل في عقد المضاربة أنه عقد غير لازم قبل شروع العامل في العمل، فإذا شرع فيه أصبح لازماً لهما ومن ثم لا يجوز الفسخ. وقد تقرر استمرار هذا اللزوم حتى لا يتضرر العامل بطلب الفسخ المفاجئ. وهذا المعنى هو ما تضمنه قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن المضاربة المشتركة^(١)، الذي نص على أن ((... الأصل أن المضاربة عقد غير لازم، ويحق لأي من الطرفين فسخه، وهنالك حالتان لا يثبت فيهما حق الفسخ، وهما:

(١)- إذا شرع المضارب في العمل حيث تصبح المضاربة لازمة إلى حين التتضيض الحقيقي أو الحكمي.

(٢)- إذا تعهد رب المال أو المضارب بعدم الفسخ خلال مدة معينة فينبغي الوفاء، لما في الإخلال من عرقلة مسيرة الاستثمار خلال تلك المدة.

(٣)- لا مانع شرعاً من توقيت المضاربة باتفاق الطرفين، بحيث تنتهي بانتهاء مدتها دون اللجوء إلى طلب الفسخ من أحدهما، ويقتصر أثر التوقيت

وإن كانت من غيرها جاز له تحويلها إلى نقود. المادة ٦٣١- تنتهي المضاربة بانقضاء الأجل إذا كانت محددة بوقت معين. المادة ٦٣٢- إذا أنهى أحد المتعاقدين المضاربة قبل حلول الأجل جاز للمتضرر منهما أن يرجع على الآخر بضمان ما أصابه من ضرر. المادة ٦٣٣- تنفسخ المضاربة إذا مات أحد المتعاقدين أو جن جنوناً مطبقاً أو حجر عليه، كما أن العقد ينقضي بفقد أهلية أحد الطرفين أو إفلاس أحدهما، أو بهلاك رأس المال. وقد أجمع الفقهاء على أن اللزوم ليس من موجبات العقد، ولكل من طرفيه فسخ العقد ما لم يشرع العامل في القراض. واختلفوا إذا شرع العامل في النشاط، فذهب الإمام مالك إلى القول باللزوم، وهو عقد يورث، فإن مات العامل يكون لأبناء صاحب المال ما يكون لأبيهم، وقال الشافعي وأبو حنيفة، لكل واحد منهما الفسخ إذا شاء، وأنه ليس عقد يورث) انظر: ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص ٣٠٧ وما بعدها.

(١)- قرار رقم: ١٢٣ (١٣/٥)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط٤، مرجع سابق، ص ٤١٤.

على المنع من الدخول في عمليات جديدة بعد الوقت المحدد، لا يحول ذلك دون تصفية العمليات القائمة ((^(١)).

وطبقاً لأحكام القانون المدني اليمني، إذا مات العامل أو رب المال لزم تسليم المال لربه أو لوصيه أو ورثته فوراً ما لم يكن المال عرضاً وتيقن الربح فيستمر وصي العامل أو وارثه في المضاربة بولاية رب المال أو يستمر العامل فيها بولاية من وصي رب المال أو وارثه أو بولاية القاضي في الحالتين إن رفض صاحب الولاية أصلاً^(٢)، وحد الفورية في حالتي وفاة العامل أو رب المال هو التمكن من تسليم المال، فإن لم يرد ضمن.^(٣)

ويلاحظ بصفة عامة أن أحكام عقد المضاربة في القانون اليمني بالإضافة إلى القواعد العامة في هذا القانون تُعدّ الإطار القانوني للتمويل بالمضاربة الذي يقدمه المصرف بوصفه صاحب مال وطالب التمويل هو المضارب. ومع ذلك فإن بعض النصوص القانونية تحتاج إلى تعديل لتتناسب مع واقع العصر وواقع ممارسة المصرف لدوره كممول وشريك في الربح^(٤)، مع الأخذ بعين الاعتبار تقنين الضوابط التي شملتها بعض عقود المضاربة وإضافتها إلى أحكام القانون المدني، وهذا ما سنبيّنه لاحقاً. ومن الأفضل إعادة تقنين أحكام المضاربة

(١)- وأخذاً بمبدأ توقيت المضاربة تكون الودائع محددة المدة (٣-٦ - ١٢ شهر أو أكثر) وفي نهاية العام أو الدورة المالية يقوم المصرف بأعمال التصفية وتقسيم الأرباح. وإذا تم سحب الوديعة قبل الميعاد لا تستحق شيئاً من الربح، على أساس أن السحب قبل المدة المتفق عليها يعد فسخاً للمضاربة. انظر الموسوعة العلمية والعملية للبنوك، ج ٥، مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٢)- المادة (٨٧٠ مدني يمني).

(٣)- المادة (٨٧١ مدني يمني). ونصت المادة (٨٧٢) على أنه ((إذا مات العامل معيناً مال المضاربة كان لرب المال عين ماله، وإذا جهل العامل فلم يعين المال بعينه ولو ذكر جنسه وقدره، كان المال كالدين يحاصص به رب المال الغرماء، وإذا أغفل العامل المال ولا إقرار ولا بيئة بالبقاء لحين موته وأنكر وارثه أو أقر مع ادعاء تلف المال كان القول قول الوارث)).

(٤)- كالنصوص المتعلقة بالمصروفات، والتبرع بالضمان.

وضوابطها في إطار القانون التجاري بوصفها من العقود المصرفية. وإذا كانت علاقة المصرف بالمستثمرين في توظيفه للأموال قائمة على أساس ما يتم الاتفاق عليه، فإن ما عدا ذلك يخضع للقواعد العامة في القانون اليمني وغيرها من القوانين النافذة، وبما لا يتعارض مع أحكام الشرعية. وإن كان الأمر كذلك، فإن الأسئلة تطرح نفسها حول حقيقة وطبيعة المضاربة المشتركة، وهل هي امتداد وتطوير لعقد المضاربة الثنائي، أم أنها تشكل استثناء على قواعد وأحكام المضاربة الخاصة؟ وهل تصلح كإطار قانوني يحكم علاقة المصرف الإسلامي كشخصية معنوية بالمدعين من جهة، وعلاقته بالمستثمرين وأصحاب المشروعات من جهة أخرى؟ إن الإجابة عن هذه الأسئلة ستكون محور البحث الذي سنتناوله في المبحث التالي.

المبحث الثاني

المضاربة المشتركة في المصارف الإسلامية

إذا كان رأي الجمهور يقضي بعدم جواز خلط المضارب للأموال الواردة إليه تبعاً بعضها ببعض بعد البدء في عملية المضاربة لمنع الغرر في توزيع الأرباح، فإن الأخذ بهذا الشرط- في نظام قبول الأموال في المصارف- يقتضي ألا تقبل الإيداعات في حسابات الاستثمار إلا في يوم واحد، وأن تنتهي في وقت واحد ليتم توجيهها إلى مشروعات استثمارية مستقلة بأرباحها وخسائرها، وتوزيع نتائجها على أساس التتضيض الفعلي الذي يتطلب تصفية المشروعات عن طريق بيع الأصول وتحويلها إلى نقود سائلة. غير أن طبيعة الأعمال المصرفية تقتضي أن تظل عمليات السحب والإيداع مستمرة، وتقييد هذه العمليات بيوم محدد يتعارض مع مبدأ السرعة الذي تتطلبه الأعمال التجارية، كما أنه يجعل كميات كبيرة من الأموال معطلة ومنعزلة عن النشاط التجاري، ومن غير المتصور تصفية عمليات التمويل المختلفة طويلة ومتوسطة الأجل في وقت واحد حتى يتم توزيع الأرباح كما في المضاربة الخاصة، أو أن يبقى أصحاب الأموال دون توزيع الأرباح فترة طويلة إلى أن ينتهي العمر الافتراضي للمشروع.

وإذا كانت القواعد الخاصة بالمضاربة الشرعية لا تتلاءم مع طبيعة عمل المصارف الإسلامية، فإن معرفة آلية قبول الأموال وأسس قياس وتوزيع الأرباح والخسائر في المصارف أو ما يسمى في الفقه الحديث بعناصر المضاربة المشتركة يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

الأول: مفهوم المضاربة المشتركة.

الثاني: التكيف الفقهي للمضاربة المشتركة.

الثالث: أسس وعناصر المضاربة المشتركة .

الرابع: توظيف الموارد عن طريق التمويل بالمضاربة.

المطلب الأول

مفهوم المضاربة المشتركة في المصارف الإسلامية

المضاربة المشتركة كما جاء في معنى قرار مجمع الفقه الإسلامي^(١): هي التي يعهد فيها المودعون بأموالهم معاً أو بالتعاقب إلى المصرف لاستثمارها مع رأسماله المخصص للاستثمار في المشروعات التي يقوم بها، سواء بطريق مباشر أو بطريق تمويل المشروعات، وفق ما يراه محققاً للمصلحة، وقد يقيد بنوع خاص من الاستثمار مع الإذن له صراحة أو ضمناً بخلط أموالهم بعضها ببعض، أو بماله، أو موافقته أحياناً على سحب أموالهم كلياً أو جزئياً عند الحاجة بشروط معينة. هذه المضاربة المشتركة مبنية على ما قرره الفقهاء من جواز تعدد أرباب الأموال، وجواز اشتراك المضارب معهم في رأس المال، وإنها لا تخرج عن صور المضاربة المشروعة في حال الالتزام فيها بالضوابط الشرعية المقررة للمضاربة، مع مراعاة ما تتطلبه طبيعة الاشتراك فيها بما لا يخرجها عن المقتضى الشرعي.

وتُعرف المضاربة المشتركة أيضاً بأنها ((تسلم المصرف النقود التي يرغب أصحابها في استثمارها سواء بطريق الإيداع في حسابات الاستثمار المشترك أو - بالاكنتاب في سندات المقارضة المشتركة - و ذلك على أساس القبول العام باستعمالها في التمويل المستمر والمختلط مقابل الاشتراك النسبي فيما يتحقق

(١) - قرار رقم (١٢٣)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط٤، مرجع سابق، ص ٤١٢.

سنوياً من أرباح صافية ودون القيام بتصفية عمليات التمويل غير المهيأة للمحاسبة^(١).

وسوف أقدم وصفاً موجزاً للخطوات التي تمر بها المضاربة الجماعية أو المشتركة وفق ما يجري عليه العمل فيها في المصارف الإسلامية وذلك على النحو الآتي:

١- يعهد المودعون بأموالهم إلى المصرف- بصورة فردية أو جماعية- لاستثمارها بموجب عقد استثمار يتضمن تفويضهم له باستثمارها بالطرق التي يراها مناسبة مقابل حصة شائعة مما يتحقق من أرباح.

٢- يقوم المصرف بخلط هذه الأموال مع بعضها البعض، وخلطها مع رأس ماله المخصص للاستثمار، وتوجيهها إلى مختلف المجالات الاستثمارية عن طريق وسائل التمويل والاستثمار الإسلامية.

٣- تحسب الأرباح نهاية كل عام عن طريق ما يسمى بالتضييخ الحكمي أو التقديري، (تقويم موجودات الشركة بعد حسم التكاليف) وبمعنى آخر أنه من إجمالي ما يتحقق من أرباح نهاية السنة المالية من طرق الاستثمار المختلفة، يتم استئزال أية خسائر وقعت في عمليات الاستثمار.

بعد استئزال ما ذكر، يقوم المصرف باقتطاع النسبة المقررة له من الأرباح بوصفه مضارباً، وتجنب بعض المصارف نسبة من الأرباح المحققة كمخصص لمواجهة مخاطر الاستثمار، وما تبقى من الربح يقسم على الأموال المشاركة في الاستثمار حسب مقدار رأس المال المشارك. فبعد أن يأخذ المصرف حصة من الأرباح بوصفه مضارباً (مقابل إدارة المال) وحصة أخرى بوصفه شريكاً

(١) - المادة (٢) من قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل و الاستثمار لسنة ١٩٨٥ الملغي بقانون البنوك لعام ٢٠٠٠.

بالمال (مقابل الحصة التي شارك فيها في عمليات الاستثمار)؛ توزع الأرباح الباقية على المودعين وفقاً لنوع الحساب ومدة وحجم الوديعة. وإذا لم تتوفر أرباح لا يأخذ المصرف أو أصحاب المال شيئاً، وإذا حصلت خسارة دون تعدّ أو تقصير، يتم جبرها من الاحتياطي المتراكم المخصص لمواجهة الخسائر (في بعض المصارف) فإذا لم يكن كافياً لجبر الخسائر، توزع الخسارة على الأموال التي شاركت في الاستثمار بنسبة المشاركة (حصة المودعين وحصة المصرف). وإذا كانت الخسارة نتيجة خطأ المصرف، تحمل وحده مقدار النقص أو الخسارة، وقام بتعويض أرباب الأموال عنه من ماله الخاص.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي للمضاربة المشتركة

اختلف الفقه الحديث حول تحديد علاقة المصرف بالمدعين والمستثمرين، ويرجع هذا الاختلاف إلى أصل واحد هو اختلاف فقهاء المذاهب الإسلامية حول طبيعة وأحكام عقد المضاربة الشرعي، وهو ما انعكس أثره على آراء الفقه الحديث بين متشدد في الأخذ بتلك الأحكام، وبين موسع أو وسط بين ذلك كل حسب فهمه وإدراكه لأحكام عقد المضاربة ومدى ملاءمتها للتطبيق في الوقت الحاضر من عدمه. وفي تكييف علاقة المصرف بالمدعين والمستثمرين وجدت عدة محاولات فقهية يمكن بيانها على النحو الآتي:

الرأي الأول: خلص إلى أن العلاقة بين أطراف المضاربة المشتركة ثنائية في كل الأحوال، وهي علاقات مستقلة غير مترابطة. فمن حيث تكييف علاقة المصرف بالمدعين، ذهب إلى أن عقد المضاربة يحكم طبيعة هذه العلاقة على أساس أن المدعين في مجموعهم (رب المال) والمصرف هو المضارب مضاربة مطلقة، أي أن من حقه توكيل غيره في استثمار مال المدعين. وفي تكييف العلاقة بين المصرف وأصحاب المشروعات طالبي التمويل، ذهب إلى أن أحكام المضاربة تسري عليها، على أساس أن المصرف هو صاحب المال، وأصحاب المشروعات هم المضارب كل على حده. وأن نصيب المصرف في كلتا الحالتين هو الربح مقابل عمله، ويتحصل عليه بعد خصم مصاريفه العمومية بما فيها أجور موظفيه وعماله، والاحتياطات التي قد يفرضها القانون الوضعي على المصارف بوصفها شركات مساهمة.^(١)

(١) - انظر: د. محمد عبد الله العربي، المعاملات المصرفية المعاصرة ورأي الإسلام فيها، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية، القاهرة، مجمع البحوث الإسلامية، ١٩٦٥،

انتقد هذا الرأي على أساس أنه لم يبين الأساس الشرعي لهذا التكييف ولا أسانيده الفقهية على الرغم من تغيير شكل العلاقة الثنائية لعقد المضاربة، فمثلاً لم يوضح الحكم الشرعي لعملية خلط الأموال المتعددة في عملية المضاربة، والدخول المتتالي للأموال المختلفة في هذه العملية، وكذلك حكم قيام الشخص المعنوي بعمل المضارب وغيرها من القضايا.^(١)

الرأي الثاني: ذهب إلى أن العلاقة بين أصحاب الودائع والمصرف (المضارب) هي علاقة ثنائية طرفاها المصرف من جهة والمودعون - أصحاب الأموال - من جهة أخرى، سواء أقام المصرف بالعمل مضاربة بهذه الأموال أو أعطاهما إلى آخرين للعمل بها على مبدأ المضاربة المطلقة نفسها، على أن يكون نصيب المضارب الثاني من نصيب المصرف الخاص المتفق عليه كنسبة شائعة من الربح مع أصحاب الأموال ولو استغرق ذلك جميع نصيب المصرف من غير أن يتأثر نصيب أصحاب الأموال المتعديدين بشيء من ذلك، وفي هذه الحالة الثانية تظل علاقة المصرف بالمودعين علاقة مضارب برب المال في عقد مضاربة، كما لو مارس عمل المضاربة بنفسه مباشرة. أما علاقة المصرف بالمضاربين الآخرين، فإنها تكون علاقة وسيط بالوكالة بينهم وبين أصحاب ودائع الاستثمار، ولا يمكن وصف المصرف بأنه رب مال

ص ٩٧، ص ١٢٣. وأيده في الرأي: د. محمد أحمد سراج، النظام المصرفي الإسلامي، مرجع سابق، ٢٥٧، د. محمد عثمان شبيب، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان - الأردن، ط ٤، ٢٠٠١، ص ٣٥٢.

(١) - انظر: د. محمد عبد المنعم أبو زيد، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٣.

في علاقته بالمضاربين الآخرين، لأنه ليس مالكا للمال في الحقيقة ولا ضامنا له مادام مأذونا في خلط أموال المضاربة ودفعها لمضاربين آخرين.^(١) ووفقاً لهذا الرأي، يستحق المصرف الربح مقابل عمله في كلتا الحالتين، وتتفاوت نسبة ربحه بتفاوت درجات عمله، فإذا كان المضارب الوحيد، كانت نسبته من الربح أعلى، وإذا ضارب غيره، يؤخذ نصيب المضارب الثاني من الربح من نصيبه، وهكذا .

ويلحظ أن هذا الرأي يتفق مع سابقه في أن المضاربة ثنائية الأطراف، وأنها مضاربة مطلقة سواء قام المصرف بإدارة أموال المودعين مباشرة أم عهد بها إلى المستثمرين، مما يعني أن تعاقد المصرف مع المستثمرين أصحاب المشروعات يعدّ من قبيل الأعمال الإدارية التي هي من صميم اختصاصه كمضارب، ولذلك اشترط أن تكون حصة (طالب التمويل) من الربح مستقطعة من نصيب المصرف. ومن وجهة نظر هذا الرأي، لا يمكن وصف المصرف بأنه صاحب مال في مواجهة المستثمرين، لأنه ليس مالكا للمال حقيقة ولا ضامنا له، وإنما هو مأذون بخلط أموال المضاربة ودفعها لمضاربين آخرين. ومن ثم يعتبر وسيطاً بالوكالة عن المودعين في مواجهة المضاربين.

ويبدو للباحث عدم صحة إطلاق القول بأن المصرف يعدّ وسيطاً بالوكالة في علاقته بالمستثمرين، لأنه يخالف واقع عمل المصرف الإسلامي الذي يعتبر صاحب مال في مواجهة (طالب التمويل)، فهو رب مال بالنسبة لما يستثمر من أمواله الخاصة مفوض من المودعين باستخدام أموالهم في الاستثمار، ومن ثم يملك التصرف في المال أصالة وتفويضاً.

(١) - د. حسن الأمين، الدائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، مرجع سابق، ص ٣١٧ وما بعدها.

الرأي الثالث: ذهب إلى أن الأعضاء المشتركين في المضاربة ثلاثة: المودع بوصفه صاحب المال، والمستثمر بوصفه عاملاً (المضارب)، والمصرف بوصفه وسيطاً بين الطرفين وليس عضواً أساسياً في عقد المضاربة، ويعدّ وكيلاً عن صاحب المال في الاتفاق مع العامل^(١)، ويستحق الأجر والربح معاً مقابل وساطته وعمله، وللمصرف بوصفه وسيطاً وليس مضارباً أن يتبرع بضمان أموال المضاربة بوصفه جهة ثالثة.^(٢)

أخذ على هذا الرأي عدم التسليم بالقول إن المصرف طرف غير أصيل في عملية المضاربة، لمخالفته الواقع العملي، فالمصرف يتسلم أموال المودعين على أنه المضارب الذي يقوم باستثمارها مباشرة أو يدفعها للآخرين لاستثمارها.^(٣)

كما أن مال المضاربة أمانة في يد المضارب والأمين لا يضمن ما هو مؤتمن عليه، ومن ثم لا يجوز للمصرف أو لغيره أن يضمن مال المضاربة مادام أنه ليس مضموناً في الأصل على المضارب، ومال المضاربة يجب أن يكون مضموناً على صاحبه حتى يطيب له الربح، فإن تحقق له هذا الضمان من أي جهة كانت، أصبح لا حق له في الربح، لأن المال المضمون إما أن يكون قرضاً، فيكون الربح والزيادة رباحاً، وإما أمانة، فلا يحق له الربح.^(٤)

الرأي الرابع: ذهب إلى أن المضاربة المشتركة تضم ثلاثة أطراف، مالكي المال والعاملين فيه والجهة الوسيطة بين الفريقين، وأن المضاربة تتفرد كنظام

(١) - محمد باقر الصدر، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٢) - المرجع السابق، ص ٣٢.

(٣) - انظر : د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٣٩٩، د. محمد

عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٤) - د. محمد عبد المنعم أبو زيد، المرجع السابق، ص ١٣٠.

جماعي بعدد من المزايا التي يبدو من المتعذر تحققها في نطاق المضاربة الخاصة وما يداخلها من قيود.

ومن وجهة نظر هذا الرأي، تختلف علاقة أطراف المضاربة باختلاف شكل التعاقد، فأصحاب المال الذين يقدمونه بصورة انفرادية يعدّون فيما بينهم شركاء في الربح الذي قد يحصل رغم عدم وجود أي اتفاق فيما بينهم، لأنهم يتعاقدون مع المضارب المشترك (المصرف) كل حسب الشروط التي يراها مناسبة ضمن حدود الاختيار المعلن للعموم بشكل إيجاب قائم ومفتوح للكافة.

أما المضاربون (المستثمرون) فيأخذون المال بصورة انفرادية أيضاً ويعملون فيه منفردين حسب الاتفاق الخاص بكل واحد، وهؤلاء مستقلون بعضهم عن بعض سواء في العمل أو الربح أو الشروط.

أما الجهة الوسيطة (المضارب المشترك - المصرف) فمهمته التوسط بين الفريقين في جذب الأموال والعمل بها. وتأتي أهميته في صفته المزدوجة التي يبدو فيها مضارباً بالنسبة لأصحاب الأموال من جهة، ومالكاً للمال بالنسبة للمضاربين من جهة أخرى، ولذلك فإن تعامله مع أصحاب المال يبعده عن أن يكون مضارباً خاصاً ويقربه أكثر من إمكانية وصفه بالمضارب المشترك، وهو الشخص الجديد الذي ينظم المضاربة المشتركة في إطار الاستثمار الجماعي.^(١)

وأضاف هذا الرأي بأن المضارب المشترك يتميز عن نظيره في المضاربة الخاصة في مسألتين هامتين هما: الشروط، والضمان، فمن حيث الشروط، لا مناص من إعطائه حق تحديد الشروط التي تتلاءم مع طبيعة الاستثمار الجماعي المشترك، لأنه يتعذر تقييد المضارب المشترك بالعمل في المال في مجال الاستثمار. وهذا يعني أن المضارب المشترك يتمتع بالاستقلال التام فيما

(١) - انظر: د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٣٩٣ وما بعدها.

يتعلق بالشروط التي كان بإمكان المستثمر - بصفته مالك المال - أن يفرضها على المضارب الخاص. كما أنه يتمتع بحق الاشتراط المناسب لحفظ المال في علاقته مع المضاربين. وبالنسبة لمسألة الضمان؛ فإنه يضمن ما يسلم إليه من أموال لغايات الاستثمار، على أساس أن هذه المسألة تشكل في حقيقتها عنصراً هاماً في إنجاح عمل المضارب المشترك كوسيط مؤتمن في مجال الاستثمار المالي، ومن ثم يستحق نسبة من الربح مقابل ضمانه أموال المضاربة.^(١)

ويلحظ أن هذا الرأي قال بالضمان قياساً على الأجير المشترك، ولأن سبب استحقاق الربح - عندما لا يعمل المضارب بنفسه في مال المضاربة - هو الضمان، لأنه ليس منه مال أو عمل، وتقرير الضمان بالنسبة للمضارب المشترك الذي يعمل بالأسلوب نفسه يبدو أكثر جدارة بالمراعاة.^(٢)

انتقد هذا الرأي لأسباب عدة لعل أهمها أن المصرف ليس مضارباً في كل ما يدفع إلى أصحاب الأعمال (طالبى التمويل)، بل هو رب المال بالنسبة لما يستثمره من أمواله الخاصة مفوضاً من المودعين باستخدام أموالهم في الاستثمار، ومن ثم يملك التصرف في المال أصالة وتفويضاً، وليس هذا فحسب، بل إن المضاربة المقيدة تصلح أساساً للاستثمار الذي يتولاه المصرف، وذلك بإصدار شهادات المضاربة الخاصة المقيدة، كما أن للمصرف حق الاشتراط على من يعمل في المال، مما يبعد عنه صفة المضارب وينفيها. ولو تم التسليم بأن المصرف ضامن لأموال المستثمرين - وهو أحدهم - لكان معنى ذلك أنه يضمن أموال نفسه عن القدر الذي استثمر من ماله، وهو ما لا يمكن تصوّره. أما لو كان المقصود هو ضمان أموال المودعين فقط، لانتوى ذلك على معنى ضمان جانب من المستثمرين (مساهمي المصرف) لمال جانب آخر

(١) - المرجع السابق، ص ٣٩٨.

(٢) - السابق، ص ٤٠٢، ص ٤٠٥.

(المودعين)، أي أن شركة الاستثمار بين المصرف والمودعين تكون قد تميزت باشتراكهما في الربح معاً، أما في حالة الخسارة، فإنها تقع على عاتق طرف واحد (المصرف)، وهو ما يعرف في القوانين التجارية بشرط الأسد، وهو مرفوض لتنافيه مع مبدأ المشاركة أو الاستثمار الذي يتضمن المخاطرة، أو مع العدالة التي تتسم بها الشريعة الإسلامية.^(١)

وانتقد هذا الرأي أيضاً على أساس أن الضمان لا يتحقق بالشكل السابق إلا إذا كان خلط الأموال أو دفعها لمضارب آخر بغير إذن رب المال. كما أن القياس على الأجير المشترك قياس مع الفارق، لأنه لم يثبت بنص أو إجماع، ولأن الأجير المشترك هو الصانع يتسلم أمتعة الناس ويقوم بتصنيعها لهم مقابل أجر محدد كالخياط، والنجار، بعكس المضارب المشترك فإنه يتسلم أموال متعددة ويخلطها بإذنهم ويعمل بها مضاربة في عمل تجاري غالباً مقابل نسبة من الربح يتفق عليها ابتداءً.^(٢)

الرأي الخامس: فرق بين ثلاث حالات على أساس التفويض الممنوح للمصرف:^(٣)

الحالة الأولى: إذا ما فوض المصرف من قبل المودعين في استثمار الأموال المودعة لديه استثماراً مباشراً بمعرفته، فيمكنه أن يباشر بمفرده هذه الاستثمارات وفقاً لقواعد المضاربة في الفقه الإسلامي، ويصبح المصرف في

(١) - الموسوعة العلمية والعملية للبنوك، ج ١، مرجع سابق، ص ٢٦ وما بعدها.

(٢) - راجع: د. حسن الأمين، الودائع المصرفية، مرجع سابق، ص ٣٢١ وما بعدها.

(٣) - د. غريب الجمال، المصارف وبيوت التمويل، مرجع سابق، ص ١٩٢ وما بعدها. يؤيده في الرأي د. عبد الله العبادي، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

هذه الحالة في مركز المضارب والمودعون في مركز رب المال، ويستحق المصرف نصيبه من الربح حسب الاتفاق المبرم بينه وبين المودعين.^(١)

الحالة الثانية: إذا ما فوض المصرف من قبل المودعين في استثمار الأموال المودعة لديه استثماراً مباشراً بمعرفته منفرداً، أو مشتركاً مع آخرين، فإن المصرف وكذلك من يشترك معه من المستثمرين ورجال الأعمال (طالبي التمويل) يعدّون جميعاً في هذه الحالة في مركز المضارب، وبعد أصحاب الودائع في مركز رب المال. ويستحق المصرف نصيبه من الربح حسب الاتفاق المبرم بينه وبين المودعين وبينه وبين شركائه من المتمولين ورجال الأعمال. وتحدد العلاقة بين مجموعة الشركاء (الذين هم في مركز المضارب) في إطار الشروط التي تتطلبها مصلحة الشركاء ومقتضيات التطور في شكل المعاملات.^(٢)

الحالة الثالثة: إذا كان تفويض العملاء للمصرف محدداً أو قاصراً على أن يقوم كوكيل عن هؤلاء العملاء مع رجال أعمال آخرين راغبين في تمويل مشروعاتهم والعمل في هذه الأموال مضاربة مقابل نصيب من الربح؛ فإن المصرف في هذه الحالة يحق له الحصول على الأجر (العمولة) المتفق عليه

(١)- وفي هذه الحالة يقوم المصرف مباشرة في استثمار حصيلة ودائع عملائه في أعمال تجارية وصناعية ينشئ لها إدارات متخصصة في هيكله العام. راجع: د. غريب الجمال، مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٢)- وفي هذه الحالة يباشر المصرف أعمال التمويل والاستثمار عن طريق المشاركة بأموال متعددة المصادر منها الأموال المملوكة له والودائع وما قد يضيفه من أموال أصحاب المشروعات، ومن ثم فإن رأس المال المستثمر في هذه المشروعات يكون مشاركة بين الجميع. انظر: المرجع السابق، ص ١٧٩.

فيما بينه وبين المودع، لأن ما يباشره في هذه الحالة كوكيل هو من قبيل الأعمال المصرفية الخدمية وليس من قبيل الأعمال المصرفية الاستثمارية.^(١) ومن وجهة نظر هذا الرأي، إذا ما كان المصرف ضامناً، فإن وضع الأموال المودعة لديه لاستثمارها يقترب كثيراً من وضعها في المصارف الربوية من حيث اعتبارها عندئذ قروضاً وليست ودائع.^(٢)

الرأي السادس: بين قرار مجمع الفقه الإسلامي أن علاقة المودعين بالمصرف هي علاقة مشاركة يحكمها عقد المضاربة، حيث إن المستثمرين في مجموعهم هم أرباب المال، والعلاقة بينهم - بما فيهم المضارب إذا خلط ماله بمالهم - هي المشاركة، والمتعهد باستثمار أموالهم هو المضارب (المصرف)، والعلاقة بينه وبينهم هي المضاربة (القراض)، لأنه هو المنوط به اتخاذ قرارات الاستثمار والإدارة والتنظيم. وإذا عهد المضارب (المصرف) إلى طرف ثالث بالاستثمار، فإنها مضاربة ثانية بين المضارب الأول (المصرف) وبين من عهد إليه بالاستثمار، وليست وساطة بين هذا الأخير وبين أرباب الأموال - أصحاب الحسابات الاستثمارية.^(٣)

الرأي السابع: ذهب صاحبه إلى أن موقف المصرف والمودعين لا يخرج عن كونهم " شركاء " يستثمرون أموالهم ويقوم بأعمال الإدارة أحد الشركاء وهو (المصرف) مفوضاً عن مجموع المستثمرين.^(٤)

(١) - المرجع السابق، ص ١٩٣. وبصفته وكيلاً عن أصحاب الودائع يتعاقد بهذه الصفة مع رجال الأعمال الراغبين في تمويل مشروعاتهم، راجع أيضاً ص ١٩٨.

(٢) - غريب الجمال، السابق، ص ٢٠٢.

(٣) - قرار رقم ١٢٣، بشأن القراض أو المضاربة المشتركة، قرارات وتوصيات مجمع الفقه، ط٤، مرجع سابق، ص ٤١٣.

(٤) - الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، اتحاد البنوك الإسلامية، ج ١، مرجع سابق، ص ٢٦، وما بعدها.

وقد تأيّد هذا الرأي بالقول^(١)، إن المصرف من خلال تمثيله لمساهمية يعدّ شريكاً للمودعين في موضوع المشاركة، وحينئذٍ يصبح صاحب رأس المال هو (المساهمون والمودعون)، في حين يكون أصحاب المشاريع الاستثمارية هم (المضاربون)، والمصرف حينما يقوم بأعمال إدارة هذه الشركات المتعاقبة فإنما يقوم بها مفوضاً عن الجميع من مساهمين أو مودعين. ويضيف هذا الرأي بأن أصحاب الودائع قدموا أموالهم على سبيل المشاركة للمساهمين للمضاربة بها، وإذا كان لا يضر هذا الرأي التباس التوصيف للربح الحاصل: هل هو ربح مضاربة أو مشاركة، فإن ثمرة ترجيح الشركة هو تحمل المصرف ما يقع من خسارة إلى جانب أصحاب الأموال دون أن ينفرد أحد الجانبين بتحملها. أما الجهد المبذول من المصرف فهو من أعمال الإدارة، ويمكن تخصيص نسبة زائدة لمقابلته، إضافة للنسبة المخصصة للاشتراك في رأس المال. وهذا الرأي يستتبع جواز الخلط وصحة المحاسبة قبل التتضيض، ولا يمنع من إبقاء هذين القيدتين في المعاملات بين المصرف وبين أصحاب المشاريع الاستثمارية الذين يعملون بمال الشركة مضاربة.

وجمعاً بين الرأيين الخامس والسادس يمكن القول أن علاقة المودعين بالمصرف هي علاقة مشاركة يحكمها عقد المضاربة المطلقة على أساس أن المودعين في مجموعهم (أرباب مال) والمصرف هو المضارب المفوض باستثمار أموالهم، حيث يقوم بخلط هذه الأموال مع رأس ماله المخصص للاستثمار وتوجيهه إلى مجالات الاستثمار المختلفة سواء قام بإدارة هذه الأموال مباشرة أو عهد بإدارتها إلى آخرين. أما في علاقته بطالبي التمويل فيعدّ رب مال في مواجهتهم، ويحكم هذه العلاقة نوع العقد المبرم معهم.

(١) - د. عبد الستار أبو غدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، بيت التمويل الكويتي، الكويت، ١٩٩٣، ص ٢٣٦.

وإذا ما فوض المصرف من قبل المودعين في استثمار أموالهم استثماراً مباشراً ومقيداً دون أن يساهم بحصة من أمواله، فإنه يباشر هذه الاستثمارات وفقاً لقواعد المضاربة الثنائية الخاصة، حيث يكون المصرف في مركز المضارب والمودعين في مركز رب المال، ويستحق المصرف نصيبه من الربح بنسبة محددة اتفاقاً عند إبرام العقد.

أما إذا كان تفويض العملاء محدداً أو قاصراً على أن يقوم المصرف بوصفه وكيلاً عن العملاء في إدارة أموالهم واستثمارها مقابل عمولة محددة، فإن المصرف في هذه الحالة يحق له الحصول على الأجر (العمولة) المتفق عليه بينه وبين المودع، لأن ما يباشره في هذه الحالة يعدّ من قبيل الخدمات المصرفية التي لا يتعرض فيها المصرف للمخاطر، وليس من قبيل الأعمال المصرفية الاستثمارية. وهذه الصورة تخضع لأحكام الوكالة وليس لأحكام المضاربة.

المطلب الثالث

أسس وعناصر العمل بالمضاربة المشتركة

إن مسألة قبول الودائع على نحو مستمر في المصارف التجارية وتمويل العمليات الاستثمارية المختلفة دون تمييز بين مصادر الأموال والمشروعات التي وجهت لتمويلها، واعتماد هذه المصارف على طريقة النمر أو الأعداد لحساب الفوائد الخاصة بالودائع التي تتفاوت مواعيدها الزمنية خلال السنة المالية للمصارف، وكذلك الودائع التي يتم سحبها قبل نهاية الدورة المالية أو السنة المالية؛ كل هذه المسائل لا تثير أي إشكالات مادامت هذه الودائع قروضاً بفوائد مضمونة على المصرف. وبالنظر إلى التفرقة بين المضاربة الخاصة والمضاربة المشتركة، فإنه من المتوقع أن يكون هناك اختلاف بين المصارف التجارية والمصارف الإسلامية، وهذا ما سأحاول الكشف عنه في هذا المطلب من خلال بحث العناصر الآتية:

أولاً: خلط أموال المضاربة المشتركة في المصارف

سبق أن بيّنا أن المصارف الإسلامية تقبل الودائع المتدفقة عليها من العملاء بصورة مستمرة على أساس الخلط المتلاحق للأموال وإضافتها مع أموالها الذاتية إلى وعاء واحد، وتمويل العمليات الاستثمارية المختلفة منه دون تمييز بين مصادر الأموال والمشروعات التي وجهت لتمويلها. وتعتمد المصارف على طريقة النمر أو الأعداد لحساب عوائد الأرباح الخاصة بالودائع التي تتفاوت مواعيدها الزمنية خلال السنة المالية للمصارف، وتلك التي يتم سحبها قبل نهاية الدورة المالية أو السنة المالية. وإذا كانت طبيعة الأعمال المصرفية تقتضي السماح لأصحاب الحسابات بعمليات السحب والإيداع بصفة دائمة من وإلى تلك الحسابات، ويتضح ذلك

بصورة جلية في حسابات التوفير التي تسمح بالسحب منها في أي وقت، فإن سحب الوديعة أو جزء منها قبل نهاية الدورة أو السنة المالية لا يخلو من أمرين:

الأول: ألا يكون الجزء المسحوب قد ربح شيئاً إلى وقت السحب.

الثاني: أن يكون قد ربح أكثر مما يقدر بحساب الإنتاج اليومي، وفي الصورة الأولى، يحوز هذا الجزء حصة لا تخصه من ربح مودع آخر، وفي الصورة الثانية، تنتقل حصته إلى مودع آخر.

ونظراً لاستمرار قبول الودائع الاستثمارية وتفاوت قيمة كل منها ومواعيد تقديمها وعدم توافقها مع مواعيد بدء وانتهاء المشروعات الاستثمارية التي توظف فيها هذه الأموال، فإنه من غير المتصور تتبع العمليات المستثمر فيها مبلغ كل مودع لمعرفة حصته من الربح أو الخسارة^(١)، لأنه لا يوجد أي رابط مباشر بين مبالغ الودائع الاستثمارية وأرباح المشروعات التي وظفت فيها هذه الأموال. وفضلاً عن ذلك فإن المصارف تعتمد على إجراء مقاصة بين أرباح وخسائر كافة العمليات والمشروعات الاستثمارية لتحديد الأرباح القابلة للتوزيع على أموال الاستثمار بصفة عامة، وهو ما يؤدي إلى إيصال ربح أحد الأطراف لطرف آخر أو تحمل أحدهم لخسارة لا تخصه، وبمعنى آخر فإن هذه المقاصة تؤدي إلى مشاركة هذه الأموال في الربح والخسارة.^(٢)

وفي ضوء الحقائق السابقة، يمكن القول بأن تقدير ما يخص الودائع الاستثمارية من عوائد لا يخلو من الغرر عند توزيع الأرباح، غير أن قرار مجمع الفقه الإسلامي أجاز خلط الأموال وأجاز توزيع الربح بأسلوب النمر أو

(١)- انظر: د. جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١١٨.

(٢)- كأن يضارب المصرف لشخص بألف ويخسر مئة ريال، ويضارب بألف أخرى لشخص آخر بعد شهر فيربح مائتي ريال، فيشترك الشخصان في الربح بعد جبر الخسارة.

الأعداد، حيث نص على أنه ((لا مانع من خلط أموال أرباب المال بعضها ببعض أو بمال المضارب، لأن ذلك يتم برضاهم صراحة أو ضمناً، كما أنه في حالة قيام الشخص المعنوي بالمضاربة وتنظيم الاستثمار لا يخشى الإضرار ببعضهم لتعين نسبة كل واحد في رأس المال، وهذا الخلط يزيد الطاقة المالية للتوسع في النشاط وزيادة الأرباح)).^(١)

وأضاف هذا القرار أنه ((لا مانع شرعاً حين توزيع الأرباح من استخدام طريقة النمر القائمة على مراعاة مبلغ كل مستثمر ومدة بقائه في الاستثمار؛ لأن أموال المستثمرين ساهمت كلها في تحقيق العائد حسب مقدارها ومدة بقائها، فاستحقاقها حصة متناسبة مع المبلغ والزمن هو أعدل الطرق لإيصال مستحقاتهم إليهم، لأن دخول حصة المستثمرين في المضاربة المشتركة بحسب طبيعتها موافقة ضمناً على المباراة عما يتعذر الوصول إليه، كما أن من طبيعة المشاركة استفادة الشريك من ربح مال شريكة، وليس في هذه الطريقة ما يقطع المشاركة في الربح، وهي مشمولة بالرضا بالنسب الشائعة الناتجة عنها)).

وسوّغ بعض الفقه عمليات خلط الأموال واستمرارها في المصارف رغم منع الفقهاء لها في المضاربة الخاصة، بأن المصارف لديها وسائل حسابية حديثة من سجلات وملفات وأجهزة حسابية متطورة تحفظ وتضمن حقوق كل طرف، وهو ما قصده الفقه من منع الخلط.^(٢)

(١)- قرار رقم ١٢٣ بشأن المضاربة المشتركة، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤١٥.

(٢)- انظر على سبيل المثال: د. عبد الله العبادي، مرجع سابق، ص ٢٢١.

ثانياً: التنضيق التقديري كأساس لقياس وتوزيع الأرباح والخسائر

يقوم نظام قبول الودائع الاستثمارية على أساس افتراض استمرار الشركة التي لن تنتهي إلا بعد التصفية النهائية لعمليات التمويل والاستثمار التي تمارسها، ومن غير المتصور تصفية جميع المشروعات الممولة كلها مرة واحدة واسترداد المال حتى يتم توزيع الأرباح كما هو الحال في المضاربة الخاصة.^(١) ونظراً لصعوبة التنضيق الفعلي للاستثمارات أو المشروعات المستمرة وتحويلها إلى سيولة، فإن المصارف تعتمد على ما يسمى بالتنضيق التقديري كأساس لقسمة وتوزيع الأرباح بشكل دوري. وهذا ما أجازته قرار مجمع الفقه الإسلامي الذي نص على أنه ((... لا مانع شرعاً من العمل بالتنضيق الحكمي (التقويم) من أجل تحديد أو توزيع أرباح المضاربة المشتركة أو

(١)- ذهب رأي في الفقه إلى إحلال عقد المشاركة في الاستغلال بهدف الربح محل المضاربة الفقهية الخاصة، وأنه في المحاسبات التي تتم بين المصرف وبين المضاربين، يجب على المصرف استرجاع رؤوس الأموال أولاً، ثم يوزع الباقي بينه وبين كل مضارب سواء كان مؤسسة أو مستثمراً منفرداً حسب العقد المبرم بينه وبين كل منهم، مع العلم أن المصرف هنا يطبق نظام الأرباح التقديرية أو المحتملة في حالة استمرار الشركة، لأن الأرباح لا تعرف إلا بعد المحاسبة التي تضمن استرداد المال من طرف المصرف. غير أن المشكلة تنثور عند توزيع الأرباح بين المصرف والمودعين ومن غير المتصور تصفية المشروعات الممولة كلها مرة واحدة، أو إرجاع رؤوس الأموال كاملة لأصحابها، لأن طبيعة عقد المشاركة في الاستغلال بهدف الربح، تفترض استمرارية الشركة التي لن تنتهي إلا بعد التصفية النهائية لعمليات الاستثمار التي تمارسها، ومن ثم فإن استمرار المضاربة بهذا الشكل يجعل من الممكن توزيع الأرباح بشكل دوري، مع خضوع حساب الأرباح الصافية للقواعد العامة، على أن يتحمل المصرف وأصحاب الأموال أية خسارة إذا أفلتت العملية دون أن تكون منتجة. انظر Samiha EL Kaliobi (La banque islamique). Les cahiers juridiques et fiscaux de l' exportation. N°٤.

الصناديق الاستثمارية أو الشركات بوجه عام، ويكون هذا التوزيع نهائياً مع تحقق المباراة بين الشركاء صراحة أو ضمناً...))^(١)

ولمّا كان استمرار العمل في المضاربة إلى أجل غير محدود، فإن اقتسام الربح الناتج عن المضاربة يتم بشكل دوري مع بقاء المضاربة واستمرارها دون حاجة إلى تصفية، حيث يتم تقويم المركز المالي للمصرف نهاية كل فترة زمنية معينة للتعرف على ما حققته نتائج الأعمال عن تلك الفترة من أرباح يجري تقسيمها بنسبة الأموال المخصصة للاستثمار سواء كانت أموال المستثمرين وحدهم أو كانت مشتركة بينهم وبين المضارب المشترك (المصرف).^(٢)

و ذهب رأي آخر في الفقه إلى أن عملية الحساب وتقويم رأس المال كافية لاستمرار المضاربة، وهذا ما يتعلق بالاستثمارات التي يمكن تصفيتها سنوياً، أما الاستثمارات التي لا يمكن للمصرف تصفيتها سنوياً، فإن ما يناله المستثمرون والمصرف من أرباح، يمكن احتسابه على أساس أنه مدفوع على الحساب.^(٣)

(١) - يقصد بالتضييض التقديري أو الحكمي ((تقويم الموجودات من عروض وديون بقيمتها النقدية كما لو تم فعلاً بيع العروض وتحصيل الديون ... والأصل في التقويم اعتبار القيمة السوقية العادلة)) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٤)، في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة من ١٠-١١/٢٠٠٢، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد ٢٠، السنة ١٨، ٢٠٠٥، ص ٤٠٩ وما بعدها.

(٢) - في هذا المعنى انظر: د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٤١٤ وما بعدها.

(٣) - عبد الرزاق الهبتي، مرجع سابق، ص ٤٨٣، وذهب رأي إلى أن قسمة الربح في المشروعات متوسطة وطويلة الأجل يحدّ بمثابة فسخ للمضاربة وتجديدها على الشروط السابقة نفسها، حيث تستقل المضاربة الثانية بأرباحها وخسائرها عن الأولى. وبالنسبة للمضاريات قصيرة الأجل يجب أن تعتمد عملية قياس وتوزيع الربح على أساس تضييض رأس المال وعودته إلى صاحبه، د. محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة، مرجع سابق، ص ١٦٦ وما بعدها.

وكما هو واضح فإن هذا الرأي جعل القسمة أولية في الحالة التي ذكرها مخالفاً بذلك ما ذهب إليه المجمع الفقهي من اعتبار القسمة نهائية بعد التقييم الدوري نهاية كل فترة.

مدى استحقاق الربح في حال سحب الوديعة أو جزء منها من وجهة نظر الفقه

تختلف المضاربة المشتركة عن المضاربة الخاصة في أن تقسيم الربح في المضاربة المشتركة يتم بشكل دوري أو نهاية السنة المالية على أساس تقديري. ويرتبط استحقاق الربح بمسألتين:

الأولى: ذهب إتحاد في الفقه إلى أن الربح المعلن نهاية السنة لا يتقرر إلا للمبلغ الذي يكون باقياً فقط لدى المضارب من بداية السنة حتى نهايتها. ولذلك إذا ما استرد المستثمر وديعته كلها أو جزءاً منها قبل انتهاء السنة المالية وقبل إعلان التوزيع، فإن المبلغ المسترد لا يستحق شيئاً من الربح الذي تجري قسمته في نهاية السنة. وأنه إذا ما تم استرداد المال بعد انتهاء السنة المالية، فإنه يكون مستحقاً لحصة من الربح ويتحمل نصيبه من الخسارة وإن لم يتم إعلان نتائج الأرباح والخسائر. واحتج هذا الاتجاه بما ورد في نهاية المحتاج، أنه إذا استرد المالك بعض مال القراض قبل ظهور ربح أو خسارة، فإن رأس المال المضارب به يرجع إلى الباقي، لأنه لم يترك في يده غيره.^(١)

(١) - راجع: د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٤١٤ وما بعدها، حيث أشار إلى الرملي، ج ٤، ص ١٧٦، وقد ذهب أيضاً إلى أنه إذا كان الربح لا يستقر إلا بالقسمة، لأنه وقاية لرأس المال حسب رأي في الفقه القديم، فإن الوقاية متحققة هنا بغير الربح، ولا يتعارض ذلك مع القول بأن الربح يستحق بالظهور، ولذلك يستحق المال المسترد حصة من الربح وقت انسحابه وإن لم يتم إعلانه، كما يتحمل نصيبه من الخسارة إن وجدت. راجع أيضاً: د. عبد الرزاق الهبيتي، مرجع سابق، ص ٤٧٩.

وذهب رأي في الفقه إلى أن ما يجري العمل عليه لدى بعض المصارف في حالة سحب جزء من مال الوديعة أو تحويله إلى حساب آخر قبل موعد الاستحقاق، هو أن الساحب يفقد نصيبه في الأرباح عن كامل وديعته من تاريخ إنشائها أو من تاريخ تجديدها أيهما أقرب حتى تاريخ السحب أو القيد لحساب آخر. وإذا رغب المودع في استمرار باقي المبلغ اعتبر هذا الباقي بمثابة وديعة جديدة تشارك في الأرباح من تاريخ الإيداع الجديد وليس من تاريخ الإيداع السابق.^(١)

وبرر بعض الفقه عدم استحقاق أي نسبة من الربح في حالة سحب الوديعة كاملة قبل حلول الأجل، بأن السحب الكلي يعد فسخاً للمضاربة بالإرادة المنفردة من قبل المودع. أما سحب جزء من مبلغ الوديعة فيعد فسخاً للمضاربة في هذا الجزء فقط (لا يستحق الجزء المسحوب حصة من الربح) وتبقى مستمرة بالنسبة للباقي، فلا يفسخ العقد فيه، ويبقى حقه في الربح ثابتاً من تاريخ إيداعه السابق، ولا يمكن التسليم باسقاط الربح عن الجزء المتبقي من تاريخ الإيداع.^(٢)

المسألة الثانية: أنه في حال تقديم المستثمر مალأ خلال السنة المالية، فإنه يستحق نصيباً من الربح الناتج عن المضاربات التي يمارسها المصرف في تلك السنة بقدر الفترة الزمنية التي يدخل فيها مجال الاستثمار، وإن لم يشترك فعلاً في العمليات الاستثمارية. وقد سَوَّغ بعض الفقه ذلك^(٣)، بأن الربح في الشركة

(١)- د. علي محمد الصوا، الفوارق التطبيقية بين المضاربة في الفقه الإسلامي والمضاربة المشتركة، مجلة دراسات بجامعة الملك سعود ، المجلد ١٩ (أ)، ع ١٤، ١٩٩٢، ص ٢٦٨ .

(٢)- د. محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٧٢، د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٣٥٧.

(٣)- د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٤١٥، عبد الرزاق الهيتي، مرجع لسابق، ص ٤٧٩ ، د. صلاح محمد الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٦٠١.

يستحق بمجرد وضع الأموال تحت تصرف الشركة، سواء استعمل في نشاطها أو لم يستعمل، ولا عبء بكون الربح نامياً من المال نفسه أو من غيره، لأن شركة العقد تستند في الربح إلى العقد دون المال، ومن ثم فإن مجرد الإيداع في حساب الاستثمار هو تخصيص موجب لاستحقاق الربح المعلن في نهاية السنة (أو نهاية الدورة المالية)، وهو ما يعني توزيع الربح بطريقة النمر للمفاضلة بين تفاوت المواعيد فيمن يُقدّم المال في بداية السنة أو بعد ذلك، كما أن الخسارة عند وقوعها تكون بقدر الفترة الزمنية لمساهمة المال في الأنشطة الاستثمارية لتلك السنة. وعلى ذلك فمن يدفع ألف ريال من بداية السنة ليتم استثمارها لا يتساوى مع من يدفع ألف أخرى ابتداء من منتصف العام حتى نهايته.

مناقشة الآراء السابقة

أولاً: بالنسبة لحكم استرداد المستثمر مبلغ وديعته كاملاً أو جزء منه، فقد ذهب تجاه في الفقه إلى أن المبلغ المسترد لا يستحق شيئاً من الربح الذي تجري قسمته في نهاية السنة المالية، تأسيساً على أنه إذا استرد المالك مال القراض قبل ظهور ربح أو خسارة، فإن رأس المال المضارب به يرجع إلى الباقي. ويفهم من وجهة نظر هذا الاتجاه أنهم اعتمدوا على انتهاء السنة المالية كمعيار لظهور الأرباح والخسائر، وبناءً على ذلك لا يستحق الجزء المسحوب أي حصة من الربح قبل نهاية السنة المالية.

ولا يخفى أن ما ذهب إليه هذا الاتجاه تأباه العدالة، لعدم اعتداده بمدة بقاء الوديعة ومشاركتها في تحقيق أرباح الاستثمار، ومن باب العدالة - لا سيما في ظل طول الفترة الزمنية اللازمة لاستحقاق الأرباح - ينبغي أن يتم احتساب ربح

الوديعة المسحوبة قبل حلول الأجل حسب حجمها ومدة بقائها لدى المصرف حتى تاريخ السحب، وهو ما يمكن تحقيقه عن طريق نظام الأعداد أو النمر.^(١) ومادام أن هذا الاتجاه يقر بأن الربح في شركة العقد يستحق بمجرد إبرام العقد وإن لم يشارك المبلغ المودع خلال السنة المالية في العمليات الاستثمارية، وأن حساب الأرباح بأسلوب النمر أو الأعداد القائم على مراعاة مبلغ كل مستثمر ومدة بقائه في الاستثمار يعدّ من أعدل الطرق لاحتساب الأرباح، فلماذا لا يكون ذلك مسوغاً لاستحقاق الجزء المسحوب حصة من الربح بقدر مبلغ الوديعة ومدة بقائها في الاستثمار؟

ثانياً: أن الاتجاهات الفقهية التي أقرت الحكم بعدم استحقاق الجزء المسحوب للربح في حالة السحب قبل حلول الأجل وإن كانت قد اختلفت في مسوغاتها، إلا أنها لم تخرج في المحصلة النهائية عما هو متبع في المصارف التجارية، وهو ما يشار إليه في التعامل المصرفي بعبارة احساب على أدنى رصيد في حالة السحب قبل إعلان مقدار العوائد.

و يمكن القول بأنه لا ضير من الرجوع لأقوال فقهاء المذاهب، على أن يؤخذ بعين الاعتبار العلة التي بني عليها حكم المسألة والظروف التي أحاطت به ومدى إمكانية تطبيقه في العصر الحديث، وكيفي أن نعرف الغاية الحقيقية من تقرير هذا الحكم، وهو تحقيق العدالة في هذه المسألة.

وقد اعتمدت بعض المصارف على وضع فترة زمنية قصيرة لاستحقاق الأرباح، وهي مضي ثلاثة أشهر من تاريخ الإيداع، فإذا تم سحبها قبل تلك

(١)- وفي هذا المعنى ذهب رأي في الفقه إلى أنه ينبغي أن ننظر إن كان المال المسحوب كلياً أو جزئياً قد ساهم في رأس مال المضاربة وأنه انتفع به انتفاعاً حقيقياً أو حقق ربحاً حقيقياً، وفي هذه الحالة ينبغي أن يعطى إلى مالكيه ما يلحق المال المسحوب من نسبة الربح أو يتصدق بما يقابل أموالهم مما هو ربح ما لم يضمن، تطبيقاً للربح كله، وفي ما ذهب إليه النووي حل لهذه المشكلة. د. علي محمد الصوا، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

المدة، لا تكون مستحقة للربح، أما إذا تم السحب بعد ذلك وقبل نهاية العام، فيتم معاملة الجزء المسحوب كوديعة ادخارية من حيث استحقاق نسبة الربح. ويبدو أن احتساب الربح بهذه الطريقة، وقصر الفترة الزمنية اللازمة لاستحقاق الربح أفضل من إسقاط حصة المودع من الربح مطلقاً، خاصة إذا كان توزيع الأرباح يتم نهاية السنة. ومع ذلك فإن تحديد الفترة الزمنية كمعيار لظهور الربح وافترض أن الوديعة ساهمت في أعمال الاستثمار، أو إلغاء الشهر الذي تم فيه الإيداع تبعاً لذلك، إنما هي معايير تقديرية لاستحقاق الربح، لأن المصارف تقبل الودائع النقدية وتقوم بدفعها إلى المشاريع الاستثمارية مباشرة بصرف النظر عن التقيد بتلك الفترات الزمنية.

يتضح مما تقدم أن المضاربة المشتركة في المصارف الإسلامية ماهي إلا نتاج لاجتهادات فقهية قصد بها تنظيم علاقة أصحاب المال (المودعين) بالمصرف، وعلاقة هذا الأخير بمستخدمي هذا المال (المستثمرين). وهذه المضاربة ليست نظاماً مستقلاً له آلياته وأساليبه الخاصة التي يتميز بها عن المصارف التجارية. فالمصارف الإسلامية لجأت إلى بعض الآليات والأساليب المتبعة في المصارف التجارية، كتصنيف الودائع، ومواعيد وطرق احتساب أرباحها، وتقديم خدمات السحب والإيداع، ومعالجة إشكاليات الخلط المتلاحق للأموال باتباع طريقة النمر لحساب الفترة التي تستحق عنها الأموال حصتها من الربح، وإلغاء الشهر الذي تم فيه الإيداع... الخ.

وفي محاولة للإبقاء على تكييف علاقة المصرف بالمودعين ضمن إطار عقد المضاربة، وجدت مسوّغات كثيرة ساقها الفقه الحديث، كالقول بالتنضيض الحكمي (التقويم) بدلاً عن التنضيض الحقيقي، والحكم بجواز خلط الأموال بحجة أن الفقه القديم منع الخلط بقصد المحافظة على حقوق أصحاب المال، وضمان ما يخص حصة كل واحد من الربح؛ وأنه يمكن تحقيق هذا الهدف في

عمليات الخلط المستمر في المصارف الإسلامية بما تملكه من أجهزة ووسائل حسابية حديثة.^(١) وأنه في ظل تقدم نظم المحاسبة تصبح الجهالة في حساب الأرباح والخسائر جهالة يسييرة، والجهالة اليسييرة مغتقرة في المعاملات عامة ولا تؤثر في صحة العقد. وهو ما يعبر عنه بالمبارأة أو المسامحة. ولا يخفى أن المسوغات الفقهية القائمة على أساس إمكانية المحافظة على حقوق أصحاب المال، وضمان ما يخصهم من أرباح إنما هي مجرد فرضيات نظرية، وتبقى كذلك إلى أن يتم إثبات صحتها.

(١)-انظر: د. جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية، ط٢، مرجع سابق، ص ١١٩ وما بعدها. وقد ذكر أنه طرحت بدائل لعقد المضاربة، أهمها عقد الوكالة الذي بموجبه يعدّ المصرف بمثابة الوكيل عن المودع في استثمار أمواله مع تفويضه في الاستثمار وخطط الأموال، غير أن هذه الصيغة لا تحل مشكلة الحساب بين المودعين الذين تتداخل أموالهم في فترات زمنية لا تتفق مع مواعيد بدء وتصفية العمليات الاستثمارية التي استخدمت فيها هذه الأموال، والميزة الرئيسة لصيغة الوكالة هي جواز أن يكون أجر المصرف مبلغاً مقطوعاً أو نسبة من مبلغ الوديعة بدلاً من نسبة من الربح كما في المضاربة، مما يسهل حساب دخل المصرف ويفصله عن نتيجة الوعاء الاستثماري، حيث يمكن معرفة الأجر مقدماً في كل فترة حسابية، ومن ثم يمكن تصنيفه ضمن الدخل المحقق أو المستحق بدلاً من الدخل المقدّر.

المطلب الرابع

توظيف الموارد المالية عن طريق التمويل بالمضاربة

تبيّن مما سبق أن علاقة المصرف بالمودعين يحكمها عقد المضاربة، وأن المضاربة المطلقة هي التي تخول المصرف القيام بإدارة وتوظيف الموارد المالية في مشروعات يديرها بنفسه أو يعهد بإدارتها إلى آخرين أفراداً أو أصحاب مشروعات عن طريق تقديم التمويل بأساليبه المختلفة، ومنها التمويل بالمضاربة. وسنبين فيما يلي مفهوم هذا لأسلوب والمجالات التي يمكن لها الاستفادة من هذا الأسلوب، وكيفية إجراءه وتطبيقه في المصارف.

أولاً: مفهوم التمويل بالمضاربة

المضاربة كأسلوب من أساليب التمويل هي شركة بين رأس مال من المصرف (رب المال) وعمل من الشخص الآخر (المضارب)، على أن يكون لكل منهما نصيب شائع (نسبي) معلوم من الربح الذي يتحقق متفق عليه عند التعاقد، وإذا وقعت خسارة يتحملها رب المال، ويخسر المضارب عمله وجهده مالم يكن هناك تقصير أو تعدّ من المضارب.^(١)

وبهذا الأسلوب يقوم المصرف بتمويل الأنشطة الاقتصادية المختلفة، فيكون شريكاً بالمال مع أي شخص آخر يكون شريكاً مضارباً يتولى إدارة المضاربة واتخاذ القرارات المتعلقة بحسن سير العمل، فالمصرف يُقدّم التمويل الكلي لمشروع أو صفقة معينة حسب قدرة المضارب والثقة التي يتمتع بها، ويقوم العميل (المضارب) بكافة الأعمال اللازمة لإدارة المشروع أو لإتمام الصفقة، وتنتهي المضاربة بإنجاز الصفقة المحددة أو انتهاء أجلها حتى لا تتقلب إلى ما

(١) - انظر: (قنوات التمويل) التي يقدمها بنك الشام، نشرة تعريفية لبنك الشام، (مجالات الاستثمار في بنك سبأ)، نشرة صادرة عن البنك.

يشبه الشركة الدائمة، فإن حصل ربح وزع بينهما حسب الاتفاق، وإن حصلت خسارة تحملها المصرف فقط.

وفي التمويل بأسلوب المضاربة لا يكون للمصرف أي وسيلة قانونية تمكنه من مراقبة المضارب الذي ينفرد بأعمال الإدارة الداخلية لمشروع المضاربة. والمركز القانوني للمصرف من هذه الناحية يشبه المركز القانوني للشريك الموصي في إدارة شركة التوصية.

وهذا التمويل قد يكون لشراء سلعة من داخل القطر، وقد يكون لاستيراد صفقة معينة من السلع يرغب العميل في شرائها من الخارج، حيث يدفع المصرف ثمن السلعة مع كافة التكاليف اللازمة من نقل وجمارك وغير ذلك، ويقوم العميل المضارب بكافة الأعمال اللازمة لإتمام هذه الصفقة كونه على دراية بشؤون السوق، فيتولى بيعها وتسويقها، وتنتهي المضاربة بانتهاء بيع الصفقة.

والمضاربة في المصارف الإسلامية مع المتعاملين قد تكون قصيرة الأجل أو متوسطة الأجل، فقد يضارب المصرف على صفقة واحدة، فتكون مضاربة قصيرة الأجل، وقد يضارب في سلعة تشتري ثم تباع على فترات، فتكون مضاربة متوسطة الأجل.

أوجه الفرق بين التمويل بالمضاربة والقرض العادي^(١)

يتشابه القرض العادي مع التمويل بالمضاربة في أن كلا منهما عبارة عن تقديم مال من مالكة لشخص آخر للعمل به أو استثماره، غير أن الفرق الجوهرى بينهما يتمثل في أن الاقراض غالباً ما يكون بفائدة ثابتة محددة ولأجل محدد، ويترتب على ذلك:

أ- أن المقرض يحصل من المقرض على عائد ثابت محدد مسبقاً بصرف النظر عما حققه المقرض من ربح أو خسارة، بينما يحصل رب المال في المضاربة على نسبة شائعة من الربح إن تحقق حسب الاتفاق.

ب- أن المقرض لا يشارك المقرض في الخسارة إذا وقعت نتيجة استثمار المال، أما الخسارة في المضاربة فيتحملها رب المال وحده إن وقعت دون تعدد المضارب أو تقصيره.

ج- أن المقرض يملك مبلغ القرض وتكون له حرية التصرف فيه مقابل ضمانه رد مبلغ القرض، ولذلك لا يحق للمقرض -حسب الأصل- أن يتدخل في عمل المقرض. أما في المضاربة فيحق لرب المال تقييد المضارب في التصرف أو وضع بعض الشروط اللازمة للحفاظ على ماله.

(١) - القرض العادي من أبسط صور الائتمان المصرفي، ويتضمن تسليم النقود للعميل إما مباشرة أو عن طريق القيد في الجانب الدائن لحسابه لدى المصرف المقرض، ويكون العقد متضمناً بيان الفوائد والعمولة وميعاد الرد. وهو يخضع لأحكام القواعد العامة التي يخضع لها القرض بوجه عام. وهذا القرض محدود الاستخدام لارتباطه بحاجات الاستهلاك الشخصى لتغطية نفقات طارئة لكي يسد على أقساط شهرية. راجع د: سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٧٢ وما بعدها.

د- أن المقرض يضمن أصل القرض للمقرض، لأنه دين واجب الرد في ميعاد استحقاقه، ولا يضمن المضارب رأس المال المضاربة إلا إذا تعدى أو قصر أو خالف شروط العقد. فالمضاربة وكذلك المشاركة لا ضمان فيهما لربح ولا لرأس المال، ولا تؤخذ فيها الضمانات التي تعزز بها الديون والقروض.

ثانياً: مجالات التمويل عن طريق المضاربة في المصارف الإسلامية

إلى جانب الاستثمارات المحلية المألوفة والاستيراد، يمكن تمويل رأس المال العامل، والتعامل مع الشركات القائمة، والأفراد الذين يملكون أصولاً ثابتة فقط، والدخول في أعمال مقاولات للمباني والطرق والمشروعات المختلفة. وأهم القطاعات التي يمكن لها الاستفادة من صيغة المضاربة هي^(١):

أ- القطاع التجاري: عن طريق تنفيذ الصفقات الخاصة بتمويل المناقصات، وكذلك العملاء الذين لديهم خبرة في التجارة، حيث يقوم المصرف بتمويل الصفقات بالكامل وتقتصر مهمة العميل على بيع البضائع، والمضاربة في السلع التي يمكن شراؤها من مصادر انتاجها وبيعها في الأسواق المحلية.

ب- القطاع العقاري: تمويل بناء العقارات، حيث يقوم العميل بالبناء وبيع الوحدات بعد ذلك.

ج- القطاع الزراعي: تمويل مشروعات تسمين الإنتاج الحيواني، المصرف بالمال والعميل بالخبرة.

(١) - انظر : www.bltagi.com

ثالثاً: خطوات وإجراءات التمويل بالمضاربة في المصارف الإسلامية:

يتم تمويل العميل عن طريق المضاربة وفق الإجراءات الآتية :

أ- يتقدم العميل إلى المصرف بطلب تمويل صفقة أو مشروع يرغب في قيام المصرف بتمويله كاملاً على أن يرفق بهذا الطلب دراسة جدوى للصفقة أو المشروع المطلوب تمويله.

ب- يقوم المصرف بتقييم جدوى المشروع المطلوب تمويله^(١)، وفي حالة الموافقة عليه، يدفع قيمة التمويل بصفته صاحب المال وفق دراسة الجدوى المحددة.

ج- يتم إبرام عقد المضاربة، وبمقتضاه يقوم العميل بإدارة أعمال المشروع بصفة مضارباً مقابل حصة من الربح يتفق عليها وفق ما هو مخطط له بدراسة جدوى المشروع، وبعد الإنتهاء من أعمال المشروع يتم تصفيته وفق الشروط المتفق عليها.

رابعاً: واقع تطبيق التمويل بالمضاربة في المصارف

يُمكن التعرف على الأسلوب المتبع لدى بعض المصارف في تطبيق نظام المضاربة بصفة عامة من خلال دراسة بعض بنود عقود المضاربة التي تبرم بينها وبين العملاء، على أساس أن المصرف هو رب المال، والعميل طالب التمويل هو المضارب. ويمكن إجمال ذلك في النقاط الآتية:

(١)- يتم تقييم جدوى المشروع من خلال عدة وسائل منها دراسة حالة السوق والتأكد من مدى ربحية العملية وإمكانية استعادة التمويل ضمن المدة المحددة، والتأكد من خبرة العميل وكفائته ومدى معرفته بالسوق، والتأكد أيضاً من سيرته الذاتية أخلاقياً من خلال تعاملاته مع المصرف أو بقية المصارف ومدى وفائه بالالتزامات، ومركزه المالي وغير ذلك.

١- اشتركت هذه العقود في استيفاء شروط صحة العقد، ومن ذلك تحديد مقدار رأس مال المضاربة (حجم التمويل)، وتحديد كيفية توزيع الأرباح الصافية بين الطرفين بالنسبة المتفق عليها. والخسارة يتحملها رب المال (المصرف) وليس المضارب إلا إذا قصر هذا الأخير أو خالف شروط العقد بوصفه أميناً على رأس المال وشريكاً في الربح.^(١)

٢- أخذت أغلب العقود بصيغة المضاربة المقيدة، واتضح ذلك من خلال التزام المضارب بالاستثمار في النشاط أو الغرض المحدد في العقد، وبالشروط المحددة.

٣- المضاربة قد تكون محددة بمدة معينة تنتهي بانتهائها، أو تكون محددة بمدة قابلة للتجديد اتفاقاً. ويتعهد المضارب بتقديم الحساب الختامي في نهاية المدة أو عند طلب المصرف ذلك، ويحق لهذا الأخير أن يطلب تصفية المضاربة إذا تبين له عدم جدوى الاستمرار فيها أو مخالفة المضارب لبنود الاتفاق.

٤- اشتركت هذه العقود في نوعية الأساليب المعتمدة من قبل المصارف لتنفيذ عملية المضاربة ومتابعتها، وتشكل هذه الأساليب مجموعة من الضوابط اللازمة لمواجهة المخاطر المرتبطة بالتمويل، ويمكن الكشف عنها من خلال الالتزامات التالية:

(١)- انظر: أنموذج اتفاقية عقد مضاربة لبنك سبأ الإسلامي، وأنموذج لبنك السودان على الموقع الإلكتروني www.bankofsudan.org. أنموذج صادر عن البنك الإسلامي الأردني منشور في مؤلف كل من: د. عبد الله عبد المجيد المالكي، الموسوعة في تاريخ الجهاز المصرفي الأردني، مرجع سابق، ص ٣٤١-٣٤٣، د. محمد عثمان شبير، مرجع سابق، ص ٣٦٠-٣٦٢.

أ- التزام العميل المضارب بفتح حساب خاص بعملية المضاربة لدى المصرف يتم من خلاله إيداع رأس مال المضاربة والسحب منه، وإيداع إيرادات المضاربة إليه.

ب- التزام العميل بمسك حسابات منتظمة لعملية المضاربة، وتمكين مندوب المصرف من الاطلاع عليها ومراجعتها في أي وقت، وموافاة المصرف بالمركز المالي للمشروع، ورفع تقارير دورية عن سير العمل خلال كل فترة متفق عليها.

ج- التزام العميل المضارب بعدم تحميل رأس مال المضاربة سوى بالمصروفات المباشرة الخاصة بعملية المضاربة. ويكون للمصرف الحق في رفض دفع أي مصروفات يرى أنها غير حقيقية أو لا تتعلق مباشرة بموضوع المضاربة^(١)، وفي حالة تقصير المضارب أو مخالفته لبنود العقد يتحمل بمفرده كل ما يترتب على ذلك من أضرار أو نفقات منظورة وغير منظورة.

د- فرضت بعض العقود التزاماً على المضارب بأن يقدم ضماناً عينياً أو شخصياً أو مصرفياً لمواجهة حالات التعدي أو التقصير أو الإخلال بالشروط، كما فرضت عليه تأمين موضوع المضاربة لصالح المصرف. والهدف من تقديم الضمان هو وقاية رأس المال فيما لو تعدى المضارب أو قصر أو خالف شروط العقد، ولا يقصد به ضمان الخسارة.

هـ- يلتزم المضارب في بعض العقود بعدم خلط مال المضاربة بماله، وعدم منحه للغير مضاربة، أو هبة أو إقراضه أو الاقتراض عليه، إلا إذا كان ذلك بإذن رب المال (المصرف).

(١) - (البند ٧ من أنموذج عقد المضاربة لبنك سبأ)، (بند ٥ من عقد مضاربة للبنك الإسلامي الأردني).

ويبدو أن سكوت بعض العقود عن إيضاح هذا الأمر ينصرف إلى عدم الجواز، استناداً إلى أي بند في العقد يدل على أن المضاربة مقيدة، أو إلى أي نص قانوني يحكم العقد، كما هو الحال في القانون المدني اليمني (مثلاً)، أو استناداً إلى ما جرى عليه عرف البلد.

٥- اعتمدت أغلب عقود المضاربة على وسيلة التحكيم للفصل في أي نزاع ينشأ عن العقد أو عن تفسير بنوده، وقد يسبق اللجوء للتحكيم اتفاق الأطراف على حل أي خلاف بالطرق الودية.

٦- يتم تصفية المضاربة نهائياً بتقديم العميل حساباته الختامية للمصرف مشتملة على مقدار مسحوباته من الحساب لتمويل العملية بمختلف مراحلها، وما تم توريده كاملاً من أموال لحساب المضاربة. ويتم توزيع الأرباح على أساس المحاسبة التامة، حيث يسترد المصرف رأس ماله أولاً، وما تبقى من ربح يجري توزيعه بين الطرفين حسب ما تم الاتفاق عليه ابتداءً. وقد يسبق التصفية النهائية اتفاق الأطراف على تصفية دورية خلال مدة المضاربة والقيام بالمحاسبة الجزئية على ما تم إنجازه من أعمال المضاربة واستيفاء الربح المتحقق أولاً فأول، وفي حال الاتفاق على توزيع الأرباح دورياً قبيل المفاصلة، فإنها تكون على الحساب إلى حين التأكد من سلامة رأس المال.^(١)

(١) - يحتسب الطرفان نتائج المضاربة ويقتسمان الأرباح في نهاية مدة المضاربة، ويمكن أن يكون ذلك دورياً حسب الاتفاق مع مراعاة الشروط الشرعية. أما عن كيفية تحقيق الربح، فإن المصرف يستعيد رأس مال المضاربة الذي قدمه قبل أي توزيع للأرباح بين الطرفين، لأن الربح يجب أن يكون وقاية لرأس المال، وفي حال الاتفاق على توزيع الأرباح دورياً قبيل المفاصلة، فإنها تكون على الحساب إلى حين التأكد من سلامة رأس المال. انظر: مجالات الاستثمار في بنك سبأ الإسلامي، نشرة صادرة عن البنك.

والأصل أن المضاربة تتم وفقاً لاتفاق الأطراف، وفيما عدا ما نص عليه الاتفاق تخضع لأحكام القانون المدني والقوانين والأنظمة النافذة في الدولة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة.^(١)

وإضافة إلى الضوابط العملية التي تضمنتها تلك العقود للحد من مخاطر التمويل بالمضاربة يمكن التقيد بالضوابط الآتية:

- - إذا كانت إدارة المضاربة غير مجدية، فقد ذهب رأي في الفقه إلى أنه يجوز للمصرف (رب المال) أن يحول العقد إلى مشاركة، بحيث يساهم مباشرة في الإدارة، وله أن يشترط ذلك في عقد المضاربة.^(٢)
- - (لأما نع شرعاً من وضع معدل متوقع للربح والنص على أنه إذا زاد الربح المتحقق عن تلك النسبة، يستحق المضارب جزءاً من تلك الزيادة. وهذا بعد أن يتم تحديد نسبة ربح كل من الطرفين مهما كان مقدار الربح).^(٣)

(١) - أنموذج عقد المضاربة لدى البنك الإسلامي الأردني. إلا أن اعتبار ما هو متفق مع أحكام الشريعة وما هو غير متفق معها قد يخلق إشكاليات كثيرة، فالقانون المدني مع أنه مستقى من أحكام الشريعة إلا أنه قد لا يخلو من بعض القواعد والأحكام المختلف بشأنها في التطبيق المصرفي، مثل التعويض عن التأخير بالوفاء بالدين... وفي مثل هذه الحالات لا بد من حكم خاص يتضمنه العقد المبرم مع العميل. أو تقنين أحكام العقود المصرفية بأحكام خاصة بها.

(٢) - د. محمد نجاته الله صديقي، بحث في النظام المصرفي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٤٤ وما بعدها. ومع ذلك قد يكون تحول العقد إلى مشاركة بحيث يشارك المصرف بمقدار قيمة الدين الذي يكون على العميل (المضارب) وهو عاجز عن السداد وفي هذه الحالة لا يجوز ذلك، لأن العميل إن كان معسراً فيجب إنظاره، وإن كان موسراً فإن الربح الذي يحصل عليه المصرف من هذه المضاربة تعد زيادة مشروطة في دين ثابت في الذمة وهو من الربا، ولذلك حرم أهل العلم المضاربة بالدين الذي يكون في ذمة المدين إذا كان ذريعة إلى الربا. راجع: د. يوسف الشبيلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف، مرجع سابق، ص ٦٥٧.

(٣) - انظر د. محمد نجاته الله صديقي، بحث في النظام المصرفي، مرجع سابق، ص ٣٤٥، وكذلك: قرار رقم ١٢٣ بشأن القراض أو المضاربة، قرارات وتوصيات مجمع الفقه، ط ٤، مرجع سابق، ص ٤١٦.

فيجوز للمصرف أن يتنازل عن جزء من أرباحه للمضارب إذا زاد الربح عن نسبة معينة من رأس المال.

• - لا يجوز النص على عائد محدد في صورة مبلغ مقطوع أو نسبة من رأس المال لأي من طرفي العقد. ويعد ربحاً في المضاربة ما زاد على رأس المال في نهاية العقد أو عند تصفيته محاسبياً مع استمرار العقد.

وقد ذهب رأي بعض الفقه^(١)، إلى أنه إذا اشترك العميل في تقديم التمويل الجزئي للمشروع وشارك المصرف في تقديم الباقي، فإن المعاملة تعد مضاربة في الجزء الذي قام المصرف بتمويله، أما الجزء الذي أختص العميل بتمويله، فيعد فيه متصرفاً لنفسه، وهو من باب عمل المضارب لنفسه في غير أموال المضاربة، فيستقل بربح المال الذي قدمه ويشارك مع المصرف في ربح مال المضاربة. فلو قدم العميل ألف ريال، وقدم المصرف ألفي ريال لتمويل صفقة ثياب، وريحت هذه الصفقة ثلاثمئة ريال، يأخذ العميل مئة ريال على ربح الألف الذي قدمه، ويوزع الباقي بينهما على النسبة المتفق عليها في عقد المضاربة، أما الخسارة فتوزع على الطرفين كل حسب حصته في رأس المال.

وتتحدد مسؤولية المصرف في الخسارة بنسبة حصته المقدمة في رأس مال المضاربة، حيث لا تتعدى الخسارة حصته في رأس المال المضارب به. وأنه وأخذاً برأي القائلين بجواز الشركة بالعروض على أن تقوم عند التعاقد وتجعل قيمتها عندئذٍ هي رأس المال، يمكن للمصرف أن يمول الشركات القائمة، فإذا كان مبلغ التمويل لاستيراد السلع ويخصص جزء منه للأجور والنفقات، فإن الإطار العام لعقد هذا التمويل يكون على أساس تقويم الأصول المتداولة للشركة المعدة للتجارة، وتقدر عند التعاقد بمبلغ معين يكون نصيب الشركة في

(١) - انظر: د. محمد أحمد سراج، النظام المصرفي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٦٢، انظر د.

على أحمد السالوس، حماية الحسابات مرجع سابق، ص ١٧٢.

رأس مال المضاربة، وتستبعد أصول الشركة الثابتة كالمباني والأثاث والأجهزة التي تستخدمها في عملها، كما تستبعد الديون التي للشركة فلا تدخل في رأس مال المضاربة، وتستبعد الديون التي عليها، فتلتزم بأدائها من مالها الخاص بعيداً عن رأس مال المضاربة. ويشترك المصرف بجزء من التمويل ولا يشترك في العمل، وفي هذه الحالة تأخذ الشركة ثلاثة أرباع الربح كله مقابل نصيبها في رأس المال. أما باقي الربح فيقسم بالنسبة المتفق عليها في العقد، وفي حالة الخسارة تقسم بحسب رأس المال فيما عدا الحالات التي يصبح فيها المضارب ضامناً.^(١)

تقييم أسلوب التمويل بالمضاربة

المضاربة بحسب الأصل إما أن تكون مطلقة الصلاحيات الاستثمارية أو مقيدة الصلاحيات وأغلب صور التمويل بالمضاربة في المصارف الإسلامية تكون مقيدة في مشروعات مدروسة توضع لها الجدوى الاقتصادية التي تُبين الأرباح المتوقعة والمخاطر المحتملة التي يقبلها المصرف. ولا تقبل المصارف الدخول في مضاربات مطلقة دون قيد أو شرط للحد من المخاطر.

وأغلب المصارف الإسلامية تحجم عن التمويل بهذا الأسلوب، لعدة مسوّغات ذكرها الفقه، تعود إلى المخاطر التي تكتنف هذا الأسلوب على أساس أن عامل المضاربة أميناً على المال ووكيلاً في التصرف، وهنا تكمن المخاطرة الأخلاقية بسبب قلة الأمانة في هذا العصر. كما أن المصرف يقوم بالتمويل الكامل للعملية دون أن يدفع العميل حصة في التمويل، فضلاً عن الأسباب الشرعية التي تمنع رب المال (المصرف) من التدخل في الإدارة. ولعل هذه المخاطر ولأسباب أخرى تتعلق بحصار التوسع النقدي هو ما دفع المصرف

(١) - لمزيد من الاطلاع على نماذج العقود التي وردت تطبيقاً لهذه الصورة راجع: د. علي السالوس، المرجع السابق، ص ١٧٢ وما بعدها.

المركزي في بعض الدول إلى حظر التعامل بها. وحتى المصارف التي تلجأ للتمويل بهذا الأسلوب، فإنه يكون محدود جداً ويقتصر على المتعاملين الذين تكون مراكزهم المالية قوية.^(١)

ويبدو أن السبب الحقيقي في إحجام المصارف عن التمويل بالمضاربة إنما يعود إلى رغبة المصارف في الحصول على أكبر قدر ممكن من الأرباح دون التعرض للمخاطر ودون بذل أي جهد، وقد وجدت تلك المصارف ضالتها في التمويل بالمربحة والإجارة على النحو الذي سنبينه لاحقاً.

أهم أوجه الاختلاف بين المضاربة المطلقة في مجال جذب المدخرات والتمويل بالمضاربة في مجال استثمار الموارد:

١- في المضاربة المطلقة يتسلم المصرف الودائع الاستثمارية تسليماً فعلياً ويخطئها بأمواله الذاتية المخصصة للاستثمار على أساس أن المصرف شريكاً بأمواله ومضارباً بأموال المودعين. بينما في التمويل بالمضاربة يعتبر المصرف رب مال والعميل المستثمر هو المضارب ويتسلم المال تسليماً حكماً بأن يفتح له المصرف حساب خاص بعملية المضاربة، وتكون المضاربة عادة مقيدة للحد من المخاطر.

٢- في المضاربة المطلقة لا يكون للمودعين حق المشاركة في الإدارة أو الرقابة على أعمال المصرف، بينما في التمويل بالمضاربة يكون للمصرف بعد دراسة جدوى التمويل حق متابعة أعمال المضارب والاطلاع على سير العمل وموافاة المضارب له بالتقارير الدورية وغيرها من الحقوق والالتزامات التي تشكل نوعاً من الرقابة المباشرة دون التدخل في إدارة العمل أو المشروع.

(١)- الباقر يوسف مضوي، دراسة حالة لمصرف إسلامي في السودان {فصل السوداني}، ندوة البنوك الإسلامية ودورها في تنمية اقتصاديات المغرب العربي، مرجع سابق، ص ٣٢٠.

٣- في المضاربة المطلقة لا يفرض المودعون على المصرف أي مبالغ كضمانات لمواجهة تعدي المصرف أو تقصيره. وقد يكون رأس المال مضموناً بنوع من الاحتياطات لمواجهة الخسائر ومعادلة توزيع الأرباح، بخلاف التمويل بالمضاربة، فالمصرف يفرض على المضارب الضمانات اللازمة لمواجهة حالات التعدي والتقصير، وليس لضمان رأس المال.

٤- في المضاربة المطلقة يتم قسمة وتوزيع الأرباح على أساس ما يعرف بالتنضيض التقديري، بينما في التمويل بالمضاربة يتم التوزيع إما على أساس التنضيض الحقيقي، أو التنضيض التقديري.

الفرع الثاني

التمويل عن طريق المشاركات

يمكن للمصارف استثمار أموالها مباشرة في مشروعات تتولى دراسة جدواها الاقتصادية وإدارتها وتنفيذها ومتابعتها، وتظل ملكاً كاملاً لها طالما احتفظت برأس مالها. ولا يكون لهذه المشروعات كيان قانوني مستقل عن كيان المصرف بل تظل امتداداً قانونياً له، ويعتمد الاستثمار المباشر على التمويل الكلي من موارد المصارف الذاتية.

وتتشترك المصارف الإسلامية والتجارية في هذا النوع من مجالات الاستثمار، لأن أموالها تتمتع بالحماية القانونية الكاملة، غير أن الاختلاف يكمن في الضوابط القانونية والرقابية عموماً، ومدى الالتزام بالنسب المحددة للاستثمار المباشر في المشروعات على وجه الخصوص.^(١)

والاستثمار عن طريق شراء أسهم الشركات أو المساهمة في رأسمال مشروعات معينة يجمد جزءاً من أموال المصرف المتاحة للاستثمار المباشر^(٢)، وتكون لإدارة المصرف حرية تحديد النسب التي تخصصها من الأموال لكل نوع من أنواع الاستثمارات. وتثبت حصة المصرف في أرباح أسهم الشركات التي استثمر فيها أمواله بما في ذلك الشركات التابعة (التي يكون له سيطرة كاملة عليها) والزميلة (التي يكون للمصرف تأثير جوهري عليها) على أساس نصيب المصرف في حقوق الملكية لهذه الشركات.^(٣)

(١) - راجع ما سبق، الباب الأول، الفصل الثالث، بشأن ضوابط وقيود التملك.

(٢) - الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الجزء الخامس، المجلد الأول، الأصول الشرعية والأعمال المصرفية في الإسلام، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٣٢٣.

(٣) - التقرير السنوي لبنك سبأ لسنة ٢٠٠٥، ص ١٢.

وتقوم المصارف الإسلامية باستثمار أموالها عن طريق المشاركة بها، وتعتمد في سبيل ذلك على أساليب وأشكال متعددة من المشاركات التي تعدّ من أهم صيغ التمويل الإسلامية، ويمكن استخدامها في تمويل الأنشطة الاقتصادية المختلفة. وتطبيق المشاركة لا يقتصر على صور المساهمة الدائمة في رأس مال الشركات، وإنما يمتد استخدامها إلى صور المشاركة المؤقتة التي تناسب طبيعة العمليات المحددة الأجل التي تحتاج إلى تمويل. وسنحاول في هذا الفرع التعرف على أساليب التمويل بالمشاركة من خلال تقسيمه إلى مبحثين:

الأول: المشاركة الثابتة (الدائمة)

الثاني: المشاركة المتناقصة (المنهية بالتملك)

المبحث الأول

المشاركة الثابتة (الدائمة - المستمرة)

المشاركة أسلوب تمويلي يشترك بموجبه المصرف مع شخص أو أكثر في تقديم المال اللازم لمشروع تجاري أو زراعي أو صناعي أو لتنفيذ صفقة معينة... الخ، بقصد الاستفادة من نتائج المشروع المشترك. والتمويل بالمشاركة في رأس المال إما أن يكون ثابتاً ومستمراً أو يتضمن توقيتاً معيناً مثل دورة نشاط تجاري أو دورة مالية أو عملية مقاولات أو عملية توريد أو صفقة معينة بالمشاركة أو غيرها. ولبيان المقصود بالمشاركة وكيفية تطبيقها في المصارف الإسلامية يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: مفهوم التمويل بالمشاركة وضوابطه الفقهية.

الثاني: واقع تطبيق المشاركة الثابتة في المصارف الإسلامية.

المطلب الأول

مفهوم التمويل بالمشاركة وضوابطه الفقهية

يتمثل هذا الأسلوب في تقديم المشاركين المال بنسب متساوية أو متفاوتة من أجل إنشاء مشروع جديد أو المساهمة في رأسمال مشروع قائم، بحيث يصبح كل مشارك ممتلكاً لحصة في رأس مال المشروع بصفة ثابتة ومستحقاً لنصيبه من الأرباح لحين انتهاء مدة المشروع أو الشركة أو المدة المتفق عليها. غير أنه يمكن لسبب أو لآخر أن يبيع أحد الشركاء حصته في رأس المال للخروج أو التخارج من المشروع.^(١)

والطريقة المتبعة في المصارف أنها عادة ما تفوض طالب التمويل في الإدارة والتصرف، ولا تكون مشاركة المصرف في الإدارة إلا بالقدر اللازم لحفظ حقوقه والاطمئنان إلى عدم حدوث أي إهمال أو تقصير أو تعدّ من جانب طالب التمويل.

وفي هذا النوع من التمويل يحصل المصرف على حصة من الربح مقابل تمويله، ويحصل الشريك على حصة من الربح مقابل تمويله وعمله وإدارته للعملية، أو يتم التوزيع على أساس تحديد حصة الشريك مقابل الإدارة حيث تخصم أولاً ثم يوزع الباقي حسب حصة كل شريك في التمويل. وفي حالة الخسارة يتحملها كل طرف بنسبة الحصة التي قدمها في التمويل.

والتمويل بصور المشاركة يُكَيّف على أساس شركة العنان التي تتم بالنقود والعروض على التفاضل بين الشركاء في رأس مال الشركة وفي الربح، أما

(١) - مجالات الاستثمار في بنك سبأ اليمني، نشرة تعريفية صادرة عن البنك.

الخسارة فتوزع على الطرفين كل حسب حصته في رأس المال^(١)، وتميل المصارف إلى استخدام أشكال متنوعة من شركات العنان بسبب مرونتها الدائمة بوصفها أنسب أنواع الشركات لأعمال المصارف.^(٢)

الضوابط الفقهية للتمويل بالمشاركة

وضع الفقه الحديث للتمويل بالمشاركة مجموعة من القواعد والضوابط الشرعية المستمدة من فقه المعاملات، وتمثل في مجموعها خصائص المشاركة وهي على النحو الآتي:^(٣)

١- أن المال والعمل شركة بين الطرفين (المصرف - الطرف الآخر) ولا يشترط تساوي رأس مال كل شريك بل يمكن أن تتفاوت الحصص وفقاً لمقدرة كل شريك.

٢- أن يكون نصيب كل من الطرفين جزء شائع من الربح وليس مرتبطاً بجزء معين من رأس المال، والربح المقصود هو الربح المتحقق بعد نهاية عملية المشاركة بعد خصم التكاليف، فالمصروفات المرتبطة بالبيع والتسويق

(١) - شركة العنان أن يشترك اثنان بمالهما ليعملا فيه ببدنيهما، وريحه لهما، فينفذ تصرف كل واحد منهما بحكم الملك في نصيبه، والوكالة في نصيب شريكه. الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج٥، مرجع سابق ص٣٢٣.

(٢) - في هذا الاتجاه: أوصاف أحمد، الممارسات المعاصرة لأساليب التمويل الإسلامية، مجلة "دراسات اقتصادية إسلامية"، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، المجلد الأول، العدد الثاني، يونيو، ١٩٩٤، ص٤١، د.صلاح محمد الصاوي، مرجع سابق، ص ١٤٦، د. الغريب ناصر، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، دار أبو اللو للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٥٨.

(٣) - د. محمد البلتاجي www.bltagi.com، د. الغريب ناصر، المرجع السابق، ص١٦٠ وما بعدها، د. الباقر يوسف مضوي، دراسة حالة لمصرف إسلامي في السودان (فيصل السوداني)، ندوة البنوك الإسلامية ودورها في تنمية اقتصاديات المغرب العربي، مرجع سابق، ص٣١٤.

والتوزيع وعموم أعمال الشركة تخصم من الربح قبل توزيعه أو من رأس المال في حال الخسارة.

٣- أن يتم الاتفاق مقدماً على كيفية تقسيم الربح الصافي منعاً للجهالة والغرر.

٤- يجوز للشركاء تفويض أحدهما بالعمل، ويخصص له نسبة من صافي الربح مقابل إدارته وإشرافه، ويوزع الباقي بنسبة حصة كل شريك في رأس مال المشاركة، وفي حالة الخسارة يجب أن توزع حسب نسبة المساهمة في رأس المال. ويتحملها الشريك المفوض بالإدارة إذا كانت بسبب تقصيره أو مخالفته لشروط العقد.

٥- عقد الشركة عقد غير لازم في حق الطرفين، ولكل شريك الحق في فسخه متى شاء شريطة حضور الشريك الآخر (علمه بالفسخ - بإعذاره)، وأن لا يترتب على ذلك أي ضرر .

وقد قرر مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي أن المشاركة تقرها الشريعة الإسلامية إذا كان نشاطها حلالاً، وما يرزق الله به من ربح يوزع بين الشريكين أو الشركاء بنسبة رأس مال كل منهما، وأن تكون الخسارة كذلك بالنسبة نفسها وذلك وفق القاعدة الشرعية " الغنم بالغرم " أي الربح (الغنم) مقابل الخسارة (الغرم)، فإذا كان أحد الشركاء قائماً بإدارة الشركة، تخصص له نسبة من صافي الربح يتفق عليها مقابل العمل (الجهد) على أن يوزع باقي الربح بعد ذلك فيما بين الشركاء كل حسب حصته في رأس المال.^(١)

(١) - توصيات مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي، مرجع سابق، ص ١٣

أوجه التمييز بين المشاركة والمضاربة

١- الأصل في الشركة أن يكون رأس المال والعمل من جميع الشركاء، بينما الأصل في المضاربة أن يكون رأس المال من طرف رب المال (الممول)، والعمل أو الإدارة من قبل المضارب.

٢- في الشركة يكون لكل شريك الحق في أن يتصرف في أمور الشركة وإدارتها بالأصالة عن نفسه أو نيابة عن غيره من الشركاء، أما في المضاربة فحق التصرف كاملاً منوط بالمضارب، حيث يتمتع بحرية كاملة في إدارة المشروع، إلا إذا قيده رب المال ببعض الشروط التي تحد من تصرفاته.

٣- الخسارة في الشركة يتحملها جميع الشركاء حسب حصة كل شريك في رأسمال الشركة، أما الخسارة في المضاربة فيتحملها رب المال، ولا يتحمل المضارب سوى خسارة جهده وعمله، ما لم تكن هذه الخسارة بسبب تعديّه أو تقصيره.

المطلب الثاني

واقع التمويل بالمشاركة الثابتة في المصارف الإسلامية

المشاركة الثابتة عقد شركة في ملكية المشروع والحقوق المترتبة عليه، بمقتضاه يساهم المصرف مع شخص أو أكثر في التمويل المشترك لمشروع تجاري أو صناعي أو زراعي أو غير ذلك، ويستحق كل شريك نصيبه من أرباح ذلك المشروع بصفة ثابتة إلى حين انتهاء مدة المشروع أو الشركة أو المدة المتفق عليها. والتمويل بالمشاركة في رأس المال قد يتم في إطار تعاقدى بعقد اتفاقات خاصة مع الشركة أو المشروع الممول، وتحدد حقوق والتزامات الطرفين وفقاً لشروط العقد، وقد يتم في إطار قانوني نظامي على أساس اشتراك المصرف مع آخرين في تأسيس مشروع جديد أو المساهمة في تمويل مشروع قائم يكون له كيان قانوني مستقل عن كيان المصرف ويتخذ عادة الشكل التجاري لإحدى الشركات المنصوص عليها في قانون الشركات (مساهمة، توصية، تضامن، ...).^(١)

(١) - مع مراعاة القواعد المقررة في قوانين الشركات والتي قد تختلف من دولة لأخرى فإن أي شركة تتخذ الشكل التجاري ولو كان غرضها ممارسة عمل مدني تعدّ شركة تجارية وفقاً للمعيار الشكلي لاكتساب صفة التاجر، وتخضع لأحكام القانون التجاري وقانون الشركات. و يمكن للمصارف التمويل بالمشاركة في الربح والخسارة عن طريق شراء صكوك المضاربة وغيرها من الشهادات التي تصدر عن الشركات والمشروعات طالبة التمويل، وتحصل على أرباح تلك الصكوك. ويتم الاستثمار وفقاً لقانون إصدار تلك الصكوك.

وفي هذا النوع من المشاركات يلجأ المصرف إلى شراء أسهم شركات قائمة أو المساهمة في تأسيس مشروعات جديدة، بحيث يصبح شريكاً في ملكية المشروع وأرباحه وخسائره.^(١)

ويخضع المصرف في مساهمته في هذا النوع من الشركات للقواعد والأحكام الخاصة بكل نوع، سواء من حيث تأسيس شركات جديدة، أو في شراء أسهم شركات قائمة، أو الاكتتاب في أسهم جديدة لزيادة رأسمال تلك الشركات. وتحرص المصارف على أن تكون مساهمتها في الشركات التي تكون مسؤوليتها فيها محدودة بقدر الحصة المقدمة في الشركة، وفي هذا النوع من المشاركة يتمكن المصرف من التصويت في الجمعية العمومية للشركة والتمثيل في عضوية مجلس الإدارة بما يكفل له الإشراف على سير أعمال الشركة الممولة وتسهيل مهمته في المتابعة الإدارية والمالية والمحاسبية. وعن طريق حيازة أغلبية أسهم رأس مال الشركة أو المشروع الممول يتمكن المصرف من السيطرة الاقتصادية والقانونية على ذلك المشروع. وبصفة عامة يمكن القول بأنه على ضوء الشكل القانوني للمشروع الذي تم تمويله تتحدد علاقة المصرف بالشريك أو الشركاء.

وفي المشاركة التشغيلية في رأسمال المشروع: يقوم المصرف بتقييم أصول الشريك ليحدد حجم التمويل الذي سيقدمه، وتشترب بعض المصارف ألا تقل مساهمة الشريك عن نسبة تحددها السياسة الائتمانية للمصرف من جملة رأسمال المشروع الذي سيتم تشغيله. وعند مساهمة المصرف في تمويل رأس مال المشروع في المجال الصناعي، لا يشترط على الشريك أن يساهم بحصة

(١) - بنك دبي الإسلامي، تعريف عام بأهدافه وأنشطته الاستثمارية، مرجع سابق، ص ٢٣، وراجع: د. الغريب ناصر، أصول المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٦٤ وما بعدها.

نقدية، وإنما يقوم المصرف بتقييم أصول الشركة، وتمثل هذه الأصول بعد تقييمها حصته في رأس المال إضافة إلى جهده الإداري.

أما المشاركة المباشرة (تمويل صفقة معينة): فيدخل المصرف شريكاً في عمليات تجارية أو استثمارية مستقلة عن بعضها البعض حتى بالنسبة للمشروع الواحد، وتختص بعدد محدد من السلع أو وسائل الإنتاج. ويتضمن اتفاق المشاركة مساهمة كل من المصرف والطرف الآخر بنسبة معينة من رأس مال الصفقة تبعاً لنوع العمليات (تجارة داخلية أو تجارة خارجية)، وتحديد حصة كل منهما في الأرباح والخسائر، ويتم توزيع الأرباح حسب مساهمة كل منهما في رأس المال الصفقة بعد تخصيص حصة من الأرباح للشريك مقابل إدارته للعملية وتسويق وتوزيع السلعة.^(١)

وقد تنتهي المشاركة بنقل ملكية الصفقة محل المشاركة بموجب عقد جديد عن طريق البيع أو أي تصرف ناقل للملكية. وترجع أهمية هذا النوع من المشاركة بالنسبة للمصرف إلى سرعة تصفية العمليات التجارية ومن ثم زيادة معدل دوران رأس المال المصرف (استثماراته) وزيادة العائد الناتج من تلك المشاركة.^(٢)

(١) - تتم هذه المشاركة في بنك سبأ وفقاً للإجراءات التالية: ١- يقدم المصرف جزءاً من رأس المال المطلوب للمشروع بصفته مشاركاً بالمال، ويفوض العميل (الشريك) بإدارة المشروع. ٢- يقدم الشريك جزءاً آخر من رأس المال المطلوب للمشروع ويكون أميناً على ما في يده من أموال المصرف. ٣- إذا حقق المشروع ربحاً، وزع بين المصرف والشريك حسب الاتفاق. وإذا حقق خسارة، وزعت بقدر حصة كل شريك.

(٢) - انظر: د. مصطفى كمال طایل، البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق، مرجع سابق، ٩١.

الخطوات العملية لعقد الشركة

١- يتقدم العميل للمصرف بطلب المشاركة في تمويل مشروع استثماري معين، ويرفق بهذا الطلب دراسة جدوى للمشروع أو العملية الاستثمارية يحدد فيه نوع العملية المطلوب تمويلها وتكلفتها والإيرادات المتوقعة...إلخ.

٢- يقوم المصرف بتقييم جدوى المشروع المطلوب المشاركة فيه، وفي حالة الموافقة عليه، يتم تقديم الأوراق الثبوتية للمشروع التي تثبت ملكية الشريك أو مشاركته أو صلاحيته في المشروع المقدم. كما يتم تحديد حصة كل طرف مشارك في المشروع، وتحديد الضمانات المطلوبة- كرهن عقار مثلاً- لصالح المصرف حفاظاً على حقوقه من احتمال التعدي أو التقصير ومخالفة شروط العقد وليس حفاظاً على حقوقه من الخسارة الطبيعية لأسباب تتعلق بمخاطر السوق أو إخفاق المشروع أو أية متغيرات أخرى يصعب التحكم بها.

٣- يتم إبرام عقد المشاركة الذي بموجبه يتم دفع حصص الشركاء، وتوضع تلك المبالغ في حساب خاص بالمشاركة لدى المصرف للإنفاق على المشروع، كما يتم تحديد شروط الإدارة وطرق توزيع الأرباح والخسائر.

٤- يقوم العميل بعد ذلك بإدارة أعمال المشروع المشترك وفق ما هو مخطط بدراسة جدوى المشروع على أن تدرج الإيرادات بحساب المشاركة.

٥- بعد بدء الإجراءات التنفيذية للمشروع، يقوم المصرف بمتابعة تنفيذ المشروع وسير العمل فيه والتأكد من مدى تنفيذ الشروط المتفق عليها من خلال الزيارات الميدانية لموقع العمل والمقابلة الشخصية للشريك والاطلاع على دفاتر ومستندات الشريك وجرد المخازن، وطلب التقارير الدورية للتأكد من سير العمل في المشروع ومركزه المالي.

٦- يتم تصفية المشروع وتوزيع نتائج التصفية بانتهاء مدة المشاركة، وتكون المحاسبة عن الأرباح والخسائر في نهاية كل سنة مالية عادة بعد خصم تكاليف إدارة وتشغيل الشركة. ويتم توزيع الأرباح حسب الاتفاق، أما الخسارة فتوزع حسب مساهمة كل طرف في رأس المال، ويكون الشريك مسؤولاً عنها إذا كانت راجعة إلى تقصيره أو عدم التزامه بالشروط المتفق عليها، وللمصرف أن يرجع عليه بما لحقه من ضرر من جراء ذلك.^(١)

ومن الشروط التي تضمنتها بعض عقود المشاركة الداخلية (شراء وبيع بضائع من الداخل) ما يلي:^(٢)

١- يساهم المصرف والعميل في مبلغ لتمويل شراء بضاعة بتكلفتها الإجمالية، ويتم فتح حساب خاص لهذه العملية لدى المصرف يورد فيه كل طرف مساهمته في المشاركة، وتورد فيه إيرادات البيع.

٢- يتسلم العميل البضاعة المشتراة من البائع وتقع عليه مسؤولية التأكد من مطابقة البضاعة للمواصفات المتفق عليها وسلامتها وخلوها من العيوب، وتخزن البضاعة تحت الإشراف المشترك.

٣- يتم التأمين على البضاعة ضد جميع المخاطر وتضاف مصاريف التأمين للتكلفة الإجمالية .

٤- يلتزم العميل بعرض وتسويق البضاعة وبيعها. ويجوز للمصرف رغم ذلك أن يقوم بهذه العملية بالشروط والأسعار المتفق عليها.

(١)- د. الباقر يوسف مضوي، دراسة حالة لمصرف إسلامي في السودان، ندوة البنوك الإسلامية ودورها في تنمية اقتصاديات المغرب العربي، مرجع سابق، ص ٣١٤ وما بعدها.

(٢)- عقد مشاركة لشراء وبيع بضائع صادر عن بنك البركة السوداني، منشور في مؤلف د. محمد سويلم، إدارة المصارف التجارية والمصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٦٠.

٥- يتم تصفية المشاركة عند بيع كل البضاعة أو بمرور مدة معينة من تاريخ تسلمها في المخازن أيهما كان أولاً. وفي حال انتهاء المدة قبل بيع البضاعة يتم بيع الباقي حسب سعر السوق ولو قل عن سعر البيع المتفق عليه.

٦- يتم توزيع الأرباح الصافية بأن يأخذ العميل نسبة منها مقابل العرض والتسويق، ويوزع الباقي بين الطرفين حسب نسبة مساهمة كل منهما في رأس مال المشاركة. وفي حالة الخسارة يتحملها الطرفان بنسبة المساهمة نفسها.

٧- إذا عجز العميل أو تقاعس أو أهمل في تسويق البضاعة فترة سريان العقد وقام المصرف بهذه المهمة، فإنه يستحق الربح الذي كان مخصصاً للعميل.

٨- يلتزم العميل بحفظ حسابات منتظمة ومفصلة خاصة بعملية المشاركة تكون مؤيدة بالمستندات والفواتير التي توضح أسعار البيع ومصاريف النقل والتخزين وغير ذلك. ويجوز للمصرف مراجعتها في أي وقت عن طريق مندوبه أو من يختاره من المراجعين القانونيين. ويتحمل حساب المشاركة مصاريف هذه المراجعة.

٩- يلتزم العميل بتزويد المصرف بتقارير دورية توضح سير عمل المشاركة، ويجوز للمصرف طلبها في أي وقت. وأي نزاع يتم حله عن طريق التحكيم.

وتتبع الخطوات السابقة نفسها في حالة الاستيراد، حيث يساهم المصرف بدفع نسبة ثمن البضاعة ودفع المصاريف البنكية المتعلقة بخطاب الاعتماد ومصاريف التأمين. ويساهم العميل بدفع نسبة من قيمة البضاعة ودفع باقي المساهمة عند ورود المستندات الخاصة بالبضاعة. ويتم الاتفاق على أنه بعد وصول البضاعة إلى الميناء تعرض البضاعة للبيع بسعر معين لا يقل عن نسبة معينة من إجمالي التكلفة. ويكون لأي طرف حق الأفضلية في شراء البضاعة لنفسه.

المبحث الثاني

المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك)

المشاركة المتناقصة من الأساليب التي استحدثتها المصارف الإسلامية للتمويل، وتختلف عن المشاركة الدائمة في عنصر الاستمرارية، حيث يتمتع المصرف بكافة حقوق الشريك في الشركة الدائمة ويتحمل جميع التزاماته، غير أنه لا يقصد منذ بدء التعاقد البقاء والاستمرار في الشركة إلى حين حلها وتصفيتها، بل يُعْطَى المصرف الحق للشريك (العميل) في أن يحل محله في ملكية العقار أو المشروع، ويعرض موافقته على التنازل عن حصته في المشاركة دفعة واحدة أو على دفعات حسب الشروط التي يتم الاتفاق عليها.^(١)

ولتوضيح ما تقدم سننتاول مفهوم المشاركة وضوابطها الشرعية وصور تطبيقها ومجالاتها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: مفهوم المشاركة المتناقصة وضوابطها وفقاً لقرار مجمع الفقه الإسلامي

الثاني: واقع تطبيق المشاركة المتناقصة في المصارف.

(١) - مجالات الاستثمار في بنك سبأ اليمني، نشرة تعريفية صادرة عن البنك.

المطلب الأول

مفهوم المشاركة المتناقصة وضوابطها وفقاً لقرار مجمع

الفقه الإسلامي

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

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

وتختص المشاركة المتناقصة بوجود وعد ملزم من أحد الطرفين فقط بأن يمتلك حصة الطرف الآخر، على أن يكون للطرف الآخر الخيار بإبرام عقود بيع عند تملك كل جزء من الحصة، ولو بتبادل إشعارين بالإيجاب والقبول. ويجوز لأحد أطراف المشاركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولمدة محددة، ويظل كل من الشريكين مسؤولاً عن الصيانة الأساسية بمقدار حصته. والمشاركة المتناقصة مشروعة إذا التزم فيها بالأحكام العامة للشركات، وروعت فيها الضوابط الآتية:

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

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

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

د- الفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة.

هـ- منع النص على حق أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل).^(١)

وبناء على ما تقدم يمكن توضيح بعض ضوابط اتفاقية المشاركة المنتهية بالتملك كما يلي:

١- يجب ألا تتضمن المواعدة السابقة لإبرام عقود البيع المتتالية تحديداً لسعر حصة البيع، وإنما ينبغي ترك تحديدها إلى وقت إبرام كل عقد بيع مستقل في أجله حسب سعر السوق أو حسب الاتفاق عند البيع. فلا يجوز النص على وجوب شراء الحصة بالقيمة الاسمية، ولا يجوز أن يكون الوعد ملزماً للطرفين، وإنما يجوز يكون ملزماً لأحدهما على أن يكون الثاني بالخيار.^(٢)

٢- تجوز المشاركة المتناقصة بناء على وعد غير ملزم من المصرف لشريكه بأن يبيع له حصته في الشركة إذا قام بتسديد قيمتها، ويجب أن يتم البيع بعقد

(١)- قرار رقم ١٣٦، الدورة ١٥، مسقط (سلطنة عُمان) ٦ - ١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤م.

(٢)- وعكس ذلك انظر: د. نزيه كمال حماد، المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة ١٣، العدد ١٥، ٢٠٠٢، ص ٢١٤. حيث أجاز إلزام الطرفين بالوعد. وكيف المشاركة بأنها شركة ملك ولذلك ذهب إلى أنه يتم تقسيم العائد من تأجير محل الشركة المتناقصة أو استثماره لصالحها (الممول والعميل) حسب حصصهما في ملكيته، وكذلك في حالة الخسارة. وأجاز تحديد الأجرة في حالة الوعد بالتأجير للعميل، لأن الوعد الملزم بالتأجير مستقبلاً بأجر محدد معلوم هو في حقيقته إجارة مضافة إلى المستقبل وإن كانت بلفظ الوعد، وهي جائزة في قول جماهير الفقهاء.

مستقل عن عقد الشركة. ويجوز التواعد على الاشتراك في تأجير محل المشاركة لطرف ثالث بعقد إجارة مستقل، ويقتسمان الأجرة حسب حصة كل منهما في رأس مال المشروع. أو وعد من الممول بتأجير حصته للعميل بأجر معلوم في عقود مستقلة ومنفصلة.^(١)

ويتم تعديل حصة المصرف من الإيجار بصفة دورية بما يتناسب مع حصته في ملكية المشروع.

(١) - انظر: المرجع السابق، ص ٢١٤ وما بعدها.

المطلب الثاني

واقع تطبيق المشاركة المتناقصة في المصارف

المشاركة المتناقصة عقد شركة بمقتضاه يساهم المصرف في رأس مال شركة أو مصنع أو زراعة أو بناء أو أي مشروع آخر مع شريك أو أكثر، و يُعطي المصرف الحق لشريكه في الحلول محلّه في ملكية نصيبه دفعة واحدة أو على دفعات حسب الشروط المتفق عليها، على أن يكون البيع بعقد مستقل.^(١)

وتسمى هذه العملية مشاركة متناقصة بالنظر إليها من جهة المصرف على أساس أنه كلما استرجع دفعة من أصل التمويل، تقلصت بالمقابل نسبة مشاركته في المشروع. وتسمى مشاركة متناقصة منتهية بالتمليك بالنظر إليها من جهة المتعامل، لأنه كلما دفع قسطاً من أصل التمويل زادت نسبة تملكه للمشروع إلى أن يملكه نهائياً عندما ينتهي من سداد مستحقات المصرف.^(٢)

(١)- وتُعرف أيضاً بأنها (دخول الطرفين في شركة بحصص معلومة بغرض تحقيق الربح مع سماح الشريك الممول لشريكه الآخر في الحلول محلّه في ملكية حصته من الشركة دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها وطبيعة العملية على أساس تخصيص جزء من الدخل المتحصل من المشروع لسداد قيمة حصة الشريك الممول(المصرف) انظر: د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٤٢٦، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

(٢)- د. عائشة الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٣٧٨.

أولاً: خطوات المشاركة المتناقصة

تتم المشاركة المتناقصة في بعض المصارف وفق الخطوات العملية التالية:

١- يقدم المصرف جزءاً من رأس المال المطلوب للمشروع بصفته مشاركاً بالمال ويتفق مع العميل الشريك على طريقة معينة لبيع حصته في رأس المال تدريجياً.

٢- يقدم الشريك جزءاً آخر من رأس المال المطلوب للمشروع ويكون أميناً على ما في يده من أموال المصرف.

٣- إذا حقق المشروع ربحاً، وزع بين المصرف والشريك حسب الاتفاق، وإذا حقق خسارة، وزعت بقدر حصة كل شريك.

٤- يعبر المصرف عن استعداده حسب الاتفاق لبيع جزء معين من حصته في رأس المال، ويدفع الشريك ثمن الجزء المباع تدريجياً وتنتقل إليه ملكية ذلك الجزء.^(١)

ولا تختلف شروط جواز المشاركة المتناقصة عن شروط المشاركة الدائمة، وقد اشترط مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي ثلاثة شروط لهذه المشاركة وهي:

١. ألا تكون مجرد عملية تمويل بقرض، فلا بد من وجود الإرادة الفعلية للمشاركة وأن يتحمل جميع الأطراف الربح والخسارة أثناء فترة المشاركة.
٢. يشترط أن يمتلك البنك حصته في المشاركة ملكاً تاماً، وأن يتمتع بحقه الكامل في الإدارة والتصرف، وفي حالة توكيل الشريك بالعمل يحق للبنك مراقبة ومتابعة الأداء.

(١) - مجالات الاستثمار في بنك سبأ اليمني، نشرة تعريفية صادرة عن البنك.

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

ثانياً: صور المشاركة المتناقصة في المصارف

جاء في توصيات مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي أن الشركة المتناقصة المنتهية بالتمليك يمكن أن تكون على إحدى الصور التالية:

الصورة الأولى: يتفق المصرف مع عميله على تحديد حصة كل منهما في رأس مال المشاركة وشروطها، وقد رأى المؤتمر أن يكون بيع حصص العميل إلى المصرف بعد إتمام المشاركة بعقد مستقل، بحيث يكون له الحق في بيعها للمصرف أو لغيره. وكذلك الأمر بالنسبة للمصرف، حيث تكون له حرية بيع حصصه للمتعامل الشريك أو لغيره.

الصورة الثانية: يتفق المصرف مع عميله على المشاركة في التمويل الكلي أو الجزئي لمشروع ذي دخل متوقع، وذلك على أساس حصول المصرف على حصة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلاً، مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي من الإيراد أو أي قدر منه يتفق عليه ليكون مخصصاً لتسديد الحصة التي قدمها المصرف في رأسمال المشروع. أي أن الباقي بعد حصول المصرف على حصته من الأرباح الصافية إما أن يخصص كله أو جزءاً منه لسداد حصة التمويل التي قدمها المصرف حتى تؤول ملكية المشروع إلى العميل بعد ذلك.

وهذا يعني أن نتائج المشروع الذي ساهم المصرف في تمويله تقسم إلى ثلاثة أجزاء: يأخذ المصرف جزءاً من الأرباح الصافية للمشروع، ويأخذ العميل جزءاً آخر، ويتم الاحتفاظ بجزء في حساب خاص لدى المصرف لسداد ما قدمه من تمويل حتى يتم سداؤه بالكامل. وقد لا يحصل العميل على أي حصة

من الربح مفضلاً الاحتفاظ بها في الحساب المخصص للسداد حتى يملك المشروع في أسرع وقت ممكن.^(١)

الصورة الثالثة: يحدد نصيب كل من المصرف وشريكه في الشركة في صورة أسهم تمثل مجموع قيمة الشيء موضوع المشاركة (عقار مثلاً)، فيحصل كل من الشريكين على نصيبه من الإيراد المحقق من العقار. وللشريك إذا شاء أن يشتري من الأسهم المملوكة للمصرف عدداً معيناً كل سنة، حيث تكون الأسهم الموجودة في حيازة المصرف متناقصة إلى أن يملك الشريك الأسهم كاملة ويصبح مالكاً للشركة بأكملها.^(٢)

يتبين مما سبق أن انتقال ملكية حصة أحد الشريكين للآخر يكون بإحدى ثلاث طرق:

الأولى: أن يبيع الشريك حصته لشريكه بعد انتهاء مدة الشركة بعقد بيع مستقل ويدفع الشريك المشتري الثمن جملة واحدة.

الثانية: أن يكون البيع بعقد مستقل بعد انتهاء الشركة، غير أنه يتم تجنب جزء من الأرباح في حساب خاص ليكون ثمناً لسداد قيمة حصة الشريك البائع (المصرف).

وفي صورتين السابقتين تظل حصة كل شريك وأرباحه ثابتة وفقاً لما اتفقا عليه عند إبرام العقد، وتعدّ الأرباح المحتجزة ملكاً للشريك الذي يرغب في

(١) - ومثال ذلك: أن يشتري المصرف أسهم شركة معينة تحقق دخلاً سنوياً صافياً يعادل ٣٠٠٠ ألف ريال، و هذا الدخل يوزع كما يلي: ١٠٠٠ ريال نصيب المصرف في الأرباح، ويأخذ المستثمر الممول ١٠٠٠ على نفس الأساس، وتودع ١٠٠٠ ريال في حساب لدى المصرف حتى يتمكن العميل من شراء أسهم المصرف عندما يصل رصيد الحساب إلى مبلغ التمويل الذي دفعه المصرف.

(٢) - بنك دبي الإسلامي، تعريف عام، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها، قرارات المؤتمر الأول للمصارف الإسلامية بدبي ١٩٩٧، بنك دبي الإسلامي، ص ١٣ وما بعدها.

الشراء، وتحجز لصالحه دون أن يملك مقابلها أي جزء من حصة الشريك الآخر. ويمكن الاتفاق على حجز أرباح الشريك الراغب في الشراء كلها حتى تنتقل ملكية الشركة إليه في مدة أقصر. ويلاحظ في هذه الصور أن حصة المصرف من إيراد الشركة لا تتناقص إلى أن يتم تسديد الطرف الآخر قيمة ما يملكه المصرف من حصص في المشروع مع أن حصة الشريك الآخر تتناقص بقدر ما يخصمه المصرف من إيرادات المشروع المستحقة للشريك. ولكي تتحقق صورة المشاركة المتناقصة يفترض أن تتناقص حصة ما يملكه المصرف في المشروع بقدر القسط المقتطع في كل مرة من المستحقات الخاصة بالشريك. وما دام أن الاتفاق يتم على أساس أن البيع لا يتم إلا بعد انتهاء مدة المشاركة، فإن العميل لا يملك أي جزء من حصة المصرف في المشروع إلا بعد السداد الكامل، حتى وإن كان سداد القيمة يتم على دفعات، ولذلك يمكن وصف هذا النوع من المشاركة بأنه مشاركة ثابتة منتهية بالتملك، شريطة أن يكون رأس المال مقدماً من الشريكين. أما إذا كان رأس المال مقدماً من أحد الشركاء (المصرف) على أساس التمويل الكلي فإن العقد يكون مضاربة منتهية بالتملك.

الثالثة: أن يكون التملك على مراحل، حيث إنه في كل مرحلة (سنة مثلاً) يبيع الشريك جزءاً من حصته لشريكه ويقبض الثمن فتنتقل ملكية هذا الجزء إلى الشريك المشتري. وفي هذه الطريقة تتناقص حصة الشريك البائع وأرباحه بنسبة ما باعه وتزداد حصة الشريك المشتري وأرباحه بنسبة ما اشتراه حتى تؤول إليه ملكية الشركة كاملة ويخرج الشريك البائع من المشاركة.

ويشترط في كل الصور السابقة أن يبرم الطرفان عقد بيع بينهما في كل مرة، سواء كان التملك دفعة واحدة أو على دفعات. إذ لا يكفي مجرد الوعد عند إبرام عقد الشركة لانتقال الملكية ولا بد من عقد جديد. ولا يشترط أن يكون

الثمن من الأرباح المتحققة، لأن الشركة قد لا تحقق أي أرباح، فلا تلازم بين الأرباح والثمن الذي يدفعه المشتري، وإن تزامن دفع الثمن مع حصول كل شريك على حصته من الربح.

وتكمن إشكالية البيع التدريجي لحصة المصرف للعميل مقابل السداد عند الأجل (كل سنة مثلاً) وبعقود بيع متتالية بسعر السوق مع إلزام العميل بالشراء؛ في أن الأسعار ربما تزيد أو تنخفض خلال مدة التسديد، وعندئذ قد يجد العميل نفسه بعد دفع مبلغ كبير لا زال عاجزاً عن امتلاك الأصل، لأن قيمة حصة المصرف ترتفع باستمرار تزايد الأسعار في السوق. وفي المقابل ربما يجد المصرف نفسه يحقق خسارة لانخفاض سعر ذلك الأصل عند تقييمه السنوي عما كان متوقعاً عند التعاقد.^(١)

ثالثاً: مجالات تطبيق المشاركة المتناقصة

تصلح هذه المشاركة كأسلوب لتمويل المشروعات المنتجة للدخل وذات الجدوى المتوقعة، مثل تمويل رأس مال شركة أو مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي أو تعليمي، أو تمويل العقارات كإنشاء الأبنية وتأجيرها، وتمويل الآلات المعمرة، وتمويل الوحدات الصناعية والإنتاجية وتشغيلها وإقامة المستشفيات أو معاهد التعليم بمراحلها المختلفة وإدارتها والإشراف عليها، وتمويل المهنيين والحرفيين، بتزويدهم بما يحتاجونه لأعمالهم كآلات لأطباء الأسنان أو محترفي النجارة أو الحدادة وغيرها من المهن والحرف.^(٢)

(١)- د. محمد القري، العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد العاشر، ج ٢، ص ٥٥٥، مشار إليه في مؤلف د. نزيه حماد، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٢)- راجع: د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٤٢٦، د. عبد الرزاق الهبيتي، مرجع سابق، ص ٥٠٢.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه في حالة تمويل الوحدات الإنتاجية الصناعية أو الزراعية أو تمويل المستشفيات أو معاهد التعليم يتم الاتفاق على أن يتقاضى من يقوم بتسيير وإدارة العمل أجر المثل مقابل عمله^(١)، ويرتبط استحقاق المشارك (العامل) في المشروع بإمكانية تسديد رأس مال المشروع من واقع ما يتقاضاه مقابل عمله أو من ربح حصته في المال (أو من أي مصدر آخر). وبالنسبة لتمويل الأشياء المدرة للدخل كالآلات (سيارات) يقسم عائد نتاج العمل إلى ثلاثة أقسام: قسم للمصرف وقسم للعامل (أجرة عمل) وقسم يحفظ مقابلاً لقيمة الآلة بعد تنزيل تكاليف الوقود والصيانة حتى إذا بلغ ذلك الجزء المحفوظ مقدار قيمة الآلة، تنازل المصرف عن ملكيتها للعامل عليها. وإضافة إلى ذلك إذا لم يكن للمتعاقد مع المصرف عمل معين يقوم به كما في حالة تمويل الأبنية لمن لا يرغب في تقديم عمل، فإن صاحب الأرض قد لا يتقاضى شيئاً خلال فترة المشاركة وإنما يكون له حق تملك البناء بعد تسديد أصل رأس المال المدفوع لإنشائه، وذلك من حصة النسبة المخصصة لهذه الغاية حسب الاتفاق. أو من أي مصدر آخر.^(٢)

ويلحظ أن ما ذهب إليه الفقه في الصور المتقدمة يندرج ضمن صور المشاركة المتناقصة التي سبق بيانها، ومع ذلك يمكن وصف بعض الصور بأنها مشاركة ثابتة منتهية بالتملك بعد سداد قيمة الأصل (الآلة).. كما أن تمويل الأشياء المدرة للدخل كالآلات (سيارات) يتناسب مع التمويل بالمضاربة المنتهية بالتملك، بحيث لا يملكها العامل إلا بعد سداد كامل قيمة الأقساط.

(١)- د. محمد حسن حنون، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

(٢)- د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ٤٢٧، د. عبد الرزاق

الهييتي، السابق، ص ٥٠٢.

وقد جاء تطبيق صور المشاركة متبايناً في المصارف^(١)، فعلى سبيل المثال ذهب رأي في الفقه إلى أنه من ضوابط سياسة التمويل بالمشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك في البنك الإسلامي الأردني^(٢) ما يلي:

١- تجري دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع من حيث التكاليف والإيرادات والتدفقات النقدية قبل منح التمويل.

٢- يشترط لتمويل المشروع أن تكون فترة السداد حسب الدراسة (ست سنوات مثلاً داخل العاصمة، ثمان سنوات خارجها).

٣- يتقاضى المصرف نسبة من الدخل الصافي بصفته ممولاً، ويتقاضى الشريك نسبة من الدخل بصفته صاحب العقار يدفعها كلياً أو جزئياً للمصرف لشراء حصته في المشروع لحين السداد التام، وتحدد هذه النسب على ضوء دراسة الجدوى.

٤- يتقاضى المصرف بدل مصاريف دراسة المشاريع حسب طبيعة الجهد المبذول من جانبه لكل حالة على حدة.

٥- تتم المحاسبة في المشروع الممول من المصرف بصفة دورية على أساس الدخل الفعلي.

(١) - وفي دراسة أجراها أحد الباحثين على عدد من المصارف، وجد أن الوعد بالبيع ملزم للبنك الإسلامي الأردني، وتنتقل الملكية دفعة واحدة بعد سداد الأقساط، وفي مصارف أخرى يكون الوعد ملزماً للطرفين. وقد يحدد سعر البيع مقدماً عند إبرام عقد المشاركة يتم دفعه على أقساط وتملك الحصة تدريجياً. وفي مصارف أخرى تنتقل الملكية دفعة واحدة نهاية دفع الأقساط وبسعر السوق. راجع: د: رفيق يونس المصري، المصارف الإسلامية، دراسة شرعية لعدد منها، مركز النشر العلمي جامعة الملك عبد العزيز، جدة، سلسلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، رقم (٢)، التاريخ (بدون). وهذه الدراسة ترجع إلى ١٩٨٩ كما ورد في متن الدراسة، ص ٤.

(٢) - د. عبد الله عبد المجيد المالكي، الموسوعة في تاريخ الجهاز المصرفي الأردني، مرجع سابق، ص ١٧٦.

٦- لا يكون للشريك الآخر الحق في أن يطالب بتصفية المشروع لحسابه إلا بعد أن يكون قد سدد ما يساوي (٥٠%) على الأقل من أصل التمويل أو بموافقة مجلس الإدارة.

٧- يُقدّم المتعامل ضماناً على شكل رهن عقاري من الدرجة الأولى بقيمة التمويل على العقار لصالح المصرف حتى يكتمل سداد التمويل.

ويلاحظ من خلال هذه الضوابط أن هذه المعاملة لا ينطبق عليها وصف المشاركة المتناقصة كما تم وصفها ؟ لأن انتقال ملكية حصة المصرف إلى الشريك لا تتم إلا بعد السداد الكامل لقيمة الحصة حتى ولو كان الدفع يتم على أقساط^(١)، كما أن الضمان الوارد في البند رقم^(٧) يفترض أن يكون لمواجهة سوء الإدارة أو الإخلال بشروط العقد وليس لضمان سداد رأس المال (التمويل)، لأن رأس مال الشركة غير مضمون بحسب الأصل، والعميل لا يضمن رد التمويل للمصرف حتى لا تتحول العلاقة إلى قرض.

(١)- ويمكن وصف المشاركة المتناقصة بالمثال التالي: إذا تم تمويل بناء أو مسكن على قطعة أرض قدمها المشارك، وقدرت قيمة الأرض بمبلغ ١٠٠ ألف ريال، و تكلفة البناء بمبلغ ثلاثمئة ألف ريال. فيكون مجموع المشاركة ٤٠٠ ألف، وتكون المشاركة بنسبة ٣: ١، أي ثلاثة أرباع البناء للمصرف وربع للشريك. وإذا كان بيع المصرف نصيبه للشريك بمبلغ ٣٠٠ ألف على ست سنوات وكل قسط بمبلغ ٥٠ ألف، وتم تأجير المسكن بمبلغ ٤٠ ألف كل عام، فإن المصرف يأخذ في السنة الأولى ٣٠ ألف، ويأخذ الشريك ١٠ ألف كل حسب نصيبه في الشركة. وإذا دفع الشريك القسط السنوي ٥٠ ألف، فإن نصيبه سيزداد بمقدار زيادة حصته في ملكية المسكن وكذلك حصته في أجرة المسكن، وتتناقص حصة المصرف تدريجياً إلى أن يؤول المسكن للشريك.

الفصل الثاني

أساليب التمويل على أساس هوامش الأرباح في المصارف الإسلامية

تمهيد وتقسيم:

كان مبدأ التوظيف بالمشاركة في الأرباح والخسائر هو القاعدة الأساسية للنمط المصرفي الجديد الذي دعت إليه المصارف الإسلامية، ولكنها سرعان ما وجدته غير قادر على تلبية كل متطلبات الحياة الاقتصادية من الأموال ولا يحقق لها المردود الذي كانت تتوقعه، فضلاً عن المشاكل التي أعاقَت استعماله بفعالية، فشرعت تبحث عن أدوات أخرى أسهل تطبيقاً وأكثر ربحاً وأقل مخاطرة، فلجأت إلى أدوات التمويل بالهامش الربحي كبيع المrabحة، والإجارة التمويلية. وهامش الربح هو الذي يضاف كربح علاوة على التكلفة الحقيقية للسلعة المباعة.^(١)

والتحول من أساليب التمويل على أساس المشاركة إلى أساليب التمويل على أساس هامش الربح يثير كثيراً من التساؤلات حول طبيعة تطبيق هذه العمليات في المصارف من الناحية الشرعية وإشكالاتها، ومدى تشابهها أو اختلافها عن أساليب التمويل في المصارف التجارية.

(١)- يطبق المصرف هامش الربح على عمليات المrabحة والبيع لأجل، وهو في المrabحة السعر الذي الذي اتفق عليه بين الأطراف المعنية. وهو في البيع لأجل المبلغ الذي يضاف إلى أقساط السداد التي يدفعها المستفيد. ويستخدم معدل هامش الربح لاحتساب قسط التأخير في حالة التمويل عن طريق الإجارة. ويختلف هامش الربح عن الفائدة مبدئياً، في أنه يتعلق بالآلات والمعدات وغيرها في البيع لأجل، وبالسلعة في حالة المrabحة في حين أن الفائدة تتعلق بالمال.

وسأحاول في هذا الفصل إلقاء الضوء على أهم أساليب التمويل بالهامش
الربحي وذلك من خلال تقسيمه إلى فرعين:
الأول: التمويل عن طريق بيع المrabحة.
الثاني: التمويل عن طريق الإجارة.

الفرع الأول

التمويل عن طريق بيع المrabحة

تمر عملية المrabحة بخطوات متعددة وترتبط بعقود مختلفة مما جعلها من أكثر وسائل التمويل إثارة للجدل الفقهي، سواء من حيث مفهومها وتكييفها الفقهي، أو من حيث تطبيقها وما نجم عن ذلك من إشكالات بسبب تعدد الآراء الفردية وتعدد فتاوى هيئات الرقابة الشرعية، وعدم وجود قواعد إلزامية موحدة للمصارف. وبحث هذه الإشكالات بجوانبها المختلفة يتطلب تقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث:

الأول: مفهوم المrabحة وخطوات تنفيذها.

الثاني: التكييف الفقهي لبيع المrabحة.

الثالث: إشكالات تطبيق بيع المrabحة.

المبحث الأول

مفهوم المراجعة وخطوات تنفيذها

إن التعرف على عملية التمويل بالمراجعة في المصارف الإسلامية يتطلب بيان مفهوم المراجعة البسيطة وشروط صحتها وكذلك بيان مفهوم المراجعة المركبة في المصارف الإسلامية. وهذا ما سنحاول بيانه في هذا المبحث وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين:

الأول: مفهوم المراجعة وشروط صحتها.

الثاني: مراحل وخطوات تنفيذ المراجعة.

المطلب الأول

تعريف المراجعة وشروط صحتها

أولاً: تعريف المراجعة البسيطة وشروط صحتها

المراجعة البسيطة تتكون من طرفين (البائع، المشتري)، وليس فيها مواعدة، والبضاعة تكون حاضرة وموجودة في ملكية البائع بوصفه تاجراً يعرض البضاعة للبيع مرابحة بثمن معلوم وريح يتفقان عليه.

والمراجعة هي بيع السلعة بمثل الثمن الأول (ثمن التكلفة الذي اشترت به) مع زيادة ربح معلوم متفق عليه يكون مبلغاً مقطوعاً أو نسبة من الثمن الأول. وبيع المراجعة يجوز أن يكون بالنقد ويجوز أن يكون بالأجل.

وقد عرّف القانون المدني اليمني بيع المراجعة وبين شروط صحتها في المادة (٥٧١)، التي نصت على أن ((المراجعة هي بيع الشخص ما اشتراه بعقد صحيح بالثمن الذي اشترى به مع زيادة ربح معلوم، ويشترط لصحة بيع المراجعة زيادة على شروط صحة البيع عموماً ما يلي:

- ١- بيان رأس المال وهو الثمن الذي اشترى به.
 - ٢- بيان الربح وهو الزيادة على رأس المال التي يشترطها البائع.
 - ٣- يلزم البائع بيان العيوب التي حدثت بالمبيع ونقصه ورخصه وما إذا كان قد اشتراه بثمن مؤجل أو ممن يحاييه أو يتسامح معه)).
- و نصت المادة (٥٧٣) على أنه ((يجوز في المراجعة أن يضم إلى الثمن في العقد الأول المؤن المعتادة التي غرمها المشتري كأجرة نقل المبيع)). وطبقاً لهذا النص إذا كان البائع قد أنفق على السلعة زيادة على ثمنها الذي اشتراها

به، يجوز له إضافة النفقات والتكاليف المعتادة على ثمن السلعة حسب ما جرى به عرف التجار.

وعلى أساس شروط صحة البيع، فالبائع مستأمن في الإفصاح عن الثمن الأول للسلعة، وعن المصروفات التي تضاف إليه ومقدار ربحه... الخ، فإذا ظهرت خيانة بعد ذلك - ببيئة أو إقرار - كأن يظهر أن الثمن كان أقل، أو أن البائع كان قد اشترى المبيع إلى أجل ولم يبين ذلك، أو كان قد اشترى ممن يحاييهم كأبيه وابنه وزوجه ممن لا تقبل شهادتهم له، فإن المشتري يكون بالخيار بين إمضاء العقد أو فسخه. وهذا ما تضمنه منطوق المادة (٥٧٢ من القانون ذاته) التي نصت على أنه ((إذا ظهرت خيانة في المراجعة كان المشتري بالخيار بين إمضاء العقد بجميع الثمن أو فسخه إن كان المبيع قائماً ولم يتعيب بعيب جديد وله المطالبة بما تضرر به بسبب الخيانة)).

وقد وضع الفقهاء شروطاً لصحة بيع المراجعة يمكن إجمالها على نحو ما يلي:

١- أن يكون رأس المال أو ما قامت به السلعة من تكلفة (الثمن الأول) معلوماً للمشتري الثاني، لأن المراجعة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح، والعلم بالثمن الأول شرط لصحة البيع. ويلحق بهذا الشرط بيان ما إذا كان ثمن الشراء الأول نقد حال أو مؤجلاً، لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن.

٢- أن يكون الربح معلوماً، لأنه جزء من ثمن البيع، والعلم بالثمن شرط لصحة البيع.

٣- أن لا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا، فإن كان كذلك بأن اشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل، لم يجز بيعه مرابحة، لأن المراجعة بيع بمثل الثمن الأول وزيادة، والزيادة في أموال الربا تكون رباحاً لا ربحاً. أما عند اختلاف الجنس فتجوز الزيادة.

- ٤- أن يكون رأس المال من المثليات كأوراق النقدية بأنواعها والمكيلات والمعدودات المتقاربة، فإن كان قيمياً كالعروض، لم يجز بيعه مربحة.
- ٥- أن يكون عقد البيع الأول صحيحاً، لأنه إن كان باطلاً، فلا يفيد ملكاً، ومن ثم لا يجوز بيع المربحة على سلعة لم تتحقق ملكية البائع لها، وما بني على باطل فهو باطل.^(١)

وبهذه الشروط يتحقق العلم التام بالثمن الأول ومقدار الربح، كما يتم بها صحة البيع والتأكد من خلوه من الربا. وبيع المربحة الذي يشترط فيه أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ابتداء تمارسه المصارف الإسلامية عن طريق شركاتها التابعة لها أو عن طريق المشاركات التي تدخل فيها المصارف مع عملائها.^(٢)

ثانياً: مفهوم المربحة المركبة في المصارف الإسلامية

المربحة المركبة على عكس المربحة البسيطة، الأصل فيها أن البائع (المصرف) لا يمتلك السلعة وقت التفاوض أو الاتفاق المبدئي، وإنما يتم التواعد بينه وبين العميل على أساس شراء الأول لها من طرف ثالث وبيعها للعميل طالب الشراء.

فعند ما لا يتوفر لدى المشتري ثمن السلعة التي يريد شراءها من السوق المحلي أو الخارجي، يتقدم إلى المصرف طالباً منه شراء تلك السلعة بالمواصفات التي يحددها - تذكر غالباً في فاتورة عرض السعر - فإذا قبل المصرف طلب العميل، أبرم معه وثيقة وعد بالشراء تتضمن وعداً من العميل

(١)- انظر: بيع المربحة للأمر بالشراء في ميزان الشريعة، مجلة المصارف الإسلامية، العدد الأول، سبتمبر، ٢٠٠٤، مجلة فصلية اقتصادية مصرفية متخصصة يصدرها بنك سبأ الإسلامي اليمني، ص١٦، انظر: فياض عبد المنعم حسنين، بيع المربحة في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦، ص٢٠.

(٢)- د. مصطفى كمال طایل، البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص٩٦.

(الأمر بالشراء) بشراء ما أمر (محل الوعد) ووعداً آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء^(١)، وقد اصطلح على تسمية هذا العملية (بيع المربحة للأمر بالشراء) والصورة السائدة فيها أن يشتري المصرف بالنقد ويبيع بالأجل إلى العميل الأمر.

وفضلاً عن شروط صحة المربحة التي سبق بيانها، يكاد يتفق الفقه وقرارات المجامع الفقهية على أن بيع المربحة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول القبض المطلوب شرعاً هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه. ويمكن تعريف بيع المربحة للأمر بالشراء بأنه قيام المصرف بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالنقد الذي يدفعه المصرف كلياً أو جزئياً في مقابل الحصول على الربح المتفق عليه ابتداءً.^(٢)

ثالثاً: أشكال المربحة في المصارف الإسلامية

تنقسم المربحة على أساس الوعد بالشراء من الناحية النظرية والتطبيقية حسب ما يجري العمل عليه في المصارف إلى ثلاثة أشكال:

الشكل الأول: بيع المربحة على أساس الوعد غير الملزم لكل من المصرف والعميل.

فالمصرف يقوم بشراء السلعة المطلوبة دون أن يلتزم ببيعها للعميل طالب الشراء، كما أن العميل لا يكون ملزماً بشراء تلك السلعة، فكلهما يكون مخيراً

(١) - قرار المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي المنعقد في دبي عام ١٣٩٩هـ الموافق ١٩٧٩م.

(٢) - وهذا التعريف مأخوذ من نص المادة (٢) من قانون البنك الإسلامي الأردني الملغي). بعد حذف عبارة (في مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به)، لأن الوعد قد يكون ملزماً للمصرف بالبيع وملزماً للعميل بالشراء، أو ملزماً لأحدهما فقط، أو غير ملزم مطلقاً لأي طرف.

في إبرام عقد المربحة أو العدول عنه. ولا خلاف على هذا الشكل بين الفقه الحديث أو القديم.

الشكل الثاني: بيع المربحة على أساس إلزام أحد الطرفين بالوعد (المصرف - العميل)، فالمصرف يكون ملزماً بالوفاء بوعده تجاه العميل، حيث لا يحق له بيع تلك السلعة إلا للعميل طالب الشراء، ويكون هذا الأخير مخيراً في إتمام عقد المربحة مع المصرف أو العدول عنه. وهذا ما تأخذ به بعض المصارف الإسلامية^(١)، أما إذا كان العميل ملزماً بالوفاء بوعده، فلا يحق له رفض شراء السلعة من المصرف الذي اشتراها بناء على طلبه، فإذا نكل عن وعده، جاز للمصرف بيع بضاعته التي اشتراها للعميل نفسه أو لغيره من أجل استيفاء حقه من ثمنها، وهذا ما تأخذ به بعض المصارف.^(٢)

الشكل الثالث: بيع المربحة الملزم للطرفين بالوعد (المصرف والعميل) وفيه يكون العميل ملزماً بشراء السلعة التي اشتراها المصرف بناء على طلبه، كما

(١) - بنك فيصل الإسلامي السوداني، وأغلب المصارف الإسلامية السودانية، وفي بعض المصارف يطبق الإلزام في المربحة الخارجية ويكفل الخيار للمربحة الداخلية كما في بيت التمويل الكويتي. انظر: د. ربيع محمود الروبي، بيع المربحة للواعد الملزم بالشراء والدور التنموي للمصارف الإسلامية، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، سلسلة بحوث الدراسات الإسلامية رقم (١٢)، مطابع جامعة أم القرى، ١٩٩١م، ص ١٥، انظر: الباقر يوسف مضوي، دراسة حالة لمصرف إسلامي في السودان، بحث قدم إلى ندوة البنوك الإسلامية ودورها في تنمية اقتصاديات المغرب العربي، مرجع سابق، ص ٣١٠.

(٢) - مثل: بنك سبأ اليمني وفقاً لوثيقة الوعد بالشراء، مجلة المصارف الصادرة عن المصرف ذاته، مرجع سابق، ص ١٨، بنك التضامن الإسلامي اليمني كما ورد في البند رقم ٢ من أنموذج إجراءات تمويل المربحة للأمر بالشراء.

أن المصرف يكون ملزماً بالبيع للعميل وحده دون غيره، وهذا ما أخذت به أكثر المصارف الإسلامية.^(١)

ولا خلاف على أن لصيغة المراجعة جوانب ايجابية لعل أهمها والأصل فيها توفير البديل الشرعي لعمليات التمويل الربوي قصير الأجل الذي تقدمه المصارف التجارية، وكذلك تأمين انسياب السلع المطلوبة للمجتمع بتكلفة نهائية تكون أقل مما هي عليه في حالة التمويل الربوي. كما أن المصرف يقوم بشراء السلعة بنفسه ويعيد بيعها للعميل، ويتأكد من استغلال التمويل فيما خصص له.

وتكمن أهمية بيع المراجعة للأمر بالشراء في أنه يغطي جانباً من جوانب الحاجة التي لا يمكن تحقيقها عن طريق الصيغ المعروفة في المعاملات، كالمضاربة والمشاركة، كتغطية الاحتياجات الشخصية- سيارة، تلفاز، أثاث منزلي أو احتياج الجهات إلى أدوات ليست للتجارة وإنما لتقديم الخدمات للمجتمع، كاحتياج البلدية لشراء أنابيب لإيصال المياه إلى المواطنين أو سيارات لنقل النفايات. ويمكن القول بأن المراجعة يمكن تطبيقها في تمويل شراء الآلات والسلع، أي رأس المال الثابت ورأس المال العامل، السلعي منه فقط، ولا يمكن تطبيقها في تمويل الأجور والمرتبات، أي رأس المال الأجرى، ومن ثم فإن مجالها التطبيقي أضيق من الشركة.

(١)- بنك دبي الإسلامي استناداً إلى القرارات الصادرة عن المؤتمر الأول للمصارف في دبي، والثاني في الكويت، راجع: بنك دبي، تعريف عام بأهدافه وأنشطته واستثماراته، مرجع سابق، ص ١٨، البنك الإسلامي الأردني، كما سبق وأن أشرنا، (بنك فيصل الإسلامي المصري، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، مصرف قطر الإسلامي)، انظر نماذج هذه العقود في مؤلف فياض عبد المنعم حسنين، بيع المراجعة في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٥٩-٨٠. وقد ثبت للباحث التأكد من هذه النماذج من مصادر متعددة.

المطلب الثاني

خطوات تنفيذ بيع المربحة في المصارف الإسلامية

تمر إجراءات عمليات المربحة في بعض المصارف الإسلامية وفقاً للخطوات الآتية:

أولاً- يتقدم العميل إلى المصرف بطلب شراء سلعة ما (سيارة، بضاعة... الخ) ويقدم عادة فاتورة عرض سعر تتضمن تحديد نوع وكمية البضاعة ومواصفاتها. وقد يحدد العميل في طلب الشراء مصدر شراء السلعة سواء كان محلياً أم خارجياً، وقد يترك هذا الأمر لحرية المصرف، فيحصل على السلعة من أي مصدر بالطريقة التي يراها مناسبة، وتحاول بعض المصارف الحصول على عروض وامتيازات شراء أفضل من جهة موردة أخرى غير التي حددها العميل.

ثانياً- يدرس المصرف طلب العميل لمعرفة جدواه ومخاطره، وتختلف جوانب هذه الدراسة بين مصرف وآخر. ونظراً لانتهااء المربحة بعلاقة مديونية بين المصرف والعميل، يأخذ المصرف بكافة الضمانات اللازمة لسلامة رأس المال والريح معاً، فيفرض على العميل تقديم أكثر من ضمان لمواجهة مخاطر عدم الوفاء بوعده أو تخلفه عن دفع الأقساط أو تأخره عن الدفع، ومن تلك الضمانات ما هو شخصي سابق للعقد: كالتحقق من سمعة العميل ومركزه المالي، ودراسة الجدوى الاقتصادية، بما في ذلك قابلية البضاعة للتسويق. ومنها ما هو مالي: كتقديم كفالة جهة رسمية للعميل أو شخص مليء، وقد تفرض ضمانات لاحقة يلتزم العميل بتقديمها خلال مدة معينة من تاريخ إخطاره بذلك. وقد يطلب من العميل تحرير شيكات بقيمة الأقساط وإيداعها لدى المصرف لتحصيلها في تاريخ الاستحقاق ضماناً لسداد الأقساط في مواعيدها. أو إقرار المشتري بحق المصرف في خصم ما يستحق من أقساط مما يكون

للمشتري من حقوق أو أموال أو أسهم أو حسابات جارية أو استثمارية لدى المصرف أو أحد فروعها أو بأي جهة تابعة له أو يساهم فيها بصرف النظر عن تواريخ الاستحقاق. وفضلاً عن حلول أجل باقي الأقساط بمجرد تأخر العميل عن سداد أي قسطٍ منها في الموعد المحدد، ويتعهد العميل في بعض المصارف بدفع تعويض عن التأخر في سداد الأقساط تعويضاً للضرر.

ومن الواضح أن المصارف الإسلامية لا تختلف عن المصارف التجارية من حيث تقديم التمويل بعد الدراسة الائتمانية وأخذ الضمانات. فالمصارف التجارية تمنح القروض بضمانات حسب الأصل، ودون ضمانات استثناء. وتختلف جوانب هذه الدراسة بين المصارف الإسلامية ذاتها أو بينها وبين المصارف التجارية.

ثالثاً: إذا تم الاقتناع بالعميل وضماناته يقوم المصرف بتحرير وثيقة وعد بالشراء أو ما يسمى (عقد وعد بالشراء). وتكتفي بعض المصارف بطلب الشراء دون إبرام عقد الوعد بالشراء. وفي حالة موافقة المصرف على شراء البضاعة يتفق مع المتعامل على ما يلي:

أ- ثمن شراء المصرف للبضاعة مضافاً إليه ما يتحمله من مصروفات (سعر التكلفة التقديرية) ونسبة الربح من التكلفة الكلية. والتمن الأساسي غالباً ما يكون معروفاً بموجب الفاتورة التي يقدمها العميل، إلا أنه ليس من الضروري أن يتفق الثمن الوارد في عقد الوعد مع الثمن الوارد في عقد البيع مرابحة، لأن المورد قد يقوم بشحن جزء من البضاعة ويمتنع عن شحن الجزء المتبقي، وقد تتغير الأسعار من مرحلة المواعدة إلى مرحلة الشراء الأول، ويمكن أن تتغير قيمة العملة ومقدار الجمارك في حالة الاستيراد. غير أن ذكر الثمن في عقد البيع مرابحة أمر ضروري، لأن العلم بالثمن شرط شرعي وقانوني في جميع عقود البيع.

ب- ربح المصرف وطريقة احتسابه: ربح المصرف من البضاعة قد يكون مبلغاً مقطوعاً أو محدداً بنسبة من التكلفة ويؤخذ على إجمالي التمويل، وهو القيمة الكلية للسلعة بصرف النظر عن الدفعة المقدمة من العميل. ويجري احتساب الربح كنسبة من ثمن الشراء وجميع المصروفات في بعض المصارف، ومصروفات محددة في مصارف أخرى.

ج- يتفق المصرف مع طالب الشراء على بيان شروط ومكان التسليم، وعلى مدة وطريقة السداد بنظام الأجل، وتأخذ بعض المصارف دفعة مقدمة من الثمن لضمان جدية التعامل.

رابعاً: بعد توقيع عقد الوعد بالشراء، يقوم المصرف عن طريق مندوبه بشراء البضاعة من البائع (شراء محلي) عن طريق دفع شيك للتاجر (ثمن البضاعة)- أو أي وسيلة دفع أخرى- ويستلم البضاعة بفرزها وحيازتها، أو بتعيينها وتمييزها وعزلها، ويأخذ المندوب فواتير باسم المصرف تبين شراؤه للبضاعة وتملكه لها.^(١)

(١)- يعدّ قبض المصرف للسلعة من الأمور المهمة لتحقيق شرط ملكيته للسلعة قبل بيعها مربحة، ومن المقرر شرعاً وقانوناً أن الحيابة للمنقول تكون بنقله، وللعقار تكون بالتخلية، وفي واقع التطبيق المصرفي يتحقق شرط القبض في العقارات بالتخلية، وذلك بتمكين المصرف من العقار. وبالنسبة للمشتريات المحلية (منقولات) تظل السلعة في مخازن البائع حتى بيعها مربحة، نظراً لعدم وجود قدرة تخزينية كافية لدى بعض المصارف. وبالنسبة للمشتريات الخارجية، يتحقق شرط القبض قبل بيع المربحة، لأن الشاحن يكون وكيلاً عن المصرف في الشراء الأول. انظر: د. محمد عبد الحليم عمر، التفاصيل العملية لعقد المربحة في النظام المصرفي، بحث قدم إلى ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٩٧. وطبقاً للقوانين المتبعة في بعض الدول يخضع المصرف لقيود الاستيراد التي تتطلب فيمن يرغب في الاستيراد حصوله على رخصة باسمه، ولتحقيق ملكية المصرف للسلعة حتى يمكن بيعها مربحة، إما أن يتنازل العميل المشتري عن رخصة الاستيراد للمصرف حتى يتمكن من شراء السلعة باسمه ثم بيعها مربحة، كما هو الحال في المصارف العاملة في السودان، وإما أن

خامساً: يقوم المندوب ببيع البضاعة الموجودة أمامه إلى عميل المصرف وتمكينه منها، ويتم بعد ذلك توقيع عقد البيع بين المصرف والعميل المشتري، حيث يتضمن سعر البيع والمصاريف ومبلغ الربح وكذلك مدة السداد وعدد الأقساط ونوع الضمانات المقدمة.

ويلاحظ أنه في حالة الشراء الداخلي قد يبيع المصرف البضاعة فوراً بمجرد تملكه لها دون أن يحوزها فعلاً وتدخل في ضمانه، ومن ثم فإن تحمل تبعة مخاطرها تكون شبه منعدمة.

سادساً: في حالة شراء البضاعة من الخارج (عملية استيراد) يفتح المصرف اعتماداً مستندياً (وسيلة للشراء الخارجي)^(١)، فيشتري البضاعة من المصدر وتصل إلى الميناء الجوي أو البحري، وتصل مستندات البضاعة إلى المصرف باسمه، ثم يقوم بتسليمها إلى العميل ويبرم معه عقد البيع. ويستطيع العميل بعد ذلك أن يستلم البضاعة من الميناء على ضوء المستندات التي هي أصلاً باسم

تستخدم الرخص الممنوحة للعملاء لإتمام عملية الاستيراد، وترد مستندات الشحن باسم المصرف الذي يقوم بتظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية باسم العميل وإبرام عقد المراجعة معه، كما في بنك فيصل الإسلامي المصري، حيث إن قوانين الاستيراد في مصر تحظر على غير المصريين الاستيراد، ويعتبر بنك فيصل من المصارف المشتركة لوجود مساهمين أجانب فيه. انظر: د. محمد عبد الحليم عمر، المرجع السابق، ص ١٨٣.

(١) - قد يقوم العميل بالاتصال المباشر مع المصدر بالخارج لإرسال البضائع باسم المصرف، وعند وصول المستندات يرسم التحصيل (طريقة من طرق الاستيراد لا تستلزم فتح اعتماد مستندي) وموافقة العميل على الشراء مراجعة، يدفع المصرف قيمتها للمصدر، ثم يبرم عقد البيع مع العميل وتسلم المستندات إليه لاستلام البضاعة، وقد وافقت الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي على هذه الصورة بشرط أن تكون البضاعة عند البيع للعميل مملوكة لبيت التمويل ومضمونة عليه. انظر: فياض عبد المنعم، بيع المراجعة في المصارف، مرجع سابق، ص ٢٥.

المصرف، وإذا ظهر أثناء استلامه للبضاعة أن فيها عيوباً، فإن له الحق في إرجاعها على المصرف.^(١)

ويتضمن عقد البيع مربحة، إقرار العميل بأنه استلم البضاعة أو السلعة بعد معاينتها والرضا بها، وأنه بذلك أصبح مسؤولاً عنها مسؤولية كاملة. وتبرأ ذمة المصرف من أي ضياع أو هلاك يلحق البضاعة من تاريخ الاستلام. ويصبح العميل من تاريخ استلامه للبضاعة مديناً للمصرف بثمن البيع أو الجزء الباقي منه الذي يتم سداده بعد ذلك حسب شروط العقد.

وبخلاف المربحة الداخلية التي تكون فيها المخاطر منعدمة أو شبه منعدمة، تكون المخاطر كبيرة نسبياً في المربحة الخارجية، حيث تتقضي فترة طويلة بين تاريخ فتح اعتماد استيراد البضائع وتاريخ وصولها وتسليمها للعميل، ويتعرض المصرف لمخاطر متعددة خلال فترة تملكه للسلعة، وهي الفترة الفاصلة بين تاريخ طلبها من المصدر وتاريخ تسليمها للعميل، حيث يتحمل تبعه هلاك السلعة، ويتعرض لمخاطر التجارة الدولية المعروفة، مثل عدم التسليم الناتج عن الاحتيال البحري، واختلاف مواصفات السلع التي تورّد فعلاً عن تلك التي وردت في الاعتماد المستندي، فضلاً عن تعرضه لمخاطر تحمل تبعه رد السلعة لعيب ظاهر أو خفي.

(١)- وهو الإجراء المتبع في بنك دبي، تعريف عام بأهدافه وأنشطته واستثماراته، مرجع سابق، ص ١٩. وفي بنك سبأ، راجع: بيع المربحة للأمر بالشراء، مجلة المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٨.

المبحث الثاني

التكييف الفقهي للمرابحة المركبة

تمر عملية المrabحة بمرحلتين:

مرحلة المواعدة: تبدأ بتقديم العميل طلب شراء السلعة (محل الوعد) إلى المصرف، والتواعد بينهما (الاتفاق) على أن يقوم المصرف بشرائها ثم إعادة بيعها للعميل وإتمام بيع المrabحة. وفي هذه المرحلة لا يكون المصرف قد امتلك السلعة، ولا يوجد أي إلزام للطرفين حتى على رأي القائلين بأن المrabحة ملزمة.

مرحلة التعاقد: تبدأ بعد أن يشتري المصرف السلعة ويعرضها على العميل لكي يتم إبرام عقد البيع وتوقيعه من الطرفين، وبعد أن يشتري المصرف السلعة، تبدأ لحظة الإلزام بالوعد. وتكمن أهمية هذه التفرقة في أن القول بوقوع البيع مباشرة بمجرد الاتفاق على العقد، يؤدي إلى الوقوع في محذور شرعي هو بيع ما لا يملك، وريح ما لا يضمن المنهي عنه، ذلك أن المصرف لا يملك السلعة عند المواعدة. وقد وقع الخلاف الفقهي بين كون الوعد ملزماً أو لا في مرحلة التعاقد، وهل هو ملزم للطرفين أم لطرف واحد؟ وعلى هذا الأساس تباينت آراء الفقه في حكم بيع المrabحة بالنظر إلى حقيقة الوعد ومدى الإلزام به، فهل يبقى مع الإلزام به مجرد وعد بالشراء أم يكون عقداً؟ وإن كان كذلك فهل يكون عقد بيع أم عقداً تمهيدياً لعقد بيع؟ يمكن بيان الاتجاهات الفقهية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: الاتجاه الفقهي المجيز لبيع المrabحة دون إلزام بالوعد.

الثاني: الاتجاهات الفقهية المجيزة للمrabحة بوعد ملزم للطرفين أو لأحدهما.

المطلب الأول

الاتجاه الفقهي المجيز لبيع المربحة دون إلزام بالوعد

إن هذا الاتجاه يمثل أئمة فقهاء المذاهب الإسلامية، وبعض الفقه الحديث، ويمكن بيان ذلك على النحو التالي:

أولاً: ذهب أئمة المذاهب إلى عدم جواز بيع المربحة إذا كان الوعد ملزماً للطرفين، وجوازه إذا لم يتضمن إلزاماً لأحدهما:

١- فالإمام الشافعي رضي الله عنه أجاز بيع المربحة على أساس الأمر والوعد بالشراء، ولكنه لم يلزم أي طرف بتنفيذ ما وعد، بل ترك له حرية الخيار في إتمام وعده أو عدم إتمامه. حيث قال ((وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال اشتر هذه وأربحك فيها كذا، فاشترها الرجل فالشراء جائز، والذي قال أربحك فيها بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه، وهكذا إن قال: اشتر لي متاعاً ووصفه له، أو متاعاً أي متاع شئت وأنا أربحك فيه، فكل هذا سواء، يجوز البيع الأول، ويكون هذا فيما أعطى نفسه بالخيار، وسواء في هذا ما وصفت، إن كان قال: ابتاعه واشتره منك بنقد أو دين، يجوز البيع الأول، ويكونان بالخيار في البيع الآخر، فإن جدده جاز، وأن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول، فهو مفسوخ من قبل شيئين أحدهما أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع، والثاني أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا ...))^(١).

٢- روى مالك في الموطأ أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل: ((ابتع لي هذه البعير بنقد حتى ابتاعه منك إلى أجل، فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى

(١) - الإمام محمد الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٣، ج ٣، ص ٣٣.

عنه)) ذكر الإمام مالك هذه المسألة في باب بيعتان في بيعة، فكأنه يرى أن ابن عمر يعدّها داخلة فيما نهى عنه من بيعتين في بيعة. قال الباجي: ((ولا يمتنع أن يوصف بذلك من وجهة أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تضمن بيعتين: إحداهما الأولى، وهي بالنقد، والثانية المؤجلة، وفيها مع ذلك بيع ما ليس عنده؛ لأن المبتاع بالنقد قد باع من المبتاع بالأجل البعير قبل أن يملكه، وفيها سلف وزيادة؛ لأنه يبتاع له البعير بعشرة على أن يبيعه منه بعشرين إلى أجل، يتضمن ذلك أنه سلفه عشرة في عشرين إلى أجل وهذه كلها معان تمنع جواز البيع، والعينة فيها أظهر من سائرهما، والله أعلم)).^(١)

٣- قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني: ((قلت: رأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشتراها الأمر بألف درهم ومئة درهم، فأراد المأمور شراء الدار، ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للأمر فلا يأخذها، فتبقى في يد المأمور، كيف الحيلة في ذلك؟ قال: يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ويقبضها ويجيء الأمر، ويبدأ فيقول: قد أخذت منك هذه الدار بألف ومئة درهم، فيقول المأمور: وهي لك بذلك، فيكون ذلك للأمر لازماً، ويكون استيجاباً من المأمور للمشتري، وإن لم يرغب الأمر في شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار، فيدفع عنه الضرر بذلك)).^(٢)

(١)- راجع: أبو الوليد الباجي، المنتقى، شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٢٢هـ، ج ٥، ص ٣٨ وما بعدها.

(٢)- محمد الشيباني، المخارج في الحيل، مكتبة المثنى، بغداد، ص ٣٧. نقلاً عن د. ربيع محمود الروبي، بيع المراجعة للواعد الملزم بالشراء، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها. وكذلك الهوامش السابقة (١، ٢).

يتضح مما تقدم أن هذه المعاملة لا تجوز عند هؤلاء الأئمة إذا كانت ملزمة، ويرجع عدم جواز الإلزام لعدة أسباب، منها: أن البيع مع الإلزام يكون قد وقع قبل أن يملك البائع السلعة، كما يقول الشافعي، والباقي. كما أنه يجعل هذه المعاملة داخلة في بيعتين في بيعة المنهي عنها، وفيها سلف بزيادة، كما قرر الباقي. ويجعل في المعاملة مخاطرة: " إنك إن اشتريته بكذا أربحك فيه كذا " كما قال الشافعي. ولو كانت هذه المعاملة جائزة مع الإلزام بالوعد لما اقترح الرأي الأخير حيلة البيع الأول بشرط الخيار. وهذه الشواهد كلها تمنع جواز البيع، والأظهر منها عندي، هو أن إلزام الطرفين بالوعد ابتداء يجعل هذه المعاملة من قبيل بيع الإنسان ما لا يملك.

ثانياً: الفقه الحديث: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى عدم جواز عقد بيع المربحة مادام الوعد ملزماً للطرفين، واستندوا في ذلك إلى عدد من الأدلة لعل أهمها ما يلي:

١- إن عدّ الوعد ملزماً للطرفين (العميل بالشراء، والمصرف بالبيع) يجعل هذه المعاملة في حقيقتها عقد بيع مربحة قبل تملك المصرف للسلعة، ولا يغير من هذه الحقيقة إبرام المصرف والأمر بالشراء عقد بيع من جديد بعد شراء المصرف السلعة وتقديمها للأمر مادام كل واحد منهما ملزماً بإنشاء البيع على الصورة التي تضمنها الوعد.^(١)

(١)- في هذا الاتجاه انظر: د. محمد سليمان الأشقر، بيع المربحة كما تجرّه البنوك الإسلامية، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، د. محمد سليمان الأشقر وآخرون، دار النفائس، عمان، الأردن، ١٩٩٨، ص ٧٢. د. ربيع محمود الروبي، بيع المربحة للواعد الملزم بالشراء، المرجع السابق، ص ١٦، د. رفيق يونس المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٦٢، الصديق محمد الأمين الضرير، أشكال وأساليب الاستثمار في الفكر الإسلامي، مجلة البنوك الإسلامية، العدد ١٩، أيلول ١٩٨١، ص ٢٤ وما بعدها،

وتفسير ذلك أن الاتفاق الملزم الذي حصل بين العميل الأمر والمصرف المأمور (البائع) قبل شراء هذا الأخير السلعة، لما كان أثره واقعاً على كلا الطرفين ومضمونه بيع وشراء، فهو عقد، وما إقبال المصرف على الشراء إلا خطوة في سبيل تنفيذ ذلك العقد، وعقد البيع الذي يجريانه لاحقاً ما هو إلا إجراء شكلي بوصفه وسيلة ضرورية لتنفيذ ذلك الاتفاق. ولما كان عقداً فقد حصل فيه بيع المصرف للعميل الأمر ما ليس مملوكاً له، ولا يقال بأن إيجاباً وقبولاً صريحين لم يحصل ما دام الرضا حاصلًا بين الطرفين ومقتضى الاتفاق سينفذ، إذ أن مضمون العقد هو التزام بين الطرفين نتيجة النقاء إرادتين برضاهما، وهذا هو الحال في بيع المربحة للأمر بالشراء.

وخلاصة الأمر أن إلزام الطرفين بالوعد من شأنه إبطال البيع من أساسه، ذلك أن الوعد الملزم في هذه الحالة لا يكون مجرد وعد بالشراء، وإنما هو عقد بيع باطل انعقد منذ لحظة الإلزام بالوعد.

وقد رجح بعض أنصار هذا الاتجاه المربحة دون إلزام، وذلك بكفالة حق الخيار للمصرف والعميل، وفي ظله، ينفصل وعد المربحة عن البيع الثاني الذي قد يتم وقد لا يتم، وعندئذ لا يكون الوعد جزءاً من عقد البيع بل يمكن تجاهله. كما أن مخاطرة العدول عن الشراء هي التي تبيح هذه المعاملة وتخرجها من حيز التحريم إلى الحل والمشروعية.^(١)

د.عاشور عبد الجواد عبد الحميد، البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ، ص ٢٣٦.

(١)- د. رفيق يونس المصري، الوعد الملزم في معاملات المصارف الإسلامية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، م ١٥، ١٤٢٣ / ٢٠٠٣، ص ١٢٢، د. محمد الأشقر، بيع المربحة كما تجرّيه البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٠٤، د. ربيع محمود الروبي، بيع المربحة للواعد الملزم بالشراء، مرجع سابق، ص ٥٦، د. عبد الرزاق الهبيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٥٢٨.

٢- إن تقطيع أوصال عملية المراجعة وتحليل أجزائها إلى عقود مختلفة وإدخال عنصر الوعد يكمن في مسألة " بيع ما لا يملك"، ولأن المصرف غير مؤهل للتجار في الأصناف والسلع كافة، وحتى لا يتضرر من بقاء البضاعة وعدم قدرته على تصريفها قيل بأن الوعد ملزم، ومحاولة تصحيح العملية وإيجاد مخرج لها- هو ما دفع إلى التوفيق بين المذهب، إذ أخذ في إباحة العملية ابتداءً برأي الإمام الشافعي ثم أكمل انتهاءً برأي مرجوح من المذهب المالكي، وعملية التوفيق كما هو معروف في أصول الفقه غير جائزة إذا قصد بها أخذ الرأي السهل من كل مذهب، ولا يصبح الرأي المرجوح راجحاً إلا إذا اختاره ولي الأمر.^(١)

وقد ذهب بعض أنصار هذا الاتجاه إلى أن بيع المراجعة مع الإلزام تكتفه الشبهات الآتية:

أ- **شبهة ربح ما لم يضمن:** إذا كان المصرف إنما يشتري السلعة لتؤول إلى العميل بمجرد شرائها بمقتضى الاتفاق السابق، فإن هذا يورث ربح ما لم يضمن المنهي عنه، فالمصرف يربح من العميل جزاء شرائه سلعة لم تدخل في ضمانه، لكونها آلت إلى العميل فور شراء المصرف لها. هذا هو الأصل، وإن كان المصرف يضمن السلعة لاحقاً بوجه من الوجوه كما عليه التطبيق الحالي.

ب- **شبهة بيعتين في بيعه:** ومرد هذه الشبهة أن بيع المراجعة للأمر بالشراء مع الإلزام فيه بيعتان: بيعه بالنقد بين المصرف ومن يشتري منه، وبيعه بالأجل بين المصرف والعميل، والتي تتعد بانعقاد الأولى بمقتضى الإلزام الذي كان بينهما، إذ يجعل هذا الاتفاق الملزم عقد شراء المصرف عقداً

(١)- انظر: د. جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢٣.

مركباً، بمقتضاه تؤول السلعة إلى العميل الأمر بمجرد شراء المصرف لها، وبثمن أعلى لأجل، فكان ذلك بيعتين في بيعة. وبتفسير آخر، فإن ما كان بينهما من التزام كان له قوة العقد، فقد حوى مضمونه، وقد تضمن هذا بيعتين، الأولى: شراء المصرف بالنقد، والثانية: شراء العميل من المصرف، وما أقبل المصرف على الشراء، ولا اشترى العميل الأمر من المصرف بعد ذلك إلا تنفيذاً للاتفاق الملزم بينهما، فهو اتفاق على بيع تضمن بيعتين، فكان بيعتين في بيعة.

فعلى التفسير الأول: يكون الإلزام مورثاً لبيعتين في بيعة، وعلى الثاني: الإلزام نفسه عقد تضمن بيعتين.

ج- **شبهة السلف بزيادة:** لما كان ما يشتريه المصرف آيلاً إلى عميله بمقتضى الإلزام الذي كان بينهما، فكأنما يدفع المصرف ثمن السلعة نيابةً عن العميل سلفاً له، ليأخذ زيادة على ما دفع عند حلول الأجل المتفق عليه، وهذا سلف بزيادة. يقول أحد الباحثين: ((أما العمل على أساس الإلزام بالوعد السابق فإنه يربط الواعد ويوثقه ويعدمه الرضا حال عقد الشراء اللاحق من البنك، فيكون العقد صورياً، ويخرج عن كونه (تجارة عن تراض منكم) إلى كونه (قرضاً بفائدة) لأن الوعد الملزم يكون قد ربط ربطاً محكماً بين دفع البنك الثمن عند شرائه للبضاعة وبين أخذ العميل لها بثمن أجل زائد، فتحققت صورة القرض، ولا ينفعهم أن يسموه (وعداً ببيع المربحة) لأنه قد علم أن من شروط العقود الرضا التام حين التعاقد، وبذلك التراضي يحل لكل من الطرفين ما يأخذه من مال الآخر)).^(١)

(١) - د. محمد سليمان الأشقر، بيع المربحة كما تجريه البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٠٤.

ويضيف أيضاً إن المصرف باع ببيعاً معلقاً، لأن العميل يقول إذا اشتريتها بمئة، فقد اشتريتها منكم بمئة وعشرين نقداً أو مؤجلة. والبيع المعلق لا يصح، كما أن هذا البيع من باب الحيلة على الاقتراض، أي بيع نقود بنقود أكثر منها إلى أجل بينهما سلعة محللة.^(١)

وذهب رأي آخر إلى القول^(٢)، بأن الزيادة في الثمن لقاء التأجيل جائزة لدى جمهور الفقهاء مادامت العلاقة ثنائية بين بائع ومشتري، أما إذا توسط طرف ثالث (المصرف) لم تجز، لأن المصرف يجعل الفارق بين النقد والنسيئة تجارة له، فيكون كالحسم المصرفي، حيث يقرض المصرف نقوداً إلى البائع (أقل من الثمن) ليسترد عند الاستحقاق الثمن كاملاً. كما ذهب إلى عدم جواز المرابحة الملزمة للطرفين، لأنها تدخل في بيع العينة، إذ تتضمن سلفاً بزيادة، فالبائع يشتري السلعة بمبلغ حال على أن يبتاعها منه المشتري بمبلغ مؤجل أزيد، ولأنها من باب بيعتين في بيعة، والمراد بها أن يقول البائع هي نقد بكذا ونسيئة بكذا أكثر من سعرها النقدي، فلا يستحق إلا الثمن الأقل وإلا كان مرابياً، لما

(١) - المرجع السابق، ص ٧٢.

(٢) - انظر: د. رفيق المصري، بحث في المصارف، مرجع سابق، ص ٢٦٤، وقد ذهب إلى أنه لا فرق بين عملية المرابحة وعملية حسم الأسناد التجارية، ففي الحسم يقوم البائع بالبيع بثمن مؤجل (مع زيادة الثمن مقابل الأجل)، ثم يتقدم إلى المصرف للحسم، فيأخذ الثمن الحال النقدي أي القيمة الحالية للسند، على أن يسترد المصرف الثمن المؤجل في تاريخ الاستحقاق. فالفرق بين العمليتين هو أن المصرف يمنح المال إلى البائع في حال الحسم، ويمنحه إلى المشتري في بيع المرابحة للأمر بالشراء، أي أن كل ما هنالك أن المصرف في حال الحسم كأنه يمنح المال إلى البائع نيابة عن المشتري. فماذا يبقى من فرق بين الحسم والمرابحة ؟ انظر المرجع نفسه، ص ٢٦٠.

روي عن النبي (ص) أنه قال ((من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا)).^(١)

د- **بيع مؤجل البدلين**: فالعقد يدخل في بيع الدين بالدين المنهي عنه، والمجمع على حرمة. فالقول بالزام الوعد يؤدي إلى بيع مؤجل البدلين، فلا المصرف يسلم السلعة في الحال، ولا العميل يسلم الثمن.

هـ- **مصادرة حق خيار المجلس**: فالمواعدة الملزمة للطرفين تصدر حق خيار المجلس مادام المتعاقدان في مجلس العقد، فكيف يكون للمصرف والعميل حق الخيار مادام قد التزما بالبيع مسبقاً.

ويلاحظ أن المحاذير السابقة مبناها أن ما حصل بين المصرف والعميل من اتفاق ملزم، كان له حكم العقد. وهذا ما انتهى إليه قرار المجمع الفقهي، الذي نص على أن ((... ثانياً: الوعد وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الإنفراد يكون ملزماً للواعد ديانة لعذر، وهو ملزم قضاءً إذا كان معلقاً على سبب يدخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين تجوز في بيع المربحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المربحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن

(١)- المرجع السابق، ص ٢٦١ وما بعدها.

يكون البائع مالكا للمبيع، حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده.^(١)

يتضح من نص هذا القرار أن البند الثالث منع إلزام الطرفين بالوعد في بيع المربحة، لأنه يؤدي إلى الوقوع في المحذور الشرعي وهو بيع ما لا يملك. وأجاز المواعدة بشرط الخيار للطرفين معاً، أو بإلزام أحدهما دون الآخر، وفي هذه الحالة، يكون الوعد ملزماً للواعد إذا أدخل الموعد له في كلفة بسبب هذا الوعد، ويتحدد أثر الإلزام بالوعد قضاء في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد متى كان ذلك ممكناً، أو التعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

نقد الاتجاه المانع لأدلة الاتجاه المجيز لبيع المربحة بوعد ملزم للطرفين:

١- إن القول بأن الوعد ملزم للطرفين طبقاً لأحكام المذهب المالكي وملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى، وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاءً. يؤخذ عليه أن المالكية لا يجيزون وعد المربحة ولا يلزمون به، وحينما قالوا بالإلزام الوعد قضاء قيدوه بألا يحلّ حراماً أو يحرم حلالاً، وقد رأوا ألا تتم المربحة بناء على وعد مسبق، وأن هذا الوعد - خاصة إذا كان ملزماً - يحيلها من بيع حلال إلى بيع فاسد حرام، فأخرجوا هذا الوعد من نطاق الإلزام، لأنه يحل حراماً، ولا يستقيم الاستدلال بعد ذلك من فقهم

(١) - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٤٠-٤١ المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١٠ -

١٥ من كانون الأول (ديسمبر) لعام ١٩٨٨، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، مرجع

سابق، ص ٩١.

على ما يوجب الإلزام بهذا الوعد بالذات، كما أن الشافعية لا يلزمون بهذا الوعد ديانة ولا قضاء.^(١)

٢- إن القول بأن الوعد ملزم قضاء هو أمر معروف في الفقه المالكي، إذ يعدّ الوعد بالعقد ملزماً للواعد قضاء إذا ذكر فيه سبب أدخل الموعد في التزام مالي بمباشرته ذلك السبب. يؤخذ على هذا الدليل أن لزوم الوعد قضاء في الفقه المالكي إنما ينصب على الوعد بنوع خاص من التصرفات، هو ما فيه من إرفاق وإحسان بالموعد له، كإقراضه أو إبرائه من دين أو تأخير عنه أو كفالته لدى غريمه ونحو ذلك. أما المراجعة فهي وعد تجاري من جملة عقود المعاوضات التي يراد بها تحقيق منفعة الطرفين، وليس المقصود منها الإرفاق والمعروف من الواعد للموعد، فالمصرف مراده الكسب التجاري وهو غني عن إرفاق العميل به.^(٢)

(١)- انظر: د. ربيع محمود الروبي، بيع المراجعة للواعد الملزم بالشراء، مرجع سابق، ص ٢٠ وما بعدها.

(٢)- انظر: د. محمد الأشقر، بيع المراجعة كما تجرّيه البنوك الإسلامية مرجع سابق، ص ٩٢، د. رفيق المصري، الوعد الملزم في معاملات المصارف، مرجع سابق، ص ١١٩، د. حسن الأمين، الاستثمار اللاربوي في نطاق عقد المراجعة، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي، التاريخ (بدون)، ص ٨٦.

المطلب الثاني

الاتجاهات الفقهية المجيزة للمرابحة بوعد ملزم للطرفين أو لأحدهما

أولاً: الاتجاه المجيز للمرابحة بوعد ملزم لأحد الطرفين دون كليهما

الأصل وفقاً لهذا الاتجاه أن المواعدة جائزة في بيع المرابحة بشرط أن يكون الخيار للمتواعدين كليهما أو لأحدهما^(١)، فلا يجوز إلزام الطرفين بالوعد، ولكن يجوز إلزام أحدهما دون الآخر. وانقسم الرأي في هذا الاتجاه بين مؤيد لإلزام المصرف بالوعد دون العميل، أو العكس:

الرأي الأول: ذهب إلى أن الوعد يكون ملزماً للمصرف دون العميل، فالمصرف يكون ملزماً ببيع السلعة للعميل، وهذا الأخير يكون بالخيار بين إتمام هذا البيع أو عدم إتمامه، وبذلك تنتفي شبهة بيع ما ليس مملوكاً للبائع.^(٢)

وكما هو واضح فإن قصد هذا الرأي هو استبعاد تكييف المعاملة في بدايتها على أنها عقد بيع مرابحة قبل أن يشتري المصرف السلعة ويملكها، فالمصرف بعد شرائه السلعة يعلم أن العميل قد يُتم الصفقة وقد يتراجع عنها، فإذا وافق على الشراء، يتم البيع بعقد جديد وليس تنفيذاً لمقتضى اتفاق سابق.

الرأي الثاني: ذهب إلى أن الوعد بالشراء يكون ملزماً للعميل فقط، أما المصرف فيكون بالخيار بين إتمام البيع أو عدم إتمامه، ومتى أعلن رغبته في إتمام هذا البيع خلال المدة المتفق عليها، التزم العميل - بناء على وعده -

(١) - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٤٠-٤١، مشار إليه سابقاً.

(٢) - انظر: د. الصديق محمد الضير، أشكال وأساليب الاستثمار في الفكر الإسلامي، مرجع

سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

بإتمام البيع بالشروط المتفق عليها، على أساس أن الوعد بالشراء هو عقد منفصل تماماً عن عقد البيع. واستند في ذلك إلى ما ذهب إليه المالكية من أن الوعد بالعقد يلزم الواعد قضاء إذا كان على سبب، ودخول الموعد له - بسبب الوعد - في ارتباط مالي بناء على ذلك الوعد يعدّ مسوّغاً للإلزام.^(١)

ثانياً: الاتجاه المميز للمرابحة بوعد ملزم للطرفين

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن المرابحة جائزة مطلقاً، وأنه إذا ما تم تحليل هذه العملية إلى عناصرها الأولية فسنجد أنها مركبة من وعدين: وعد بالشراء من المتعامل (الآمر بالشراء) ووعد آخر من المصرف بالبيع بطريق المرابحة، وقد اختار العميل والمصرف - كلاهما - الالتزام بالوعد وتحمل نتائج النكول عنه. وعلى ذلك فهي مواعدة على البيع لأجل معلوم بثمن محدد هو ثمن الشراء، مضافاً إليه ربح معلوم تزيد نسبته أو مقداره عادة كلما طال الأجل، ولكنه ثمن معلوم من أول الأمر.^(٢)

(١) - د.عاشور عبد الجواد، البديل الإسلامي للفوائد، مرجع سابق، ص ٢٣٩، ومع ذلك لا يرى مانعاً من تبادل المراكز القانونية بين كلا الطرفين، حيث يبقى الوعد ملزماً لجانب واحد دائماً هو جانب الواعد، سواء كان وعداً بالشراء من جانب العميل، أو كان وعداً بالبيع من جانب المصرف وفقاً للصورة التي تحقق العدالة. انظر المرجع نفسه، ص ٢٤١.

(٢) - انظر: د. يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجرّيه المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة، ط ٢، ١٩٨٧، ص ٢٥، د. سامي حسن حمود، تطبيقات بيوع المرابحة للأمر بالشراء من الاستثمار البسيط إلى بناء سوق رأس المال الإسلامي مع اختيار بنك البركة في البحرين نموذجاً علمياً، بحث قدم إلى ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٢٨، د. محمد عبد الحليم عمر، ندوة خطة الاستثمار، مرجع سابق، ص ١٩١ وما بعدها، وفتوى هيئة الرقابة الشرعية رقم (٤٧) لبنك فيصل الإسلامي المصري، وفتوى المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي، ج ١، فتوى رقم (٢)، راجع دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، مركز الاقتصاد الإسلامي، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، سلسلة نحو وعي اقتصادي إسلامي، دون تاريخ، ص ١٠٧، ص ١٠٩ على التوالي.

وقد احتج أنصار هذا الاتجاه على أن الوعد ملزم للجانبين بعدد من الأسانيد رغم اختلافهم في تكييف الوعد، كما أنهم ردّوا على الشبهات التي سبق وأن بيّنا أهمها.

أولاً: احتج أنصار هذا الاتجاه على لزوم الوعد بعدد من الأدلة لعل أهمها ما يلي:

١- أن الوعد ملزم للطرفين طبقاً لأحكام المذهب المالكي، وملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى. وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاءً إذا اقتضت المصلحة ذلك وأمكن للقضاء التدخل فيه. وهذا ما قرره مؤتمر المصرف الإسلامي الأول في دبي.^(١)

٢- أن الأخذ بالإلزام هو حفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل، وإن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً، وكل مصرف مخير في أخذ ما يراه في مسألة القول بالإلزام حسبما تراه هيئة الرقابة الشرعية لديه. وهذا ما قرره مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني في الكويت.^(٢)

٣- أن لزوم الوعد قضاءً أمر معروف في الفقه المالكي، إذ يعدّ الوعد بالعقد ملزماً للواعد قضاءً إذا ذكر فيه سبب أدخل الموعد في التزام مالي بمباشرة ذلك السبب بناء على الوعد، والقول بلزوم الوعد قضاءً منقول عن رأي ابن شبرمة.

٤- أن لزوم الوعد قضاءً يؤدي إلى استقرار المعاملات دفعاً للضرر الذي قد يتعرض له المصرف جراء نكول الأمر بالشراء عن وعده فيما طلب شراءه

(١) - قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الأول في دبي عام ١٩٧٩م، مشار إليه سابقاً.

(٢) - قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني في الكويت عام ١٩٨٣م. مشار إليه سابقاً.

من سلع أو معدات قد لا يحتاجها غيره، وذلك عملاً بقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وضرر المصرف غير مقبول شرعاً.^(١)

٥- أن المربحة في الأصل من الأمور الاجتهادية التي لم يرد بشأنها نص محدد، والاستدلال بقول الإمام الشافعي بعدم الإلزام بالوعد إنما هو اجتihad في ظروف معينة، والقول بخلافه إنما يدور في فلك مقاصد الشريعة من الحفاظ على الأموال والحد من المنازعات ودفع الضرر عن المصرف خاصة في الصفقات الكبيرة .

٦- أن الوفاء بالوعد من القواعد الأصولية في الإسلام التي يجب المحافظة عليها في جميع المعاملات، وهناك آراء لفقهاء المذاهب تقول بالإلزام بالوعد ديانة وقضاء، ومادام الطرفان قد تراضيا على الإلزام بالوعد، فإنه ينفذ مادام الاتفاق لا يخالف نصاً شرعياً.

٧- أن الاجتهاد الفقهي المعاصر والتطبيق العملي يجري على أن الوعد ليس عملية بيع، وإنما ينصب على الوفاء بالوعد فقط، بدليل إمكانية تعديل الثمن أو شروط السداد في عقد البيع مربحة بعد ورود البضاعة والوقوف على تكلفتها الفعلية، ولذلك لا تتضمن عقود الوعد في المصارف على ثمن البيع مربحة- بل تذكر بقيمة إجمالية احتمالية في طلب الشراء، وبذلك لا يتم عقد البيع إلا بعد ورود البضاعة فعلاً للمصرف.^(٢)

(١)- انظر: د. سامي حسن حمود، تطبيقات بيوع المربحة للأمر بالشراء، ندوة خطة الاستثمار، مرجع سابق، ص ٤٢٨. وفتوى رقم (٤٧) لهيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل المصري، وفتوى رقم (٢) لبيت التمويل الكويتي، راجع دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ١٠٧، ص ١٠٩ على التوالي.

(٢)- انظر: د. محمد عبد الحليم عمر، ندوة خطة الاستثمار، مرجع سابق، ص ١٩١ وما بعدها.

وذهب رأي في الفقه إلى القول بأن ((من صور المواعدة على أنها عقد لم يحالفه الصواب، لأنه أعدم الفوارق بين العقد والمواعدة لمجرد توثيق الوعد ديانة أو قضاء، في حين أن العقد يترتب عليه الحصول على ثمن المبيع بمجرد العقد. والوعد لا يزيد على الحصول على تعويض عن الضرر إن وقع وللقضاء فيه مدخل ومجال))^(١)، وأقرّ هذا الرأي بأن زوال الشبهة تماماً يتحقق بالقول بعدم لزوم الوعد رغم المخاطر التي يكتنفها، وهذه المخاطر لا تخلو منها طبيعة التجارة.^(٢)

وأكد رأي آخر على أن الوعد الملزم وإن تضمن تعويض الضرر الناشئ عن النكول بالوعد، إلا أنه ليس بيعاً، ومن ثم لا تعد المراجعة من باب بيع مالا يملك.^(٣)

ومن الواضح أن قصد هذا الاتجاه هو استبعاد تصوير العملية في بدايتها (المواعدة) بوصفها عقداً، حتى لا يقع المصرف في بيع مالا يملك. أي أن المواعدة تبقى مجرد وعد بالتعاقد قصد به تعويض الضرر الناجم عن عدم الوفاء به ابتداءً.

وأخيراً ذهب رأي بعض الفقه إلى أن ((المواعدة بين طالب الشراء والبائع (البنك) وإن كانت في نظرنا نوع عقد معلق على شرط، إلا أنها ليست بيعاً ولا شراء، ومن ثم لا تختلط بعقد البيع مربحة وهو لاحق للمواعدة وبناء عليها،

(١) - د. عبد الستار أبو غدة، الجوانب الفقهية لتطبيق عقد المراجعة، ندوة خطة الاستثمار، مرجع سابق، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) - المرجع السابق، ص ٢٠. ولتجنب تلك المخاطر أقترح أن يكون شراء المصرف للسلعة مقترناً بشرط الخيار.

(٣) - د. منذر قحف، تعليق على البحث السابق المقدم في الندوة، ص ٤٦.

والقول بغير ذلك يؤدي إلى بطلان البيع للمواطأة بين الطرفين على البيع قبل وجوب السلعة للمأمور (البنك) ((^(١)).

أهم الردود على الشبهات التي أثارت حول بيع المربحة للأمر بالشراء

١- أن هذا البيع لا ينطوي على بيع ما ليس عند البائع -المصرف- لأن عقد البيع مع المشتري لا يتم إلا بعد أن يشتري المصرف السلعة ويملكها، فضلاً عن أن شبهة النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده ليست محل اتفاق. وما دام المصرف يملك السلعة ويتحمل تبعه هلاكها، فلا يمكن وصفه بأنه يربح ما لم يضمن.

٢- أن شبهة تأجيل البدلين ليست واردة، لأن تملك السلعة يتم مقابل الثمن الحال أو المؤجل.

٣- أن التبادل في القرض الربوي يقع بين الشيء ومثله، كالنقود بالنقود، أما في بيع المربحة لأجل، فإن التبادل يقع على أشياء غير متماثلة، وهي السلعة المباعة بالثمن من النقود، ولا يعقل أن يقاس التعامل بالمربحة على التعامل بالربا.

٤- ليس في عقد المربحة للأمر بالشراء أي تلفيق مطلقاً، لأن موضوع الإلزام بالعقد موضوع مستقل غير خاص ببيع المربحة بل يشمل كل العقود والمعاملات الأخرى.^(١)

(١) - د. عبد الحميد محمود البعلي، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دراسة فقهية وقانونية ومصرفية، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٠٨، وفي الاتجاه نفسه، ذهب رأي آخر إلى أن عملية المربحة هي علاقة عقدية معلقة على شرط، والإلزام فيها مرتبط بتحقق الشرط الذي يشترطه كل طرف على الآخر، د. الائق عطا المنان محمد أحمد، عقد المربحة، ضوابطه الشرعية، صياغته المصرفية وانحرافات التطبيقية، طبعة تمهيدية، بحث قدم إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي الذي انعقد بمكة المكرمة، جامعة أم القرى، ص ٤١.

- ٥- بيع المربحة يختلف عن بيع العينة الذي يعدّ حيله إلى الربا بين طرفيه سلعة محلله، فإذا أراد شخص إقراض آخر بالربا، يبيع له سلعة بألف إلى أجل، ثم يشتريها منه نقداً بثمانئة، وبذلك يكون المشتري قد اقترض ثمانئة بألف إلى أجل. فبيع السلعة لم يكن هو المقصود وإنما الحصول على الثمن النقدي الحال مقابل الزيادة فيه إلى أجل. أما بيع المربحة بثمن أجل فهو عملية بيع حقيقية المقصود منها الحصول على السلعة مقابل انتفاع البائع بالثمن. والمصرف يشتري السلعة وتظل في ضمانه، حيث لو تعرضت للتلف أو كانت مخالفة للمواصفات المتفق عليها فإنه يضمن كل ذلك، ويحرص على عدم الوقوع في بيع العينة، وهو الحصول على نوع من المواطأه بين بائع البضاعة نقداً للمصرف وبين العميل المشتري من المصرف بالاتفاق مسبقاً بينهما على استرداد البضاعة للبائع وحصول العميل على النقود، فتتحول الصورة إلى عملية بيع صوري محرم شرعاً.^(١)
- ٦- من المعلوم أن بيع المربحة للأمر بالشراء يتضمن البيع إلى أجل أو بيع التقسيط، وفرق السعر بين البيع بثمن حال والبيع إلى أجل بسعر أعلى من الأول لا يثير شبهة الربا من حيث عدّ تلك الزيادة كالزيادة في القرض، فزيادة الربح لأجل زيادة الأجل جائزة، لأنها ناتجة عن بيع سلعة بنقد، وهي محرمة في بيع النقود بالنقود سواء في ربا الفضل أو النسيئة. ولا يدخل بيع المربحة في باب بيعتين في بيعة، وصورته أن يحدد البائع للسلعة سعرين أحدهما حال والآخر نسيئة، ويتم التعاقد مع المشتري على أساس ذلك دون

(١)- انظر: فتاوى ندوة البركة التي انعقدت في المدينة المنورة في ١٧ رمضان ١٤٠٣، دليل

الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٢)- راجع: مجلة المصارف الإسلامية الصادرة عن بنك سبأ، مرجع سابق، ص ١٩.

أن يحدد المشتري هل قبل السعر النقدي أم سعر النسيئة. أما لو قال قبلت بألف نقداً أو بألفين نسيئة صح ذلك.

وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن البيع بالتقسيط على أنه ((... تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً وثمانه بالأقساط لمدد معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد أو التأجيل، فإن وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد فهو غير جائز شرعاً)).^(١)

٧- إذا كان تحديد نسبة الربح يتم سلفاً في بيع المربحة وكذلك تحديد نسبة الفائدة الربوية، غير أن الفرق يتمثل في أن المصرف الإسلامي يتفق مع المشتري على نسبة الربح بناء على مدة الأجل الذي يسدد فيه الثمن، وبعد هذا الاتفاق لا يجوز له أن يزيد في تلك النسبة. أي أن سعر السلعة ونسبة الربح ثابتة ومحددة عند إبرام عقد البيع، ولا تتغير بعد ذلك حتى لو تأخر العميل عن الوفاء بالثمن في ميعاد الاستحقاق. أما المصرف التجاري فإنه وإن كان يحدد نسبة الفائدة بناء على مدة الأجل الذي يسدد فيه القرض، غير أن هذه النسبة ليست ثابتة كما في المصرف الإسلامي، وتزيد في حالة تأخر العميل عن السداد في ميعاد الاستحقاق.

وعلى هذا الأساس ينتفي عنصر المخاطرة في المعاملات الربوية في حالة عدم سداد العميل لالتزاماته في الموعد المحدد، بل يكون ذلك من مصلحة المقرض، لأنه يحتسب على أي يوم زيادة سعر فائدة طالت المدة أو قصرت، بخلاف صيغة المربحة وبيع التقسيط، لأن في كليهما سعر البيع ثابت والمبلغ المطلوب من العميل لا يزيد بزيادة المدة في حالة عدم السداد في الموعد

(١)- قرار المجمع الفقهي رقم ٦/٢/٥٣ بشأن البيع بالتقسيط. مشار إليه سابقاً.

المحدد أو عند تأخره عن السداد، ومن ثم يظهر عنصر المخاطرة في هذه الصيغة في حالة عدم السداد في الموعد المحدد، إذ أن أي زيادة في الأجل أو تأخير عن السداد تؤثر على حركة دوران الأموال بالنسبة للمصرف وكذلك على أرباحه. كما أن عنصر المخاطرة يتحقق في صيغة المربحة غير الملزمة للعميل بالشراء ولو كانت السلعة مطابقة للشروط والمواصفات التي طلبها، وتتمثل هذه المخاطرة في إمكانية بيع السلعة وتصريفها في السوق، كما أن المصرف لا يستطيع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء ذلك التأخير كما هو عليه الحال في المصارف التجارية.^(١)

ويلحظ أن عنصر المخاطرة لا يتوفر في المربحة الملزمة التي تأخذ بها بعض المصارف، كما أن بعض المصارف تأخذ بالتعويض في حال التأخر عن السداد، وهذه الفروق تبقى مسألة نسبية بين المصارف ومجالاً للمقارنة بينها وبين المصارف التجارية كما سنرى.

ويمكن إجمال الفروق النظرية بين بيع المربحة والإقراض بفوائد في المصارف التجارية في النقاط الآتية:

١- إن إثارة شبهة التساوي بين بيع المربحة للأمر بالشراء والإقراض بفوائد في المصارف التجارية ترجع إلى التقاء بيع المربحة (الربح) والإقراض (الفائدة) في النتيجة، حيث إن كلاهما ينتج عن زيادة مقابل الأجل، غير أنهما يختلفان تماماً من حيث الوسيلة، فالربح ناتج عن عملية شراء وبيع، فالمصرف يشتري البضاعة باسمه وعلى مسؤوليته ثم يبيعها للعميل، ويحصل على الربح مقابل عمله في انجاز الصفقة وتحمل مخاطرها. أما

(١)- الباقر يوسف مضوي، دراسة حالة لمصرف إسلامي في السودان (فيصل السوداني)، ندوة البنوك الإسلامية ودورها في تنمية اقتصاديات المغرب العربي، مرجع سابق، ص ٣١٣ وما بعدها.

الفائدة الربوية فهي ناتجة عن قرض نقدي يقدمه المصرف التجاري للعميل، ويسترده نقداً بعد أجل معين، مع زيادة تمثل نسبة من قيمة القرض، وهذه الزيادة هي الربا المحرم.

٢- عملية حسم الأسناد التجارية تتضمن مبادلة نقد بنقد زائد عليه مقابل الأجل، وتلك هي طبيعة القرض بفائدة، أما بيع المربحة للأمر بالشراء فيتضمن مبادلة سلعة بنقد، وهو ثمن تلك السلعة، وتلك هي طبيعة البيع^(١)، فيكون الفرق بين هذا البيع وبين عملية الحسم هو الفرق ذاته بين الربح الناتج عن البيع بالأجل، وبين الربح الناتج عن القرض لأجل بفائدة.

(١)- د. حسن عبد الله الأمين، الاستثمار اللاربوي في نطاق عقد المربحة، مرجع سابق، ص ٨٥. ولا تجوز عملية الخصم، لأن الدين إن خصم بنقود من جنسه، فقد دخل عليه الربا بنوعيه: الفضل والنساء، وإن خصم بنقود أخرى من غير جنسه، فقد دخل النساء فقط. راجع: د. صلاح الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٧١.

المبحث الثالث

إشكاليات تطبيق بيع المربحة في المصارف الإسلامية

نظراً لتعدد الآراء الفقهية وآراء الهيئات الشرعية للمصارف، وعدم وجود ضوابط موحدة لعمليات المربحة أو تقنين أحكام بيع المربحة، فقد جاء تطبيق بيع المربحة متبايناً من عدة أوجه سواء من حيث المضمون أو الشكل أو كيفية التنفيذ، وصحب كل ذلك إشكاليات متعددة يمكن بيانها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

الأول: إشكاليات تضمنتها بعض عقود المربحة.

الثاني: إشكاليات عدم الوفاء بالوعد.

الثالث: إشكالية التعويض عن ضرر التأخير بالوفاء بالدين.

المطلب الأول

إشكاليات تضمنتها بعض عقود المرافحة في المصارف

من المعلوم أنه عند الاستيراد في بيوع المرافحة، يقوم المصرف الإسلامي بفتح الاعتماد المستندي باسمه لا باسم الأمر بالشراء، وترسل المستندات باسم المصرف ويتحمل جميع التكاليف، ويظل الاعتماد المستندي صالحاً طوال مدة معلومة يتم خلالها التصدير. وقبل أن يتم التصدير قد يطلب العميل إلغاء الاعتماد، ويقوم المصرف بدوره بإخطار المصرف المراسل، ويلزم العميل بتحمل تكاليف الاعتماد، لأنه هو الذي طلب الإلغاء، ولكن قد لا يكون الإلغاء من قبل العميل، وإنما من قبل المورد الذي لا يقوم بتصدير السلعة المتفق عليها، وبعض المصارف تحمل العميل أيضاً بجميع هذه التكاليف^(١)، بحجة أنه هو الذي حدد المورد وعيّنه ليشتري المصرف منه. وهذا الإجراء غير صحيح، لأن المورد تعاقد مع المصرف وليس مع العميل، وما دام أن هذا الأخير لم يطلب الإلغاء، ولم يتسبب في الضرر، فإن المصرف هو من يجب عليه تحمل أعباء تلك التكاليف.

ومن عقود المصارف من تلزم طالب الشراء بالمشاركة في أية خسارة أو تلف يحدث في البضاعة في فترة شراء المصرف لها، وقبل تسليمها لطالب الشراء، وذلك بمقدار مشاركته بالدفعة المقدمة. وتلزمه أيضاً بتحمل كافة

(١) - حيث ينص العقد على أنه لا يحق للعميل مطالبة المصرف بأي تعويضات في حالة امتناع المورد عن التنفيذ لأي سبب. وهذا ما ورد في عقد بيع بالمرافحة لمصرف فيصل المصري، بند ١٢، بند ١٤، وفي عقد المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية المصري، بندي ٨، ٩. ومن الواضح أن مثل هذه النصوص تهدف إلى إلزام العميل بضمان المخاطر ونفي المسؤولية عن المصرف.

المصرفوات الإدارية التي تكبدها المصرف مع خصمها من العربون أو مطالبته بما يزيد عنه، وذلك في حالة رجوع العميل عن إتمام الصفقة قبل أن يملك المصرف البضاعة.^(١)

ويلحظ في الحالة الأولى أن المصرف جعل المسؤولية مشتركة بينه وبين العميل في ضمان الخسارة وتحمل تبعة الهلاك في فترة شرائه للبضاعة، وهو ما لا يصح، لأن فترة تملك المصرف للبضاعة تفترض انتقال الضمان إليه، فيتحمل مسؤولية مخاطر البضاعة وتبعية هلاكها، ولا تبرأ ذمته إلا من تاريخ استلام العميل لها. كما أن استخدام الدفعة المقدمة جاء في غير محله حسب شروط العقد، لأن هامش الجدية (الدفعة المقدمة كضمان) إنما يستخدم لتغطية الأضرار الناجمة عن تخلف العميل عن وعده الملزم بالشراء.

كما أن بعض المصارف تلزم العميل في عقد المرابحة بتحمل أية مصروفات أخرى غير واردة في بنود تكلفة العملية. والنص على ذلك من غير تحديد لأنواع هذه المصروفات للحكم على ما إذا كانت تلحق بالثمن الأول أم لا، إضافة إلى عدم تحديد قيمتها يثير الشبهة حول ضرورة العلم بالثمن. كما أن النص على أن الشاحن يكون وكيلاً عن الطرفين، ليس له أي سند قانوني أو شرعي، لأنه في مرحلة الشراء الأول يكون المصرف هو المشتري ولا دخل للعميل به^(٢)، ولذلك تبقى السلعة في ضمان المصرف، إلى أن يتم البيع بعد وصول البضاعة.

(١) - وثيقة الوعد بالشراء، بند رقم (٣)، وعقد بيع المرابحة، صادران عن بنك سبأ.

(٢) - هذا ما ورد في عقد بيع بالمرابحة صادر عن بنك فيصل المصري، وكذلك المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية المصري. راجع: د محمد عبد الحليم عمر، ندوة خطة الاستثمار، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

ومن المعلوم أنه حالة ظهور نقص في كمية البضاعة المطلوبة، يتم خصم ما يقابل النقص من الثمن، مع حق المشتري في إلغاء الصفقة.^(١) غير أن عقد أحد المصارف، تضمن النص على أنه في حالة ظهور نقص في كمية البضاعة المطلوبة، يتم خصم ما يقابل النقص من الثمن، ويبقى التعاقد قائماً وبكافة شروطه.^(٢)

ولا يخفى أن التعاقد يبقى قائماً وصحيحاً إذا قبل المشتري البضاعة بحالتها المنقوصة، ولهذا كان من الواجب إضافة عبارة (مع حق المشتري في فسخ العقد) إلى ذلك النص. فمن المعلوم أنه إذا كان النقص من الجسامة بمكان، حيث يفوت على العميل الغرض من التعاقد، فإن ذلك يخوله الحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض، لاسيما إذا كان قد ارتبط في تعاملات مع الغير ترتب على إثرها التزامات في مواجهتهم، وتنفيذ هذه الالتزامات يتوقف على تنفيذ تعاقد مع المصرف.

وهناك إشكاليات عملية تتعلق بواقع التنفيذ، منها أن يتم إبرام عقد الوعد وإبرام عقد البيع في الوقت ذاته، وبعد ذلك يتوجه مندوب المصرف لشراء ما طلبه العميل. ولا يخفى أن مثل هذه التصرفات تجعل المصرف يبيع قبل أن يملك السلعة. وهذا ما لمسناه من واقع التطبيق العملي لبعض المصارف في اليمن، بحجة أنها إجراءات شكلية لا تغير من طبيعة المعاملة. وهذه الإشكالية قد تؤدي إلى النزاع من حيث تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد وكيفية إثباتها .

(١) - انظر: فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي رقم (٦١)، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، مرجع سابق، ص ١١٤ وما بعدها.

(٢) - عقد بيع مرابحة للأمر بالشراء، صادر عن بنك سبأ.

ويلاحظ أن أغلب إشكاليات التطبيق هي نتاج لعدم الفصل بين البيع الأول في علاقة المصرف بالبائع، وبين البيع الثاني في علاقة المصرف بالعميل المشتري، ويفترض عدم ارتباط العميل بأي علاقة تعاقدية في البيع الأول، ومن ثم لا يتحمل تبعه هلاك أو إهلاك السلعة، أو مخاطر الشحن والتخزين. وكذلك مخاطر إلغاء الاعتماد من قبل المستفيد من الاعتماد الذي فتحه المصرف لحسابه؛ لأن العميل ليس له أي علاقة بفتح الاعتماد بخلاف المصارف التجارية. وبذلك فالمصارف الإسلامية التي تتخلى عن مسؤولية تبعات ملكيتها للسلع المطلوبة وضمان مواصفاتها، وعدم التزامها بأبسط الضوابط المتعلقة بطبيعة المراجعة؛ لا تختلف كثيراً عن المصارف التجارية من هذه الناحية، وهو ما يجعلها محلاً للمقارنة بينها وبين المصارف التجارية كما سنبين ذلك لاحقاً.

المطلب الثاني

إشكاليات عدم الوفاء بالوعد

تتحمل المصارف الإسلامية التي لا تأخذ بالإلزام الوعد تبعة نكول الأمر عن الشراء بعد شراء المصرف للسلعة، وغالباً ما يبيع المصرف السلعة لحسابه في السوق ويتحمل الخسارة إن حصلت. ولا تجيز بعض هذه المصارف أخذ أي مبلغ تحت مسمى العريون أو دفعة ضمان الجدية، كما أنها لا تقرّ الأخذ بالتعويض في حالة تأخر العميل عن سداد مستحقات المصرف^(١)، وعلى العكس من ذلك، فإن بعض المصارف تجيز أخذ العريون وتأخذ بمبدأ التعويض عن ضرر التأخير بالوفاء في موعد الاستحقاق.

والقاعدة العامة في عقود المصارف التي تأخذ بالإلزام الوعد مطلقاً أنها تنص على أنه إذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ وعده أو قدم بيانات أو معلومات ومستندات غير صحيحة، فإنه يتحمل أية أضرار تلحق الطرف الآخر نتيجة لذلك.^(٢)

ولا يخفى أن تطبيق هذه القاعدة للحكم بالتعويض يستلزم النص على إلزام الطرفين بإبرام عقد البيع بالمrabحة المتعلق بهذا الوعد كما هو الحال في بعض العقود^(٣)، غير أن أغلب العقود اكتفت بالإلزام العميل بتنفيذ وعده فقط. والظاهر في هذه الحالة أنه لا يوجد أي سند قانوني لإلزام المصرف بالتعويض، لأنه لم

(١) - <http://www.bankalbilad.com.sa/ar/filesdownload.asp>

(٢) - انظر: أنموذج عقود بيع المrabحة لمصرف قطر الإسلامي (عمليات تجارية محلية)، بند (٥)، عمليات استيراد، بند (٦)، عقد وعد بالشراء، بند (٨) للمصرف الإسلامي الدولي للاستثمار، عقد وعد بالشراء، بند (٨) لبنك فيصل المصري.

(٣) - هذا ما تضمنه عقد الوعد بالشراء لمصرف فيصل الإسلامي المصري فقط.

يخل بالتزام تعاقدى تجاه العميل أصلاً، لذلك ينبغي تعديل هذه النصوص وغيرها كما سنبين ذلك لاحقاً.

والإجراء المتبع في حال نكول العميل عن وعده بالشراء حسب نصوص هذه العقود هو أن يقوم المصرف ببيع البضاعة واستيفاء كافة التكاليف التي تكبدها، فإذا نقص ثمن البيع عن تعويض الأضرار والنفقات التي تكبدها، رجع على العميل بالباقي. وإذا زاد ثمن بيع البضاعة عن مستحقات المصرف، تعدّ هذه الزيادة في بعض المصارف حقاً خالصاً لها بوصفها ملكاً لها^(١)، وتعدّ في مصارف أخرى من حق العميل.

ويلاحظ أن جميع العقود لم تبين كيفية تقدير الضرر والتعويض عنه سواء في حالة نكول العميل عن الوعد أو في حالة نكول المصرف. ففي الحالة الأولى، ينبغي من وجهة نظر الباحث أن يقتصر التعويض على الضرر الفعلي الذي أصاب المصرف جراء نكول العميل عن وعده بالشراء، حيث لا يزيد التعويض عن الفرق بين ثمن بيع السلعة في السوق وبين ثمن تكلفة شراء المصرف لها. أما في حالة نكول المصرف عن وعده بالبيع، فأرى أن يتحمل مسؤولية عدم وفائه بالتزامه ببيع السلعة وتسليمها للعميل في المكان والزمان المحددين، ويكون للقاضي أو المحكم سلطة تقدير الضرر والتعويض عنه وفقاً لكل حالة على حدة. وخاصة إذا كان العميل قد دخل في تعاملات مع الغير وترتبت عليه التزامات قبلهم، كدخوله في مناقصة أو استئجاره مخازن وما إلى ذلك، وهذا ما يتعلق بالمصارف التي تلزم نفسها بتنفيذ الوعد. أما إن كان الوعد غير ملزم مطلقاً أو كان ملزماً للعميل دون المصرف، فلا تقع على المصرف هذه المسؤولية.

(١) - انظر: أنموذج لعقود بيع المrabحة في مصرف قطر الإسلامي (عمليات تجارية محلية)،

بند (٥)، عمليات استيراد، بند (٦).

والظاهر أن أخذ المصرف للزيادة الناتجة من بيع البضاعة بحجة تملكه للبضاعة يتنافى مع المنطق السليم، لأن المصرف بعد أن يشتري السلعة وتدخل في ضمانه، هو ملزم ببيعها للعميل تنفيذاً لعقد الوعد، وما دام المصرف لا يستطيع التصرف بالبضاعة لغير العميل، فإن ملكيته من هذه الناحية ملكية ناقصة. كما أن المصرف يبيع البضاعة في السوق لحساب العميل، ويرجع عليه بباقي التكاليف في حالة نقص ثمن البضاعة عن تكلفة الشراء، فكيف يحمل العميل الخسارة (نقص الثمن)، ولا يرد له الربح (الزيادة في الثمن) بحجة أنه مالك السلعة ؟ ولذلك ينبغي أن يستوفي المصرف حقه الفعلي وردّ ما يتبقى للعميل، أو يأخذ الربح ويتحمل الخسارة بوصفه المالك الحقيقي للسلعة.

وإذا كان المنطق السليم يفترض أن المصرف يملك البضاعة ومن حقه أن يبيعها لحسابه، فيختص بأرباحها ويتحمل خسائرها، فإن هذا المنطق يتناسب مع المصارف التي لا تأخذ بالزامية الوعد، لأن رجوع العميل عن إتمام البيع لا يعد إخلالاً بوعده في هذه الحالة، حيث يقوم المصرف ببيع البضاعة في السوق ويختص بأرباحها ويتحمل خسائرها.

ولا يُعدّ العميل مخلاً بالتزامه إلا إذا كان قد أبرم عقد البيع ورفض استلام البضاعة رغم إخطاره بذلك، وفي هذه الحالة يتم بيع البضاعة لحسابه والرجوع عليه لاستيفاء حقوق المصرف. وهذا ما يتم في المصارف التي لا تلزم العميل بالشراء، حيث ينص العقد على أنه في حالة امتناع العميل عن تسلم البضاعة أو جزء منها بعد توقيع عقد المراجعة، يحق للمصرف بيع البضاعة لاستيفاء حقوقه، كما يحق له مطالبة العميل بالتعويض عن أي ضرر يلحقه من جراء ذلك.^(١)

(١) - أنموذج عقد بيع مرابحة صادر عن بنك السودان، مشار إليه سابقاً.

هامش الجدية (دفعة ضمان الجدية)

عبارة عن دفعة ضمان قابلة للاسترداد تأخذها المصارف قبل إبرام العقد بقصد تغطية الأضرار التي قد تتكبدها نتيجة لبيع الموجودات في السوق بسعر يقل عن سعر تكلفة الشراء في حالة تخلف الأمر بالشراء عن تنفيذ وعد ملزم على الشراء أو على الاستئجار. ويكون لهذه المصارف حق الرجوع على العملاء في اتفاقيات الشراء واتفاقيات الاستئجار إذا كان هامش الجدية غير كاف لتغطية قيمة الأضرار. وفي الحالات التي يكون فيها الوعد بالشراء أو الاستئجار غير ملزم، يجب إعادة هامش الجدية بالكامل للعميل.

وأجاز المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي في الكويت، أخذ العربون في عمليات المراجعة، وأوجب في حالة نكول العميل عن الوفاء بوعده، أن يخصم منه بقدر ما لحق المصرف من ضرر فعلي.^(١)

والعربون هو دفعة مقدمة يتم الاحتفاظ بها بعد العقد كضمان لتنفيذ العقد، ويحق للمصارف تملك مبلغ العربون المأخوذ من المشتري أو المستأجر عند إبرام العقد إذا فسخ المشتري أو المستأجر العقد خلال المدة المتفق عليها. وفي حالة نكول العميل عن الوفاء بوعده، أجازت فتاوى بعض المصارف مصادرة العربون إذا اشترط ذلك في العقد.^(٢)

وجرى العمل في بعض المصارف التي تطبق إلزامية الوعد مطلقاً على أن يدفع العميل نسبة من قيمة البضاعة لضمان جديته وتنفيذ التزاماته قبل المصرف، والقيام بتسديد باقي ثمن البضاعة، فإذا نكل العميل عن تنفيذ وعده

(١) - راجع: الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٢-٣٣.

(٢) - فتوى المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي، دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ١١١.

بالشراء، يقوم المصرف ببيع البضاعة في السوق لحساب العميل، ويقبض ثمنها استيفاء لحقوقه، وإذا لم يف ثمن البيع بحقوقه، يكون العربون المدفوع مكماً لهذا الثمن، وإذا لم يف ذلك بكافة حقوقه، يكون للمصرف حق الرجوع على العميل بكافة الوسائل. ويحق للمصرف حجز الدفعة المقدمة وخضم مستحقاته منها في حالة عدم سداد العميل لقيمة البضاعة وتسديد أقساطه بعد إبرام عقد المراجعة.^(١)

ولم تبين العقود مصير العربون في حالة نكول المصرف عن تنفيذ وعده بالبيع. وفي هذه الحالة ينبغي -من وجهة نظر الباحث- ردّ العربون مع تعويض العميل عما أصابه من ضرر، ويكون لقاضي الموضوع أو هيئة التحكيم المتفق عليها سلطة تقدير الضرر والتعويض عنه وفقاً لكل حالة على حدة. والجدير بالذكر أن مفهوم دفع العربون بوصفه تعويضاً عن الضرر، بأن يخصم منه ما يقابل الضرر عند نكول العميل عن الوفاء بوعده، يختلف عن مفهومه في أغلب القوانين المدنية العربية، حيث إن الأصل أنه إذا لم يتفق صراحة أو ضمناً على أن العربون إنما دفع لتأكيد البت في العقد، فإن دفعه وقت العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، فإذا عدل من دفع العربون، فقده، وإذا عدل من قبضه، رد ضعفه، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر.^(٢) وقد ذهب رأي بحق إلى أنه لا يجوز للمصرف قبض الثمن أو جزء

(١) - انظر أنموذج عقد وعد بالشراء صادر عن المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار، البند رقم (١١) والبند رقم (٨) وأنموذج عقد الوعد بالشراء صادر عن بنك فيصل المصري، البند رقم (٦). وتسمى الدفعة المقدمة كما ورد في هذه العقود (قيمة العربون).

(٢) - المادة (١٠٤/ ٢٠١) من القانون المدني السوري. ونصت المادة (٥٧٥ مدني يماني) على أن ((بيع العربون هو أن يدفع المشتري للبائع جزءاً من الثمن في بيع اتفاقاً عليه يحسب من الثمن إذا أخذ المشتري المبيع ودفع باقي الثمن سواء عين وقت لدفع باقي الثمن أم لم يعين)). ونصت المادة (٥٧٦) على أنه ((إذا اتفق على أنه في حالة العدول عن الصفقة يبقى العربون

منه من المشتري قبل امتلاك المصرف للسلعة المراد بيعها، لأن القبض في هذه الحالة يعني دخول المصرف في عقد بيع ما لا يملك، ولم يعد الوعد في حقيقته وعداً. ولذلك أجاز أخذ دفعة ضمان الجدية شريطة أن تكون في حساب استثماري وليس في حساب جارٍ، لتجنب الوقوع فيما نهى عنه من بيع وسلف. وفي حالة نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، لا يجوز للمصرف حجز هامش الجدية وينحصر حقه فيه بمقدار الضرر الفعلي، وذلك بتحميل العميل الفرق الحاصل بين ثمن السلعة المباعة للغير والتكلفة التي تكبدها المصرف. ويعتبر هامش الجدية أمانة للحفظ لدى المصرف لا يجوز التصرف فيه، أو يأذن العميل للمصرف باستثماره على أساس المضاربة الشرعية.^(١) أما في بعض المصارف التي لا تطبق إلزامية الوعد وتعطي الخيار للعميل في إتمام البيع أو عدمه (كما في بنك فيصل السوداني)، فيعد العربون جزءاً من ثمن السلعة إذا تم البيع، ويسترد الواعد ما دفعه إذا لم يتم. وعلى ذلك يمكن القول بأن دفعة الضمان في الحالات التي لا يكون فيها الوعد ملزماً لا تعدّ أحد الأساليب المقبولة للتخفيف من مخاطر الائتمان.

للبنائ فلا يصح البيع)). َّ فلا يجوز الاتفاق على أن يبقى العربون للبنائ لتعلق هذا النص بالنظام العام في هذه الحالة.

(١)- د. محمد نجاه الله صديقي، مرجع سابق، ص ٣٢٤. قارن تباعاً: تعليمات مجلس النقد السوري بشأن ضوابط تطبيق المراجعة، المطلب الرابع من المبحث الرابع.

المطلب الثالث

إشكالية التعويض عن ضرر التأخير بالوفاء بالدين

قد يتأخر العميل في سداد أقساط ثمن ما اشتراه مرابحة-دون عذر- وفي هذه الحالة تعمل بعض المصارف- استناداً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار- على إلزام العميل (الموسر والمماطل) بالتعويض عما لحقها من ضرر فعلي بسبب التأخر عن الوفاء، وتحسب قيمة هذا الضرر على أساس متوسط نسبة إجمالي أرباح المصرف المحققة عن ذات الفترة التي تأخر فيها العميل.^(١)

ويتم تقدير الضرر والتعويض عنه في بعض المصارف بمعرفة لجنة من ذوي الخبرة لديها وفق الضوابط التي تصدر عن هيئة الفتوى والرقابة الشرعية للمصرف.^(٢)

ويلحظ أن التعويض مبني على أساس ما قد يصيب المصرف من ضرر بسبب تأخر العميل عن الدفع لمبالغ لو تم سدادها للمصرف في تاريخ

(١)- انظر: نماذج عقود بيع المرابحة في كل من: بنك فيصل المصري: "ويلحظ فيه أن سلطة الفصل في أي نزاع في استحقاق التعويض أو قيمته ينعقد لهيئة الرقابة الشرعية ورأيها فيه باتاً، بينما أي نزاع ينشأ عن تنفيذ الوعد أو ينشأ بخصوص عقد البيع أو تفسيره يعرض على هيئة تحكيم للفصل فيه"، المصرف الإسلامي الدولي، فتوى المراقب الشرعي لبنك البركة السوداني في ١٩٨٥، الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص ١٢٥ وما بعدها.

(٢)- عقد بيع مرابحة خارجية صادر عن بنك سبأ، البند رقم (٤). وقد ذهب رأي إلى أن التعويض إما أن يتم على أساس ما يحققه المصرف من أرباح في السلعة ذاتها عن فترة التأخير، وأنه الأقرب للعدالة، أو يتم تحديده على أساس نسبة ما يحققه المصرف من أرباحه الصافية، وأن ذلك ادعى للعدل، لأن المصرف قد لا يكون له استثمارات في سلع مثيلة، أو على أساس نسبة الربح التي حققها المشتري مرابحة، حتى لا تكون مماطلته سبباً لإثرائه على حساب الغير، فإرد مقصوده عليه. راجع: د. الواصل عطا المنان، عقد المرابحة، مرجع سابق، ص ٣٠. و يؤخذ على هذا التحديد الأخير أن العميل قد يربح وقد لا يربح.

استحقاقها لقام باستثمارها أو أعاد استثمارها مرة أخرى مما يفوت عليه فرصة محققة وأكيدة في الربح، ولذلك يستحق عنها التعويض. أي أن التعويض يمثل ما لحق المصرف من خسارة فعلية وما فاتته من كسب محقق خلال مدة التأخير، ومن ثم يطالب العميل بدفع تعويض يقدر بمتوسط ما يكسبه المصرف عادةً من أرباح في مدة التأخير.

والظاهر أن تقدير التعويض على افتراض ما فات المصرف من كسب محقق يتتافى مع طبيعة عمل المصرف الذي يحتمل الربح والخسارة حسب الأصل. كما أن أخذ التعويض ما هو إلا زيادة على الدين بعد أن استقر في ذمة العميل. وإن قيل بأنه مقابل الزمن فهو عين الربا. وفضلاً عن ذلك، فإن احتساب التعويض بمقدار ما يتحقق من أرباح خلال فترة التأخير قد يؤدي إلى التمييز بين العملاء حسب اختلاف نسب الأرباح التي يحققها المصرف من دورة إلى أخرى أو من سنة إلى أخرى ومن سلعة إلى أخرى.

ويلتزم العميل بالتعويض في بعض المصارف ما لم يثبت أن التأخر عن الوفاء كان بسبب قوة قاهرة، أي لسبب لا يد له فيه، تأسيساً على مبدأ الضمان بالتسبب، وشرطه التعدي في الفعل الذي تسبب عنه التلف، على فرض أن تأخير الوفاء بالدين دون عذر شرعي يعدّ تعدياً.

وبصرف النظر عن مدى صحة التكييفات الفقهية للتعويض، فلا يمكن تطبيقها في أمر الدين، لأن ذلك قد يؤدي إلى الربا، إذ كما لا يجوز تأجيل موعد أداء الدين مقابل زيادة في مقداره، فلا يصح أخذ تعويض عن التأخير في السداد أو التوقف عنه، إذ كلاهما زيادة تدفع مقابل حصول تأخر في دفع الدين عن الأجل المحدد.

وهذا ما أكدته قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن البيع بالتقسيط الذي جاء فيه ((ثالثاً: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا

يجوز إلزامه أي زيادة عن الدين، بشرط سابق أو دون شرط، لأن ذلك ربا محرم. رابعاً: يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، مع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء. خامساً: يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد. سادساً: لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة)).^(١)

كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن البيع بالتقسيط أيضاً ما يلي: ((رابعاً: الحطيطة من الدين المؤجل لأجل تعجيله سواء أكانت بطلب الدائن أو المدين (ضع وتعجل) جائزة شرعاً، لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق، وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية. فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز، لأنها تأخذ عندئذ حكم حسم الأوراق التجارية. خامساً: يجوز اتفاق المتدينين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسراً. سادساً: إذا اعتبر الدين حالاً لموت المدين أو إفلاسه أو مماطلته، فيجوز في جميع هذه الحالات الحط منه للتعجيل بالتراضي. سابعاً: ضابط الإعسار الذي يوجب الإنذار: ألا يكون للمدين مال زائد عن حوائجه الأصلية يفيد بدينه نقداً أو عيناً)).^(٢)

وتأسيساً على ما تقدم فإن الاستغناء عن التعويض هو أمر أولى وأدعى

(١)- قرار المجمع الفقهي رقم ٦/٢/٥٣ بشأن البيع بالتقسيط، مشار إليه سابقاً.

(٢)- قرار رقم: ٦٤ (٧/٢)، مجلة المجمع، العدد السادس، ج ١، ص ١٩٣، العدد السابع، ج ٢،

للقبول مادامت هذه المصارف مكلفة أصلاً بدراسة العمليات التي تمويلها والمركز المالي لشخص المتعامل، والتحقق من مدى وفاء العميل بالتزاماته تجاه العملاء والمصارف الأخرى وعدم دخوله في القائمة السوداء^(١)، كما أن التمويل يكون مقيداً بمبالغ معينة، وتشتترط المصارف في العقود حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن سداد الأقساط.

والجدير بالذكر أن المصارف الإسلامية في سورية لا تأخذ بمبدأ التعويض، وإنما تلزم العميل بالتصدق بمبلغ محدد أو نسبة من الثمن يتم صرفه في وجوه الخير، وذلك في حال لم يثبت العميل أن تأخره عن السداد ليس على سبيل المماطلة.^(٢)

وهذه الإجراءات تعدّ رادعاً للعملاء من التسويف والمماطلة في الوفاء بمستحقات المصارف، وقد تكون كفيلة لاستيفاء المصارف حقوقها الفعلية، ومع ذلك يمكن إلزام العميل بدفع المصروفات الفعلية التي تكبدها المصرف في متابعة العميل لتحصيل مستحقاته.

-
- (١) - لا يتم منح التمويل إلا بعد التأكد من صحة بيانات العميل والسؤال عنه من مصادر مختلفة لمعرفة وفائه وسمعته التجارية والأدبية، ويتم مراسلة البنك المركزي للاستعلام عن حجم التزاماته لدى القطاع المصرفي، إضافة إلى مراجعة القائمة السوداء للتأكد من عدم وجود اسمه فيها. ويتم الاستعلام عن موقف حساباته لدى المصرف إن وجدت، والاستعلام عن حجم وطبيعة التزاماته العميل القائمة لدى المصرف. وتمنح سقوف ائتمانية للعملاء الذين يتعاملون مع المصرف ومضى على تعاملهم مدة معينة ولم يتخلّفوا عن الوفاء بالتزاماتهم تجاه المصرف. كما يتم وضع حد أقصى للتمويل بالعملة الوطنية ولمدة معينة كحد أقصى، وعند زيادة المبلغ عن هذا الحد، يتم التمويل بالدولار أو العملة الأجنبية ولمدة محددة بحد أقصى. راجع دليل إجراءات العمل في قسم الاستثمار لدى بنك سبأ الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦٧.
- (٢) - انظر الحل الذي تأخذ به المصارف الإسلامية في سورية وفقاً لضوابط مجلس النقد، المبحث الرابع، المطلب الرابع.

الفصل في المنازعات

يمكن القول بأن التكليف القانوني لعقود التمويل في المصارف الإسلامية، ومنها عقد المراجعة أنها تعدّ من الأعمال المصرفية^(١)، وهي أعمال تجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته وفقاً لأحكام قانون التجارة.^(٢)

وبناء على ذلك يعدّ العقد تجارياً دائماً بالنسبة للمصرف، أما بالنسبة للعميل فقد يكون تجارياً إذا كان العميل تاجراً وتعلق العقد بتجارته، ويكون مدنياً، إذا لم يكن العميل تاجراً أو كان تاجراً ولم يتعلّق العقد بشؤون تجارته. وتسري على هذا العقد فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الفريقين، أحكام القانون المدني السوري والقوانين والأنظمة النافذة الأخرى، والنظام الأساسي للمصرف، والممارسات والعادات القائمة، وكل ذلك بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها. ولذلك تتضمن بعض العقود النص على أن كل ما لم يرد ذكره في عقد الوعد بالشراء يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية والنظام الأساسي

(١)- فالمادة (٧) من المرسوم الخاص بإحداث المصارف الإسلامية، نصت على أنه ((يجوز للمصرف القيام بالعمليات المصرفية التالية... ج- القيام بعمليات التمويل ... باستخدام صيغ العقود الشرعية كعقود المضاربة وعقود المشاركة والمشاركة المتناقصة وبيع المراجعة للأمر بالشراء ... وغيرها من صيغ العقود التمويلية التي توافق عليها هيئة الرقابة الشرعية)).

(٢)- راجع المادة (١٠ تجاري يمّني)، المادة (٦ من قانون التجارة السوري الجديد) التي نص على أن ((تعدّ بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية: .. د- أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة)) وتنص المادة (١٠٤) على أن ((لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئياً، للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية، فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات التي يرى القاضي وجوب قبولها بحسب العرف أو الظروف، مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة.)) كما تنص المادة (١١٦) على ((١- إن عقود البيع والقرض والتأمين وجميع العقود التي لم تحدد قواعدها في هذا القانون تخضع للقانون المدني بما يتوافق وأحكام العرف)).

للمصرف وما لا يتعارض معها من القوانين والأعراف التجارية النافذة في الدولة. وأي نزاع ينشأ عن تنفيذ الوعد أو ينشأ بخصوص عقد البيع أو تفسيره، يجري حله بالطرق الودية، فإن تعذر ذلك ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية في الدولة (بنك سبأ). فالأصل أن عملية المراجعة تخضع لقاعدة العقد سريعة المتعاقدين، وهذه المعاملة التي تتضمن أكثر من عقد محكومة أساساً بما تقره هيئة الرقابة الشرعية في بعض المصارف، فضلاً عن الضوابط التي تقرها سلطات الرقابة المصرفية على جميع المصارف في الدولة. ولذلك نجد هذه العقود تتضمن النص على أن كل ما لم يرد ذكره في العقد يخضع للقوانين والأعراف التجارية وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأن أي نزاع ينشأ عن تنفيذ الوعد أو ينشأ بخصوص عقد البيع أو تفسيره يكون من اختصاص محاكم الدولة (عقود مصرف قطر)، أو يعرض على هيئة تحكيم للفصل فيه وفقاً للقوانين والأعراف التجارية السائدة في الدولة، وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ويكون حكمها نهائياً وملزماً للطرفين (عقود بنك فيصل المصري).

المبحث الرابع

علاقة المربحة بأساليب التمويل في المصارف التجارية

تقوم جميع المصارف بتمويل عملائها الذين يقومون بالنشاط الاقتصادي من تجارة وصناعة وخدمات وغير ذلك، والفرق بين المصرف التجاري والمصرف الإسلامي، أن الأول يقدم التمويل غالباً في صورة قروض بفوائد، بينما الثاني يقدم التمويل من خلال إحدى الصيغ الشرعية، ومنها بيع المربحة الذي يرتبط تطبيقه بعقود مختلفة حسب المراحل التي يمر بها، مما يستدعي التمييز بينه وبين أساليب التمويل التجارية، ومحاولة تقييم عملية المربحة التي على ضوءها يمكن وضع الضوابط الكفيلة بحل إشكاليات التطبيق. وهذا ما سنتناول بيانه في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب:

الأول: التمييز بين التمويل بالمربحة وأساليب التمويل المشابهة في المصارف التجارية

الثاني: تقييم عملية المربحة في المصارف الإسلامية.

الثالث: ضوابط تطبيق المربحة وفقاً لقرار مجلس النقد السوري.

المطلب الأول

التمييز بين نظام المربحة والنظم الأخرى المشابهة في المصارف التجارية

أولاً: الفرق بين بيع المربحة وصور القرض بفائدة

١- يتفق الربح في بيع المربحة والفائدة في القرض من حيث إن كلا منهما ينتج عن زيادة مقابل الأجل، غير أنهما يختلفان تماماً من حيث الوسيلة، فالربح ناتج عن عملية شراء وبيع، فالمصرف يشتري البضاعة باسمه وعلى مسؤوليته، ثم يبيعها للعميل ويحصل على الربح مقابل عمله في انجاز الصفقة وتحمل مخاطرها. أما الفائدة الربوية فهي ناتجة عن قرض نقدي يقدمه المصرف التقليدي للعميل، ويسترده نقداً بعد أجل معين، مع زيادة تمثل نسبة من قيمة القرض، وهذه الزيادة هي الربا المحرم.

٢- أن عملية حسم الأسناد التجارية تتضمن مبادلة نقد بنقد زائد عليه مقابل الأجل، وتلك هي طبيعة القرض بفائدة، وعملية الحسم لا تأخذ بها المصارف الإسلامية، لأنها ربا محرم، أما بيع المربحة للأمر بالشراء فيتضمن مبادلة سلعة بنقد، وهو ثمن تلك السلعة، وتلك طبيعة البيع، فيكون الفرق بين هذا البيع وبين عملية الحسم هو الفرق ذاته بين الربح الناتج عن البيع بالأجل، وبين الربح الناتج عن القرض لأجل بفائدة.^(١)

(١)- ويقصد بالخصم أن يدفع المصرف قيمة ورقة تجارية أو سندات قابلة للتداول قبل ميعاد استحقاقها بعد خصم مبلغ معين يمثل فائدة القيمة المذكورة عن المدة بين تاريخ الخصم وميعاد الاستحقاق، مضافاً إليها عمولة المصرف ومصاريف التحصيل.

٣- أن تحديد نسبة الربح في بيع المربحة يتم سلفاً، وكذلك تحديد نسبة الفائدة الربوية، غير أن الفرق يتمثل في أن نسبة الربح في المصرف الإسلامي هي نسبة ثابتة ومحددة عند إبرام عقد البيع، ولا يجوز للمصرف بعد هذا الاتفاق أن يزيد في تلك النسبة حتى لو تأخر العميل عن الوفاء بالثمن في ميعاد الاستحقاق. أما المصرف التجاري فإنه وإن كان يحدد نسبة الفائدة بناء على مدة الأجل الذي يسدد فيه القرض، غير أن هذه النسبة ليست ثابتة كما هو الحال في المصرف الإسلامي، وتزيد في حالة تأخر العميل عن السداد في ميعاد الاستحقاق. وبذلك يتمثل الفرق بين المربحة والقرض - الربح والفائدة - في أنه لا يجوز في المصارف الإسلامية أخذ أرباح مركبة، بخلاف المصارف التجارية التي تأخذ الفوائد المركبة على مبلغ القرض^(١)، وتقوم تلقائياً باحتساب فائدة على أي تأخير في ميعاد السداد بصرف النظر عن الأحوال المالية الصعبة التي قد يمر بها العميل.

٤- لا تمارس المصارف الإسلامية ما يسمى إعادة جدولة الديون مع زيادة ربح نتيجة تعثر العميل في سداد أقساطه، وإذا ما اضطرت إلى ذلك، فإنها

(١)- ففي بعض المصارف التجارية يتم الاتفاق في عقد القرض على أن تحتسب على قيمة القرض فائدة مركبة بنسبة مئوية تقيد على حساب العميل، ويحق للمصرف زيادة معدل الفائدة السنوية على المبالغ المطلوبة من العميل بمجرد إخطاره بذلك وتحتسب زيادة الفائدة من تاريخ إخطار العميل، ويحق للمصرف اقتضاء نسبة معينة كعمولة تحتسب على أعلى رصيد مدين بالحساب خلال الشهر. ويحتفظ المصرف لنفسه بالحق في أن يطلب سداد القرض قبل حلول أجله من أصل وفوائد وملحقات بمجرد إخطار العميل. وإذا تأخر العميل عن السداد عند الاستحقاق أو في وقت يصبح فيه الحساب واجب السداد قبل حلول الأجل فالمبالغ التي تكون مستحقة تسري عليها في الحال فائدة بسعر... سنوياً دون حاجة إلى تنبيه. راجع أنموذج لعقد قرض صادر عن البنك الأهلي المصري، مشار إليه في بحث: د. علي أحمد السالوس، المضاربة ومعاملات البنوك، مجلة المجمع الفقهي، العدد ٩، مرجع سابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

تعمل على إعادة جدولة الديون ولكن دون زيادة في الربح، عملاً بقوله تعالى ((وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ)) [البقرة: ٢٨٠]. فالعميل يصبح مديناً بالثمن للمصرف الإسلامي، فإن حلَّ أجل الوفاء دون أن يفي بالدين، أمهله المصرف إن كان معسراً دون مقابل، وإن كان موسراً مماطلاً، لا تحتسب عليه فوائد تأخير كما هو الحال في المصارف التجارية.

وإذا كانت القاعدة العامة في المصارف الإسلامية أنها لا تأخذ فوائد تأخير عند تخلف العميل عن السداد في ميعاد الاستحقاق بخلاف ما يجري عليه العمل في المصارف التجارية، فإن هذه التفرقة تبقى قائمة مادامت لا تقر مبدأ التعويض عن ضرر التأخير بالوفاء بالدين، وتتلاشى هذه التفرقة بالنسبة للمصارف التي تأخذ بمبدأ التعويض عن التأخر في السداد، لأن فائدة التأخير عن سداد أقساط الدين والتعويض كلاهما زيادة على مقدار الدين مقابل الزمن.

٥- تُحدد المصارف الإسلامية لنفسها هامش ربح يمثل نسبة مئوية تحدد في أصل العقد تزيد بطول الأجل وتتنقص بنقصانه، ويختلف هامش الربح عن سعر الفائدة في أنه جزء من ثمن بيع أجل صحيح يمثل الفرق بين تكلفة شراء السلعة وثمان بيعها، بينما سعر الفائدة هو زيادة مشروطة في قرض. ومع ذلك تعتمد المصارف الإسلامية في تحديد هامش الربح على سعر الفائدة العالمية السائد في السوق أو سعر الفائدة المحلي، وبعض المصارف الإسلامية تحدد هامش الأرباح سلفاً بنسب ثابتة على جميع أنواع السلع (١٨ % مثلاً) فلا تتغير هذه الهوامش تبعاً لاختلاف أنواع السلع بسبب ارتباطها بسعر الفائدة العالمية، والمعتاد في التجارة أن يكون

معدل الأرباح في كل قطاع مختلف عن القطاع الآخر،^(١) وقد أدى ذلك إلى اختلاف الفقه حول هذه المسألة، فذهب رأي إلى أن استعمال سعر الفائدة كأداة قياس لهامش الربح لا غبار عليها من الناحية الشرعية، على أن يكون هامش الربح في تمويل السلع الضرورية أقل من هامش الربح في الكماليات، حيث يتم رفعه إلى الحد المسموح به والذي يتراوح بين ٧% - ٨% فيكون الواحد هو الهامش الذي تتحرك فيه الزيادة والنقصان. فلا مانع من استخدام سعر الفائدة السائد وقت العقد في تحديد ربح المصرف شريطة أن يظل الثمن المؤجل (أقساط سداد الدين) ثابتاً ولا يتغير بعد إبرام العقد بتغير سعر الفائدة، لأن أي زيادة تحدث بعد ذلك في الثمن أو الربح تعدّ زيادة على دين ثبت في الذمة، وهو ما لا يجوز.^(٢)

بينما ذهب رأي آخر إلى أن تحديد هامش الربح سلفاً واحتسابه على تكلفة السلعة، يشبه عملية التمويل عن طريق القروض من هذه الناحية، حيث تعدّ الفائدة الثابتة عبئاً على تكلفة السلعة.^(٣)

(١) - راجع: عائشة الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٤٨٠.

(٢) - د. سامي حسن حمود، مجلة المصارف الإسلامية صادرة عن بنك سبأ، مرجع سابق، ص ٢٤، د. الشبيلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف، مرجع سابق، ص ٦٢٢. وفي هذا المعنى ذهب رأي إلى أن يتم الإعلان عن هوامش الأرباح على فترات معينة حسب نوع البضائع وأجل السداد، تكون متوافقة صعوداً وهبوطاً مع الحالة الموجودة في السوق دون تفرقة بين العملاء. د. حاتم القرنيشاوي، الجوانب الاجتماعية والاقتصادية لتطبيق المراجعة، ندوة خطة الاستثمار، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

(٣) - انظر: د. عاشور عبد الجواد، البديل الإسلامي للفوائد المصرفية، مرجع سابق، ص ٢٥٧. الجدير بالذكر أن البنك المركزي الباكستاني يتدخل في تحديد هامش الربح لمختلف القطاعات الاقتصادية بوضع حدود عليا وأخرى دنيا تفرض على المصارف التي تتنافس فيما بينها في استخدام الفرق بين تلك الحدود، ويتيح لها فرص اختيار القطاع الذي يلائمها وكذلك نوعية العملاء. راجع: د. عائشة الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٤٨١.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين الاعتمادات المستندية في المصارف الإسلامية والمصارف التجارية:^(١)

١- أن علاقة المصرف التجاري بعميله طالب فتح الاعتماد هي علاقة وكالة وتكليف وفقاً للرأي الراجح، أما البيع فيقع من المصدر (المفتوح لصالحه الاعتماد) إلى طالب فتح الاعتماد، فتنتقل إليه الملكية مباشرة. والمصرف يتعامل في مستندات البضاعة وتتحصر مسؤوليته في مطابقة المستندات لشروط الاعتماد، ولذلك لا يتحمل مخاطر البضاعة^(٢). أما في المصرف الإسلامي فهناك أولاً وعد بالبيع بين المصرف والعميل، ثم عقد بيع من المصدر إلى المصرف، ثم عقد بيع من المصرف إلى العميل. وحينما يقوم المصرف بتمويل المراجعة، يفتح الاعتماد باسمه وترد المستندات باسمه، ولذلك يتحمل مخاطر البضاعة.^(٣)

٢- أن مسؤولية المصرف التجاري مجردة (منفصلة) عن أي علاقات أخرى خارجة عن الاعتماد ويظل الاعتماد صحيحاً ولو ألغيت الاتفاقات

(١)- انظر: د. جمال عطية، الجوانب القانونية لتطبيق عقد المراجعة، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، م٢، ١٩٩٠، ص ١٤٦ وما بعدها.

(٢)- الاعتماد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (طالب فتح الاعتماد) لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل. و يكون العقد مستقلاً عن العقد المفتوح الاعتماد بسببه ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد. راجع المواد (٤٠٠-٤٠٦ تجاري يماني).

(٣)- إذا كانت عملية الاعتماد المستندية لا تتضمن تقديم تمويل من قبل المصرف وإنما يتم التمويل من قبل العملاء أنفسهم، فإن ما يؤديه المصرف من خدمات في هذا الموضوع إنما يكون بتفويض العملاء، ويقوم بها المصرف بوصفه وكيلًا بأجر محدد يتفق عليه مع العميل وليس نسبة مئوية من قيمة العملية، ويتفاوت هذا الأجر من عملية لأخرى. ولا يختلف دور المصرف الإسلامي بوصف وكيلًا بأجر عن دور المصرف التجاري الذي يؤدي هذه الخدمة بوصفه وكيلًا بأجر أيضاً.

الأساسية بين الأطراف. أما المصرف الإسلامي فيرتبط تماماً بعمليتي البيع، فيكون في الأولى مشترياً، وفي الأخرى بائعاً مع ما يترتب على ذلك من آثار في حالات الغش وعيوب البضاعة، ويتعرض المصرف لنتائج الارتباط بين العقود الأساسية والاعتماد المستندي الذي تعدّ هذه العقود سبباً لفتحه.

٣- يجوز لدائني طالب فتح الاعتماد الحجز على مستندات البضاعة تحت يد المصرف التجاري، بينما لا يمكنهم الحجز على المستندات لدى المصرف الإسلامي إلا بعد نقل الملكية من المصرف إلى عميله.

٤- أن التفرقة بين الاعتماد القابل للنقض والاعتماد غير القابل للرجوع تسري على علاقة المصرف بالمستفيد من الاعتماد (المصدر) بينما في علاقة المصرف الإسلامي بطالب فتح الاعتماد لا تسري أحكام الاعتماد أصلاً، لأن الأخير ليس طرفاً فيه، وإنما تسري خيارات البيع المترتبة على عقد البيع، كما تسري أحكام الوعد بالبيع في الفترة السابقة لعقد البيع.^(١)

٥- أن العميل المشتري يصبح مدينًا بالثمن للمصرف الإسلامي، فإن حلَّ أجل الوفاء ولم يفِ بما عليه، أمهله المصرف إن كان معسراً دون مقابل، وإن كان موسراً ممطلاً، لا تحتسب عليه فوائد تأخير كما هو الحال في المصارف التجارية.

(١)- يكون الاعتماد غير قابل للنقض ويصبح التزام البنك فاتح الاعتماد قطعياً ومباشراً قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك المسحوب تنفيذاً للعقد المفتوح الاعتماد بسببه. ولا يجوز نقض الاعتماد أو تعديل شروطه إلا باتفاق جميع الأطراف فيه (المستفيد وطالب فتح الاعتماد). وكل هذا ما لم يتفق على أن يكون الاعتماد قابلاً للنقض. راجع المادة (٤٠١) من القانون التجاري اليمني).

المطلب الثاني

تقييم جوانب المراجعة من الناحية الاقتصادية

أولاً: من حيث طبيعة دور المصرف في عملية المراجعة

إذا كانت التفرقة بين المراجعة والقروض الربوية قائمة على أساس أن جوهر عملية المراجعة هو البيع والشراء بقصد الحصول على السلعة وليس النقد، وأن البيع يتضمن مبادلة سلعة بنقد، بخلاف القروض الربوية التي تتضمن مبادلة نقد بنقد زائد إلى أجل، فإن هذه التفرقة من وجهة نظري ينبغي أن تنعكس على الدور المفترض للمصرف الإسلامي في عمليات المراجعة الذي ينبغي أن يؤديه كوسيط تجاري إلى جانب دوره الائتماني.

فالتطبيق المصرفي السليم لعمليات المراجعة يتطلب دراسة سوق السلع والاستعلام عن العملاء طالبي التمويل، وتوفير ذلك يعني أن المصرف يقوم بدوره المفترض على أساس أنه تاجر - وليس ممولاً فحسب - يحصل على السلع بأقل الأسعار وأفضل الشروط^(١)، ويزيد الدور الاقتصادي للمصرف كلما امتدت فترة تملك المصرف للسلعة ومن ثم فترة ضمانه لها، لاسيما إذا كان الوعد بالشراء غير ملزم للعميل.^(٢)

(١) - د. حاتم القرنشاوي، الجوانب الاجتماعية والاقتصادية لبيع المراجعة، ندوة خطة الاستثمار، مرجع سابق، ص ٣٣١.

(٢) - انظر: د. جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٦٧ وما بعدها. وينقلص الدور الاقتصادي للمصرف إذا اختصرت مراحل تعامل المصرف مع السلعة بدءاً بدراسة سوقها ومروراً بمراحل الشراء والمعاينة والفحص والاستلام والشحن والتخليص الجمركي وانتهاءً بالتخزين والحراسة والتسويق. د. ربيع، مرجع سابق، ص ٣٥.

وتكون المربحة من الناحية الاقتصادية أقرب شكلاً لصيغة الائتمان قصير الأجل في المصارف التجارية كلما انخفضت درجة المخاطرة نتيجة توفر درجات عالية من الضمانات وخاصة إذا كان الوعد ملزماً للعميل، وأخذ المصرف للعربون وعدم رده كلياً أو جزئياً مقابل الضرر الذي قد ينشأ، وكذلك سرعة دوران المال.^(١)

ثانياً: من حيث شكل المربحة.

تتسم المربحة في جميع المصارف بأن المخاطر فيها محدودة، فهامش الربح متفق عليه مقدماً، وتأخذ الضمانات اللازمة لسلامة رأس المال والربح. وفترة تملكها للسلعة قصيرة جداً في المربحة الداخلية، حيث يتم الشراء والبيع فوراً، ومن ثم فإن فترة الضمان تكاد تكون منعدمة، وتكون هذه المخاطر نسبية في المربحة الخارجية. ومع ذلك يمكن النظر إلى شكل المربحة من حيث الإلزام بالوعد أو عدمه في المصارف للتعرف على ميزات وعيوب كل نوع وذلك على النحو الآتي:

(١) - وقد ذهب أحد الباحثين إلى أن توفر درجات عالية من الضمانات، جعل المربحة أقرب شكلاً للائتمان القصير في المصارف التجارية، وهو ما أدى إلى توظيف قدر كبير من موارد المصارف في عمليات المربحة على حساب الصيغ الأخرى، وفضلاً عن ذلك أدت رغبة المصارف في منافسة المصارف التجارية في العائد الذي يحصل عليه المودعون إلى تفضيل تمويل شراء السلع المستوردة الكمالية ونصف الكمالية حيث يكون هامش الربح أعلى ودرجة المخاطرة أقل، وهو ما يتم على حساب ما يمكن توجيهه نحو السلع الضرورية ذات هامش الربح المنخفض. راجع: د. حاتم القرنشاوي، ندوة خطة الاستثمار، مرجع سابق، ص ٣٢٩. ولا تتفق مع هذا الرأي من حيث تعميم النتيجة، ولذلك وضعنا معياراً عاماً للمربحة التي تكون أقرب إلى الائتمان في المصارف التجارية.

١- إن المصارف التي يكون الوعد فيها ملزماً للجانبين يؤخذ عليها ما يلي:

أ- تدور حولها كثير من الشبهات وتتحقق فيها شبهة بيع مالا يملك. أما إذا كان الوعد ملزماً للعميل دون المصرف، فلا تقع في هذه الشبهة إذا ما اشترت ما طلبه العميل بناء على خيار الشرط.

ب- أن استرداد مبلغ التمويل والربح هو أمر شبه مؤكد في هذه المصارف، حيث لا تتعرض لمخاطر احتمال نكول العميل عن وعده بالشراء وما قد يترتب على ذلك من خسائر كان من المفترض أن تتحملها نتيجة بيع البضاعة. غير أنها تستوفي حقوقها من ثمن البيع وترجع على العميل بالباقي بكافة الطرق القانونية والشرعية، ومنها دفعة ضمان الجدية وغيرها من الضمانات.

ج- في ظل إلزامية الوعد وتوفر ضمانات السداد تتضاءل أهمية دراسة الجدوى الاقتصادية ودراسة سوق السلع بالنسبة لهذه المصارف، وحتى المصارف التي تولي اهتماماً بدراسة الجدوى، فإن هذه الدراسة تنصب على المركز المالي للعميل وقدرته على الدفع، وليس على رواج السلع وإمكانية تصريفها. ومما قد يشجعها على ذلك، رغبتها في تجنب نفقات الدراسة.

د- إذا كان الأصل أن العميل لا يشتري السلعة بنفسه وإنما يلجأ إلى المصرف ليستفيد من خبرته وإمكانياته الاقتصادية في الحصول على السلع من مصادرها بأقل سعر ممكن وبأفضل الشروط، فإن هذه الميزة قد لا تتحقق، لأن الإلزام بالوعد قد يغري المصارف على تضخيم تكاليف السلع، على أساس أن الربح يحسب كنسبة من إجمالي الثمن والتكاليف

الأخرى، ويتحدد بصفة إجمالية عند إبرام عقد الوعد، ويزيد بزيادة سعر التكلفة وينخفض بانخفاضه.^(١)

هـ- أن توفر الخصائص السابقة يفرغ عملية المراجعة من مضمونها الأساسي كوساطة تجارية ويجعلها أقرب ما تكون إلى الوساطة المالية أو الإقراض بفائدة.

فدور المصارف من هذه الناحية لا يختلف عن دور المصارف التجارية في منح التمويل المالي بعد دراسة الجدوى وأخذ الضمانات لمواجهة مخاطر عدم السداد، ويتقلص هذا الفارق إذا ارتبط ذلك كله بالتطبيقات العملية المخالفة لضوابط تطبيق المراجعة، والتي ترجع في أغلبها إلى تخلي المصرف عن مسؤولياته كمالك للسلعة وإلقاء أعبائها على العميل.

إضافة إلى ما تقدم فإن المصارف التي تأخذ بنظام التعويض في حال التأخر عن الوفاء بالدين في ميعاد الاستحقاق، لا تختلف عن المصارف التجارية التي تأخذ فوائد تأخير، لأن التعويض وفوائد التأخير ما هما إلا وجهان لعملة واحدة.

٢- إذا كان الوعد غير ملزم للجانبين أو كان ملزماً للمصرف دون العميل تتحقق المزايا الآتية:

أ- تدور حولها كثير من الشبهات وتتحقق فيها شبهة بيع ما لا يملك. أما إذا كان الوعد ملزماً للعميل دون المصرف، فلا تقع في هذه الشبهة إذا ما اشترت ما طلبه العميل بناء على خيار الشرط.

ب- أن استرداد مبلغ التمويل والربح هو أمر شبه مؤكد في هذه المصارف، حيث لا تتعرض لمخاطر احتمال نكول العميل عن وعده بالشراء وما

(١)- د. ربيع محمود الروبي، مرجع سابق، ص ٣٦.

قد يترتب على ذلك من خسائر كان من المفترض أن تتحملها نتيجة بيع البضاعة. غير أنها تستوفي حقوقها من ثمن البيع وترجع على العميل بالباقي بكافة الطرق القانونية والشرعية، ومنها دفعة ضمان الجدية وغيرها من الضمانات.

ج- في ظل إلزامية الوعد وتوفر ضمانات السداد تتضاءل أهمية دراسة الجدوى الاقتصادية ودراسة سوق السلع بالنسبة لهذه المصارف، وحتى المصارف التي تولي اهتماماً بدراسة الجدوى، فإن هذه الدراسة تنصب على المركز المالي للعميل وقدرته على الدفع، وليس على رواج السلع وإمكانية تصريفها. ومما قد يشجعها على ذلك، رغبتها في تجنب نفقات الدراسة.

د- إذا كان الأصل أن العميل لا يشتري السلعة بنفسه وإنما يلجأ إلى المصرف ليستفيد من خبرته وإمكانياته الاقتصادية في الحصول على السلع من مصادرها بأقل سعر ممكن وبأفضل الشروط، فإن هذه الميزة قد لا تتحقق، لأن الإلزام بالوعد قد يغري المصارف على تضخيم تكاليف السلع، على أساس أن الربح يحسب كنسبة من إجمالي الثمن والتكاليف الأخرى، ويتحدد بصفة إجمالية عند إبرام عقد الوعد، ويزيد بزيادة سعر التكلفة وينخفض بانخفاضه.^(١)

هـ- أن توفر الخصائص السابقة يفرغ عملية المراجعة من مضمونها الأساسي كوساطة تجارية ويجعلها أقرب ما تكون إلى الوساطة المالية أو الإقراض بفائدة. فدور المصارف من هذه الناحية لا يختلف عن دور المصارف التجارية في منح التمويل المالي بعد دراسة الجدوى وأخذ الضمانات لمواجهة مخاطر عدم السداد. ويتقلص هذا الفارق إذا ارتبط ذلك كله بالتطبيقات

(١)- د. ربيع محمود الروبي، مرجع سابق، ص ٣٦.

العملية المخالفة لضوابط تطبيق المربحة، والتي ترجع في أغلبها إلى تخلي المصرف عن مسؤولياته كمالك للسلعة وإلقاء أعبائها على العميل.

و- إضافة إلى ما تقدم فإن المصارف التي تأخذ بنظام التعويض في حال التأخر عن الوفاء بالدين في ميعاد الاستحقاق، لا تختلف عن المصارف التجارية التي تأخذ فوائد تأخير، لأن التعويض وفوائد التأخير ما هما إلا وجهان لعملة واحدة.

وتشترك جميع المصارف التي لا تأخذ بالزام الوعد وتكفل حق الخيار للطرفين أو أحدهما في الميزات المذكورة سلفاً باستثناء الأخذ بالتعويض الذي تأخذ به أغلب هذه المصارف ولا تأخذ به مصارف أخرى.

ز- أن التوسع في نشاط المربحة على حساب الصيغ الشرعية الأخرى يؤدي إلى تحول هيكل الموارد تدريجياً إلى موارد قصيرة الأجل في المقام الأول. وقد توصل أحد الباحثين^(١) إلى أن ذلك أدى إلى تدني الأثر الكلي لنشاط المصارف الإسلامية في الاقتصاد القومي، حيث انصرف ذلك النشاط إلى تمويل التجارة، وهو نشاط مشروع ومطلوب ولكن على حساب الأنشطة الأخرى. وإذا كان ذلك غير مطلوب في المجتمعات التي تعاني في المقام الأول من قصور في هياكلها الإنتاجية ومن حاجتها إلى إيجاد فرص عمل منتجة لمواطنيها، فلا شك أن ذلك الأثر السلبي لسيطرة توظيف المربحة سيتفاوت حسب طبيعة المجتمع وتكوينه، والأهمية النسبية لقطاعاته الاقتصادية.

وانطلاقاً من بحث جوانب التفرقة بين أسلوب التمويل بالمربحة وأساليب التمويل التجارية، وتقييم عملية المربحة من جوانب مختلفة؛ فإنني أفضل الأخذ

(١) - انظر: د. حاتم القرشناوي، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

بشكل المربحة دون إلزام بالوعد والضوابط التي سأذكرها تباعاً مع قناعاتي الشخصية بضرورة تقنين أحكام المربحة وضوابط تطبيقها في كل دولة.

ضوابط تطبيق المربحة في المصارف الإسلامية

١- دون إخلال بالقوانين النافذة والعرف المصرفي في كل دولة^(١)، يجوز للمصرف الإسلامي بناء على طلب العميل تمويل شراء السلع أو العقارات أو الأصول الرأسمالية عن طريق المربحة.

٢- المربحة هي اتفاق بين المصرف والعميل على أن يبيع الأول للأخير سلعة بثمان تكلفتها وزيادة ربح متفق عليه وعلى كيفية سداده.

٣- يجوز للمصرف أن يشتري السلعة بالموصفات التي طلبها العميل ومن الجهة التي حددها، ويحق له الاعتذار عن المضي في العملية في حالة رفض العميل عروضاً أخرى هي الأنسب للمصرف.

٤- لا يجوز أن تشتمل وثيقة الوعد أو ما في حكمها على مواعدة ملزمة للطرفين أو لأحدهم.

٥- يجوز للعميل أن يحصل على عروض بأسعار السلعة سواء كانت موجهة باسمه الخاص أو خالية من التوجيه، وعندئذٍ تعدّ إرشادية وليس لها صفة الإيجاب بالنسبة للمصرف. فإذا صدر من العميل جواب بالقبول على إيجاب البائع الأول الموجه إليه خاصة أو الخالي من أي توجيه، لا يجوز للمصرف إجراء عملية المربحة للأمر بالشراء. وإذا كانت تلك العروض باسم المصرف تعدّ إيجاباً من البائع يظل قائماً إلى انتهاء المدة المحددة فيه، فإذا صدر جواب بالقبول من المصرف، انعقد البيع تلقائياً بينه وبين

(١)- راجع المادة (٧) من مرسوم إحداث المصارف الإسلامية السوري) التي أجازت لمجلس النقد السوري وضع الضوابط اللازمة لممارسة المصارف أعمال التمويل والاستثمار.

البائع. ويجب إلغاء أي ارتباط تعاقدى سابق بين العميل الأمر بالشراء والبائع الأول إن وجد، ولا يجوز تحويل العقد المبرم بين العميل والبائع الأول إلى المصرف.

٦- يجوز للمصرف والعميل الأمر بعد الوعد وقبل إبرام المراجعة الاتفاق على تعديل بنود الوعد عما كانت عليه سابقاً، سواءً للأجل أم للربح أم لغيرهما.

٧- في المراجعة الداخلية إذا خشي المصرف من عدول العميل عن الشراء، فيجوز له أن يشتري السلعة بالخيار ليتمكن من رد السلعة في حال العدول.

٨- لا يجوز للمصرف توكيل العميل بأن يشتري لحساب المصرف ويبيع لنفسه بربح محدد متفق عليه في حدود سقف متفق عليه، وهو ما يعرف بالمراجعة المدورة.

٩- لا يجوز الاتفاق بين المصرف والعميل على تقاضي عمولة الارتباط، وهي فيما إذا أعطى المصرف للعميل تسهيلات للتمويل بالمراجعة بسقف معين، ولم يستخدم العميل ذلك السقف كله، فيأخذ المصرف من العميل نسبة متفقاً عليها عما لم يستخدم.

١٠- إذا كانت المراجعة للأمر بالشراء قد تمت بطريقة التمويل الجماعي فللمصرف المنظم للعملية أن يتقاضى أجره على ذلك يتحملها المشاركون في التمويل.

١١- أ- لا يجوز تحميل الواعد بالشراء أيّاً من المصاريف والعمولات المتعلقة بكتاب الاعتماد في حالة عدم تنفيذ البائع الأصلي لالتزاماته.

ب- لا يجوز أن يحصل المصرف من العميل على تعهد بإضافة شيء غير معلوم إلى ثمن البضاعة بعد توقيع العقد، لأن ذلك يؤول إلى جهالة الثمن.

ج- لا يجوز للمصرف أن يخصم المصاريف الزائدة على العقد من حساب العميل دون علمه ورضاه.

الضمانات المتعلقة بالشروع في العملية:

١٢-أ- لا يجوز للمصرف أن يلزم العميل بتحمل مخاطر البضاعة التي طلب شراءها، ولا أن يقبل تعهداً منه بذلك. ولا يجوز إلزام العميل بضمان ما يطرأ على السلعة من أضرار وهلاك خلال فترة الشحن أو التخزين.

ب- لا يجوز للمصرف أن يأخذ من العميل أي مبلغ نقدي في مرحلة المواعدة بأي شكل كان، سواء أكان هامش الجدية، أو دفعة مقدمة ضماناً من العميل على حساب قيمة البضاعة التي سيشتريها، أو أي مبلغ نقدي آخر. ولا يجوز له أن يأخذ من العميل في هذه المرحلة كمبيالات أو سنداً لأمر.

ج- يجوز للمصرف أن يطلب من العميل تحويل راتبه إلى المصرف في مرحلة المواعدة، على أن لا يشترط بقاء الراتب لديه مدة معينة قبل شرائه للسلعة. ويجوز للمصرف أن يطلب من العميل كفيلاً غارماً، على أن يكون التزام الكفيل معلقاً على بيع السلعة للعميل وثبوت الدين في ذمته.

د- يجوز التعجيل بتقديم الضمانات في مرحلة المواعدة من كفالة ورهن وغيرهما، شريطة ألا تستخدم إلا بعد توقيع عقد المراجعة.

مرحلة التملك

١٣-أ- لا يجوز للمصرف أن يبيع سلعة بالمراجعة قبل تملكها وقبضها حقيقة أو حكماً بالتمكين أو تسليم المستندات المخولة بالقبض. ويعدّ بيع المراجعة باطلاً إذا كان عقد الشراء الأول باطلاً لا يفيد ملكاً تاماً للمصرف.

ب- إن كيفية قبض الأشياء تختلف حسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها، فكما يكون القبض حسيّاً في حالة الأخذ باليد أو النقل أو التحويل إلى حوزة القابض أو وكيله، يتحقق أيضاً اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حساً، بما في ذلك المنقولات إذا

جرى بها العرف. ويعدّ قبضاً حكماً تسلم المصرف أو وكيله لمستندات الشحن عند شراء البضائع من السوق الخارجية، وكذلك تسلمه لشهادات التخزين التي تعين البضاعة من المخازن التي تدار بطرق مناسبة موثوق بها.

ج- يعد قبضاً صحيحاً فرز البضاعة المشتراة من قبل المصرف في مخازن البائع بصورة مميزة لها وذلك إذا اقترن بأحد الأمور الآتية:

١- إذا تم الفرز بمعاينة مندوب المصرف.

٢- إذا تسلم المصرف أوراقاً تثبت ملكيته للسلع المفزة.

٣- إذا كانت السلع مرقمة وسجلت أرقام السلع المفزة لصالح المصرف.

١٤-أ- يجوز أن يتم تعاقد المصرف مع البائع عن طريق لقاء الطرفين وإبرام عقد البيع، كما يجوز أن يتم ذلك عن طريق إشعارين بإيجاب وقبول متبادلين بالكتابة أو المراسلة بأي شكل من أشكال الاتصال الحديثة المعترف بها قانوناً أو عرفاً بضوابطها المعروفة.

ب- يجوز للمصرف أن يشتري السلعة بنفسه من البائع، أو عن طريق وكيل غير الأمر بالشراء، ولا يجوز له توكيل عميله بالشراء في بيع المربحة.

١٥- يشترط لنقل الملكية تسجيل المبيع باسم المصرف، وفقاً للقوانين النافذة.^(١)

(١)- وهذا ما يتم في البنك الإسلامي الأردني تنفيذاً للقوانين النافذة، حيث يتم التسجيل في دائرة الأراضي عند شراء المصرف للعقار، حتى ينتقل إلى ملكيته قبل بيعه مربحة للأمر، ثم إعادة تسجيله باسم المشتري، وكذلك الأمر بالنسبة للسيارات. والتسجيل مرتين يوجب دفع رسوم تسجيل العقار مرتين، وارتفاع الرسوم يعيق قيام المصرف بمثل هذا التمويل إضافة إلى أنه يعيق قيام المصرف بتمويل الأفراد لابتياح الشقق والبيوت. راجع : د. موسى عبد العزيز شحادة، تجربة البنك الإسلامي الأردني، ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، مرجع

١٦- لا يجوز أن تكون الوثائق والعقود والمستندات الصادرة عند إبرام عقد شراء السلعة باسم العميل. ولكن يجوز ذكر اسم العميل في بوليصة الشحن مع اسم المصرف أو وكيله لمجرد الإحاطة.

١٧- يجوز أن يتسلم المصرف السلعة بنفسه من مخازن البائع أو من المكان المحدد في شروط التسليم، ويجوز له توكيل غير البائع الأول والأمر بالشراء للقيام بذلك نيابة عنه.

١٨- في حال إجراء التأمين على السلعة، يجب أن يقوم به المصرف على حسابه ويتحمل المخاطر المترتبة عليه بوصفه مالكا للسلعة في هذه المرحلة، ويكون التعويض من حقه وحده، وليس للعميل حق فيه إن حدث موجب التعويض قبل انتقال الملكية إليه. ويحق للمصرف أن يضيف المصروفات بعد ذلك إلى تكلفة المبيع، وبالتالي إلى ثمن بيع المربحة، شريطة أن يكون التأمين تعاونياً.

مرحلة البيع

١٩- على المصرف أن يُفصح عن ثمن السلعة، وبيعها في بيع المربحة للأمر بالشراء على أن يكون الثمن الإجمالي للسلعة محدداً ومعلومًا للطرفين عند التوقيع على عقد البيع.

٢٠- يجوز للمصرف أن يشترط على العميل أنه إذا امتنع عن تسلم السلعة في الموعد المحدد بعد إبرام عقد المربحة، فيحق له فسخ العقد أو بيع السلعة نيابة عن العميل ولحسابه، ويستوفي مستحقاته الفعلية من الثمن، ويرجع عليه بالباقي إن لم يكف الثمن بمستحقاته. ولا يجوز للمصرف تحميل

سابق، ص ٤٥٧. وهناك رأي مخالف تعمل به بعض المصارف يقول بأن الملكية لا تتطلب التسجيل الذي هو مجرد إجراء قانوني لتأكيد العقد.

العميل بأكثر من الفرق بين ثمن البيع والتكلفة الفعلية للشراء. وفي حالة البيع بأكثر من تكلفة الشراء، فإن الربح يكون من حق العميل.

ضمانات المرابحة ومعالجة مديونيتها.

٢١- يجوز اشتراط المصرف على العميل حلول بعض الأقساط قبل مواعيدها عند عدم سدادده للأقساط في مواعيد استحقاقها دون عذر مقبول، ويجوز للمصرف في هذه الحالة أن يتنازل عن جزء من المستحقات شريطة ألا يكون ذلك مشروطاً في العقد.

٢٢- للمصرف أن يطلب من العميل ضمانات مشروعة في عقد بيع المرابحة ومن ذلك: كفالة طرف ثالث، أو رهن أي منقول أو عقار للعميل، سواء كان الرهن حيازياً، أو رسمياً دون حيازة. وينبغي فك الرهن تدريجياً حسب نسبة السداد.^(١)

(١) - الرهن من التأمينات العينية الخاصة التي يقدمها المدين ضماناً للدين وهو نوعان: حيازي يرد على العقار والمنقول، وبمقتضاه تنتقل حيازة المال المرهون من يد المدين (الراهن) إلى يد الدائن المرتهن الذي يكون له الحق في أن يحبسه حتى يستوفي حقه. أما الرهن الرسمي فيرد على العقار فقط، ويرتب للدائن المرتهن حقاً عينياً على العقار المرهون دون أن تنتقل ملكيته إليه، بل تبقى في حيازة المدين الراهن. والرهن بنوعيه من الحقوق العينية التبعية. أي أنه يقوم ضماناً للقرض ويتبع القرض وجوداً وعدماً، صحة وبطلاناً، وينقضي الرهن بانقضاء الدين. والرهن قد يكون لممتلكات المدين غير العين المبيعة، وقد يكون للعين المبيعة نفسها، ولا ضير في هذا إذا كان الرهن قانونياً لا حيازياً، فالرهن القانوني لا يمنع الراهن من الانتفاع بالعين المرهونة، ولكن يمنعه من أي تصرف ناقل للملك، أو ضار بمصلحة الدائن المرتهن. ومما يعد رهناً ما تقوم به المصارف الإسلامية من تجميد بعض الودائع المصرفية، فيضع المدين أو كفيله مبلغاً من النقود في الحساب الجاري أو الاستثماري لضمان أداء الأقساط في مواعيدها، ويتم حجز المصرف على هذا المبلغ، فلا يسمح لصاحبه بالسحب منه ما دام الدين قائماً. ووضع المبلغ في حساب الاستثمار لصالح المدين يتفق مع حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يعلق الرهن من راهنه، له غنمه وعليه غرمه". ومن الخطأ أن يشترط المصرف

- ٢٣- يجوز للمصرف في حال الحصول على رهن من العميل أن يشترط تفويضه ببيع الرهن من أجل الاستيفاء من ثمنه دون الرجوع إلى القضاء، وذلك في حال تأخر العميل عن السداد وامتناعه عن تولي بيع المرهون بنفسه. ولا يجوز اشتراط عدم انتقال ملكية السلعة إلى العميل إلا بعد سداد الثمن؛ ولكن يجوز إرجاء تسجيل السلعة باسم العميل المشتري لغرض ضمان سداد الثمن، وعلى المصرف إعطاء المشتري (سند ضد) لإثبات حقه في الملكية.
- ٢٤- للمصرف أن يشترط في عقد المراجعة أن له الحق في مطالبة العميل بزيادة الرهن في حال نقصان قيمة الرهن عن الدين المتبقي في ذمته. ويجوز للمصرف مطالبة العميل بتقديم شيكات أو سندات لأمر بعد إبرام عقد المراجعة ضماناً للمديونية، شريطة النص على أنه لا يحق للمصرف استخدام الشيكات أو السندات إلا في مواعيد استحقاق الدين، ولو كانت الشيكات أو السندات حالة.
- ٢٥- لا يجوز للمصرف أن يشترط على العميل دفع غرامة في حال تأخره عن السداد، سواء حددت الغرامة عند التعاقد أو اتفق على تقديرها عند وقوع الضرر (التعويض)، وسواء كان العميل معسراً أو مماطلاً. ويجوز للمصرف الدائن أن يلزم العميل المماطل بتحمل جميع المصاريف الفعلية التي دفعها المصرف بسبب استخلاص وتحصيل الدين.
- ٢٦- لا يجوز تأجيل موعد أداء الدين مقابل زيادة في مقداره -جدولة الدين- سواء كان العميل موسراً أو معسراً.

وضعه في الحساب الجاري، أو في حساب خاص لا ينتفع به المدين، بل ينتفع به المصرف الدائن، حيث يضم -كله أو بعضه- إلى الأموال المستثمرة، ويأخذ المصرف ما يحققه من ربح، فهذا يتعارض مع الحديث الشريف، ومع الإجماع. راجع: د. علي السالوس، حماية الحسابات الاستثمارية، مرجع سابق، ص ٣٩ وما بعدها.

٢٧- لا يجوز للمصرف أن يعيد شراء سلعة باعها للعميل مرابحة لأي سبب كان سداً لذريعة العينة. ولا يجوز له شراء السلعة من الواعد بالشراء نفسه، ثم في الوقت نفسه يبيعها إليه مرابحة بالأجل بثمن أكبر؛ لأن ذلك من بيع العينة المحرمة شرعاً. ويجب على المصرف التأكد من أن البائع الأول طرف ثالث غير العميل أو وكيله، فإن كان البائع الأول هو العميل أو وكيله كان البيع باطلاً.^(١)

(١)- لا يجوز التحيل على بيع العينة، ومن ذلك أن تكون شركة العميل باسم أحد أقاربه وهي في الحقيقة مملوكة للعميل نفسه، فلا يجوز للمصرف حينئذ أن يبيع بالأجل على القريب ما اشتراه من ذلك العميل إذا علم بذلك، سواء في المرابحة أو المشاركة، أما إن كانت تلك الشركة مملوكة للقريب حقيقة كلها أو أكثرها، فلا مانع حينئذ أن يبيع المصرف على قريب العميل؛ لأن ذمة كل منهما مستقلة عن ذمة الآخر، وقد انتفت الحيلة. ولا يجوز للمصرف الدخول في عملية مرابحة إذا تبين له وجود تواطؤ أيا كان نوعه بين الواعد بالشراء والبائع. وتتحقق العينة المحرمة شرعاً إذا كان البائع وكيلاً عن الواعد بالشراء؛ لأن الشراء من الوكيل كالشراء من الأصل نفسه.

المطلب الرابع

ضوابط تطبيق المراجعة وفقاً لقرار مجلس النقد و التسليف السوري

استناداً إلى نص المادة (٧) من مرسوم إحداث المصارف الإسلامية رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٥ الذي أجاز للمصارف العاملة في سورية القيام بأعمال التمويل والاستثمار باستخدام الصيغ الشرعية وفقاً للضوابط التي يضعها مجلس النقد والتسليف. وبناءً على نص المادة (١١/ج من المرسوم ذاته) الذي خول مجلس النقد والتسليف وضع القواعد والشروط التي يجب اتباعها في علاقة المصرف بعملائه وبمساهميه؛ فقد أصدر مجلس النقد والتسليف قراراً ألزم بموجبه المصارف الإسلامية العاملة في سورية باتباع مجموعة من القواعد الهادفة إلى تنظيم العلاقة فيما بينها وبين عملائها على أساس الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، والحد من المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها هذه المصارف جراء ضعف أو غياب الالتزام بتطبيق هذه المبادئ، وقد تضمنت تلك القواعد ما يلي: ^(١)

مادة (١) - يجب على المصارف الإسلامية العاملة في الجمهورية العربية السورية الالتزام بالقواعد التالية أثناء الدخول في عمليات مرابحة:

(١) - انظر: قرار مجلس النقد السوري رقم (٥٢٠/م ن/ب/٤) الصادر في ٢٧ / ٥ / ٢٠٠٩.

ر: <http://www.badlah.com/page> وانظر

بشأن <http://www.banquecentrale.gov.sy/mone-poli-ar/c-dec2005.htm>

قرارات مجلس النقد السوري.

أ- مرحلة ما قبل عقد المراجعة:

١- يجب على المصرف، في حال عدم تطبيق خيار الشرط مع البائع الأول، عدم الدخول في عملية مراجعة للأمر بالشراء قبل الحصول على وعد ملزم من العميل.^(١)

٢- في حالة نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، لا يجوز للمصرف حجز هامش الجدية وبنحصر حقه فيه بمقدار الضرر الفعلي، وذلك بتحميل العميل الفرق الحاصل بين ثمن السلعة المباعة للغير والتكلفة التي تكبدها المصرف. ويعتبر هامش الجدية أمانة للحفظ لدى المصرف لا يجوز التصرف فيه، أو يأذن العميل للمصرف باستثماره على أساس المضاربة الشرعية.

٣- في حالة توكيل العميل (إذا اقتضت الضرورة) بشراء السلعة لا بد من اتخاذ الإجراءات التالية للتأكد من توافر شروط محددة:

أ- أن يباشر المصرف دفع الثمن للبائع بنفسه وعدم إيداع ثمن السلعة في حساب العميل الوكيل.

ب- أن يحصل المصرف من البائع على وثائق للتأكد من حقيقة البيع.

(١)- ويستفاد من ذلك: ١. أنه يمكن للمصرف الدخول في عملية المراجعة دون أن يحصل على وعد ملزم من العميل وذلك في حالة تطبيق خيار الشرط. ومضمونه أن يتفق المصرف مع البائع على أن البيع لا يكون نافذاً ونهائياً إلا إذا انقضت المدة المتفق عليها دون أن يرد المصرف السلعة. والهدف من ذلك هو أن يتجنب المصرف المخاطر حيث تتاح له فرصة عرض السلعة على العميل الذي يكون بالخيار في أن يقبلها أو لا يقبلها، و في هذه الحالة الأخيرة يقوم المصرف بردها للبائع. ولا يخفى أن المصرف لا يلجأ إلى هذه الطريقة -غالباً- إلا إذا كانت المراجعة داخلية (شراء محلي) لأن تكاليفها تكون أقل. ٢- في حالة عدم تطبيق خيار الشرط لا بد من إلزام العميل بالوعد بالشراء. ويلاحظ أن القرار لم يجز المواعدة الملزمة للطرفين وحسناً فعل.

ج- أن يتم الفصل بين الضمانين: ضمان المصرف وضمان العميل الوكيل عن المصرف في شراء السلعة لصالحه، وذلك بتخلل مدة بين تنفيذ الوكالة وإبرام عقد المرابحة للأمر بالشراء بين المصرف والعميل من خلال الإشعار من العميل بتنفيذ الوكالة والشراء، ثم الإشعار من المصرف بالبيع.

د- أن تكون الوثائق والعقود والمستندات الصادرة عند إبرام عقد شراء السلعة باسم المصرف وليس العميل، حتى لو كان هذا الأخير وكيلاً عنه.

٤- يجب إثبات قبض المصرف للسلعة قبضاً حقيقياً أو حكماً قبل بيعها لعميله بالمرابحة للأمر بالشراء.

٥- يتحمل المصرف تبعة هلاك السلعة بعد قبضها.

٦- يجب إلغاء أي ارتباط عقدي سابق، بين العميل الأمر بالشراء والبائع الأصلي إن وجد، وأن تكون هذه الإقالة من الطرفين حقيقية وليست صورية. ولا يجوز تحويل العقد المبرم بين العميل والمصدر إلى المصرف.

٧- يجب على المصرف أخذ التدابير اللازمة للتأكد من أن الجهة البائعة للسلعة هي طرف ثالث غير العميل أو وكيله.

٨- يتحمل مالك الأصل (المصرف) مخاطر الطريق وكل ما يطرأ على الأصل من أضرار وهلاك خلال فترة الشحن أو التخزين، ولا يجوز تحميل الأمر بالشراء (العميل) بأي من تلك المخاطر.

ب- مرحلة العقد:

١- يجب تضمين عقد المرابحة التعريفات التالية حيثما ينطبق: عقد المرابحة (العادية أو للأمر بالشراء) البائع (المصرف) الأمر بالشراء، الكفيل، هامش الجدية، الأصل موضوع العقد، المستندات العائدة للأصل.

٢- يجب تضمين عقد المرابحة تحديداً دقيقاً لتاريخ إبرام العقد (الساعة - الدقيقة).

- ٣- يجب تضمين العقد أنه في حال عرض على العميل أن يتسلم البضاعة في الموعد المحدد ولكنه أرجأ ذلك، فإنها حينئذ تصبح على ضمانه.
- ٤- في حال اشترى المصرف السلعة بالأجل بقصد بيعها بالمرابحة، فإنه يجب عليه الإفصاح للعميل عن ذلك، ويجب تضمين العقد تفاصيل المصروفات التي ستدخل في الثمن، (مصروفات النقل، والتخزين، ورسوم الاعتماد المستندي، وأقساط التأمين، وغير ذلك).
- ٥- يجب تضمين العقد عبارة: « في حال حصل المصرف على حسم من البائع على السلعة المباعة نفسها فإن العميل يستفيد من ذلك الحسم بتخفيض الثمن الإجمالي بنسبة الحسم».
- ٦- يجب تضمين العقد ثمن التكلفة (ثمن الشراء + المصروفات المتفق عليها) والربح كل على حدة.
- ٧- يجب تضمين العقد جدولاً زمنياً لتسديد الأقساط.
- ٨- لا يجوز اشتراط زيادة على ثمن البيع يستحقها المصرف في حال التأخر في السداد. ويجب تضمين العقد عبارة « يلتزم الطرف الثاني (العميل)، في حال تأخره عن سداد الأقساط المستحقة في مواعيدها المقررة، بالتصدق بمبلغ محدد أو نسبة من الثمن يصرف في وجوه الخير بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمصرف، وذلك في حال لم يثبت العميل أن تأخره عن السداد ليس على سبيل المماطلة ».^(١)

(١) - ولعل في هذا البند حل لجزء من مشكلة المماطلة في أداء حقوق المصارف، ذلك أن الدين بعد ثبوته في الذمة لا يمكن الزيادة فيه شرعاً بسبب التقصير أو المماطلة، وقد يستغل المدين هذا الوضع ويستمر في مماطلته إلى ما يشاء. ولهذه المشكلة آثار سيئة على العمل المصرفي لعل أهمها: ١- اتجاه المصارف الإسلامية إلى المبالغة في طلب الرهن والضمانات، الأمر الذي يجعل فرص الاستفادة من التمويل محصورة في فئة الأثرياء القادرين على تقديم

٩- يجب تضمين العقد في حال وجود شرط ببراءة المصرف من عيوب السلعة كلها أو بعضها، تفويض المصرف للعميل بالرجوع على البائع الأول بشأن التعويض عن العيب الثابت للمصرف التعويض عنه تجاه البائع. وفي حال عدم اشتراط المصرف براءته من العيوب الخفية القديمة التي يظهر أثرها بعد العقد فإنه يجب تضمين العقد عبارة: « تقتصر مسؤولية المصرف على العيوب الخفية القديمة دون الحادثة (المستجدة) ».

١٠- في حال تم الاتفاق بين المصرف والعميل على أداء دين المرابحة بعملة أخرى مغايرة لعملة الدين، فيجب تضمين العقد أن يتم ذلك بسعر الصرف يوم السداد، وأن يتم تسديد الدين بأكمله أو تسديد المقدار المتفق على مصارفته، بحيث لا يبقى في الذمة شيء من المبلغ المتفق على مصارفته.

١١- يجب تضمين العقد تحديداً للضمانات المقدمة من قبل العميل.

١٢- في حال طلب المصرف من العميل تقديم شيكات أو سندات لأمر قبل إبرام عقد المرابحة للأمر بالشراء، يجب تضمين العقد عبارة: « لا يحق للمصرف استخدام الشيكات أو السندات إلا في مواعيد استحقاقها ».

١٣- يجب الالتزام بالتأمين التكافلي في حال اشتراط التأمين.

الضمانات الممتازة ٢- نظراً إلى أن احتمال الماطلة يترجح في كل عملية تمويل، فقد اتجهت المصارف إلى افتراض أن كل عميل ماطل بسبب عجزها عن التفرقة بين الأمين الملتزم والماطل، وترتب على ذلك رفع هوامش الربح حتى تعوض عن تلك الماطلة إذا حصلت؛ لأنه لا يمكنها الحصول على تعويض عن ذلك بعد ثبات الدين في ذمة العميل، ولقد أدى ذلك إلى أن أصبح التمويل بالصيغ الإسلامية أعلى كلفة بالمقارنة بالفوائد الربوية، ولطالما انتقدت المصارف الإسلامية كثيراً على هذه الظاهرة.

١٤- يجب تضمين العقد أولوية اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات على أساس أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك قبل اللجوء إلى القضاء في حال فشل التحكيم.

١٥- يجب تضمين العقد عبارة « تسري على هذا العقد، فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الفريقين، أحكام القانون المدني السوري والقوانين والأنظمة النافذة الأخرى، والنظام الأساسي للمصرف، والممارسات والعادات القائمة، وكل ذلك بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ».

١٦- يجب تضمين العقد عبارة « يلتزم الفريق الثاني (الأمر بالشراء) في تعامله مع المصرف بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ».

١٧- يجب تضمين العقد تأكيد العميل موافقته على شروط العقد وفهمه لها. ويجب صياغة شروط العقد بلغة واضحة ودقيقة وغير غامضة، ويجب أن لا تتضمن الصياغة تضليلاً متعمداً يمكن أن يؤدي إلى عدم فهم العميل واستيعابه للآثار المترتبة على العقد.

ت- يجب على المصرف تصفية الأصول الناجمة عن عمليات مرابحة غير منفذة خلال فترة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ تصنيفها ضمن الحساب رقم ١٥٤٠٤ في وضعية الموجودات من الأوضاع المصرفية الإسلامية الصادرة عن مجلس الوزراء بالقرار رقم ٥٤٩٢ تاريخ ٢٦/١٢/٢٠٠٧.

مادة (٢)- يبلغ هذا القرار من يلزم لتنفيذه.

وعلى ضوء السلطة المخولة لمجلس النقد بموجب مرسوم إحداث المصارف الإسلامية السوري، يمكن لهذا المجلس تحديد أنواع السلع التي لا يجوز للمصارف أن تتعامل بها في بيع المرابحة أو النقسيط، سعياً إلى تشجيع الإنتاج الوطني من خلال منع المصارف من التعامل في السلع المستوردة أو الحد من استيرادها كلها أو بعضها في فترات معينة. ويجوز له عند الضرورة تحديد

سقف لهوامش الأرباح التي تتقاضاها المصارف في عمليات المراجعة خاصة إذا كان العميل ملزماً بالشراء أياً كانت التكلفة، حيث إن المصرف في هذه الحالة يحصل على ربح يزيد بزيادة التكلفة التي قد تتعدى تكلفة الفائدة السارية وقت التعاقد. على أن يتم تحديد سقف لهوامش الأرباح مع مراعاة أنواع السلع والمبالغ والآجال.

الفرع الثاني

التمويل بالإجارة في المصارف الإسلامية

تعدّ الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك من أدوات التمويل بالهامش الربحي التي تستخدمها المصارف الإسلامية. وفي تحليلنا لهذه الوسيلة لن نتعرض للإطار العام للإجارة من حيث شروطها وأحكامها، لأنها أمور مفصلة في المؤلفات الفقهية والقانونية. والتعرف على الإجارة المنتهية بالتملك يستدعي تقسيم هذا الفرع إلى مبحثين:

الأول: مفهوم الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك.

الثاني: ضوابط الإجارة وكيفية تطبيقها في المصارف الإسلامية.

المبحث الأول

مفهوم الإجارة المنتهية بالتمليك

من المعلوم أن الإيجار طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني هو عقد بين مؤجر ومستأجر يقع على منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة محددة أو مطلقة.^(١)

ولا يختلف الفقه في تحديد ماهية العقد إذا اتفق المتعاقدان على نقل ملكية شيء معين مقابل أقساط محددة تدفع خلال مدة معلومة، فهذا هو البيع بالتقسيط، ولكن يقع اللبس في تحديد ماهية العقد الذي يسميه الطرفان (عقد إيجار)، مع أن نيتهما تكون قد انصرفت إلى حقيقة البيع، ليتمكن البائع من بيع بضاعته بأقساط يسهل على المشتري دفعها، وفي الوقت نفسه يحتفظ بملكية المبيع، حتى يحصل على القسط الأخير من ثمنه، وقد اتخذ هذا العقد عدة صور في القوانين الوضعية وفي المصارف الإسلامية ولبيان فكرة العقد يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: فكرة الإيجار المنتهي بالتمليك في القوانين الوضعية.

الثاني: مفهوم الإيجار المنتهي بالتمليك في المصارف الإسلامية.

(١) - المادة (٦٢٨ مدني يمني).

المطلب الأول

فكرة الإيجار المنتهي بالتمليك في القوانين الوضعية

أولاً: الإيجار السائر للبيع (البيع الإيجاري)

تتلخص فكرته في التعاقد على شيء يتفق الطرفان على أنه مؤجر لمدة معلومة لقاء أجر دوري محدد، بحيث إذا دفع المستأجر هذا الأجر كله أصبح الشيء مملوكاً له في نهاية المدة، أما إذا أخلّ بشروط التعاقد فإن العقد يفسخ، ويعود الشيء إلى المؤجر. ومن الواضح أن قصد العاقدين في هذا الاتفاق هو البيع بالتقسيط، ولكن البائع يخشى من عدم قدرة المشتري على دفع الأقساط، فيعتمد إلى تسميته بالإيجار ليظل محتفظاً بملكية الشيء المؤجر، ولذلك يجري الاتفاق على أنه إذا وفى المشتري بالأقساط المطلوبة، ينقلب الإيجار بيعاً. ولما كان اتفاق الإيجار عقداً صورياً يستتر به العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط، والمبالغ التي يدفعها المستأجر ليست إيجاراً (أجرة) وإنما هي أقساط من الثمن، فتسري على هذا الاتفاق أحكام البيع بالتقسيط (ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً) عملاً بحكم المادة (٣٨٩) من القانون المدني السوري التي نصت على أنه ((١- إذا كان البيع مؤجلاً الأداء جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على أدائه الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. ٢- فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٢٢٥). ٣- وإذا وفت الأقساط جميعاً، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر

مستنداً إلى وقت البيع. ٤- وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً^(١).

وعلى ذلك فإن انتقال ملكية المبيع إلى المشتري تكون معلقة على شرط واقف منذ إبرام العقد، وإذا أفلس المشتري، لم يستطع البائع أن يسترد المبيع من التفليسة، لكن إذا حجز دائنو المشتري على العين فإن البائع يستطيع فسخ البيع، كما أن له حق امتياز على العين يتقدم به على دائني المشتري.^(٢)

ثانياً: الإيجار المقترن بوعده بالبيع، وله صورتان:

الأولى: أن تكون إرادة الطرفين قد اتجهت حقيقة إلى البيع بالتقسيط منذ البداية، وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معلقاً على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار في مواعيدها، وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء هو أقساط الإيجار، وقد يضاف إليها مبلغ رمزي، وفي هذا الفرض يكون العقد بيعاً بالتقسيط لا إيجاراً حتى لو أضيف إليه مبلغ رمزي، ويُعد المشتري مالكاً تحت شرط واقف، فلا يكون مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن، ولا يستطيع البائع استرداده من تفليسة المشتري.^(٣)

(١)- وتقابلها المادة (٨٨ من القانون التجاري اليمني)، حيث نصت على أنه ((إذا كان المبيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع، وتكون تبعة الهلاك على المشتري في الوقت الذي يتم فيه التسليم، فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً جاز للعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه، وإذا وفيت الأقساط جميعها فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع، وتسري الأحكام السابقة ولو سمي التعاقدان البيع إيجاراً)).

(٢)- راجع : د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، العقود التي تقع على الملكية، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ١٧٤، ١٧٨.

(٣)- المرجع السابق، ص ١٨١ وما بعدها.

الثانية: الإيجار الجدي المقترن بوعده بالبيع: حيث تكون الأجرة مناسبة للعين المستأجرة، ويكون الثمن الموعود به عند البيع ثمناً حقيقياً جدياً مستقلاً عن أقساط الأجرة ومتناسباً مع قيمة العين. وفي هذا الفرض يكون العقد إيجاراً لا بيعاً بالتقسيط، ولا يتم البيع تلقائياً بنهاية المدة المحددة، وإنما بعقد جديد. ويترتب على عد هذه الصورة إيجاراً، عدم انتقال الملكية إلى المستأجر، وإذا تصرف المستأجر في العين المؤجرة كان مبدداً، وإذا أفلس، استرد المؤجر العين المؤجرة من تقليسته. وإذا ما أظهر المستأجر رغبته في شراء العين، ينتهي عقد الإيجار، ويتم نقل الملكية إلى المشتري بإبرام عقد البيع، وينتهي التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة، ويحل محله التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه، ويكون الثمن مضموناً بحق امتياز على المبيع.^(١)

ثالثاً: التمويل الإيجاري (التأجير المالي):

يتضمن تأجير معدات أو آلات أو أدوات إنتاج أو سيارات أو عقارات مخصصة لغايات محددة لمدة معينة مقابل أجر محدد، مع وعد بالبيع عند نهاية المدة وبالشروط التي يتفق عليها الممول والمستأجر لتحويل الإيجار إلى بيع أو التنازل عن ملكية الشيء المؤجر إلى المستأجر.^(٢)

وتتم عمليات تأجير المعدات والتجهيزات والآلات والعقارات ذات الاستعمال الصناعي المشتراة خاصة بقصد هذا التأجير من قبل شركات أو مصارف تبقى محتفظة بملكية هذه التجهيزات، ويكون من شأن هذه العمليات أن تخول المستأجر الحق في شراء التجهيزات. ويطلق على هذه العملية مصطلح عقد الإجارة المقرونة بخيار الاقتناء. ويقوم هذا العقد على فكرة تمويل العميل من

(١) - السابق، المكان نفسه.

(٢) - المادة (٢) من قانون البنك المركزي اليمني، حيث بينت معنى التأجير المالي كما ورد في المتن.

أجل الحصول على ما يريده، يقتنيه الممول ويؤجره له مع إمكانية تملكه له إذا طلب ذلك، سواء خلال مدة الإيجار أو عند نهايتها.^(١)

وتتلخص فكرة هذا التمويل في وجود علاقة ذات أطراف ثلاثة هم: المستأجر الذي يسعى لاستئجار أصل أو أكثر من تلك الأصول، وهو في الغالب لا يستطيع الشراء ودفع الثمن، فيلجأ إلى الممول (المؤجر) - مصرف أو شركة - لتمويل مشروعه، فيقوم هذا الأخير بشراء تلك المعدات ثم تأجيرها للمستأجر، أو يوكل المستأجر بشرائها من إحدى الشركات المتخصصة (البائع) واستلامها. ويتم التأجير مدة تقارب العمر الافتراضي لهذه الأصول بأجر مرتفع يضمن للمؤجر استرداد ثمن الأجهزة أو العقارات مع هامش ربح مناسب، وغالباً ما يتضمن العقد وعداً بالبيع من جانب المؤجر لصالح المستأجر الذي يكون بالخيار بعد انتهاء مدة الإيجار إما في إنهاء العقد ورد الأشياء المؤجرة، وإما بتملك العقار والأجهزة بثمن غالباً ما يتفق عليه عند بداية التعاقد، وإما في تجديد عقد الإيجار مدة أخرى بأجر أقل.^(٢)

والجدير بالذكر أن الفقه القانوني اختلف حول تكييف عقد الإيجار التمويلي^(٣)، ولذلك سأحاول بيان خصوصية هذا العقد في إطار القانون اليمني على النحو التالي:

(١) - عائشة الشرقاوي، البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٠٦.

(٢) - لمزيد من الاطلاع حول التمويل بالاعتماد التأجيري في فرنسا انظر: د. عاشور عبد الجواد، البديل الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٠، د. عائشة الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٥٠٦ وما بعدها.

(٣) - لمزيد من الاطلاع حول الطبيعة الخاصة لعقد التأجير التمويلي راجع: صفاء عمر خالد بلعوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، أطروحة غير منشورة قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في المنازعات الضريبية بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٥، ص ١٠٠ - ١٤٣.

نصت المادة (٢) من قانون التأجير التمويلي اليمني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧ على أنه ((يقصد بالكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة إزاء كل منها ما لم يقتض سياق النص معنى آخر أو تدل القرينة على خلاف ذلك: ...
٥- التمويل التأجيري: هو تأجير يتمتع بالصفات التالية بصرف النظر عن اشتماله أو عدم اشتماله لخيار الشراء:

أ - يلتزم المؤجر بنقل الأصل المملوك له أو الذي حصل عليه من المورد وفقاً لشروط المستأجر إلى حيازة واستخدام الأخير.

ب - يلتزم المستأجر بدفع الإيجار الذي يحسب على أساس التعويض عن كامل تكلفة الأصل المستأجر أو جزء كبير منها (لا يقل عن ٩٠%) في كامل المدة مع اشتماله لخيار الشراء.

ج - يلتزم المستأجر باستخدام الأصل المستأجر في نشاطات مدرة للدخل.

٦- الأصل المؤجر: كل مال عيني قابل للاستخدام سواء كان ثابتاً أو منقولاً بطبيعته أو بالتخصيص يمكن الانتفاع به من خلال تكرار استخدامه مع استمرارية وجوده، ويشمل التعريف جميع الأصول المستخدمة في التجارة والأعمال بما فيها المصانع، السلع الرأسمالية، المعدات، ولا يشمل هذا التعريف النقد، سندات الاستثمار، اذونات الخزنة وغيرها من الأوراق المالية والتجارية.

٧- الإيجار: هو الدفعات التي يتم احتسابها على أساس تعويض كامل تكلفة الأصل المؤجر، أو جزء كبير منها عند الشروع في عقد التأجير، ويشمل الإيجار:

أ- تعويض المؤجر عن تكاليف شراء الأصل المؤجر، إضافة إلى جميع النفقات المتعلقة بشراء ونقل وتشغيل الأصل المؤجر، بما يكفل استخدامه حسب ما أعِدَّ لأجله.

ب - عائد المؤجر

٨- نشاط التأجير التمويلي: هو نشاط استثماري يقوم بممارسته المؤجر، ويشمل امتلاكه أو قيامه بشراء الأصل المؤجر من المورد وفقاً للشروط المتفق عليها مع المستأجر، ويقوم المؤجر بشراء ذلك الأصل من ماله الخاص، أو من مال مقترض، ويجعل الأصل المؤجر في حيازة المستأجر لاستخدامه والانتفاع به وفقاً لبنود عقد التأجير التمويلي.

٩- عقد التأجير: عقد تأجير تمويلي ينشأ بين المؤجر والمستأجر، وبمقتضاه يلتزم المؤجر بنقل الأصل المؤجر المملوك له أو الذي حصل عليه من المورد إلى حيازة المستأجر لاستخدامه في القيام بنشاطات مدرة للدخل وذلك لمدة محددة وبايجار معين (...)).

حق الملكية وعقد التأجير

يكون حق الملكية وعقد التأجير وفقاً للأحكام الآتية^(١):

١- يبقى الأصل المؤجر ملكاً للمؤجر طوال مدة عقد التأجير إلا إذا اتفق الطرفان على نقل ملكية الأصل إلى المستأجر قبل انتهاء مدة العقد وكان هذا الأخير قد أوفى بجميع التزاماته المترتبة عن عقد التأجير المنتهي قبل انتهاء مدته.

٢- في الحالة التي يعيد فيها المستأجر للمؤجر الأصل المؤجر، وما لم يتفق على خلاف ذلك تطبق الحالات الآتية:

أ- يحتفظ المستأجر بالتحسينات التي قام بها على الأصل المؤجر على نفقته الخاصة شريطة أن تكون تلك التحسينات قابلة للفصل عن الأصل المؤجر من دون الإضرار به.

(١) - المادة (٥) من قانون التأجير التمويلي اليمني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧.

ب- يحق للمستأجر بعد انتهاء عقد التأجير أن يطالب بالتعويضات عن أي تحسينات أحد ثها على الأصل المؤجر على نفقته الخاصة بموافقة المؤجر الخطية في حال أن تلك التحسينات لا يمكن فصلها عن الأصل المؤجر من دون الإضرار به.

ج- لا يستحق المستأجر التعويض عن التحسينات غير القابلة للفصل التي قام بها على الأصل المستأجر وعلى نفقته الخاصة في حالة عدم حصوله على موافقة خطية مسبقة من المؤجر.

٣- لن يترتب على نقل ملكية الأصل المؤجر إلى مالك جديد إجراء أي تعديل في عقد التأجير، ويكون العقد ساري المفعول، ويحل المالك الجديد محل المؤجر الأصلي في الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد.^(١)

(١)- التأجير من الباطن حسب نص المادة(٦) يكون وفقاً للأحكام الآتية:

١- يحق للمستأجر بعد حصوله على موافقة المؤجر الخطية أن يقوم بتأجير الأصل المؤجر من الباطن، وفي هذه الحالة يتمتع كل من المستأجر والمستأجر من الباطن بنفس حقوق والتزامات كل من المؤجر والمستأجر الناشئة عن هذا القانون.

٢- التأجير من الباطن لا يؤثر على حقوق المستأجر ولا يعفي المستأجر من التزاماته قبل المؤجر وفق عقد التأجير، كما لا يجوز أن تتجاوز مدة التأجير من الباطن المدة المحددة في عقد التأجير.

٣-يجوز أن ينص عقد التأجير من الباطن على انتقال ملكية الأصل المؤجر إلى المستأجر من الباطن عند انتهاء مدة الإيجار المتفق عليها في عقد التأجير على أن يقوم المستأجر من الباطن والمؤجر بإبرام اتفاقية فرعية فيما بينهما يحدد فيها شروط ذلك الانتقال، ويعد هذا النص في عقد التأجير من الباطن تنازلاً من المستأجر عن حقه في تملك الأصل المؤجر وفقاً لعقد التأجير.

٤-جب الحصول على موافقة المؤجر على شروط عقد التأجير من الباطن، وفي حالة عدم موافقة المؤجر الخطية على شروط عقد التأجير من الباطن يعتبر هذا العقد كأن لم يكن.

ثانياً: يلتزم المستأجر بما يلي:

أ- قبول الأصل المؤجر وفقاً لشروط عقد التأجير.
ب- الالتزام بدفع الإيجار في الأوقات المحددة وبالطريقة المبينة في عقد التأجير.

ج- استخدام الأصل المؤجر وفقاً للغاية منه وبما يتوافق مع تعليمات المؤجر بشأن الإجراءات الفنية سواء كانت صادرة عن المؤجر أو عن المورد.
د- ما لم ينص عقد التأجير على خلاف ذلك، يقوم المستأجر وعلى نفقته الخاصة بصيانة الأصل المؤجر وفقاً لشروط عقد التأجير والمتطلبات الفنية المتعلقة بالأصل المؤجر.

هـ- إشعار المؤجر بأي مستجدات من شأنها إعاقة الاستخدام الجزئي أو الكلي للأصل المؤجر وفقاً للإجراءات المحددة في عقد التأجير أو عقد التوريد.
و- إعادة الأصل المؤجر للمؤجر وفقاً للشروط المحددة في هذا القانون أو في عقد التأجير.

ثالثاً: حقوق والتزامات المستأجر المذكورة في هذه المادة جاءت على سبيل المثال لا الحصر ودون المساس بأي حقوق أو التزامات ناشئة عن هذا القانون، أو عن عقد التأجير.

حقوق والتزامات المؤجر

يتمتع المؤجر بالحقوق التالية:^(١)

- ١- متابعة المستأجر للتأكد من إيفائه بشروط عقد التأجير، وطلب المستندات ذات العلاقة بذلك بما فيها البيانات والمعلومات المالية وفقاً لعقد التأجير.
- ٢- أخذ الضمانات اللازمة التي تكفل وفاء المستأجر بالتزاماته.

(١)- المادة (٨) من قانون التأجير التمويلي اليمني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧.

٣- يحق للمؤجر أو من ينوب عنه فحص الأصل المؤجر للتأكد من سلامته وحالته واستمرارية حيازته من قبل المستأجر على أن لا يسبب الفحص أي أضرار بالمستأجر.

٤- استعادة الأصل المؤجر من المستأجر وفقاً لهذا القانون ولشروط عقد التأجير

٥- يجوز للمؤجر أن يبيع أو يرهن الأصل المؤجر بشرط إعلان المستأجر كتابياً بذلك وبما لا يسبب إضراراً للمستأجر، ما لم يتفق الأطراف على خلافه.

٦- التنازل عن عقد التأجير إلى مؤجر آخر على أن لا يكون ذلك التنازل نافذاً في مواجهة المستأجر إلا من تاريخ إعلامه به، وأن لا يؤثر ذلك التنازل في حقوق والتزامات المستأجر قبل المؤجر الأصلي وفقاً لعقد التأجير.

٧- إذا كان الأصل المؤجر منقولاً، جاز للمؤجر إلصاق أي معلومات عليه بما في ذلك اسم المؤجر شريطة أن لا يسبب ذلك في إعاقة استخدام الأصل المؤجر من قبل المستأجر.

ثانياً: دون الإخلال بالقيود الواردة في البند (ثالثاً) من هذه المادة، إذا أخل المستأجر بعقد التأجير، كان من حق المؤجر مطالبة المستأجر بالتسديد المبكر لجميع مبالغ الإيجار المستقبلية إذا نص عقد التأجير على هذا الإجراء، كما يحق للمؤجر إنهاء عقد التأجير، وفي هذه الحالة يحق للمؤجر:

أ- استعادة حيازة الأصل المؤجر.

ب- المطالبة بالتعويضات اللازمة التي من شأنها وضع المؤجر في الوضع الذي كان من المفترض أن يكون فيه إذا ما أستمّر المستأجر بتنفيذ التزاماته وفقاً لعقد التأجير.

ثالثاً: لا يجوز للمؤجر ممارسة حقوقه الواردة في البند (ثانياً) من هذه المادة المتعلقة بمطالبة تعجيل سداد الإيجار، أو إنهاء العقد، إلا إذا كان قد أعطى

المستأجر مهلة أقصاها (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ الإخلال بالوفاء بالالتزام الذي أخل به.

رابعاً: يلتزم المؤجر بما يلي:

١- شراء الأصل المؤجر، ووضعه تحت تصرف المستأجر وفقاً لشروط عقد التأجير.

٢- عند إبرام عقد التوريد، يجب على المؤجر إشعار المورد خطياً بأن الأصل المؤجر محل الشراء مخصص لغرض التأجير لمستأجر معين.

٣- إشعار المورد بأن الأصل المؤجر قد انتقل إلى حيازة واستخدام مستأجر آخر وذلك في حالات التأجير الفرعي، أو التأجير من الباطن، أو التنازل عن الحقوق. ويجب أن يوجه ذلك الإشعار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتقال الأصل المؤجر.

٤- ضمان حيازة المستأجر للأصل المؤجر حيازة هادئة.

خامساً: حقوق والتزامات المؤجر المذكورة في هذه المادة جاءت على سبيل المثال لا الحصر ويراعى عدم المساس بأي حقوق أو التزامات أخرى للمؤجر تكون ناشئة عن هذا القانون أو عن عقد التأجير.

عقد التأجير

ينظم عقد التأجير وفقاً للأحكام الآتية: (١)

١- عقد التأجير من العقود التجارية الشكلية الثابتة بالكتابة وإلا كان باطلاً. ويكون عقد التأجير مكتوباً إذا أمكن إثباته بالمراسلة أو بأي طريقة من طرق التقنية الحديثة.

(١) - المادة (٩) من قانون التأجير التمويلي اليمني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧.

٢- عقد التأجير من العقود اللازمة التي لا يملك أحد الأطراف الرجوع فيها بإرادته المنفردة، سواء بالفسخ أو الإلغاء أو التعديل دون موافقة الطرف الآخر، إلا ما استثنى بنص خاص في هذا القانون.

٣- ينظم عقد التأجير العلاقة بين المؤجر والمستأجر ودون الإخلال بعمومية ما ذكر، يجب أن يكون مشتملاً على الآتي:

أ- مواصفات الأصل المؤجر.

ب- اسم مورد الأصل المؤجر، واسم الطرف الذي قام باختيار المورد والأصل المؤجر.

ج- شروط انتقال الأصل المؤجر إلى المستأجر.

د- إجمالي الاستثمار الذي وظفه المؤجر لشراء الأصل المؤجر ونقله إلى المستأجر.

هـ- مدة عقد التأجير.

و- شرط انتقال ملكية الأصل المؤجر إلى المستأجر وذلك في حالة وجود هذا الخيار في عقد التأجير.

ز- أي شروط أخرى يرى أطراف عقد التأجير إضافتها.

٤- يعتبر عقد التأجير منتهياً من وقت إتمام تنفيذ أطرافه لكل التزاماتهم الواردة فيه أو وفقاً لأحكام هذا القانون.

مسؤولية أطراف عقد التأجير

ينظم مسؤولية أطراف عقد التأجير وفقاً للأحكام الآتية^(١):

١- يكون المورد مسؤولاً تجاه المستأجر عن عقد التوريد وكأن المستأجر طرف في ذلك العقد، وكما لو أن الأصل المؤجر قد ورد إليه مباشرة ، ويكون

(١)- المادة (١٠) من قانون التأجير التمويلي اليمني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧.

المؤجر والمستأجر كدائنين متضامنين للمورد. غير أن المورد لا يكون مسؤولاً تجاه كل من المؤجر والمستأجر عن الضرر ذاته.

٢- مسؤولية المورد تجاه المستأجر الواردة في الفقرة السابقة من هذه المادة لا تغير من حقوق والتزامات أطراف عقد التوريد، سواء كانت ناشئة عن عقد التوريد أو غير ذلك، ولا ينشئ عقد التوريد أي التزامات على المستأجر.

٣- في الحالة التي ينص فيها بانتفاء صلة المستأجر بالعقد المبرم بين المؤجر والمورد مما يستحيل عليه إجبار المورد على تنفيذ التزاماته وفقاً لعقد التوريد، فإن المؤجر يكون ملزماً بمساعدة المستأجر باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة التي تكفل إلزام المورد بالوفاء بالالتزامات المستحقة للمستأجر، وفي حالة عدم اتخاذ المؤجر لتلك الإجراءات القانونية، اعتبر ذلك قبولاً منه في أن يتحمل تلك الالتزامات.

٤- لا يجوز للمستأجر بمقتضى هذه المادة تعديل أو فسخ أو إنهاء عقد التوريد من دون موافقة المؤجر.

٥- ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك في عقد التأجير، فإن المؤجر لا يكون مسؤولاً تجاه المستأجر عن إخلال المورد بعقد التوريد إلا في حالة اختيار المؤجر للمورد، أو في الحالة التي يكون فيها إخلال المورد ناتجاً عن تصرفات أو أخطاء المؤجر، وفي هذه الحالة الأخيرة يجوز للمستأجر مقاضاة كل من المؤجر والمورد مباشرة عن إخلال المورد بالتزاماته، ويكون كل واحد منهما ملتزماً بالتضامن والانفراد تجاه المستأجر بأداء تلك الالتزامات مع التعويض اللازم.

توزيع المخاطر بين أطراف عقد التأجير

يتم توزيع المخاطر بين أطراف عقد التأجير وفقاً للأحكام الآتية: (١)

١- يتحمل المستأجر كامل المسؤولية عن سلامة الأصل المؤجر، كما يتحمل أي مخاطر متعلقة (بفقدانه، إتلافه، سوء تركيبه وسوء استخدامه)، بالإضافة إلى أي مخاطر يكون المستأجر سبباً في وقوعها، وذلك منذ وقت استلامه للأصل المؤجر، إلا إذا تم الاتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك.

٢- ما لم يتم الاتفاق على خلافه في عقد التأجير، وما لم يكن بسبب يعود للمؤجر، فإن جميع حالات الضرر أو تلف أو سرقة الأصل المؤجر أو حالات تعثر استخدام الأصل المؤجر لغاياته، أو الحالات التي يصبح فيها الأصل المؤجر غير قابل للاستخدام بسبب مباشر يعود للمستأجر، لا تيرئ ذمة المستأجر من التزاماته الناشئة عن عقد التأجير ولن تتسبب في إنهاء عقد التأجير قبل أوانه متى كان هذا العقد مبنياً على طلب المستأجر. وفي هذه الحالة يلتزم المستأجر بالاستمرار في دفع الإيجار في الوقت المحدد في عقد التأجير بعد الأخذ في الاعتبار قيمة التأمين التي قد يحصل عليها المؤجر.

٣- إذا عجز المستأجر عن الوفاء بالتزاماته المترتبة عن عقد التأجير وثبت أن ذلك العجز راجع إلى أخطاء أو تصرفات المؤجر، فلا يلزم المستأجر في هذه الحالة إلا بتسديد الإيجارات المستحقة عليه حتى تاريخ حدوث خطأ المؤجر، أو تصرفه الذي تسبب في عجز المستأجر عن الوفاء بالتزاماته.

٤- لن يكون المؤجر مسؤولاً بصفته كمؤجر أو أي صفة أخرى تجاه الغير أو تجاه المستأجر عن حالات الوفاة، أو الإصابة، أو الإضرار بالممتلكات التي

(١)- المادة (١١) من قانون التأجير التمويلي اليمني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧.

قد تنشأ عن الأصل المؤجر أثناء إجراءات التركيب، التخزين، الصيانة، الاستخدام أو الإعادة، ويكون المستأجر مسؤولاً عن جميع المطالبات والدعاوى التي قد تنشأ عن هذه الحالات، بما يشمل التعويضات عن الخسائر ونفقات التقاضي، ويستثنى من ذلك حالات الوفاة، أو الإصابة، أو الإضرار بالملكات التي تنشأ عن خطأ أو تصرف يعود إلى المؤجر.

٥- يكون طرف عقد التأجير الذي قام باختيار المورد، ملزماً بالضمان في حال عدم إيفاء المورد بالتزاماته المترتبة عن عقد التوريد ما لم ينص عقد التأجير على غير ذلك.

٦- ما لم ينص عقد التأجير على خلاف ذلك، يكون طرف العقد الذي اختار الأصل المؤجر مسؤولاً عن عدم ملاءمة الأصل المؤجر للغرض المرجو منه والمحدد في عقد التأجير، ومن ثم يتحمل جميع النفقات التي ترتبت على ذلك الاختيار.

الإفلاس وإنهاء العقد

أولاً: إفلاس أطراف عقد التأجير

ينظم إفلاس أطراف عقد التأجير وفقاً للأحكام الآتية: (١)

١- يجوز للمستأجر في حالة تصفية المؤجر، أو إشهار إفلاسه، أن يستمر في تنفيذ عقد التأجير على أن يلتزم بشروط عقد التأجير.

٢- يتمتع المالك الجديد للأصل المؤجر الذي آلت إليه ملكية الأصل نتيجة إجراءات تصفية أو إشهار إفلاس المؤجر بكافة حقوق ذلك المؤجر وتحمل التزاماته وفقاً لعقد التأجير، ولا يجوز له استعادة حيازة الأصل المؤجر أو إنهاء عقد التأجير إلا إذا أخل المستأجر بالتزاماته الناشئة عن عقد التأجير.

(١)- المادة (١٦) من قانون التأجير التمويلي اليمني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧.

٣- إذا صُفي المستأجر أو أعلن إفلاسه، فلا يجوز ضم الأصل المؤجر إلى موجودات إفلاسه، بل يتم إعادته إلى المؤجر إلا إذا التزم المستأجر بالإيفاء بما عليه والاستمرار في عقد التأجير حتى نهاية مدته بنفس الشروط الواردة فيه، وفي هذه الحالة يجب عليه إبلاغ المؤجر بذلك خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ إقرار تصفية نشاط المستأجر أو إشهار إفلاسه.

ثانياً: إنهاء عقد التأجير

وفقاً لنص المادة (١٧ من قانون التأجير) يكون إنهاء عقد التأجير وفق الأحكام الآتية:

على المؤجر مراعاة الآتي:

١- يجوز التعديل في بنود عقد التأجير أو إنهاء العقد قبل انتهاء مدته بناء على طلب أحد الأطراف وبما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.

٢- أ- دون الإخلال بنص الفقرة (٢/ب) من هذه المادة، يكون للمؤجر الحق في اللجوء إلى المحكمة المختصة بطلب فسخ العقد واستعادة الأصل المؤجر والتعويض عن الضرر الذي لحق به إذا أخل المستأجر بشروط عقد التأجير.

ب- لا يجوز للمؤجر اللجوء إلى المحكمة المختصة إلا بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ إشعار المستأجر كتابة بمخالفته لبنود العقد وفشله في معالجة ذلك الإخلال.

٣- يجوز إنهاء عقد التأجير من قبل المحكمة المختصة بناء على طلب المؤجر في الحالات التالية:

أ- إذا أحدث المستأجر ضرراً جسيماً في الأصل المؤجر.

ب- إذا استخدم المستأجر الأصل المؤجر بطريقة تخالف عقد التأجير، أو إذا استخدمه فيما يخالف الغرض المؤجر من أجله بالرغم من تنبيه المؤجر خطياً له بوقف تلك المخالفات.

ج- إذا عجز المستأجر عن دفع الإيجار المحدد في عقد التأجير.

د- إذا توقف نشاط المستأجر، أو شرع بإنهاء نشاطه أو بإجراءات التصفية أو إشهار إفلاسه.

هـ- إذا لم يلتزم المستأجر في القيام بصيانة وإصلاح الأصل المؤجر وفقاً لشروط عقد التأجير متى نص العقد على إلزامه بذلك.

و- في أية حالات أخرى ينص عليها هذا القانون أو القوانين النافذة أو عقد التأجير.

٤- يجوز للمحكمة إنهاء عقد التأجير قبل انتهاء مدته بناء على طلب المستأجر في الحالات التالية:

أ- إذا أخفق المؤجر في تسليم المستأجر الأصل المؤجر وفقاً لشروط عقد التأجير.

ب- إذا تسبب المؤجر في إعاقة المستأجر من استخدام الأصل المؤجر وفقاً لشروط عقد التأجير أو تنازل عن الأصل المؤجر.

ج- إذا لم يلتزم المؤجر في القيام بصيانة وإصلاح الأصل المؤجر وفقاً لشروط عقد التأجير متى نص العقد على ذلك.

د- في أية حالات أخرى ينص عليها هذا القانون أو عقد التأجير.

٥- يحق للمؤجر والمستأجر الاتفاق على أن الحالات الواردة في الفقرتين (٣) و(٤) من هذه المادة أو أي حالات أخرى قد تكون سبباً في إنهاء العقد من طرف واحد.

إعادة الأصل المؤجر واستعادته

طبقاً لنص المادة (١٨ من قانون التأجير)، يتم إعادة الأصل المؤجر وفق الأحكام الآتية:

١- في حالة انتهاء عقد التأجير وفقاً لأحكام المادة (١٧) من هذا القانون، أو في حالة انتهاء عقد التأجير ولم يتم المستأجر بممارسة حقه في شراء الأصل المؤجر، ففي هاتين الحالتين، يكون المستأجر ملزماً بإعادة الأصل المؤجر إلى المؤجر فوراً ودون تأخير وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد التأجير، ويتحمل المستأجر جميع النفقات المتعلقة بإعادة الأصل المؤجر ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

٢- يعاد الأصل المؤجر بنفس الحالة التي كان عليها عند استلامه، مع الأخذ بالاعتبار الاستهلاك الطبيعي له، أو بالحالة التي تم الاتفاق عليها في عقد التأجير.

٣- إذا لم يكن الأصل المؤجر المعاد بالحالة المبينة في الفقرة (٢) من هذه المادة، كان المستأجر ملزماً بتعويض المؤجر عن أي ضرر يلحق به، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك في عقد التأجير.

٤- في حالة تصفية أو إشهار إفلاس المستأجر يكون المصفي أو مدير التقلية مسؤولاً عن إعادة الأصل للمؤجر، ما لم يكن قد أعلن المؤجر رغبته في الاستمرار في عقد التأجير وفقاً لحكم الفقرة (٣) من المادة (١٦) من هذا القانون.

وبناءً على نص المادة (١٩ من قانون التأجير) يتم استعادة الأصل المؤجر وفق الأحكام الآتية:

١- في حالة امتناع المستأجر عن رد الأصل المؤجر للمؤجر وفقاً لحكم الفقرة (١) من المادة (١٨) من هذا القانون، كان للمؤجر الحق في رفع طلب أمر

على عريضة لاستعادة الأصل المؤجر إلى رئيس المحكمة، أو إلى قاضي الأمور المستعجلة، وعلى القاضي إصدار الأمر بإلزام المستأجر بإعادة ذلك الأصل المؤجر للمؤجر .

٢- لا يجوز للمؤجر رفع الطلب المشار إليه بالفقرة (١) من هذه المادة إلا بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ إنذار المستأجر كتابياً بإخلاله بشروط عقد التأجير وعدم قيامه بالوفاء بالالتزام الذي أدخل به خلال فترة الإنذار .

٣- تطبق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات والتنفيذ المدني النافذ بشأن الأوامر على العرائض في طلب استصدار الأمر وتنفيذه والتظلم منه.

٤- إذا تخلف المستأجر عن دفع الإيجار أو الوفاء بأية التزامات مالية أخرى . ويجوز للمستأجر في هذه الحالة رفع دعوة تظلم أمام المحكمة خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ إصدار الأمر على عريضة باسترداد الأصل المؤجر وعلى القاضي إلغاء الأمر على عريضة إذا تبين له صحة التظلم.

٥- في حالة إخلال المستأجر بأي التزامات أخرى غير تلك المتعلقة بدفع الإيجار أو بأي بالتزامات أخرى غير مالية، فعلى المؤجر خلال (٨) ثمانية أيام من تاريخ استصدار الأمر على عريضة باستعادة الأصل المؤجر رفع دعوى أمام المحكمة لإثبات إخلال المستأجر بشروط عقد التأجير، ويجوز له في هذه الدعوى المطالبة بفسخ عقد التأجير وطلب التعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة لإخلال المستأجر بشروط العقد، فإذا تقاعس المؤجر عن رفع دعواه خلال هذه المدة، اعتبر الأمر على عريضة باستعادة الأصل المؤجر ملغياً وكأن لم يكن.

٦- لا تقيد هذه المادة أياً من المؤجر أو المستأجر من رفع أي دعاوى أخرى متعلقة بأي منازعات ناشئة عن عقد التأجير .

٧- تكون الدعاوى المتعلقة بعقد التأجير أياً كان نوعها وطبيعتها من الدعاوى المستعجلة، ويتم الفصل فيها خلال مدة لا تتجاوز (٩٠) تسعين يوماً من تاريخ رفع الدعوى.

وتسري معايير المحاسبة الدولية على كل من المؤجر والمستأجر عند تسجيل عمليات التأجير التمويلي حتى يتم إصدار معايير محاسبة يمنية^(١)، وتسري معايير محاسبة البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية على كافة المؤجرين الذين يمارسون نشاط التأجير بالصيغة الإسلامية (الإجارة)^(٢)، ولغايات ضرائب الدخل يعامل التأجير التمويلي كأداة تمويلية مساوية للالتئمان البنكي وفقاً للقوانين النافذة، وطبقاً للتعليمات الصادرة في هذا الشأن من وزير المالية^(٣)، ولأغراض ضريبة المبيعات يعامل التأجير التمويلي من حيث عوائد النشاط باعتباره من خدمات الوساطة المالية والأعمال المصرفية.^(٤)

ويصدر وزير المالية تعليمات تطبيقية تنظم التعامل في التأجير التمويلي من ناحية الضريبة العامة على المبيعات^(٥)، وتسري الإعفاءات الممنوحة لفوائد القروض المقدمة من البنوك المحلية والأجنبية للمشاريع المدرجة تحت قانون الاستثمار على عوائد نشاط التأجير التمويلي المقدمة لنفس الغرض^(٦)، وتعفى عوائد عقود التأجير التمويلي المؤهلة والمقدمة لتمويل المنشآت العاملة في اليمن بما نسبته (٥٠%) من ضريبة الأرباح، ويصدر وزير المالية تعليمات تطبيقية تنظم هذا الإعفاء وتحدد فترة سريانه.^(٧)

(١) - المادة (٢٠) من قانون التأجير التمويلي اليمني).

(٢) - المادة (٢١) من قانون التأجير التمويلي اليمني).

(٣) - المادة (٢٣) من قانون التأجير التمويلي اليمني).

(٤) - المادة (٢٥) من قانون التأجير التمويلي اليمني).

(٥) - المادة (٢٦) من قانون التأجير التمويلي اليمني).

(٦) - المادة (٢٧) من قانون التأجير التمويلي اليمني).

(٧) - المادة (٢٨) من قانون التأجير التمويلي اليمني).

المطلب الثاني

مفهوم الإجارة المنتهية بالتملك في المصارف الإسلامية

هي صيغة استثمارية معاصرة اقتضاها التنوع في التمويل الاستثماري لتلبية حاجات المتعاملين مع المصارف الإسلامية، من المستثمرين والأشخاص الراغبين في التملك وغير القادرين على الشراء مباشرة.

والمقصود منها أن يقوم المصرف بتأجير عين (كسيارة مثلاً) إلى شخص مدة معينة بأجر معلوم قد يزيد عن أجرة المثل على أن يملكه إياها بعد انتهاء المدة ودفع جميع أقساط الأجرة بعقد جديد. وتختلف هذه الصيغة عن بيع التقسيط من حيث أنها تتكون من عقدين منفصلين الأول عقد إجارة يأخذ أحكام الإجارة، والثاني عقد مستقل بتمليك العين عند انتهاء المدة إما عن طريق الهبة أو البيع حسب الوعد المقترن بالإجارة. وتختلف عن الإجارة التشغيلية من حيث إن المصرف لا يكتنيها إلا بعد أن يتقدم العميل بطلب استئجار عين ما بقصد تملكها في النهاية، فيشتريها المصرف ويقدمها للعميل. وتحسب الأجرة الإجمالية على أساس تكلفة السلعة إضافة إلى الربح، ثم تقسط تلك الأجرة الإجمالية على فترات يتفق عليها. في حين أن العين في الإجارة التشغيلية قد تكون في ملك المصرف وتحت يده قبل طلب العميل إبرام عقد الإجارة.^(١)

ووفقاً لأسلوب الإجارة التشغيلية، يقوم المصرف الإسلامي باقتناء موجودات وأصول مختلفة تستجيب لحاجيات جمهور متعدد من المستخدمين وتتمتع بقابلية جيدة، ويتولى المصرف إجارة هذه الأعيان لأي جهة ترغب فيها بهدف تشغيلها واستيفاء منافعها خلال مدة محددة يتفق عليها، وبانتهاء تلك المدة تعود

(١) - راجع: د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

الأعيان إلى حيازة المصرف ليقوم بتأجيرها مرة أخرى. وهو يتحمل في ذلك مخاطرة ركود السوق وانخفاض الطلب على تلك الأعيان مما يؤدي إلى خطر عدم استغلالها.^(١)

الخطوات العملية للإجارة المنتهية بالتملك

- ١- يبدي العميل رغبته في إجارة منتهية بالتملك لعين غير موجودة لدى المصرف، كسيارة أجرة أو سفينة أو طائرة ونحو ذلك.
- ٢- بعد دراسة طلب العميل والموافقة عليه، يعدّ المصرف الإسلامي بإيجار المعدات إلى العميل بعد أن يملكها.
- ٣- يشتري المصرف الشيء المطلوب من البائع مباشرة (طيارة، باخرة، بيت...)، ولا مانع من توكيل العميل باستلام العين محل التعاقد، ويطلب منه إشعاره بأنه قد تسلمها حسب المواصفات المحددة في العقد. وقد يقوم المصرف بتوكيل العميل أو شخص آخر بشراء ما يحتاجه من معدات وآليات ونحوهما مما هو محدد الأوصاف والثلث لحساب المصرف، وبعد

(١)- وتنقسم الإجارة التشغيلية إلى: أ. إجارة معينة: يكون محلها عقاراً أو عيناً معينة. ٢. إجارة موصوفة بالذمة: ترد على منفعة موصوفة بصفات يتفق عليها مع التزامها في الذمة، كسيارة أو سفينة غير معينة لكنها موصوفة وصفاً دقيقاً يمنع التنازع. أما الخطوات العملية للإجارة التشغيلية فهي: ١. عقد شراء المعدات: يقوم المصرف بشراء المعدات انطلاقاً من دراسته وتقييمه للسوق، ويدفع الثمن حالاً أو مؤجلاً للبائع الذي يوافق على البيع ويسلم المعدات للمصرف. ٢. عقد إجارة: يبحث المصرف عن مستأجر ويسلم إليه المعدات على سبيل الإجارة بعوض، ويدفع المستأجر الأجرة المتفق عليها في الآجال المحددة ثم يعيد الأصل المؤجر إلى المصرف في نهاية مدة الإجارة. ٣. عقد الإجارة التالية: يبحث المصرف عن جهة أخرى تستأجر المعدات لمدة جديدة معلومة، وتدفع الأجرة المتفق عليها في الآجال المحددة ثم تعيد المبيع إلى المصرف في نهاية مدة الإجارة.

حيازة العميل لها، يقوم المصرف بتأجيرها له. ويجب أن يكون عقد الإجارة مستقلاً عن عقد الوكالة والوعد.

٤- يقوم المصرف بتأجير الشيء المطلوب- محل التعاقد- للعميل بعقد إجارة مدة محددة وأجر محدد، ويعدّه بتمليك الأصل المؤجر- إذا وفى بجميع أقساط الأجرة - عن طريق الهبة أو البيع، أو يمنح المستأجر حق الخيار في ثلاثة أمور بعد انتهاء العقد: إما تجديد عقد الإجارة، أو ردّ الأصول المؤجرة إلى المصرف، أو شراء تلك الأصول بعقد جديد وبسعر السوق. ويجوز الاتفاق على حق العميل في تملك العين المؤجرة في أي وقت يشاء، على أن يتم البيع في وقته بعقد جديد بسعر السوق أو بحسب الاتفاق في وقته.

٥- بعد انتهاء مدة الإجارة ووفاء المستأجر بكافة الشروط الواردة في العقد، يتم نقل ملكية الشيء المؤجر إلى المستأجر بعقد جديد.

مميزات التمويل بصيغة الإجارة مع الوعد بالتملك:

أ- أهم مزاياه بالنسبة للمؤجر:

١- يدر عليه عائداً بالنسبة لأمواله المستثمرة (في شراء الأصل المؤجر) وبضمان جديد يتمثل في ملكيته للأصل المؤجر ذاته.

٢- يتم خصم نسبة (تمثل قسط الإهلاك) من قيمة الأصول المؤجرة من أرباح المؤجر لتحديد صافي الربح الخاضع للضريبة رغم أنه ليس المستخدم لهذه الأصول.

ب- أهم مزايا التمويل بالنسبة للمستأجر (العميل):

١- نه يحصل على تمويل كامل الأصول المستأجرة (حيث لا يتطلب أن يدفع المستأجر جزءاً من ثمنه مقدماً) وهو ما يوفر السيولة الذاتية للمشاريع.

٢- يتم خصم كامل قيمة الدفعات الإيجارية من أرباح المستأجر وصولاً إلى صافي الربح الخاضع للضريبة، وهذه الدفعات تكون عادة أكبر من قيمة قسط الإهلاك المسموح بخصمه، ومن ثم يحقق التآجير ميزة ضريبة للمستأجر.^(١)

والجدير بالذكر أن مجمع الفقه الإسلامي أقر الإجارة المنتهية بالتمليك (الإجارة التمويلية) أولاً في دورته الثالثة، حيث أصدر القرار رقم ١٣ (١/٣) بشأن الإجابة عن استفسارات البنك الإسلامي للتنمية، فقرة (ب) بخصوص عمليات الإيجار، واعتمد المبادئ التالية:

أ- إن الوعد من المصرف الإسلامي بإيجار المعدات إلى العميل بعد تملك المصرف لها أمر مقبول شرعاً.

ب- إن توكيل المصرف أحد عملائه بشراء ما يحتاجه ذلك العميل من معدات وآليات ونحوها مما هو محدد الأوصاف والثلث لحساب المصرف بغية أن يؤجره المصرف تلك الأشياء بعد حيازة الوكيل لها هو توكيل مقبول شرعاً، والأفضل أن يكون الوكيل بالشراء غير العميل المذكور إذا تيسر ذلك.

ج- إن عقد الإيجار يجب أن يتم بعد التملك الحقيقي للمعدات، وأن يبرم بعقد منفصل عن عقد الوكالة والوعد.

د- الوعد بهبة المعدات عند انتهاء أمد الإجارة جائز بعقد منفصل.

وبعد الاطلاع على القرار رقم ١٣ (١/٣) السابق ذكره، أقر المجمع الإجارة المنتهية بالتمليك المقرونة بخيار الشراء، حيث نص القرار رقم ٤٤ (٥/٦) على ما يلي: ((أولاً: الأولى الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدائل أخرى، منها البدلان التاليان:

(١) - د. الغريب ناصر، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، مرجع سابق، ص ١٨٣

(الأول): البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية.
(الثاني): عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور التالية: مدّ مدة الإجارة - إنهاء عقد الإجارة وردّ العين المأجورة إلى صاحبها - شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة (...)).^(١)

(١)- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم ٤٤(٥/٦) المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١٠ - ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م، مجلة المجمع، العدد الخامس، ج٤، ص٢٥٩٣، قرارات وتوصيات المجمع، مرجع سابق، ص٩٥.

المبحث الثاني

ضوابط الإجارة وواقع تطبيقها في المصارف الإسلامية

وضع مجمع الفقه الإسلامي ضوابط تطبيق الإجارة المنتهية بالتمليك، فأجاز بعض الصور ومنع بعضها، وفضلاً عن ذلك، وضع مجلس النقد السوري ضوابط تطبيق الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، وألزم بها المصارف العاملة في سورية.

وسنتناول بيان هذه الضوابط ومدى الالتزام بتطبيقها في بعض المصارف من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

الأول: ضوابط تطبيق صور الإجارة وفقاً لقرارات مجمع الفقه الإسلامي.

الثاني: ضوابط تطبيق الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لقرار مجلس النقد السوري.

الثالث: واقع تطبيق الإجارة في بعض المصارف الإسلامية.

المطلب الأول

ضوابط تطبيق صور الإيجار المنتهي بالتملك وفقاً لقرار مجمع الفقه الإسلامي

أولاً: ضابط الصور الجائزة والممنوعة هي ما يلي:^(١)

أ- ضابط المنع:

أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد.

ب- ضابط الجواز:

- ١- وجود عقدين منفصلين مستقل كل منهما عن الآخر زماناً، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.
- ٢- أن تكون الإجارة فعلية وليست سائرة للبيع.
- ٣- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ عن تعدي المستأجر أو تقريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فانت المنفعة.
- ٤- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة، فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً، ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.
- ٥- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتملك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة، وأحكام البيع عند تملك العين.

(١) قرار رقم: ١١٠ (١٢/٤) بشأن الإيجار المنتهي بالتملك وصكوك التأجير، الدورة ١٢ (الرياض) من (٢٣-٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠م)، مجلة المجمع، العدد الثاني عشر، ج ١، ص ٣١٣. وانظر قرارات وتوصيات مجمع الفقه للدورات ١-١٤، ٢٠٠٣، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

٦- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة .

ثانياً- من صور العقد الممنوعة:

أ- عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أجرة خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تتقلب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً.

ب- إجارة عين لشخص بأجرة معلومة، ولمدة معلومة، مع عقد بيع له معلق على سداد جميع الأجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة، أو مضاف إلى وقت في المستقبل.

ج- عقد إجارة حقيقي واقترن به بيع بخيار لصالح المؤجر، ويكون مؤجلاً إلى أجل طويل محدد (هو آخر مدة عقد الإيجار). وهذا ما تضمنته الفتاوى والقرارات الصادرة عن هيئات علمية، ومنها هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية.

ثالثاً- من صور العقد الجائزة:

الصورة الأولى: عقد إجارة يمكّن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان.

الصورة الثانية: عقد إجارة يمكّن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به عقد هبة العين للمستأجر معلقاً على سداد كامل الأجرة وذلك بعقد مستقل، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة، (وذلك وفق ما جاء في قرار المجمع بالنسبة للهبة رقم ٣/١/١٣ في دورته الثالثة).

وبالرجوع إلى القرار رقم ١٣ فيما يخص الهبة تضمن هذا القرار النص على أن ((الوعد بهبة المعدات عند انتهاء أمد الإجارة جائز بعقد منفصل)). وهذه الصورة تتضمن إبرام عقد إجارة مقترن بعقد هبة معلق على سداد أقساط الأجرة، أو عقد إجارة مقترن بوعد ملزم للمؤجر بالهبة بعد انتهاء مدة الإجارة ودفع أقساط الأجرة المستحقة. وبعد انتهاء الإجارة يتم التملك بالهبة بعقد منفصل تنفيذاً للوعد السابق. والتمليك بالهبة في نهاية المدة يقوم على أساس استيفاء المالك المؤجر لأجرة أكبر من أجر المثل، تعدّ ثمناً لملكية الأصل المؤجر.

الصورة الثالثة: عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة (وذلك وفق قرار المجمع رقم ٤٤ (٥/٦) في دورته الخامسة).

الصورة الرابعة: عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة، في مدة معلومة، ويعطي المؤجر للمستأجر حق الخيار في تملك العين المؤجرة في أي وقت يشاء، على أن يتم البيع في وقته بعقد جديد بسعر السوق (وذلك وفق قرار المجمع السابق رقم ٤٤ (٥/٦) أو حسب الاتفاق في وقته.^(١)

(١) - القرار رقم ٤٤ (٥/٦) مشار إليه سابقاً. وكذلك المبادئ التي اعتمدها القرار رقم ١٣ (١/٣).

وفي هذه الصورة إذا رغب المستأجر بتعجيل التملك لمحل الإجارة بالشراء قبل انتهاء مدتها، فإن العبرة بالثمن الذي يتم عليه الاتفاق بين الطرفين سواء أكان بمقدار ما بقي من أقساط الإيجار أو بأقل أو بأكثر، لأن العبرة بحصول التراضي على الثمن في عقد البيع. وفي جميع هذه الصور تسري على عقد الإجارة أحكام الإجارة طوال مدة العقد، وبعد إبرام عقد البيع تسري أحكام البيع.

المطلب الثاني

ضوابط الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لقرار مجلس النقد السوري

بناء على أحكام المادة (١١ / ج) من المرسوم التشريعي بإحداث المصارف الإسلامية في سورية رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٥ التي تخول مجلس النقد سلطة وضع القواعد والشروط في إطار تنظيم العلاقة بين المصرف الإسلامي وعملائه على أساس الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها والحد من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المصرف نتيجة ضعف أو غياب هذا الالتزام، أصدر مجلس النقد والتسليف قراراً حدّد بموجبه القواعد التي يجب على المصارف الإسلامية العاملة في سورية الالتزام بها أثناء الدخول في عمليات الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك. وقد تضمن هذا القرار ما يلي^(١):

المادة (١) - يجب على المصارف الإسلامية العاملة في الجمهورية العربية السورية الالتزام بالقواعد التالية أثناء الدخول في عمليات إجارة وإجارة منتهية بالتمليك:

أ- مرحلة ما قبل العقد

١- يجب على المصرف في حال عدم تطبيق خيار الشرط مع البائع الأول عدم الدخول في عمليات إجارة و/أو إجارة منتهية بالتمليك قبل الحصول على وعد ملزم من العميل.

٢- في حال نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، لا يجوز للمصرف حجز هامش الجدية، وينحصر حقه فيه بمقدار الضرر الفعلي - وذلك بتحميل

(١) - قرار مجلس النقد والتسليف رقم (٥٨٣ / م ن / ب ٤) الصادر في ١٠ / ١١ / ٢٠٠٩.

العميل الفرق الحاصل بين ثمن بيع العين للغير وتكلفتها، أو تحميله بالفرق بين تكلفة العين ومجموع الأجرة الفعلية التي يتم إجارة العين على أساسها للغير. ويعتبر هامش الجدية أمانة للحفظ لدى المصرف لا يجوز التصرف فيه، أو يأذن العميل للمصرف باستثماره على أساس المضاربة الشرعية.

٣- لا تجوز المواعدة الملزمة على الاستئجار أو التملك.

٤- يجب في حالة الإجارة المنتهية بالتمليك تحديد طريقة تملك العين للمستأجر بوثيقة مستقلة عن عقد الإجارة ويكون بإحدى الطرق الآتية:

٥- وعد بالبيع بثمن رمزي أو حقيقي أو بتعجيل أجرة المدة الباقية أو بسعر السوق.

٦- وعد بالهبة.

٧- عقد هبة معلق على شرط سداد الأقساط.

كما لا يجوز ذكر أن هذه الوثائق جزء لا يتجزأ من العقد، وفي جميع حالات التملك عن طريق الوعد بالهبة أو بالبيع لابد من إبرام عقد التملك بصيغة جديدة عند تنفيذ الوعد ولا تنتقل ملكية العين تلقائياً بمجرد وثيقة الوعد الأولى.

ب: مرحلة العقد

- ١- يجب تضمين العقد التعريفات التالية حيثما ينطبق: المؤجر - المستأجر - المأجور - عقد الإجارة المنتهية بالتمليك - المصاريف - الكفيل - الوعد بالتمليك - الهبة المعلقة - الأجرة المتغيرة - الصيانة - التأمين.
- ٢- يجب تحديد مدة الإجارة في العقد ابتداءً وانتهاءً، وفي حال تأخر المؤجر في تسليم العين عن الموعد المحدد في عقد الإجارة، فإنه لا تستحق أجرة عن المدة الفاصلة بين العقد والتسليم الفعلي ويحسم مقابلها من الأجرة، إلا إذا تم الاتفاق على مدة بديلة بعد نهاية مدة العقد.

- ٣- يجب تضمين العقد جدولاً زمنياً لسداد الأقساط.
- ٤- يتم في حالة الأجرة المتغيرة تحديد الأجرة للسنة الأولى بمبلغ معين، وتحدد الأجرة للفترات اللاحقة بالزيادة أو النقصان وفقاً لمعيار معلوم (مؤشر منضبط) يتفق عليه الطرفان مع تحديد حد أعلى وأدنى لهذا المعيار.
- ٥- يتحمل المؤجر نفقة الضرائب والرسوم المتعلقة بالملكية.
- ٦- يجب الالتزام بالتأمين التكافلي وعلى نفقة المؤجر.
- ٧- يتحمل المؤجر نفقات الصيانة الأساسية اللازمة لبقاء الأصل صالحاً للاستعمال.
- ٨- يجب على المستأجر التقيد بالاستعمال المناسب الملائم للعين المؤجرة أو بالمتعارف عليه.
- ٩- لا يجوز للمؤجر أن يشترط براءته من عيوب العين المؤجرة التي تخل بالانتفاع، أو أن يشترط عدم مسؤوليته عما يطرأ على العين من خلل يؤثر في المنفعة المقصودة من الإجارة.
- ١٠- يجب تضمين العقد الحالات التالية الخاصة بهلاك العين المؤجرة:
- في حالة الهلاك الكلي للعين يفسخ عقد الإجارة (إذا كانت الإجارة لعين معينة)، ولا يجوز في هذه الحالة اشتراط أداء بقية الأقساط، أما إذا كانت الإجارة موصوفة في الذمة فلا يفسخ العقد ويلزم المؤجر بتقديم عين بديلة بالمواصفات نفسها.
- يضمن المستأجر العين المؤجرة في حال كان الهلاك (كلياً أو جزئياً) بسبب تعدي أو تقصير منه، وعليه في هذه الحالة تحمل تبعات الهلاك

وتعويض العين بمثلها إن كان لها مثل أو تحمل القيمة التي تقدر بها عند الهلاك، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة.

- في حال هلاك العين الجزئي المخل بالمنفعة لخطأ المؤجر أو لسبب لا دخل للمستأجر به، يحق للمستأجر فسخ العقد، وتسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة إلا إذا عوضها المؤجر (بالاتفاق مع المستأجر) بمثلها بعد انتهاء المدة المبينة في العقد.

١١- يشترط في العين المؤجرة إمكانية الانتفاع بها مع بقائها، ويجب تضمين العقد: "يلتزم المستأجر بأن يستعمل الأصل بطريقة مباحة شرعاً، وللمؤجر فسخ العقد إذا أثبت أنه تم استخدامه بالشكل الذي يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، ولا يعاد للمستأجر ما زاد من الأجرة المدفوعة عن أجرة المثل".

١٢- يجب تضمين العقد عبارة "يجوز لورثة المستأجر فسخ العقد إذا أثبتوا أن أعباء العقد أصبحت بسبب وفاة مورثهم أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أنها تتجاوز حدود حاجتهم.

١٣- لا يجوز اشتراط زيادة على الأجرة يستحقها المؤجر في حال التأخر عن السداد. ويجب تضمين العقد: "يلتزم المستأجر بالتصدق، بمبلغ محدد أو نسبة من الأجرة، في حالة تأخره عن سداد الأجرة المستحقة في مواعيدها المقررة، بشرط أن يصرف ذلك في وجوه الخير بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمصرف، وذلك في حال لم يثبت العميل أن تأخره عن السداد ليس على سبيل المماطلة".

١٤- يجب تضمين العقد تحديداً للضمانات المقدمة من قبل العميل، وتضمينه أيضاً: " في حالة التنفيذ على الضمانات المقدمة من المستأجر، يحق

للمؤجر أن يستوفي منها ما يتعلق بالأجرة المستحقة، ويجوز له أن يستوفي من الضمانات كل التعويضات المشروعة الناتجة عن إخلال المستأجر بالعقد".

١٥- في حال طلب المصرف من العميل تقديم شيكات أو سندات لأمر قبل إبرام العقد، يجب تضمين العقد: "لا يحق للمصرف استخدام الشيكات أو السندات إلا في مواعيد استحقاقها".

١٦- يجب تضمين العقد: "إذا توقف المستأجر عن استعمال العين المؤجرة أو أعادها إلى المالك دون موافقته فإن الأجرة تستمر عن المدة الباقية، ولا يحق للمالك إجارة العين لمستأجر آخر في المدة الباقية بل يتركها تحت تصرف المستأجر الحالي".

١٧- يجب تضمين العقد: "يجب على المستأجر أخذ موافقة خطية مسبقة من المؤجر إذا رغب في تثبيت العين المؤجرة على أرض أو مبان لا يمكن فصلها دون تلف، أو إدخال أي إضافات أو تعديلات لا يمكن فصلها دون تلف على أي منها".

١٨- يجب تضمين عقد الإجارة المنتهية بالتملك: "إذا هلكت العين المؤجرة أو تعذر استمرار عقد الإجارة إلى نهاية مدته من دون تسبب من المستأجر في الحالتين فإنه يرجع إلى أجرة المثل، ويرد إلى المستأجر الفرق بين أجرة المثل والأجرة المحددة في العقد إذا كانت أكثر من أجرة المثل".

١٩- يجب تضمين العقد أولوية الحل الودي ثم التحكيم لحل المنازعات على أساس وأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وذلك قبل اللجوء إلى القضاء في حال فشل الحل الودي والتحكيم.

٢٠- يجب تضمين العقد: " تسري على هذا العقد، فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الفريقين، أحكام قانون التأجير التمويلي والقانون المدني السوري والقوانين والأنظمة النافذة الأخرى والنظام الأساسي للمصرف والممارسات والعادات القائمة، وكل ذلك بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها".

٢١- يجب تضمين العقد: "يلتزم الفريق الثاني (المستأجر) في تعامله مع المصرف بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية".

٢٢- يجب تضمين العقد تأكيد العميل موافقته على شروط العقد وفهمه لها. ويجب صياغة شروط العقد بلغة واضحة ودقيقة وغير غامضة، ويجب أن لا تتضمن الصياغة تضليلاً متعمداً يمكن أن يؤدي إلى عدم فهم العميل واستيعابه للآثار المترتبة على العقد.

المادة (٢)- يجب على المصرف تصفية الأصول المملوكة بغرض الإجارة خلال فترة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ تملكها أو من تاريخ إنهاء العقد أو انتهاءه إذا لم يستعمل المستأجر حقه في الشراء.

المطلب الثالث

واقع تطبيق الإجارة في بعض المصارف الإسلامية

تقوم المصارف الإسلامية بشراء ما يرغب فيه المتعاملون من معدات وتجهيزات أو عقارات، وتؤجرها لهم مقابل ثمن محدد يقسم على أقساط شهرية أو دورية يتم الاتفاق عليها مع ترك الخيار لهم عند نهاية مدة العقد في شراء الأصل المؤجر أو في تجديد العقد أو فسخه ورد الأصل المؤجر للمصرف حسب الشروط المتفق عليها.

وعند إبرام عقد الإجارة المقرون بخيار الشراء، يفتح المصرف حساباً استثمارياً للمستأجر الذي يلتزم بأن يودع فيه مبلغاً من المال بصفة منتظمة يمثل مقابل الإيجار حسب الإقساط المتفق على دفعها. وخلال مدة الإيجار يستثمر المصرف الأموال المجمعة في الحساب ويضم الأرباح الناتجة إلى رصيد المستأجر الذي يستفيد منه عند شراء محل العقد الأصلي.

يتم تطبيق الإجارة في بعض المصارف الإسلامية على النحو التالي:

١- يقوم المصرف (المؤجر) بشراء أصول ثابتة محددة وفقاً للمواصفات التي يطلبها المستأجر الذي يتسلمها من المنتج (البائع) ولا يرجع المستأجر على المصرف فيما يخص ضمان جودة الشيء المؤجر، وإنما يكون له الرجوع على البائع الذي اشترى المصرف منه.^(١)

(١)- وقد ذهب رأي في الفقه إلى أن المستأجر يكون مدينًا بأقساط الإيجار للمصرف، وهو مسؤول عنها مهما كانت نتائج مشروعه، فضلاً عن تحمله بمخاطر العملية كلها وصيانة المعدات والآلات المؤجرة والحفاظ عليها، وبالمقابل يستفيد بالإضافة إلى الانتفاع بها خلال مدة الإجارة من الخيار الممنوح له في شراء الأموال محل العقد. انظر: د. عائشة الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٥١٩ وما بعدها، ص ٥١٤. و في الحقيقة لا يمكن التسليم بتعميم النتيجة التي توصل

٢- يقوم المصرف بتمويل شراء الأصل وامتلاكه ثم تأجيره بعقد متوسط أو طويل الأجل وتسليمه له للانتفاع به واستخدامه.

٣- تحتسب الدفعات الإيجارية على فترة التعاقد بحيث تغطي:

أ- الأموال المدفوعة في شراء الأصل (أو جزء منها).

ب- القيمة التخريدية للأصل (في نهاية مدة الإجارة)، يقوم العميل بسدادها في نهاية مدة الإيجار لتملك الأصل (حسب الاتفاق عند التفاوض).^(١)

ج- هامش ربح مناسب (يمثل عائد المصرف خلال مدة الإيجار).

د- يقوم المستأجر بسداد تأمين للمصرف (بنسبة متفق عليها) لضمان المحافظة على الأصل المؤجر وصيانتة خلال فترة التأجير كاملة.

هـ- يعتبر المصرف مالكا للأصل طوال فترة الإيجار، والعميل حائزاً ومستخدماً له حتى تمام سداد أقساط الإجارة، وتنتقل إليه ملكية الأصل المؤجر بعقد جديد.

ولبيان كيفية تطبيق الإجارة المنتهية بالتمليك من الناحية العملية، يمكن وصف هذا العقد وشروطه من خلال أنموذج عقد إجارة منتهية بالتمليك بالهبة صادر عن بنك سبأ الإسلامي اليمني.

حيث تضمن العقد تمهيداً: جاء فيه (أن المصرف يملك الأصل المبين مواصفاته كما يلي... ويرغب في تأجيره للمستأجر للمدة والأجرة المحددة في هذا العقد، كما يرغب في تملكه هذا الأصل في نهاية مدة الإيجار، وذلك بصدور وعد ملزم بالهبة بوثيقة مستقلة من المؤجر بعد قيامه { المستأجر } بدفع

إليها الرأي السابق على جميع المصارف، وعلى فرض صحة القول بأن المستأجر يتحمل كافة المخاطر وصيانة المعدات... فإن هذا القول يخالف ضوابط الإجارة المنتهية بالتمليك الموضوعة من قبل مجمع الفقه الإسلامي ومجلس النقد السوري.

(١)- يقصد بالقيمة التخريدية قيمة الأصل المؤجر بعد الاستهلاك.

كامل الأجرة، وحيث إن المستأجر يوافق على ذلك، فقد تم الاتفاق بين الطرفين وهما بكامل أهليتهما المعتبرة شرعاً وقانوناً على الآتي:

أولاً: يعدّ التمهيد أعلاه جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد.

ثانياً: بموجب هذا العقد أجرّ المصرف للمستأجر الأصل الإيجاري (شقة) المحدد مواصفاته أعلاه)). وحدد العقد مدة الإجارة ومبلغ الأجرة وكيفية دفعها على أقساط).

ويلاحظ على التمهيد أعلاه أن المصرف أبدى رغبته في تأجير ما يملكه للمستأجر ولا إشكال في ذلك، غير أنه أبدى رغبته في تمليك الأصل للمستأجر في نهاية المدة ((وذلك بصور وعد ملزم بالهبة بوثيقة مستقلة من المؤجر بعد قيامه بدفع كامل الأجرة)) وهذه العبارة غير دقيقة، لأنها توحي بأن صدور الوعد الملزم بالهبة يكون بعد نهاية مدة الإجارة، وفي هذه الحالة لا يكون للوعد أي قيمة قانونية، وينبغي تصحيح تلك العبارة على النحو التالي ((وذلك بصور وعد ملزم بالهبة بوثيقة مستقلة (لاحقة) من المؤجر - على أن يتم نقل الملكية بعد دفع كامل الأجرة بعقد هبة مستقل عن عقد الإجارة وذلك تنفيذاً لوثيقة الوعد)).

فلا مانع من أن يتضمن العقد بيان كيفية التمليك، على أن يكون الوعد الملزم للمصرف بالهبة لاحقاً لإبرام عقد الإجارة، ويتم التمليك بعقد مستقل جديد تنفيذاً للوعد السابق. وعلى هذا الأساس، يلتزم المصرف - بناءً على وعده - بتمليك المستأجر العين المستأجرة إذا وقى المستأجر بالتزاماته حتى نهاية مدة الإجارة، ويكون هذا التمليك بعقد جديد.

وعقد الإجارة المنتهية بالتمليك بالهبة يترتب حقوقاً والتزامات على الطرفين، ومن حقوق المستأجر والتزاماته ما يلي:

١- يلتزم المستأجر بدفع الأقساط الشهرية في مواعيد استحقاقها، وعند تخلفه عن سداد قسطين متتاليين تعدّ جميع الأقساط (في أي سنة) مستحقة فوراً دون تأخير.

٢- يقر بأنه قد عاين الأصل المؤجر وتسلمه وقبله بحالته الراهنة صالحاً للاستعمال واستيفاء منافعه وبذلك برئت ذمة المصرف من كافة العيوب.

٣- يلتزم بالمحافظة على العين المؤجرة والقيام بإجراء الصيانة التشغيلية والاعتيادية التي يتطلبها انتفاعه بالعين المؤجرة، وإصلاح الأعطال والأضرار الناتجة عن سوء تصرفه أو إهماله. كما يلتزم بدفع فواتير الماء والكهرباء والتلفون وغيرها دون تأخير.

٤- في حالة هلاك العين المؤجرة هلاكاً كلياً يفسخ العقد، ولا يضمن المستأجر في هذه الحالة إلا إذا كان الهلاك ناتجاً عن تعديّه أو تقصيره، أما إذا كان الهلاك بقوة قاهرة فلا ضمان عليه.

٥- لا يجوز له التصرف بالعين المؤجرة بأي نوع من أنواع التصرفات من تأجير أو بيع أو رهن أو غير ذلك إلا إذا كان بموافقة خطية من المؤجر وإلا كان منعماً لا أثر له. ولا يحق للمستأجر أن يستحدث شيئاً في العين المؤجرة إلا بإذن خطي من المؤجر.

٦- في حالة وفاة المستأجر يحلّ ورثته محله في كافة الحقوق والالتزامات المحددة في العقد.

ومن حقوق المؤجر (المصرف) والتزاماته ما يلي:

أ- أنه إذا ماطل المستأجر أو عجز عن الوفاء بالتزاماته، جاز للمؤجر فسخ العقد واسترداد العين المؤجرة والتصرف فيها كما يشاء، ولا يحق للمستأجر الاعتراض على ذلك، ولكن يحق له استرجاع ما دفعه من أقساط زائدة

على أجرة المثل (تحدد حسب نوع الأصل المؤجر وموقعه). وللمصرف أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء عدم وفاء المستأجر بالتزاماته. ب- يحتفظ المؤجر بحقه في المعاينة والتفتيش والتأكد من صيانة العين المؤجرة.

ج- للمصرف أن يستحدث إصلاحات في العقار المؤجر بعد إشعار المستأجر بذلك بوقت كاف، على أن لا يخل ذلك بانتفاع المستأجر من العين. د- في حالة هلاك الأصل المؤجر هلاكاً جزئياً يخل بالانتفاع المقصود منه دون تعدّ أو إهمال من قبل المستأجر، فإن المؤجر يلتزم بإصلاحه، فإن تريت (تأخر - أو تعذر) جاز للمستأجر فسخ العقد أو المطالبة بتعديل قيمة الإيجار.

وفي حالة نشوب أي خلاف حول تنفيذ العقد أو غيره، يتم حل الخلاف بالطرق الودية، فإن لم يتحقق ذلك، يتم اختيار لجنة تحكيم... للبت في النزاع طبقاً لأحكام الشريعة، وتكون قراراتها نهائية ملزمة للطرفين وغير قابلة للطعن بأي وجه من أوجه الطعن. وإذا لم تبتّ اللجنة في القضية، يتم اللجوء إلى المحكمة المختصة للفصل في النزاع.

ويلاحظ أن عقد الإيجار السابق ينتهي بالتملك بالهبة، مما يعني أن أقساط الأجرة تدفع بقيمة أعلى من أجرة المثل (أجرة المنفعة) وتمثل ثمن العين المؤجرة، فإذا تم الوفاء بجميع الأقساط، يتم نقل الملكية بعقد هبة، وإذا ماطل المستأجر أو عجز عن الوفاء بالتزاماته، يفسخ العقد ويسترد المصرف الأصل المؤجر، ويسترد المستأجر ما دفعه من أقساط زائدة على أجرة المثل رغم تسببه في تعذر استمرار العقد. ولكن في المقابل يكون للمصرف الحق في مطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء إخلال المستأجر بالتزاماته.

يتضح مما تقدم أن الإجارة المنتهية بالتملك تستخدم كوسيلة من وسائل التمويل في مجال الصناعة والتجارة علماً بأن هذا العقد لا يدور في المصارف الإسلامية على السلع المعدة للتحويل أو الاستهلاك^(١)، والإجارة المنتهية بالتملك تماثل عقود التمويل التأجيري المعمول بها في بعض المصارف التجارية من حيث شروط دفع الأقساط، ومن حيث خيار الشراء في نهاية العقد بالقيمة المتبقية، وتختلف عنها بأن الأقساط المدفوعة هي أقساط إجارة مجردة لا تقبل الزيادة مقابل الأجل، بل هي ثابتة لا تتغير إذا حصل تأخير في السداد. وإذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة، فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً، يتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر. كما أن التملك بالهبة، أو البيع يقع تنفيذاً لوعده يشترط فيه ألا يكون مُلزماً للجانبين، ويتم التملك بعقد منفصل عن عقد الإجارة، ولا يكون التزاماً أو شرطاً يتضمنه عقد الإجارة بحيث تنتقل الملكية تلقائياً بمجرد دفع القسط الأخير.

(١) - د. عائشة المالقي، مرجع سابق، ص ٥١٧.

خاتمة الدراسة

على ضوء واقع النظام القانوني للموارد المالية ومجالات استثمارها في المصارف الإسلامية (موضوع الدراسة)، تبين لنا أن الموارد المالية للمصارف هي تلك المصادر التي تتدفق من خلالها الأموال إلى المصارف لتقوم بتوجيهها واستخدامها في مجالات الاستثمار المختلفة عن طريق استخدام وسائل التمويل المتعددة ومنها المضاربة، والمشاركة، والمرابحة، والإجارة.

وتصنف الموارد المالية للمصارف إلى مجموعتين:

الأولى: الموارد الذاتية

تتمثل في حقوق الملكية (رأس المال المدفوع، الاحتياطي القانوني، الاحتياطي الاختياري، الأرباح المرحلة) والمخصصات.

الثانية: الموارد الخارجية

تتمثل بصفة رئيسة في الحقوق النقدية التي تتخذ شكل الوديعة، بيد أن المصارف قد تحتاج إلى موارد إضافية لمقابلة طلبات موسمية وغير موسمية فتحصل عليها من المصرف المركزي أو من المصارف الأخرى عن طريق وسائل التمويل المختلفة.

وقد اشتملت هذه الدراسة العديد من النتائج والمقترحات، لعل أهمها ما يلي:

يلي:

أولاً: تبين من خلال بحث الموارد الذاتية للمصارف ما يلي:

١- أن رأس المال المدفوع يمثل مجموع الأموال التي دفعها المؤسسون والمساهمون في تكوين رأس مال المصرف، ويُعد المصدر الأول لتدفق الأموال اللازمة لتأسيس المصرف وإدارة نشاطه، فتمويل المباني والتجهيزات اللازمة لإدارة المصرف يتم من خلال رأس المال، ويخصص

جانب منه لتمويل بعض العمليات لإثبات تواجد المصرف في السوق المصرفي، ويظل رأس المال مطلوباً لتغطية جانب من الاحتياجات التمويلية طويلة الأمد، ولذلك يُعدُّ مصدراً دائماً للتمويل. ولَمَّا كان إنفاق جزء من رأس المال المدفوع في مرحلة التأسيس يُعدُّ انتقاصاً من الحد الأدنى المطلوب قانوناً لرأس المال، فإن التشريعات المصرفية تجيز عدم توزيع أي أرباح في هذه المرحلة، وإذا ما تم توزيع الأرباح على المساهمين في هذه الحالة فإنها تكون أرباحاً صورية.

٢- إن احتياطات رأس المال عبارة عن مبالغ يتم اقتطاعها من صافي أرباح المصرف لتدعيم مركزه المالي، وتعدُّ مصدراً هاماً للتمويل نظراً للمرونة التي تتسم بها عن رأس المال، حيث يمكن الإضافة إليها أو الخصم منها إضافة إلى الإمكانية المتاحة لتوظيفها على نحو مستمر، سواء فيما خصصت له (بالنسبة للاحتياطات المخصصة) أو في مجالات التوظيف المناسبة (بالنسبة للاحتياطي العام).

٣- يتم خصم المخصصات من الأرباح الإجمالية، والتي تمثل مصدراً من مصادر التمويل الذاتي خلال المدة من وقت تكوينها إلى وقت استخدامها، ولاسيما المخصصات ذات الصلة التمويلية كمخصص استهلاك الأصول الثابتة، ويمكن توظيفها في الاستثمارات المتوسطة وطويلة الأمد.

٤- يمثل حق الملكية (رأس المال والاحتياطات) الضمان الأخير ضد المخاطر التي قد يتعرض لها المصرف في إجمالي أصوله أو في بعض هذه الأصول ذات المخاطر، ولذلك تخول بعض التشريعات المصرفية سلطات الرقابة المصرفية وضع نسب للربط بين حق الملكية إلى إجمالي الأصول أو إلى الأصول ذات المخاطر.

٥- أن المصارف الإسلامية التي اطلعتُ على نظامها القانوني فضلت المشاركة في تكوين رأس مالها بحصص نقدية نظراً لحاجتها عند التأسيس لأموال نقدية، وحتى تتجنب إشكالات هي في غنى عنها، ذلك أن قوانين الشركات توجب تقدير الحصص العينية تقديراً صحيحاً وبإجراءات طويلة نسبياً لتقادي كثيراً من المخاطر الناجمة عن المبالغة في تقدير هذه الحصص. ومن الناحية القانونية والفقهية لا يوجد أي مانع من تقديم حصص عينية إلى جانب الحصص النقدية، إلا أنه لا يجوز قانوناً إصدار أسهم عينية تمثل قيمتها إلا بعد تقدير هذه الحصص والاكتتاب بكامل قيمتها عند التأسيس وفقاً للأحكام المقررة في قوانين الشركات.

٦- تمثل الأسهم العادية مصدراً دائماً للتمويل، حيث لا يجوز لمالكها استرداد قيمتها الاسمية من الشركة إلا بعد حلها وتصفيتها وبعد تسديد الديون المترتبة عليها، ولهذا تفقد القيمة الاسمية لأسهم رأس المال في الجانب الدائن من ميزانية المصرف باعتبارها التزاماً طويل الأجل.

٧- لم تأخذ المصارف الإسلامية بنظام أسهم الامتياز التي تؤدي إلى ضمان رأس المال، أو ضمان قدر من الربح، أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح، لأن إصدارها لا يتم إلا بنص في النظام الأساسي للمصارف، أو عندما لا يتضمن النظام الأساسي منع صريح. وفي جميع الأحوال فقد خلت النظم الأساسية للمصارف من أي نصوص تقرر ذلك. وقد أخذت بعض المصارف بنوع من أسهم الامتياز التي تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية التي أقرها مجمع الفقه الإسلامي.

٨- تبين من خلال الدراسة أن قانون الشركات اليمني منع إصدار أسهم تعطي أصحابها امتياز من أي نوع، بخلاف قانون الشركات السوري الجديد الذي أجاز إصدار أسهم تعطي أصحابها امتيازات متعددة الأنواع. وفي ظل هذا

القانون الأخير لا يوجد مانع قانوني من أن ينص النظام الأساسي للمصرف الإسلامي على منح بعض الأسهم امتيازات تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية. وبالنسبة للمصارف التجارية في سورية لا يوجد أي مانع قانوني من أن ينص النظام الأساسي على منح بعض الأسهم امتيازات من أي نوع.

٩- كشفت الدراسة أن أغلب المصارف الإسلامية والتجارية في اليمن أسست شركات مساهمة يقتصر الاكتتاب في رأس مالها على المؤسسين، أو على أشخاص معينين بالذات، ويمكن وصف أغلبها بأنها شركات أُسرية، ولذلك فإن اتخاذ المصرف شكل الشركة المساهمة ذات الاكتتاب المغلق لا يحقق بعض ما تضمنته النظم الأساسية من أهداف تسعى لتحقيقها، كالخدمات الاجتماعية الهادفة لإحياء صور التكافل الاجتماعي المنظم على أساس المنفعة المشتركة، وأبسط صور التكافل هو توسيع قاعدة المشاركة. وسعيًا إلى أن تؤدي المصارف وظيفتها للصالح العام- وليس لمصلحة شخص أو أشخاص معينين- ينبغي على المشرع اليمني إضافة نص جديد إلى قانون المصارف الإسلامية يلزم المؤسسون في مجموعهم بالاكتتاب في نسبة معينة من رأس المال (كحد أقصى) على أن تُطرح بقية الأسهم للاكتتاب العام. فيشترط مثلاً ألا تقل نسبة اكتتاب المؤسسين عن (٢٠%) من رأس مال المصرف، ولا تزيد على (٤٠%). وفضلاً عن ذلك ينبغي على المشرع اليمني إضافة نص مماثل إلى قانون البنوك، مع الأخذ بعين الاعتبار التفرقة في نسب اكتتاب المؤسسين والمساهمين بين الشخص الطبيعي وأقاربه وبين الشخص الاعتباري، حيث لا يجوز للشخص الطبيعي وأقاربه إلى درجة معينة الاكتتاب بأكثر من (٥%) من رأس المال المطروح للاكتتاب مثلاً. ولا يجوز للشخص الاعتباري الاكتتاب بما يزيد عن نسبة

(٢٥%) من رأس المال، بما فيهم الأشخاص التابعين له بهدف منع السيطرة على إدارة المصرف.

١٠- اتضح من خلال الدراسة أن هناك اختلاف بين المصارف التجارية، والمصارف الإسلامية من حيث الإجراءات المتبعة في حال عدم تسديد المكتتب بالأسهم لباقي قيمتها في المدة التي حددتها الوثائق المنشئة للمصارف. فالمصارف التجارية تلجأ إلى فرض فوائد تأخيرية على المبلغ الواجب دفعه تسري من يوم استحقاقه، ولا تلجأ المصارف الإسلامية إلى فرض مثل هذه الفوائد؛ لأنها من ربا النسيئة المحرم في الشريعة الإسلامية.

ثانياً: تبين من خلال بحث الموارد الخارجية للمصارف ما يلي:

١- أن المركز القانوني للمودع في علاقته بالمصارف التجارية يختلف عن مركزه القانوني في علاقته بالمصارف الإسلامية، فالمودع في نظر القانون هو دائن بدين مضمون واجب الرد بمثله (مبلغ الوديعة) وما قد يضاف إليه من فوائد متفق عليها، على اعتبار أن الوديعة النقدية المصرفية تعدّ قرضاً، سواءً كانت تحت الطلب أم لأجل، ولا يتأثر المودعون بما حققه المصرف من ربح أو خسارة. ويختلف المركز القانوني للمودع في المصارف الإسلامية تبعاً لاختلاف نوع الوديعة:

أ- إذا كانت تحت الطلب أو ادخارية (دون تفويض بالاستثمار)، فإنه يكون في مركز المودع نفسه في المصارف التجارية، على أساس أن الوديعة قرض حسن مضمون الرد دون فائدة حسب الأصل، وتكون في المصارف التجارية قرض مضمون الرد دون فائدة حسب الأصل، أو تكون بفائدة حسب الاتفاق أو حسب ما يجري عليه العرف.

ب- إذا كانت الوديعة مع التفويض بالاستثمار (لمدة، أو مشروطة بإخطار سابق)، فإنها تغير من المركز القانوني للمودع في علاقته بالمصرف وتجعله شريكاً في الأرباح والخسائر، وتكون مسؤوليته محدودة بنسبة مبلغ وديعته إلى جملة الأموال المستثمرة. وهذه العلاقة يحكمها عقد المضاربة.

ويترتب على اختلاف هذه العلاقة اختلاف خصائص الودائع الاستثمارية وذلك على النحو الآتي:

١- إن المودع يتنازل عن حيازة الوديعة إلى المصرف ويظل محتفظاً بملكيتهá وتدخل في ضمانه.

٢- لا تنتقل ملكية الوديعة الاستثمارية إلى المصرف، ولذلك لا يلتزم بضمان ردها أو رد جزء منها أو ضمان نسبة من الربح، لأن المودع فوض المصرف باستثمارها على أساس المشاركة في تحمل مخاطر الاستثمار ربحاً أو خسارة. ولا يضمن المصرف خسارة رأس المال إلا إذا ثبت تعديه أو تقصيره.

٣- إن الخسارة الناشئة دون تعدي المصرف أو تقصيره يتحمل مسؤوليتها المودعون والمصرف حسب نسب الأموال المشاركة في مجالات الاستثمار.

٤- يلتزم المصرف باستثمار أموال الودائع وفقاً للعقود الاستثمارية المبرمة مع أصحابها، ويترتب على إخلاله بأي التزام إمكانية مساءلته القانونية، ومطالبته بالتعويض إذا كان له مقتضى، فضلاً عن ضمان المصرف لمبلغ الوديعة الاستثمارية كاملاً عند مخالفته لشروط العقد، أو ثبوت تعديه، أو تقصيره في استثمار هذه الأموال.

٥- طبقاً لأحكام المرسوم التشريعي السوري رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٥ الخاص بإحداث المصارف الإسلامية، وأحكام المصارف الإسلامية في قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠، تخضع الحسابات الاستثمارية المشتركة لاقتطاع نسبة من الأرباح الصافية لتغطية احتياطي مخاطر الاستثمار، ويستخدم هذا الاحتياطي لتغطية أي خسارة تنشأ لأسباب خارجة عن إرادة المصرف. كما أن هذه الحسابات تتأثر باقتطاع نسبة من دخل المضاربة قبل اقتطاع حصة المصرف كمضارب لتغطية احتياطي معادلة توزيع الأرباح بين المودعين والمساهمين في بعض المصارف.

ثالثاً: إن طبيعة الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية الملزمة قانوناً بفرض احتياطي مخاطر الاستثمار من صافي الأرباح لا تختلف عن طبيعة الودائع الثابتة في المصارف التجارية (لأجل، خاضعة لإشعار، توفير) من حيث المضمون ويرجع ذلك للأسباب الآتية:

١- أن احتياطي مخاطر الاستثمار ما هو إلا ضمان غير مباشر للأموال المستثمرة، ويتعارض مع طبيعة الودائع الاستثمارية التي تقوم على أساس المشاركة في الربح والخسارة.

٢- أن إعفاء رب المال (المودع) من الضمان ما هو إلا خطوة من خطوات إباحة الفائدة، والانتقال من المضاربة الشرعية إلى القرض الربوي المحرم، لأن الاتفاق على تقديم المال مقابل حصة من الربح مع عدم تحمل الخسارة إذا وقعت، إنما هو عقد مركب يجمع ما بين القرض والقراض (المضاربة)، فهو قرض من حيث ضمان سلامة رأس المال من النقصان، وقراض من حيث الشركة في الربح.

٣- أن احتياطي موازنة الأرباح ما هو إلا ضمان لحد أدنى من الربح لا يقل عن توزيع الفائدة، ولا يخفى أن النتيجة واحدة سواء في المصرف التجاري أم المصرف الإسلامي.

رابعاً: كشفت الدراسة عن وجود اختلافات متعددة في الشروط التي تتضمنها عقود استثمار الودائع في المصارف الإسلامية، ويمكن بيان أهم هذه الاختلافات على النحو الآتي:

١- تميز كل من بنك سبأ الإسلامي وبنك الشام عن غيرهما من البنوك في مواعيد قبول واحتساب أرباح الودائع، حيث يقبل كل منهما الوديعة لأجل في أي يوم من السنة، ويشارك المبلغ المودع في الأرباح اعتباراً من اليوم التالي لقبض المبلغ المودع. بخلاف المصارف الأخرى التي يتم احتساب الربح فيها إما من الشهر التالي لقبض المبلغ المودع أو بعد انقضاء فترة زمنية قد تصل إلى عشرة أيام أو عشرين يوماً أو شهراً.

٢- تميزت بعض عقود استثمار الودائع لدى بعض المصارف (كبنك سبأ) عن غيرها من عقود المصارف الأخرى من حيث العدالة في احتساب مواعيد الأرباح كما ذكرنا، ومراعاة توزيع الأرباح خلال أوقات زمنية قصيرة (كل ثلاثة أشهر) مع حصول المودع على حصة من الربح عند سحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول الأجل بموافقة المصرف وبشروط حساب الوديعة الادخارية.

٣- اشتركت أغلب عقود الودائع الاستثمارية لدى المصارف في إسقاط حصة المودع من الربح عند سحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول الأجل. ويعد هذا الشرط أكثر إجحافاً بحق العميل ولا سيما إذا كان توزيع الربح لا يتم إلا بعد انقضاء مدة طويلة (نهاية السنة المالية). وخولت بعض نظم المصارف مجلس الإدارة سلطة اتخاذ القرار في منح المودع نسبة من الربح

أو عدم منحه في هذه الحالة، وكلا الطريقتين لا تختلف عما هو مقرر في المصارف التجارية. ولذلك ينبغي على هذه المصارف أن تعيد النظر في الشروط التي قررت إسقاط حصة المودع من الأرباح على اعتبار أن مبلغ الوديعة يكون قد ساهم في تحقيق الأرباح، ويستحق جزءاً منها بالنظر إلى حجم الوديعة ومدة بقائها ومشاركتها في العمليات الاستثمارية. وذلك بصرف النظر عن صحة العقد من الناحية القانونية.

٤- وضعت أغلب عقود الودائع الاستثمارية شرطاً على المودع يتعهد بمقتضاه بأنه إذا سحب وديعته الاستثمارية بعد انتهاء مدتها وقبل اعتماد الجمعية العمومية للميزانية، فإنه يتحمل أي خسائر قد تظهر بعد اعتماد الميزانية. وينبغي على المصارف أن تعيد النظر في هذا الشرط بحيث تلتزم في المقابل بأن تمنح المودع - بعد اعتماد الميزانية - أي نسبة من الربح تزيد على نسبة ما حصل عليه وقت السحب، وبذلك تتحقق مشاركة المودع في الربح والخسارة.

٥- يلاحظ بصفة عامة أنه لا يوجد تنظيم قانوني موحد للقواعد والشروط التي ينبغي أن تتضمنها نماذج عقود استثمار الودائع، فبعض هذه القواعد إما أن تجد مصدرها في بعض النظم الأساسية للمصارف وهي نادرة، أو تتضمنها العقود ولا تكون كافية لتحقيق الغرض منها، أو يكون مصدرها قانون المصارف، بيد أن هذا الأخير يضع القاعدة العامة غالباً ويخول سلطة وضع قواعد وشروط التطبيق لمجلس النقد أو البنك المركزي. ومن هنا أرى ضرورة أن يتدخل القانون مباشرة لحماية المودعين إما بوضع نصوص صريحة تلزم المصارف بضرورة النص في عقود فتح الحسابات على كيفية توزيع الأرباح وحالات استحقاقها وطرق احتسابها، بحيث يكون للمودع حرية اختيار المصرف الذي يناسبه على مستوى الدولة الواحدة. أو

أن يتدخل القانون عن طريق تخويل سلطات الرقابة المصرفية الحق في إلزام المصارف باتباع أكثر الطرق عدالة في توزيع الأرباح إن وجدت، وبالشروط التي تضعها سلطات الرقابة المخولة بذلك.

خامساً: كشفت الدراسة أنه لا يوجد تنظيم قانوني موحد لتوزيع ما يخص

المودعين من الأرباح الصافية، وقد تبين أن هذا التوزيع يتم بطريقتين:

الأولى: يتم توزيع الأرباح بين المودعين والمصرف وفقاً للخطوات الآتية:

١- يتم احتساب صافي إيرادات الحساب الاستثماري المشترك - بعد خصم المصروفات والتكاليف المباشرة على عمليات التمويل.

٢- يتم توزيع الأرباح الصافية على النحو الآتي:

أ- تجنب نسبة احتياطي مخاطر الاستثمار.

ب- حصة أصحاب الحساب الاستثماري المشترك بين المودعين والمصرف. ويتم توزيعها حسب نسب المشاركة.

ج- يستوفي المصرف حصته كمضارب، وهي النسبة المتفق عليها عند إبرام العقد. وبذلك يحصل المصرف على حصتين من الربح، الأولى باعتباره مضارباً، والثانية باعتباره مشاركاً في رأس المال، وتضاف إليها أرباح الخدمات المصرفية. وتمثل هذه الإيرادات (إجمالي الأرباح غير الصافية للمصرف).

د- يخصم من إجمالي الأرباح غير الصافية للمصرف جميع المصروفات الإدارية والاستهلاكات، ومن نصيب المصرف يتم اقتطاع احتياطات رأس المال والمكافآت وغيرها من الالتزامات، وما تبقى من أرباح توزع على المساهمين، ما لم تقرر الشركة ترحيله كله، أو جزء منه إلى السنة التالية.

الثانية: يتم توزيع الأرباح بين المودعين والمصرف وفقاً للخطوات الآتية:

١- يتم احتساب صافي إيرادات الحساب الاستثماري المشترك- بعد خصم المصروفات والتكاليف المباشرة على عمليات التمويل.

٢- يتم تقسيم إجمالي الأرباح الصافية بين المودعين والمصرف وفقاً لنسب المشاركة في تمويل النشاط.

٣- يخصم من إجمالي الأرباح غير الصافية للمصرف جميع المصروفات الإدارية والاستهلاكات، ومن نصيب المصرف يتم اقتطاع احتياطات رأس المال والمكافآت وغيرها من الالتزامات، وما تبقى من أرباح توزع على المساهمين ما لم تقرر الشركة ترحيله كله أو جزء منه إلى السنة التالية.

سادساً: الأصل أن القوانين المصرفية تحظر على المصرف التجاري ممارسة الأعمال الآتية:

١- أن يزاول أعمالاً غير مصرفية ولا سيما ممارسة التجارة، أو الصناعة، أو امتلاك البضائع والمتاجرة فيها لحسابه الخاص ما لم يكن امتلاكه لها تسديداً لدين له على الغير، وعليه أن يقوم بتصفيته خلال المدة المحددة في القانون، أو المدة التي تحددها سلطة الرقابة المخولة قانوناً بذلك.

٢- يحظر عليه شراء عقارات غير التي يحتاج إليها لممارسة أعماله، أو لإقامة موظفيه أو من أجل الترفيه عنهم، أو يملكها سداداً لدين له على أن يبيعها خلال مدة معينة.

٣- يجوز له أن يشتري لحسابه الخاص أسهم الشركات التجارية الأخرى في حدود نسبة محدودة من أمواله الخاصة، أو بناء على موافقة مسبقة من

البنك المركزي، ولا يجوز له أن يمتلك ما يزيد على تلك النسبة ما لم يكن امتلاكها تسديداً لدين له على الغير.

ويختلف المصرف الإسلامي عن المصرف التجاري بأنه يجوز له - حسب الأصل - ممارسة التجارة والصناعة، وتملك البضائع، وشراء العقارات، والتعامل في أسهم الشركات التجارية وفقاً للضوابط القانونية المنصوص عليها في قوانين وأحكام المصارف الإسلامية. وقد تبين من خلال الدراسة ما يلي:

١- أن المرسوم السوري رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٥ الخاص بإحداث المصارف الإسلامية في الجمهورية العربية السورية، أجاز للمصارف الإسلامية أن تمتلك الأموال المنقولة وغير المنقولة وبيعها واستثمارها وتأجيرها واستثمارها، وكذلك تأسيس الشركات والإسهام في مشاريع تحت التأسيس في مجالات تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك في معرض القيام بالعمليات المصرفية الإسلامية لصالح العملاء أو بالاشتراك معهم، ولمجلس النقد والتسليف أن يخضع عمليات التملك والاستثمار والمساهمة للضوابط والحدود التي يراها مناسبة.

٢- حظرت أحكام المصارف الإسلامية في قانون النقد الكويتي على المصارف الإسلامية أن تمتلك العقارات أو تتعامل في مباني السكن الخاص مع مراعاة الضوابط التي يضعها البنك المركزي. وبعبارة ذلك، أجاز كل من قانون المصارف الإسلامية الإماراتي وقانون المصارف الإسلامية اليمني لهذه المصارف أن تمتلك العقارات بصفة مطلقة، وفيما عدا ذلك لا يوجد

اختلاف بين المصارف الإسلامية في جواز تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة كأصل عام.

سابعاً: تبين من خلال الدراسة أن آليات السياسة النقدية في إطار كل من النظام المصرفي الإسلامي، والنظام المصرفي التقليدي تشترك من حيث التدخل المباشر للمصرف المركزي في السقوف التمويلية (الائتمانية)، والتوجيهات المباشرة لتوزيع التمويل المصرفي بين القطاعات الاقتصادية، وأن الفرق الأساسي في السياسة النقدية يأتي في الآليات والوسائل المتاحة للبنك المركزي لإدارة السياسة النقدية، فمعظم آليات السياسة النقدية المتاحة في النظام المصرفي التقليدي لها ارتباط بصورة مباشرة أو غير مباشرة بسعر الفائدة. فنظام سعر الخصم، ودور المقرض الأخير، والأوراق المالية الخاصة بعمليات السوق المفتوحة كلها مرتبطة بسعر الفائدة. وجميع هذه الآليات غير متاحة للبنك المركزي في النظام المصرفي الإسلامي. بيد أن للمصارف الإسلامية آليات بديلة يمكن إجمالها بالنقاط الآتية:

١- أن المصارف الإسلامية بصفة عامة تجاوزت إشكالية عدم استفادتها من وظيفة المصرف المركزي كمقرض أخير، حيث يتم دعم هذه المصارف عن طريق وسائل لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، كالإيداع الاستثماري لديها، أو شراء الصكوك الإسلامية التي تصلح بصفة عامة كآلية لإدارة السيولة عن طريق تداولها في عمليات أشبه بعمليات السوق المفتوحة.

٢- أن المصارف الإسلامية كالمصارف التجارية تخضع قانوناً لنسب الاحتياطيات القانونية المفروضة على إجمالي الودائع، وأغلب المصارف الإسلامية تجاوزت الإشكاليات التي كانت مطروحة بأنها لا تستفيد من أموالها المودعة لدى المصرف المركزي بشكل احتياطيات قانونية على إجمالي

الودائع. وقد ظهر أن هناك تباين في مواقف المصارف من الاحتياطات يُمكن بيانها كما يلي:

أ- تبين من خلال السياسة النقدية للنظام المصرفي الإسلامي في السودان أن هذه المصارف لا تخضع لفرض الاحتياطات القانونية على الودائع الاستثمارية.

ب- أن المصارف الإسلامية في بعض الدول كالأردن، ومصر، تخضع قانوناً لفرض الاحتياطات القانونية على جميع الودائع.

ج- أن المشرع السوري في المرسوم الخاص بإحداث المصارف الإسلامية لم يحسم موقفه بشأن فرض الاحتياطات القانونية على الودائع الاستثمارية، غير أن العمل جرى- حسب عقود الخدمات المصرفية لدى بنك الشام- على أن المودعين يحصلون على أرباح ودائعهم كاملة فيما لو تم استثمار تلك الاحتياطات.

د- بالاطلاع على القوانين المصرفية اليمنية تبين للباحث ما يلي:

١. أن المصارف الإسلامية تخضع لنفس نسب الاحتياطات المفروضة على المصارف التجارية، شريطة ألاّ يستخدمها المصرف المركزي على أساس الفائدة، عملاً بحكم المادة (١٣) من قانون المصارف الإسلامية اليمني). كما أن المصرف المركزي اليمني ملزم بموجب قانون إنشائه بأن يستثمر تلك الاحتياطات طبقاً لقانون المصارف الإسلامية وآليات عملها، عملاً بحكم المادة (٤١) من قانون البنك المركزي اليمني.

٢. بحكم النصوص القانونية سالف الذكر، تستطيع المصارف الإسلامية في اليمن أن تستفيد من عوائد الاستثمار التي تحصل عليها من المصرف المركزي لتصبح جزءاً من إيراداتها، وبذلك فإنها تكون قد تجاوزت الإشكالية

التي كانت مطروحة بشأن عدم الاستفادة من أموالها المودعة لدى المصرف المركزي بشكل احتياطات قانونية على إجمالي الودائع. ومن المعروف أن المصرف المركزي يمنح المصارف التجارية فوائد مقابل تلك الاحتياطات، ومن ثم يبقى التزامه العرفي بدفع تلك الفوائد مقتصرًا على المصارف التجارية.

٣. أظهرت الدراسة أن المصرف المركزي اليمني خالف حكم المادة (٤١) من قانون إنشائه) كما أن المصارف الإسلامية خالفت حكم المادة (١٣) من قانون إنشائها) فالمصرف المركزي استمر في منح الفوائد، وقبلت بها المصارف، وترتب على ذلك وجود أضرار ومخالفات كثيرة يمكن إجمالها كما يلي:

المخالفة الأولى: بالرغم من عدم استفادة المصارف من عوائد الاحتياطات التي كفلها القانون، فإن الفتاوى الصادرة بأخذ الفوائد وإنفاقها بمعرفة الهيئة الشرعية تعتبر غير صحيحة من الناحية القانونية، لأنها مخالفة للنصوص القانونية، ولا يجوز الاجتهاد في معرض النصوص القانونية.

المخالفة الثانية: أن بعض المصارف اشترطت على المودعين عدم حصولهم على أرباح مبالغ ودائعهم كاملة، وإنما على الجزء المستثمر فقط، بحجة عدم استفادة المصارف من الاحتياطات المفروضة. وهذه الشروط غير صحيحة في ظل النصوص المتقدمة.

المخالفة الثالثة: أن المصارف التي تمنح الربح على مبلغ الوديعة كاملاً وليس على الجزء المستثمر وإن كانت تبدو في الظاهر أكثر عدالة، إلا أن الإشكالية تظهر في أن هذه المصارف تكون قد منحت أرباحاً على مبالغ هي في الأصل محتجزة لدى المصرف المركزي. أي أن الربح يكون على مبالغ لم يتم استثمارها.

ثامناً: أتضح من خلال الدراسة أن أحكام المضاربة في القانون المدني اليمني لا يمكن الاعتماد عليها كأساس لعلاقة المودعين بالمصرف، ولكن يظل القانون المدني هو الشريعة العامة التي يمكن الرجوع إليها في إطار التمويل بالمضاربة في علاقة المصرف بالمستثمرين.

تاسعاً: إن ما يسمى بالمضاربة المشتركة ليس نظاماً مستقلاً له آلياته وأساليبه الخاصة التي يتميز بها عن المصارف التجارية. فالمصارف الإسلامية لجأت إلى بعض الآليات والأساليب المتبعة في المصارف التجارية، كتصنيف الودائع، ومواعيد وطرق احتساب أرباحها، وتقديم خدمات السحب والإيداع، ومعالجة إشكاليات الخلط المتلاحق للأموال باتباع طريقة النمر لحساب الفترة التي تستحق عنها الأموال حصتها من الربح، وإلغاء الشهر الذي تم فيه الإيداع... الخ. وفي محاولة للإبقاء على تكييف علاقة المصرف بالمودعين ضمن إطار عقد المضاربة وجدت مسوغات كثيرة ساقها الفقه الحديث، كالقول بالتنزيض الحكمي (التقويم) بدلاً عن التنزيض الحقيقي، والحكم بجواز خلط الأموال بحجة أن الفقه القديم منع الخلط بقصد المحافظة على حقوق أصحاب المال، وضمان ما يخص حصة كل واحد من الربح، وأنه يمكن تحقيق هذا الهدف في عمليات الخلط المستمر في المصارف الإسلامية بما تملكه من أجهزة ووسائل حسابية حديثة.

عاشراً: تبين من خلال الدراسة أن أهم أوجه الاختلاف بين كل من عقد القرض في النظام المصرفي التقليدي وعقدي المضاربة والمشاركة في النظام المصرفي الإسلامي، هي على النحو الآتي:

١- يلتزم المقرض برد أصل القرض مع الفوائد المترتبة عليه منسوبة إلى أصل القرض، وذلك بصرف النظر عن نتيجة نشاط المقرض (ربح/خسارة)، ويلتزم هذا الأخير بدفع فوائد تأخيرية في حالة تأخره عن سداد الدين في ميعاد استحقاقه. بينما في المضاربة والشركة، يحصل كل من المصرف الإسلامي وعميله (المستثمر) على نصيبه من الربح إذا تحقق على أساس نسبي.

٢- أن المقرض لا يشارك المقرض في الخسارة إذا تحققت نتيجة استثمار المال المقرض. أما الخسارة إن وقعت دون تعدي المضارب أو تقصيره فيتحمّلها رب المال في المضاربة. ويتحمل كل شريك حصّته من الخسارة بنسبة مساهمته في رأس المال في الشركة أو المشاركة.

٣- أن المقرض يملك مبلغ القرض، وتكون له حرية التصرف فيه مقابل ضمانه رد مبلغ القرض ولذلك لا يحق للمقرض -بحسب الأصل- أن يتدخل في عمل المقرض. أما في المضاربة فيحق لرب المال تقييد المضارب في التصرف، أو وضع بعض الشروط اللازمة للحفاظ على ماله. بينما في المشاركة يكون لكل شريك الحق في أن يتصرف في أمور الشركة وإدارتها بالأصالة عن نفسه أو نيابة عن غيره من الشركاء.

٤- أن المقرض يضمن أصل القرض للمقرض؛ لأنه دين واجب الرد بمثله في ميعاد استحقاقه. ولا يضمن المضارب رأسمال المضاربة إلا إذا تعدى أو

قصر أو خالف شروط العقد. فالمضاربة والمشاركة لا ضمان فيهما لرأس المال أو الربح، ولا تؤخذ فيها الضمانات التي تعزز بها الديون.

أحد عشر: تبين من خلال الدراسة أن هناك أوجه اتفاق وأوجه اختلاف بين كل من عقد القرض وعقد المrabحة، وذلك على النحو الآتي:

١- يتفق الربح في بيع المrabحة والفائدة في القرض من حيث إن كلا منهما ينتج عن زيادة مقابل الأجل، كما أن تحديد نسبة الربح وتحديد نسبة الفائدة يتم سلفاً، غير أنهما يختلفان من حيث الوسيلة، فالربح ينتج عن عملية شراء وبيع؛ لأن المصرف الإسلامي يشتري البضاعة باسمه وعلى مسؤوليته، ثم يبيعها للعميل، ويحصل على نسبة الربح مقابل عمله في انجاز الصفقة وتحمل مخاطرها. وهي نسبة ثابتة ومحددة عند إبرام عقد البيع، ولا يجوز له بعد ذلك أن يزيد في تلك النسبة حتى لو تأخر العميل عن الوفاء بالثمن في ميعاد الاستحقاق. أمّا الفائدة فهي ناتجة عن قرض يقدمه المصرف التجاري للعميل، ويسترده نقداً بعد مدة معينة، مع زيادة تمثل نسبة من قيمة القرض، وهذه الزيادة هي الربا المحرم. كما أن هذه النسبة ليست ثابتة كما هو الحال في المصرف الإسلامي وإنما تزيد في حالة تأخر العميل عن السداد في ميعاد الاستحقاق.

٢- أن عملية حسم الأسناد التجارية تتضمن مبادلة نقد بنقد زائد عليه مقابل الأجل، وتلك هي طبيعة القرض بفائدة في المصرف التجاري. وعملية الحسم لا تأخذ بها المصارف الإسلامية، على أساس أنها رباً محرم، أما بيع المrabحة للأمر بالشراء فيتضمن مبادلة سلعة بنقد، وهو ثمن تلك السلعة، وتلك هي طبيعة البيع.

٣- يقوم المصرف الإسلامي بتمويل المrabحة الخارجية عن طريق فتح الاعتماد المستندي باسمه، وترد المستندات باسمه أيضاً، ولذلك يتحمل مخاطر

البضاعة، بخلاف المصرف التجاري الذي يفتح الاعتماد باسم العميل وتتحصر مسؤوليته في مطابقة المستندات لشروط الاعتماد، ولذلك لا يتحمل مخاطر البضاعة.

٤- أن أغلب إشكاليات تطبيق المراجعة هي نتاج لعدم الفصل بين البيع الأول في علاقة المصرف بالبايع، وبين البيع الثاني في علاقة المصرف بالعميل المشتري، ويفترض عدم ارتباط العميل بأي علاقة تعاقدية في البيع الأول، ومن ثم لا يتحمل تبعه هلاك أو تلف السلعة أو مخاطر الشحن والتخزين، وكذلك مخاطر إلغاء الاعتماد من قبل المستفيد من الاعتماد الذي فتحه المصرف لحسابه؛ لأن العميل ليس له أي علاقة بفتح الاعتماد كما هو عليه الحال في المصارف التجارية.

٥- أن الإجارة المنتهية بالتملك في المصرف الإسلامي تختلف بصفة عامة عن عقد التمويل التأجيري المعمول به لدى بعض المصارف التجارية من حيث إن الأقساط المدفوعة فيه، هي أقساط إجارة مجردة لا تقبل الزيادة مقابل الأجل، بل هي ثابتة لا تتغير إذا حصل تأخير في السداد. وإذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة، فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً يتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر. كما أن التملك بالهبة، أو البيع يقع تنفيذاً لوعده يشترط فيه أن يكون ملزماً لجانب واحد وليس ملزماً لجانبين، وأن يتم التملك بعقد منفصل عن عقد الإجارة، ولا يكون التزاماً أو شرطاً يتضمنه عقد الإجارة بحيث تنتقل الملكية تلقائياً بمجرد دفع القسط الأخير.

اثنا عشر: إذا انتهت عمليات التمويل في المصرف الإسلامي بعلاقة مديونية، فإن العميل يصبح مديناً للمصرف الإسلامي بالثمن أو بمقدار الدين، ويترتب على ذلك ما يلي:

١- أنه إذا حلَّ وقت استحقاق الدين ولم يوفِّ العميل ما عليه أمهله المصرف دون مقابل إن كان غير مماتل. فلا يلتزم العميل بأي زيادة على الدين أو الثمن في حال تأخره عن السداد، وقد يعفى من الدين في حالة الإعسار الكامل.

٢- إذا كان العميل موسراً مماتلاً، لا تحتسب عليه فوائد تأخيرية عن سداد أقساط الدين كما هو الحال في تعامل المصارف التجارية.

٣- أن بعض المصارف الإسلامية تلزم العميل بالتعويض في حال تأخره عن السداد. وهذا التعويض - كما يبدو - ما هو إلا زيادة على مقدار الدين مقابل الزمن، وهو بذلك لا يختلف عن فوائد التأخير.

التوصيات

أولاً: ينبغي على المشرع في كل دولة أن يضيف النصوص الآتية إلى القوانين المنظمة لأحكام المصارف الإسلامية، وذلك على النحو الآتي:

١- أن تكون الإيرادات الربحية والخسائر المرتبطة بأعمال التمويل والاستثمار المشترك مفصولةً حسابياً عن سائر الإيرادات والنفقات المرتبطة بأعمال الخدمات الأخرى التي يقدمها المصرف.

٢- أن تُحدّد مُقَدِّمًا نسبُ تشغيل أموال المودعين مع رأس مال المصرف (كما نصت عليه المادة (١١ / ج / ٥) من المرسوم السوري بإحداث المصارف الإسلامية)، وكذلك تحديد نسبة ربح كل طرف من صافي أرباح الاستثمار، وموعد توزيع الأرباح ومدة الوديعة إن كانت محددة.

٣- أن تكون الأولوية في الاستثمار لأصحاب الودائع وأصحاب الصكوك الاستثمارية إن وجدوا.

٤- أن تتحمل حسابات الاستثمار المشترك بالنفقات والتكاليف الخاصة بعمليات التمويل فقط، ولا يجوز تحميل هذه الحسابات أي قسط من نفقات المصرف العامة.

وبخلاف هذا الوضع يجب أن تبين المصارف موقفها من تحميل الحساب المشترك بالمصروفات والتكاليف العامة، مع ضرورة بيان أنواع تلك المصروفات والتكاليف، بحيث يكون للمودع حرية اختيار المصرف الذي يناسبه. ويمكن زيادة نسبة ربح المصرف عند الاتفاق بدلاً من أن تتحمل حسابات الاستثمار المشترك بالنفقات والتكاليف الخاصة بها. لأن هذه

الطريقة تحتاج إلى نفقات وعدد من الموظفين وحسابات مستقلة قد تشكل عبئاً على المصرف.

٥- أن يتم اقتطاع احتياطات رأس المال من صافي ربح المصرف بعد تجنب حصص المودعين. أي عدم تحميل حساب الاستثمار المشترك بالمخصصات والاحتياطات التي تعمل على دعم المركز المالي للمصرف. أو النص صراحة على أن يتم توزيع ما يخص المودعين من أرباح أولاً، ومن نصيب المصرف يتم خصم الاحتياطات الإجبارية والاختيارية وتوزيع الباقي من الأرباح الصافية على المساهمين ما لم تقرر الجمعية العمومية ترحيله كله أو جزء منه إلى السنة المالية التالية أو تكوين احتياطات خاصة.

٦- يجب على المصارف إحاطة المودعين علماً بتحديد نسب وأنواع المخصصات والاستهلاكات المقطوعة من الأرباح الإجمالية للحساب المشترك، لأن بعض هذه المخصصات تؤثر في حقوق المودعين والمساهمين، مثل نسب مخصصات مخاطر التمويل التي تتمثل في عدم قدرة العميل على الوفاء بالتزاماته تجاه المصرف، ومنها مخصص الديون المنتظمة وغير المنتظمة- المشكوك في تحصيلها أو الديون الرديئة، وغيرها من المخصصات. وكذلك الأمر بالنسبة لا احتياطي معادلة توزيع الأرباح بين المودعين والمساهمين.

ثانياً: ينبغي على التشريعات المنظمة لأحكام المصارف الإسلامية وضع القواعد القانونية المنظمة لطرق اقتسام الأرباح الصافية بين المصرف وأطراف الحساب الاستثماري المشترك.

ثالثاً: بالنسبة لعقود استثمار الودائع ينبغي على المشرع أو السلطة المخولة بذلك إلزام المصارف بما يلي:

١- إعادة النظر في إلزام المودع في حالة سحب الوديعة عند انتهاء مدتها وقبل اعتماد الموازنة وإعلان الربح بتحمل أي خسارة تظهر بعد اعتماد الموازنة بمقدار المبلغ المسحوب، ومن باب أولى ينبغي إلزام المصرف في المقابل بأن يمنح المودع النسبة التي يستحقها من الأرباح التي قد تظهر بعد اعتماد الموازنة، فيما لو كانت أكبر من النسبة التي حصل عليها عند السحب، وبذلك تتحقق مشاركة المودع في الربح والخسارة.

٢- أن تبين العقود بطريقة واضحة حالات وطرق احتساب الأرباح والخسائر، على أن تأخذ بطريقة احتساب الأرباح من اليوم التالي لقبض المبلغ المودع على اعتبار أنها أكثر الطرق عدالة، وينبغي إلزام المصارف التي لا تسير على هذا النهج بإعادة النظر في ميعاد احتساب الربح.

٣- إلزام المصارف بعدم إسقاط حق المودع في الربح في حالة سحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول ميعادها بموافقة المصرف، وكذلك في حالة نقصها عن الحد الأدنى للرصيد.

٤- أن ينص العقد على كيفية توزيع الأرباح الصافية بالنسب المتفق عليها بعد خصم التكاليف بما فيها المصروفات والمخصصات من إجمالي الربح، مع بيان وتحديد نوعية هذه الأعباء.

٥- إلزام المصارف بأن يكون الربح على مبلغ الوديعة كاملاً بما يتوافق مع إمكانية استفادة المصارف من عوائد الاحتياطات المفروضة عليها من قبل المصرف المركزي، وهذا هو الأولى. وبخلاف هذا الوضع، يجب أن تبين تلك العقود أن الربح لا يكون إلا على نسبة المبلغ المستثمر فقط، وفي هذه الحالة الأخيرة، يجب تحديد طبيعة الجزء الذي لا يستثمر هل يبقى قرضاً مضمون الرد (وهو ما يترجح لدى الباحث، لأن المصرف يستخدمه في نشاطه) أم أنه يبقى كوديعة عادية (بصفة أمانة).

٦- ينبغي على المصارف التي تأخذ بنظام احتياطي مخاطر الاستثمار أن تضمن العقد تحديد النسبة المقتطعة من صافي الأرباح بالنسبة لهذا الاحتياطي، وإعلام المودعين عند خصم أو إضافة احتياطي معادلة توزيع الأرباح والخسائر قبل اقتطاع نصيب المصرف كمضارب. ومن الأفضل إلغاء النصوص التي أقرت احتياطي مخاطر الاستثمار واحتياطي معادلة توزيع الأرباح والخسائر، أو ينبغي على الأقل عدم ترك احتياطي المخاطر جامداً دون تشغيل، ومن الأفضل وضع حساب مستقل يُخصص لاستثمار الرصيد أو جزء منه على أن تعود أرباحه للمودعين والمصرف وبنفس النسبة التي تم خصمها، بحيث يتم توزيع أرباح الرصيد في السنة التالية للسنة التي تم خصمها فيها من الأرباح الصافية.

٧- ينبغي على القوانين المصرفية في الدول المعنية إضافة نص جديد يلزم المصرف المركزي باستثمار مبالغ الاحتياطيات القانونية المفروضة على الودائع الاستثمارية على غرار المادة (٤١) من قانون البنك المركزي اليمني).

ثالثاً: ينبغي على المشرع اليمني تعديل المادة (٤٠) من قانون البنك المركزي اليمني) التي تنص على أنه ((يجوز للبنك المركزي تقديم تسهيلات مالية للبنوك الإسلامية في حالة احتياجها للسيولة عن طريق الإيداع الاستثماري لديها لفترات لا تتجاوز ستة أشهر ولا تقل عن شهر ويحصل البنك عائداً من ذلك في نهاية السنة على أن تكون هذه التسهيلات مغطاة بأية ضمانات متاحة في البنوك الإسلامية)). حيث يصبح النص بعد التعديل على غرار حكم المادة (١٥) من المرسوم التشريعي السوري الخاص بإحداث المصارف الإسلامية) التي نصت على أن ((١- تشارك المصارف الإسلامية في نظام

المقاصة والتسويات الذي يديره المصرف المركزي وذلك وفقاً لقواعد لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٢/ يقوم المصرف المركزي ببعض أو كل مما يلي:

أ- أن يفتح حسابات له لدى المصارف الإسلامية بالليرات السورية وبالعملات الأجنبية .

ب- أن يفتح حسابات لديه للمصارف الإسلامية بالليرات السورية وبالعملات الأجنبية .

ج- أن يمنح المصارف الإسلامية تمويلاً قصيراً ومتوسط الأجل باستخدام أدوات وأساليب لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

د- أن يبيع ويشتري من المصارف الإسلامية الأوراق المالية وغيرها من الأدوات التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

هـ- أن يصدر أدوات تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للحدود والشروط التي يقررها مجلس النقد والتسليف ويتم التعامل بها بيعاً وشراء مع الجهات الخاضعة لإشراف ورقابة المصرف المركزي)).

ويمكن تحديد مدة التمويل في الفقرة(ج) بما لا يتجاوز الستة أشهر باستخدام أدوات وأساليب لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وطبقاً للشروط والقواعد التي يقررها البنك المركزي.

رابعاً: للحد من المخاطر ينبغي على المشرع اليمني إعادة النظر في حكم المادة (١٨) من قانون البنوك التي تنص على أنه ((لا يحق لأي بنك أن يمنح أو يسمح بأن يصبح المجموع الإجمالي للسلف أو التسهيلات الائتمانية المقدمة إلى أي عضو من أعضاء مجلس الإدارة بما يزيد عن نصف الواحد في المائة من مجموع رأس ماله المدفوع والاحتياطي المحتفظ به بموجب المادة

(١٢) من هذا القانون - (أي الاحتياطي القانوني) - أو أية احتياطات قانونية أخرى مستبعداً منها الاحتياطات المحددة والمخصصات. ولا يحق لأي بنك أن يمنح أو يسمح بأن يزيد المجموع الإجمالي للسلف والتسهيلات الائتمانية لمن يحوز على (٥%) أو أكثر من رأس مال البنك أو القوة التصويتية عن (٢٥%) من رأس المال المدفوع والاحتياطات.. (القانونية...)). ومن الأفضل أن يتم تقييد منح تلك السلف والتسهيلات بموافقة البنك المركزي، وذلك على غرار نص المادة (٤٧) من قانون البنوك الأردني التي نصت على أنه ((لا يجوز للبنك دون موافقة خطية مسبقة من البنك المركزي أن يمنح ائتماناً أو مساعدة مالية تزيد على الحدود والنسب المقررة في أوامر البنك المركزي لأي إداري فيه أو في أي شركة تابعة له)).

خامساً: ينبغي على المصارف التي تلزم العميل بالتعويض في حال تأخره عن السداد أن تعيد النظر في هذه المسألة، وتأخذ بالحل البديل الذي أوجبه م قرار مجلس النقد السوري على المصارف الإسلامية، وهو إلزام العميل في حال تأخره عن سداد الأقساط المستحقة في مواعيدها المقررة، بالتصدق بمبلغ محدد أو نسبة من الثمن يصرف في وجوه الخير بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمصرف، وذلك في حال لم يثبت العميل أن تأخره عن السداد ليس على سبيل المماطلة.

سادساً: ينبغي على كل دولة أن تقنن أحكام العقود في مجال التمويل والاستثمار.

قائمة المراجع

أولاً: كتب الفقه الإسلامي

- ١- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، دون تاريخ.
- ٢- الخطيب، شمس الدين محمد أحمد الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ١٣٧٧هـ.
- ٣- الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز بحاشية المجموع، مطبعة التضامن الأخوي، مصر، دون تاريخ.
- ٤- ابن رشد الحفيد، الإمام القاضي محمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي (الشهير ابن رشد الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢.
- ٥- الرملي، لأبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٢٨٦هـ - ١٩٦٧.
- ٦- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨.
- ٧- ابن قدامه، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه، المغني، ج٧، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٥.
- ٨- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٨٢.

٩- ابن الهمام، كمال الديبه محمد عبد الواحد السيواس المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج٦، مطبعة مصطفى محمد، مصر، دون تاريخ.

ثانياً: المؤلفات العامة

١٠- د. أحمد بن حسن أحمد الحسيني، الودائع المصرفية، أنواعها- استخدامها- استثمارها "دراسة شرعية اقتصادية" دار ابن حزم بيروت- لبنان، ١٩٩٩م.

١١- د. أحمد عمر بامشموس (وآخرون)، محاسبة الشركات، ج٢، شركات الأموال، ط٣، مركز الأمين للنشر والتوزيع، صنعاء، ٢٠٠٥.

١٢- د. أحمد محمود حسني، قضاء النقص التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

١٣- د. أشرف محمد دوابة، دور الأسواق المالية في تدعيم الاستثمار طويل الأجل في المصارف الإسلامية، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة- الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١٤- د. أكرم عبد القادر يا ملكي، القانون التجاري، الشركات، دار الثقافة، عمان- الأردن، ٢٠٠٥.

١٥- _____ الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقية جينيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، ج٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ١٩٩٩.

١٦- د. إلياس حداد، القانون التجاري (بري - بحري - جوي)، مطبوعات جامعة دمشق، ١٩٨٨-١٩٨٩.

١٧- د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، ج٣، عملية المصارف، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٣.

- ١٨- أنطوان الناشف (و) خليل الهندي، العمليات المصرفية والسوق المالية، ج٢، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، بيروت، (دون تاريخ) .
- ١٩- د. جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية، ج٢، ط٦، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٠-٢٠٠١.
- ٢٠- د. جلال وفاء محمدين، المبادئ العامة في قانون شركات الأموال، الدار الجامعية، ١٩٨٧ .
- ٢١- جمال البناء، الربا وعلاقته بالممارسات المصرفية والبنوك الإسلامية، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٨٦.
- ٢٢- د. جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم، التقليد والاجتهاد، النظرية والتطبيق، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط٢، ١٩٩٣.
- ٢٣- د. حسن عبد الله الأمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، دار الشروق للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، جدة، ١٩٨٣.
- ٢٤- د. حسين شحاتة، محمد عبد الحكيم زعير، المصارف الإسلامية بين الفكر والتطبيق، سلسلة بحوث ودراسات في الاقتصاد الإسلامي، دون تاريخ.
- ٢٥- د. حمود محمد شمسان، الشركات التجارية-الأحكام العامة- شركات الأشخاص-الشركة ذات المسؤولية المحدودة- وفقاً للتعديلات الجديدة الصادرة بالقانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٤، ط٣، دار الشوكاني، صنعاء، ٢٠٠٥.
- ٢٦- د. رفيق يونس المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، دار المكتبي، دمشق، ٢٠٠١.

- ٢٧- _____ النظام المصرفي الإسلامي، دار المكتبي، دمشق،
٢٠٠١.
- ٢٨- _____ المصارف الإسلامية دراسة شرعية لعدد منها،
مركز النشر العلمي بجامعة الملك عبد العزيز، جدة، سلسلة أبحاث
الاقتصاد الإسلامي، رقم (٢). التاريخ (بدون).
٢٩- د. زياد رمضان، إدارة الأعمال المصرفية، دار صفاء للنشر والتوزيع،
ط٦، عمان - الأردن، ١٩٩٧.
- ٣٠- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص في المواد التجارية، منشأة المعارف،
الإسكندرية، ١٩٩٩.
- ٣١- د. سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، مكتبة القاهرة الحديثة،
١٩٧٠.
- ٣٢- _____ الشركات التجارية، دار النهضة العربية،
القاهرة، ط٤، ٢٠٠٨.
- ٣٣- _____ الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة
العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٣٤- د. شوقي إسماعيل شحاتة ، البنوك الإسلامية، ط١، دار الشروق، جدة،
١٩٧٧.
- ٣٥- د. صبحي تادرس قريضة، النقود والبنوك، دار الجامعات المصرية،
الإسكندرية، ١٩٨٠م.
- ٣٦- د. صلاح الدين حسن السيسي، القطاع المصرفي والاقتصادي الوطني،
مهرجان القراءة للجميع، مكتبة الأسرة، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٣٧- د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، البديل الإسلامي للفوائد المصرفية
الربوية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.

- ٣٨- _____ النظام القانوني للبنوك الإسلامية، دراسة مقارنة في وثائق تأسيس البنوك الإسلامية، وتشريعات الشركات والبنوك والفقهاء الإسلامي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٣٩- د. عبد الحميد محمود البعلي، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دراسة فقهية وقانونية ومصرفية، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩١.
- ٤٠- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، العقود التي تقع على الملكية، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٠.
- ٤١- _____ الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، العقود الواردة على العمل، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ١٩٩٨.
- ٤٢- د. عبد الله عبد المجيد المالكي، الموسوعة في تاريخ الجهاز المصرفي الأردني (البنك الإسلامي الأردني) المجلد السابع، مطابع الدستور التجارية، عمان- الأردن، ١٩٩٦.
- ٤٣- د. عبد الستار أبو غدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، بيت التمويل الكويتي، الكويت، ١٩٩٣.
- ٤٤- د. عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، دراسة مقارنة مع قوانين الشركات في كل من العراق وسوريا ولبنان والسعودية ومصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن (دون تاريخ).
- ٤٥- _____ شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج ٢، دار الثقافة، عمان- الأردن، ٢٠٠٧.

- ٤٦- د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية لحسن الفكهاني، ج ٤٤، الدار العربية للموسوعات القانونية، القاهرة، ١٩٨٠.
- ٤٧- د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م.
- ٤٨- علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، طبعة معهد الدراسات العربية، ١٩٦٢.
- ٤٩- د. غريب الجمال، المصارف وبيوت التمويل الإسلامية، دار الشروق، جدة، ١٩٧٨.
- ٥٠- د. الغريب ناصر، أصول المصرفية وقضايا التشغيل، دار أبو اللو للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٥١- د. فائق محمود الشماع، الحساب المصرفي، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٣.
- ٥٢- فياض عبد المنعم حسنين، بيع المراجعة في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٥٣- د. محمد أحمد عبد الرحمن الزرقا، دور المصارف الوطنية في استثمار الودائع النقدية - رؤية شرعية قانونية - واقعية ومستقبلية - دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٥٤- د. محمد أحمد سراج، النظام المصرفي الإسلامي، دار الثقافة والنشر، القاهرة، ١٩٨٩.
- ٥٥- محمد باقر الصدر، البنك اللاروي في الإسلام، أطروحة للتعويض عن الربا ودراسة لكافه أوجه نشاطات البنوك في ضوء الفقه الإسلامي، دار التعارف للمطبوعات، بيروت - لبنان، (دون تاريخ).

- ٥٦- د. محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، دون تاريخ.
- ٥٧- د. محمد حسن حنون، الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية "دراسة مقارنة"، كتاب مودع لدى دائرة المكتبة الوطنية، عمان- الأردن، ٢٠٠٥.
- ٥٨- د. محمد حسين إسماعيل، الحماية القانونية لثبات رأس المال في شركات الأموال السعودية (دراسة مقارنة) معهد الإدارة العامة، السعودية، الرياض، ٢٠٠٢.
- ٥٩- د. محمد زكي شافعي، مقدمة في النقود والبنوك، ط٧، دار النهضة العربية، بيروت، (دون تاريخ).
- ٦٠- د. محمد سويلم، إدارة المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية- مدخل مقارن- مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، أبراج مصر للتعمير، ١٩٩٨.
- ٦١- د. محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الإفلاس- العقود التجارية- عمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٤.
- ٦٢- د. محمد صبري هارون، أحكام الأسواق المالية (الأسهم والسندات)، ضوابط الانتفاع والتصرف بها في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ج١، ١٩٩٩.
- ٦٣- د. محمد عبد المنعم أبو زيد، المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٦٤- — نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ٢٠٠٠.

- ٦٥- د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون التجاري اليمني، الأعمال التجارية والتاجر، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ١٩٩٤.
- ٦٦- د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان - الأردن، ط٤، ٢٠٠١.
- ٦٧- د. محمد علي الربيدي، المحاسبة الضريبية طبقاً لأحكام القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩١، المعدل بالقرار الجمهوري بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٩ بشأن ضرائب الدخل، ط٣، دار الفكر المعاصر، صنعاء، ٢٠٠٠.
- ٦٨- محمد عوض عبد الجواد، (و) علي إبراهيم الشديفات، الاستثمار في البورصة، (أسهم - سندات - أوراق مالية)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٦.
- ٦٩- د. محمد نجاة الله صديقي، بحوث في النظام المصرفي الإسلامي، مركز النشر العلمي بجامعة الملك عبد العزيز، جدة، ٢٠٠٣.
- ٧٠- محمود عبد الكريم أحمد إرشد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس، عمان - الأردن، ط٢٠٠٧.
- ٧١- د. مصطفى كمال السيد طایل، البنوك الإسلامية - المنهج والتطبيق - ج١، دار النشر "بدون"، ١٩٨٨.
- ٧٢- د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات - شركات الأشخاص - شركات الأموال - أنواع خاصة من الشركات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٧٣- _____ القانون التجاري، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٠.
- ٧٤- د. منير صالح هندي، إدارة البنوك التجارية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ١٩٩٢.

- ٧٥- د. ناظم محمد نوري الشمري، النقود والمصارف والنظرية النقدية، دار
زهران للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠٠٢.
- ٧٦- د. هشام فرعون، القانون التجاري البري، ج٢، مديرية الكتب والمطبوعات
الجامعية، منشورات جامعة حلب، ١٩٨٥.

ثالثاً: الرسائل العلمية

- ١- د. جديع فهد الرشيد، الودائع المصرفية في القانون المصري والمقارن،
دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين
شمس، ٢٠٠٢.
- ٢- د. حسن حسني محمد حسني، الخدمات المصرفية في البنوك التجارية،
رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، التاريخ (بدون
٣- د. سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية
الإسلامية، رسالة دكتوراه منشورة، مطبعة الشرق ومكتبتها، عمان-
الأردن، ط٢، ١٩٨٢.
- ٤- د. سعيد محمد سيف النصر، دور المصارف التجارية في استثمار أموال
العملاء، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، ١٩٩٣.
- ٥- د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، شركة المساهمة في النظام السعودي،
دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه منشورة، مطابع الصفا بمكة
المكرمة، ١٤٠٦هـ.
- ٦- صفاء عمر خالد بلعاوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي
وتنظيمه الضريبي، أطروحة غير منشورة قدمت استكمالاً لمتطلبات
الحصول على درجة الماجستير في المنازعات الضريبية بكلية الدراسات
العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٥.

- ٧- د. صفية عبد العزيز الشرقاوي، التكييف الشرعي لشركات المضاربة الإسلامية والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- ٨- د. عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، رسالة دكتوراه منشورة، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ٢٠٠٠.
- ٩- د. عبد الله العبادي، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، رسالة دكتوراه منشورة، دار السلام بمصر، دار الثقافة بقطر، ط٢، ١٩٩٤م.
- ١٠- د. عبد الرزاق رحيم جدي الهييتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه منشورة، دار أسامة للنشر، عمان - الأردن، ١٩٩٨.
- ١١- لطف محمد عبد الله السرحي، مشكلات احتساب الأرباح وتوزيعها في البنوك الإسلامية، بحث قدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، ١٩٩٤ - ١٩٩٥.
- ١٢- د. محمد صلاح محمد الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، رسالة دكتوراه منشورة، دار المجتمع، ودار الوفاء، التاريخ (بدون).
- ١٣- د. يعقوب يوسف صرخوة، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي، دراسة مقارنة في القوانين العربية والفرنسية والانجليزية، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

١٤- د. يوسف عبد الله الشبيلي، الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه منشورة في جزأين، ج ١، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٥.

رابعاً: الأبحاث والدراسات المتخصصة

١- د. إبراهيم محمد الصعيدي، مصادر الأموال في المصارف الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٢٨، ربيع الأول، ١٤٠٤ هـ .

٢- أحمد عبد الرحمن السماوي، تجربة السياسة النقدية وإصلاح القطاع المصرفي في الجمهورية اليمنية، دراسة قدمت في الدورة (٢٩) لمجلس محافظي المصارف ومؤسسات النقد العربية، صندوق النقد العربي، أبو ظبي، ٢٠٠٤.

٣- د. أكرم عبد القادر يا ملكي، اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم (بحث مقارنة)، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة ٣٠، مارس ٢٠٠٦.

٤- أمية طوقان، دور البنوك المركزية في إرساء السياسة النقدية، دراسة قدمت إلى مؤتمر مستجدات العمل المصرفي في سورية في ضوء التجارب العربية والعالمية، ٢-٣ تموز ٢٠٠٥.

٥- أوصاف أحمد، الممارسات المعاصرة لأساليب التمويل الإسلامية، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، المجلد الأول، العدد الثاني، يونيو، ١٩٩٤.

٦- د. جمال عطية، الجوانب القانونية لتطبيق عقد المراجعة، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، ١٩٩٠.

٧- د. حسن عبد الله الأمين، الاستثمار اللاربي في نطاق عقد المراجعة،
مجلة جامعة الملك عبد العزيز، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد
الإسلامي، بدون تاريخ .

٨- _____ المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة،
المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط٣، ٢٠٠٠.

٩- د. حسني حسن المصري، الفوائد في النظم القانونية المقارنة وموقف
المشرع الكويتي منها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بجامعة
الكويت، ملحق العدد الأول، السنة السابعة والعشرون، مارس، ٢٠٠٣.

١٠- الحسن محمد سعيد، العقود المصرفية والطرق البديلة لحل المنازعات،
البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني، سلسلة إصدارات المركز
اليمني للتوفيق والتحكيم رقم (٢)، ط ٢٠٠٤

١١- د. حسين كامل فهمي، الودائع المصرفية "حسابات المصارف"، مجلة
مجمع الفقه الإسلامي، ع ٩، ج ١، ١٩٩٦.

١٢- د. ربيع محمود الروبي، بيع المراجعة للواعد الملزم بالشراء والدور التنموي
للمصارف الإسلامية، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي،
سلسلة بحوث الدراسات الإسلامية رقم (١٢)، مطابع جامعة أم القرى،
١٩٩١ م .

١٣- رفيق يونس المصري، الوعد الملزم في معاملات المصارف الإسلامية،
مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، م ١٥، ١٤٢٣/
٢٠٠٣.

١٤- د. سامي حسن حمود، الودائع المصرفية (حسابات المصارف)، مجلة
مجمع الفقه الإسلامي، ع ٩، ج ١، ١٩٩٦.

١٥- د. سعيد الشيباني، منح القروض والتسهيلات الائتمانية وما يتطلبه البنك من الوثائق الثبوتية ووثائق الضمان، البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم (رقم ٢)، ٢٠٠٤.

١٦- د. صابر محمد حسن، تجربة بنك السودان في مجال السياسة النقدية، دراسة قدمت إلى الاجتماع السنوي الخامس والعشرين لمجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية الذي عقد في أبو ظبي سبتمبر ٢٠٠١، صندوق النقد العربي، أبو ظبي، ٢٠٠٤.

١٧- د. الصديق محمد الأمين الضرير، أشكال وأساليب الاستثمار في الفكر الإسلامي، مجلة البنوك الإسلامية، العدد ١٩، أيلول ١٩٨١.

١٨- د. علي أحمد السالوس، حماية الحسابات الاستثمارية في المصارف الإسلامية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مطابع رابطة العالم الإسلامي، السنة ١٣، العدد ١٥، ٢٠٠٢.

١٩- _____ المضاربة ومعاملات البنوك، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع ٩، مطابع رابطة العالم الإسلامي، ط ٢، ٢٠٠٤ .

٢٠- د. علي محمد الصوا، الفوارق التطبيقية بين المضاربة في الفقه الإسلامي والمضاربة المشتركة، مجلة دراسات بجامعة الملك سعود، المجلد ١٩ (أ)، ع ١٤، ١٩٩٢.

٢١- د. علي محيي الدين القرّة داغي، مدى مسؤولية المضارب والشريك - البنك ومجلس الإدارة - عن الخسارة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد العاشر، مطابع رابطة العالم الإسلامي، ط ٢٠٠٥.

٢٢- د. محمد الحبيب جراية، الأدوات المالية التقليدية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ٦، ج ٢، ١٩٩٠.

- ٢٣- د. محمد سليمان الأشقر، بيع المربحة كما تجريه البنوك الإسلامية، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، د. محمد سليمان الأشقر، وآخرون، دار النفائس، عمان، الأردن، ١٩٩٨.
- ٢٤- د. محمد عبد الغفار الشريف، البورصة، نشأتها وأعمالها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ٦، ج ٢، ١٩٩٠.
- ٢٥- د. محمد علي القري، الحسابات والودائع المصرفية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ٩، ج ١، ١٩٩٦.
- ٢٦- د. مسعد الثبتي، الحسابات الجارية وأثرها في تنشيط الحركة الاقتصادية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ٩، ج ١، ١٩٩٦.
- ٢٧- د. نزيه كمال حماد، المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة ١٣، العدد ١٥، ٢٠٠٢.
- ٢٨- د. يوسف القرضاوي، بيع المربحة للأمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة، ط ٢، ١٩٨٧.

خامساً: أبحاث الندوات والمؤتمرات

- ندوة (البنوك الإسلامية ودورها في تنمية اقتصاديات المغرب العربي) عقدها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية في مدينة المحمدية بالمملكة المغربية بالتعاون مع الجمعية المغربية للاقتصاد الإسلامي خلال الفترة من ١٨ - ٢٢ يونيو ١٩٩٠، وقائع الندوة رقم (٣٤)، البنك الإسلامي للتنمية، تحرير لقمان محمد مرزوق.

من أبحاث الندوة:

١- د. الباقر يوسف مضوي، دراسة حالة لمصرف إسلامي في السودان (فيصل السوداني).

٢- د. سامي حسن حمود، المربحة والإجارة والأدوات الأخرى.

٣- د. الغريب ناصر، دراسة حالة (المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية).

• المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، نظمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى - مكة المكرمة خلال شهر محرم ١٤٢٤هـ.

من أبحاث المؤتمر:

١- د. إسماعيل إبراهيم الطراد، علاقة المصارف الإسلامية في الأردن بالبنك المركزي الأردني.

٢- د. الراحل عطا المنان محمد أحمد، عقد المربحة، ضوابطه الشرعية، صياغته المصرفية وانحرافات التطبيقية، طبعة تمهيدية.

• ندوة (خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، الجوانب التطبيقية والقضايا والمشكلات) عقدت في عمان ١٦ - ١٢ يونيو، ١٩٨٧م، بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، منشورات المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية رقم ١٩، آب/ أغسطس، ١٩٩٠.

من أبحاث الندوة:

١- د. إسماعيل عبد الرحيم شلبي، الجوانب القانونية لتطبيق عقدي المربحة والمضاربة.

- ٢- د. حاتم القرنشاوي، الجوانب الاجتماعية والاقتصادية لتطبيق المربحة.
- ٣- د. راضي البدور، اقتصاديات عقود المشاركة في الأرباح، المفاهيم والقضايا النظرية.
- ٤- د. سامي حسن حمود، تطبيقات بيع المربحة للأمر بالشراء من الاستثمار البسيط إلى بناء سوق رأس المال الإسلامي مع اختيار بنك البركة في البحرين نموذجاً علمياً.
- ٥- د. عبد الستار أبو غدة، الجوانب الفقهية لتطبيق عقد المربحة في المجتمع المعاصر.
- ٦- د. محمد عبد الحليم عمر، التفاصيل العملية لتطبيق بيع المربحة في النظام المصرفي.
- ٧- د. موسى عبد العزيز شحادة، تجربة البنك الإسلامي الأردني.

سادساً: المؤلفات الأجنبية

- ١- "l'islamisation des systems financiers". Source F.M.I. Revue, Economist Arab. Volume XXXV. No Averill. ١٩٨٢.
- ٢- Muhammad Nejatullah, Saddiqi, Banking Without Interest, Leicester: The Islamic Foundation, ١٩٨٣.
- ٣- Mohamed A riff, (ed.), Monetary and Fiscal Economics of Islam, Jeddah: Center for Research in Islamic Economics, ١٩٨٢.
- ٤- M.Umar.Chapra, Towards a Just Monetary System, Leicester: The Islamic Foundation, ١٩٨٥.
- ٥- Samiha EL Kaliobi (La banque islamique). Les cahiers juridiques et fiscaux de l' exportation. No٤. October- December ١٩٨٣. T.٢.

- ٦- Steirn, Shapiro & Solomon, Money and Banking, An Introduction to the Financial System, Fourth ed. (New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc., ١٩٦٣.

سابعاً: القوانين والنظم الأساسية للمصارف

أ- القوانين المدنية والتجارية

- ١- القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢.
- ٢- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.
- ٣- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦.
- ٤- قانون الشركات اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م وتعديلاته .
- ٥- قانون الشركات السوري الجديد رقم (٣) لعام ٢٠٠٨.
- ٦- قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته.
- ٧- قانون الشركات التجارية الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ معدلاً حتى القانون رقم ٦ تاريخ ٢٠٠١.
- ٨- قانون الشركات التجارية الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته.
- ٩- قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٣.
- ١٠- القانون التجاري اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩١.
- ١١- قانون التجارة السوري الجديد رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ .
- ١٢- قانون المعاملات التجارية الإماراتي- قانون اتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.
- ١٣- قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ وتعديلاته.

ب- التشريعات المصرفية

- ١- القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٠ بشأن البنك المركزي اليمني. المعدل بالقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٣.
- ٢- القانون اليمني رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٨ بشأن البنوك.
- ٣- القانون اليمني رقم (٢١) لسنة ١٩٩٦م بشأن المصارف الإسلامية. المعدل بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٩.
- ٤- قانون النقد والتسليف السوري الجديد رقم (٢٣) لعام ٢٠٠٢.
- ٥- المرسوم التشريعي السوري رقم (٢٨) لعام ٢٠٠١ الخاص بإحداث المصارف الخاصة والمشاركة.
- ٦- التعليمات التنفيذية للقانون رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١، الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، ج ١، العدد ٤١ لسنة ٢٠٠١.
- ٧- المرسوم التشريعي السوري رقم (٣٥) لعام ٢٠٠٥ الخاص بإحداث المصارف الإسلامية.
- ٨- القانون السوري رقم (٣) لعام ٢٠١٠ الخاص بتعديل أحكام المصارف المرخصة في سورية ((القانون رقم (٢٨) لعام ٢٠٠١، المرسوم رقم (٣٥) لعام ٢٠٠٥)).
- ٩- القانون الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣ بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى قانون النقد وبنك الكويت المركزي لسنة ١٩٦٨.
- ١٠- قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠.
- ١١- قانون بنك السودان المركزي لسنة ٢٠٠٢ معدلاً حتى ٢٠٠٦.
- ١٢- قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني لسنة ٢٠٠٣.
- ١٣- القانون الاتحادي الإماراتي رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية.

- ١٤- القانون الاتحادي الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن قانون المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية.
- ١٥- القانون المصري رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد والمعدل بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ٢٠٠٤ وبالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٥.
- ١٦- قرار رئيس الجمهورية رقم (١٠١) لسنة ٢٠٠٤ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣.
- ١٧- مجموعة قوانين البنوك والمصارف، الجمهورية اليمنية، وزارة الشؤون القانونية، ٢٠٠٣.

ج- القوانين الخاصة ^(١)

- ١- مرسوم تأسيس بنك دبي الإسلامي الصادر في ١٢/٣/١٩٧٥.
- ٢- مرسوم بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٧ بالترخيص في تأسيس بيت التمويل الكويتي الصادر في ٢٣/٣/١٩٧٧.
- ٣- القانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامي المصري المعدل بالقانون رقم (١٢٤) لسنة ١٩٨١.
- ٤- قانون بنك فيصل الإسلامي السوداني لسنة ١٩٧٧.
- ٥- المرسوم رقم (٢) لسنة ١٩٧٩ بتأسيس بنك البحرين الإسلامي.
- ٦- المرسوم رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٢ بتأسيس مصرف قطر الإسلامي.

(١)- القوانين الخاصة وعقود التأسيس والنظم الأساسية مودعة لدى مكتبة البنك الإسلامي للتنمية، المملكة العربية السعودية، جدة. أمّا عقود التأسيس والنظم الأساسية (لبنك الشام والبنك الإسلامي اليمني للتمويل والاستثمار وبنك سبأ) فمصدرها المصارف ذاتها.

٧- قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار رقم (٦٢) لعام ١٩٨٥.

٨- قانون التأجير التمويلي اليمني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧.

د- عقود التأسيس والنظم الأساسية للمصارف:

١- النظام الأساسي لبنك الشام. (سوريا)

٢- النظام الأساسي لبنك سبأ. (اليمن)

٣- النظام الأساسي المعدل للبنك الإسلامي اليمني للتمويل والاستثمار، وقرار

وزير الصناعة والتجارة رقم (٧٣) لسنة ٢٠٠١. بالمصادقة على تعديل

النظام الأساسي. (اليمن)

٤- النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي السوداني المعدل بالقرار الصادر

عن الجمعية العمومية في ١/٥/ ١٩٨١.

٥- النظام الأساسي لمصرف قطر الإسلامي. (قطر)

٦- النظام الأساسي لبنك البحرين. (البحرين)

٧- النظام الأساسي لبيت التمويل الكويتي. (الكويت)

٨- النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي المصري. (مصر)

٩- النظام الأساسي لبنك النقوى (جزر البهاما).

١٠- النظام الداخلي للبنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار. (الأردن)

١١- النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي. (دبي)

١٢- النظام الأساسي لبنك اليمن والكويت للتجارة والاستثمار (اليمن)

١٣- النظام الأساسي للمصرف الدولي للاستثمار والتنمية (مصر)

١٤- اتفاقية تأسيس البنك الإسلامي للتنمية واللوائح الداخلية لعام

١٩٧٧. (جدة).

سابعاً: الدوريات وقرارات مجمع الفقه الإسلامي.

- ١- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج١، اتحاد البنوك الإسلامية، ١٩٩٧.
- ٢- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج٥، المجلد الأول، الأصول الشرعية والأعمال المصرفية في الإسلام، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، ١٩٨٢.
- ٣- مجلة المصارف الإسلامية، مجلة فصلية اقتصادية مصرفية صادرة عن بنك سبأ الإسلامي اليمني، العدد الأول، سبتمبر، ٢٠٠٤.
- ٤- مجلة المحاماة المصرية، العدد الثاني، ٢٠٠٢.
- ٥- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط٢ لقرارات الدورات ٢- ١٠، دار القلم دمشق، ١٩٩٨.
- ٦- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي للدورات ١- ١٤، القرارات ١- ١٣٤: ١٩٨٥- ٢٠٠٣، تنسيق وتعليق د. عبد الستار أبو غدة، مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ط٤ للمجمع، ٢٠٠٣.

ثامناً: النشرات والقرارات المصرفية- إصدارات البنوك- المواقع

الالكترونية- التقارير السنوية.

- ١- أسئلة وأجوبة، صادر عن البنك الإسلامي للتنمية، ٢٠٠٦.
- ٢- الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، ١٩٨٥.
- ٣- بنك دبي الإسلامي، تعريف عام بأهدافه و أنشطته واستثماراته، ط٢، سبتمبر، ١٩٨٤.
- ٤- تعليمات الفوائد على الودائع والتسهيلات رقم (٢٠٠٢/١٤) صادرة عن البنك المركزي الأردني بتاريخ: ٢٠٠٢/١٢/١٥ م.

- ٥- تعليمات البنك المركزي اليمني بشأن تحديد الفائدة على الإقراض والتسهيلات، المنشور رقم ٧ لسنة ٩٥ الصادر في ٧/١٥ لسنة ٩٥.
- ٦- تعليمات البنك المركزي اليمني بشأن مخاطر الائتمان الصادر بالمنشور رقم ١٠ لسنة ٩٧.
- ٧- دليل إجراءات العمل في قسم الاستثمار لدى بنك سبأ اليمني، صادر عن إدارة الاستثمار في البنك، ٢٠٠٦.
- ٨- دليل الحوكمة لدى المصارف الإسلامية العاملة في الجمهورية العربية السورية، مجلس النقد والتسليف، ١/٤/٢٠٠٩.
- ٩- دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، مركز الاقتصاد الإسلامي، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية، سلسلة نحو وعي اقتصادي إسلامي، القاهرة، دون تاريخ.
- ١٠- شروط عقود الخدمات المصرفية وأحكامها، نشرة خاصة صادرة عن بنك الشام.
- ١١- قرار البنك المركزي اليمني رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ بشأن تحديد أسعار الفائدة لدى البنوك.
- ١٢- قرار مجلس النقد والتسليف السوري رقم (٣٣٨/ م ن/ ب ٤) الصادر في ١٢/١٢/٢٠٠٧ بشأن السماح بمنح القروض للموظفين في المصارف.
- ١٣- قرار مجلس النقد السوري رقم ١٠١/ م ن/ في ١/٢/ ٢٠٠٥، الخاص باعتماد التعليمات الخاصة بالحد الأقصى للتسليفات. وتعديل الفقرة الأولى منه بالقرار رقم (٥٤٣/ م ن/ ب ٤) الصادر بتاريخ ١٢/١٢/ ٢٠٠٧.
- ١٤- قرار مجلس النقد السوري رقم ٣٨٩/ م ن/ ب ٤ الصادر في ٥/ ٥/ ٢٠٠٨ بشأن التعليمات الخاصة بتكوين الاحتياطي الإلزامي.

- ١٥- قرار مجلس النقد والتسليف السوري رقم (٥٨٨/م ن/ ب٤) الصادر بتاريخ ٢٢ / ١١ / ٢٠٠٩ بشأن التعليمات الخاصة بنسبة السيولة.
- ١٦- قرار مجلس النقد رقم (٥٠٠/ م ن/ ب٤) الصادر في ١٠ / ٥ / ٢٠٠٩. بشأن حظر منح التسهيلات الائتمانية المباشرة وغير المباشرة الوارد في المادة (٣/٢٠) من قانون إحداث المصارف الخاصة والمشاركة، والمادة (٣/١٠٠) من قانون مصرف سورية المركزي والنقد.
- ١٧- قرار رقم (٥٢٠/ م ن/ ب٤) الصادر في ٢٧/ ٥ / ٢٠٠٩ بشأن ضوابط المراجعة.
- ١٨- قرار مجلس النقد السوري رقم (٥٨٣/ م ن/ ب٤) الصادر في ١٠ / ١١ / ٢٠٠٩ بشأن ضوابط الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.
- ١٩- قرار مجلس النقد والتسليف السوري رقم (١٧١/ م ن / ب٤) الصادر في ١٤ / ١١ / ٢٠٠٥ باعتماد شهادات الإيداع المصرفية.
- ٢٠- قرار مجلس النقد والتسليف السوري رقم (١٠١/م ن) الصادر في ٢/ ١ / ٢٠٠٥، الخاص باعتماد التعليمات الخاصة بالحد الأقصى للتسليفات.
- ٢١- مجالات الاستثمار في بنك سبأ، نشرة صادرة عن بنك سبأ.
- ٢٢- منشور سياسات بنك السودان المركزي، صادر عن محافظ البنك المركزي في أول يناير لعام ٢٠٠٩.
- ٢٣- مجلة مجمع الفقه الإسلامي على الموقع الإلكتروني <http://www.shamela.ws>
- ٢٤- www.bltagi.com/manaheg_elmasaref.htm د. محمد البلتاجي، مناهج المصارف
- ٢٥- [www.bank Of Sudan. Org](http://www.bankofSudan.org) بنك السودان

٢٦ - www.faisalbank.com.eg/FIB/Edkhar-٤.jsp - بنك فيصل

الإسلامي المصري

٢٧ - <http://www.bankalbilad.com.sa/ar/filesdownload.asp> - بنك

البلاد

٢٨ - [http://www.banquecentrale.gov.sy/mone-poli-ar/cmc-](http://www.banquecentrale.gov.sy/mone-poli-ar/cmc-dec٢٠٠٥.htm)

dec٢٠٠٥.htm بشأن قرارات مجلس النقد السوري.

٢٩ - التقرير السنوي للبنك الإسلامي اليمني لعام ٢٠٠٦.

٣٠ - التقرير السنوي لبنك التضامن الإسلامي لعام ٢٠٠٦.

٣١ - التقرير السنوي لبنك سبأ الإسلامي لعامي ٢٠٠٥، ٢٠٠٦.

٣٢ - التقرير السنوي للبنك المركزي اليمني، ٢٠٠٦.

٣٣ - التقرير السنوي للبنك التجاري اليمني، ٢٠٠٦.

الفهرس

م	الموضوع	رقم الصفحة
١	مقدمة	٢٢-٩
٢	الباب الأول: الموارد المالية للمصارف	٢٣
٣	الفصل الأول: الموارد الذاتية للمصارف	٢٧
٤	الفرع الأول: رأس مال المصارف	٢٩
٥	المبحث الأول: مفهوم رأس المال وتكوينه	٣٠
٦	المطلب الأول: مفهوم رأس المال	٣١
٧	المطلب الثاني: تكوين رأس المال	٣٧
٨	أولاً : الحصص النقدية	٣٧
٩	ثانياً : الحصص العينية	٣٨
١٠	المبحث الثاني: نظام الأسهم ومدى ملائمتها للمصارف	٤٤
١١	المطلب الأول: مفهوم الأسهم وخصائصها	٤٥
١٢	أولاً : تعريف السهم	٤٥
١٣	١- تحديد مدلول القيم المختلفة للسهم	٤٧
١٤	٢- الوضع القانوني للسهم	٤٨
١٥	ثانياً : خصائص السهم	٤٨
١٦	المطلب الثاني: أنواع الأسهم ومدى ملائمة كل نوع	٥٠

٦٥	المبحث الثالث: الاكتتاب في رأس مال المصارف	١٧
٦٦	المطلب الأول: الاكتتاب في رأس مال المصارف في القانونين السوري واليمني	١٨
٦٦	فكرة الاكتتاب في رأس المال	١٩
٦٨	أولاً: الاكتتاب في رأس مال المصارف في القانون السوري	٢٠
٦٨	١- الحد الأدنى لرأس المال في القانون السوري	٢١
٧٥	٢- الاكتتاب في رأس مال بنك الشام	٢٢
٨٣	ثانياً: الاكتتاب في رأس مال المصارف في القانون اليمني	٢٣
٨٣	١- الحد الأدنى لرأس المال في القانون اليمني	٢٤
٨٤	٢- الاكتتاب في رأس مال بنك سبأ والبنك الإسلامي اليمني	٢٥
٩١	المطلب الثاني: الاكتتاب في رأس مال المصارف الأخرى	٢٦
٩١	أولاً: المصارف الإسلامية في دول الخليج	٢٧
٩١	أ- بيت التمويل الكويتي	٢٨
٩٢	ب- بنك دبي الإسلامي	٢٩
٩٣	ج- بنك البحرين	٣٠
٩٤	د- البنك الإسلامي للتنمية	٣١
٩٥	ثانياً: بنكي فيصل الإسلامي المصري والسوداني	٣٢
٩٧	ثالثاً: البنك الإسلامي الأردني	٣٣

٩٨	مدى صحة تأسيس المصرف بجزء من رأس المال المكتتب به في الفقه الإسلامي	٣٤
٩٩	الإجراءات المتبعة في حال تخلف المساهم عن دفع باقي قيمة السهم	٣٥
١٠٣	المطلب الثالث: تداول الأسهم في المصارف الإسلامية	٣٦
١٠٩	المبحث الرابع: تعديل رأس المال وأثره على توزيع الأرباح والخسائر	٣٧
١١٠	المطلب الأول: تعديل رأس المال	٣٨
١١٥	المطلب الثاني: أهمية رأس المال وأثره على توزيع الأرباح والخسائر	٣٩
١٢١	الفرع الثاني: الاحتياطات	٤٠
١٢٢	المبحث الأول: مفهوم الاحتياطات وأنواعها وأساسها القانوني	٤١
١٢٣	المطلب الأول: مفهوم الاحتياطات وأنواعها	٤٢
١٢٣	القسم الأول: الاحتياطات	٤٣
١٢٤	النوع الأول: الاحتياطي القانوني	٤٤
١٢٤	النوع الثاني: الاحتياطي النظامي	٤٥
١٢٥	النوع الثالث: الاحتياطي الاختياري	٤٦
١٢٦	القسم الثاني: الأرباح المدورة أو المرحلة	٤٧

٤٨	القسم الثالث : المخصصات	١٢٧
٤٩	المطلب الثاني: الأساس القانوني لتكوين الاحتياطات	١٣١
٥٠	المحور الأول: الأساس القانوني لتكوين الاحتياطات في القانون اليمني	١٣١
٥١	المحور الثاني: الأساس القانوني لتكوين الاحتياطات في القانون السوري	١٣٦
٥٢	المبحث الثاني: تطبيق نظام الاحتياطات وأثره على توزيع الأرباح	١٤١
٥٣	المطلب الأول: واقع تطبيق نظام الاحتياطات في المصارف	١٤٢
٥٤	المطلب الثاني: أثر الاحتياطات والمخصصات على توزيع الأرباح والخسائر	١٤٦
٥٥	أولاً: أثر المخصصات المقطوعة من الأرباح الإجمالية	١٤٦
٥٦	ثانياً: أثر الاحتياطات المقطوعة من صافي الأرباح	١٥١
٥٧	الفصل الثاني: الموارد الخارجية للمصارف	١٥٥
٥٨	الفرع الأول: الودائع النقدية المصرفية	١٥٧
٥٩	المبحث الأول: الودائع النقدية المصرفية في المصارف التجارية	١٥٨
٦٠	المطلب الأول: مفهوم الودائع النقدية وأنواعها	١٥٩
٦١	أولاً: تعريف الوديعة النقدية المصرفية	١٥٩

٦٢	ثانياً: أنواع الودائع النقدية المصرفية	١٦٤
٦٣	١- الودائع تحت الطلب	١٦٥
٦٤	٢- الودائع الثابتة	١٦٧
٦٥	٣- الودائع الادخارية	١٧١
٦٦	٤- الوديعة النقدية المخصصة لغرض معين	١٧٢
٦٧	المطلب الثاني: خصائص الودائع النقدية في المصارف التجارية	١٧٥
٦٨	المبحث الثاني: نظام قبول الودائع النقدية في المصارف الإسلامية	١٨٩
٦٩	المطلب الأول: الودائع تحت الطلب	١٩٠
٧٠	المطلب الثاني: نظام الودائع الاستثمارية	١٩٥
٧١	النوع الأول: الودائع الاستثمارية المقيدة	١٩٧
٧٢	النوع الثاني: الودائع الاستثمارية المطلقة	١٩٩
٧٣	أولاً: مفهوم الودائع الاستثمارية المطلقة	١٩٩
٧٤	ثانياً: حكم سحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول الأجل	٢٠٢
٧٥	المحور الأول: حكم سحب الوديعة قبل حلول الأجل وفقاً للنظم الأساسية	٢٠٣
٧٦	المحور الثاني: حكم سحب الوديعة قبل حلول الأجل وفقاً لشروط العقد	٢٠٥

٢٠٩	ثالثاً: نظام قبول الودائع الاستثمارية المطلقة وفقاً لشروط العقد	٧٧
٢١٨	رابعاً: نظام قبول الودائع الادخارية في المصارف الإسلامية	٧٨
٢٢٥	المطلب الثالث: خصائص الودائع الاستثمارية وتنظيمها القانوني	٧٩
٢٣٨	تقييم خصائص الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية	٨٠
٢٤٨	المطلب الرابع: توزيع الأرباح بين المصرف والمستثمرين	٨١
٢٤٨	أولاً: ضوابط ومعايير تحقيق إيرادات التمويل والاستثمار	٨٢
٢٥٢	ثانياً: أسس توزيع الأرباح بين المصرف والمودعين	٨٣
٢٥٩	ثالثاً: ضوابط الحسابات الاستثمارية المشتركة	٨٤
٢٦٧	المبحث الثالث: التكييف القانوني والتكييف الفقهي للودائع النقدية المصرفية	٨٥
٢٦٨	المطلب الأول: التكييف القانوني للودائع النقدية في المصارف التجارية	٨٦
٢٧٤	المطلب الثاني: التكييف الفقهي للودائع النقدية في المصارف الإسلامية	٨٧
٢٩١	الفرع الثاني: الصكوك الاستثمارية والموارد المالية الأخرى	٨٨
٢٩٢	المبحث الأول: الصكوك الاستثمارية في المصارف	٨٩

٢٩٣	المطلب الأول: الصكوك الاستثمارية في المصارف التجارية	٩٠
٢٩٣	١- شهادات استثمارية قابلة للتداول (شهادات إيداع)	٩١
٢٩٤	نظام إصدار شهادات الإيداع في سورية	٩٢
٢٩٧	٢- شهادات استثمار غير قابلة للتداول	٩٣
٣٠٠	المطلب الثاني: الصكوك الاستثمارية في المصارف الإسلامية	٩٤
٣٠٣	١- صكوك المقارضة المشتركة (المضاربة المطلقة)	٩٥
٣٠٣	٢- صكوك الاستثمار المخصصة لنشاط معين	٩٦
٣٠٤	ضوابط وشروط الصيغة المقبولة شرعاً لإصدار صكوك المقارضة	٩٧
٣٠٩	المبحث الثاني: الموارد المالية الأخرى للمصارف	٩٨
٣١٠	المطلب الأول : الاقتراض المصرفي	٩٩
٣١٣	المطلب الثاني : العملات (أجور) والرسوم.	١٠٠
٣١٧	الفصل الثالث: ضوابط استثمار الموارد المالية في ظل الرقابة المصرفية	١٠١
٣١٨	الفرع الأول: الإطار الاقتصادي لأساليب وضوابط الرقابة على الائتمان	١٠٢
٣١٩	المبحث الأول: مسوغات الرقابة المصرفية على الائتمان ومدى ملاءمتها لطبيعة عمل المصارف الإسلامية.	١٠٣

٣٢٠	المطلب الأول: مبررات الرقابة المصرفية على الائتمان.	١٠٤
٣٢٣	المطلب الثاني مدى ملاءمة مبررات الرقابة لطبيعة عمل المصارف الإسلامية	١٠٥
٣٣٩	المبحث الثاني: أساليب الرقابة على الائتمان والتمويل	١٠٦
٣٤٠	المطلب الأول: أساليب الرقابة النقدية على الائتمان في النظام المصرفي التقليدي	١٠٧
٣٤٠	أولاً: أساليب الرقابة الكمية على الائتمان	١٠٨
٣٣١	١- تعديل سعر إعادة الخصم	١٠٩
٣٣٣	٢- عمليات السوق المفتوحة	١١٠
٣٣٥	٣- تعديل نسبة الاحتياطي النقدي القانوني ومعامل السيولة	١١١
٣٣٧	ثانياً: أساليب الرقابة النوعية على الائتمان	١١٢
٣٣٩	المطلب الثاني: أساليب الرقابة النقدية في النظام المصرفي الإسلامي (في السودان)	١١٣
٣٣٩	أولاً: ضبط وتنظيم السيولة	١١٤
٣٤٤	ثانياً: استخدامات الموارد	١١٥
٣٤٩	الفرع الثاني: الإطار القانوني لأساليب وضوابط الرقابة على الائتمان والتمويل	١١٦
٣٥٠	المبحث الأول: أساليب وضوابط الرقابة في القانونين اليمني والسوري	١١٧

١١٨	المطلب الأول: أساليب وضوابط الرقابة في القانون اليمني	٣٥١
١١٩	أولاً: تحديد نسب الاحتياطات القانونية على الودائع ونسب الأصول السائلة	٣٥١
١٢٠	ثانياً: استفادة المصارف من تسهيلات البنك المركزي	٣٥٨
١٢١	ثالثاً: تحديد نسبة رأس المال والاحتياطي القانوني إلى الودائع	٣٦٣
١٢٢	رابعاً: قيود ممارسة النشاط المصرفي	٣٦٥
١٢٣	١- تحديد السقوف الائتمانية والتمويلية	٣٦٥
١٢٤	٢- قيود التعامل بالأصول الثابتة والمنقولة والاستثناءات الواردة عليها	٣٧١
١٢٥	المطلب الثاني: أساليب وضوابط الرقابة في القانون السوري	٣٧٦
١٢٦	المبحث الثاني: القيود القانونية والنظامية لقبول طلبات التمويل المصرفي	٣٩١
١٢٧	الباب الثاني: مجالات استثمار الموارد المالية في المصارف الإسلامية	٤٠١
١٢٨	الفصل الأول: مجالات الاستثمار على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر	٤٠٧
١٢٩	الفرع الأول: توظيف الموارد المالية عن طريق المضاربة	٤٠٩

١٣٠	المبحث الأول: مفهوم المضاربة وشروطها في ظل القانونين اليمني والأردني	٤١٠
١٣١	المطلب الأول: تعريف المضاربة وشروطها	٤١١
١٣٢	المطلب الثاني: أحكام عقد المضاربة	٤٢٣
١٣٣	المطلب الثالث: أسس وعناصر العمل بالمضاربة الخاصة	٤٢٩
١٣٤	أولاً: حكم خلط مال المضاربة بغيره في المضاربة الخاصة	٤٢٩
١٣٥	ثانياً: التنضيق الحقيقي كأساس لقسمة الربح	٤٣١
١٣٦	ثالثاً: انقضاء المضاربة	٤٣٤
١٣٧	المبحث الثاني: المضاربة المشتركة في المصارف الإسلامية	٤٣٩
١٣٨	المطلب الأول: مفهوم المضاربة المشتركة	٤٤١
١٣٩	المطلب الثاني: التكيف الفقهي للمضاربة المشتركة	٤٤٤
١٤٠	المطلب الثالث: أسس وعناصر المضاربة المشتركة	٤٥٥
١٤١	أولاً: خلط أموال المضاربة المشتركة في المصارف	٤٥٥
١٤٢	ثانياً: التنضيق التقديري كأساس لقياس وتوزيع الأرباح والخسائر	٤٥٨
١٤٣	المطلب الرابع: توظيف الموارد المالية عن طريق المضاربة	٤٦٦
١٤٤	أولاً: مفهوم التمويل بالمضاربة	٤٦٦

١٤٥	أوجه التفرقة بين التمويل بالمضاربة والقرض بفائدة	٤٦٨
١٤٦	ثانياً: مجالات التمويل عن طريق المضاربة في المصارف الإسلامية	٤٦٩
١٤٧	ثالثاً: خطوات وإجراءات التمويل بالمضاربة في المصارف الإسلامية	٤٧٠
١٤٨	رابعاً: واقع تطبيق التمويل بالمضاربة في المصارف	٤٧٠
١٤٩	تقييم أسلوب التمويل بالمضاربة	٤٧٦
١٥٠	الفرع الثاني: توظيف الموارد المالية عن طريق المشاركات	٤٧٩
١٥١	المبحث الأول: المشاركة الثابتة (الدائمة- المستمرة)	٤٨١
١٥٢	المطلب الأول: مفهوم التمويل بالمشاركة وضوابطه الفقهية	٤٨٢
١٥٣	المطلب الثاني: واقع التمويل بالمشاركة الثابتة في المصارف الإسلامية	٤٨٦
١٥٤	المبحث الثاني: المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتملك)	٤٩٣
١٥٥	المطلب الأول: مفهوم المشاركة وضوابطها وفقاً لقرار مجمع الفقه الإسلامي	٤٩٤
١٥٦	المطلب الثاني: واقع تطبيق المشاركة المتناقصة في المصارف الإسلامية	٤٩٧

١٥٧	الفصل الثاني: مجالات الاستثمار على أساس هامش الربح	٥٠٧
١٥٨	الفرع الأول: توظيف الموارد المالية عن طريق بيع المراجعة	٥٠٩
١٥٩	المبحث الأول: مفهوم المراجعة وخطوات تنفيذها	٥١٠
١٦٠	المطلب الأول: تعريف المراجعة وشروط صحتها	٥١١
١٦١	المطلب الثاني: مراحل وخطوات تنفيذ المراجعة	٥١٧
١٦٢	المبحث الثاني: التكيف الفقهي لبيع المراجعة	٥٢٣
١٦٣	المطلب الأول: الاتجاه الفقهي المجيز لبيع المراجعة دون إلزام بالوعد	٥٢٤
١٦٤	المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية المجيزة للمراجعة بوعده ملزم للطرفين أو لأحدهما.	٥٣٤
١٦٥	المبحث الثالث: إشكالات تطبيق بيع المراجعة	٥٤٥
١٦٦	المطلب الأول: إشكاليات تضمنتها بعض عقود المراجعة	٥٤٦
١٦٧	المطلب الثاني: إشكاليات عدم الوفاء بالوعد	٥٥٠
١٦٨	المطلب الثالث: إشكالية التعويض عن ضرر التأخير بالوفاء بالدين	٥٥٦
١٦٩	المبحث الرابع: علاقة المراجعة بأساليب التمويل في المصارف	٥٦٣

	التجارية	
٥٦٤	المطلب الأول: التمييز بين التمويل بالمربحة وأساليب التمويل المشابهة في المصارف التجارية.	١٧٠
٥٧٠	المطلب الثاني: تقييم عملية المربحة في المصارف الإسلامية.	١٧١
٥٨٤	المطلب الثالث: ضوابط تطبيق المربحة وفقاً لقرار مجلس النقد السوري	١٧٢
٥٩١	الفرع الثاني: توظيف الموارد المالية عن طريق الإجارة	١٧٣
٥٩٢	المبحث الأول: مفهوم الإجارة المنتهية بالتمليك	١٧٤
٥٩٣	المطلب الأول: فكرة الإيجار المنتهي بالتمليك في القوانين الوضعية	١٧٥
٥٩٣	أولاً: البيع الإيجاري (الإيجار السائر للبيع)	١٧٦
٥٩٤	ثانياً: الإيجار المقترن بوعد بالبيع	١٧٧
٥٩٥	ثالثاً: التمويل الإيجاري في القانون اليمني	١٧٨
٦١٢	المطلب الثاني: مفهوم الإيجار المنتهي بالتمليك في المصارف الإسلامية	١٧٩
٦١٧	المبحث الثاني: ضوابط الإجارة ووقع تطبيقها في المصارف الإسلامية	١٨٠

٦١٨	المطلب الأول: ضوابط تطبيق الإجارة وفقاً لقرارات مجمع الفقه الإسلامي	١٨١
٦٢٢	المطلب الثاني: ضوابط تطبيق الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك وفقاً لقرار المصرف المركزي السوري	١٨٢
٦٢٨	المطلب الثالث: واقع تطبيق الإجارة في بعض المصارف الإسلامية	١٨٣
٦٣٥	الخاتمة	١٨٤
٦٣٥	النتائج	١٨٥
٦٥٥	التوصيات	١٨٦
٦٦١	قائمة المراجع	١٨٧
٦٨٥	الفهرس	١٨٨