جامعة محمد الصديق بن يحي- جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة بعنوان

عمليات التمويل البنكـــي الإسلامـــي

في ضوء نظام بنك الجزائر رقم 20-02

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالب:
هاني بباسي

إشراف الأستاذ:
عبد الحق قريمس

لجنـة المناقشـة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
ليندة عبد الله	أستاذة محاضرة ب	جامعة جيجل	رئيسا
عبد الحق قريمس	أستاذ	جامعة جيجل	مشرفا ومقررا
نورة بوالخضرة	أستاذة محاضرة ب	جامعة جيجل	ممتحنا

السنة الجامعية 2020-2021

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى:

(الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ۗ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ۚ فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ ۖ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ)

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنعم علي بنعمة العلم ويسر لي انجاز هذا العمل فالشكر لله عز وجل على منه وعطاءه.

أسمى عبارات الشكر والتقدير أتوجه بها البروفيسور " *عبد الحق قريمس*" على قبوله الاشراف على هذه المذكرة وعلى كل ما جاد به من توجيه ومتابعة من نصح وإرشاد.

كما أتوجه بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة على قراءتهم للمذكرة وقبول مناقشتها.

كما لا ننسى التحية الطيبة لأستاذة الكلية الخلوقين والمثابرين منهم والذين كانوا القدوة والمثل الحسن.

باسي هاني

اهداء

وفاء مني ل:

بمن اوصاني بهما الله حسنا، من كانا ولا زالا السند والرفيق في كل لحظات حياتي بحلوها ومرها،

من لا أجد نفسي الا بهما وبينهما،

مصدر قوتي واعتزازي، ومعقل حبي وتقديري،

قدوتي في الصبر والتضحية والعطاء،

من اود وارجو عفوهما وعذرهما من تعب كنت له سببا،

والدي العزيزين الكريمين، حفظكما الله واكرمكما.

- اخي حفظه الله ورفع قدره الذي علمني الصبر والثبات وساندني قولا وعملا.

بباسي هاني

قائمة المختصوات:

أولا: باللغة العربية

ط: طبعة.

ص: صفحة.

ص.ص: من الصفحة الى الصفحة.

ج: جزء.

ج. ر. ج .ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية.

ثانيا: باللغة الفرنسية

Op. Cit : ouvrage précédemment cité.

P : page.

Pp : de la page jusqu'à la page.

مقدمة

مقدمة:

يحتل القطاع المصرفي مركزا حيويا في النظم الاقتصادية والمالية، نظرا للتأثير الايجابي الذي يمارسه على التنمية الاقتصادية، من خلال إمداد النشاط الاقتصادي بالتمويل اللازم بما ينعكس على تنميته وتطويره، وباعتبار أن التمويل من أهم ركائز ممارسة النشاط البنكي[1] مهما كانت طبيعته، فإنه أساس التمييز بين العمليات البنكية التقليدية والإسلامية من خلال استبدال علاقة القرض بعلاقة التمويل، التي يترتب عنها تحول جذري في الآليات المطبقة.

وعلى الرغم من ريادة البنوك التقليدية في مجال التمويل البنكي، إلا أن معاملاتها المصرفية القائمة على الفوائد، أدت إلى نفور فئة كبيرة من الأشخاص من الاقبال عليها لطلب التمويل، ويلاحظ بالتوازي مع ذلك، بروز ظاهرة التمويل البنكي القائم على مبادئ وأبجديات الصيرفة الإسلامية في الكثير من الدول الإسلامية وحتى الغربية، سواء ضمن المؤسسات المصرفية التقليدية، أو في بنوك ذات صبغة إسلامية صرفه، تعتمد في نشاطها على الصيرفة الاسلامية كنظام مالي إسلامي صلب يقدم خدمات تلبي حاجيات الاقتصاد المعاصر[2].

لقد بدأ اهتمام الباحثين يتوجه نحو الدور الذي يمكن أن يلعبه التمويل البنكي الإسلامي سواء ضمن البنوك التقليدية أو شبابيك الصيرفة الإسلامية، كحل بديل للنهوض بالاقتصاد العالمي وإيجابياته على السياسة الاقتصادية، مع الأزمة البنكية العالمية لسنة 2008، التي مست القطاع البنكي التقليدي، وسارعت الكثير من الدول إلى تنظيم دراسات لها وفتح معاهد لدراسة هذه الآليات وتكوين إطارات البنوك لأجل اعتمادها ضمن قائمة الخدمات التي

1- BESSEDIK Abdelkader, **Les opération de financements et d'investissement dans le droit musulman**, thèse pour le doctorat en droit, université paris-est Créteil, 2013, p.4.

2- CEKICI Ibrahim zeyad, **Le cadre juridique français d'opération de crédit islamique**, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, spécialité : droit privé, université de Strasbourg, 2012, p.17.

تقترحها على الزبائن، الأمر الذي سمح لهذه الآليات بالانتقال من طابعها المحلي والجهوي لتصبح صناعة عالمية، من خلال انتشارها وتطورها السريع في مختلف بلدان العالم ذات الاقتصاد المتطور"[1]".

في ظل هذه التطورات تأخرت الجزائر كثيرا في مواكبة المالية الاسلامية والوعي بضرورتها لتحسين الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، حيث أقدم بنك الجزائر مؤخرا في ظل انعدام أي ممارسة على إصدار النظام رقم 18-02 المتعلق بتنظيم الصيرفة الاسلامية"[2]"، أين أطلق عليها مسمى الصيرفة التشاركية وقد تنوعت مواده بين جانب موضوعي خصص لتعريف هذه الاخيرة وأهم مكوناتها، وجانب إجرائي خصص لضبط الإجراءات المعتمدة لممارسة هذا النشاط.

إلا أن هذا الأخير واجه جملة من العراقيل حالت دون تطبيقه في الواقع، وفي ظل وجود إرادة سياسية لبناء اقتصاد متوازن، قام بنك الجزائر بإصدار نظام جديد رقم 20-02 يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية والقواعد المطبقة عليها وشروط ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية وشروط الترخيص المسبق لها من طرف بنك الجزائر"[3]"، والذي تضمن تعداد لآليات وصيغ التمويل البنكي الاسلامي باعتبارها عمليات متعلقة بالصيرفة الاسلامية على سبيل الحصر.

وباعتبار النظام رقم20-02 سابق الذكر قد جاء عاما لا يتضمن سوى التعريف بمنتجات الصيرفة الاسلامية، فقد اتبعه المنظم البنكي بنص تطبيقي فصل بموجبه أحكام كل آلية من آليات التمويل البنكي الاسلامي يتمثل في التعليمة رقم03-2020 المعرفة للمنتجات

1- LAURENT Weill, **les banques islamique favorisent- elles le développement économique ? une analyse de la littérature empirique, les cahiers de la finance islamique**, université de Strasbourg, France, 2013, p.21.

2-نظام رقم 18-02، مؤرخ في 04 نوفمبر 2018، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية، جريدة رسمية عدد 73، صادر في 09 ديسمبر 2018(ملغى).

3-نظام رقم 20-02، مؤرخ في 15 مارس 2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، جريدة رسمية عدد 16، صادر في 24 مارس 2020.

المتعلقة بالصيرفة الاسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية"[1]".

تبرز أهمية موضوع آليات التمويل البنكي الاسلامي على ضوء النظام رقم 20-02، من خلال الأهمية العالمية لموضوع الصيرفة الاسلامية بصفة عامة، الذي تعتبر الآليات المعتمدة في التمويل وما ترتبط به من عمليات جوهرا له نتيجة المزايا التي تحققها والعائدة على التنمية الاقتصادية من جهة.

كما تكمن أهميّة هذا الموضوع من جهة أخرى، في رغبة الأفراد في التّعامل وفق صيغ تمويل تتماشى مع أحكام الشريعة الاسلامية ومبادئها، بعيدا عن شبهة الربا، لتصبح منافسة للبنوك التقليدية في معاملاتها الربوية.

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة تسليط الضوء على أهم منتجات الصيرفة الاسلامية المعتمدة في التمويل البنكي، التي نص عليها النظام رقم 20-02، من خلال بيان كافة جوانب عمل كل آلية على حدة، انتهاء بمحاولة الوقوف على إرادة المنظم البنكي في تفعيل هذه الآليات ومنحها مكانة تسمح لها بمنافسة التمويل الذي تمارسه البنوك التقليدية.

كما تهدف هذه الدراسة إلى بيان تنوع آليات وصيغ التمويل الاسلامي التي اختفت وراء شهرة وانتشار صيغة المرابحة، وبالتالي توجيه الأفراد إلى الصيغ المتاحة على مستوى البنوك والمؤسسات المالية حسب طبيعة التمويل المراد وحسب طبيعة النشاط.

يعود اختيار البحث في هذا الموضوع إلى أسباب، منها الذاتية، ممثلة في الرغبة والميول لتطوير الرصيد المعرفي في مجال الصيرفة الاسلامية، لا سيما وأنه موضوع مرتبط بمجال التخصص في " قانون الأعمال"، الذي يعد القانون البنكي محورا جوهريا فيه.

1-تعليمة رقم03-2020، مؤرخة في 02 أفريل2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الاسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، متوفرة على الرابط الالكتروني التالي:

https://www.bank-of-algeria.dz/pdf/instructions2020ar.pdf

إلى جانب ما ذكر، فان حداثة الموضوع لعبت دورا في اختياره خاصة مع توجه السلطات العمومية مؤخرا لاعتماد أدوات نشاط الصيرفة الإسلامية، بتكريسها سنة 2018 كمرحلة أولى، ثم سنة 2020 مع الإشارة الصريحة إلى تسميتها كآلية نشاط للصيرفة الاسلامية، مما يجعل مجال البحث فيها بكرا، ومن أوائل الدراسات الأكاديمية التي تتناوله في ضوء النصوص البنكية المذكورة.

لقد كان عامل الاختيار المذكور أخيرا مصدر الصعوبة الأول لهذا البحث، أمام الغياب شبه الكلي للدراسات القانونية، حول النصوص البنكية أساسا، وغلبة المقاربة الاقتصادية والشرعية لأغلب الدراسات الموجودة.

لقد اتضح، من السياق الذي اعتمدت فيه السلطات العمومية عمليات الصيرفة الإسلامية، بأن الهدف الأساسي منها هو تشجيع الادخار واستقطاب رؤوس الأموال الموجودة خارج القنوات البنكية الرسمية وضخها في مسارات الاقتصاد الرسمي، وذلك من خلال تفادي كل عوامل نفور الأفراد والمؤسسات من التعامل مع البنوك، والتي تقوم على رأسها شبهة الفوائد البنكية الربوية، وهو ما يقتضي بالتالي اعتماد آليات للتمويل تقوم على مقاربة مختلفة غير تحصيل الفوائد على القروض، وهي مقاربة المشاركة في النشاط والارباح، وهو الأمر الذي يستدعي بحثه والوقوف عليه عن قرب لتقدير **مدى تكريس النظام البنكي رقم 20-02 لآليات تمويل إسلامية تنسجم حقيقة مع قواعد الصيرفة الإسلامية الأصيلة وخصوصا ما تعلق منها بدفع شبهة الربا وطمأنة جمهور المتعاملين من هذا الجانب، وتجسد النوايا المعلن عنها بشأن تشجيع الادخار واستقطاب رؤوس الأموال.**

لمعالجة هاته الاشكالية تم الاعتماد على مجموعة من المناهج المتبعة في الدراسات القانونية، لا سيما المنهج الاستقرائي، من خلال الاعتماد على أسلوبي التحليل والتركيب، بتحليل أحكام النظام رقم 20-02 والنصوص المطبقة له، واستخلاص النتائج المطلوبة منه، إلى جانب مناهج بحث أخرى مكملة المنهج المقارن.

وللإجابة على الاشكالية المطروحة تم تقسيم البحث إلى فصلين، بالمحتويات الواردة أدناه تم تناول الموضوع في فكرتين أساسيتين، تتمحور الفكرة الأول والتي سيتم تناولها في الفصل الأول حول آليات التمويل البنكي الإسلامي الواردة على رأسمال المشروع أما في الفكرة الثانية ففي الفصل الثاني حول آليات التمويل البنكي الاسلامي القائمة على صيغة البيع

الفصل الأول:

آليات التمويل البنكي الإسلامي الواردة علىرأسمال المشروع.

الفصل الأول:
آليات التمويل البنكي الإسلامي الواردة على رأسمال المشروع:

يعتبر التمويل أساس بناء أي مشروع مهما كانت طبيعته، وأول عقبة تواجه الراغب في ذلك هو غياب رأس المال اللازم لقيام المشروع، لذلك قد يرغب الأشخاص الى تبني فكرة الشراكة وطلب التمويل من خلالها مع بنك أو مؤسسة مالية في إطار صيغ التمويل الإسلامية والتي تخول لهاته الأخيرة المشاركة في المشروع رفقة العميل عن طريق التمويل والمساهمة برأس مال المشروع.

وتجدر الإشارة إلى وجود بعض آليات التمويل البنكي الاسلامي التي تتميز بالمشاركة في رأس المال بين البنك والزبون، بالنظر إلى محل التمويل المقدم لهذا الأخير المتمثل في رأس المال سواء كان نقديا او عينيا **(المبحث الاول)**، أو المنفعة **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول:

آليات التمويل القائمة على فكرة المشاركة في رأس المال: المضاربة والمشاركة:

تقوم العمليات المصرفية من خلال مبدأ الشراكة في عناصر الانتاج بين الطرفين، وذلك بهدف تقاسم النواتج المالية الحاصلة من العملية، بحيث يكون الممول ممثلا في شباك الصيرفة الإسلامية على مستوى البنوك والمؤسسات المالية المعتمدة، شريكا لطالب التمويل في مبلغ نقدي يقع عليه محل التمويل ويتعلق الامر أساسا بالتمويل عن طريق عقد المضاربة **(المطلب الأول)**، والتمويل عن طريق عقد المشاركة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الاول–التمويل عن طريق عقد المضاربة:

انطلاقا من حرص الشريعة الإسلامية على استثمار الاموال وعدم تركها عاطلة، كانت المضاربة من البدائل الإسلامية لنظام الإستثمار الربوي، كونها أداة تحقق التعاون المستمر بين المال والعمل لمصلحة الطرفين والمجتمع.

لذلك، لابد من بيان مفهوم التمويل عن طريق عقود المضاربة **(الفرع الأول)**، ثم أحكام التمويل عن طريق عقود المضاربة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول–مفهوم عقد المضاربة:

نظرا لأهمية عقود المضاربة كآلية من آليات التمويل الإسلامي برؤوس الأموال، وجب التطرق إلى مفهوم التمويل عن طريق عقود المضاربة بالإشارة والتطرق إلى التعريف به **(فقرة أولى)**، ثم تحديد أنواعه **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الأولى–التعريف بعقد المضاربة:

تقوم البنوك الإسلامية بالتمويل والإستثمار في المشاريع على أساس المضاربة ويسمى البنك "رب المال"، والمتعهد العميل "مضاربا" وهو الذي يقوم بالعمل في المشروع لتقتسم الأرباح بينهما بموجب الاتفاق السابق على حصة كل منهما، أما في حالة الخسارة فيتحملها

البنك في حين أن المتعهد العميل يخسر جهده وعمله المكرس في المشروع"[1]".

أولا-التعريف اللغوي للمضاربة:

المضاربة في اللغة مفاعلة من الضَّرْب، فحقيقته اللغوية إيقاع الضرب، وله معانٍ أخرى أولهما: الضرب بمعنى الكسب، وثانيهما :ضَرَبَ في الأرض أي خرج تاجرًا أو غازيًا، وقيل :سار في ابتغاء الرزق وضارب له :اتجر له في ماله"[2]".

كما تعرف المضاربة لغة أيضا بأنها على وزن مفاعلة، وهي إسم مشتق من الضرب في الأرض بمعنى السفر"[3]"، لقوله تعالى: ﴿**وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ**﴾"[4]" بمعنى يسيرون في الأرض.

كما تسمى أيضا بأنها مأخوذة من القراض من قرض، أي قطع جزء من الربح وهما إسمان لمعنى واحد، بحيث يتفقان على أن يقدم أحدهما المال والآخر جهدا في إستثماره بالتجارة أو غيرها من الأنشطة المباحة شرعا"[5]".

ثانيا-التعريف الإصطلاحي للمضاربة:

قدم الفقهاء عدة تعريفات للمضاربة؛ منها إعتبارها عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب، أي نوع شركة على أن يكون رأس المال من طرف والسعي والعمل من طرف آخر"[6]"، أو أنها دفع مال معين معلوم لمن يتجر فيه بجزء مشاع معلوم له من ربحه"[7]".

كما تعني المضاربة إتحاد المال المقدم من أحد الأطراف وهو رب المال أو المقارض،

---

[1]- TAHIRI JOUTI Ahmed, ***le couple risque – rentabilité dans le modèle bancaire islamique***, les cahiers de la finance islamique, université paris 1Sorbonne, 2013, p. 48.

2- مجد الدين الفيروز الابادي، القاموس المحيط، مجلد رقم 01، دار الحديث، القاهرة،2008، ص1503.

3- الوطيان محمد، البنوك الإسلامية، الطبعة الاولى، مؤسسة الوراق، الأردن، 2000، ص121.

4- سورة المزمل، الآية 20.

5- كروان ريمة وبوالمرقة رميساء، تأطير ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية في الجزائر، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، العدد04، 2019، ص 295.

6- محمود عبد الكريم أحمد، الشامل في المعاملات وعمليات المصارف الإسلامية، الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، 2008، ص41.

7- المرجع نفسه، ص42.

والعمل المقدم من طرف آخر، وهو رب العمل أو المضارب، الذي له نصيب في الربح يتفق عليه، أما الخسارة فلا يتحمل منها المضارب شيئا ما لم يثبت تقصيره أو تعمده الا جهده ووقته"[1]".

ومن تعريفات الباحثين في الإقتصاد الإسلامي للمضاربة المصرفية بأنها: "عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين، وليكن مصرف، بأن يدفع للطرف الآخر مبلغا من المال ليتجر فيه، على أن تقسم الأرباح بينهما حسب شروط العقد"[2]".

كما عرف عقد المضاربة في الفقه الفرنسي كما يلي:

« Al moudarabah est un contrat de société commercial islamique dont la légalité est reconnue par l'ensemble des écoles de jurisprudence islamique »[3]"

فالمبدأ الذي يقوم عليه عقد المضاربة، هو دخول المصرف الإسلامي في صفقة محددة مع متعامل او أكثر، بحيث يقدم المصرف المال اللازم في حين يقدم المتعامل جهده"[4]"، ليصبح الطرفان شريكين في الغنم والغرم، ويكون المصرف هو الشريك صاحب المال، أما المتعامل معه فهو الشريك المضارب، فإذا تحقق الربح وزع حسب النسب المتفق عليها، وإذا تحققت الخسارة يتحمل المصرف خسارة رأس ماله ويتحمل المتعامل خسارة جهده فحسب"[5]".

أما في القانون الجزائري فقد عرفها نظام بنك الجزائر رقم 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية بموجب المادة 07 منه كما يلي: " **المضاربة هي عقد يقدم بموجبه بنك أو مؤسسة مالية، المسمى "قارض الأموال"، رأس المال اللازم للمقاول الذي يقدم عمله في مشروع من أجل تحقيق أرباح**".

1- محمود عبد الكريم أحمد، المرجع السابق، ص42.

2 - كروان ريمة وبوالمرقة رميساء، المرجع السابق، ص.ص296.295

3- TAHIRI JOUTI Ahmed, Op. Cit., p.49.

4- KORBI Fakhri, **La finance islamique : une nouvelle éthique ? comparaison avec la finance conventionnelle**, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, université paris 1Sorbonne, 2016, p. 48.

5- العريقات حربي محمد، سعيد جمعة عقل، إدارة المصارف الإسلامية، دار وائل، عمان، 2011، ص156.

وتطبيقا لهذا النظام الأخير، أصدر بنك الجزائر التعليمة رقم03-2020"[1]" المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية المتعلقة بتنفيذها من طرف البنوك الإسلامية لتكون داعمة للإطار القانوني وتكون أكثر تفصيل لأحكام هذه المنتجات الواردة في النظام، وقد تضمنت تكراراً لنفس التعريف المقدم لعقد المضاربة بموجب النظام رقم20-02.

ثالثا-تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المضاربة:

يعود التعامل بعقد المضاربة إلى ما قبل الاسلام، حيث كان العرب يتعاملون به كما هو الحال بالنسبة لكثير من العقود، فالإسلام لم يأت بعقود جديدة في المعاملات بقدر ما وضع قواعد وضوابط تنظم العمل بهذه العقود وتضمن تحقيق مصلحة الافراد"[2]".

أ- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المضاربة في القرآن الكريم:

قول الله سبحانه وتعالى: "**وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ**"[3] وقول الله سبحانه وتعالى أيضا:" **فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ**"[4].

ب- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المضاربة في السنة النبوية:

أما من السنة النبوية، فقد جاء في كتب السيرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قد خرج قبل بعثته في مال خديجة رضي الله عنها مضاربا إلى الشام، واستمر العمل بهذا العقد بعد البعثة وفي عهد الصحابة رضوان الله عليهم، وقد روي عن صهيب رضي الله عنه قول النبي صلى الله عليه وسلم " ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل، والمقارضة، وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع"[5].

1-المادة 19 من التعليمة رقم2020-03، مؤرخة في 02 أفريل 2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

2- الوادي محمود حسين وحسين محمد سمحان، المصارف الإسلامية: الأسس النظرية والتطبيقات العملية، الطبعة الرابعة، دار المسيرة، عمان،2012، ص91.

3- سورة المزمل، الآية 20.

4- سورة الجمعة، الآية 10.

5- الوادي محمود حسين وحسين محمد سمحان، مرجع سابق، ص92.

ج- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المضاربة في القانون:

كرس المنظم البنكي التمويل عن طريق عقد المضاربة في القانون بموجب نص المادة 07 من النظام رقم 2020-02 "[1]والتي اشارت الى تعريف الية وصيغة المضاربة بالإضافة الى التفصيل الذي جاءت به هذه التعليمة رقم 2020-03 باعتبارها تتمم النظام البنكي2020-02 سابق الذكر وذلك من خلال المواد من 19-23 "[2].

الفقرة الثانية-أنواع التمويل عن طريق عقد المضاربة:

المضاربة عقد بين من يملك المال ومن لا يملكه ليعمل فيه، وهو الدور الذي تقوم به البنوك والمؤسسات المالية من خلال شباك الصيرفة الإسلامية كمضارب، أو كرب مال، أو الدورين معا، ويقسم التمويل بعقود المضاربة إلى عدة أنواع منها ما جاء بها الفقه الاسلامي، إلا أن التعليمة رقم 2020-03 بإعتبارها التفصيل القانوني للنظام 02-2020 المتعلق بمنتجات الصيرفة الإسلامية لم تشر إلا لنوعين فقط كما سيلي بيانه:

أولا-التمويل عن طريق عقد المضاربة بالنظر لتعدد المضاربين:

تنقسم المضاربة كآلية للتمويل الاسلامي حسب عدد المشاركين فيها إلى:

أ-المضارب الواحد:

تسمى أيضا بالمضاربة الخاصة، وهي التي يقدم فيها المال من شخص والعمل من شخص آخر، وهي صورة غير مناسبة للمعاملات الإستثمارية والمصرفية المعاصرة، ولا تستطيع البنوك الإسلامية الاعتماد عليها كثيرا، كونها لا تتلاءم مع طبيعة عملها ولعجزها عن تلبية حاجاتها، سواء في تعبئة وتجميع الموارد المالية الملائمة لطبيعتها، أو لتوظيف هذه الموارد بالصورة المناسبة لطبيعة عمل المصارف الإسلامية"[3]؛ لذلك، تقلل البنوك الإسلامية من هذا النوع الذي يبقى صالحا لتمويل المشروعات الصغيرة والحرفيين الذين لديهم خبرات في مجالات معينة، كقاعدة لبناء المشاريع الصغيرة تمهيدا لتطويرها إلى

1 -المادة 06، من النظام رقم 20-02، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة.

2 -المواد من 19-23، من التعليمة 2020-03، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

3-عيشوش عبدو، تسويق الخدمات المصرفية في البنوك الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: علوم اقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة باتنة، 2008-2009 ، ص.ص 30-31.

مشاريع عملاقة"[1]".

ب-كثرة المضاربين:

تسمى أيضا بالمضاربة الجماعية، وفيها تتعدد الأطراف المشاركة في المضاربة سواء من ناحية أصحاب الأموال، أو المضاربين، أو كليهما معا كما هو حاصل في البنوك الإسلامية، فهي تتلقى المال من أصحابه بوصفها مضاربا وتقدمه إلى أرباب العمل المتعددين ليضاربوا فيه بوصفها رب المال"[2]".

بمعنى أن البنك الإسلامي يعرض -على أصحاب المشروعات- باعتباره مضاربا على أصحاب الأموال استثمار مدخراتهم، كما يعرض باعتباره صاحب مال أو وكيل متصرف عن أصحاب الأموال، إستثمار تلك الأموال على أن توزع الأرباح حسب الإتفاق بين الأطراف الثلاثة، والخسارة على صاحب المال"[3]".

مع الإشارة أن المضاربة المشتركة تتضمن جميع السمات الأساسية التي تتسم بها المضاربة في الفقه الاسلامي، من إعتبار رأس المال أحد أركانها يدفعه شخص أو أشخاص إلى المضارب ليعمل فيه برأيه وخبرته ويشترط فيه معلومية المقدار"[4]".

ثانيا-التمويل عن طريق عقد المضاربة بالنظر لحرية التصرف في رأس المال.

تنقسم آلية المضاربة حسب حرية المضارب في التصرف إلى نوعين، أشارت إليهما المادة 23 فقرة 01 من التعليمة رقم03-2020"[5]":

أ-المضاربة المطلقة:

المضاربة المطلقة هي تلك التي يفوض فيها البنك أو المؤسسة المالية المقاول بإدارة

1-محمود عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص50.

2- مقلاني عليمة، بدواني بسمة، البنوك الإسلامية في الجزائر: بنك البركة نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2014-2015، ص59.

3- محمود عبد الكريم احمد، مرجع سابق، ص43.

4- المرجع نفسه، ص44.

5- تنص المادة 01/23 من التعليمة رقم 03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية:" **يمكن للمضاربة أن تكون مطلقة أو مقيدة...**"

عمليات المضاربة دون أي قيد، للمقاول الحرية في اختيار الإستثمارات التي يريد تحقيقها، غير أنه يبقى مجبرا على السهر على تحقيق مصلحة الطرفين وذلك لبلوغ هدف المضاربة"[1]

مثل تقيده بنوع محدد من التجارة، أو بنوعية الأشخاص الذين يتعامل معهم، أو مكان وزمان القيام بالنشاط، وبالتالي يكون للمضارب في هذه الحالة الحق في تشغيل مال المضاربة بالكيفية التي يراها مناسبة للحفاظ على المال وتحقيق الأرباح، بحيث يعتمد في تسييره لهذا المال على إدارته ومعرفته الشخصية[2].

ب-المضاربة المقيدة:

عرفها المنظم البنكي بأنها تلك التي يفرض فيها البنك او المؤسسة المالية قيودا تتعلق بنشاط المقاول فيما يخص قطاع النشاط وكيفيات وشروط الإستثمار أو أي جانب آخر يراه مناسبًا.[3]

يتضح مما سبق خضوع المضارب في هذا النوع من المضاربة للقيود والشروط التي يفرضها رب المال، كتحديد نوع العمل، أو الأشخاص الذين يتعامل معهم بالإضافة الى جملة من الشروط الأخرى التي تكون محط اتفاق الطرفين، على أن تكون له مصلحة وراء وضعه لهذه القيود، ويجب على هذه الأخيرة أن تكون قبل إبرام عقد المضاربة أو طالما مال المضاربة مازال نقدا بحيث لم يبدأ التصرف فيه[4].

ثالثا- التمويل عن طريق عقد المضاربة بالنظر لنهاية عقد المضاربة:

يكون في هذا النوع من المضاربة البنك والعميل امام اقتراحين اثنين فإما ان تكون المضاربة منتهية بالتمليك واما ان تكون غير منهية بالتمليك.

أ-المضاربة المنتهية بالتمليك:

1- المادة 23 فقرة 02 من التعليمة رقم03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

2- الرفاعي فادي محمد، المصارف الإسلامية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2007، ص125.

3 - المادة 23 فقرة 02 من التعليمة رقم03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

4- زيتوني عمار، خروبي مراد، المعاملات المالية في البنوك: دراسة مقارنة بين البنوك الإسلامية والبنوك التجارية، مجلة الاحياء، العدد11، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة باتنة،2018، ص241.

هي المضاربة التي تنشأ بين المصرف الاسلامي والمضارب، بحيث يدفع المصرف المال ويقوم المضارب بالعمل، ويعطي فيها الحق للمضارب في الحلول محله دفعة واحدة أو على دفعات حسب ما تقتضيه الشروط المتفق عليها.[1]

ب-المضاربة غير المنتهية بالتمليك:

وهو الوضع العادي حيث يعود رأس المال إلى المالك بعد انتهاء فترة الإستثمار وتوزيع الأرباح بين الأطراف المشاركة في المضاربة وهو الأمر الذي يكون مستبعدا تصوره خاصة أمام رغبة البنك المضارب الملحة على إسترجاع القيمة النقدية لرأس المال المضارب به وإعادة الوظيف في مشاريع وقنوات إستثمارية أخرى.[2]

الفرع الثاني-شروط التمويل عن طريق عقد المضاربة:

لا يختلف عقد المضاربة عن غيره من العقود من حيث الشروط العامة لانعقاده والمتعلقة بالأهلية والمحل والسبب، إلا أنه يتميز بشروط خاصة به يمكن تلخيصها فيما يلي:

الفقرة الأولى-شروط عقد المضاربة المتعلقة برأس المال:

يشترط في رأس مال المضاربة مجموعة من الشروط تتمثل في:

أولا- إشتراط رأس المال المضاربة نقدا:

إشترط الفقه أن يكون رأس المال من النقود لأنها هي أصول الأثمان، وهي ثابتة القيمة ولا يعتريها تغير الأسواق الذي يعتري العروض والسلع، وهي لا تجوز بالعروض والعقار عند جمهور الفقهاء نظرا للضرر الحاصل نتيجة لبيعها وشراءها[3].

غير أن القانون يسمح بالأصول النقدية وحتى العينية منها ما دامت بقيمة محددة، وهو ما يستشف من نص المادة 19 فقرة 02 من التعليمة رقم 03-2020: "**يُمكن أن تكون مساهمة البنك أو المؤسسة المالية نقدية أو عينية، أو كلاهما، ولكن بقيمة محدّدة**".

1- محمود عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص49.

2 -المرجع نفسه، ص51.

3- مقلاني عليمة، بدواني بسمة، مرجع سابق ص56.

ثانيا- إشتراط رأس المال المضاربة رأسمال معلوما:

يشترط في رأس مال المضاربة أن يكون معلوم المقدار والجنس والصفة عند التعاقد، بحيث يكون معلوما لكلا الطرفين علما نافيا للجهالة، لأن جهالته تؤدي إلى جهالة الربح، مما قد يؤدي إلى المنازعة"[1].

ثالثا-الإشتراط في رأس المال أن يكون عينا:

يجب أن يكون رأس مال المضاربة عينا، أي حاضرا، لا دينا في ذمة المضارب، وهذا الشرط متفق عليه عند الفقهاء وحجتهم في ذلك أن الدين ملك للمدين ولا يخرج من ملك البنك المضارب إلا إذا قبضته"[2].

الفقرة الثانية-شروط عقد المضاربة المتعلقة بتوزيع الأرباح:

تحكم الأرباح الناتجة عن المضاربة في الأموال مجموعة من الضوابط التي تميز عقد المضاربة عن غيره، وتتمثل هذه الشروط في:

أولا-تحديد نصيب كل طرف من الربح:

باعتبار الربح هو المعقود عليه وجهالة هذا الأخير توجب فساد العقد"[3]"، وبالرجوع إلى نص المادة 22 فقرة 01 من التعليمة رقم 03-2020"[4]" التي تشير إلى توزيع الأرباح وفقا لصيغة متفق عليها بموجبها يتحدد نصيب كل طرف، فإنه يجب أن يكون مقدار الربح معلوما بنسبة معينة متفق عليها لكل من المضارب وصاحب المال، وأنه يمكن تغيير صيغة توزيع الأرباح في أي وقت باتفاق الطرفين.

1- مقلاني عليمة، المرجع السابق، ص57.

2-TAHIRI JOUTI Ahmed, Op. Cit., p.48.

3- الساعدي حكيم حمود فليح، المصارف الإسلامية: مفاهيم أساسية وحالات تطبيقية، الطبعة الثانية، دار بغدادي، بغداد، 2019، ص180.

4- تنص المادة 22 فقرة 01 من التعليمة رقم 03-2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية، على:" **تُوزَّع الأرباح المحققة وفقًا لصيغة توزيع متفق عليها مسبقًا بين الأطراف ومُحدّدة عند توقيع العقد. يمكن تغيير صيغة التوزيع هذه في أي وقت باتفاق بين الأطراف**".

ثانيا-إشتراط توفر الربح المشترك بين الطرفين:

فلا يصح أن يختص بالربح الناتج عن عقد المضاربة صاحب المال أو المضارب، لأن ذلك يؤدي إلى فساد العقد، كما يتحمل البنك أو المؤسسة المالية كل الخسائر المحتملة، إذا كانت هذه الخسائر ناجمة عن تجاوز أو اهمال أو احتيال، أو انتهاك شروط العقد من طرف المقاول، فسيكون مسؤولا جزئيا أو كليا عن الضرر الفعلي المترتب"[1].

ثالثا-إشتراط التقدير في نصيب كل طرف من الربح:

فلا يجوز تحديد مبلغ معين كربح لرب المال أو المضارب، وإنما حصة شائعة من الربح من رأس المال أي بنسبة معينة لا بمبلغ معين، فإن ذلك وإن لم يخالف مقتضى العقد إلا أنه يفسد المضاربة ويفضي إلى جهالة الربح الحقيقي، ويؤدي إلى قطع الشركة في الربح وإذا لم يربح المضارب إلا المبلغ المحدد يعتبر ربا"[2].

وهو ما أشارت له المادة 22 من التعليمة رقم03-2020 في نصها:"... **يجب أن يستند توزيع الأرباح على أساس حصة من الربح المحقق وليس على أساس مبلغ جزافي أو نسبة مئوية من رأس المال**".

الفقرة الثالثة-الشروط المتعلقة بكيفيات تنفيذ عقد المضاربة:

يرتبط تنفيذ عقد المضاربة بمجموعة من الشروط يتطلب توافرها لسلامة تنفيذ العملية تتمثل في:

أولا-إشتراط تسليم رأس المال للمضارب:

يتكفل المقاول بإدارة الأموال بصفة كلية، لا يحقّ للبنك أو المؤسسة المالية أن يشارك في إدارة الأموال"[3]، يتضح أنه يجب على رب المال أن يسلم رأس المال للمضارب، لتمكينه من العمل بحيث يجب على صاحب المال أن يقدم المال المتفق عليه وليس عليه العمل،

1-المادة 22 فقرة 03، من التعليمة رقم03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

2-حجازي محمد، معوقات استخدام عقد المضاربة كنظام تمويل اسلامي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد01، جامعة معسكر،الجزائر، 2019، ص 1793.

3 -المادة 20، من التعليمة رقم03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

لأنه من إلتزامات المضارب، ولكن دون المساس بحق البنك أو المؤسسة المالية في ممارسة الرقابة اللازمة طبقا للتشريع المعمول به"[1]".

ثانيا-إلتزام المضارب بشروط صاحب العمل:

يتعين على المضارب الإلتزام بالقيود التي يفرضها صاحب العمل، لكونه وكيلا بالتصرف ويعمل بإذنه، وهو أمين في عمل المضاربة وعلى مالها، وفي حالة مخالفة ذلك فإنه لن يكون ضامنا ولا أمينا"[2]"، مع الإشارة إلى أنه يجوز لرب المال أن يطلب من المضارب أي ضمان يراه مناسبا، على أن تحدد طبيعتها وقيمتها في عقد المضاربة"[3]".

الفرع الثالث-معوقات الاستخدام المصرفي لعقد المضاربة:

رغم الانتشار الواسع لعقد المضاربة كمظهر جلي لنشاط شباك الصيرفة الإسلامية لدى البنوك التقليدية، إلا أن الاستخدام المصرفي له تعترضه جملة من الصعوبات تحد من انتشاره وتجعل البعض يطعن في قدرة المصارف الإسلامية في تسيير، وخلق صناعة مصرفية تحد من نشاط المصارف الربوية، يمكن إجمالها فيما يلي:

الفقرة الأولى-المعوقات القانونية للإستخدام المصرفي لعقد المضاربة:

يتعلق الامر بالمعوقات الهيكلية التي تفرضها بعض المؤسسات الرسمية، لاسيما المتحكمة في النشاط المصرفي كبنك الجزائر الذي يعد هيئة رقابة على مختلف أنشطة البنوك التقليدية، وهو ما لا يصلح بالنسبة للبنوك الإسلامية نظرا للطبيعة الخاصة لنشاطها الذي يقوم على منطلقات شرعية لا تتفق مع التقنيات المصرفية الربوية. وتتمثل في:

أولا-معوقات ناتجة عن آليات الرقابة:

يمارس بنك الجزائر المراقبة باعتباره سلطة مالية لا تتفق مع عقد المضاربة، سواء تعلق الأمر بالرقابة الكمية التي تعنى بحجم وكمية القروض، أو بالرقابة النوعية التي تعنى بمراقبة إلتزام القروض باعتباره أداة لتوجيه الائتمان المصرفي. مما أدى إلى القول بوجوب

1- المادة 20 فقرة 02، من التعليمة رقم03-2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

2- الرفاعي فادي محمد، مرجع سابق، ص124.

3- المادة 21 من التعليمة رقم03-2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

مراعاة الطبيعة الخاصة لهذا العقد، وذلك لا يكون بإلغاء نظام الرقابة لضرورته، إنما إقامة نظام خاص بالرقابة على عقود المضاربة"[1].

ويمكن تجاوز هذا العائق من خلال وضع نصوص تنظيمية أو لائحية تستثني عقود المضاربة من هذه الرقابة لتصبح علاقة البنوك بأصحاب الودائع علاقة مشاركة في الربح والخسارة وليست علاقة دائنية، وبالتالي يصبح شرط الضمان غير صالح على اعتبار أن المصرف شريك لأصحاب الودائع لا ضامن لأموالهم"[2].

ثانيا-معوقات متعلقة بالقانون الجبائي:

تعتبر الضرائب من بين الأدوات القانونية التي يعتمدها القانون الجبائي والتي تلعب دورا أساسيا في رسم السياسات الاقتصادية وحجم مساهمة الدولة في الخدمات الضرورية لمجموع المواطنين، وبالنظر إلى اعتبار عقد المضاربة من عقود الإستثمار فإن قانون الضرائب يفرض على الإستثمارات ضريبة تصاعدية، سواء أكانت مضاربة صناعية أم تجارية ولا شك أن حجم هذه الضرائب سيقلل من فرص العائد الإستثماري الناتج عن تلك العقود وبالتالي تناقص الأرباح من طرف المساهمين"[3].

ثالثا-معوقات متصلة بمسألة الضمان:

من المقرر لدى الفقه أن يد المضارب على المال هي يد أمانة، فلا يضمن إلا تفريطا أو تعديا أو مخالفة لشروط المضاربة، وهو ما أدى إلى الإعتراض على ضعف الضمان في عقد المضاربة، الذي يجعل من هذا الأخير عقدا آيلا لمخاطرة جسيمة لصاحب المال"[4].

لذلك ذهب بعض الفقه"[5]، إلى إمكانية إتباع إحدى الوسيلتين اللتين ذكرهما الفقهاء

1-حجازي محمد، مرجع سابق، ص1796.

2-عجة جيلالي، عقد المضاربة في المصارف الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، معهد العلوم القانونية والادارية، جامعة الجزائر، 1996، ص142.

3- حجازي محمد، مرجع سابق، ص.ص 1800-1801.

4- المرجع نفسه، ص1802.

5- حسن عبد الله الآمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، الطبعة الثالثة، المعهد الاسلامي للتنمية، جدة،2000 ص14.

الأحناف لجعل المضارب ضامنا، بأن يمول رب المال القسم الأكبر من ماله للمضارب ويسلمه إياه، ثم يتخذ المضارب المبلغ الذي اقترضه من المبلغ الذي بقي في يد رب المال ويكون الكل مال الشركة ويعقد معه شركة عنان[1]، ثم يعمل المقترض، والمبلغ الذي اقترضه يكون دينا في ذمته لرب المال، وفي حالة تلفه يكون مضمونا عليه.

الفقرة الثانية–المعوقات المحاسبية للاستخدام المصرفي لعقد المضاربة:

من خلال تجربة عقود المضاربة المصرفية، ظهرت بعض العوائق المتعلقة بالمسائل التقنية والمهنية في المجال المحاسبي، تتعلق أساسا بما يلي:

أولا–المعوقات المرتبطة بالنظام المحاسبي:

إن عقد المضاربة بالرغم من أنه يوفر الغطاء الشرعي للعمل المصرفي، عن طريق الاشتراك في العائد الربحي بين طرفيه بدلا من نظام الفائدة الربوية، إلا أنه في ظل نظام الضرائب يخضع العمل المصرفي لنظام الضريبة التصاعدية، وهو ما يقلل من فرص العائد الربحي، كما أنه لا يحتسب في ربح المضارب مع المصروفات وإنما يعتبر من الأرباح[2].

بالإضافة إلى عائق آخر يتعلق بطريقة المحاسبة في المضاربة المشتركة في المصارف من حيث كونها بعد استبعاد نصيب أعمال الودائع الجارية لحساب المصرف مقابل تحمله مصروفات الادارة منفردا كما تسير عليه بعض المصارف الإسلامية، أم انها تكون بدمج الأموال مع أموال المستثمرين وإقتسامها معهم مع تحميلهم تكاليف الادارة والتشغيل[3].

لذلك يمكن القول أن هذا العائق هو ما يجعل البنوك الإسلامية تختار أسلوب المرابحة بديلا عن عقد المضاربة نظرا لسهولته وبعده عن المشاكل التي يثيرها العمل به، رغم أن التساهل الحاصل في أسلوب المرابحة قد يعرض مصداقية البنوك الإسلامية نفسها للخطر

---

1 – شركة عنان: عرفها المالكية بقولهم: "أن يجعل كل واحد من الشريكين مالً، ثم يخلطاه، أو يجعلاه في صندوق واحد، ويتاجر به معاً، ولا يستبد أحدهما بالتصرف دون الاخر"، حسن عبد الله الآمين، مرجع سابق، ص55.

2– المرجع نفسه، ص57.

3– حجازي محمد، مرجع سابق، ص1799.

نتيجة المخالفات الشرعية التي تتم تحت غطاء مثل هاته العقود.

ثانيا-معوقات ناتجة عن نسبة السيولة:

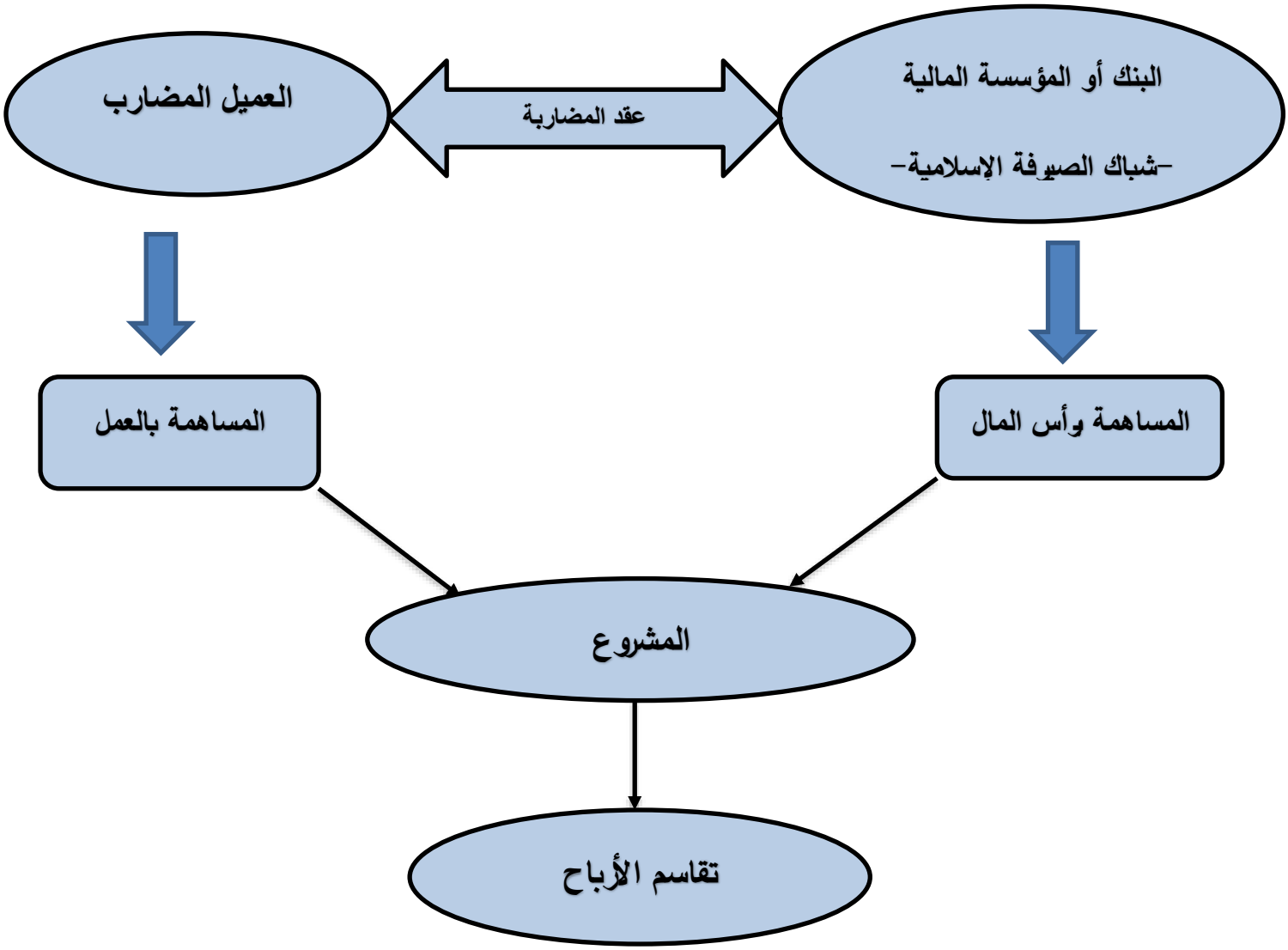
إن إستقرار نسبة السيولة لدى البنك تتجلى من خلال قدرته على تلبية طلبات أصحاب الودائع من النقود السائلة، إما من الأموال المودعة لديه أو أمواله المودعة لدى مصارف أخرى، وهو ما يحدد بناء على نسبة معينة يضعها يصدرها بنك الجزائر لحمايتها من حالات الاعسار والتوقف عن الدفع، وهو ما أكدته المادة 97 من الامر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[1].

رغم ما لهذا التحديد من إعتبارات عملية، إلا أنه يؤثر على عقود المضاربة التي تحتاج إلى سيولة مالية معتبرة، نتيجة توجيه الأرصدة للإستثمار أكثر منها للإقراض من جهة، ومن جهة أخرى فإن درجة السيولة المالية تؤثر في نوعية المشاريع التي يختارها المضارب لتكون موضوعا للمضاربة.

لتفادي النتائج السلبية المذكورة، يمكن تحديد نسبة يسيرة يودعها البنك الاسلامي من أرصدة حسابات المضاربة لدى بنك الجزائر على أن يوفرها له هذا الأخير متى احتاج إليها وأن تكون خالية من الفوائد.

1- أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 52، صادر في 27 أوت 2003.

مخطط يوضح آلية عمل عقد المضاربة:



المطلب الثاني- التمويل عن طريق عقد المشاركة.

تلجأ البنوك الإسلامية إلى القيام بأساليب استثمارية متنوعة لممارسة نشاطها في تشغيل رؤوس الاموال للعملاء المستثمرين تقرها الشريعة الإسلامية، وتعد المشاركة من أهم الأساليب الناجحة لتمويل عمليات الإستثمار والمشاريع الصناعية والتجارية وغيرها، والتي تقوم على المشاركة في الربح والخسارة.

يتم التطرق لهذه الالية في التمويل البنكي الإسلامي من خلال الإشارة إلى مفهوم التمويل عن طريق عقد المشاركة **(الفرع الأول)**، ثم شروط التمويل عن طريق عقد المشاركة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول- مفهوم التمويل عن طريق عقد المشاركة:

تعد المشاركة إحدى صيغ الإستثمار الهامة في نشاط المصارف الإسلامية، كما تعتبر بديلا ناجحا في كثير من الأحيان لتمويل المرابحة، كونها صيغة من صيغ التمويل الأساسية التي يقوم عليها البنك الاسلامي ويكون فيها مشاركا للمتعاملين معه. ولبيان مفهوم التمويل عن طريق عقد المشاركة؛ لابد من التطرق إلى التعريف به **(فقرة اولى)**، ثم إلى طرق التمويل عن طريق عقود المشاركة **(فقرة ثانية)** بالإضافة الى المزايا **(فقرة ثالثة)**.

الفقرة الأولى-التعريف بعقد المشاركة:

المشاركة هي تقديم البنك والعميل المال بنسب متساوية أو متفاوتة من أجل إنشاء مشروع جديد أو المساهمة في مشروع قائم، بحيث يصبح كل واحد منهما متملكا لحصة في رأس المال بصفة ثابتة أو متناقصة ومستحقا لنصيبه من الربح"[1]"، على أن يتم تحمل الخسارة بقدر نسبة المشاركة في رأس المال.

1-خالد أمين عبد الله، حسين سعيد سعيفان، العمليات المصرفية الإسلامية، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان،2008، ص171.

أولا-التعريف اللغوي لعقد المشاركة:

المشاركة لفظ مشتق من الشركة كما جاء في معجم المحيط ولسان العرب[1]، فالمشاركة مشتقة من الشركة وتعني الاختلاط، أي خلط المال بالمال أو خلط الشريكين، وهي مصدر من شرك يشرك شركا وشركت بينهما في المال وأشركته أي جعلته شريكا، كما تعني خلط الأموال ببعضها بحيث يصعب تمييز إحداهما عن الأخرى[2].

ثانيا-التعريف الإصطلاحي لعقد المشاركة:

المشاركة في الاصطلاح هي إستقرار ملك شيء له قيمة مالية بين مالكين فأكثر لكل واحد يتصرف فيه تصرف المالك، وعرفت أيضا بأنها تعاقد بين اثنين أو أكثر على العمل للكسب بواسطة الأموال، أو الأعمال، أو الوجاهة ليكون الغنم بالغرم بينهم حسب الاتفاق[3].

فالمشاركة من أهم النشاطات التي تقوم بها البنوك الإسلامية والتي تميزها عن غيرها من البنوك، بحيث يقوم البنك بتقديم تمويل يضاف إلى أموال العميل في صورة مشاركة في رأس المال دون أن يتقاضى البنك فائدة محددة، مع العلم أن العميل هو الذي يباشر إدارته للنشاط الاقتصادي، مع الاتفاق على نسب توزيع ناتج النشاط سواء كان ربحا أو خسارة[4].

وقد عرفها الفقه الاسلامي بأنها الشركة التي يشترك فيها إثنان في مال استحقوه وراثة أو نحوها من أجل تنميته في تجارة أو صناعة أو زراعة[5].

وقد عرفها الفقه الفرنسي أيضا بأنها:

« Al musharakah est un contrat dans lequel il y a partage des gains et des pertes et ou chaque partenaire peut intervenir dans la gestion du projet contrairement à al moudarabah ou

1 – مجد الدين الفيروز الابادي، مرجع سابق، ص1523.

2 – الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص107.

3– الوادي محمود حسين، حسين محمد سمحان، مرجع سابق، ص193.

4– مقلاني عليمة، بدواني بسمة، مرجع سابق، ص50.

5–مصطفى كمال السيد طايل، القرار الاستثماري في البنوك الإسلامية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2006، ص390.

il existe une séparation entre la gestion du projet et les bailleurs de fonds »[1]

من خلال التعاريف السابقة يتضح أن التمويل بالمشاركة هو إحدى الوسائل لتوظيف الأموال في المصارف الإسلامية، وهي من الصيغ التمويلية التي تتسم بالمرونة والملاءمة والشمولية، باعتبارها عقد بين اثنين أو أكثر يشترك كل منهما بحصة من المال للقيام بعمل أو نشاط معين ويقوم أحدهم بالعمل فيه بمفرده، كما يجوز لكل منهم المشاركة في العمل بحيث يصبح كل منهما متملكا لحصة في رأس المال بصفة ثابتة أو متناقصة ومستحقا لنصيبه من الأرباح والخسائر[2].

ثالثا-تكريس التمويل عن طريق عقد المشاركة:

تستمد عقود المشاركة التي تستخدم في الصيرفة الإسلامية مشروعيتها مما هو معروف في الفقه الاسلامي بشركة العنان، وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، بالإضافة الى التكريس القانوني في الفترة الأخيرة.

أ-تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المشاركة في القرآن الكريم:

قول الله سبحانه وتعالى:" **...فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ** "[3].

وقوله سبحانه وتعالى:" **وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ** "[4].

ب- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المشاركة في السنة النبوية:

ويستمد عقد المشاركة مشروعيته من السنة النبوية أيضا، استدلالا بالحديث الذي

1- TAHIRI JOUTI Ahmed, Op. Cit., p. 51.

2- زيتوني عمار، مرجع سابق، ص239.

3- سورة النساء، الآية12.

4- سورة ص، الآية 24.

رواه أبو داود والبيهقي والدارقطني عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الحديث القدسي الذي يرويه عن ربه: " **يقول الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإن خان خرجت من بينهما**".

فورد على أهل العلم أنهم يذكرون هذا الحديث ويستدلون به على جواز الشركة والمشاركة، والشركة جائزة في الجملة بالاتفاق، وهي أنواع يختلفون في بعض الأنواع مذكورة: شركة العنان، وشركة المضاربة، وشركة وجوه، وشركة أبدان، وشركة مفاوضة، وأنواع من الشركات، وهذا التنويع هو شركة العقود.

أما هذا الحديث فلا يعول عليه في إثبات الحكم، لكن أهل العلم جرت عادتهم أنهم يستدلون على الحكم الصحيح ويستشهدون له ولو بحديث ضعيف، ما دام أن معناه صحيح مثل ما تقدم' على اليد ما أخذت حتى تؤديه'.

ج- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المشاركة في القانون:

كرس المنظم البنكي صيغة التمويل بالمشاركة من خلال النظام رقم 20-02 بموجب المادة 06 منه كما يلي:" **المشاركة هي عقد بين بنك أو مؤسسة مالية وواحد أو عدة أطراف، بهدف المشاركة في رأسمال مؤسسة أو في مشروع أو في عمليات تجارية من أجل تحقيق أرباح**"[1]، وهو نفس التعريف الذي تبنته التعليمة رقم03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية بموجب المادة 14منها [2].

1 -المادة 06، من النظام رقم 20-02، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة.

2 -المادة 14، من التعليمة 2020-03، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية: **(إذا لم يكن المودع صاحب الحق في المبالغ المودعة في الحساب، فإن صاحب الحق هو الذي يستفيد من الضمان، بشرط أن يكون قد تم التعرف على هويته أو أمكن الإطلاع على هويته قبل معاينة عدم توفر الودائع).**

الفقرة الثانية–أنواع التمويل عن طريق عقود المشاركة:

يختلف عقد المشاركة حسب نوعية المشروعات، فهو يأخذ أشكالا متعددة من خلال تعدد طرق تنفيذه حسب الصيغة التي تحكم العقد، وتتمثل في:

أولا–المشاركة الثابتة في رأسمال المشروع:

تطلق عليها تسمية المشاركة الثابتة أو الدائمة، وتسمى المشاركة ثابتة عندما تبقى حصة البنك أو المؤسسة المالية في رأس مال المشروع ثابتة خلال فترة المشاركة، المحدّدة في العقد.[1]

يقوم البنك في هذه الصورة للمشاركة بالمساهمة في رأس مال المشروع الذي يتقدم به عميل البنك الإسلامي، أيا كان موضوع نشاط المشروع، سواء كان مشروعا إنتاجيا سلعيا ويقدم سلعا صناعية أو زراعية، أو مشروع خدمات تجارية وتوزيعية، وذلك وفقا لحصة مشاركة ثابتة لكل من الطرفين تظل قائمة إلى حين انتهاء الشركة، وفي نهاية كل سنة مالية يتم تحديد كل من الأرباح والخسائر ونصيب كل شريك منهما[2].

يقوم أسلوب المشاركة الثابتة على تقديم المال من طرف المشاركين بنسب متساوية أو متفاوتة من أجل إنشاء مشروع جديد، أو المساهمة في مشروع قائم، بحيث يصبح كل مشارك مالكا لحصة في رأس المال بصفة دائمة ومستحقا لنصيبه من الارباح، وتستمر هذه المشاركة في الأصل إلى حين إنهاء الشركة أعمالها التي تأسست من أجلها[3].

1– المادة 17 فقرة 01 من التعليمة رقم03–2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

2– العريقات محمد حربي، مرجع سابق، ص166.

3– الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص115.

ثانيا- المشاركة المنتهية بالتمليك:

تسمى المشاركة المتناقصة، وأطلقت عليها هذه التسمية لعدم توفر عنصر الاستمرارية فيها، بحيث يقوم البنك أو المؤسسة المالية ممثلة في شباك الصيرفة الإسلامية على أساس وعد منه بالتنازل عن ملكيته في المشروع، إما دفعة واحدة أو على دفعات خلال مدة معينة، ووفق عقد مستقل للطرف الآخر الذي يصبح المالك الوحيد في نهاية الشركة"[1]".

تسمى المشاركة متناقصة عندما يلتزم البنك أو المؤسسة المالية، بموجب تعهّد أحادي الطرف منفصل عن عقد المشاركة، بالتنازل عن حصته في رأس المال إلى شريك واحد (أو أكثر)، وفقًا لإجراءات الخروج المتفق عليها"[2]".

يختلف هذا النوع من المشاركة عن غيره في منح الشريك أو العميل الحق في الحلول محل البنك في ملكية المشروع سواء دفعة واحدة أو على مراحل، بحيث يتناقص حق البنك كشريك تدريجيا كلما قام العميل بشراء جزء من تمويل البنك حتى تنعدم مساهمة هذا الاخير ويصبح العميل مالكا لكل الموجودات الخاصة بالمشروع"[3]".

تتضمن المشاركة المتناقصة، على خلاف المشاركة الدائمة، محطتين؛ يتمثل أولهما في انسحاب أحد الشركاء تدريجيا من الشراكة بموافقة الشريك الآخر أو الشركاء الآخرين الذي يحل محله تدريجيا، وتتواصل هذه العملية إلى أن تنتهي مساهمة المصرف في المشروع، أما المحطة الثانية تكمل في تحويل كامل ملكية المشاركة إلى الزبون الشريك، وبذلك يكون المصرف قد استرجع مساهمته إضافة ما حققه من أرباح خلال فترة المشاركة"[4]".

1- لعمش امال، دور الهندسة المالية في تطوير الصناعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: علوم تجارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، دامعة فرحات عباس سطيف، 2011-2012، ص47.

2 -المادة 17 فقرة 02 من التعليمة رقم03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

3- زيتوني عمار، مرجع سابق، ص.ص 239-240.

4- الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص116.

يمر اتفاق المشاركة من هذا النوع بمراحل، وهي[1]:

أ- تقدم المتعامل الذي يرغب بمشاركة البنك الاسلامي في مشروع معين بطلب خطي يبين فيه كل تفاصيل المشروع الذي يرغب في إقامته مرفقا بدراسة جدوى اقتصادية له.

ب- دراسة المشروع من قبل قسم التمويل والإستثمار في ضوء معايير التمويل والإستثمار.

ج- التنسيب من قبل لجنة التمويل والإستثمار في الفرع بالموافقة أو عدمها، أو بتعديل شروط منح التمويل التي طلبها المتعامل كنسبة توزيع الأرباح.

د- إبلاغ المتعامل خطيا بتفاصيل الموافقة، وفي حال الموافقة على الشروط يتم إعداد عقد المشاركة المتناقصة.

هـ- توقيع العقد من ممثلي البنك والمتعامل تمهيداً للبدء في التنفيذ، وتبليغ الهيئات الأخرى ذات الصلة بموضوع التمويل ومتابعته داخل البنك والمؤسسة المالية.

ثالثا-المشاركة المباشرة:

يدخل البنك أو المؤسسة المالية من خلال شباك الصيرفة الإسلامية في هذا النوع من أنواع صيغ التمويل بالمشاركة كشريك في عمليات تجارية أو استثمارية مستقلة عن بعضها البعض، حتى بالنسبة للمشروع الواحد وتختص بنوع أو عدد معين أو محدد من السلع، ويتم توزيع الأرباح في هذا النوع من المشاركة بين الطرفين كل حسب مساهمته في رأسمال الصفقة، بعد القيام بتخصيص جزء من الأرباح للشريك نظير إدارته للعملية وتسويق الخدمة[2].

1- الوادي محمود حسين، حسين محمد سمحان، مرجع سابق، ص.ص 198-199.

2- مصطفى كمال السيد طايل، مرجع سابق، ص.ص 190-191.

الفقرة الثالثة–مزايا التمويل عن طريق عقد المشاركة:

يحقق التمويل عن طريق عقد المشاركة نوعين من المزايا منها ما يعود على الشركاء، ومنها ما يعود على البنك مقدم التمويل.

أولا–مزايا عقد المشاركة بالنسبة للشركاء:

تتميز صيغة التمويل بعقد المشاركة بالمرونة والملاءمة للعمل المصرفي الإسلامي نتيجة ما تحققه من مزايا، سواء بالنسبة لأطراف المشاركة من حيث الشروط التي تحكم آلية عمل صيغة المشاركة، إضافة إلى أن هذه الأخيرة لا تشترط تساوي حصص أو أنصبة الشركاء في رأس المال، كما لا يشترط تساوي الشركاء في المسؤوليات والأعباء والخسارة حسب الإسهامات، وفي هذا الخصوص أيضا أي بالنسبة للإسهامات يمكن للعملة والمهارة والإدارة والسمعة والمقدرة على التنبؤ والإتصالات أن تكون إسهامات فعالة مع رأس المال العيني، لذلك يوصف عقد المشاركة بالدقة والشمولية، إذ يوضح الإسهامات المالية للشركاء والمسؤوليات الإدارية من خلال التوزيع العادل للأرباح والخسائر"[1]".

ثانيا– مزايا عقد المشاركة بالنسبة للبنك:

تحقق المشاركة بعض الميزات التي تنعكس مباشرة على نشاك البنك مانح التمويل، منها"[2]":

أ– تسمح المشاركة للبنك الاسلامي بالبحث عن أفضل مجالات الإستثمار، وأرشد الأساليب التعاون ما بين المال وخبرة العمل.

ب– يمكّن أسلوب المشاركة البنك من تجنيد طاقته وإمكاناته الفنية في استخدام الأموال المكلف بتنميتها، ويؤدي بالتالي إلى تنشيط الحركة العمرانية والاقتصادية في المجتمع.

1– محمود عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص.ص39–40.

2– الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص113.

ج- يكفل نظام المشاركة النهوض باقتصاد البلد، باستثمار رأسمالها وخدمة الأمة والمجتمع.

د- يستطيع البنك الاسلامي عند الأخذ بمبدأ المشاركة من التكيف والتلاؤم المستمر مع الواقع والحياة والتطور، ومواجهة الازمات والظروف الطارئة.

هـ- يحقق نظام المشاركة العدالة في توزيع الأرباح بين المودعين أنفسهم، دون أن يستغل مودع في مشروع معين أرباح أموال مودع آخر في مشروع ثان[1].

الفرع الثاني- شروط التمويل عن طريق عقد المشاركة:

يخضع التمويل الاسلامي بعقود المشاركة لمجموعة من الشروط والضوابط التي يجب مراعاتها في مختلف مراحل العملية، بداية من إبرام العقد إلى فسخه، وذلك لسلامة العلمية التمويلية بهذه الصيغة.

يتطلب التمويل بعقود المشاركة شروطا خاصة لا بد من توافرها، تتمثل في:

الفقرة الاولى-الشروط المرتبطة بإبرام عقد المشاركة:

يستوجب إبرام عقد المشاركة إستيفاء شروط معينة، منها ما يتعلق بالطرفين المتعاقدين، أو برأسمال المشاركة، أو بتقاسم الأرباح كعناصر تشكل عقد المشاركة.

اولا-الشروط المتعلقة بطرفي عقد المشاركة:

يشترط لإبرام عقد المشاركة أن يتمتع أطراف العقد بالأهلية القانونية"[2]" التي تمكنهم من العمل لصالحهم ونيابة عن الشركاء الآخرين، إذ يكون كل شريك في الشركة وكيلا عن الآخر في الحدود المتفق عليه في عقد الشركة، بالإضافة إلى ضرورة تمتع هؤلاء الشركاء

1 - الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص113.

2- طبقا للمادة 40 من الأمر 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني، ج.ر، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم

بحقوق متساوية في إدارة الشركة ومتابعة شؤونها"[1]".

بالإضافة الى الإرادة المفرغة في النماذج القانونية والمصادق عليها من قبل هيئة الرقابة الشرعية التي تتكفل بمراقبة البنوك وشبابيك الصيرفة الإسلامية والتي تكرس خاصية الإذعان فيجد العميل المتعامل مع البنك او المؤسسة المالية نفسه امام إرادة مفرغة مسبقا وبإرادة منفردة."[2]

ثانيا- الشروط المتعلقة بمحل عقد المشاركة:

إن الشروط المتعلقة بمحل عقد المشاركة تتمحور في شقين اساسين أولهما الشروط الخاصة برأس المال وثانيها الشروط المتعلقة بتقاسم الأرباح.

أ-شروط متعلقة برأس المال:

يشترط في رأس مال المشاركة، سواء نقدا أو عينا، أن يكون وفقا لحصص محددة بوضوح بالنسبة لكل شريك، على ألا يكون دينا لأحد الشركاء في ذمة الآخر، وأن تحدد قيمة المساهمات العينية بشكل صحيح، تجدر الإشارة إلى أنه يمكن المشاركة في رأس المال بشيء معنوي له قيمة مالية كبراءة الإختراع أو الإسم التجاري أو العلامة التجارية"[3]".

ب-شروط تقاسم الأرباح:

يشترط في الربح الناتج عن عقد المشاركة أن يكون جزءا مشاعا معلوما وأن يوزع بين الشركاء بنسبة رأس المال لكل منهم، وكذلك الخسارة، عملا بقاعدة الغنم بالغرم، مع جواز التفاضل في حصة الربح حسب الاتفاق، نتيجة كون أحد الشركاء أكفأ من الشركاء الآخرين

1- الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص110.

2-المرجع نفسه، ص112.

3- مقلاني عليمة، بدواني بسمة، مرجع سابق، ص56.

بسبب الخبرة العلمية والعملية لديه، فلا يرضى بالمساواة"[1]".

ثالثا-الشروط المتعلقة بتنفيذ عقد المشاركة:

يقوم عقد المشاركة بين شريكين هما رب المال والعميل، ويكون أحدهما وكيلا وأمينا عن الآخر، ولذلك، يجوز للشريك، في سبيل تنفيذ عقد المشاركة، أن يقوم بكل ما تتطلبه طبيعة العملية والنشاط من تصرفات بيع وشراء، سواء كان آجلا أم عاجلا، طالما أنه يمنع من الدخول في مضاربة مع الغير، أو أن يوكل غيره بالعمل دون إذن شريكه، ولا يخلط ماله الخاص بخلاف حصته"[2]".

رابعا-الشروط المتعلقة بفسخ عقد المشاركة:

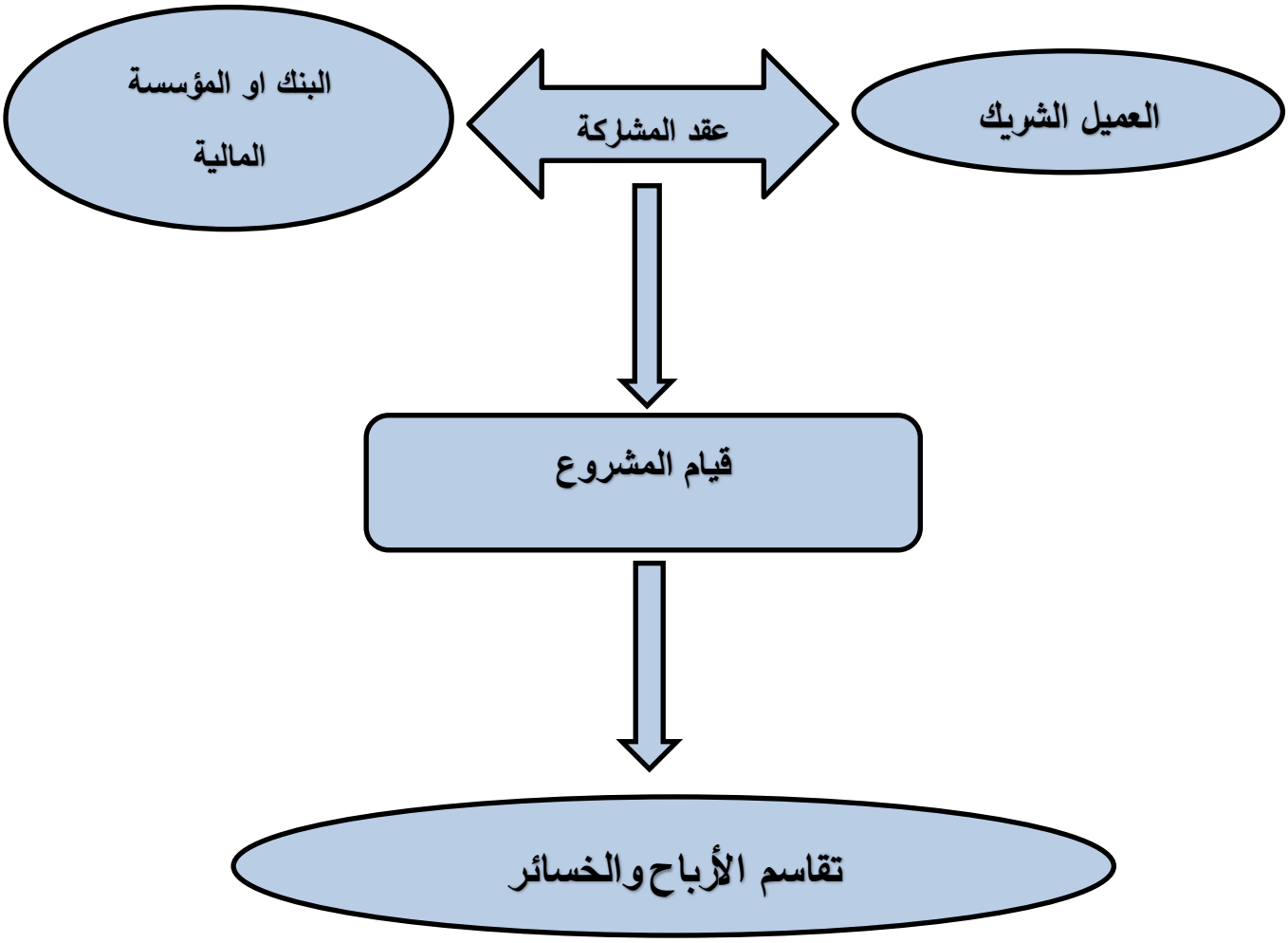
تتم المشاركة بمقتضى عقد بين شخصين أو أكثر، وكغيره من العقود، فهو لا ينشئ إلتزامات مؤبدة وبصورة دائمة بين طرفيه، مراعاة لمبدأ بطلان الإلتزامات الأبدية، ولهذا، يمكن فسخ هذ العقد من قبل أي من طرفيه، غير أن إلتزام الحق في الفسخ ينبغي أن يراعى ضوابط معينة كإعلام الطرف الآخر، وعدم مباشرته بنية الإضرار بمصالحه المشروعة، فمتى توفرت هذه الشروط التي يتم تحديدها في العقد، يتم فسخ عقد المشاركة، فضلا عن إجراءات الحل وتوزيع الأصول"[3]".

1- المادة 16 من التعليمة رقم03-2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

2- الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص111.

3- المادة 15 فقرة02 من التعليمة رقم03-2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

مخطط توضيحي لآلية عمل عقد المشاركة



المبحث الثاني-

آليات التمويل الواردة على حق الانتفاع: الاجارة.

يعرف التمويل الاسلامي عدة صيغ وآليات تختلف حسب طبيعة التمويل المراد من ورائها، منها ما يهدف إلى تمكين العميل من أموال نقدية، ومنها ما يهدف إلى تمكينه من الانتفاع بأصول معينة سواء منقولات أو عقارات، وذلك من خلال صيغة التمويل المعتمدة على عقد الايجار المسماة في الفقه الاسلامي الإجارة، حيث أن البنوك الإسلامية تستخدم هذه الاخيرة كأسلوب للتمويل الذي تقدمه لزبائنها من خلال اقتناء ممتلكات ووضعها تحت تصرفهم لاستيفاء منافعها بمقابل، فيكون محل العملية المنفعة لا الملكية.

وللإحاطة بصيغة الاجارة كآلية للتمويل في نشاط الصيرفة الإسلامية، يتم بيان مفهومها **(مطلب أول)**، ثم التطرق إلى شروط التمويلية المتفرعة عنها **(مطلب ثان)**.

المطلب الاول- مفهوم التمويل عن طريق عقد الإجارة.

تعتبر الاجارة من أساليب التمويل الاسلامي المعتمدة من طرف البنوك الإسلامية والقائمة على تمكين الزبائن من الانتفاع من ممتلكات هذا الأخير وليس من الممتلكات نفسها، وهي آلية قريبة من الإعتماد الايجاري**"1"**.

يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري من العقود التجارية الحديثة النشأة في الساحة الاقتصادية، فرضها الواقع التجاري من أجل تمويل بعض المشاريع وتلبية الحاجة المالية لأصحابها، لم يتناوله المشرع الجزائري إلا في التسعينات بموجب أمر صادر في فيفري 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري**"2"** وبذلك كانت البنوك التقليدية السباقة الى تبني هاته

1-KORBI Fakhri, Op. Cit., p.59.

2 -أمر 96-09، مؤرخ في 10جانفي 1996، يتعلق بالإعتماد الإجاري، جريدة رسمية عدد 03، مؤرخ في 14 جانفي 1996

الصيغة الإسلامية بتسميات والمصطلحات مغايرة لما تم تبنيه من قبل المنظم البنكي من خلال ما ورد في النظام 20-02.

وللتعرف على هذه الآلية لابد من التعريف بها **(فرع أول)**، وبيان مزايا التمويل بهذه الصيغة **(فرع ثان)** بالإضافة الى أنواع التمويل بصيغ الاجارة **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول-التعريف بالتمويل عن طريق عقد الإجارة:

يعتبر عقد الاجارة من العقود المفعلة في البنوك والمؤسسات المالية التي تنتهج صيغ التمويل الإسلامية، فهو يمكن البنك أو المؤسسة المالية والعملاء من الحصول على مزايا تتناسب مع أهداف كل منهم، فتتمحور الدراسة بالإشارة إلى التعريف اللغوي لعقد الاجارة **(فقرة أولى)**، ثم التعريف الإصطلاحي له **(فقرة ثانية)**، وأخيرا إلى تكرس الالية **(فقرة ثالثة)**.

الفقرة الاولى- التعريف اللغوي لعقد الاجارة:

الإجارة في اللغة اسم للأجرة، وترد في لغة العرب مثلثة الهمزة؛ الإجارة والأجارة والأُجارة، ولغة الكسر أفصح من لغتي الضم والفتح، والهمزة والجيم والراء أصلان يمكن الجمع بينهما بالمعنى، فالأول: الكراء على العمل، والثاني: جبر العظم الكسير، فأما الكراء فالأجر والأجرة والمفعول مأجور والأجير: المستأجر**'[1]**.

الفقرة الثانية-التعريف الإصطلاحي لعقد الاجارة.

اختلفت تعريفات الفقه الاسلامي للإجارة لفظا واتفقت معنى، ومن أهم التعريفات المقدمة نجد:

عرفها فقهاء المذهب الحنفي بأنها: "**عقد على المنافع بعوض**"، والمالكية عرفوها بأنها:" **عقد وارد على المنافع لأجل**"، اما الشافعية فعرفوها بانها: " **عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والاباحة بعوض معلوم وضعا**"، وقال فقهاء الحنابلة عقد على منفعة مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل بعوض معلوم**'[2]**.

1- مجد الدين الفيروز الابادي، المرجع السابق ص1503.

2- لكحل نصيرة، النظام القانوني للبنوك الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017-2018، ص.ص 66-67.

بمعنى أدق هو عقد يقوم بموجبه المؤجر بتمويل شراء الأصول والمعدات والأجهزة التي يحتاج المستأجرون إليها، سواء كانوا أفرادا أو مؤسسات عامة أو خاصة، ثم يؤجرونها لهم على مدة زمنية تغطي الدفعات الإيجارية خلال فترة التعاقد"[1].

عرف المنظم البنكي من جهته الاجارة بعقد إيجار يضع من خلاله البنك أو المؤسسة المالية المسمى "المؤجر" تحت تصرف الزبون أي العميل المسمى "المستأجر" وعلى أساس الايجار سلعة منقولة أو غير منقولة يملكها البنك أو المؤسسة المالية لفترة محددة مقابل تسديد ايجار يتم تحديده في العقد "[2]، وهو نفس التعريف الذي أوردته التعليمة رقم 2020-03 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، بموجب المادة 24 منها.

الفقرة الثالثة-تكريس التمويل عن طريق عقد الإجارة:

الإجارة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع؛ وكرست أيضا بموجب النصوص القانونية وفقا لما يلي:

أولا- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الاجارة في القران الكريم:

قول الله سبحانه وتعالى:" **فَانطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا أَتَيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطْعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَن يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ ۖ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا** "[3]، وهذا دليل على صحة جواز الاجارة وهي سنة الانبياء والاولياء، وقوله تعالى: "**قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ ۖ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ**"[4]، وفيها دليل على أن الإجارة كانت عندهم مشروعة معلومة وكذلك كانت في مكة.

ثانيا- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الاجارة في السنة النبوية:

أما من السنة النبوية، فالأحاديث الدالة على مشروعيتها كثيرة منها، قول النبي صلى

1- محمود عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص61.

2 -المادة 08، النظام البنكي رقم 20-02، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية.

3- سورة الكهف، الآية 77.

4- سورة القصص، الآية 26.

الله عليه وسلم" **فيما روى عن ربه قال: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة؛ رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطي أجره**"،

وقوله صلى الله عليه وسلم: "**أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه**"[1].

وتجدر الإشارة أن المقصود ليس عقد الاجارة كما يراه الفقهاء القدامى، إنما المقصود هو الكلام عن الاجارة الحديثة، والتي تؤدي دورا تمويليا هاما، كما أنها آخذة في التوسع والانتشار، سواء في المصارف الإسلامية الحديثة أو على المستوى الفردي، فنرى في الأدلة الشرعية انها تتكلم وتشير الى الاجارة بمفهوم مقابل الوفاء والعمل لا كوسيلة تمويلية لمشروع معين.

ثالثا-تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الاجارة في القانون:

كان امر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإجاري[2]، سباقا في تكريس فكرة التمويل عن طريق الاجارة تحت تسميات مختلفة ليحدو حذوه المشرع البنكي ويكرس التمويل عن طريق عقد الاجارة في القانون بموجب نص المادة 08 من النظام رقم 2020-02 [3] والتي اشارت الى تعريف الالية، بالإضافة الى التفصيل الذي جاءت به هذه التعليمة رقم 2020-03 باعتبارها تتمم النظام البنكي2020-02 سابق الذكر وذلك من خلال المواد من 24-34 [4].

الفرع الثاني- مزايا التمويل عن طريق عقد الاجارة:

يتسم عقد الإجارة بمكانة كبيرة، ويحتل مكانة عالية بين عقود التمويل المعاصرة وذلك لوفرة النصوص الشرعية الواردة في كثير من جوانبه ودقائقه، ولما حظي به هذا العقد من اهتمام كبير من فقهاء الامة، ولما ينطوي عليه من مرونة كبيرة[5]، مع الإشارة إلى أن أهمية الاجارة كعقد تمويلي معاصر، قد تجلت في كثير من المزايا المالية والاقتصادية التي يختص

1- أحمد عبد الكريم محمد، مرجع سابق، ص62.

2- امر 96-09، مؤرخ في 10جانفي 1996، يتعلق بالاعتماد الإجاري.

3- المادة 08، من النظام رقم 20-02، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة.

4 -المواد من 24-34، من التعليمة 2020-03، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

5- حامد حسن، مرجع سابق، ص233.

بها المستأجر من جهة **(فقرة أولى)**، والمؤجر من جهة أخرى **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الاولى–مزايا التمويل بالتأجير على المستأجر:

يحظى المستأجر في عقد التمويل بالتأجير بالعديد من المزايا المالية والاقتصادية يمكن تلخيصها فيما يلي**"1"**:

أولا–يمكن التمويل بالإجارة المستأجر من سداد إيجار الأصول من عوائده الإنتاجية، وبذلك يخفض الأعباء المالية عليه.

ثانيا–تمكن الإجارة المتمول من تملك منافع الأصول التي يتطلبها نشاطه الإنتاجي أو الصناعي دون أن يضطر إلى تجميد جزء كبير من سيولته النقدية إذا ما قام بشرائها، مما يوفر للمشروعات معدلات أكبر من السيولة، ويمكنها من التوسع الإنتاجي أو التشغيلي دون إضافة أعباء جديدة على عاتق المشروع.

ثالثا–تمويل شراء المعدات والأجهزة من خلال عقد التأجير يسهل من عمليات التجديد والتحديث بشكل مستمر ومواكبة التطور التقني، مما يمكن المنشأة المتمولة من زيادة القدرات التنافسية لمنتجاتها.

رابعا–تحقيق الإجارة بعض المزايا الضريبية لعقد التأجير في قوانين بعض الدول، كخصم قيمة إيجار الآلات من الوعاء الضريبي للمشروع باعتبارها تكاليف لازمة للحصول على الدخل الخاضع للضريبة.

الفقرة الثانية–مزايا التمويل بالتأجير على المؤجر:

من أهم المزايا المالية والاقتصادية للتمويل عن طريق عقد الإجارة من جهة المؤجر مايلي**"2"**:

أولا– يوفر التمويل بالتأجير مجالات واسعة للاستثمار بعوائد جيدة، وبضمانات ملائمة على رأسها ملكية الأصول المؤجرة ذاتها، والقدرة على إسترداد العين في حالة عجز المستأجر.

1– حامد حسن، مرجع سابق، ص234.

2– الوادي محمود حسين وحسين محمد سمحان، مرجع سابق، ص295.

ثانيا– يتيح التمويل بالتأجير للمؤجر تخفيض العبء الضريبي، وذلك من زوايا وأوجه عدة، منها إعفاء المؤجر من جزء من الضريبة المستحقة عليه في نطاق نسبة معينة من قيمة الآلات المشتراة خلال السنة الاولى من تشغيلها.

ثالثا–التمويل من خلال التأجير وسيلة من وسائل زيادة مبيعات المعدات والآلات المؤجرة، حيث أن بعض المستأجرين يرغب في اقتناء هذه المعدات والأجهزة بعد تجربتها واستخدامها.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد عمل على تشجيع التمويل عن طريق عقد الاجارة في أسلوبها الذي يعرف بالإجارة المنتهية بالتمليك، وذلك من خلال تحفيزات جبائية جاءت بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2021، أين استثنى من الاساس الخاضع للضريبة على الدخل الاجمالي فوائض القيمة المحققة بمناسبة التنازل على عقار في إطار عقد التمويل بصيغة الاجارة المنتهية بالتمليك"[1]".

كما أنه استثنى من الارباح الخاضعة للضريبة على أرباح الشركات، فوائض القيمة المحققة من طرف البنوك والمؤسسات المالية عند التنازل عن عنصر من الاصول في إطار عقد التمويل القائم على هذه الصيغة"[2]"

الفرع الثالث–أساليب التمويل عن طريق عقد الإجارة:

تستخدم المصارف الإسلامية عقود التأجير لاستثمار الأموال المتاحة لتحقيق مزايا عدة، خاصة تخفيض مخاطر الائتمان وتحقيق عوائد وتدفقات نقدية في الآجال المتوسطة وطويلة الاجل، وذلك باستخدام اساليب متنوعة تتمثل في التأجير الخدمي التشغيلي (فقرة **أولى)**، والتأجير التمويلي **(فقرة ثانية)** الذي نصت عليهما التعليمة رقم03–2020، بالإضافة إلى صكوك الإجارة **(فقرة ثالثة)**.

1– المادة 03 من الامر رقم 21–07، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021.

2– المادة 06 من الأمر رقم 21–07، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021.

الفقرة الأولى-التأجير الخدمي التشغيلي:

يقوم المصرف الإسلامي بموجب هذا الاسلوب باقتناء موجودات وأصول مختلفة تلبي حاجات جمهور المتعاملين معه، وتتمتع بقابلية جيدة للتسويق سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

أولا- تعريف التأجير التشغيلي:

تتمثّل في إيجار عادي لا يؤدي إلى امتلاك السلع المستأجرة من قبل المستأجر[1]، وتسمى أيضا بالإجارة غير المنتهية بالتمليك هو التأجير الذي يقوم على تمليك المستأجر منفعة أصل معين لمدة معينة على أن يتم إعادة الأصل لمالكه المتمثل في البنك الاسلامي في نهاية مدة الايجار، ليتمكن المالك من إعادة تأجير الأصل لطرف آخر أو تجديد العقد مع نفس المستأجر إذا رغب الطرفين بذلك[2].

وعادة تكون مدة هذا النوع من التأجير قصيرة الأجل نسبيا ويتميز التأجير التشغيلي بتحميل المصروفات الرأسمالية على الأصل للمؤجر، أما المصروفات التشغيلية كالكهرباء والماء فيتحملها المستأجر، كما ان هذا التأجير يتم لأصول امتلكها البنك لأسباب خاصة به قد يكون أحدها الطلب على استئجار هذا الأصل في السوق بشكل عام[3].

وفي هذه الحالة تقع السلعة موضوع عقد الإجارة تحت مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية، خلال الفترة التعاقدية، طالما لم يكن هناك أي تدهور أو إهمال أو نقص في الصيانة من طرف الزبون، و تقع مسؤولية الصيانة التشغيلية أو (الدورية) العادية على عاتق الزبون، طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها، كما يتحمّل البنك أو المؤسسة المالية تكاليف التأمين، والذي يمكن أن يأخذها في عين الاعتبار عند تحديد مبلغ الإيجار[4].

---

1 -المادة 02/32، التعليمة رقم 03-2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

2- الوادي محمود حسين وحسين محمد سمحان، مرجع سابق، ص259.

3- مرجع نفسه، ص260.

4-المواد 28، 29 من التعليمة رقم 03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

ثانيا- خطوات الإجارة التشغيلية:

تمر الإجارة التشغيلية بمجموعة من الخطوات تتمثل في[1]:

أ- قيام البنك بشراء الأصل أو الأصول بهدف تأجيرها وذلك حسب دراسة البنك للسوق.

ب- يعرض البنك الاصول التي اشتراها للتأجير.

ج- يتفاوض البنك مع المستأجرين المحتملين حتى يتوصل إلى اتفاق مع أحد هؤلاء.

د- توقيع عقد الايجار مع المستأجر ضمن أحكام الشريعة الإسلامية وبالشروط التي اتفق عليها البنك مع المستأجر.

هـ-يستلم البنك الأصل في نهاية مدة التأجير ثم يعاود البحث عن مستأجر جديد.

الفقرة الثانية-التأجير التمويلي:

تعد الإجارة التمويلية او المنتهية بالتمليك من الأساليب الجديدة التي تعتمدها المصارف الإسلامية، فهذا الاخير لا يقتني الموجودات والأصول انطلاقا من دراسة السوق والتأكد من وجود رغبات اقتناءها، بل انه يشتريها استجابة لطلب مؤكد من أحد زبائنه لتملك تلك الأصول وقد أشارت إلى إمكانية ذلك المادة 33 من التعليمة رقم 03-2020[2]، كما أن الأصول تنتقل إلى ملكية المستأجر ولا تبقى في ملكية المصرف بعد نهاية عقد الايجار[3].

أولا- تعريف التأجير التمويلي:

تسمى أيضا الإجارة المنتهية بالتمليك، عرفتها التعليمة رقم03-2020 بموجب المادة32 فقرة02 بأنها:" **... عندما يمنح البنك أو المؤسسة المالية الزبون إمكانية امتلاك السلع المستأجرة، عند انقضاء المدة المتفق علىها مسبقًا في العقد**".

1- لكحل نصيرة، مرجع سابق، ص70.

2- تنص المادة 33 من التعليمة رقم03-2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية والمحددة الاجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طريف البنوك والمؤسسات المالية على:" **يُمكن للبنك أو المؤسسة المالية، بناءً على طلب من زبونه، شراء سلعة منقولة أو غير منقولة بهدف تاجيرها له في إطار عقد الاجارة"**

3- الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص196.

ويعرفها الفقه بأنها اتفاق المصرف وعميله على أن يشتري الاول أصلا يؤجره للثاني لمدة طويلة أو متوسطة، ويحتفظ المصرف بملكية الأصل وللعميل الحق الكامل في استخدام الأصل في مقابل دفع أقساط إيجارية محددة، وفي نهاية المدة المتفق عليها تعود ملكية الأصل للمستأجر بعد سداد ثمن الشيء المؤجر إضافة إلى الاجرة، وغالبا ما يتم سداد هذا الثمن على أقساط فيكون مقدار الأجرة متناقصا مع تزايد الحصة من الأصل الثابت التي يملكها المستأجر"[1].

ثانيا- خطوات التأجير التمويلي:

تمر عملية التمويل بالتأجير المنتهي بالتمليك بخطوات متتابعة تتمثل في"[2]:

أ- يتقدم العميل بطلب استئجار أصل معين بعد ان يشتريه ويدفع ثمنه ويحدد المتعامل في هذا الطلب الأصل الذي يريد أن يستأجره ومدة التأجير.

ب- يقوم البنك بدراسة الطلب على ضوء معايير التمويل والإستثمار المعمول بها.

ج- إذا وافق البنك الاسلامي على شراء الأصل وتأجيره للمتعامل حسب رغبته يقوم بإبلاغه بتفاصيل الموافقة والشروط التي سيتم التأجير بناء عليها.

د- توقيع عقد الايجار بين البنك والعميل بالشروط المتفق عليها.

هـ- توقيع وعد من البنك بتمليك المتعامل الأصل المستأجر في نهاية مدة الإيجار.

ي- تملك العميل للأصل بعد دفع الثمن المتبقي وخصم قيمة الإهتلاك والتي يتم حسابها على أساس مرحلة تساوي مدة عقد الاجارة"[3]

1- أحمد عبد الكريم محمود، مرجع سابق، ص65.

2- حامد حسن، مرجع سابق، 235.

3- المادة 04 من الامر21-07، 2021 مؤرخ في 08 جوان 2021، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021، جريدة رسمية عدد44، صادر في 08 جوان 2021.

الفقرة الثالثة–التأجير من خلال صكوك الإجارة:

إن من أبرز مستجدات عقود التمويل بالإجارة؛ صكوك أو سندات الاجارة بمختلف انواعها باعتبارها تصلح كأداة للحصول على السيولة، انطلاقا من ان المستأجر الذي يبدل المال للمؤجر المالك يمكنه إذا احتاج إلى المال أن يعيد تأجير ما استأجره سواء بمثل الأجرة الاولى او أقل او أكثر، فإذا اصدرت سندات عن منافع أعيان مستأجرة فإن حامليها يمكنهم نقل ملكيتها للغير عند الحاجة إلى السيولة"[1].

أولا– تعريف سندات الإجارة:

تعرف صكوك الإجارة بأنها صكوك ذات قيمة متساوية، تمثل مليكة الأعيان المؤجرة او منافع او خدمات، وهي قائمة على أساس عقد الإجارة كما عرفته الشريعة الإسلامية، كما تعرف أيضا بأنها اوراق مالية محددة المدة تمثل حصصا شائعة في ملكية أعيان مؤجرة او منافع او خدمات أو حقوق معنوية تخول مالكها منافع وتحمله مسؤوليات بمقدار ملكيته"[2].

ثانيا– تطبيق سندات الاجارة في تمويل المصارف الإسلامية:

يستطيع المصرف الاسلامي اصدار سندات إجارة، من أجل تعبئة الموارد المالية التي يحتاج غليها فيستطيع المصرف مثلا إصدار سندات أعيان مؤجرة مقابل التمويل بالتأجير وذلك من أجل استرداد ما قدمه من تمويل ليستعمل في مشروعات تمويلية أخرى وقد طبقت سندات الأعيان المؤجرة في المصارف الإسلامية، كما ان هناك بعض العوامل تزيد من قدرة المصارف الإسلامية على تحقيق الربح في حالة تمويل موجودات معمرة مؤجرة للغير بسندات ذات قيم متساوية"[3].

1– أحمد عبد الكريم محمود، مرجع سابق، ص67.

2– حامد حسن، مرجع سابق، ص236.

3– أحمد عبد الكريم محمود، مرجع سابق، ص73.

المطلب الثاني–ضوابط التمويل عن طريق عقود الإجارة.

يخضع التمويل البنكي الاسلامي عن طريق عقد الاجارة كغيره من عقود التمويل الأخرى إلى توافر مجموعة من الشروط والضوابط التي تهدف إلى ضمان التطبيق الامثل لهذه الصيغة دون الخروج عن الضوابط الشرعية فبالإضافة إلى الشروط العامة المطلوبة في عقد الإجارة من ايجاب وقبول وغيرها والتي لا تختلف عن القواعد العامة، هناك شروط خاصة بعقد الإجارة كآلية للتمويل البنكي الاسلامي **(فرع اول)**، وانصراف هذا العقد الى اثار تفرغ في شكل إلتزامات على عاتق طرفيه **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول–شروط التمويل عن طريق عقود الإجارة.

يشترط لصحة عقد الإجارة كآلية للتمويل البنكي الاسلامي مجموعة من الشروط والمتمثلة أساسا في:

الفقرة الأولى–متعلقة بعقد الإجارة:

الشروط الخاصة بعقد بعقد الإجارة تتمحور فيما يلي[1]:

أولا– يقتضي عقد الإجارة تمليك المؤجر الأجرة وتمليك المستأجر المنفعة.

ثانيا– الإجارة عقد لازم لا يملك أحد الطرفين الانفراد بفسخه أو تعديله دون موافقة الطرف الآخر، وذلك للأسباب المقررة قانونا.

ثالثا– ضرورة تحديد مدة العقد، لأن الاجارة تمليك مؤقت للأصل، وعدم تحديدها يورث الجهالة ومن ثم المنازعة.

رابعا– تحديد بداية سريان العقد، ويكون ابتداؤها من تاريخ وضع السلعة تحت تصرف المستأجر، حسب المادة 26 الفقرة 02 من التعليمة رقم 03–2020"...**يسري مفعول الإيجار ابتداءً من تاريخ وضع المؤجر السلعة تحت تصرّف المستأجر**".[2]

الفقرة الثانية –شروط متعلقة بمحل عقد الإجارة.

يشترط في المنفعة والثمن باعتبارهما محلا لعقد الإجارة بعض الشروط يمكن تلخيصها

1– لكحل نصيرة، مرجع سابق، ص68.

2– المادة 26 فقرة02 من التعليمة رقم03–2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

فيما يلي[1]:

أولا–أن يكون المؤجر مالكا للمنفعة.

ثانيا–أن تكون المنفعة معلومة علما نافيا للجهالة.

ثالثا–أن يكون الثمن معلوما جنسا ونوعا ووصفا، وهو ما نصت عليه المادة 26 من التعليمة رقم 03–2020[2].

رابعا–أن تكون مدة التأجير معلومة ومتناسبة مع عمر الأصل، طبقا للمادة 27 من التعليمة رقم 03–2020[3].

خامسا–أن يكون الأصل محل التأجير من الأصول التي ينتفع بها، مع بقاء عينها، وهو ما نصت عليه المادة 25 من التعليمة رقم03–2020:" **يُشترط أن يخصّ عقد الإجارة السلع التي لا تُتلف بسبب انتفاع المُستأجِر بها**".

الفرع الثاني–أثار التمويل عن طريق عقد الاجارة:

يترتب على قيام التمويل بعقد الاجارة جملة من الإلتزامات على عاتق كل من العميل المستأجر والبنك او المؤسسة المالية الممثلة في شباك الصيرفة الإسلامية جملة المؤجر وقياسا على عقد الاعتماد الإيجاري[4] هي كما يلي:

الفقرة الأولى–إلتزامات المؤجر[5]:

كما يقع على المؤجر جملة من الإلتزامات يكون واجب التقيد بها من بينها:

1–لكحل نصيرة، مرجع سابق، ص68.

2–تنص المادة 26 من التعليمة رقم03–2020 على:" **يجب أن ينص عقد الإجارة صراحةً على مبلغ الإيجار، يمكن أن يكون مبلغ الإيجار ثابتًا أومتغيرًا، وذلك وفقًا للشروط المتفق عليها بين الطرفين عندما يكون مبلغ الإيجار متغيرًا، يجب أن ينص عقد الإجارة صراحةً على كيفيات تحديده**".

3–تنص المادة 27 من التعليمة رقم 03–2020 على: "**يجب تحديد مدة الإجارة في العقد، يسري مفعولها ابتداء من تاريخ وضع البنك أو المؤسسة المالية السلعة تحت التصرّف الفعلي للزبون**".

4–أمر 96–09، مؤرخ في 10جانفي 1996، يتعلق بالاعتماد الإيجاري.

5–قدري عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة التأجير التمويلي، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة الثانية، مصر، 2003، ص148.

أولا-الإلتزام بالتسليم:

إذ يلتزم المؤجر بتسليم المال المؤجر سواء كان منقولا أو عقارا وملحقاته للمستأجر في حالة صالحة ألن يؤدي الغرض المتفق عليه في العقد وقد ترك المشرع لطرفي العقد حرية الاتفاق على كيفية التسليم من حيث الزمان والمكان وفي حالة عدم الاتفاق فإنه يسري على هذا الإلتزام ما يسري على الإلتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام.

ثانيا-الإلتزام بالصيانة:

تضع القواعد العامة على عاتق المؤجر مسؤولية المحافظة على العين المؤجرة وصيانتها لتبقى على الحالة التي كانت عليها عند إبرام عقد الإيجار، وأن يقوم بجميع الترميمات الضرورية لذلك وفي حالة تأخر المؤجر في القيام بذلك بعد إنذاره من طرف المستأجر جاز لهذا الأخير القيام بأعمال الصيانة اللازمة على حساب المؤجر.

ثالثا-الإلتزام بالضمان:

كما يلزم المؤجر بتسليم الأصل المؤجر فهو ملزم بضمان انتفاع المستأجر بهذا الأصل وتأديته للغرض المحدد في العقد .وعليه فإن المؤجر يضمن للمستأجر عدم تعرضه الشخصي وعدم تعرض الغير كما يضمن له خلو الأصل المؤجر من العيوب التي تنقص من انتفاع المستأجر به .

الفقرة الثانية-إلتزامات المستأجر"[1]:

يلتزم المستأجر بمجموعة من الإلتزامات أهمها :

أولا-الإلتزام بدفع الأجرة:

الإلتزام بدفع الإيجارات حسب السعر والمكان والتواريخ المتفق عليها ويعتبر هذا الإلتزام أساسي مقابل انتفاعه بالأموال المؤجرة وفي حالة عدم التسديد الأجرة المتفق عليها فسخ العقد وقد ترك المشرع لطرفي العقد حرية الاتفاق على الأجرة من حيث مقدارها ومواعيد وأماكن سدادها والتاريخ الذي يبدأ فيه هذا الإلتزام."[2]

1 – قدري عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص152.

2 – مرجع نفسه، ص153.

ثانيا-الإلتزام بإلتزام وصيانة وإصلاح الأصول المؤجرة"[1]":

وهذا من خلال:

أ- إلتزام الأصول المؤجرة:

كما اتفق عليه في العقد سواء من حيث عدد ساعات التشغيل والمكان الذي توضع فيه الأموال المؤجرة ومستوى العمالة ومواعيد الصيانة وغير ذلك من الشروط أما إذا لم يتفق الطرفين على طريقة الإلتزام يلتزم المستأجر بإلتزام الأموال المؤجرة بما يتفق مع الأغراض التي أعدت لها .

وإذا اقتضى إلتزام المال المؤجر استصدار تراخيص من جهات إدارية معينة كان على المستأجر طلب الحصول عليها شرط إرفاق عقد التأجير.

ب- الإلتزام بالصيانة:

فيلتزم إلى جانب المحافظة على المال المؤجر سواء عقار أو منقول وعدم إحداث أي تغيير عليه دون إذن المؤجر وأن يقوم بجميع أعمال الصيانة والترميمات اللازمة كما يلتزم بالتأمين ضد كل المخاطر التي تؤدي إلى الهلاك.

ثالثا-الإلتزام بمتابعة تعليمات المؤجر"[2]":

إذ يجوز إدراج شرط في العقد يسمح للمؤجر أن يعاين ويتابع إلتزام وصيانة وإصلاح الأموال المؤجرة ويكون ذلك على فترات دورية تحدد في العقد فإذا ثبت للمؤجر مخالفة المستأجر للتعليمات والأصول الفنية في إلتزام الأصل المؤجر وصيانة إنذاره بضرورة إتباعها إلا كان له الحق في طلب فسخ العقد.

رابعا-الإلتزام بإشعار المؤجر بكل ما يستدعي تدخله:

فيلتزم بإحضار المؤجر بصفته صاحب ملكية بكل ما من شأنه الإنقاص من منفعة الأصل المؤجر والإنقاص من قيمته التجارية بالإضافة الى الإلتزام بإقرار حق الخيار بالشراء

---

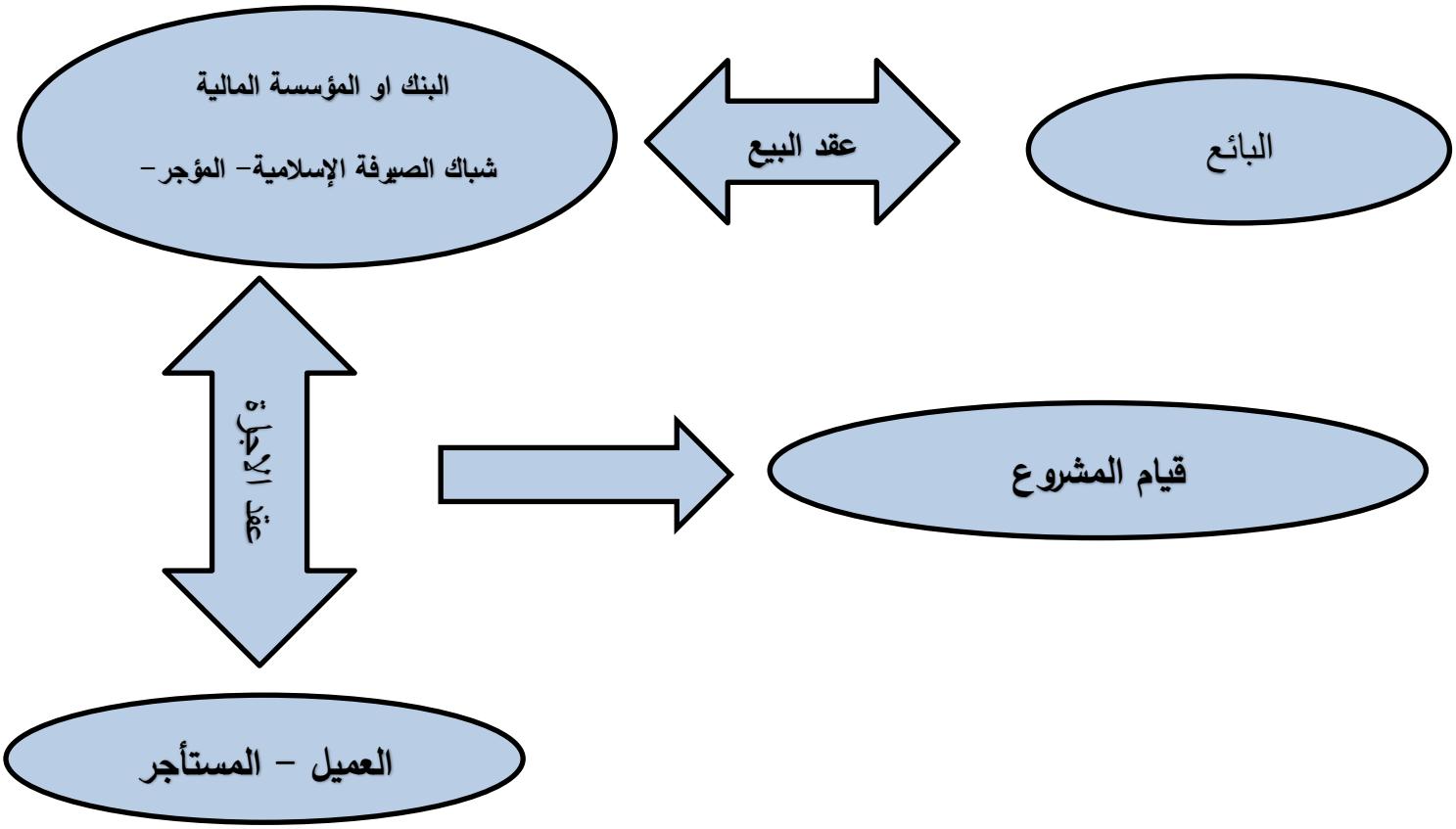
1 -هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 22.

2-المرجع نفسه.

في التاريخ المتفق عليه وإلا سقط حقه في الخيار إذ مارس المؤجر حقه في استرجاع الأصل المؤجر في التاريخ المتفق عليه"[1].

[1] – هاني دويدار، المرجع السابق، ص24.

مخطط يوضح آلية عمل عقد الاجارة



من خلال دراسة الفصل الاول تحت عنوان اليات التمويل البنكي الاسلامي الواردة على راس مال المشروع، وكخلاصة لما سبق يكمن القول ان اليات التمويل البنكي، الاسلامي الواردة على راس مال المشروع تتمثل في صيغ التمويل التي جاء بها النظام 20-02 والتي بموجبها يقوم البنك او المؤسسة المالية بالمساهمة برأسمال معين في بناء مشروع في إطار الشراكة بينها وبين العميل طالب التمويل .

تتم الشراكة ما بين البنك أو المؤسسة المالية وطالب التمويل في صورة مساهمة نقدية يقدم فيها الطرف الأول مبلغا ماليا للطرف الثاني الذي يلتزم بتقديم جهده وذلك بموجب عقد مضاربة، أو في إطار مساهمة نقدية من الطرفين ليشتركا في الربح والخسارة حسب الاتفاق وذلك بموجب عقد مشاركة، كما قد يتم التمويل المطلوب من خلال نقل منفعة أصول عينية من البنك أو المؤسسة المالية لينتفع بها العميل في مشروعه بموجب عقد إجارة.

في مقابل آليات التمويل البنكي الإسلامي الواردة على رأس مال المشروع، السابق عرضها، توجد صيغ أخرى للتمويل تستند إلى فكرة البيع كآلية محورية لها.

الفصل الثاني:

آليات التمويل البنكي الاسلامي القائمة على صيغة البيع.

الفصل الثاني:

آليات التمويل البنكي الاسلامي القائمة على صيغة البيع:

بعد أن تمت الإشارة فيما سبق الى اليات التمويل التي يقوم أساسها براس مال المشروع الذي يعتبر الوسيلة الأساسية لقيامه، لنصل الى النوع الثاني من الاليات التمويلية التي تعتمد عليها البنوك والمؤسسات المالية الناشطة أيضا في مجال الصيرفة الإسلامية والتي يعتبر التمويل فيها الهدف وليس الوسيلة في قيام المشروع وهي الصيغ القائمة والمرتكزة على البيع في مجملها.

والملاحظ على هاته الصيغ ان البنك أو المؤسسة المالية قد تجاوز الصلاحيات المخولة له بموجب النصوص القانونية المنشأة له، اذ أن البنك أصبح يلعب دور التاجر المضارب في راس المال والباحث عن الربح بالإضافة الى صفة المصنع والمقاول التي يكتسبها البنك أو المؤسسة المالية بعد تبني هاته الصيغ التمويلية الإسلامية.

فالإضافة لآليات التمويل البنكي الاسلامي التي توفر للزبون تمويلا نقديا أو عينيا في إطار المشاركة في رأس المال، وعليه هناك بعض الآليات الاخرى التي تمكن الزبون من اقتناء السلع، سواء كان قائما على بيع آجل لها **(المبحث الأول)**، أو قائما على بيع آني **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول-

آليات التمويل القائمة على البيع الآجل للسلع: السلم والاستصناع:

تعتمد البنوك والمؤسسات المالية الناشطة في مجال الصيرفة الإسلامية العديد من الصيغ في تمويل المشاريع التجارية والاقتصادية، من بينها تلك التي تنصب أساسا على تمويل العملاء بالسلع التي تشكل محورا او محلا لنشاطهم التجاري او المهني، فتقوم البنوك باقتنائها وبيعها لهم بموجب عقود بيع، ما يؤجل دفع عن طريق عقود بيع آجلة يتراخى فيها تسليم السلعة للزبون، ويتعلق الأمر أساسا بآليتين أساسيتين تتمثل في التمويل عن طريق عقد السلم **(المطلب الاول)**، والتمويل عن طريق عقد الاستصناع **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول- التمويل عن طريق عقد السلم:

عقد السلم من العقود العريقة المعروفة حتى قبل الاسلام نظرا لما يحققه من تيسير للناس في معاملاتهم، أقرته الشريعة الاسلامية فاستمر العمل به وأصبح في العصر الراهن من أهم العقود في نشاطات المصارف الاسلامية من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة.

يعتبر البنك او المؤسسة المالية الممثلة بشباك الصيرفة الإسلامية بنكا شامل، ولا يتحدد مجال تدخله بعمل محدد، ويمكن بالتالي الإفادة من عقد السلم في نشاط الصيرفة الاسلامية، بل إنه من العقود الرئيسية في معاملات البنوك، لكنه يصلح أكثر للمصرف الزراعي الذي لا مشكلة له في بيع المحاصيل للاستهلاك في المناطق التي لا تنتجها، وهو كذلك يؤدي خدمات جليلة تقوم مقام الوساطة التي اعتاد التجار استخدامها، فالتاجر يقوم بإقراض المزارع إلى وقت المحصول ويقبض دينه محاصيل بسعر يومها، إلا أن هذا لا يعني أنه لا يمكن استخدامه في المجال التجاري أو الصناعي[1].

1- محمود عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص113.

بعد التعريف بعقد السلم كآلية للتمويل الاسلامي **(فرع أول)**، **يتم** بيان شروط التمويل عن طريق هذا العقد **(فرع ثان)**.

الفرع الأول- التعريف بالتمويل عن طريق عقد السلم:

السلم هو بيع آجل تتم فيه عملية البيع ويكون الدفع فيه عاجلا أو آجلا، بينما يؤجل التسليم للمستقبل[1]، فهو نوع من أنواع البيوع لأجل، والذي يعد أداة رئيسية من أدوات توظيف أموال البنوك الاسلامية، الذي يمكن من خلاله استثمار أموال البنك وتحقيق الأرباح[2]، وسيتناول هذا الفرع تعريفه **(فقرة أولى)**، ومختلف أشكاله **(فقرة ثانية)** ومزايا التمويل عن طريق عقد السلم **(فقرة ثالثة)**.

الفقرة الأولى- تعريف التمويل عن طريق عقد السلم:

يتم تعريف السلم من خلال تناول معنييه، اللغوي والاصطلاحي.

أولا- التعريف اللغوي لعقد السلم:

يعرف السَّلَمُ فِي معاجن اللغة العربية بأن السلم في الْبَيْعِ مِثْلُ السَّلَفِ وَزْنًا وَمَعْنًى وَأَسْلَمْتُ إِلَيْهِ[3].

فيراد بالسلم في اللغة معان عدة منها الإستسلام والسلف، حيث يقال أسلم في كذا وأسلف فيه بمعنى واحد[4]، كما يراد به أيضا التقديم والتسليم أي قدم وسلم، وسمي سلما لتسليم رأس المال وسلفا لتقديم رأس المال[5].

1- TAHIRI JOUTI Ahmed, Op. Cit., p. 54.

2- بوجلال محمد، التمويل المصرفي في النظام الاسلامي والنظام التقليدي: مدخل مقارن، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، العدد 05 جامعة المسيلة، 2011، ص 158.

3 - مجد الدين الفيروز الابادي، المرجع السابق، ص735

4 - حامد حسن، عقود التمويل المستجدة في المصارف الاسلامية، الطبعة الاولى، دار الميمان، الرياض،2011، ص465.

5- صالح حميد العلي، المؤسسات المالية الاسلامية، ط1، دار النوادر، بيروت، 2008، ص161.

ثانيا- التعريف الاصطلاحي لعقد السلم:

يعرف في الاصطلاح بأنه عبارة عن بيع آجل بعاجل يقوم على معاملة مالية يتم بموجبها تعجيل دفع الثمن وتقديمه نقدا للبائع، الذي يلتزم بتسليم بضاعة معينة مضبوطة بصفات محددة في أجل معلوم، وبالتالي فالمؤجل هو السلعة المباعة الموصوفة في الذمة والمعجل هو الثمن[1].

كما يعرف بأنه بيع موصوف في الذمة ببدل يعطي عاجلا، اذن هو عبارة عن شراء سلعة ما بثمن مدفوع في الحال، مع تأجيل تسليمها إلى وقت لاحق أو أجل لاحق، عكس البيع بثمن مؤجل؛ ففي الأول يتم تعجيل الثمن وتأجيل السلعة، أما الثاني تعجل السلعة ويؤجل الثمن[2].

وعرف السلم في الفقه الفرنسي بأنه:

« Le Salam est une vente à terme, c'est-à-dire une opération ou le paiement se fait au comptant alors que la livraison se fait dans le futur »[3]

وقد عرف المنظم البنكي السلم كما يلي:" **السلم هو عقد يقوم من خلاله البنك أو المؤسسة المالية الذي يقوم بدور المشتري بشراء سلعة، التي تسلم له آجلا من طرف زبونه مقابل الدفع الفوري والنقدي**"[4]، وهو نفس التعريف الذي أوردته المادة 36 من التعليمة رقم 03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الاسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

ثالثا- تكريس التمويل عن طريق عقد السلم:

إن عقد السلم هو شراء آجل موصوف، أو تأجيل المبيع بعاجل أي الثمن المقبوض

1- أبو بكر شريط، مرجع سابق، ص32.

2- ناصر سليمان، تطور صيغ التمويل قصير الأجل كبديل للتمويل التقليدي في ظل الأزمة المالية العالمية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: تحليل استراتيجي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة سكيكدة، 2012-2013، ص124.

3- TAHIRI JOUTI Ahmed, Op. Cit., p. 54.

4 - المادة 09 من النظام رقم 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

عند التعاقد، وهو من عقود المعاوضة وباعتباره من أدوات الإستثمار ذات الكفاءة العالية في أنشطة المصارف الإسلامية، كونه يستجيب لحاجات شرائح مختلفة من الزبائن، فقد أجازته الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة والاجماع[1].

أ- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد السلم في القرآن الكريم:

من القران الكريم فيستمد عقد السلم مشروعيته من قول الله سبحانه تعالى: " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ....**"[2]،

بالإضافة إلى قوله تعالى: " **الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ۗ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ۚ فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ ۖ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ** "[3].

ب- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد السلم في السنة النبوية:

ومن السنة فقد ثبتت مشروعية السلم في أحاديث كثيرة وأفردت كتب الحديث بابا خاصا به، منها ما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قدم المدينة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاث، فقال:" **من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**"[4]، وبذلك دل الحديث على إباحة السلم وعلى الشروط المعتبرة فيه.

أما الاجماع، فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز شرعا وذلك للأسباب التالية[5]:

- عقد السلم مما تدعو إليه الحاجة، وإباحته فيه رفع للحرج عن الناس.

1- الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص.ص 185-186.

2- سورة البقرة، الآية286.

3- سورة البقرة، الآية 275.

4- صحيح البخاري، كتاب السلم: باب السلم في وزن معلوم، رقم 2249، 2241.

5- حامد حسن، مرجع سابق، ص468.

– عقد السلم مهم للناس وخاصة المزارعين منهم، فقد لا يكون عنده المال الذي ينفقه على زرعه وإصلاح أرضه، أي سيفوت عليه فرصة الاستثمار، ومن أجل هذا أبيح السلم.

ج–تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد السلم في القانون:

كرس المنظم البنكي التمويل عن طريق عقد السلم في القانون بموجب نص المادة 09 من النظام رقم 2020–02 "[1]والتي اشارت الى تعريف الية وصيغة المضاربة بالإضافة الى التفصيل الذي جاءت به هذه التعليمة رقم 2020–03 باعتبارها تتمم النظام البنكي 2020–02 سابق الذكر وذلك من خلال المواد من 36–43 "[2].

الفقرة الثانية–أنواع التمويل عن طريق عقد السلم:

يمكن للسلم أن يتم شراء على مخاطرة، حيث يتم الشراء والإستلام والتخزين ثم البيع بسعر السوق، كما يمكن أن يكون متاجرة على أساس الشراء سلما بالجملة ثم البيع بطريق السلم الموازي في صفقات مجزأة بأسعار ترتفع تدريجيا.

أولا–بيع السلم البسيط:

لكي يتم عقد السلم صحيحا لا بد فيه من تقديم البنك المسلم إلى العميل المسلم إليه رأس مال السلم أي الثمن في مجلس العقد، فإن تم، فعليه الانتظار إلى الأجل المحدد لكي يتسلم المسلم فيه أي السلعة، وهي الصورة البسيطة لعقد السلم.

ثانيا–السلم الموازي:

تمت الإشارة لهذه الصورة في التعليمة رقم 03–2020 فأطلق عليه تسمية عقد السلم موازي عندما يبرم البنك أو المؤسسة المالية عقد سلم آخر مع طرف ثالث ومستقل عن العقد الأول، من أجل بيع سلعة مطابقة في مواصفاتها للسلعة موضوع العقد الأول تسلم في تاريخ لاحق وبسعر متفق عليه يدفع فورا ونقدا"[3].

---

1 –المادة 09، من النظام رقم 20–02، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة.

2 –المواد 36–43،من التعليمة رقم03–2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية

3– المادة 37 من التعليمة رقم2020–03، مؤرخة في 02 أفريل 2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

.

فصورة السلم الموازي أن يبيع البنك إلى متعاقد أخر أو عميل أخر غير الطرف في عقد السلم بضاعة من نفس الجنس والمواصفات وليس خصوصا البضاعة المسلم فيها مع الطرف الثاني مِحلا، ويتم تسليم الثمن مقدما أي بطريق السلم، فيكون دور المصرف هنا دور المسلم إليه، فإذا تسلم البنك البضاعة سلمها إلى الطرف الثالث في الوقت المتفق عليه بينهما أداء لمن في ذمته، وإن لم يتسلمها وفرها للطرف الثاني من السوق، وقد سميت هذه المعاملة بالسلم الموازي[1].

ولما كان البنك أو المؤسسة المالية الناشطة في مجال التمويل الاسلامي أيضا ببيع سلما، فسيكون السعر أرخص من السعر الحاضر وهو الأمر المستبعد حصوله لهدف وسعي البنك الدائم للحصول على الربح، فإن كان بسعر الشراء الأول لم يستفد البنك أو المؤسسة المالية شيئا، وإن كان بسعر أعلى حصل له الربح.[2]

ثالثا-السلم المقسط:

صورته أن يسلم في مقدار من السلعة المتعاقد حولها على أن يقبضها عن آجال متفاوتة عند كل أجل منها مقدارا معينا.

إختلف الفقهاء على جواز هذه المعاملة؛ وقد ذهب جمهور من فقهاء المالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة إلى أنه يصح ذلك، لان كل ما جاز أن يكون في الذمة إلى أجل جاز أن يكون إلى أجلين وآجال كثيرة، كالأثمان في بيوع الاعيان، وعليه فإن الجمهور أجازوه قياسا على البيع بثمن مؤجل على أقساط[3].

الفقرة الثالثة-مزايا التمويل عن طريق عقد السلم:

يقدم عقد السلم مميزات تمويلية فريدة تنعكس ايجابا على المصالح الاقتصادية، فضلا عن كونه من أبرز العقود الشرعية التي يمكن من خلالها تحقيق مقاصد الشريعة الاسلامية

1- حامد حسن، مرجع سابق، ص468.

2- مرجع نفسه، ص470..

3- محمود عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص115.

في المال، والتلاؤم مع غايات الاقتصاد الاسلامي واهدافه؛ كتحقيق العدالة وتوزيع الثروة والمساهمة في توسيع قاعدة المشاركة في ملكية المشاريع، وتكامل رأس المال مع أصحاب الأفكار والمهارات، مما يترتب عنه دعم مختلف المشاريع صغيرة كانت ام كبيرة في آن واحد، ويرتب أثرا إيجابيا بناء على الإقتصاد برمته"[1].

يرتبط التمويل بعقد السلم إرتباطا مباشرا بالأنشطة الحقيقية كالأنشطة الصناعية والزراعية والتجارية ذات القيمة المضافة، وهو ما يساعد في الحد من ظاهرة نمو المديونية المنفصلة عن معدل نمو الناتج الحقيقي التي لها آثار سلبية كبيرة على الإقتصاد.

يمكن تلخيص المزايا التمويلية لعقد السلم فيما يأتي:

أولا- المزايا التمويلية لعقد السلم بالنسبة لاقتصاد الوطني"[2]:

أ-إتساع النطاق والكفاءة العالمية من خلال تلبية حاجيات المتمولين المختلفة مهما كان نشاطهم زراعة، صناعة، تجارة.

ب-تشجيع الإنتاج من خلال دفع الممول المال عاجلا نظير سلع موصوفة في الذمة تسلم آجلا.

ج-ترشيد تكاليف الإنتاج من جهة المشتري من خلال شراء سلعة آجلة محدد موعد تسليمها مما يمكنه مواكبة حاجاته الإنتاجية لهذه السلع فيرشد بذلك مصروفات التخزين.

د-تقليل آثار التضخم من خلال الربط السلعي بطبيعته وأصل مشروعيته، فيساهم بشكل فاعل في القضاء على آثار التضخم للمتعاملين به، إذ أن المستحق في ذمة المسلم إليه هو سلعة وليس نقود.

ثانيا- المزايا التمويلية لعقد السلم بالنسبة لطرفي عقد السلم "[3]:

بصفة عامة، يحقق عقد السلم مزايا للبائع والمشتري على حد سواء، تتمثل في":

أ-**بالنسبة للبائع:** يمنح له تسبيق مالي لتغطية حاجاته من السيولة مقابل التزامه

1- حامد سمحان، مرجع سابق، ص.ص 473-474.

2- مرجع نفسه، ص498.

3-TAHIRI JOUTI Ahmed, Op. Cit., p.54.

بتسليم سلعة محددة للمشتري.

ب-بالنسبة للمشتري: يحصل على السلعة في الوقت وبالسعر المناسبين فيحميه من كل تذبذب في الأسعار، بالإضافة إلى الاستفادة من سعر أقل من السوق.

الفرع الثاني-شروط التمويل عن طريق عقد السلم:

يخضع التمويل بعقد السلم كآلية عمل معتمدة في الصيرفة الاسلامية لمجموعة من الأحكام والضوابط لضمان مطابقة العملية التمويلية بهذه الصيغة لما تقتضيه الشريعة الإسلامية من جهة، وما تتطلبه القوانين المنظمة للنشاط البنكي عن طريق الصيرفة الإسلامية من جهة أخرى.

فعقد السلم من العقود الملزمة لجانبين، فهو ينشئ إلتزامات متقابلة في جانب العميل المسلم إليه محلها تسليم محل عقد السلم أي المسلم فيه، وفي جانب البنك أو المؤسسة المالية رب السلم محلها الرئيسي هو رأس مال السلم (الثمن)، ومن هنا فإن محل التزام طرفي عقد السلم يتمثل في المبيع ورأس مال السلم[1]، ولكل منهما شروط لا بد من توافرها للقول بصحته.

الفقرة الأولى-شروط متعلقة بالمبيع:

إن محل عقد السلم أي المسلم فيه الشيء المبيع هو المحل بالنسبة للعميل المسلم إليه؛ لذلك، لابد أن تتوفر فيه الشروط العامة للمحل، المتمثلة في كونه ممكنا وموجودا ومعينا ومشروعا طبقا للقواعد العامة في القانون المدني[2]، بالإضافة إلى شروط خاصة بالمبيع كمحل لعقد السلم تتمثل في[3]:

أولا-أن يكون دينا موصوفا في الذمة، ولا يصلح السلم إلا إذا جعل المسلم فيه شيئا معينا.

1- النعمان ضحى محمد سعيد، العبدلي فتحي علي فتحي، المحل في بيع السلم، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد48، كلية الحقوق جامعة الموصل، ص226.

2- المادة 92 الى 95، من أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني.

3- مقلاني عليمة وبدواني بسمة، مرجع سابق، ص61.

ثانيا–أن يكون معلوم الجنس والنوع والمقدار، إذ:

" **يجب تحديد موضوع عقد السَّلَم بوضوح، كما يجب الإشارة في العقد إلى كل من خصائص ووزن وكميات موضوع العقد**"[1].

ثالثا– أن يكون متوفرا وقابلا للتداول وقت التسليم.

رابعا– أن يكون مؤجل التسليم إلى أجل معلوم.

الفقرة الثانية–شروط متعلقة برأس مال السلم:

الثمن في عقد البيع هو مبلغ من النقود يلتزم المشتري بأدائه في مقابل انتقال الحق في المبيع إليه، ويشترط فيه عموما ان يكون مقدرا أو قابلا للتقدير[2]؛ ويشترط فيه ما يلي[3]:

أولا– أن يكون رأس مال السلم معلوما، سواء موصوفا في الذمة ثم يعين في مجلس العقد، أو معينا عند العقد ولا يتم العلم إلا ببيان الجنس، والنوع، والقدر، والصفة، مما يرفع الجهالة عن رأس المال.

ثانيا– يجب تسديد رأس المال مسبقا من طرف المشتري، ويتم عموما دفعه نقدا، إلا أنه في حالة تسليم وقبول البائع لسلعة ذات جودة أقل، يمكن تخفيض سعرها باتفاق مشترك بين الطرفين[4].

ثالثا– أن يكون مقوما حسا وشرعا، فلا يصح أن يكون أحد العوضين ليس له قيمة ينتفع بها عادة، أو مما لا يجوز التعامل به.

كما تجدر الإشارة إلى ضرورة تحديد عقد السلم لكل من تاريخ ومكان وكيفيات تسليم موضوعه، وإن لم تتم الإشارة إلى مكان التسليم، فيتم التسليم في المكان الذي أبرم فيه العقد، إلا أنه يمنع النص على شروط جزائية عند التأخر في تسليم موضوع عقد السَّلَم[5].

1– المادة 38 فقرة 01 من التعليمة 2020–03، المعرفة لمنتجات الصيرفة الإسلامية.

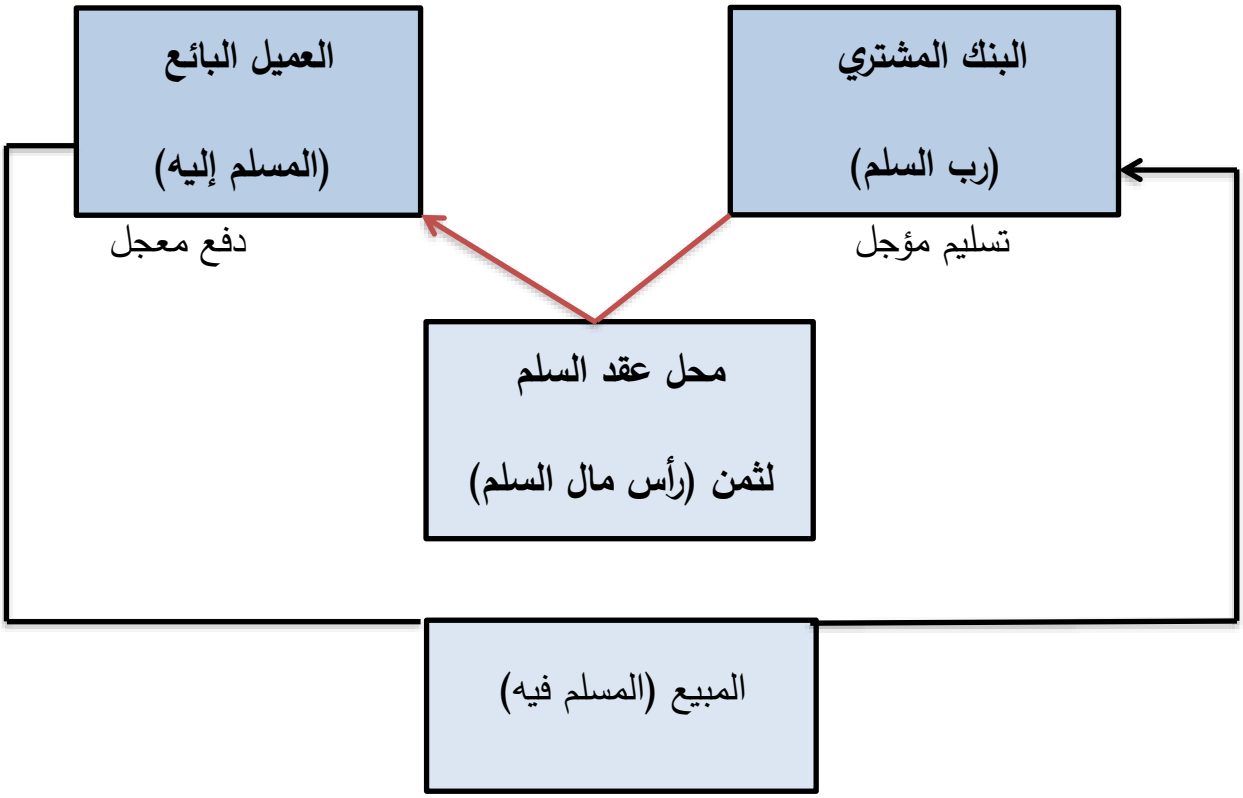
2– المادة 356، أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني.

3– مقلاني عليمة، بدواني بسمة، مرجع سابق، ص61.

4 –المادة 39 من التعليمة 2020–03، المعرفة بمنتجات الصيرفة الاسلامية،

5–المادتين 39 و40 من التعليمة رقم03–2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

مخطط يوضح آلية عمل عقد السلم



المطلب الثاني- التمويل عن طريق عقد الإستصناع:

يعد عقد الإستصناع من بين العقود التي يرتكز عليها التمويل البنكي الإسلامي القائم على البيع الآجل للسلع، باعتباره من أحد أنواع البيوع لأجل، وأحد العقود الملائمة للإستثمار في الإقتصاد الاسلامي، كونه وسيلة لخث صغار المنتجين والصناع على الانتاج. لذلك لا بد من بيان مفهوم التمويل عن طريق عقد الاستصناع **(الفرع الأول)**، ثم شروط التمويل عن طريق هذا الأخير **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول- مفهوم التمويل عن طريق عقد الإستصناع:

يعتبر الإستصناع من أدوات التمويل المعتمدة من طرف البنوك الإسلامية، والتي رخص بها نظام بنك الجزائر رقم 20-02 للبنوك والمؤسسات المالية في إطار نشاط شبابيك الصيرفة الإسلامية، فإنه يجب التعريف بهذه الآلية للتمويل بالسلع **(فقرة أولى)**، ثم بيان أشكال التمويل عن طريق هذه الأخيرة **(فقرة ثانية)**، بالإضافة إلى المزايا التي يحققها التمويل بالإستصناع **(فقرة ثالثة)**.

الفقرة الأولى- التعريف بعقد الاستصناع:

للإحاطة بالتعريف الخاص بعقد الاستصناع سيتم التطرق الى التعريف اللغوي والإصطلاحي وفقا لما يلي:

أولا-التعريف اللغوي لعقد الإستصناع:

الإستصناع في اللغة هو طلب صنع الشيء وعمله لأنه غير موجود وفعله الماضي صنع **"1"**.

ويعرف الإستصناع لغة أيضا بانه طلب الصنعة، واستصنع الشيء أي دعا لصنعه**"2"**، وهو استفعال من صنع فالألف والسين والتاء للطلب، وعليه فالإستصناع طلب عمل من

---

1 - مجد الدين الفيروز الابادي، المرجع السابق، ص50.

2- الوادي محمود حسين وحسين محمد سمحان، مرجع سابق، ص233.

الصانع فيما هو من خصائص حرفته ومهارته، لذلك يقال اصطنع فلان خاتما، إذا سأل رجلا أن يصنع له"[1].

ثانيا- التعريف الاصطلاحي لعقد الاستصناع:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الاستصناع، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في حقيقة الاستصناع وتكييفه؛ فجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لم يذكروا له تعريفا مستقلا لانطباق عقد السلم عليه، فهو بيع شيء موصوف في الذمة مما يصنع، فيعتبرونه سلما في المصنوعات، ويشترطون لصحته ان تتوافر فيه شروط السلم جميعا في مطلعها تعجيل الثمن، أما فقهاء الحنفية فاعتبروه عقدا مستقلا، وعرفوه بأنه عقد على مبيع يشترط في الذمة شرط العمل"[2].

ويمكن تعريف الاستصناع أيضا بأنه عقد بين المستصنع(المشتري)، والصانع(البائع) حيث يقوم هذا الأخير بناء على طلب المشتري بصناعة سلعة موصوفة، أو الحصول عليها عند أجل التسليم على أن تكون مادة الصنع أو تكلفة العمل من الصانع وذلك مقابل الثمن الذي يتفقان عليه وعلى كيفية سداده حالا أو مقسطا أو مؤجلا"[3].

عرف الإستصناع في الفقه الفرنسي بأنه:

« L'istisna est un moyen de financement progressif, c'est un contrat de fabrication au terme duquel le participant accepte de fournir à l'acheteur dans un certain délai et à un prix convenu, des biens spécifiés après leur fabrication conformément au cahier de charge »."[4]

عرف المنظم البنكي الإستصناع بأنه:" ... **عقد يتعهد بمقتضاه البنك أو المؤسسة المالية بتسليم سلعة ستصنع وفقا لخصائص محددة ومتفق عليها بين الأطراف بسعر**

1- حامد حسن، مرجع سابق، ص477.

2- أحمد شوقي سليمان، المخاطر المحيطة بصيغة الاستصناع وكيفية الحد منها (حالة عملية)، المجلة الاقتصادية العالمية، العدد57، 2017، ص.ص76-85.

3- مقلاني عليمة، بدواني بسمة، مرجع سابق، ص87.

4- TAHIRI JOUTI Ahmed, Op. Cit., p.60.

ثابت ووفقا لكيفيات تسديد متفق عليها مسبقا بين الطرفين"[1]، وهو نفس التعريف الوارد في التعليمة المعرفة لمنتجات الصيرفة الاسلامية "[2]".

ثالثا- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الاستصناع:

اتضح من خلال ما سبق ذكره عن مفهوم الاستصناع بأنه عقد على مبيع في الذمة أي عقد على معدوم، لذلك يقول الفقهاء أنه عقد أجيز سواء دفع الثمن في مجلس العقد أو دفع جزء منه، أو لم يدفع منه شيء وأخر كله أو جزء منه إلى موعد تسليم المستصنع.

أ- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الاستصناع في السنة النبوية:

استدل الفقهاء على جواز عقد الاستصناع بجملة من الأدلة"[3]"، من السنة، منها:

ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب، وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب فرقي المنبر فحمد الله وأثنى عليه وقال:" **إني كنت اصطنعته وإني لا ألبسه**"

أتى رجال إلى سهل بن سعيد يسألونه عن المنبر فقال بعث رسول الله إلى فلانة، وسماها باسمها، أن مري غلامك النجار يعمل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته يعلمها من طرفاء الغابة، ثم جاء بها، فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بها فوضعت فجلس عليها"[4]".

ووجه الدلالة من الحديثين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استصنع الخاتم والمنبر وهو دليل على جواز الاستصناع رغم انها حوادث لم تتضمن بيان المقابل من الاستصناع.

1- المادة 10 من النظام رقم 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

2- المادة 44 من التعليمة رقم03-2020 المعرفة لمنتجات الصيرفة الاسلامية.

3- حامد حسن، مرجع سابق، ص484.

4- محمود عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص120.

ب- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الإستصناع في القانون:

كرس المنظم البنكي التمويل عن طريق عقد الإستصناع في القانون بموجب نص المادة 10 من النظام رقم 2020-02 "[1]" والتي اشارت الى تعريف الية وصيغة المضاربة بالإضافة الى التفصيل الذي جاءت به هذه التعليمة رقم 2020-03 باعتبارها تتمم النظام البنكي2020-02 سابق الذكر وذلك من خلال المواد من 44-49 "[2]".

الفقرة الثانية- أنواع التمويل عن طريق عقد الإستصناع:

ظهرت العديد من أليات التمويل المنبثقة عن عقد الاستصناع في العصر الحالي ويمكن تصنيفها كما يلي:

أولا- الاستصناع الموازي:

قد لا يكون المصرف قادرا على الاستصناع بنفسه لكنه يقبل عقود الاستصناع، كما في حالة الصفقات المتتالية، أين يرغب المصرف في تخفيف العبء عن نفسه فيقبل الاستصناع ويمنحه لمقاول يوقع معه عقد استصناع ثاني ضمن المواصفات المطلوبة، وهو ما يسمى بالإستصناع الموازي، لأن البنك قبل الاستصناع وقدمه لمقاول آخر ليقوم بالعمل"[3]".

كما أشارت المادة 45 من التعليمة رقم 03-2020 إلى إمكانية إبرام هذا النوع من عقود الاستصناع مع المصنعين، باستثناء المصنعين الذين يملك صاحب الامر 33٪ من رأسماله"[4]". بالإضافة إلى ضرورة أن يكون عقد الاستصناع والاستصناع الموازي مستقلين من حيث الآثار المترتبة عنهما.

1-المادة 10، من النظام رقم 20-02، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة.

2- المواد من 44-49، التعليمة رقم03-2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

3- محمود عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص130.

4- المادة 45 من التعليمة رقم03-2020 المعرفة لمنتجات الصيرفة الاسلامية، " يُمكن أن يقوم البنك أو المؤسسة المالية بإبرام عقد ثانٍ يسمى الاستصناع الموازي مع مُصنِّع لتصنيع المنتوج موضوع عقد الاستصناع...".

ثانيا-الاستصناع المقَسط:

يقوم هذا النوع من الإستصناع في حالات يكون فيها حجم الاستصناع ضخما جدا ويحتاج إلى وقت طويل لإنجازه، أين يتم دفع رأس مال المستصنع على أقساط والمستصنع يسلمها للمستصنع له، ففي هذه الحالة هو استصناع مقسط ولكن التقسيط فيه جاء لضخامة حجم المستصنع فيه وكذا ثمنه"[1]".

الفقرة الثالثة-مزايا التمويل عن طريق عقد الاستصناع:

يحقق التمويل عن طريق عقد الاستصناع عدة مزايا يمكن تلخيصها فيما يلي"[2]":

أولا-يجنب البنوك الاسلامية عيوب تطبيق بيع المرابحة للآمر بالشراء، لعدم التزام المتعاملين أحيانا بعقد المرابحة كرغبتهم في استغلال جزء من تمويل المرابحة في دفع الأجور في بعض عمليات المرابحة، لذلك فالإستصناع ينقذ كل من البنك والمتعامل من المخالفات الشرعية التي قد يتم الوقوع فيها.

ثانيا-يمكن استخدام الاستصناع في تمويل السلع مرتفعة الثمن التي يتم صنعها حسب الطلب، حيث لا يكون عقد بيع المرابحة فعالا في تمويل مثل هذه السلع.

ثالثا-يتطلب عقد الاستصناع عادة مهارات معينة، مما يزيد معدلات التشغيل ويخفض البطالة.

الفرع الثاني-ضوابط التمويل عن طريق عقد الاستصناع:

يخضع التمويل عن طريق عقد الاستصناع لمجموعة من الضوابط بدءًا من اتباع الخطوات اللازمة لإتمام هذه العملية **(فقرة أولى)**، ثم تحقيق الشروط المطلوبة في التمويل عن طريق الاستصناع **(فقرة ثانية)**.

الفقرة الاولى-خطوات التمويل عن طريق عقد الاستصناع:

يتم تنفيذ الإستصناع وفقا لسلسلة من المراحل تختلف تفصيلا أو إجمالا من مصرف

1- محمود عبد الكريم أحمد، مرجع سابق، ص131.

2- الوادي محمود حسين وحسين محمد سمحان، مرجع سابق، ص.ص235-236.

إلى آخر، كونها اجراءات عملية"[1]":

أولا– تقديم العميل لطلب مبدئي إلى البنك يبين فيه رغبته في تصنيع موجود معين ورغبته في شراءه فور الانتهاء من تصنيعه، موضحا نوع ومواصفات الشيء المطلوب تصنيعه بدقة وأجل تصنيع المطلوب، وطريقة سداد قيمة المشروع.

ثانيا– دراسة طلب العميل وعمل الدراسة الائتمانية اللازمة للتأكد من قدرته على سداد الالتزامات الناتجة عن التعاقد في الآجال المتفق عليها والتحقق من مدى اتفاق التعاقد مع سياسة المصرف من حيث مشروعيتها ونسب الربح ونسب الاستثمار وتحديد الجهة التي ستقوم بالعملية.

ثالثا– ابرام عقد الاستصناع والحصول على الضمانات الكافية وتحديد ثمن وطريقة سداد المصنوع وتحصيل الدفعة المقدمة مع العميل.

رابعا– اتفاق البنك مع صانع آخر، في حالة الاستصناع الموازي، بغرض تصنيع المطلوب حسب المواصفات المتفق عليها.

خامسا– استلام السلعة المصنعة بعد الانتهاء منها من قبل الصانع الأول، وبعد تأكيد مطابقتها للمواصفات، يقوم بتسليمها للمتعامل وتحصيل الثمن المتفق عليه بالطريقة المتفق عليها.

الفقرة الثانية– شروط التمويل عن طريق عقد الاستصناع:

يشترط لعقد الاستصناع ما يشترط لعقد البيع، إلا أن يشترط للإستصناع، إضافة إلى ذلك، شروطا أخرى يمكن تلخيصها فيما يلي"[2]":

أولا–أن يكون المستصنع معلوما، وذلك بأن يحدد العاقدين عند التعاقد صفات المستصنع تحديدا وافيا مزيلا للجهالة والغرر ومانعا للتنازع عند التسليم، وذلك بذكر جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفاته وكل ما يختلف الثمن باختلافه.

1– أحمد شوقي سليمان، مرجع سابق، ص.ص 235–236.

2– حامد حسن، مرجع سابق، ص488.

ثانيا–أن يكون محل الاستصناع موصوفا في ذمة الصانع؛ وعليه فلا يصح أن يكون المستصنع عينا معينة.

ثالثا–أن يكون المصنوع مما تدخله الصنعة؛ وعليه فلا يجوز عقد الإستصناع في الأشياء الطبيعية التي لا تدخلها الصناعة كالمزروعات.

رابعا–أن تكون المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من الصانع؛ فان قدم المستصنع المواد فإنه يكون عقد إجارة لا عقد استصناع، ويجب حينئذ تطبيق أحكام الاجارة.

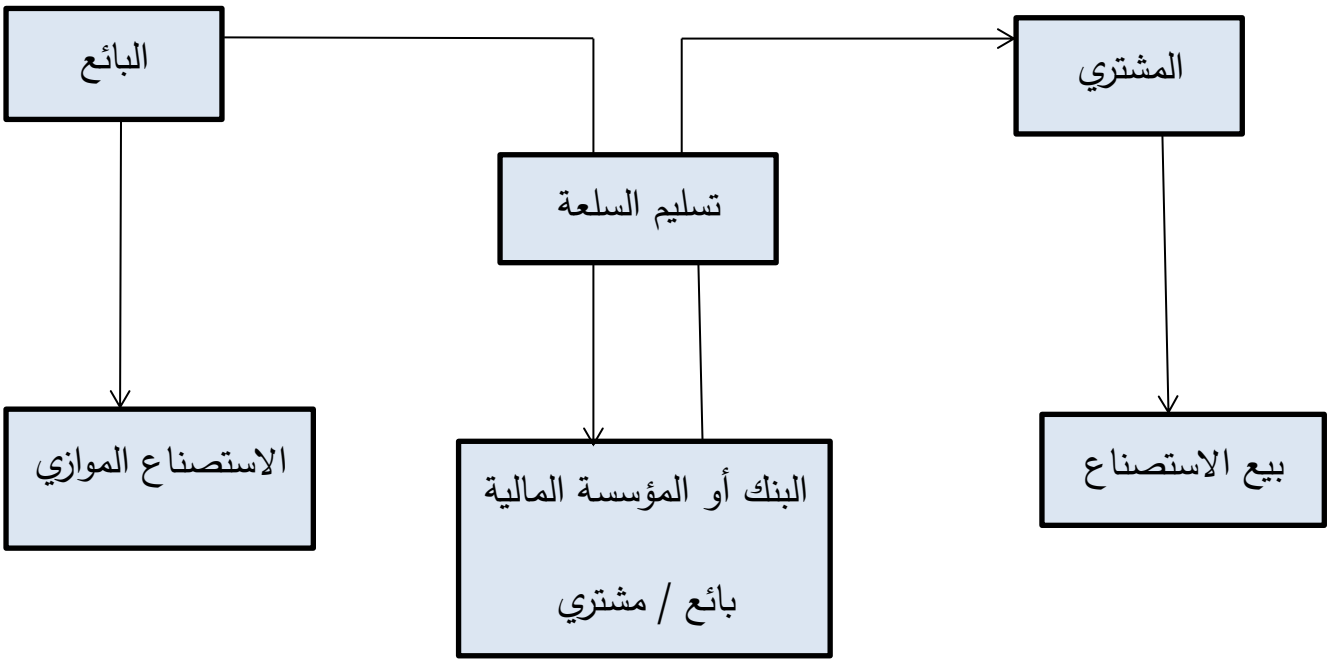
خامسا–يجب أن يكون سعر الاستصناع معروفًا عند إبرام العقد، ويُمكن تحديد هذا السعر ودفعه نقدًا، أو عينًا أو كحق انتفاع لفترة محددة، سواء تعلق الأمر بحق الانتفاع من المنتوج موضوع عقد الاستصناع أو منتوج آخر[1]، بالإضافة إلى تحديد مكان تسليم المستصنع وأجل أو آجال التسليم.

مع الاشارة إلى أن مسؤولية تسليم السلعة موضوع العقد وفقا للخصائص التي اشترطها الزبون تقع على عاتق المُصنِّع، كما لا يمكن لهذا الأخير أن يتنصّل من مسؤوليته في حالة وجود عيوب خفية"[2]".

1– المادة 46 من التعليمة رقم 03–2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

2– المادة 49 من التعليمة رقم 03–2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

مخطط يحدد طريقة عمل آلية الاستصناع



المبحث الثاني-

آليات التمويل القائمة على صيغة البيع الآني للسلع: المرابحة.

من بين آليات التمويل التي تقدمها البنوك الاسلامية التي تسمح للزبون بالاقتناء الآني للسلع[1] وتناسب طبيعة عملها، يوجد عقد المرابحة، الذي يتم في إطار من المشاركة بين الطرفين، وهو ما جعله أداة واسعة الانتشار بسبب الاستعمال الكبير الذي عرفه، كما أنه أثبت أهميته كأداة منافسة لصيغ التمويل الأخرى.

تتم الإحاطة بأسلوب المرابحة كآلية للتمويل الآني بالسلع من طرف البنوك الإسلامية ببيان مفهوم التمويل عن طريق عقد المرابحة **(المطلب الأول)**، ثم التطريق إلى أحكام التمويل عن طريق عقد المرابحة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول-مفهوم التمويل عن طريق عقد المرابحة:

يعتبر عقد المرابحة من أهم آليات التمويل البنكي الاسلامي الذي يرد على سلع تقدم للزبون، وأكثرها شهرة وتطبيقا لدى البنوك الاسلامية وكذا البنوك والمؤسسات المالية مؤخرا، فانه لا بد من التعريف بالتمويل عن طريق عقد المرابحة **(فرع أول)**، وبيان مراحل التمويل عن طريق عقد المرابحة **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول- التعريف بالتمويل عن طريق عقد المرابحة:

المرابحة هي عقد شركة تجارية اسلامية[2]، لا يقدم بموجبه الممول أي رأس مال نقدي إنما سلعا، سواء منقولات أو عقارات عند طلب الزبون[3]، وسيتم في هذا الفرع التطرق إلى تعريف التمويل بعقد المرابحة **(فقرة أولى)**، تكريسه **(فقرة ثانية)**.

---

1 – تنص المادة 08 من التعليمة رقم 03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الاسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذهامن طرف البنوك والمؤسسات المالية، على ما يلي:" **بموجب عقد المرابحة يتم الانتقال الفوري لملكية السلعة من البنك أو المؤسسة المالية إلى الزبون مهما كانت كيفيات الدفع المتفق عليها**".

2-Korbi Fakhri, Op. Cit., p.54.

3- Hideur Nacer, ***La finance islamique entre la lettre et l'esprit,*** les cahiers de la finance islamique, université de Strasbourg, France, 2013, p .18.

الفقرة الأولى–تعريف التمويل عن طريق عقد المرابحة:

تعددت التعاريف المقدمة للتمويل عن طريق عقد المرابحة، كونه الصيغة أكثر شهرة في مجال التميل الاسلامي، ويتم التعريف به من الناحية اللغوية، ثم الاصطلاحية.

أولا–التعريف اللغوي لعقد المرابحة:

المرابحة في اللغة صيغة مفاعلة من الربح، أي الزيادة والنماء في الرزق والتجارة[1]، وهي بيع السلعة بزيادة ربح على تكلفة شراءها، وتعني اشتراك البائع والمشتري في قبول الأرباح بالقدر المحدد[2]،

ثانيا–التعريف الاصطلاحي لعقد المرابحة:

قد قدم الفقه الاسلامي عدة تعاريف اصطلاحية للمرابحة كآلية للتمويل؛ فقد عرفها فقهاء المذهب الحنفي بأنها" بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة الربح"[3]، وعرفها المالكية بأنها بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم لهما، وعرفها الشافعية بأنها عقد بني فيه الثمن على الثمن الأول مع زيادة[4].

وبيع المرابحة يقصد به البيع برأس المال مع زيادة معلومة[5].

كما عرف عقد المرابحة في الفقه الفرنسي، ومن بين التعريفات المقدمة:

« Al mourabaha est une vente dont le prix se constitue du cout d'achat du bien en plus d'une marge définie par le vendeur qui en informe l'acheteur »[6].

1– مجد الدين الفيروز الابادي، المرجع السابق، ص1403.

2– محمود حسن صوان، أساسيات العمل المصرفي الاسلامي، دار وائل، عمان، 2001، ص151.

3– فياض عبد المنعم حسين، مرجع سابق، ص19.

4– الهواس الهام، المحتوى القانوني لعقد المرابحة وفق المبادئ المالية الاسلامية، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، العدد 04، 2019، ص 366.

5– لكحل نصيرة، مرجع سابق، ص61.

6 -TAHIRI Ahmed, Op. Cit., p. 53.

« Al mourabaha est une vente pure et simple, si elle permet de réaliser un profit, l'acheteur doit être informer du cout de revient et de la marge appliquée sur ce dernier »[1].

من جهته، عرف المنظم البنك [2] المرابحة على أنها " ... **عقد يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية ببيع لزبون سلعة معلومة، سواء كانت منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك أو المؤسسة المالية بتكلفة اقتنائها مع إضافة هامش ربح متفق عليه مسبقا ووفقا لشروط الدفع المتفق عليها بين الطرفين**"، وهو نفس التعريف الذي أكدت عليه التعليمة رقم 03-2020 [3].

من خلال ما تقدم من تعريفات لعقد البيع بالمرابحة، يلاحظ بأنها وإن اختلفت في ألفاظها فمضمونها واحد لا يخرج عن معنى أن بيع المرابحة يقوم على أساس معرفة الثمن الأول للمشتري وبناء الثمن عليه مع ربح محدد يتفق عليه الطرفان، لذا يمكن الخروج بالملاحظات التالية[4]:

- المرابحة بيع لبضاعة بسعر يمثل ربحا للبائع.
- المرابحة هي عقد مطلق، يكون المقابل فيها دائما نقدا.
- البيع بالمرابحة مشروع وصحيح، ذلك أن البائع يبيع ما يملكه.
- يسمى هذا العقد بالمرابحة، لأن ربحه معلوم منذ إبرام العقد.

وبالتالي، فبيع المرابحة يقوم على أمرين أساسيين هما بيان الثمن الأصلي للسلعة، وزيادة الربح المعلوم والمتفق عليه بين الطرفين، مع الاشارة إلى أنه أحد صور بيوع

1 -KORBI Fakhri, Op. Cit., p. 55.

2-المادة 05 من النظام رقم 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية.

3- بموجب المادة 03 من النظام رقم 20-02، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية.

4-ضحى محمد أيوب، ماهية عقد المرابحة: دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 20، العدد 69، جامعة الموصل، 2020، ص255.

الأمانة"[1]" التي تقوم على كشف البائع للثمن الذي تم شراء السلعة به، أي ثقة المشتري التي أودعها بالبائع"[2]".

ثالثا-تكريس التمويل عن طريق عقد المرابحة:

بيع المرابحة مشروع بالكتاب، السنة والاجماع بالإضافة الى النصوص القانونية المنظمة.

أ-تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المرابحة في القرآن الكريم:

فمن الكتاب قوله تعالى: " **وأحل الله البيع وحرم الربا**"[3]"، والمرابحة بيع وهو باق على حلة، حتى يستبين من كتاب أو سنة يدل على تحريمه، وكل ما حرم علينا قد فصل باسمه"[4]".

ب- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المرابحة في السنة النبوية:

أما من السنة، فعن عبادة بن الصامت عن الرسول صلى الله عليه وسلم:" إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد" رواه مسلم في صحيحه وضعفه الالباني،

وقال عبد العزيز بن محمد عن داود بن صالح المدني عن ابيه قال سمعت أبا سعيد الخدري يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إنما البيع عن تراض" أخرجه ابن ماجه وأبو محمد بن ابي شريح الانصاري في الأحاديث المائة.

وقد تعامل المسلمون بالمرابحة في سائر العصور دون نكير فكان ذلك **إجماعا** على جوازها"[5]". يقول ابن رشد: اجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان؛ مساومة ومرابحة،

1-يفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع لبيوع الامانة: **بيع الوضيعة**، وهو بيع السلعة بسعر يقل عن ثمنها الاصلي أو ثمن شرائها، **بيع التولية**: هو بيع السلعة بنفس الثمن الأصلي الذي تم شراءها به، **بيع المرابحة**: هو بيع السلعة بسعر التكلفة مضافا إليه نسبة مئوية محددة كربح، ضحى محمد أيوب، مرجع سابق، ص257.

2-لكحل نصيرة، مرجع سابق، ص61.

3-سورة البقرة، الآية 285.

4-لقوله تعالى: "قد فصل لكم ما حرم عليكم" سورة الأنعام الآية 119.

5-الرفاعي فادي محمد، مرجع سابق، ص137.

وان المرابحة أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو الدرهم"[1]".

ج- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المرابحة في القانون:

كرس المنظم البنكي التمويل عن طريق عقد المرابحة في القانون بموجب نص المادة 05 من النظام رقم 2020-02 "[2]" والتي اشارت الى تعريف الية وصيغة المضاربة بالإضافة الى التفصيل الذي جاءت به هذه التعليمة رقم 2020-03 باعتبارها تتمم النظام البنكي2020-02 سابق الذكر وذلك من خلال المواد من 03-13 "[3]".

الفقرة الثانية-مزايا التمويل عن طريق عقد المرابحة:

شهدت تجربة البنوك الاسلامية في مجال التوظيف والاستثمار تزايد الأهمية النسبية لصيغة المرابحة، وتوسع المصارف الاسلامية فيها حتى صارت الصيغة الاستثمارية الأكثر تطبيقا في النشاط التوظيفي لهذه الأخيرة، وهو ما أدى إلى عوامل عديدة منها طبيعة ظروف النشأة وما يقترن بها من دوافع الرغبة في النجاح السريع وإثبات الذات مقارنة بالبنوك التقليدية وما توطن من سلوكيات المتعاملين معها"[4]".

لذلك برز الاتجاه إلى التعامل مع المصرف الاسلامي وتفضيل صيغها في التمويل لا سيما صيغة المرابحة، نظرا لما تحققه من مزايا، تتجلى في"[5]":

أولا-تحقق المرابحة ربحا معقولا في الأجل القريب:

تتيح المرابحة للبنك الاسلامي مصدر التوزيع عوائد على الودائع تمكنه من منافسة البنوك التقليدية، فيما يخص جذب الودائع عن طريق استخدام التمويل للحصول على عوائد مجدية،

1- فياض عبد المنعم حسين، مرجع سابق، ص20.

2- المادة 06، من النظام رقم 20-02، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة.

3- المادة11 من التعليمة رقم03-2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

4- محيرق عدنان، التحول نحو الصيرفة الاسلامية مع الاشارة إلى حالة الجزائر، مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، العدد10، الجزء2، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2017، ص 57.

5- فياض عبد المنعم حسين، مرجع سابق، ص25.

حيث توفرا فائضا كبيرا للسيولة لديه تمكنه من توظيفها في سبل أضمن للربح وأقل مخاطرة.

ثانيا–قلة المخاطرة مقارنة بالصيغ الاخرى:

يتجلى ذلك بالنظر إلى بقية صيغ التمويل، مثل عقد السلم الذي يحتاج إلى زمن للتنفيذ والتسليم، وعقد المضاربة والمشاركة لأن ثمن المبيع فيه يتحول إلى دين في ذمة الآمر بالشراء لصالح المصرف، وهو ما أدى بالبعض إلى القول بأن المخاطرة شرط لاستحقاق الربح شرعا؛ لذلك، لابد من الحد من استخدام صيغة المرابحة وتحديد نسبتها لإبعاد الشبهة عنها.

ثالثا–اتساع نطاق التمويل بالمرابحة:

تعود هذه الميزة إلى تنوع السلع والخدمات التي ترد عليها صيغة التمويل بالمرابحة، فهي لا تقتصر على تمويل الأموال الانتاجية كما هو الغالب في حال التمويل بأسلوب المشاركات، بل يمكنه استخدامه لتمويل الاموال غير الانتاجية كالسلع والخدمات الاستهلاكية"[1]".

رابعا–صيغة المرابحة صورة للتمويل قصير الأجل:

تقترب المرابحة في شكلها لصيغة الائتمان قصير الأجل من حيث انخفاض درجة المخاطرة نتيجة توفر درجة عالية من الضمانات، وكذلك سرعة دوران رأس المال، فإن ذلك كله قد أدى إلى إقبال البنوك على توجيه كم متزايد من أموالها إلى تلك الصيغة، كما أنه رسخ في اذهان الكثيرين أن لا فرق بين التمويل التقليدي والاسلامي"[2]".

بالإضافة إلى المزايا المذكورة التي يحققها التمويل عن طريق عقد المرابحة، فقد منح المشرع الجزائري بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2021 مزايا جبائية أخرى تتمثل في

1– الرفاعي محمد فادي، مرجع سابق، ص143.

2– المرجع نفسه، ص144.

إستثناء من الأساس الخاضع للضريبة على الدخل الإجمالي فوائض القيمة المحققة بمناسبة التنازل على عقار في إطار عقد التمويل بصيغة المرابحة"[1]".

فضلا عن أنه إستثنى من الأرباح الخاضعة للضريبة على أرباح الشركات، فوائض القيمة المحققة من طرف البنوك والمؤسسات المالية عند التنازل عن عنصر من الأصول في إطار عقد التمويل القائم على هذه الصيغة"[2]".

الفرع الثاني–مراحل إبرام التمويل عن طريق عقد المرابحة:

يمر إبرام عقد المرابحة بمراحل متسلسلة تنظم العملية التمويلية عن طريق هذا الأخير، تبدأ من رغبة الزبون في الشراء **(فقرة أولى)**، ثم الوعد بالتعاقد **(فقرة ثانية)**، إلى غاية تنفيذ العقد في المرحلة النهائية **(فقرة ثالثة)**.

الفقرة الأولى–طلب الشراء من الزبون:

تقوم المصارف الاسلامية باستخدام بيع المرابحة في مجال التجارة حسب رغبة العملاء، ومحل هذه العملية دائما سلع موضوعة ومعروفة لكل من طالب التمويل والبنك، فإذا رغب الزبون في شراء السلعة مرابحة عن طريق الصيرفة الاسلامية، فعليه أن يتقدم بطلب التمويل إلى البنك موضحا فيه على وجه التفصيل جميع البيانات الخاصة بالسلعة المطلوب شراءها، ببيان أوصافها بدقة، ويعتبر هذا الطلب إيجابا يحتاج إلى قبول من البنك"[3]".

ينبغي أن يتضمن طلب الشراء الصادر من العميل المعلومات التالية"[4]":

أولا–نوع وطبيعة وأوصاف البضاعة، الكمية، العربون، طريقة الدفع، الضمانات والكفالات، البيانات الشخصية.

يتم التأكيد في الطلب على أن البنك لا يقوم بتنفيذ الخطوة التالية إلا بعد دراسة الطلب

1– المادة 04 من الأمر رقم21–07، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021.

2– المادة 06 من الامر رقم21–07، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة2021.

3– الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص141.

4– الرفاعي فادي محمد، مرجع سابق، ص.ص139–140.

المقدم من جميع جوانبه، وعلى الخصوص[1]:

- التأكد من سلامة وصحة البيانات المقدمة من العميل.
- دراسة المركز المالي للعميل للتأكد من قدرته على سداد الثمن.
- تحديد تكلفة العملية بالتفصيل.
- تحديد نسبة الربح وذلك حسب نوع السلعة وطريقة التسديد.

ثانيا–تحديد الكفالات لضمان حق المصرف في تحصيل الثمن وذلك على أساس حالة العميل وقيمة الصفقة، حيث أشارت التعليمة رقم03–2020 إلى إمكانية طلب البنك ضمانات شخصية أو حقيقية في إطار عقد المرابحة[2].

ثالثا–دراسة سوق السلعة حتى يضمن إمكانية تسويقها في حالة تراجع العميل عن الشراء.

يقوم البنك بدراسة الطلب من خلال مركز الاستعلام لمعرفة الوضع المالي للعميل، وبناء على ذلك يمكن أن يوافق على طلب الشراء أو ألا يوافق في حالة وجود نقص في الضمانات، وفي حال الموافقة تباشر الاجراءات[3].

ويجب التنويه إلى أن البنك أو المؤسسة المالية يقبل المرابحة وإن لم يتوفر على السلعة المطلوب شراءها من الزبون، وذلك من خلال اقتنائها من الغير وبيعها له مرابحة في صورة المرابحة للآمر بالشراء، التي عرفتها المادة 09 من التعليمة رقم03–2020 بأنها: "**يمثل عقد المرابحة للآمر بالشراء، العقد الذي يقتني بموجبه البنك أو المؤسسة المالية من الغير، بخلاف الآمر بالشراء أو وكيله، بناءً على طلب ومواصفات الآمر بالشراء، سلعة منقولة أو غير منقولة بهدف بيعها له بسعر يساوي تكلفة اقتنائها، بإضافة هامش ربح متفق عليهما مسبقًا ووفقًا لشروط الدفع المتفق عليها بين الطرفين**".

1–أبو صرار محمد النعامي وسامر النيهان، مرجع سابق، ص.ص13–14.

2–المادة 07 من التعليمة رقم03–2020، المعرف بمنتجات الصيرفة الاسلامية.

3–الساعدي حكيم ومحمود فليح، مرجع سابق، ص142.

وفي هذه الحالة ولحماية مصالح البنك أو المؤسسة المالية يمكنه أن يطلب من الزبون توقيع تعهد شراء أحادي الطرف للسلعة المعنية، ويتضمن هذا الأخير مواصفات السلعة وأجل تسليمها وسعر الاقتناء"[1].

الفقرة الثانية–الوعد بالتعاقد:

هو ذلك الالتزام الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد، يكون ملزما للواعد، إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقا على سبب، ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الالتزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر"[2].

طرح الفقه النقاش حول إلزامية الوعد بالتعاقد في بيع المرابحة وخلص إلى ثلاثة آراء"[3]:

أولا–أن الوفاء به مستحب، وهو رأي الجمهور.

ثانيا–أن الوفاء به واجب إلا لعذر.

ثالثا–أن الوفاء به واجب إلا إذا دخل الواعد في كلفة.

ومرد هذا الخلاف هو نقل الوعد من باب التبرعات إلى باب المعاوضات ليحل محل العقد، فالمرابحة للعميل للآمر بالشراء في البنوك والمؤسسات المالية لا تجوز لأنها تدخل في بيع ما ليس عنده، لذلك تم استبدال الوعد بالعقد، أي جعل العقد وعدا مع الخلاف حول الزاميته فقط.

وبالرجوع إلى القانون المدني، نجده يعتبر الوعد بالتعاقد مجرد وعد أو اتفاق مبدئي كامل، يتم بإيجاب وقبول، ويمهد لعقد آخر يراد إبرامه نهائيا في المستقبل"[4].

1– المادة11 من التعليمة رقم03–2020، المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

2– الوادي محمود حسين وحسين محمد سمحان، مرجع سابق، ص168.

3– المرجع نفسه، ص169.

4– المادة 71 من الأمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني.

الفقرة الثالثة–المرحلة النهائية لعقد المرابحة:

يقصد بها تملك البنك للسلعة وبيعها مرابحة للآمر بالشراء كآخر مرحلة لانعقاد التمويل عن طريق عقد المرابحة، وتنقسم إلى مرحلتين:

أولا– تملك البنك للسلعة:

بعد إتمام الاجراءات يقوم المصرف بشراء السلعة المطلوبة في حالة عدم توفرها ووجودها سلفا في مخازنه حتى يتمكن من بيعها مرابحة للعميل، ولا يجوز للمصرف أن يبرم عقد بيع لهذه السلعة المأمور بشرائها، إلا بعد تملكه لها؛ لذلك، نجد أنه ينطبق على هذه المرحلة جميع أركان وشروط عقد البيع، بالإضافة إلى أن البنك يقوم في هذه المرحلة بـ[1]:

أ–الاتصال بالموردين بائعي السلعة المطلوبة.

ب–التعاقد على شراء السلعة كإصدار أمر توريد، ثم ورود الفاتورة من المورد أو من خلال فتح الاعتمادات المستندية، وورود مستندات الشحن التي يتسلمها الشاحن بصفته وكيلا عن المصرف.

ج–ضمان البنك للسلعة حتى يبيعها للعميل، ذلك أنه المالك لها في هذه المرحلة.

ثانيا–إبرام بيع المرابحة مع العميل:

يشترط لإبرام هذا العقد دخول السلعة في ملك المصرف حتى يتسنى له بيعها مرابحة للعميل، كما أن هذا العقد يجب أن يبرم منفصلا عن الوعد بالشراء بعد تمام تملك المصرف للمبيع، إضافة إلى عدم جواز اعتبار عقد المرابحة مبرما تلقائيا بمجرد تملك المصرف للسلعة، وفي حال امتناع العميل عن إتمام هذا العقد يحق للمصرف مطالبته بالتعويض عن الضرر دون إلزامه بتوقيع العقد وسداد الثمن، كما يجوز للبنك والعميل تعديل بنود عقد المرابحة كما تم الاتفاق عليه في مرحلة الوعد[2].

1– أبو صرار محمد النعامي وسامر نيهان، مرجع سابق، ص14.

2– مرجع نفسه، ص.ص17–18.

المطلب الثاني- أحكام التمويل عن طريق عقد المرابحة:

يشترط لصحة عقد المرابحة، توافر مجموعة من الشروط ينبغي مراعاتها لضمان التطبيق الأنسب لهذا العقد بما يتوافق مع الشريعة الاسلامية **(الفرع الأول)**، وتترتب عن التمويل الذي يتم بهذا الطريق مجموعة من المخاطر **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول- شروط التمويل عن طريق عقد المرابحة:

فضلا عن الشروط العامة المتعارف عليها في القواعد العامة للعقد، يختص عقد المرابحة بشروط خاصة أقرها الفقه الاسلامي يمكن تلخيصها في شروط تتعلق بالعقد **(فقرة أولى)**، وشروط تتعلق بالمبيع **(فقرة ثانية)**، ثم شروط تتعلق بالثمن **(فقرة ثالثة)**.

الفقرة الأولى-الشروط المتعلقة بالعقد ذاته:

يشترط لصحة عقد المرابحة شروط أساسية تتمثل في:

أولا-أن يكون العقد البيع صحيحا:

يشترط لصحة بيع المرابحة أن يكون العقد الاول صحيحا، والعقد الأول هو الذي يجمع البنك أو المؤسسة المالية بالبائع وألا يكون باطلا لأي سبب من الأسباب، كأن يكون البائع ليس أهلا للبيع، وبالتالي ليس للبائع التصرف فيما اشتراه، فإذا اشترى البنك بضاعة أو سلعة معينة من غير مالكها لا يستطيع التصرف فيها وبيعها، فإذا ما باعها مرابحة يكون قد باع ما لا يملك، والسبب في ذلك أن عقد المرابحة هو بيع مرتب على الثمن الأول، مما يقتضي صحة العقد الذي نشأ منه[1].

ثانيا-ألا يكون بيع المرابحة ذريعة للربا:

يقصد المشتري الحصول على المال ويتخذ السلعة وسيلة لذلك، كما في بيع التورق، وهي شراء السلعة بثمن أعلى لأجل التأجيل، وبيعها إلى البائع أو الغير بثمن أقل ففي الاصطلاح الفقهي **التورق** هو شراء الشخص لسلعة بثمن مؤجل لأجل متفق عليه ليبيعها إلى آخر بثمن حال بهدف للحصول على النقد[2].

1- محمد عثمان بشير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي، ط6، دار النفائس، الاردن، 2007، ص319.

2- المرجع نفسه، ص320.

الفقرة الثانية- الشروط المتعلقة بالمبيع:

يشترط في المبيع كمحل لعقد المرابحة بالإضافة للشروط العامة المنصوص عليها في القانون المدني، شرطين آخرين خاصين بهذا الاخير[1]:

أولا-دخول السلعة في ذمة البنك:

يشترط أن تدخل السلعة المأمور بشرائها في ملكية المصرف وضمانه قبل إنعقاد العقد الثاني مع العميل، وهذا الشرط يجعل المصرف بحاجة إلى مخازن ليدخل السلعة في حوزته ويعاينها المشتري وذلك لنفية الشبهة المتعلقة ببيع المرابحة للسلع غير المملوكة للبنك، بالإضافة لكونها تأكيد لحقيقة أن البنك أو المؤسسة المالية التي تعتمد على صيغة التمويلية المرابحة تجعل منه تاجرا مساهما في دعم الإقتصاد الوطني وتحريك عجلة التنمية.

ثانيا-تبيان عيوب السلعة للعميل:

يشترط لصحة بيع المرابحة بيان العيب الذي حدث بالمبيع بعد شراءه وكذلك كل ما في معنى العيب، وهو شرط عام، لأن السلامة من العيوب في محل العقد من شروط صحة البيع الضمنية أي التي لا تحتاج إلى النص عليها ويعتبر أوجب وألزم في بيع المرابحة منه في بيع المساومة، لأن المشتري ائتمن البائع في اخباره عن الثمن الاول من غير بينة، لذلك يجب صيانة هذه الثقة [2].

الفقرة الثالثة-الشروط المتعلقة بالثمن:

يشترط في الثمن في عقد المرابحة ضوابط معينة سواء في ثمن السلعة أو الربح المضاف:

أولا-أن يكون ثمن السلعة معلوما للعميل:

يجب أن يكون الثمن الأول معلوما للمشتري الثاني (الآمر بالشراء)، أي عميل البنك

1-أحمد علي عبد الله، المرابحة وأصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية، ط2، الدار السودانية، السودان، 2016، ص.ص51-52.

2 -المرجع نفسه، ص53.

طالب التمويل، لان المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح"[1]"، والعلم بالثمن الأول شرط لصحة البيع، فإذا لم يكن معلوما فالعقد فاسد"[2]".

ثانيا-ألا يكون للثمن الأول مقابل لجنسه من أموال الربا:

إذا توفر شرط المقابل لجنسه من أموال الربا، بأن إشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل، لم يجز بيعه مرابحة، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة، والزيادة في أموال الربا تكون ربا، أما عند اختلاف الجنس فلا بأس بالمرابحة"[3]".

ثالثا-ألا يكون الثمن قابلا للزيادة:

يشترط لصحة بيع المرابحة ألا يكون الثمن قابلا للزيادة في حالة عجز العميل عن السداد كشرط جزائي او غرامة تأخيريه"[4]"، وهو ما تم التأكيد عليه في النصوص بنك الجزائر، إذ "يجب أن يبقى سعر البيع المشار إليه في عقد المرابحة ثابتا ولا يمكن أن يكون محلا لأي زيادة لغاية تسديده بالكامل وفي الآجال المتفق عليها في العقد"[5]".

رابعا- أن يكون الربح المضاف للثمن معلوما للطرفين:

يشترط أن يكون الربح معلوما لأنه جزء من ثمن البيع سواء كان هذا الربح قدرا معينا أو جزءا من الثمن، ويجب التنويه إلى أن هذا المبلغ يشكل وعاء الرسم على النشاط المهني"[6]".

1-تنص المادة 04 فقرة 02 من التعليمة رقم 03-2020 على: " **تمثل تكلفة الاقتناء سعر الشراء من طرف البنك أو المؤسسة المالية بإضافة تكاليف المباشرة ذات الصلة باقتناء هذه السلعة والمدفوعة للغير.**

2-مقلاني عليمة، بدواني بسمة، مرجع سابق، ص53.

3-أبو صرار النعامي، سامر نيهان، مرجع سابق، ص22.

4-المادة04 فقرة 02 من التعليمة رقم 02-2020 تنص على: " **يجب أن يبقى سعر البيع المشار إليه في عقد المرابحة ثابتا ولا يمكن أن يكون محلا لأي زيادة لغاية تسديده بالكامل وفي الآجال المتفق عليها في العقد**".

5-المادة 04 فقرة 02 من التعليمة رقم 02-2020.

6-المادة07 من الامررقم21-07 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة2021.

الفرع الثاني–مخاطر التمويل عن طريق عقد المرابحة:

إن تطبيق عقد المرابحة كآلية للتمويل البنكي الاسلامي له العديد من المنافع الاقتصادية والاجتماعية التي تعود على البنك الاسلامي والعميل معا، إلا انه محفوف بمجموعة من المخاطر التي تنجر عن تطبيقه.

يتطلب تطبيق عقد المرابحة تحري الدقة وتوخي الحذر من جانب المصرف والعميل سويا، وذلك لتجنب الوقوع في المخاطر التي تحيط بالعقد، سواء ما تعلق منها بالمخاطر القانونية أو التشغيلية لهذا العقد.

الفقرة الأولى–المخاطر القانونية للتمويل عن طريق عقد المرابحة:

يتحمل البنك، قبل إبرام عقد بيع المرابحة، كافة المخاطر باعتباره مالكا في هذه المرحلة من البيع، وأي عقد مرابحة يتم فيه تحويل المخاطر إلى العميل قبل إبرام عقد المرابحة، أي مرحلة تملك البنك للسلعة يعد باطلا شرعا"[1]"، وتتمثل هذه المخاطر في:

أولا–خطر اختلاف مواصفات السلعة:

يحدث في بعض الأحيان أن يفاجأ الآمر بالشراء والمصرف نفسه، بعد وصول السلعة أن البضاعة المتفق عليها تختلف عن التي حددها هذا الاخير، ومن شروط صحة بيع المرابحة من الناحية الشرعية والقانونية أن المصرف يتحمل مخاطر اختلاف المواصفات على اعتبار أنه يشتري السلعة لنفسه ثم يبيعها له، وتزداد المخاطر إذا كانت السلعة مستوردة"[2]".

ثانيا–خطر ظهور العيوب الخفية:

إن الالتزام بضمان العيوب الخفية يعتبر من آثار البيوع بشكل عام"[3]" ومنها بيع المرابحة، وهو من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البنوك باعتبارها بائعا، كما أنه شرط

1–خالد عقبل وسليمان عقبل وعارف علي عارف، المخاطر في عقود الصيرفة الاسلامية: المرابحة نموذجا، مجلة التجديد، المجلد 19، العدد 38، الجامعة الاسلامية العالمية، ماليزيا، 2015، ص123.

2–الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص145.

3–المادة 379 من الأمر رقم 75–58، يتضمن التقنين المدني.

من شروط صحة بيع المرابحة من الناحية الشرعية، لذلك فهذه الاخيرة تتحمل مسؤولية المطالبة بالتعويض من طرف الزبون في حالة ظهور عيوب خفية في المبيع، مع الاشارة إلى جواز اشتراط المصرف براءته من جميع العيوب التي تظهر في المبيع أو بعضها في هذه الحالة يفوض البنك العميل للرجوع على البائع مباشرة بالتعويض"[1].

ثالثا-خطر هلاك السلعة قبل التسليم:

يخضع عقد المرابحة باعتباره عقد بيع لأحكام هذا العقد في القواعد العامة، ومنها تبعة هلاك المبيع قبل التسليم، فقد يهلك المبيع المعين بالذات بين فترة تمام العقد وفترة التسليم، إما بفعل القوة القاهرة، أو بفعل أجنبي، مما يؤدي إلى التساؤل عن مسألة تبعة الهلاك من حيث تحديد الطرف الذي سيتحمل المسؤولية"[2].

تقع تبعة هلاك السلعة قبل التسليم على عاتق البنك في بيع المرابحة؛ لذا، فإن هلاك السلعة أو تلفها كليا أو جزئيا قبل التسليم يمثل خسارة واقعية ينبغي على البنك تحملها، أو تحمل مسؤولية مطالبة الاطراف الأخرى عن ذلك، سواء شركات تأمين أو شركات ناقلة أو مصدرين"[3].

الفقرة الثانية-المخاطر التشغيلية للتمويل عن طريق عقد المرابحة:

تتعرض عملية التمويل بالمرابحة إلى مجموعة من المخاطر التشغيلية تتمثل في"[4]:

أولا-مخاطر ائتمانية:

تنطوي المرابحة على صفقات بيع الأجل، وللبيع الآجل مخاطر خاصة تتمثل في عدم القدرة على السداد، بل وأحيانا عدم كفاية الضمانات خاصة تلك التي تتعلق بكفلاء آخرين، إذ بمرور الزمن قد لا تصبح كفالاتهم ملائمة بسبب انقطاع مواردهم المالية أو إفلاسهم أو غير ذلك، وهذه ينبغي أن تحظى بالضمانات الكافية والملائمة.

1-خالد عقبل وسليمان عقبل وعارف علي عارف، مرجع سابق، ص127.

2-مرجع نفسه، ص128.

3-الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص146.

4-مرجع نفسه، ص193.

نصت التعليمة رقم2020-03 على إمكانية إلزام الزبون في حالة عدم القدرة على السداد أو التأخر بدفع جزء أو كل المبلغ المتبقي المستحق"[1].

ثانيا- مخاطر السيولة:

تتعلق بعدم القدرة على تسييل الديون، لا يختلف أسلوب تعامل المصارف الاسلامية مع مخاطر السيولة عن تعامل المصارف التقليدية معها، إلا فيما يتعلق بالتعامل مع حسابات المديونية التي لا يمكن بيعها شرعا إلى طرف ثالث بأقل من القيمة الاسمية، ولكن لا يوجد مانع شرعي على تشجيع المدين على السداد المبكر مع إمكانية تخفيض المديونية، وهذا يتوافق مع حالة تعجيل سداد أقساط المرابحة دون المدة المحددة مع تقليص هامش المرابحة "[2].

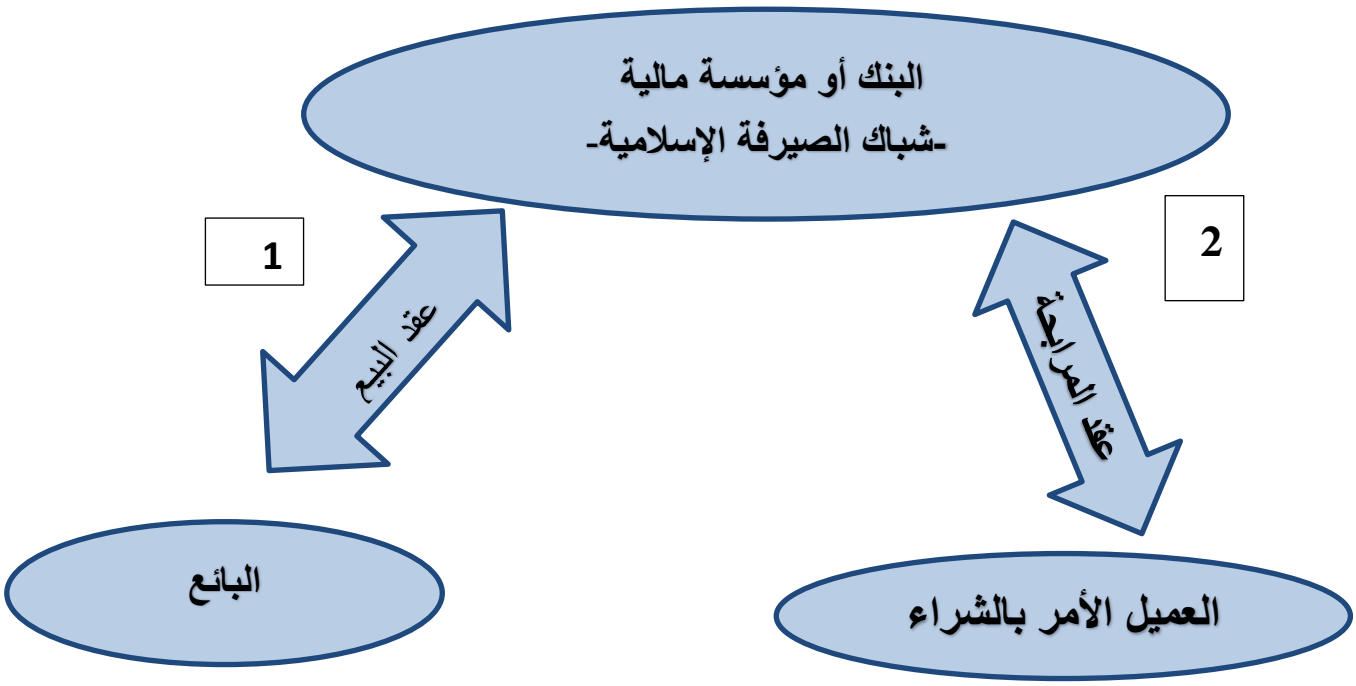
لم يرد في النصوص البنكية تكريس لمثل هذه الحلول، بل ذهبت التعليمة رقم 2000-03 إلى العكس من ذلك، إذ شددت على ضرورة ألا يترتب على السداد المبكر لكل أو جزء المبلغ المستحق أي تخفيض في السعر، من خلال إجبارية إدراج في عقد المرابحة عدم تنازل البنك أو المؤسسة المالية عن جزء من هامش الربح في حالة الدفع المسبق"[3].

1-المادة 06 من التعليمة رقم2020-03 المعرفة بمنتجات الصيرفة الاسلامية

2 -الساعدي حكيم محمود فليح، مرجع سابق، ص194..

3-المادة 05 من التعليمة رقم03-2020 المعرفة بمنتجات الصيرفة الإسلامية.

مخطط يوضح آلية عمل عقد المرابحة



من خلال دراسة الفصل الثاني تحت عنوان اليات التمويل البنكي الاسلامي القائمة على صيغة البيع، وكخلاصة لما سبق يتضح ان اليات التمويل القائمة على صيغة البيع تتمثل في بعض صيغ التمويل التي جاء بها النظام رقم 20-02 والتي ترتكز على عقود البيع بصفة عامة من خلال تمويل البنك او المؤسسة المالية العميل بالسلع التي يرغب باقتنائها في إطار عقود بيع.

يتم التمويل المعني من خلال صور عدة، هي إما البيع الآجل الذي يسمح بتمكين العميل من سلعة مؤجلة التسليم مقابل مبلغ معجل الدفع بموجب عقد السلم، أو من خلال التعهد بتسليم العميل سلعة ستصنع في المستقبل مقابل مبلغ يتفق على كيفية دفعه بموجب عقد الاستصناع، كما قد يكون التمويل في إطار بيع فوري يمكن من خلاله البنك او المؤسسة المالية العميل من سلعة معينة مقابل ثمن شرائها مع إضافة ربح معلوم.

إن آليات التمويل البنكي الاسلامي القائمة على صيغة البيع المتمثلة في عقد السلم والاستصناع والمرابحة تضمن تحقيق مصلحة الطرفين، وتمكن من تجنب شبهة الربا التي تلازم أدوات التمويل البنكية التقليدية، لكنها في الوقت نفسه تستند إلى عمليات تتجاوز في حقيقتها المجال التقليدي المعروف لنشاط البنوك والمؤسسات المالية.

خاتـــمة

خاتمــة:

اتجهت السلطات العمومية مؤخرا إلى تبني أدوات التمويل البنكي الاسلامي كنظام قائم على مبادئ الشريعة الإسلامية، يبتعد عن شبهة الربا في المعاملات البنكية، ويشجع الادخار وطلب التمويل لدى البنوك، بإصدار نظام بنك الجزائر رقم20-02 المحدد للإطار العام لمنتجات الصيرفة الاسلامية، والذي تم تفصيل أحكامه بموجب تعليمة بنك الجزائر رقم 03-2020، وهي اللبنة الاولى نحو تكريس نشاط الصيرفة الاسلامية، ومنها آليات التمويل البنكي الإسلامي، بالسماح بممارستها للبنوك والمؤسسات المالية "التقليدية".

لقد تأكدت نية السلطات العمومية في تشجيع هذه الآليات من خلال التحفيزات الجبائية التي أوردها قانون المالية التكميلي لسنة 2021، وعلى الخصوص صيغتي المرابحة والإجارة المنتهية بالتمليك، بعدم احتساب مبالغها ضمن وعاء الضريبة على الدخل الاجمالي، وإعفاء الربح الناتج عنها من الضريبة على أرباح الشركات، إلى جانب استثناء غرامات التأخير والمنتجات الأخرى غير الموافقة للشريعة الاسلامية المحصلة من طرف البنوك والمؤسسات المالية في إطار العقود المتضمنة منتجات الصيرفة الإسلامية، عندما توجه لإنفاقها على الأعمال الخيرية، من حساب وعاء الضريبة ورقم الأعمال، وذلك تحت رقابة الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء لصناعة المالية الاسلامية.

إن الفترة الوجيزة التي عرفت تطبيق آليات التمويل البنكي الإسلامي في البنوك الجزائرية لا تمسح بإجراء تقييم واقعي ومنصف للنصوص التي أسست لهذا النشاط؛ ورغم هذه الملاحظة، فقد سمح هذا البحث بالوقوف على بعض الملاحظات والنقائص، استدعت تقديم بعض الاقتراحات، لعلها تشكل نقطة انطلاق لتقييم هذه التجربة الفتية لنشاط الصيرفة الإسلامية على مستوى البنوك الوطنية.

فبالنسبة للنقائص التي سمح البحث بالوقوف عليها ؛ ما تعلق الأمر بالاطار القانوني لعمليات الصيرفة الاسلامية من جهة، أين تم تسجيل تعارض بين نظام بنك الجزائر رقم

20-02 والتعليمة رقم03-2020 التي تخص اليات التمويل الاسلامية، مع أحكام قانون النقد والقرض، حيث أن أغلب النصوص الواردة فيها التي تنظم مختلف منتجات الصيرفة الاسلامية لا تتماشى مع ما يجيزه هذا الأخير للبنوك والمؤسسات المالية،اذ ان تطبيق البنوك والمؤسسات المالية لعمليات التمويل القائمة وفق هاته الصيغ سيجع منها متجاوزة للأطر القانونية و الصلاحيات التي يخولها لها قانون النقد و القرض.

بالإضافة إلى الإطار المؤسساتي، من خلال نقص المعرفة والاطلاع من قبل مختلف القائمين على البنوك والمؤسسات المالية المعنية بهذه الآليات التمويلية الإسلامية وطرق توظيفها والتمويل من خلالها، فهاته الاليات جاءت بصورة مفاجئة لم تمر بمرحلة تمهيدية تجهز فيها الأرضية اللازم لتطبيقها.

كما ان عدم الاستقلال التام للهاته الصيغ التمويلية بمؤسسات قائمة بذاتها أي ببنوك إسلامية كاملة الأركان والاستقلالية عن البنوك التقليدية لا عن طريق شبابيك في بنوك تقليدية، يجعل من أمر الجزم بمشروعية هذا التمويل أمرا صعبا.

رغم غياب التهيئة المسبقة لذلك سواء من الناحية القانونية او المؤسساتية، تبقى مقبولة في انتظار وضع آليات مؤسساتية ورقابية تطور من الصيرفة الاسلامية في الجزائر حتى تصل إلى الاستقلالية بالمقابل فانه يلاحظ ويستخلص غياب النية الفعلية في فتح المجال أمام الصيرفة الإسلامية لمنافسة البنوك التقليدية.

أن التجربة الجزائرية في مجال الصيرفة الاسلامية لا تزال حديثة جدا، ومحتشمة لا يمكن اعتباها تكريسا حقيقا لها نظرا لجعلها تمارس على المستوى شباك البنوك والمؤسسات المالية وعدم فتح المجال أمام استقلالية البنوك الاسلامية بمؤسساتها وآلياتها التمويلية والرقابية.

إن النظام البنكي رقم 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، قد حصرت عمليات الصيرفة

الاسلامية في مجموعة من المنتجات المالية وهو ما يؤثر سلبا على الصناعة المصرفية لا سيما من حيث الحد من إمكانية ابتكار البنوك والمؤسسات المالية أو تطوير منتجات مالية تنسجم مع قوانين بنك الجزائر.

لقد تولت النصوص البنكية فيما يخص أغلب الأحكام التي أوردتها لصيغ التمويل الخاصة بالصيرفة الإسلامية تعريف هذه الصيغ، أحيانا بشكل معمق ومفصل ينسجم مع التكييف الفقهي لهذه الآليات، ما دامت تتلاءم مع ظروف ممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية من قبل الشبابيك المفتوحة على مستوى البنوك التقليدية، واكتفائه في أحيان أخرى بالمفهوم الفقهي العام، عندما يتعلق الأمر بالآليات التي لا تنسجم في جوهرها مع نشاط البنوك التقليدية ولو من خلال شباك الصيرفة الإسلامية المخصص لها، مثلما هي الحال بالنسبة لصيغ التمويل بالمرابحة والاستصناع.

إلى جانب ذلك، يلاحظ عدم التزام المنظم البنكي في تعريفه بصيغة المضاربة بالمصطلحات الفقهية المتعلقة بنشاط الصيرفة الإسلامية، في استعماله لعبارة "مقرض الاموال"، لكون الإقراض كنشاط متبوع بضمان رأس المال.

والاختصار بشأن التفاصيل الضرورية لها، مما يحول دون وضع إطار قانوني متكامل لكل آلية بالشكل الذي يسمح بإبراز مختلف الجوانب النظرية والتطبيقية لها.

أن مختلف صيغ التمويل البنكي الاسلامي التي جاء بها النظام البنكي رقم 20-02، وبالأخص التي تمت دراستها تحقق مزايا تعود على الممول من جهة، على المتمول من جهة أخرى كما انها نافعة للاقتصاد الوطني، إلا أن ذلك لا يعني خولها من المخاطر كغيرها من آليات التمويل ولكنها أقل مخاطرة منها.

أن التوجه نحو الصيرفة الاسلامية لا يتوقف عند وضع النظام البنكي الذي ينص على آليات التمويل البنكي الاسلامي ويسمح بممارستها، إنما يفترض إعداد أرضية صلبة لاستقبال هذا التوجه أولا من خلال توفير وسائل ممارستها ووضع آليات رقابة خاصة بها

بعيدا عن رقابة بنك الجزائر التي لا تصلح لها، بالإضافة إلى آليات مؤسساتية تسمح بممارسة الصيرفة الاسلامية بشكل مستقل.

وقد تم التوصل إلى بعض الاقتراحات تستغل في تطوير هذا الاتجاه تتمثل في:

وضع إطار مؤسساتي خاص يسمح بممارسة الصيرفة الاسلامية بشكل مستقل من طرف البنوك الاسلامية، وتحت إطار رقابي خاصة بها من خلال انشاء فروع خاصة للرقابة لدى بنك الجزائر تختص بالرقابة على البنوك الإسلامية والمتمثلة في هيئة الرقابة الشرعية لتلافي كافة المعوقات على عمليات الصيرفة الاسلامية.

سعي المنظم البنكي الى الاجتهاد في تحصيل الشروط بالأوجه التي تتطابق والشريعة الإسلامية التي تخص اليات التمويل الإسلامية والحرص على ضمان الأرضية اللازمة لتطبيقها واعفائها التام والمطلق من الغرامات الجبائية.

لاعتناء أكثر بالنصوص القانونية التي تحكم هذا النوع من الاليات التمويلية الاسلامية واخذها بجدية لتفادي الوقوع في التناقضات التي تشوب النصوص القانونية والتنظيمية خاصة مع قانون النقد والقرض للتوصل الى ضبط حقيقي للنظام القانوني لهذه الأخيرة وأن ينظمها في تقنين خاص بها لما من أهمية بارزة في تنمية الإقتصاد.

تحتاج البنوك الإسلامية إلى نمو ونضج الوعي الإسلامي الاقتصادي داخل المجتمعات الإسلامية، والعلم والرشادة والتخطيط من أجل تحقيق الأهداف الإسلامية، كما تحتاج إلى مزيد من التعاون بين المصارف الإسلامية باعتباره ضرورة لازمة حتى تتمكن من أداء دورها وكسب ثقة العملاء.

اعادة الاعتبار لوظيفة البنك المركزي في تعامله مع البنوك والمؤسسات المالية المتعاملة بالصيرفة الاسلامية، من خلال تطوير اداة لمواجهة التعطيل الذي يمس سلامة الجهاز المصرفي بسبب التزايد في التمويل الإسلامي، وعلى البنك المركزي ان يقدم التمويل للبنوك الإسلامية لمواجهة أزمات السيولة الطارئة على أساس المضاربة.

لقد تم التوصل في ختام هذه الدراسة الى أن المشرع استطاع من خلال النظام 20-02 تكريس عمليات التمويل البنكي الإسلامي فتجاوز شبهة الربا وتحول من معاملات قائمة على الفوائد الربوية ينفر منها اغلب العملاء الى معاملات قائمة على ارباح مشروعة تجدب العملاء.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: قائمة المصادر

I.القرآن الكريم

II.صحيح البخاري

III.النصوص القانونية:

أ- النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

2- قانون رقم 90-10، مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 16، صادر في 18 أفريل 1990(ملغى).

3- أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 52، صادر في 27 أوت 2003.

4- أمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 50، صادر في 01 سبتمبر 2010.

5- أمر رقم 21-07، مؤرخ في 08 جوان 2021، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021، جريدة رسمية عدد44، صادر في 08 جوان 2021.

ب- النصوص التنظيمية:

1- النظام رقم 14-02، مؤرخ في 16 فيفري 2014، يتعلق بالمخاطر الكبرى وبالمساهمات، جريدة رسمية عدد56، صادر في 25 سبتمبر 2014.

2- نظام رقم 18-02، مؤرخ في 04 نوفمبر 2018، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية، جريدة رسمية عدد 73، صادر في 09 ديسمبر 2018(ملغى).

3- نظام رقم 20-02، مؤرخ في 15 مارس 2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، جريدة رسمية عدد 16، صادر في 24 مارس 2020.

4- تعليمة رقم 03-2020، مؤرخة في 02 أفريل2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الاسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرفة البنوك والمؤسسات المالية، متاحة على الموقع الإلكتروني:

https://www.bank-of-algeria.dz/pdf/instructions2020ar.pdf

IV. المعاجم والقواميس:

- مجد الدين الفيروز الابادي، القاموس المحيط، مجلد رقم01، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008.

ثانيا: قائمة المراجع

I. المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب:

1-أحمد علي عبد الله، المرابحة وأصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية، الطبعة الثانية، الدار السودانية، السودان، 2016، ص.ص51-52.

2- حامد حسن، عقود التمويل المستجدة في المصارف الاسلامية، الطبعة الاولى، دار الميمان، الرياض، 2011.

3-حسن عبد الله الآمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، الطبعة الثالثة، المعهد الاسلامي للتنمية، جدة، 2000.

4- خالد أمين عبد الله، حسين سعيد سعيفان، العمليات المصرفية الاسلامية، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، 2008.

5-دويدار هاني، النظام القانوني للتأجير التمويلي: دراسة نقدية في القانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004.

6-الرفاعي فادي محمد، المصارف الاسلامية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

7- الساعدي حكيم محمود فليح، المصارف الاسلامية: مفاهيم أساسية وحالات تطبيقية، الطبعة الثانية، دار بغدادي، بغداد، 2019.

8-صالح محمد عبد العلي، المؤسسات المالية الاسلامية، ط1، دار النوادر، بيروت، 2008.

9-عبد اللطيف حمزة القراري، المصارف الاسلامية النظرية والتطبيقات، الطبعة الثانية، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2011.

10-العريقات حربي محمد، سعيد جمعة عقل، ادارة المصارف الاسلامية، دار وائل، عمان ، 2011.

11-عزاوزي خالد وآخرون، الصيرفة الاسلامية بين النظرية والتطبيق، المدرسة العليا للتجارة، الجزائر، 2020.

12- فياض عبد المنعم حسين، بيع المرابحة في المصارف الاسلامية، الطبعة الرابعة، المعمد العالمي للفكر الاسلامي، القاهرة، 1996.

13-محمد عثمان بشير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي، الطبعة السادسة، دار النفائس، الأردن، 2007، ص319.

14- محمود حسن صوان، أساسيات العمل المصرفي الاسلامي، دار وائل، عمان، 2001.

15- محمود عبد الكريم أحمد، الشامل في المعاملات وعمليات المصارف الاسلامية، الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، 2008.

16-مصطفى كمال السيد طايل، القرار الاستثماري في البنوك الاسلامية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية،2006.

17-منير ابراهيم الهندي، شبهة الربا في معاملات البنوك التقليدية والاسلامية: دراسة اقتصادية وشرعية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2000.

18- الوادي محمود حسين، حسين محمد سمحان، المصارف الاسلامية: الأسس النظرية والتطبيقات العملية، الطبعة الرابعة، دار المسيرة، عمان، 2012.

19- الوطيان محمد، البنوك الاسلامية، الطبعة الاولى، مؤسسة الوراق، الأردن، 2000.

20- الرسائل والمذكرات الجامعية:

1-مذكرات الماجستير:

- عجة جيلالي، عقد المضاربة في المصارف الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، معهد العلوم القانونية والادارية، جامعة الجزائر، 1996.

- عيشوش عبدو، تسويق الخدمات المصرفية في البنوك الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: علوم اقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة باتنة، 2008- 2009.

- لعمش امال، دور الهندسة المالية في تطوير الصناعة الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: علوم تجارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، دامعة فرحات عباس سطيف، 2011-2012.

- ناصر سليمان، تطور صيغ التمويل قصير الأجل كبديل للتمويل التقليدي في ظل الأزمة المالية العالمية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: تحليل استراتيجي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2012-2013.

2- مذكرات الماستر:

1.النعامي محمد أبو صرار، عقود المرابحة لدى البنوك الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2017-2018.

2. شريط أبو بكر، النظام القانوني للبنوك الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة،2016-2017.

3. لكحل نصيرة، النظام القانوني للبنوك الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017-2018.

4. مقلاني عليمة، بدواني بسمة، البنوك الاسلامية في الجزائر: بنك البركة نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، 2014-2015.

ج- **المقالات:**

1- أحمد شوقي سليمان، المخاطر المحيطة بصيغة الاستصناع وكيفية الحد منها(حالة عملية)، المجلة الاقتصادية العالمية، العدد57، 2017، ص.ص76-85.

2- النعمان ضحى محمد سعيد، العبدلي فتحي علي فتحي، المحل في بيع السلم، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد48، كلية الحقوق جامعة الموصل، ص ص 224-297.

3- الهواس الهام، المحتوى القانوني لعقد المرابحة وفق المبادئ المالية الاسلامية، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، العدد04، 2019، ص ص364-387.

4- بوجلال محمد، التمويل المصرفي في النظام الاسلامي والنظام التقليدي: مدخل مقارن، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، العدد 05 جامعة المسيلة، 2011، ص ص157-170.

5- حجازي محمد، معوقات استخدام عقد المضاربة كنظام تمويل اسلامي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد01، جامعة معسكر،الجزائر،2019،ص.ص 1788-1805.

6- خالد عقبل سليمان عقبل، عارف علي عارف، المخاطر في عقود الصيرفة الاسلامية: المرابحة نموذجا، مجلة التجديد، المجلد 19، العدد38، الجامعة الاسلامية العالمية، ماليزيا،2015، ص.ص 111-142.

7- زينوني عمار، خروبي مراد، المعاملات المالية في البنوك: دراسة مقارنة بين البنوك الاسلامية والبنوك التجارية، مجلة الاحياء، العدد11، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة باتنة، 2018، ص238- 261.

8- سليماني الياس، الخدمات المصرفية وتحديثات العمل المصرفي الاسلامي، مجلة المؤشر للدراسات الاقتصادية، المجلد02، العدد02، جامعة طاهري محمد، بشار،2018، ص.ص 28-41.

9- ضحى محمد أيوب، ماهية عقد المرابحة: دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد20، العدد 69، جامعة الموصل، 2020، ص ص250-271.

10- كروان ريمة، بو المرقة رميساء، تأطير ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية في الجزائر، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، العدد04، 2019، ص.ص 293-306.

11- لعناني محمد، جوفاني أسماء، مدى التزام نظام الصيرفة الاسلامية في الجزائر بمبادئ العمل المصرفي الاسلامي: دراسة تحليلية للنظام رقم 20-02، مجلة التكامل الاقتصادي، المجلد 08، العدد02، جامعة الشهيد حمة خضر لخضر، ص.ص124-138.

12- محيرق عدنان، التحول نحو الصيرفة الاسلامية مع الاشارة لحالة الجزائر، مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، العدد10، الجزء 02، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي،2017، ص ص55-70.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

I.Thèses :

1)BESSEDIK Abdelkader, **Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman**, thèse pour le doctorat en droit, université Paris-est Créteil, 2013.

2)CEKICI Ibrahim Zeyad, **Le cadre juridique français d'opération de crédit islamique**, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, spécialité : droit privé, université de Strasbourg, 2012.

3)KORBI Fakhri, **La finance islamique : une nouvelle éthique ? comparaison avec la finance conventionnelle**, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, université Paris I Sorbonne, Paris, 2016.

II.Articles :

1) Ahmed TAHIRI JOUTI, **le couple risque – rentabilité dans le modèle bancaire islamique**, les cahiers de la finance islamique, université de Strasbourg, France, 2013, pp. 43-64.

2) Hideur Nacer, **La finance islamique entre la lettre et l'esprit,** les cahiers de la finance islamique, université de Strasbourg, France, 2013, pp. 8-20.

3) Laurent Weill, **Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique ? une analyse de la littérature empirique, Les cahiers de la finance islamique**, Université de Strasbourg, France, 2013, pp. 21-32.

الفهرس

المحتويات	الصفحة
قائمة المختصرات	
مقدمة	01
الفصل الأول: آليات التمويل البنكي الاسلامي الواردة على رأسمال المشروع	06
المبحث الأول: آليات التمويل القائمة على فكرة المشاركة في رأس المال: المضاربة والمشاركة	07
المطلب الاول: التمويل عن طريق عقد المضاربة	07
الفرع الأول: مفهوم عقد المضاربة	07
الفقرة الأولى: التعريف بعقد المضاربة	07
أولا: التعريف اللغوي للمضاربة	08
ثانيا: التعريف الاصطلاحي للمضاربة	09
ثالثا: تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المضاربة	10
أ- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المضاربة في القرآن الكريم	10
ب- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المضاربة في السنة النبوية	10
ج- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المضاربة في القانون	11
الفقرة الثانية: أنواع التمويل عن طريق عقد المضاربة	11
أولا: التمويل عن طريق عقد المضاربة بالنظر لتعدد المضاربين	11
أ- المضارب الواحد	11
ب- كثرة المضاربين	12
ثانيا: التمويل عن طريق عقد المضاربة بالنظر لحرية التصرف في رأس المال	12
أ-المضاربة المطلقة	12
ب- المضاربة المقيدة	13
ثالثا: التمويل عن طريق عقد المضاربة بالنظر لنهاية عقد المضاربة	13
أ- المضاربة المنتهية بالتمليك	13
الفرع الثاني: شروط التمويل عن طريق عقد المضاربة	14
الفقرة الأولى: شروط عقد المضاربة المتعلقة برأس المال	14

أولا: اشتراط رأس مال المضاربة نقدا	14
ثانيا: اشتراط رأس المال معلوما	15
ثالثا: الاشتراط في رأس المال أن يكون عينا لا دينا في ذمة المضارب	15
الفقرة الثانية: شروط عقد المضاربة المتعلقة بتوزيع الأرباح	15
أولا: تحديد نصيب كل طرف من الربح	15
ثانيا: اشتراط توفر الربح المشترك بين الطرفين	16
ثالثا: اشتراط التقدير في نصيب كل طرف من الربح	16
الفقرة الثالثة: الشروط المتعلقة بكيفيات تنفيذ عقد المضاربة	16
أولا: اشتراط تسليم رأس المال للمضارب	16
ثانيا: التزام المضارب بشروط صاحب العمل	17
الفرع الثالث: معوقات الاستخدام المصرفي لعقد المضاربة	17
الفقرة الأولى: المعوقات القانونية للاستخدام المصرفي لعقد المضاربة	17
أولا: معوقات ناتجة عن آليات الرقابة	17
ثانيا: معوقات متعلقة بالقانون الجبائي	18
ثالثا: معوقات متصلة بمسألة الضمان	18
الفقرة الثانية: المعوقات المحاسبية للاستخدام المصرفي لعقد المضاربة	19
أولا: معوقات مرتبطة بالنظام المحاسبي	19
ثانيا: معوقات ناتجة عن نسبة السيولة	20
المطلب الثاني: التمويل عن طريق عقد المشاركة	22
الفرع الأول: مفهوم التمويل عن طريق عقد المشاركة	22
الفقرة الأولى: التعريف بعقد المشاركة	22
أولا: التعريف اللغوي لعقد المشاركة	23
ثانيا: التعريف الاصطلاحي لعقد المشاركة	23
ثالثا: تكريس التمويل عن طريق عقد المشاركة	24
أ- تكريس التمويل عن طريق عقد المشاركة في القرآن الكريم	24
ب- تكريس التمويل عن طريق عقد المشاركة في السنة النبوية	24

ج- تكريس التمويل عن طريق عقد المشاركة في القانون	25
الفقرة الثانية: أنواع التمويل عن طريق عقود المشاركة	26
أولا: المشاركة في رأس مال المشروع	26
ثانيا: المشاركة المنتهية بالتمليك	27
ثالثا: المشاركة المباشرة	28
الفقرة الثالثة: مزايا التمويل عن طريق عقد المشاركة	29
أولا: مزايا عقد المشاركة بالنسبة للشركاء	29
ثانيا: مزايا عقد المشاركة بالنسبة للبنك	29
الفرع الثاني: شروط التمويل عن طريق عقود المشاركة	30
الفقرة الأولى: الشروط المرتبطة بإبرام عقد المشاركة	30
أولا: الشروط المتعلقة بطرفي عقد المشاركة	30
ثانيا: الشروط المتعلقة بمحل عقد المشاركة	31
أ- شروط متعلقة برأس المال	31
ب- شروط متعلقة بتقاسم الأرباح	31
ثالثا: الشروط المتعلقة بتنفيذ عقد المشاركة	32
رابعا: الشروط المتعلقة بفسخ عقد المشاركة	33
المبحث الثاني: آليات التمويل الواردة على حق الانتفاع: الاجارة	34
المطلب الأول: مفهوم التمويل عن طريق عقد الإجارة	34
الفرع الأول: التعريف بالتمويل عن طريق عقد الإجارة	35
الفقرة الأولى: التعريف اللغوي لعقد الإجارة	35
الفقرة الثانية: التعريف الاصطلاحي لعقد الإجارة	35
الفقرة الثالثة: تكريس التمويل عن طريق عقد الإجارة	36
اولا: تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الاجارة في القرآن الكريم	36
ثانيا: تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الاجارة في السنة النبوية	36
ثالثا: تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الاجارة في القانون	37
الفرع الثاني: مزايا التمويل عن طريق عقد الإجارة	37

الفقرة الأولى: مزايا التمويل بالتأجير على المستأجر	38
الفقرة الثانية: مزايا التمويل بالتأجير على المؤجر	38
الفرع الثالث: أساليب التمويل عن طريق عقد الاجارة	39
الفقرة الأولى: التأجير الخدمي التشغيلي	39
أولا: تعريف التأجير التشغيلي	39
ثانيا: خطوات الاجارة التشغيلية	40
الفقرة الثانية: التأجير التمويلي	41
أولا: تعريف التأجير التمويلي	41
ثانيا: خطوات التأجير التمويلي	41
الفقرة الثالثة: التأجير من خلال صكوك الإجارة	42
أولا: تعريف سندات الإجارة	43
ثانيا: تطبيق سندات الإجارة في تمويل المصارف الاسلامية	43
المطلب الثاني: ضوابط التمويل عن طريق عقد الإجارة	44
الفرع الأول: شروط التمويل عن طريق عقد الإجارة	44
الفقرة الأولى: شروط متعلقة بعقد الإجارة	44
الفقرة الثانية: شروط متعلقة بمحل عقد الإجارة	44
الفرع الثاني: آثار التمويل عن طريق عقد الإجارة	45
الفقرة الأولى: التزامات المؤجر	45
أولا: الالتزام بالتسليم	45
ثانيا: الالتزام بالصيانة	46
ثالثا: الالتزام بالضمان	46
الفقرة الثانية: التزامات المستأجر	46
أولا: الالتزام بدفع الأجرة	46
ثانيا: الالتزام باستعمال وصيانة واصلاح الأصول المؤجرة	47
أ- استعمال الأصول المؤجرة	47
ب- الالتزام بالصيانة	47

ثالثا: الالتزام بمتابعة تعليمات المؤجر	47
رابعا: الالتزام باشعار المؤجر بكل ما يستدعي تدخله	47
خلاصة الفصل الأول	50
الفصل الثاني: آليات التمويل البنكي الاسلامي القائمة على صيغة البيع	51
المبحث الأول: آليات التمويل القائمة على البيع الآجل للسلع: السلم والاستصناع	51
المطلب الأول: التمويل عن طريق عقد السلم	52
الفرع الأول: التعريف بالتمويل عن طريق عقد السلم	52
الفقرة الأولى: تعريف التمويل عن طريق عقد السلم	53
أولا: التعريف اللغوي لعقد السلم	53
ثانيا: التعريف الاصطلاحي لعقد السلم	53
ثالثا: تكريس التمويل عن طريق عقد السلم	54
أ- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد السلم في القرآن الكريم	54
ب- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد السلم في السنة النبوية	54
ج- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد السلم في القانون	55
الفقرة الثانية: أنواع التمويل عن طريق عقد السلم	55
أولا: عقد السلم البسيط	55
ثانيا: عقد السلم الموازي	56
ج- عقد السلم المقسط	56
الفقرة الثالثة: مزايا التمويل عن طريق عقد السلم	57
أولا: مزايا التمويل عن طريق عقد السلم بالنسبة الاقتصاد الوطني	57
ثانيا: مزايا التمويل عن طريق عقد السلم بالنسبة لطرفي العقد	57
الفرع الثاني: شروط التمويل عن طريق عقد السلم	58
الفقرة الأولى: شروط متعلقة بالمبيع	58
الفقرة الثانية: شروط متعلقة برأس مال السلم	59
المطلب الثاني: التمويل عن طريق عقد الاستصناع	61

الفرع الأول: مفهوم التمويل عن طريق عقد الاستصناع	61
الفقرة الأولى: التعريف بعقد الاستصناع	61
أولا: التعريف اللغوي لعقد الاستصناع	61
ثانيا: التعريف الاصطلاحي لعقد الاستصناع	62
ثالثا: تكريس التمويل عن طريق عقد الاستصناع	63
أ- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الاستصناع في السنة النبوية	63
ب- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد الاستصناع في القانون	64
الفقرة الثانية: أنواع التمويل عن طريق عقد الاستصناع	64
أولا: الاستصناع الموازي	64
ثانيا: الاستصناع المقسط	65
الفقرة الثالثة: مزايا التمويل عن طريق عقد الاستصناع	65
الفرع الثاني: ضوابط التمويل عن طريق عقد الاستصناع	65
الفقرة الأولى: خطوات التمويل عن طريق عقد الاستصناع	65
الفقرة الثانية: شروط التمويل عن طريق عقد الاستصناع	66
المبحث الثاني: التمويل القائم على البيع الآني للسلع: المرابحة	67
المطلب الأول: مفهوم التمويل عن طريق عقد المرابحة	69
الفرع الاول: التعريف التمويل عن طريق عقد المرابحة	69
الفقرة الأولى: تعريف التمويل عن طريق عقد المرابحة	70
أولا: التعريف اللغوي لعقد المرابحة	71
ثانيا: التعريف الاصطلاحي لعقد المرابحة	71
ثالثا: تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المرابحة	72
أ- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المرابحة في القرآن الكريم	72
ب- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المرابحة في السنة النبوية	72
ج- تكريس صيغة التمويل عن طريق عقد المرابحة في القانون	73
الفقرة الثانية: مزايا التمويل عن طريق عقد المرابحة	73
أولا: تحقق المرابحة ربحا معقولا في الأجل القريب	73

ثانيا: قلة المخاطرة مقارنة بالصيغ الاخرى	74
ثالثا: اتساع نطاق التمويل بالمرابحة	74
رابعا: صيغة المرابحة صيغة للتمويل قصير الأجل	74
الفرع الثاني: مراحل إبرام التمويل عن طريق عقد المرابحة	75
الفقرة الأولى: طلب الشراء من الزبون	75
الفقرة الثانية: الوعد بالتعاقد	75
الفقرة الثالثة: المرحلة النهائية لعقد المرابحة	77
أولا: تملك البنك للسلعة	78
ثانيا: إبرام بيع المرابحة مع العميل	78
المطلب الثاني: أحكام التمويل عن طريق عقد المرابحة	79
الفرع الأول: شروط التمويل عن طريق عقد المرابحة	79
الفقرة الأولى: الشروط المتعلقة بالعقد ذاته	79
أولا: أن يكون العقد صحيحا	79
ثانيا: أن لا يكون بيع المرابحة ذريعة للربا	80
الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بالمبيع	80
أولا: دخول السلعة في ذمة البنك	80
ثانيا: بيان عيوب السلعة للعميل	80
الفقرة الثالثة: الشروط المتعلقة بالثمن	80
أولا: أن يكون ثمن السلعة معلوما للعميل	80
ثانيا: أن لا يكون للثمن الأول مقابلا لجنسه من الربا	81
ثالثا: أن لا يكون الثمن قابلا للزيادة	81
رابعا: أن يكون الربح المضاف معلوما للطرفين	81
الفرع الثاني: مخاطر التمويل عن طريق عقد المرابحة	81
الفقرة الاولى: المخاطر القانونية للتمويل عن طريق عقد المرابحة	82
أولا: خطر اختلاف مواصفات السلعة	82
ثانيا: خطر ظهور العيوب الخفية	83

ثالثا: خطر هلاك السلعة قبل التسليم	83
الفقرة الثانية: المخاطر التشغيلية للتمويل عن طريق عقد المرابحة	83
أولا: مخاطر ائتمانية	84
ثانيا: مخاطر السيولة	85
خلاصة الفصل الثاني	87
خاتمة	88
قائمة المراجع	93
فهرس المحتويات	100

ملخص:

تتناول هذه الواسة موضوعا غاية في الأهمية، يتمثل في آليات التمويل البنكي الاسلامي على ضوء النظام البنكي رقم 20-02 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الاسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، انطلاقا من الأساس القانوني والفقهي لهذا الأخير، من أجل البحث عن مدى تكريس آليات التمويل الاسلامي بشكل يجسد النية الفعلية لتحقيق الفعالية المطلوبة دفعا بشبهة الربا وتشجيعا على الادخار.

إن أهم ما تم التوصل من هذه الواسة أن التجربة الجزائرية في مجال الصيرفة الاسلامية حديثة العهد ومحتشمة لا تعبر بوضوح عن نية المشوع الجزائري في فتح المجال لممارسة هذه الاخيرة بالموازاة مع البنوك التقليدية، نتيجة عدم تهيئة أرضية مناسبة لاستيعاب هذا النشاط سواء من ناحية الاطار القانوني، أو المؤسساتي، لكنها تبقى مقبولة كخطوة أولى نحو الاهتمام بهذا المجال.

Abstract

This study came in order to shed light on a very important topic, represented in the mechanisms of Islamic banking financing in light of the banking system No. 02-20 specified for banking operations related to Islamic banking and the rules for their practice by banks and financial institutions, based on the Islamic legal and jurisprudential basis, in order to Searching for the extent of devoting Islamic financing mechanisms in a way that reflects the actual intention to achieve the required effectiveness, pushing the suspicion of interest and encouraging savings.

The most important conclusion is that the Algerian experience in the field of Islamic banking is recent and modest does not clearly express the intention of the Algerian legislator to open the way for its practice in parallel with traditional banks, as a result of not creating a suitable ground to accommodate this activity, whether in terms of the legal framework, or Institutional, but it remains acceptable as a first step towards interest in this area.