المبحث الرابع

آفـاق جديدة للعمـل المصرفى الاسلامى

لا نعتقد أن فيما سـبق من صيغ وأدوات أعيدت الى الممارسـة المصرفية المعاصرة الكفاية أو القدرة اللازمة لمواجهة تطلعات العصر ومن هنـا لا بد من آفاق واستراتيجية جديدة للعمـل المصرفى الاسـلامى تقوم على ثلاث ركائز أساسـية انطلاقا من وقوف النظام الاقتصـادى العالمى على أبواب مرحلة جـديدة تذوب فيها التكتلات الاقتصـادية الكبرى نحو الواحدية للأفضـل والأمثل فى تحقيق المصلحة العالميـة العليا ومن هنا فاننا نتصور أن ركائز هذه الاستراتيجية المقترحة هى : التكامل ، والتعاون ، والانطلاق نحو العالمية •

ولا نعتقد أن شـيئا من ذلك سهل الحدوث بشكل وعلى نحو صحيح فى المستقبل القريب ، ولكننـا نرى أنه قـد يأتى زمان لا أراه بعيـدا يفرض هـذه الركائز كأمر واقع تحسـبا لمرحلة جـديدة فى الاقتصاد العالمى كله ، وهكذا يظل النظام المصرفى الاسـلامى فى دائرة التبعية ان لم يعيـد تقييم أدائه ويتمكن من استحداث أدوات جديدة تنطلق به نحو آفاق جديدة فى العمل المصرفى الاسلامى •

اولا : فى اطار تحديث او تعديل نظام الاستثمارات فى نطاق العمل المصرفى الاسلامى نقترح ما يأتى :

١ ـ ادخال المرونة على صيغ عقود الاستثمار :

أعنى بذلك مسـألة « تحول العقد » باشتمال صيغته على صـيغة عقـد آخر لمواجهة مشكلة من مشـاكل الممارسـة والتطبيـق العملى المحتملة وأن تتضمن بنود العقد النص على ذلك •

فمثلا : (أ) كيف تتحول المضاربة الى شركة وجـوه وتشـتمل عليهـا •

(ب) كيف تتحول المرابحة الى مشاركة .
(جـ) كيف تندمج المضاربة والمرابحة فى عقد واحد ، وهكذا .
(د) كيف تتحول الاجارة الى شركة .

٢ ـ الزكاة والتمليك :

تحويل أموال الزكاة الى مشروعات استثمارية لصالح مستحقيها يديرها البنك ورصد جانب لا بأس به منها لسداد ديون الغارمين واقالتهم من عثراتهم .

٣ ـ الضمانات والتوسع فى نظام الكفالات الشخصية والعينية وكفالات الغرم والضرر على وجه الخصوص .

ثانيا : فى اطار تجديد نظام الاستثمارات فى نطاق العمل المصرفى الاسلامى وطرق آفاق جديدة نقترح ما يأتى :

١ ـ المشاركات ليست قسيم المضاربة والمرابحة .
٢ ـ تقسيم الاستثمار الى أنواع رئيسية منها :

(أ) الاستثمار النوعى .
(ب) الاستثمار التجارى المباشر أو المتاجرة .

٣ ـ صيغ جديدة للاستثمار :

(أ) شبه المضاربة .
(ب) الاجارة المضافة .
(جـ) صناديق الاستثمار المشتركة .

ثالثا ـ نماذج وصيغ مقترحة :

نضرب الأمثال لما تقدم من طرائق ثلاثة فنقول وبالله التوفيق :

النموذج الأول ـ فى اطار تحديث أو تعديل نظام الاستثمارات وفيما يتعلق بادخال المرونة على عقود الاستثمار نقترح :

١ ـ المضاربة التى قد تشتمل على شركة وجوه :

ـ تعريف المضـاربة :

المضـــاربة نوع شركة فى الربح على أن رأس المـال من طرف والسـعى والعمل من الطرف الآخـر على أن تكون حصـة كل منهما جزءا شـائعا معلوما من الربح متفق عليها ابتداء عند التعاقـد لأنه هو المعقود عليـه .

ـ الربح فى المضـاربة :

والقـاعدة أن كل شرط قطـع الشركة فى الربح أو يوجب قطع الشركة فيـه أو جهالة فيـه يفسـد المضـاربة لأنها جهالة فى المعقود عليـه توجب فسـاد العقد[1] واذا لم يعين مقدار الربح جاز ذلك على أن يكون مناصـفة لأنها شركة تقتضى المساواة .

ويظهر الربح بالقسـمة ، وشرط جواز القسـمة قبض رأس المال فلا تصح القسمة قبـل قبض رأس المـال ، وأصل هذا الشرط حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله ، كذلك المؤمن لا تسـلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه » .

والربح نماء المـال وزيادة عليـه ، والزيادة على الشىء لا تكون الا بعـد سـلامة الأصـل فلو صححنا قسـمة الربح لثبت قسـمة الفرع قبل الأصل وهو لا يجوز ، وهذا الأصل من خصائص المضاربة الشرعية بحيث اذا حدث نقص أو تلف فى رأس مال المضاربة بعد تصرف العامل فيه ودورانه فى التجارة ولا يد فيـه للمضـارب أى بغير تعد أو تقصير منه يجبر من الربح ما أمكن ، بحيث لا يكون ربح الا بعد

---

(١) المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ١٦٨

كمال رأس المـال[1] ، أما ما يحدث باعتداء يستوجب الضمان كالغصب والسرقة أو أن يستهلكه العـامل نفسـه فلا يجبر بالربح بل هو على الضـامن .

● **أثر فسـاد المضاربة على الربح :**

يرجع فسـاد المضاربة الى أمرين جوهريين هما :

الأمـر الاول :

فساد المضـاربة الناجم عن تخلف أو اختـلال شرط من شروط صحتها وهى[2] :

١ ــ أن يكون رأس المـال من الأثمـان ويعنـون بها الدراهم والدنانير ، واختلفوا فى صحة المضاربة بالعروض[3] مثلية كانت أو قيمية فلم يجيزها الجمهور وأجازها بعض فقهاء الحنـابلة وبه قال طاووس والأوزاعى وحماد وقصر ابن أبى ليلى الجواز على المثلى من العروض[4].

٢ ــ أن يكون رأس المـال معلوم القـدر والجنس والصـفة معينا من قبل رب المـال تعيينا ينفى الجهالة عنه ، وان كان لا يشترط أن يكون مقبوضا ، ولم يجز جمهـور الفقهاء أن يكون دينـا فى ذمة العامل للتهمة فى أن يكون أخر الدين للزيادة فيـه ، أما ان كان دينـا

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٣١٠ ، ط . مصطفى الحلبى بمصر ، شرح الزرقانى لمختصر خليل جـ ٦ ص ٢٢٥ ، ط . المطبعة البهية ١٣٠٧هـ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج جـ ٥ ص ٢٣٧ ، ط . مصطفى الحلبى ١٣٥٧هـ المغنى لابن قدامه جـ ٥ ص ٤١ ، ط . سجل العرب ١٣٨٩ هـ .

(٢) ترجع الكثير من شروط المضاربة ان لم يكن جلهـا الى اجتهادات الفقهاء التى تمليها الظروف الناشئة ، والحوادث المستجدة ، والحاجات الملحـة ، والمصـالح الراجحة ومن هنـا كان اختلاف الفقهاء فيهـا كثيرا وكبيرا ولا مشاحة فى ذلك فيما لا نص فيه ولا أثر صحيح .

(٣) العروض هى ما عدا النقود من الأموال .

(٤) الانصاف للمرداوى جـ ٥ ص ٤١٠ ــ تحقيق محمد حامد الفقى ــ ط . السنة المحمدية ١٩٥٥ ، المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ١٢ ــ مرجع سابق ، المبسوط للسرخسى جـ ٢٢ ص ٣٤ ط ١ ــ السعادة بمصر .

فى ذمة ثالث أو شخص من الغير فأجاز الحنابلة والحنفية ومنع المالكية والشافعية[1] .

٣ ــ تسليم رأس المال الى المضارب وألا يشترط رب المال بقاء يده عليه ، وبهذا قال الحنفية والشافعية والمالكية والزيدية أما الامامية والحنابلة فى قول آخر لهم بصحة المضاربة مع بقاء المال تحت تصرف رب المال يوفى ثمن ما يشتريه العامل من سلعة لأن مورد العقد العمل[2] . وشرط التسليم أخذ به كل من القانون المدنى الأردنى فى المادة (٦٦٢/٣) والقانون المدنى العراقى فى المادة (٦٦١/ب) .

٤ ــ يشترط فى رب المال ما يشترط فى الموكل وتجوز المضاربة من المرأة عند جمهور الفقهاء واشترط المالكية اذن زوجها ، ويجوز أن يكون رب المال غير مسلم عند الحنفية والحنابلة[3] وكره الشافعية تلك المشاركة لعدم تحرز غير المسلم عن المحرم . كما كره المالكية أن يذل المسلم نفسه لغير المسلم بأن يكون عاملا لرب مال غير مسلم[4] .

٥ ــ يشترط فى المضارب (العامل) ما يشترط فى الوكيل . وكره الفقهاء أن يكون العامل غير مسلم اذا استقل أو استبد بالتصرف

---

(١) انظر البدائع جـ ٦ ص ٨٣ ، ط . الجمالية بمصر ــ اسنى المطالب شرح روضة الطالب ــ للأنصارى جـ ٢ ص ٣٨٢ ، ط . الميمنية بمصر ــ وتنص المادة ٦٢٢/٣ من القانون المدنى الأردنى على انه :

« يشترط لصحة المضاربة ان يكون رأس المال معلوما وصالحا للتعامل فيه » وفى هذا الخصص اكتفى القانون المدنى العراقى فى المادة ٦٦١/ب بالنص على « أن يكون رأس المال معلوما ... » .

(٢) مطالب أولى النهى جـ ٣ ص ٤٢٤ ، ط . المكتب الاسلامى بدمشق ، مفتاح الكرامة للامام على جـ ٧ ص ٤٤٧ مشار اليه د. ابراهيم فاضل الدبو ــ عقد المضاربة ص ٩٦

(٣) المبسوط جـ ٢٢ ص ١٢٦ ط ١ ــ السعادة بمصر ــ المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٣ ــ ط. سجل العرب ١٩٦٩

(٤) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤ ط . مصطفى الحلبى ١٩٣٨ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ١٨٤ ط ٣ ــ بولاق بمصر .

لعدم التحرز عن المحرم ، أما اذا انتفى هـذا المحظور فلا بأس من عمل غير المسلم مضاربة فى مال المسلم[1] .

٦ ــ ويجوز الاتفاق على تأقيت المضـاربة بمدة يقدرها الطرفان مناسبة لمقتضى العقـد[2] ، كمـا يجوز أن تتقيـد المضـاربة بالمكان أو نوع النشـاط التجارى أو التعامل مع شـخص معين[3] ، واذا لم يشترط فيها شيء من ذلك فهى مطلقة يعمل فيها المضارب بما جرت به عادة التجار فى أعمالهم وما اسـتقرت عليه الأعراف التجارية فيها ومن ثم يكون المضـارب مأذونا بالعمل والتصرف برأس المـال فى مقتضيات المضـاربة وما يتفرع عنها وفقا للعرف السـائد فى هـذا الشـأن[4] ، وذلك ما لم يشـترط رب المـال على المضـارب اذنا خاصـا فى بعض الأعمال كالهبة والاقراض والدخول تحت الدين الأكثر من رأس المال[5].

٧ ــ وعند الحنابلة[6] تصح المضاربة على أدوات وآلات ومعدات يمتلكها رب المـال ويعطيها للمضـارب على جزء معين من الربح الناتج وتصح عندهم أيضـا المضاربة على حرفة المضـارب لقاء حصـة معينـة

---

(١) المبسوط والمغنى ونهاية المحتاج ــ المراجع السابقة ــ المدونة جـ ٤ ص ٥٨ ط ١ ــ المطبعة الخيرية ــ روى الخلال باسناده عن عطاء قـال : « نهى رسول الله ﷺ عن مشاركة اليهودى والنصرانى الا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم » نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٢٨٢ ط ٣ ــ مصطفى الحلبى بمصر .

(٢) وتقييد هذا الشرط باتفاق الطرفين وما يقدرانه مناسبا لمقتضى عقد المضاربة على نحو ما ذهبنا اليه يخرجنا من خلاف الفقهاء حول شرط جواز تأقيت المضاربة ويحقق المصلحة من العقد للطرفين .

(٣) ونقصد بالشخص هنا الشخص الطبيعى أو المعنوى على حد سواء وان لم يتطرق الفقهاء الى الأخير وان كنا نرى أن الشرط فى ظل التعـامل التجارى مع أشخاص معنوية يصبح ذى معنى أقوى وأفيد فى العصـر الحديث .

(٤) انظر : المـادة ٦٢٥ مدنى أردنى و مادة ٦٦٤ مدنى عراقى .

(٥) انظر : المـادة ١٤١٦ من مجلة الأحكام العدلية .

(٦) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٨٤ وما بعدها ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٢٤ ، مطالب أولى النهى جـ ٣ ص ٥٤٢

مما ينتجه وذلك خلافا للجمهور ، ووجه الجواز أن المضاربة بقصد تنمية المـال وتحقيق ربح ، والمشاركة فى هـذا الربح بينهما على الاشاعة . ثم ان الحاجة داعية الى كل ذلك فلا بأس منـه فضلا عن أن مقصـود الطرفين أتجه اليه وتحقق مقصودهما فيه .

٨ ــ لمـا كانت المضـاربة عقد شركة فى الربح أو عقدا على الشركة فى الربح فيلزم أن يكون الربح معلوما للمتعاقدين أثناء التعاقـد بالنص عليه فى العقد حصة شائعة من الربح ، ومتى جعل نصيب أحد المتعاقدين وشرط له مبلغ معين معلوم أو جعـل مع نصيبه مبلغ آخر اضـافة الى الجزء الذى يسـتحقه من الربح كأن يشـترط لنفسه النصف واضـافة عشرة أخرى ، كانت المضاربة فاسدة باتفاق جمهور الفقهاء[1] ، وآية ذلك أن كل شرط يقطع الشركة فى الربح ويخل بالمشاركة فيـه يفسد المضاربة لأن ذلك هو مقتضى عقـد المضـاربة وجوهره المتفق عليه ، الا أنه مع توفر هذا الركن فى عقد المضاربة : هل يجوز لأحد المتعاقدين أن يشترط لنفسه مبلغا معينا مما يحصـل من الربح اذا زاد الربح عليـه والزيادة مشتركة بينهما على ما شرطاه ؟

ومثل هـذا الشرط لا يجيزه جمهور الفقهاء لاسـتقرارهم على أن اشتراط جزء معين من الربح لأحد المتعاقدين ينافى مقتضى عقد المضاربة ومن ثم يفسـدها ويخرجها عن المضاربة .

وهناك رأى[2] بجواز مثل هـذا الشرط لأنه مع وجـود هـذا الشرط يتحقق أيضـا الاشتراك فى الربح وأن هـذا الشرط لا يستغرق الربح كله فلا مانع منه ، وكما يجوز لأحد المتعاقدين أن يشترط لنفسه نصيبا أكبر من صاحبه فلهذا جاز هـذا الشرط أيضا .

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٢٨٣ ، المهذب جـ ١ ص ٣٨٤ . الانصاف للمرداوى جـ ٥ ص ٤١٣ ، وحكى ابن المنذر الاجماع على ذلك . انظر المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٧

(٢) الشركات فى الفقه الاسـلامى ــ المرحوم الشـيخ على الخفيف ص ٨٥ وهو أحد رأيين للزيدية ــ عقد المضاربة ، د. ابراهيم فاضل الدبو ص ١٣٨ ــ مطبعة الارشاد ــ بغداد ١٣٩٣ هـ (١٩٧٣ م) .

ومدار الجواز والصحة فى هـذا الشرط عنـدنا هو انتفاء انقطاع الشركة فى الربح العائد ، وأيضا انتفاء الغبن والاستغلال الذى يخل بأصل المشاركة وهو التعادل والتوازن بين مصالح الطرفين ، ولهذا نرى أنه اذا تحقق مع هـذا الشرط اخلال بالتوازن المنشـود فى العلاقة العقدية بأن ترتب عليه غبن أو اسـتغلال كان للقاضى أن يعيـد التوازن المفقود الى حالته الطبيعية فى ضـوء ما يثبت لديه من أدلة وقرائن وطبيعة المعاملة ومن ثم يقتصر الفسـاد فى هذا الشرط عليه فقط دون عقد المضـاربة لصحته بتوافر أصل المشاركة فى الربح •

وفى صدد شرط الربح تنص المـادة (٦٢٧) مدنى أردنى على أنه :

١ ــ يجب أن يشترك كل من المضارب ورب المـال فى الربح وذلك بالنسـبة المتفق عليها فى العقـد فان لم يتفقـا تعين قسـم الربح بينهما مناصـفة •

٢ ــ واذا جاز للمضـارب خلط ماله مع رأس مال المضـاربة قسم الربح بنسـبة رأسى المـال فيأخـذ المضـارب ربح رأس ماله ويوزع ربح مال المضاربة بين المتعاقدين على الوجه المبين فى الفقرة الأولى •

وتنص المـادة (٦٢٨) من نفس القانون على أنه :

« ١ ــ يتحمل رب المـال الخسارة وحـده ولا يعتبر أى شرط مخالف •

٢ ــ واذا تلف شىء من مال المضـاربة حسب من الربح فان جاوزه حسب الباقى من رأس المـال ولا يضمنه المضارب » •

وتنص المـادة (٦٦١/ح) من القانون المدنى العراقى على :

« أن تكون حصة كل من المتعاقدين فى الربح جزءا شائعا » •

وتنص المـادة (٦٦٧) من القانون الأخير على أنه :

« يستحق المضارب ربحا فى مقابل عمله ورب المـال ربحا فى مقابل ماله وذلك بالقدر المشروط فى العقد فاذا لم يعين العقد حصـة كل منهما قسم الربح مناصفة بينهما » •

وتنص المادة (١٤١١) من مجلة الأحكام العدلية على أنه :

« يشترط فى المضاربة كشركة العقد كون رأس المال معلوما وتعيين حصة العاقدين من الربح جزءا شائعا كالنصف والثلث لكن اذا عبر بالشركة على الاطلاق كقوله : «والربح مشترك بيننا» فيكون مصروفا الى المساواة ويقسم الربح مناصفة بين رب المال والمضارب » .

وتنص المادة (١٤١٢) من المجلة على أنه :

« اذا فقد شرط من هذه الشروط المذكورة مثلا اذا لم تكن حصة العاقدين من الربح جزءا شائعا بل تعين لأحدهما من الربح كذا قرشا فتفسد المضاربة » .

ويبين من جماع هذه النصوص القانونية أنها أخذت برأى الجمهور فى اشتراط أن يكون الربح جزءا شائعا معلوما ، ومن ثم فان تعين لأحدهما مبلغا من الربح فسدت المضاربة ؛ وعلى هذا النحو فان هذه النصوص لم تعالج حالة الجمع بين الشرطين بدون تعارض أو مع انتفاء التعارض كأن يكون الربح بين الطرفين جزءا شائعا معلوما مع اشتراط أن يكون لأحدهما مبلغا معينا اذا زاد الربح عليه وهو ما صرحنا فيه بالجواز لانتفاء التعارض وخروجا من الخلاف وهو الأولى للحاجة الداعية الى ذلك وبالضوابط التى أوردناها فيما تقدم .

● **أثر فساد المضاربة فى هذه الحالة :**

جمهور الفقهاء[1] على أنه اذا فسدت المضاربة لتخلف أو اختلال شرط من شروط صحتها فان الربح فى هذه الحالة يكون جميعه لرب المال لأنه نماء ماله والمضارب هنا أمين ووكيل فلا يضمن المال الذى بيده فيما يتلف ، وخالف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله[2] فالعامل يضمن عندهما فى هذه الحالة ولو لم يتعمد افساد المضاربة ، ويذهب الجمهور أيضا الى أن المضارب فى هذه الحالة يستحق أجر المثل اذ يصبح أجيرا بعد أن كان شريكا فى الربح سواء حصل ربح فى

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥١ ، البدائع للكاسانى جـ ٦ ص ١٠٩ ، نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٢٣٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٣١٠ .

المضاربة أو لم يحصل وفى هذا الخصوص تفصيل لأقوال بعض الفقهاء فمنهم[1] من ربط استحقاق المضارب لأجرة المثل بوجود ربح فى المال والا فلا ، ومنهم[2] من شرط ألا تزيد أجرة المثل على ما سمى له من الربح ولا يستحق أجره عند عدم حصول ربح فى المال .

ومن الواضح أن مدار الآراء الفقهية فى المسألة هو اقتداح النظر الفقهى فى اطار تحقيق التوازن بين مصالح أطراف العقد وعدم أكل المال بينهم بالباطل ، ومن هنا لا يصح فى نظرنا أن تكون حال المضارب فى حالة فساد المضاربة بأحسن منها فى حال صحتها ، ففى حال صحة المضاربة وعدم تحقق ربح فليس للمضارب شىء ومن ثم فليس من المعقول أن يعامل المضارب معاملة أفضل بأن يعطى أجر المثل فى حالة فساد المضاربة حتى ولو لم يحصل ربح وهو ما ذهب اليه الجمهور على نحو ما سبق ، وليس من المعقول كذلك أن يعطى أجر المثل حتى ولو قيد بعدم الزيادة على ما سمى له من الربح وذلك حتى لا يتقاعس أرباب الأموال عن المضاربة بأموالهم ولا يركن المضارب الى حد أدنى مضمون من المال وهو أجر المثل عند فساد المضاربة .

ولم يعالج هذه الحالة القانون المدنى الأردنى أما التقنين المدنى العراقى فقد نص فى المادة (٦٦٧) مدنى على أنه :

« وفى المضاربة الباطلة يكون لرب المال كل الربح وللمضارب أجر المثل بحيث لا يزيد على القدر المشروط أو نصف الربح أما اذا لم يكن هناك ربح فلا يستحق المضارب شيئا »[3] .

الأمر الثانى :

فساد المضاربة الناجم عن تعمد المضارب ومخالفته لما نهاه عنه رب المال وهى ما اصطلح على تسميته بـ « المضاربة المقيدة » التى تتقيد

---

(١) وهو رأى أبو يوسف أورده ابن عابدين فى حاشيته جـ ٨ ص ٢٨٠

(٢) الانصاف للمرداوى جـ ٢ ص ٤٣٠

(٣) يقارب هذا النص المادة ١٤٢٦ من مجلة الأحكام العدلية مع خلو نص المجلة من قيد « أو نصف الربح » .

ببعض الشروط التى تقيد حرية المضارب كأن يكون قد نهاه عن السفر بمال المضاربة أو البيع نسيئة ...

واختلف نظر الفقهاء واجتهادهم فيما يترتب على حالة الفساد هذه من آثار وبخاصة مسألة الربح فى المضاربة ، فمن الفقهاء [1] من قصر أثر مخالفة المضارب للشرط المضروب عليه على جزاء من جنس المخالفة ــ وهو الأعدل فى نظرنا ــ ومن ثم حمل المضارب الخسارة التى تحصل بسبب تلك المخالفة ويبقى شرط الربح على ما شرطاه سابقا أى على حكمه السابق .

ويرى البعض[2] أن المضارب فى هذه الحالة بمنزلة الغاصب ومن ثم يكون المال مضمونا عليه وكذا يكون الربح له لأن الربح بالضمان .

وذهب رأى[3] الى أن المضارب فى هذه الحالة يستحق الأجر وان خالف وتعدى ، وفى مقدار الأجر وجهان :

أحدهما : أجر المثل ما لم يستغرق الأجر الربح كله .

الثانى : الأقل من المسمى أو أجر المثل .

وقد نصت المادة (٢/٦٢٥) من القانون المدنى الأردنى على أنه :

« اذا قيد رب المال المضاربة بشرط مقيد وجب على المضارب مراعاته فاذا تجاوز فى تصرفه الحدود المأذون بها فله الربح وعليه الخسارة وما أصاب رأس المال من تلف مع ضمان الضرر الذى ينجم عن مثل هذا التصرف » .

---

(١) انظر شرح الزرقانى على مختصر خليل مع حاشية البنانى جـ ٦ ص ٢٢٢ ــ المطبعة البهية بمصر ١٣٠٧ هـ ، نهاية المحتاج للرملى جـ ٥ ص ٢٣٣ ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصباغى جـ ٣ ص ٦٤٥ ، مكتبة المؤيد بالمملكة السعودية ط ٢ ــ ١٣٨٨ هـ (١٩٦٨ م) .

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٦ ص ٨٦ ، روضة القضاة وطريق النجاة لأبى القاسم على السمنانى بتحقيق د . صلاح الدين الناهى جـ ٢ ص ٥٩٢ طبعة اسعد ــ بغداد ــ ١٩٧٠ .

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٤١ ، شرح الزرقانى جـ ٦ ص ٢٢٢

وتنص المادة (٦٦٦) مدنى عراقى على أنه :

« فى المضاربة المقيدة يلتزم المضارب برعاية الشروط التى أذن بها رب المال فان خالفها كان غاصبا وضمن مال المضاربة ان تلف وعاد اليه وحده الربح والخسارة ووجب عليه التعويض » .

والمادة (١٤٢١) من مجلة الأحكام العدلية كانت تنص على أنه :

« اذا خرج المضارب عن مأذونيته وخالف الشرط فيكون غاصبا وفى هذه الحالة يعود الربح والخسائر فى أخذه واعطائه عليه واذا تلف مال المضاربة فيكون ضامنا » .

ولا شك عندنا فى عدم تأييد المسلك القانونى فى المسألة فيما يتعلق برجوع الربح للمضارب المخالف تعديا ، اذ يكسبه التعدى والمخالفة ميزة ما كان يحصل عليها لو التزم شروط العقد مما قد يجعله يحرص على المخالفة فتفسد المعاملة وتفتح للهوى فيها بابا تنهار فيه أو بسببه ويقلع أرباب الأموال عن تشغيلها مضاربة ، وبذلك تتحول المعاملة الى غير مقصودها الأصلى أو الأساسى وهو أنها « شركة فى الربح » وبقدر ما يرزق الله به .

● **شركة الوجوه والمضاربة :**

ـ **شركة الوجوه :**

شركة الوجوه أحد أنواع ثلاثة رئيسية للشركات العقدية فى الفقه الاسلامى وهى :

١ ـ شركات الأموال .　　٢ ـ شركات الأعمال .

٣ ـ شركات الوجوه .

وقد تأخذ شركة الوجوه وغيرها من الأقسام الرئيسية الثلاثة السابقة نمط شركة المفاوضة أو نمط شركة العنان .

ـ **انماط الشركات العقدية فى الفقه الاسلامى :**

والمفاوضة والعنان نمطان رئيسيان للشركات العقدية فى الفقه الاقتصادى الاسلامى ومن مصطلحاته الخاصة به :

(أ) نمط المفاوضة :

فالمفاوضة نمط من أنماط الفقه الاقتصادى الاسلامى فى الشركات العقدية أى التى مدارها على التعاقد بين الشركاء وحسبما يتراءى لهم فى تحقيق مصلحتهم وفق هذا النمط أو الأسلوب فى الشركات والذى نراه يرتبط أساسا بالادارة أو يهدف أساسا الى طريقة أو أسلوب الادارة فى شركات المفاوضة العقدية .

ونمط هذا النوع من الشركات وأسلوبها أنه قائم على المساواة التامة بين الشركاء فى كل شىء وبصفة خاصة فى :

١ ــ رأس المال . ٢ ــ وفى الربح .

٣ ــ وفى الادارة .

ومن ثم يكون كل شريك مفوضا عن الآخر بالعمل برأيه مطلقا دون الرجوع اليه ، ومن هنا كان طبيعيا أن يكون كل منهما كفيل الآخر ، ولهذا كان من المتعين النص فى العقد على «المفاوضة» أو تعداد جميع شرائطها ، ونعتقد أن هذا شرط شكلى لابد من توافره ، والا أصبحت الشركة أو كانت «عنانا» أى تأخذ بنمط أو أسلوب العنان .

كما نعتقد أن نمط المفاوضة قد ترجع صلاحيته لاعتبارات خاصة بالشركاء أو خاصة بطبيعة النشاط الذى تقوم به الشركة وهى أمور تخضع جميعها لتقدير الشركاء ومصلحتهم فى اتباع هذا النمط والأخذ بهذا الأسلوب فى تكوين الشركة وادارتها .

(ب) نمط العنان :

ابتداء اذا تخلف شرط من شروط نمط المفاوضة كان طبيعيا أن تصبح الشركة أو تدخل فى نمط العنان وتأخذ بأسلوب العنان القائم على :

١ ــ عدم التساوى بين الشركاء فى رأس المال كما أنه لا يكون كل واحد منهما مجبورا على ادخال جميع نقوده فى رأس المال .

٢ ــ الربح بين الشركاء يكون على ما شرطاه .

٣ ــ يشترط حصــول كل شريك على اذن صــاحبه فى التصرف وبعبارة أخرى يشترط كل من الشريكين على صاحبه ألا يتصرف الا باذنه أو اجازته والا كان ضامنا لتصرفه .

وهــذا النمط فى الشركات العقدية تحكمه أيضــا الاعتبــارات الخاصة بالشركاء أو طبيعة النشــاط الذى تباشره الشركة ، وان كان هو الأنسب لصــور عديدة من الشركات العقدية فى المعاملات العصرية .

وعلى هــذا النحو السابق من أنماط الشركات فى الفقه الاسلامى والتى يتميز أو يتفرد بها نستطيع القول :

ان شركات التضــامن وشركات التوصــية البســيطة والتوصية بالأسهم وشركات المحاصة تأخذ بكثير من نمط المفاوضة وأحكامها .

● **اشتمال المضاربة على شركة وجوه :**

بعد العرض الســابق للمضــاربة وأحكامها الأســاسية والدقيقة وما يتصل بها من مشكلات تطبيقية بالدرجة الأولى وكذا شركة الوجوه والنمط الذى تتخذه لنفســها بحسب ظروف الشركاء وطبيعة النشــاط الذى تقوم به وهو مــا يسمى بغرض الشركة ، فان العــلاقة بينهمــا أو اشــتمال المضــاربة على شركة وجوه فى حالة ما اذا أخــذ المضارب مالا بالنســيئة زيادة على رأس مال المضــاربة باذن رب المــال فان هذا المــال الجديد يكون مشتركا بينهما شركة وجوه[1] .

وهناك مرونة تضفيها شركة الوجوه على المضاربة من ناحيتين هما :

١ ــ الربــح :

فاستحقاق الربح فى الوجــوه انما هو بالضمان أى ضــمان ثمن المــال (السلع) المشــترى وهذا الضمان الأخير انما يكون بالنظر الى حصــة الشريكين فيــه ومقدار نصيب كل منهما من المــال المشترى .

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية مواد ١٤١٨ ، ١٣٩٩ ، ١٤٠٣

واذا كان اقتسام الربح فى المضاربة مداره اتفاق الطرفين المجرد أو البحت فانه فى الوجوه مربوط بمقدار حصة كل منهما فى المال المشترى الذى يتم بيعه وما قد يسفر عنه ذلك من فائدة أو مصلحة الطرفين أو أحدهما .

٢ ـ الضمان :

من المعلوم والمسلم به فى المضاربة أنه لا ضمان على المضارب الا اذا تعمد أو قصر على نحو ما سلف ، فانه فى الوجوه التى ارتبطت بالمضاربة يكون الضمان بمقدار حصة كل من الشريكين فى ثمن المال (أو السلع والبضائع ونحو ذلك) الذى تم شراؤه سواء باشر الطرفان معا عقد الشراء أو باشره أحدهما لأجل الشركة .

وهذا البعد فى الضمان يضفى على المضاربة مرونة وفعالية أكثر نحو ارتباطها بشركة وجوه اذ يتحقق فيها ضمان الطرفين للمال محل الشركة وهو ما قد يقدح فى صيغة المضاربة الى حد ما فى هذا الخصوص فقد يتعسر على رب المال اثبات تقصير أو اهمال المضارب وسوء تصرفاته الضارة وان كان الملاحظ فى عقود المضاربات المعاصرة تكبيل المضارب بالضمانات وتحميله تبعة كافة الأضرار التى قد تلحق برب المال مما يخرج المضاربة عن طبيعتها ويحد من انطلاق المضارب فى العمل فى مال المضاربة ومن هنا فان اشتمال المضاربة على شركة الوجوه يخفف الى حد كبير من غلواء شروط رب المال الخاصة بضمان المضارب ومن ناحية أخرى فان شركة وجوه المضاربة تعالج كثيرا من سوء تصرفات وسلوكيات المضارب اذا علم أنه يتحمل نصيبه فى المسئولية والضمان .

وعلى النحو السابق فلا يعدو الأمر أن ينص فى عقد المضاربة على حالة ما اذا أخذ المضارب بالنسيئة مالا من رب المال بالزيادة عليه وباذنه فانه يكون مشتركا بينهما شركة وجوه على التفصيل السابق سرده .

٢ ــ المرابحة والمشاركة :

شركة المرابحة قد تتخذ شكلين من أشكال المشاركة أساسهما واحد وهو المرابحة كمحدد لأسلوب النشاط والتعامل وذلك على النحو التالى .

● **الشكل الأول :**

أن تكون السلعة المبيعة فى المرابحة ابتداء مملوكة على الشركة بين شخصين أو أكثر ، أى أن يقوم اثنان أو أكثر بالبيع والشراء فيما يملكانه بأسلوب المرابحة ، وهذه صورة بسيطة لشركة المرابحة ، ومقدار حصة الشركاء فى هذه الشركة مرتبط بمقدار ما يدفعه كل شريك فى رأس مال السلعة ، وكذلك الربح يقسم بين الشركاء بحسب نصيبه فى رأس مال السلعة أو بحسب ما يتم الاتفاق عليه بينهم ، أما الخسارة فهى بحسب رأس المال فى جميع الأحوال .

والمميز لشركة المرابحة أنها تتخذ من أسلوب المرابحة أساسا لنشاطها بما يتخصص به من خصائص أهمها :

(أ) رأس مال السلعة أو ما قامت به وما يدخل فيه ويحسب له ربح أو لا يحسب له ربح أو لا يجب اضافته الى رأس مال السلعة .

وفى مسألة ما يحسب فى أصل ثمن السلعة ، وما لا يحسب . وما يضرب له ربح ، من عدمه ، وما يجب على البائع تبيينه وتفصيله ، اختلف الفقهاء فيه ، ونوجزه فيما يلى :

١ ــ يذهب الأحناف الى أن العادة والعرف التجارى فى هذا الشأن محكمان ، وكل ما يزيد فى السلعة أو فى قيمتها ، يلحق بالثمن ، ويدخل فى رأس المال ، ومن ثم يضرب له ربح .

٢ ــ اعتمد المالكية على التفريق بين ما لزم السلعة ولأثره عين قائمة ومشاهدة وما ليس كذلك ، فالأول يحسب فى أصل الثمن ،

ويضرب له ربح ، والثانى يحسب فى الثمن فقط ، ولا يضرب له ربح ، أما ما كان من عمل البائع نفسه ، أو ما كان من شأنه أن يتولاه بنفسه ، على جرى العادة فلا ، أما اذا أجر عليه غيره ، حسب الأجرة وربحها ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة أيضا ، مع الاخبار بالحال على وجهه حتى لا يغرر بالمشترى •

أما تفصيل البائع ابتداء ، أو بعد اجمال ، واشتراطه ضرب الربح على الكل ، أو على البعض ، فحسبما يجرى به العرف •

٣ ــ والشافعية يفرقون بين حالة لزوم العقد ، وبين العقد فى مدة الخيار ، ففى الحالة الأولى : لا يخبر الا بالثمن الذى لزم به البيع ، لأن الحط والزيادة بعد أن استقر البيع بالثمن الأول من قبيل التبرع الذى لا يقابله عوض ، وفى الحالة الثانية يلحق الحط والزيادة بالثمن ، وعلى ذلك يكون من المنطقى ــ فى نظرنا ــ أن يحط أرش العيب فى السلعة من الثمن ، اذ العيب قبل لزوم البيع ، أما أرش الجناية تقع على السلعة ــ اذ يعتبر العبد مالا فقاسه البعض على أرش الجناية تقع من العبد ومن ثم لا يحط من الثمن لأنه فداء لاستيفاء الملك ، أما أرش الجناية تقع على العبد فنرجح الرأى القائل بأن أرش الجناية على العبد ، يحط من الثمن ، لأنه عوض عن جزء تناوله البيع قبل اللزوم ، ومن ثم يحط من الثمن ، ولا يضرب له ربح •

وحط أرش العيب والجناية على السلعة من الثمن مذهب الحنابلة أيضا •

وعلى هذا النحو تفهم مسألة نماء العين المبيعة أيضا ، أى ما اذا كان النماء بعد لزوم البيع ، أو قبل لزومه •

٤ ــ والحنابلة يضيفون تفصيلا آخر الى المسألة ، يتمثل فى التفريق بين حالة تغير سعر السلعة ، وحالة تغير السلعة نفسها •

ففى الحالة الأولى ينظر :

(أ) ما اذا كان التغيير بفعل البائع الأول : فاذا كان الحط أو الزيادة فى الثمن ، فى مدة الخيار ، أو بعد لزوم العقد ، فاذا كان

فى مدة الخيـار ، لحق بالعقـد ، وأخبر به فى الثمن ، واذا كان بعـد لزوم العقـد ، لم يلحق بالعقـد ، ولا يخبر به . وهو ما يوافـق رأى الشـافعية خلافا لأبى حنيفة اذ يرى الحاق الزيادة والحط بالعقـد ، ويخبر به لأنه بسبب العقـد .

(ب) أما اذا كان التغير فى سـعر السلعة بسبب عوامل السوق ، غلاء أو رخصـا ، لزم البائع مرابحة الاخبار بالحـال ، وكتمانه تغرير وكذب .

أما فى حاله تغير السـلعة نفسها : سـواء بالزيادة أو بالنقصان ، فعلى البائع أن يخبر بالثمن الأول ، مع بيان الحال على وجهه ، واخبار المشترى به ، حتى لا يغرر به .

وبخصوص النماء المنفصل : يقول أصـحاب الرأى فى المذهب ، لا بأس أن يبيع مرابحة ويأخـذ النماء المنفصل ، ولا يحط من الثمن ، لأنه لا ينقص به المبيع ، ولكنه لا يبيع مرابحة ذلك النماء المنفصل حتى يبين للمشترى ، لأن ذلك موجب عقـد المرابحـة .

وبعد هـذا التقريب لآراء الفقهـاء نرى أن فى مذهب الأحنـاف توسـعة على الناس فى معاملاتهم ، ورفعا للحرج والمشقة على الجملة . أما التفصيلات الأخرى التى وردت فى بقية المذاهب فقد تدعـو الحاجة اليها ، ولا شـك أنها عندئذ تكون نصـا واضـحا للحكم فيما يغم أو يستشكل من حالات .

كما أننا ننبه الى أن اهتمام الفقهاء ببيان عناصر الثمن أو رأس مال المبيع على النحو السـابق من باب سـد الذرائع ومنـع التحايل على القرض بفائدة ، وقاعدة « كل قرض جر نفعا فهو ربا » ، فضـلا عن حسم النزاع بين الطرفين ومنع حصوله .

(ب) معلومية الربح والاتفاق عليـه فى عقـد المرابحـة خـلافا للمساومة والتولية والوضيعة من أنواع البيوع فى الفقه الاسلامى .

● **الشـــكل الثـانى :**

وهذا الشكل من أشكال المشـاركة فى المرابحة يؤخـذ بحـذر لاحتمال الشبهة فيه فمداره تعدد العقود من ناحية ، ومن ناحية أخرى قد يصبح البائع الأول مرابحـة هو الشريك فى المرابحـة • والصـورة الدقيقة لهذا الشكل تتمثل فى أن المشترى مرابحة قـد يعيد بيع السلعة لبائعها مرابحة اذا رغب فى ذلك وكانت السـلعة رائجة لديه أو قامت به حاجة اليها ، والبيع فى هـذه الحالة قـد يكون بأقل أو أكثر من الثمن الذى تم به البيع الأول وذلك حسـبما تمليه ظروف السـلعة وظروف السوق وقت البيع الثانى بشرط انتفاء التواطؤ وشبه الربا وبخاصة فى حالة ما اذا كان المشترى الثانى (البائع الأول) دائنا للبـائع الثانى اذ يخشى من العينة فى هـذه الحالة فى نظرنا ، وعلى هـذا النحو وبهذا التقييد يجوز هذا البيع عند الصاحبين[1] لأن العقد الثانى عقد متجدد منقطع الاحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه ، كما يجوز هـذا البيع عند الامام مالك ولا ينظر الى البيع الأول لأن هذا ملك حادث[2] وهو جائز عند الامام أحمـد[3] على الاستحباب بشرط الاخبار بالحال على وجهه وأن يجرى البيع على الثمن الأخير للسـلعة[4] • بعد طرح الربح من الثمن الثانى وعـدم ضم أو اضـافة ما خسر فيه الى الثمن الثـانى •

وقد تأخذ المشاركة فى هذا الشكل احدى صورتين هما :

(أ) يقوم المتعامل مع البنـك على أساس معرفته بنوع البضاعة أو السـلعة وكيفية تسويقها بتحديد مواصـفاتها ثم طلب شرائها من البنك الذى تبقى يده على البضـاعة أو اجراء التسـليم للشريك على

---

(١) انظر الهداية جـ ٣ ص ٥٧ ط . مصطفى الحلبى مشار اليـه فى د. محمد الشحات الجندى ـ عقد المرابحة ص ١٤٦ وما بعدها .

(٢) المدونة الكبرى جـ ٤ ص ٢٣٥ ط . مطبعة السعادة ١٣٢٣ هـ .

(٣) انظر المغنى جـ ٤ ص ٢٠٥ وما بعدها بتحقيق محمد سـالم محيسن وشعبان محمد اسماعيل ، مكتبة الكليات الأزهرية .

(٤) المرجع السـابق .

اعتبار أن يده على البضاعة يد أمانة لا يد ملك ، ويتم البيع مرابحة بمعرفة العميل وموافقة البنك على أن يقتسما الربح حسب النسب المتفق عليها بينهما .

وهذه الصورة تأخذ من المرابحة بعض سماتها وتقوم فى نفس الوقت على الشراكة بين الطرفين فيما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين من عمل والربح بينهما على ما اتفقا[1] .

(ب) أما الصورة الأخرى فعكس السابقة بمعنى أن المتعامل مع البنك يكون هو صاحب السلعة ومالكها ثم يدخل البنك معه كشريك بالجهد والعمل والخبرة فى تسويقها وتصريفها بما قد يكون لديه من امكانات ادارية وفنية واسعة فى هذا الخصوص ، على أنه فى حالة ما اذا كان البنك هو البائع الأول للسلعة أو البضاعة مرابحة وأنه لم يقبض الثمن حالا أى تم البيع نسيئة وكان نذلك أثر فى الثمن فيحظر على البنك فى هذه الحالة أن يعود الى اعادة تقييم ثمن السلعة ثانيا بسبب تأخر المشترى فى السداد فى المواعيد المحددة لتهمة أن تأخير سداد دين الثمن كان فى مقابل فائدة وحتى لا يقع هذا المحظور .

٣ ـ اندماج المضاربة والمرابحة فى عقد واحد :

هذا النموذج من عقود الاستثمار فى المصارف الاسلامية يشتمل على صورتين هما :

(أ) أن يشترط رب المال على المضارب الشراء والبيع بأسلوب المرابحة بشرائطها الشرعية وهنا تكون المضاربة مقيدة بهذا الأسلوب التجارى فى البيع والشراء . ليس للمضارب مخالفته والا تحمل المضارب تبعة المخالفة .

ومن مزايا هذا الأسلوب تحديد عناصر الثمن أو ما قامت به السلعة ومعلومية الربح مما يبعث الاطمئنان فى نفس رب المال .

---

(١) انظر الفتاوى الشرعية للبنك الاسلامى الاردنى ص ٢١ طبعة ١٩٨٤ ، حيث انفرد بالتعرض لمثل هذه الصورة من شركة المرابحة .

وفى اطار هذا القيد اذا اشترى المضارب سلعة للمضاربة من رب المال فقد اشترط الأحناف[1] فى هذه الحالة ضرورة أن يبين للمشترى الأجنبى حقيقة الشراء ومن أين اشتراه مع اضافة ربحه وذلك لاتاحة فرصة الخيار للمشترى ان شاء اشترى وان شاء ترك خشية تواطؤ المضارب مع رب المال على اعطاء الأخير ربحا زائدا على ربح « المضاربة مرابحة » .

على أنه اذا لم يبين المضارب حقيقة الأمر كان على المضارب أن يخصم من قيمة السلعة عند البيع الربح الذى أعطاه لرب المال .

(ب) أن يشترى رب المال لنفسه جزءا من مال المضاربة أى مما آل اليه مال المضاربة من سلع وبضائع فى يد المضارب ثم يبيعه مرابحة اذا رأى مصلحته فى ذلك ، وتتمثل حجج من يرى جواز ذلك من الفقهاء (الامام مالك والأوزاعى وأبى حنيفة ورواية عن أحمد[2]) أن حق المضارب قد تعلق بهذا المال بتصرفه فيه فجاز لرب المال شراؤه ولا يكون مشتريا مالا خالصا له ، ونضيف حجة أخرى أن رأس مال المضاربة قد تحول الى سلع وبضائع بعمل المضارب فيه ومن ثم فقد تغيرت حالته وطبيعته بما يخرجه عن صلاحيته لأن يكون رأس مال المضاربة على ما يذهب اليه جمهور الفقهاء ، ومن ثم صح التعامل عليه مع رب المال كغيره بل قد يعتبر تصرف رب المال فى هذه الحالة من قبيل الاعانة للمضارب[3] .

وكلا الصورتين السابقتين تعالج كثيرا من سلبيات صيغة المضاربة التى قد تتعلق بسلوكيات المضارب فى الممارسة العملية .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٦ ص ١٠٢ ــ مرجع سابق ــ حاشية ابن عابدين جـ ٨ ص ٣١٧ ــ مرجع سابق .

(٢) انظر دليل الفتاوى الشرعية فى الأعمال المصرفية ص ٥٩ اصدار ادارة البحوث بمركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى .

(٣) قريب من هذا المعنى : المبسوط للسرخسى جـ ٢٢ ص ٨٦ طبعة السعادة بمصر ١٣٢٤ هـ ، البحر الرائق لابن نجيم جـ ٧ ص ٢٦٧ طـ. شركة الكتب العربية الكبرى بمصر ١٣٣٣ هـ .

٤ ـ تحول الاجارة الى شركة :

وفى هذه الصـورة يكون مدار المعاملة هو عقد التأجير التمويلى أو الاستثمارى المعروف بـ (Leasing) (١)

وهو من أهم أنواع اجارة منافع الأعيان التى اتخذت أشكالا عديدة فى الممارسـات التجارية المعاصرة وتصح بما تصح به الاجارة من معرفة المنفعة لأنها المعقود عليـه ومعرفة الأجرة وأن تكون المنفعة مباحة شرعا كمـا يشترط فى العين المؤجرة معرفتها ووقوع العقـد على منفعتها دون أجزائها وأن تكون مقدورا على تسليمها ومشتملة على المنفعة المقصودة منها ومملوكة للمؤجر أو مأذونا له فيها وقـد تكون الاجارة لمدة معينة معلومة أو العمل معلوم ولا يشترط فى الأجرة باعتبارها بدل المنفعـة أن تكون معجلة ولكنها تستقر باستيفاء المنفعة أو بالقدرة على استيفائها .

وكل شرط ينافى مقتضى عقـد الاجارة يبطل كأن يشـترط المؤجر انتفاء مسـئوليته عن الهلاك أو التلف بغير تعـد أو تفريط من المستأجر أو أن يشترط انتفاء مسـئوليته عن التأخير فى تسـليم العين المؤجـرة لأنه من التزاماته لتمكين المسـتأجر من الانتفاع أو أن يشترط اعفـاءه من عيـوب العين المؤجرة ، وكذلك شرط اعفـاءه من التأمين على العين المؤجرة لأنه من شروط تمكين المسـتأجر من الانتفاع . ومن ثم يجب عرض كل شرط من شروط هذا العقـد على مقتضى أحكام عقد الاجارة فى الفقه الاسلامى لانزال الحكم الشرعى الصحيح عليها .

عنـد نهاية هذا العقد لانقضـاء مدته أو استيفاء المنفعة المقصودة قد يجد كل من الطرفين مصلحته تقتضى تحول عقد التأجير التمويلى الى شركة مضـاربة المؤجر فيها رب المـال والمسـتأجر مضارب ورأس مال المضاربة فى هـذه الحالة لا يكون من النقـدين على ما يرى جمهـور الفقهاء ولكن من العروض عنـد من يرى جوازها رأس مال المضـاربة

---

(١) انظر فى تفصيل هذه المعاملة كتابنا : ضوابط الملكية مع احـدث التطبيقات الاقتصادية المعاصرة ص ١٣٥ وما بعدها .

وبهذا قال الامام أحمد فى رواية وكذا أبو بكر وأبو الخطاب من الحنابلة والمرداوى فى الانصاف وبه قال طاووس والأوزاعى وحماد وابن أبى ليلى[1] ، والذين أجازوا العروض رأس مال للمضاربة اشترطوا تقييمها وقت العقد ، وهذا الرأى قد تدعو اليه الحاجة كما سبق ومن ثم فلا بأس به اذ لا يخالف محظورا شرعيا بل يحقق مصلحة راجحة .

وتحول عقد الاجارة فى هذه الحالة انما يكون بالنص عليه فى العقد بعد تقدير المصلحة الاقتصادية للطرفين وانتفاء الغرر فيه كأن يشترط رب المال الضمان على المضارب اذا تلف رأس المال بلا تفريط من المضارب ففى هذا الشرط زيادة غرر كما يذهب الحنابلة ولذلك يبطل عندهم الشرط ويصح العقد وهو مذهب الحنفية أيضا[2] .

● **النموذج الثانى .**

ومن النماذج والصيغ المقترحة فى اطار تجديد نظام الاستثمارات فى نطاق العمل المصرفى الاسلامى وطرق آفاق جديدة تقترح .

١ ـ تعدد أنواع المشاركات :

ليست المشاركة قسيم المضاربة والمرابحة وهو ما نوضحه على التفصيل التالى :

● **الاختناقات الفكرية فى أصول النظام الاقتصاد والمصرفى الوضعى :**

يقوم النظام الاقتصادى الوضعى بصفة عامة والنظام المصرفى بصفة خاصة على مجموعة من القواعد الفكرية الحاكمة والمحددة لمسيرته منها :

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ١٢ ـ الانصاف جـ ٥ ص ٤٢٠ بتحقيق محمد حامد الفقى ط. السنة المحمدية ـ ١٣٧٤ هـ (١٩٥٥ م) ، المبسوط للسرخسى جـ ٢٢ ص ٣٢ ط ١ ـ مطبعة السعادة بمصر ـ المقنع لابن قدامة على مختصر الخرقى ـ مطابع سجل العرب ١٣٨٩ هـ (١٩٦٩ م) .

(٢) المغنى جـ ٥ ص ٦٢ ـ تحفة الفقهاء للسمرقندى جـ ٣ ص ٢٥ مطبعة جامعة دمشق سنة ١٩٥٨

ان نظام سعر الفائدة يلعب دورا مؤثرا وبارزا فى معادلة الادخار والاستثمار بما يحقق توازنا أو تعادلا معقولا بينهما فلا تطغى احدى طرفى المعادلة على الأخرى بما ليس فى مصلحة الاقتصاد ولا شك أنه ما لم يصل الوضع الاقتصادى الى حالة التشغيل الكامل فان تلك المعادلة لا يمكنها الانطلاق بكل من طرفيها من المدخرات أو الاستثمارات دون حساب تأثيرها على الأخرى سلبا أو ايجابا بما يجعلنا نقول ان هناك مخاطرة يجب أن تكون محسوبة فى اطلاق عمل أو حركية المدخرات أو الاستثمارات وهو الأمر الذى لا يحدث كثيرا فى المدى الزمنى الطويل •

وعلى أساس ما تقدم يمكننا الخلوص الى أن هناك اختناقا فكريا فى معادلة المدخرات والاستثمارات من خلال سعر الفائدة •

أما بخصوص العمل المصرفى التجارى فان منهجيتها فى اعطاء أولوية لنظام الخدمات وتحجيم نظام الاستثمارات يشكل اختناقا فكريا آخر فى الوصول بالاستثمارات الى الحجم الأمثل الواجب لمواجهة وسد حاجات الناس الاقتصادية ومن تلافى المشاكل الاقتصادية فى نواحى الحياة الأساسية كالغذاء والكساء والمسكن والمركب •••

كما أن الحرص الشديد من جانب النظام المصرفى على ايجاد توازن دائم بين السيولة والربحية يشكل اختناقا فكريا اضافيا فى عمل البنوك التجارية •

لكل هذه الاختناقات الفكرية فى قواعد النظام الاقتصادى وعمل النظام المصرفى التجارى كان لا بد من محاولة ايجاد البدائل أو حتى النفاذ من ثنايا هذه القواعد الاقتصادية وآليات العمل المصرفى ولا شك أن المشاركات بأنواعها المتنوعة والعديدة توجد نوعا من المصالحة أو الوفاق أو الالتئام والتعاون بين رأس المال والعمل لا على أساس سعر الفائدة وانما على أساس الربح الذى من خلاله تنكسر حدة القواعد الاقتصادية الحاكمة ومنهجية العمل المصرفى الأسير فى اطار مشكلة السيولة والربحية أو مشكلة التعادل بين المدخرات والاستثمارات

أو أولوية الخدمات بأدواتها الائتمانية التقليـدية على الاسـتثمارات المحدودة اذ لا يجوز للبنوك التعامل فى المنقول أو العقار وانما فقط تلقى الودائع تحت الطلب أو لآجال قصـيرة وتقـديم الضـمانات للقروض والاستثمارات ثم الاستثمار المحدود .

● **الخصائص الجامعة للمشاركات(١) :**

تتمتع المشاركات بمجموعة من الخصائص المشـتركة تسـاعد على أداء الدور المرمـوق والمنتظر لهـا فى تخطى كثير من عقبـات النظم الاقتصادية والمصرفية . من هذه الخصائص ما يأتى :

(أ) ان الاشـتراك فى الربح هو جوهر عمليات المشاركة وطريقة اقتسـامه تخضع لاتفاق أطراف المشـاركة ومن ثم لا تجوز الجهالة فيه أو كل ما يؤدى الى قطعه عن أحـد الشركاء وأن يتم تحـديد أنصـبة الشركاء فيـه بنسـبة شـائعة معلومة عند التعاقد ومن هنا كان الربح منـذ اللحظة الأولى هو الشـغل الشاغل للشركاء وأنه هو المعقـود عليـه فى المشـاركات ، ومن ثم فلا بد أن يحظى بكامل الرعاية والعناية فى الدراسـة والتخطيط وحسن التقدير وعلى هـذا النحو يرقى الربح من أن يكون هـدفا الى كونه محلا أو معقودا عليه فى المشاركات .

(ب) ان احتمـال الخسـارة أمر وارد أمام تيقن الربح ومن ثم لا وجه للارتباط بينهما فاذا كان الربح معقودا عليه فان الخسـارة أمر احتمالى فى نفس الوقت . واذا كان الربح متروكا أمر كيفيـة توزيعه لاتفاق أطراف المشـاركة فان الخسـارة فى كيفيـة توزيعها فى حـالة حصولها ــ لا قدر الله ــ أمر لا مجال فيـه لاتفاق الأطراف بل هى دائما على قدر رأس المـال والا وقع الظلم فى مخالفة ذلك الأصل الفقهى المتفق عليـه .

(جـ) يجب تحديد هـدف المشـاركة وكذلك يتعين وضوح هـذا الهدف طالمـا أصبح الربح هو محور وجـود المشاركة ومحلها واذا كان ذلك كذلك فان تحديد هـدف المشاركة ووضوحه يفرض وجود سياسة

---

(١) نقصد بذلك الخصائص التى ترجع الى أصول النظام الاقتصادى.

للاستثمارات أو المشـــاركات أو تشغيل الأموال تشتمل على سلســـلة الأولويات للمشروعات المدروسة ســـلفا والجاهزة للتنفيذ فلا يكون عمل المشـــاركات عشـــوائيا أو تحكمه الظروف والملابســـات وبذلك نرتقى أيضا بالهدف من المشاركات وتحوله من العمومية الى الضبط والتحديد والوضـــوح .

(د) لا شـــك أن معلومية الربح ورجحانه واحتمـــال الخســـارة وتحديد الهدف ووضوحه يعكس أثره على مشروعية نشـــاط المشـــاركة فى اطار الحلال والحرام والنظام العام والآداب وعدم اقتراف ثمة محظور قانونى أيا كان موقع النص عليـــه فى القانون .

(هـ) المشـــاركة أيا كان نوعها عقدها محدد فى مقدار رأس المـــال فى حالة وجوده وفى نسبة الربح المستحق لأطرافها وفى احتمال الخسارة بنســـبة رأس المـــال ، هـــذا ومن ناحية الشكل فانه يلزم كتابة عقـــد المشاركة مراعاة لقطع النزاع بين أطرافها ومن ثم مصلحتهم وحماية الغير فى معاملاتهم مع الشركة . ومن هنـــا لزم الشـــهر أو الاشهار والقيـــد فى الســـجل التجارى ليبدأ الوجود أو الميلاد القانونى للشركة ومشروعية ممارسة نشاطها كما حدد لها فى غرضها ونظامها الأساسى .

(و) فيما يتعلق بحصص الشركاء فان البون شاســـع بين التنظيم القانونى والتنظيم الفقهى للمســـألة :

١ ــ ففى القانون يجوز أن تكون حصـــة الشريك دينا غائبا ، وفى الفقه يشترط أن تكون نقدا حاضرا لا دينا وان كان يجوز الحصة العينيـــه بحيلة تقيمها .

٢ ــ وفى القانون يجوز أن تكون حصة الشريك عروضا أو أشياء عينية ، وفى الفقه يجوز عند البعض بحيلة تقيمهـــا مراعاة من الفقهـــاء لضرورة العـــدل فى تقدير وتقييم الحصص باعتبار أن الحصص أساس فى توزيع الأرباح وفى الخســـائر أيضا ، فوجب الحذر والاحتياط حتى لا يأكل الناس أموالهم بينهم بالباطل وهم ينظرون .

٣ ــ وفى القانون تأخذ بعض القوانين بعدم جواز أن تكون السمعة التجارية أو النفوذ السياسى حصة فى رأس مال الشركة ولا خلاف على عدم الجواز فى النفوذ السياسى سدا للذريعة الى الفساد فى الشركة ، ولكن جمهور الفقهاء يجيزون شركة الوجوه وشركة الصنائع أو الأبدان أو التقبل ، ورأس المال الحقيقى فيهما هو السمعة التجارية والثقة الفنية ولا شك أن رأى الجمهور أدعى للمصلحة والتيسير فى المعاملات التجارية والاقتصادية .

معنى المشاركة فى اللغة :

يقال : اشتركنا بمعنى تشاركنا ، وقد اشترك الرجلان وتشاركا وشارك أحدهما الآخر [١] .

وشاركت فلانا : صرت شريكه ، واشتركنا وتشاركنا فى كذا ، والشركة : كلمة مشتقة من أفعال : شارك وشرك وتشارك[٢] ، والمشاركات : جمع مشاركة على وزن « مفاعلة » مصدر : شارك شركا ومشاركة .

ويقال : شركت بينهما فى المال تشريكا ، وأشركته فى الأمر والبيع : جعلته لك شريكا[٣] .

المشاركة عند الفقهاء :

المشاركة اسم جنس يقابلها المعارضة فهى تشمل أنواعا عدة من المشاركات والشركات وكل ما كان فيه معنى الاشتراك والمشاركة[٤] .

وعلى هذا النحو فالمشاركات تشمل أنواعا متعددة منها ما تحدث عنه الفقهاء تحت « باب الشركة » ومنها ما خص بباب مستقل كـ « المضاربة » والمساقاة والمزارعة والمغارسة .

---

(١) الصحاح للجوهرى جـ ٤ ص ١٥٩٣ مادة « شرك » .
(٢) لسان العرب جـ ١٠ ص ٤٤٨ ــ المنجد ص ٣٩٦
(٣) المصباح المنير للفيومى جـ ١ ص ٣٣٢
(٤) انظر مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية جـ ٢٩ ص ٩٩

وعلى هـذا النحو فالمشاركة أقوى فى الدلالة على المفـاعلة بين الشركاء والتعاون بينهم وشـعور المشـارك بأهميـة دوره فى نجـاح المشـاركة[1] .

وعلى هـذا الأساس فان المشاركة فى الفقه الاقتصادى الاسلامى تحقق مبدأين عظيمين من مبادىء الاقتصاد الاسلامى وهما :

أولا : الخلط والمخالطة والاختلاط بين شيئين أو أكثر[2] وليس هذا مقصودا لذاته بل بما يترتب عليه من نتائج وآثار توزيعية لعـائد العملية الانتاجية تختلف طريقتـه عن العملية التوزيعيـة فى الاقتصـاد الوضعى وذلك الاختلاف يتمثل فى النواحى الآتية :

١ ـ ان توزيع عائد الانتاج الذى يقـوم على عوامـل الانتاج وعناصره من رأس المـال والعمل والأرض والمنظم ، وأن للعنصر الأول نصيب من العائد متمثل فى « الفائدة » ، والعنصر الثانى له نصيب من العائد يتمثل فى الأجر ، والثالث من العناصر له نصيب من العائد يتمثل فى الريع ، والعنصر الرابع والأخير له نصيب من العائد يتمثل فى الربح ، والوضـع فى العملية التوزيعية فى الاقتصاد الاسـلامى يختلف عن ذلك الذى يقوم عليه الاقتصـاد الوضعى ذلك أن :

(أ) عنصر رأس المـال بمفرده لا يستحق عائدا فى المنهج الاسلامى والاقتصاد الاسلامى بصفة خاصـة اذ أن الربا حرام فلا يتعامل به أخذا أو اعطاء ، وانما يستحق رأس المـال نصيب من الربح ـ اذا تحقق ـ الناجم عن عملية اقتصادية استثمارية اختلط فيها رأس المـال بالعمـل وتحقق انتاج له قيمة بمشـاركة ادارة المنظم وأداء العـامل فى رأس المـال . واذا لم يتحقـق ربح فـلا حظ لرأس المـال فى شىء بل اذا حصلت خسارة أصيب رأس المـال بالخسران أو النقصان .

---

(١) انظر د. عبد العزيز الغامدى ـ المشاركات فى الفقه الاقتصادى الاسلامى ص ٣ من المقدمة .

(٢) لسـان العرب المحيط لابن منظور جـ ٢ ص ٣٠٦

(ب) ان هنـاك عنصرا آخر يضاف الى عناصر الانتاج ان لم يكن أسـاس فى الاقتصاد الاسلامى هو « حـق الله » فى العائد أو الانتاج من العملية الاقتصادية أو الاستثمارية فالمـال مال الله والعاملون فيـه خلق الله عمالا ومنظمين ، ويتمثل حـق الله فى فريضـة الزكاة بصـفة أساسـية والتى يجب أن يحسب حسابها فى العمليـة التوزيعية لعـائد العملية الانتاجيـة بنسبها المختلفة حسب أنواع الأموال أو النشـاط وأداء هذا العنصر من تقوى الله ولذلك فاننى أضفت الى عناصر الانتاج فى الاقتصاد الاسلامى عنصرا جديدا هو « التقوى » .

٢ ـ التعاون على الانتاج ، أى البر والاقساط بالناس ، ومن البر تلبية حاجات الناس على أساس من العدل فيما يعطى ولمن يعطون ، فيما يعطى بلا تقتير أو اسراف ، أى على قدر الحاجة ، ولمن يعطون بلا تميز فئـة أو طبقة على حسـاب الآخرين ، والبر والاقساط من تقوى الله ومن هنا كانت القاعدة الانتاجية الاسلامية : ﴿**وتعاونوا على البر والتقوى**﴾

وقد يصبح البر بمعنى تلبية أو سد حاجات الناس الأساسية فرض عين اذا لم يكن سواه لذلك .

ثانيا : التعدد والتنوع فى المشـاركات بما يغطى قطاعات انتاجيـة عديدة على النحو التالى :

(أ) فهناك الشركات بأنواعها التى تستجيب لأنواع من النشـاط الاقتصادى سواء منها ما يحتاج الى رأس مال وهى ما تسمى بشركات الأموال وهى :

ـ شركات العنـان .
ـ شركات المفاوضـة .
ـ شركات المضـاربة .

ومنها ما لا يحتاج الى رأس مال وهى ما تسـمى :

ـ شركات الأعمال أو الأبدان أو الصنائع .
ـ شركات الوجـوه .

(ب) وفى مقابل ذلك التقسيم الفقهى لأنواع الشركات هناك التقسيم القانونى لأنواع الشركات وهى :

ـ الشركات المدنية : وهى التى تقوم بأعمال لا تدخل فى نطاق أعمال التجارة كما حددها القانون التجارى على سبيل الحصر[1] .

ـ الشركات التجارية : وهى التى تقوم بأعمال تجارية على وفق نصوص القانون التجارى وهى تنقسم الى قسمين رئيسيين هما :

١ ـ شركات أشخاص .
٢ ـ شركات أموال .

وشركات الأشخاص هى التى تقوم على الاعتبار الشخصى وهى :
ـ شركات التضامن .
ـ شركات التوصية البسيطة .
ـ شركات المحاصة .

وشركات الأموال هى التى تقوم على اعتبار رأس المال وهى :
ـ شركات المساهمة .
ـ شركات التوصية بالأسهم .
ـ الشركات ذات المسئولية المحدودة .

● **المشاركات عندنا :**

تأسيسا على ما تقدم فليست الشركات هى المشاركات فقط وليست المشاركات هى الشركات فقط بل تشمل غيرها فهى « ما وقع

---

(١) وقد نص القانون التجارى المصرى على ما يعتبر عملا تجاريا وما لا يعتبر فى المواد أرقام ١ ، ٢ ، ٣ :
مادة ١ ـ كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له فهو تاجر .
مادة ٢ ـ يعتبر بحسب القانون عملا تجاريا ما هو آت :
كل شراء غلال أو غيره من أنواع المأكولات أو البضائع لأجل بيعها بعينها أو بعد تهيئتها بهيئة أخرى أو لأجل تأجيرها للاستعمال .
=

فيه الاشتراك بمقتضى عقد[1] بين اثنين أو أكثر على القيام بعمل أو نشاط استثمارى على وفق مقاصد الشرع الاسلامى يشتركان فيه بأموالهما أو أعمالهما أو جاههما أو بالمال من أحد الطرفين.

=

وكل مقاولة أو عمل متعلق بالمصنوعات أو التجارة بالعمولة أو النقل برا وبحرا .

وكل تعهد بتوريد أشياء وكل ما يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية وغيرها من المحلات المعدة للبيع بالمزايدة أو الملاعب العمومية .

وكل عمل متعلق بالكمبيالات أو الصرافة أو السمسرة وجميع معاملات البنوك العمومية .

وجميع الكمبيالات أيا كان أولو الشأن فيها .

وجميع السندات التى تحت اذن سواء أكان من أمضاها أو ختم عليها تاجرا أو غير تاجر انما يشترط فى الحالة الأخيرة أن يكون تحريرها مترتبا على معاملات تجارية .

وجميع المقاولات المتعلقة بانشاء مبان متى كان المقاول متعهدا بتوريد الأدوات والأشياء اللازمة لذلك .

وجميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارف ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد .

وكل عمل متعلق بانشاء سفن أو شرائها أو بيعها لسفرها داخل القطر أو خارجه .

وجميع الرسائل البحرية المتعلقة بالتجارة .

وكل بيع أو شراء مهمات أو أدوات أو ذخائر للسفن .

وكل استئجار أو تأجير السفن بالنولون ، وكل اقراض واستقراض بحرى .

وكل عقد تأمين من الأخطار وجميع العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية .

وكل اتفاق أو مشارطة على ماهيات الملاحين وأجرهم .

واستخدام البحريين فى السفن التجارية .

مادة ٣ ــ اذا باع أحد أصحاب الأراضى أو المزارعين المحصولات الناتجة من الأراضى المملوكة له أو المزروعة بمعرفته فلا يعد هذا البيع عملا تجاريا .

(١) يفترق عقد الشركة عن غيره من العقود فى النواحى التالية :

=

والعمل من الآخر وما ربحاه أو حصلاه من الثمر أو الزرع فبينهما على ما شرطاه وما غرماه فيحسب رأس المال ان كان من الجانبين أو بالمال من جانب والعمل من الآخر »[1] .

وهذا التعريف فى نظرنا لا يشمل كل أنواع الشركات التى تحدث عنها الفقهاء فحسب بل يشمل أيضا المساقاة والمغارسة والمزارعة واذا كان ذلك فان المشاركات قد تمارسها مؤسسات أو شركات وقد يمارسها أفراد وفى الحالة الأولى تكتسب تلك الكيانات أو المؤسسات الشخصية المعنوية التى تمارس بها ومن خلالها وبمقتضاها نشاطها الاستثمارى بكل ما يترتب على تلك الشخصية المعنوية أو الحكمية من آثار وبحسب طبيعة ونوع المشاركة ومن أهم تلك الآثار[2] :

=

(أ) تقوم العقود على التوفيق والتوازن بين مصالح متعارضة بينما فى الشركة هدف الشركاء واحد هو تحقيق الربح .

(ب) فى الشركات المساهمة يضعف المفهوم التعاقدى الى حد كبير فقد لا يعرف غالبية الشركاء المساهمين بعضهم بعضا .

(جـ) عقد الشركة يجوز تعديله بالأغلبية ومن ثم فان الشخص المعنوى المترتب عليه يسيطر بقوة على الارادات الفردية التى ساهمت فى تأسيس هذا الشخص المعنوى .

(د) يضفى القانون على عقد الشركة بعد تأسيسها وشهرها الشخصية المعنوية ومن ثم فانشاء الشخص المعنوى يترتب على عقد الشركة .

(١) وقد عرف المشاركة د. عبد العزيز الغامدى تعريفا جامعا مانعا على ما نعتقد كان أساسا فى تعريفنا مع الضبط الذى ذكرناه اذ قال فضيلته : « المشاركة فى العقود هى عقد بين اثنين أو أكثر على قيام بعمل استثمارى يشتركان فيه بأموالهما أو أعمالهما أو جاههما او بالمال من أحدهما والعمل من الآخر وما ربحاه أو حصلاه من الثمر أو الزرع فبينهما على ما شرطاه » ا هـ . انظر بحثه القيم بعنوان : المشاركات فى الفقه الاقتصادى الاسلامى بين الأصالة والتجديد ص ٤٨

(٢) حرمات مرعية حتى لا يقع الخلل والفوضى فى النظام الاقتصادى .

١ ــ الذمة المالية المستقلة عن ذمة الشركاء وقد يكون ذلك فى أحيان كثيرة حماية للشركة مما قد يصيب بعض الشركاء فى ذمتهم المالية الخاصة من عسر أو افلاس ، ويترتب على تمتع الشخص المعنوى بالذمة المالية المستقلة عدة نتائج منها :

ــ انتقال ملكية الحصص أو رأس المال الى الشخص المعنوى .
ــ ضمان عام لدائنى الشخص المعنوى دون دائنى الشركاء .
ــ امتناع المقاصة بين ديون الشخص المعنوى وديون الشركاء .
ــ تعدد واستقلال التفليسات فى حالة حصولها لا قدر الله .

٢ ــ تمتع الشخص المعنوى بالأهلية التى تمكنه من مزاولة نشاطه فى اطار الغرض الذى قام من أجله وسند انشائه .

٣ ــ أن يكون للشخص المعنوى اسم وموطن وجنسية .

٤ ــ أن يكون للشخص المعنوى ممثل يعبر عن ارادته وادارته أمام الغير .

● **المشاركات والشخصية المعنوية :**

وقد طال الجدل وما زال حول مدى اعتداد الفقه الاسلامى بفكرة الشخصية المعنوية التى تخول ذمة مالية مستقلة لصاحبها ثم مدى الحاجة اليها فى الفقه الاسلامى وما زالت بعض آراء المعاصرين والمحدثين فى آخر ما كتب تنحو منحى الرفض لفكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ويعللون ذلك بما يأتى[1] :

١ ــ ان المعاملات فى الفقه الاسلامى مرتبطة ارتباطا وثيقا بعقيدة المسلم وأخلاقه وعلى هذا الأساس استنبط الفقهاء أحكام المشاركات المدونة فى كتب الفقه .... بخلاف القانون الوضعى الذى وضع أحكامه وفقا للمتطلبات المادية فقط ... ومن هذا المنطلق جعل الشخصية الاعتبارية أمرا جوهريا فى قيام الشركة ــ وهذه حجة بذاتها صحيحة

---

(١) انظر د. عبد العزيز الفامدى ــ بحثه السابق الاشارة اليه ص ٥٧ وما بعدها .

فلا نزاع فى أن الربط بين العقيدة والمعاملات فى المنهج الاسلامى أمر جوهرى وأن البناء المادى للأنظمة القانونية أمر غالب ولكنها لا تفيد عزمة ولا حسما فى محل النزاع الفقهى وتحقيق مناطه فالشخصية الحكمية أو الاعتبارية مستمدة ومستوحاة من الشخصية الطبيعية ترتيبا وتنسيقا لأحكام عملية تقتضى ذلك وتيسيرا على الناس فى معاملاتهم دون مجافاة لأمر عقائدى من قريب أو بعيد ، بل ان مقاصد الشرع تقوم ضمن ما تقوم على حفظ المال مع بقائه واستمراره بدورانه وتشغيله ولزوم ذلك يقتضى اسباغ الشخصية الحكمية أو الاعتبارية لكيانات مادية كى تستطيع أن تحفظ المال ولا تعطله أو تهدره أو تكنزه وكلها أمور محظورة شرعا .

٢ ــ ان اسناد بعض الأحكام الى جهات ليس لها الشخصية الطبيعية فى الفقه الاسلامى كالوقف وبيت المال لا يدل بالضرورة على أن الفقهاء قد اعتبروا لها الشخصية المعنوية أو الحكمية خاصة وأنهم قد صرحوا بنفى الذمة عنها (١) ، وهذه حجة منقوضة بمثلها فكما أنه ليس هناك لزوم بين اسناد بعض الأحكام الى الوقف أو بيت المال والشخصية المعنوية فليس هناك أيضا عدم لزوم بين هذا الاسناد والشخصية المعنوية ويكون الأمر مداره تخريج المناط فاذا كان الفقهاء أصلا يعتبرون مسألة الذمة « كوصف شرعى مقدر فى الشخص كى يضفون عليه صلاحية للالتزام والالزام ومن هنا كانت القاعدة الفقهية الأصل فى الانسان «براءة الذمة» والذمة فى أساسها أمر مقدر حتى تنتظم الحقوق والالتزامات فى معاملات الناس فان استصحاب الحال يقتضى وبالضرورة اضفاء ذلك الوصف على الشخص المعنوى حكما اذ الحاجة العامة التى تنزل منزلة الضرورة داعية اليه وكل ما يهمنا توضيحه هنا أن الذمة كوصف شرعى مقدر ومفترض ليست ذاتا كما هى فى القانون الوضعى وفقهه اذ ينظر القانون والقانونيون الى الذمة على أنها :

---

(١) قال ابن نجيم فى البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٢٧ : « وليس للوقف ذمة » وكذا ابن عابدين فى حاشية رد المحتار جـ ٤ ص ٤٣٩

مجموعة الحقوق المالية الموجودة أو محتملة الوجود والالتزامات الموجودة أو المحتملة الوجود لشخص معين ومن ثم فالذمة فى القانون ذات لا وصف اذ هى نفس الحقوق والالتزامات المالية فى القانون وذلك بقصد تحقيق أمرين هما :

ـ تحقيق ضمان عام للدائنين على مجموع أموال المدين كوحدة مستقلة عن الأموال المكونة لها وتشمل الموجودة حاليا والمحتملة مستقبلا .

ـ تحقيق حرية المدين فى التصرف فى بعض أمواله .

على حين أن الذمة فى الفقه الاسلامى اذا كانت فى الفقه بمعنى العهد والأمان على حين أن الاسلام يهتم ابتداء بالانسان وتربيته تربية اسلامية عقائدية قائمة على التوحيد والعبودية لله وحده والطهر والحل فى المعاملات أو حلية المعاملات والبعد عن الحرام وشبهاته ومن هنا فان بعض الفقهاء اذا لم يثبت الذمة للوقف فقد أثبتها غيرهم كما أن عدم التصريح بالذمة للوقف أو المساجد أو بيت المال لا ينفى اثبات الحقوق لها وايجاب الواجبات عليها كما هو ثابت عند الكثيرين من الفقهاء[1] ومن هنا فان الأمر فى نظرنا لا يعدو أن يكون اختلاف مدخل ومسلك فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ذلك أن :

(أ) من ناحية المدخل فلا شك أن اهتمام المنهج الاسلامى بالانسان وسلوكه على رأس الأمر وجوهره بل مدار الأمر كله كى يربى على عقيدة التوحيد ويكون مسلكه اسلاميا فى كل شىء وهذا أمر لا يعنى به كثيرا ولا تتخذه مدخلا أساسيا لها القوانين الوضعية وبصفة خاصة القوانين الاقتصادية منها فهناك مقولة تقول : لا دخل للأخلاق فى الاقتصاد .

---

(١) الروضة للنووى جـ ٢ ص ١٧٠ ـ الأم للشافعى جـ ٢ ص ١١، ١٢ ـ المغنى لابن قدامة جـ ٢ ص ٤٦٢

فالذمة فى الفقه الاسلامى مناط التكاليف الدينية والدنيوية معا ولهذا تكتمل أهلية الأداء بالبلوغ وعندما يكون الشخص مكلفا بالصلاة ونحوها[1] فالانسان الذى كلف بالعبادة كلف بتعمير الأرض بل ان كل ذلك داخل فى نطاق العبادة بالمفهوم الاسلامى ... فمن كان أهلا لخطاب الشارع كان أهلا لأن تكون له ذمة مالية يكلف بالواجبات المالية ولذا خصوا الذمة بالانسان[2] ولكنهم مع ذلك قرروا جواز الوقف على الجهة[3] .

(ب) ان الفقهاء المسلمين اذ يثبتون للمسجد والوقف وبيت المال بعض الأحكام التى تثبت للشخص الطبيعى فان مداره الحاجة وتنظيم شئون هذه الجهات ـ الوقف والمسجد وبيت المال ـ ومن ثم فليسوا بحاجة الى الاعتراف بالشخصية المعنوية على نحو عام ومجرد أو كمبدأ قانونى عام كما هو الحال فى القانون الوضعى لاختلاف المدخل فى كل من النظام القانونى والمنهج الاسلامى على نحو ما أسلفت بيانه ولا أدل على صحة ما نقول مما يلى :

ان جمهور الفقهاء يذهب الى أن كل شريك على انفراد تستحق عليه الزكاة بتوفر شروطها الشرعية والا فلا زكاة عليه ولو كان مال مجموع الشركاء يبلغ نصابا خلافا للشافعى الذى اعتبر مجموع المال كالمال الواحد فى وجوب الزكاة[4] .

---

(١) أحكام القرآن للقرطبى جـ ١ ص ٨٤ تحقيق عبد الغنى عبد الخالق ـ ط . دار الكتب العلمية بيروت ١٣٩٢ هـ .

(٢) التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٣٢٤ للتفتازانى ـ التوضيح للمحبوبى صدر الشريعة الثانى ـ تحقيق د. محمد حسن هيتو ـ ط ٢ مؤسسة الرسالة ١٤٠١ هـ ـ كشف الأسرار جـ ٤ ص ٢٣٨ على أصول البزدوى لعبد العزيز البخارى ط ١٣٠٧ هـ ـ أصول السرخسى جـ ٢ ص ٣٣٣ ـ حاشية الأزميرى على مرآة الأصول جـ ٢ ص ٤٣٤

(٣) فتاوى قاضيخان جـ ٣ ص ٢٩٣ ـ روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣١٩ ـ الروضة للنووى جـ ٣ ص ٢٩٣ ـ المغنى جـ ٥ ص ٦٠١ ـ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٤ ، ٢٠٢ ـ تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٢٨٩

(٤) د. يوسف القرضاوى ـ فقه الزكاة جـ ١ ص ٢٧٨

٣ ــ ان بعض الآثار التى رتبها القانون الوضعى على الأخذ بالشخصية الاعتبارية لا تتفق مع روح الشريعة الاسلامية مثل :

(أ) خروج حصة الشريك عن ملكه وانتقالها الى ملك الشركة باعتبار الشخصية المعنوية المستقلة للشركة بما يتنافى مع قواعد الشريعة الاسلامية فى الملكية وما تخوله للمالك من مكنة التصرف التام فى ملكه فى حدود ما شرعه الله وحصة الشريك فى الشركة ما زالت فى ملكه .

وهذا الذى ذهب اليه الباحث ليس مسلما لا فى القانون ولا فى الفقه الاسلامى .

ففى الفقه الاسلامى فعند الحنفية لا تجوز الشركة فى المثليات الا بعد الخلط[1] ويرى الشافعية والظاهرية وزفر أن شركة الأموال لا تصح الا بخلط رأس المال خلطا لا يتأتى معه تميز مال الشركاء وأن يكون ذلك قبل التصرف فيه فلا يكون شركة الا بالخلط[2] وحتى يكون الربح ربح مال مشترك بين الشركاء فيكون بينهم على حسب ما لكل شريك فى رأس المال من حصة ، وذهب سحنون من المالكية الى أن الخلط شرط فى لزوم العقد وليس فى صحته والمعتمد عند المالكية أنه ــ الخلط ــ فى الضمان أى دخول رأس المال فى ضمان الشركاء جميعا حتى ان ما يهلك منه بعده يهلك عليهم وما يهلك منه قبله يهلك على صاحبه خاصة غير أن ذلك ليس على اطلاقه اذ الخلط شرط فى الضمان بالنسبة للطعام اذا جعل رأس مال للشركة وليس شرطا فى ضمان غيره اذ أن ضمانه على الشركاء يكون بمجرد العقد ويكتفى بالخلط ولو حكما[3] ، أما فى القانون الوضعى فليست

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٥ ــ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٥٤٠ مطبعة الامام ــ تبيين الحقائق جـ ٣ ص ٣١٧

(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢١٣ ــ المحلى جـ ٨ ص ٥٤٥

(٣) الشرح الكبير للدردير ــ وحاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٥٠ وما بعدها ــ والخرشى جـ٥ ص٤٧ وما بعدها ــ والمغنى جـ٥ ص١٣٧ مشار اليه فى الشركات للشيخ على الخفيف ص ٤٥

كل الشركات تتمتع بالشخصية المعنوية فهناك وعلى وجه الخصوص (شركة المحاصة) التى تعقد بين اثنين أو أكثر للقيام بعمل واحد أو سلسلة من الأعمال يؤديها أحد الشركاء باسمه على أن يقتسم الربح أو الخسارة بينه وبين بقية الشركاء « فهذه الشركة نظرا لاستتارها بين الشركاء لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تضامن بين الشركاء فيها وتكون مسئولية الشركاء مباشرة وشخصية عن ديون الشركة »[1] .

(ب) تخصيص ذمة الشركة للوفاء بديونها ومنع دائنى الشريك من تقاضى ديونهم من حصة الشريك فى الشركة قبل تصفيتها الا من الربح وكذلك استقلال التفليسات الجنسية للشركة والشركاء ما عدا شركة التضامن والتوصية وذلك بالمخالفة لأحكام الحجر فى الفقه الاسلامى اذ أن دائنى الشركة يتقاضون ديونهم من أموالهم أولا واذا لم تف فمن أموال الشركاء الخارجة عن الشركة اذا كانت زائدة عن حاجتهم الأصلية فالفقهاء لم يستثنوا المال المشترك من البيع وانما ما يلزم لسد الحوائج الأصلية وما زاد ينفذ عليه وهذا أمر وارد فى القانون الوضعى من وجوه عدة وليس كلها والاختلاف فى بعض الوجوه يعكس طبيعة التنظيم الخاص للشركات فى كل من القانون الوضعى والفقه الاسلامى اذ الأصل فى الشركات فى الفقه الاسلامى هو الطابع الشخصى على العكس فى النظام القانونى الذى يجمع بين الطابع الشخصى فى شركات الأشخاص والطابع المادى أو المالى فى شركات الأموال والأخير هو الغالب بحسب طبيعة العصر ومتطلبات المصلحة الغالبة ومن أوجه الائتلاف فى هذا الخصوص أن الشركة عند تصفيتها يتقاضى الدائنون حقوقهم من أموالها فى شركات التضامن وشركات التوصية وفى غير حالة التصفية يكون من حق دائنى الشريك استئداء حقوقهم من أرباحه فى الشركة اذا تحققت له أرباح وتنظيم استئداء

---

(١) د. على حسن يونس : الشركات التجارية ص ٢٠٤ ـ د. محمد صالح : شرح القانون التجارى جـ ٢ ص ١٤٦ ـ د. مصطفى طه : الوجيز فى القانون التجارى ص ٢٤٨

حقـوق الدائنين على النحو الغـالب تقتضيه مصلحة بقية الشركاء فى الشركة ومن ثم المصلحة الاقتصـادية التى تقوم على الشركات كعصب النشاط الاقتصادى ومن ثم فالمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة فى هـذا الصدد ولا بأس من ذلك وما يسـتدل به على مخالفة القانون للشريعة فى هـذا الخصوص من أن الرسول صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بطلب غرمائه وباع ماله فى دينـه وقسم ثمنه بين غرمائه وقال لغرماء الذى كثر دينه : «خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك»[1] ولا يؤجل وفاء الدين حتى تصفى الشركة لحديث : «مطل الغنى ظلم»[2] وتأجيل قضاء الدين الحال مماطلة مع وجـود المـال فان هـذا الاستدلال فى غير موضعه فلم يكن معاذ شركة أمر الرسـول صلى الله عليـه وسلم غرمائه بأخـذ ديونهم من أموالها أو أموال معاذ فيها . كمـا أن الشركة ليست فى موضـع المماطلة حتى يؤخـذ بهـذا الحديث بل ان أمواله أو بعضا منها مخلوطة بغيرها فى شركة خلطا لا يتميز به مال شريك من مال الآخر فمعنى الشركة الاختلاط وهو لا يحصل الا بالخلط[3] .

٤ ــ ان ما ذهب اليه الباحث من أن النص فى عقد المشـاركة على توكيل من تتوفر فيه الأهلية للقيام بادارة الشركة بدافع مبررات الأخذ بمبدأ الشخصية المعنوية فى القانون الوضعى تخريج ليس فيـه جـديد ولا تقديم حل لمـا يثيره الباحث نفسـه من عدم ترجيحه لفكرة الشخصية المعنوية فكل من الفقه الاسـلامى وفقهاء القـانون الوضـعى يكادون يذهبـون الى هذا التخريج لتأجيل تصرفات ممثل الشركة تجاه الشركاء وتجاه الغير وفى جميع نشاطات الشركة ومن ثم فان هـذا التخريج وهو «وكالة المدير أو ممثل الشركة عن الشركاء فى التصرفات» يأتى هو نفسه

---

(١) اخرجه مسلم عن أبى سـعيد الخـدرى فى كتاب المسـاقاة والمزارعة ــ صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ٢١٨ ــ د. عبد العزيز الفامدى ــ المرجع السابق ص ٥٩

(٢) أخرجه البخارى عن أبى هريرة فى كتاب الاستقراض (٢٤٠٠) ــ فتح البارى جـ ٥ ص ٦١

(٣) الشيخ على الخفيف : الشركات ص ٤٥

كنتيجة لكيان انعقد وصح انعقاده وترتيب آثاره عليه ولكن هذا الكيان الاقتصادى هل يتمتع بما يسمى بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية أو تنكر عليه ذلك والأول هو ما نرجحه لما سبق سرده ، والثانى هو ما يرجحه الباحث وما نخالفه فيه لما سقناه من حجج دامغة لترجيحه .

● **المشاركات والمضاربة والمرابحة وصيغ التمويل الاسلامية :**

يذهب الرأى السائد فى الاقتصاد الاسلامى وفى ممارسات البنوك الاسلامية الى أن صيغ « التمويل الاسلامية » هى « المشاركة ـ المضاربة ـ المرابحة » .

١ ـ تأسيسا على ما سبق بيانه من معنى المشاركات عندنا فليست المشاركة قسيم المضاربة والمرابحة بل هى أصل يحتوى العديد من صور وأشكال الممارسة الاقتصادية والاستثمارية فى نطاق الاقتصاد الاسلامى وعمل البنوك الاسلامية على وجه الخصوص ـ فالمضاربة ـ قد تتمخض عن مشاركة بل ان البعض يعتبرها ابتداء نوع شركة ويعبر عن الشركة بالمشاركة أو الاشتراك[١] .

ولذلك يعجبنى تعريف الأحناف للمضاربة بل أراه من أدق التعريفات وان لم يكن من أشملها أى ليس جامعا ولكنه يحقق وجها دقيقا فى المسألة وهو تحديد متى تكون المضاربة شركة ؟ اذ قالوا فى تعريف المضاربة بأنها : « عقد شركة فى الربح من جانب ، وعمل من جانب »[٢] .

وعرفها البعض أيضا بأنها « نوع شركة فى الربح على أن يكون رأس المال من طرف والعمل من طرف »[٣] .

---

(١) د. ابراهيم فاضل الدبو ـ عقد المضاربة ص ٨ مطبعة الارشاد ـ بغداد .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٦٤٥

(٣) منير القاضى : شرح مجلة الأحكام العدلية ص ١٥٣ مشار اليه فى ابراهيم فاضل الدبو ـ المرجع السابق ص ٣٠

فالشركة فى المضاربة لا تتحقق الا اذا تحقق ربح ومن هنا كانت أوصاف الفقهاء للمضارب فى المضاربة بأنه أمين ووكيل وأجير وغاصب وشريك .

فالمضارب أمين : اذ المال الذى بيده غير مضمون عليه الا اذا تعمد اتلافه أو قصر فى حفظه وهو ما عليه جمهور الفقهاء[1] .

والمضارب وكيل : فجمهور الفقهاء على أن المضارب نائب عن رب المال ينفذ تصرفه فى المال الذى بيده باعتباره وكيلا عنه ولذلك يشترط فيه شروط الوكيل[2] .

المضارب أجير : المضارب فى حالة فساد المضاربة لتخلف شرط من شروط صحتها يصبح أجيرا بعد أن كان شريكا فى الربح ويستحق أجر مثل عمله سواء وجد ربح فيها أم لم يوجد على ما يذهب اليه جمهور الفقهاء ، والشروط المفسدة لعقد المضاربة ثلاثة[3] :

١ ــ شروط تتنافى مع مقتضى العقد ... كأن يشترط أحد المتعاقدين ألا يبيع أو ألا يشترى أو بقاء المال تحت يد المالك خلافا لرأى الجمهور أو لزوم المضاربة .

٢ ــ شروط لا تلائم مقتضى العقد .... كجهالة الربح كأن تكون حصة المضارب أو رب المال مجهولة أو أن يكون نصيب أحدهما فى الربح مقطوعا أو مبلغا معينا .

٣ ــ شروط ليست من مصلحة العقد .... كأن يشترط رب المال على المضارب أن يضارب له بمال آخر .

المضارب غاصب : اذا تعمد المضارب افساد المضاربة بأن فعل

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٣ ــ كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٢٣ ــ مشار اليه فى عقد المضاربة .

(٢) مواهب الجليل جـ ٥ ص ١٢٢ ــ القواعد للعلامة الحلى جـ ٧ ص ٤٣٦

(٣) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٢٢٩ ــ المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٠ ــ انظر ما سبق ص ٦٩ وما بعدها .

ما نهاه عنه رب المال أو فعل ما لا يحق له أن يعمله فمذهب الجمهور بأنه يصير بمثابة الغاصب للمال ومن ثم يضمن[1] ، اذ يصير متصرفا فى مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب .

استحقاق المضارب من الربح : ان ما يستحقه المضارب فى المضاربة الصحيحة هو ما شرط له من الربح ان كان هناك ربح .

الا أن ما يرجوه العامل من ربح لا يسلم له الا بعد تسليم رأس المال الى صاحبه وما زاد على ذلك فهو الربح ، ومن ثم يكون هذا الربح بين العامل ورب المال على الشرط الذى اتفقا عليه من عقد المضاربة[2] .

وفى حالة حصول الربح تتحقق الشركة بينهما فيه على ما شرط فالمضاربة عقد شركة فى الربح ... على نحو ما سبق تفصيله .

وعلى هذا النحو السابق يصير المقارض بالعقد وكيلا عن رب المال فى العمل فيه استثمارا وتنمية ويصير المال بتسليمه اليه أمانة فى يده لا يضمنه الا اذا تعدى عليه أو قصر فى حفظه والمحافظة عليه ونقصد بالمحافظة تثمير المال ، ونقصد بالحفظ عدم اتلافه ــ شأنه فى ذلك شأن الوكيل والأمين ولذلك يضمنه اذا توفى مجهلا له فيؤخذ من تركته واذا ظهر ربح كان الربح شركة على ما اتفقا واذا ظهرت خسارة كانت فى المال على رب المال وحده[3] .

٢ ــ والمرابحة قد تتخذ شكل مشاركة(٤) :

والمشاركة فى المرابحة تنعقد فى الابتداء اذا تأسست شركة للعمل بأسلوب المرابحة فقط كما قد تنعقد فى الانتهاء اذا تحولت المرابحة الى مشاركة وفى هذه الحالة هناك العديد من الضوابط الشرعية

---

(١) البدائع للكاسانى جـ ٦ ص ٨٦ ــ الانصاف للمرداوى جـ ٢ ص ٤٢٨

(٢) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٣٨

(٣) انظر المرحوم الشيخ على الخفيف : الشركات ص ٧٤

(٤) انظر ما سبق ص ٨١ وما بعدها .

لسلامة العملية اذ لا يتصـــور حصولها الا اذا كان البيع مرابحة مقسط وتم ســـداد بعض الأقســـاط أو لم يتم شيء من ذلك وتعسر المشـــترى مرابحة فى الســـداد لظروف خاصـــة به فى الأغلب الأعم وكان البـــائع مرابحة فى وضـــع افضل بالنسبة للسلعة وامكانية ترويجها أو التصرف فيها بما يحقق ربحا للطرفين ومن ثم فقد يتفقان مرة أخرى على الشراكة وبما لا يجافى حقا أو يقترف اثما ومحظورا شرعيا .

● **ما قيل فى معنى المشاركة فى كتابات المعاصرين :**

أولا : قيل ان المشـــاركة أسلوب تمويلى مســـتحدث يقوم على أســـاس تقديم المصرف الاســـلامى للتمويل الذى يطلبه المتعامل معـــه دون تقاضى فائدة وانمـــا يشـــارك المصرف فى النـــاتج المحتمل ان ربحا أو خسارة وحســـبما يرزق الله به فعلا فى ضـــوء قواعد وأسس توزيعية متفق عليها بين المصرف وطالب التمويل قبل بدء التعامل ، وهذه الأسس مســـتمدة من ضوابط العقود الشرعية ، فعنـــد تحقق ربح فعلى يتم توزيعه كالآتى :

(أ) حصة للشريك من صـــافى الربح مقابل عمله وادارته واشرافه على العملية أو المشروع .

(ب) الباقى يوزع بين الشريك والمصرف الاســـلامى الذى قـــدم التمويل وذلك بنسبة ما قدمه كل منهما الى التكلفة الكلية للعملية .

أما فى حالة الخســـارة فيتم توزيعها على الشريك والمصرف بنسبة تمويل كل منهما ..

ولا شك أن المصرف يعتبر شريكا حقيقيا فى العمليات ونتائجها الا أنه شريك مســـؤول يفوض طالب التمويل فى الاشراف والادارة باعتبـــار الأخير هو منشىء العملية وخبيرها والملم بطبيعتها ، ومن ثم فان تدخل المصرف فى الادارة لا يكون الا بالقدر الذى يضـــمن له الاطمئنان الى حســـن سير العمليـــة والتزام الشريك بالشروط المتفق عليها فى العقـــد

وكذلك التغلب على المشكلات التى تواجهه وذلك حماية لأموال العملاء[1] اهـ .

وفى تعليقى على هذه المقولة فى مفهوم التمويل بالمشاركة أقول :

١ ــ ان حصر المشاركة فى التمويل أو جعلها كأسلوب تمويلى فقط يخرج أنواعا من مفهوم الشركات التى هى من المشاركات فى الفقه الاسلامى وهذه الأنواع هى شركات الوجوه وشركات الصنائع والأعمال والأبدان .

٢ ــ القول بأن مشاركة المصرف فى الناتج المحتمل ان ربحا أو خسارة لا يستقيم القول به أو العمل ان كان الناتج المحتمل خسارة ، فاذا كان من المحتمل أو المتوقع حصول خسارة فلا يجوز الدخول فى المشاركة فذلك على خلاف ما يجب أن تقضى به دراسات الجدوى الاقتصادية فالربح يجب أن يكون هو المتوقع والمحتمل والخسارة أمر عارض أو طارىء والأسباب غير منظورة وغير متوقعة .

٣ ــ القول بأن الناتج المحتمل ان ربحا أو خسارة يتم توزيعه فى ضوء قواعد وأسس توزيعية متفق عليها بين المصرف وطالب التمويل لا يستقيم لعدة أمور هى :

(أ) الربح يوزع على الشركاء والخسارة يتحملها الشركاء فليست عائدا زائدا عن رأس المال يتم توزيعه .

(ب) ان تحمل الخسارة فى الفقه الاسلامى لا يخضع للاتفاق بين الشركاء كما هو الحال فى النظام القانونى للشركات أو قوانين التجارة انما هى دائما بنسبة رأس مال كل شريك فى المشاركة ، وقد حكى اتفاق جميع الأئمة على اختلاف مذاهبهم على ذلك واشتراط خلاف هذا شرط فاسد لا نفاذ له ولا تبطل به الشركة بل يبطل هو ويصح العقد[2].

---

(١) التمويل بالمشاركة ــ من مطبوعات ادارة البحوث بمركز الاقتصاد الاسلامى التابع للمصرف الاسلامى الدولى بالقاهرة ص ٦ ، ٧

(٢) انظر الشيخ على الخفيف : الشركات ص ٥٥ ــ والبدائع جـ ٦ ص ٦١ ــ والمبسوط جـ ١١ ص ١٧٦ ــ ومنتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٠٦

وهذا على خلاف ما ذهب اليه القانون الوضعى فالأصل فيه أن يعين نصيب كل شريك من الربح أو الخسارة فى عقد الشركة فاذا تضمن عقد الشركة ذلك وجب اتباعه ولا يشترط حينئذ أن تكون الخسارة أو الربح على حسب حصة كل شريك فى رأس المال بل يجوز أن يشترط فى كل منهما (الربح والخسارة) أن يكون على ذلك أو على خلافه ، فيكون لأحدهم فى رأس المال الربح ويجعل حظه فى الخسارة أكثر من ربحها أو أقل من ذلك ، ولا يجب فى قسمة الخسارة حينئذ أن تكون على وفق قسمة الربح ولا على وفق حصة كل فى رأس المال بل يجوز اختلافها عنهما .

واذا لم يعين فى عقد الشركة حظ كل شريك من الربح والخسارة كان حظ كل منهم فى ذلك بنسبة رأس ماله .

واذا اقتصر فى العقد على بيان الحظ فى الربح أو بيان الحظ فى الخسارة كان ذلك بيانا أيضا لمقداره من الخسارة أو الربح[1] كما تنص

---

(١) م ٥١٤ ، ٥١٥ مدنى مصرى ، م ٨٩٤ ، ٨٩٥ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، م ١٣٠٠ تونسى ، م ٣١٠٣ مغربى ، م ٤٨٢ ، ٤٨٣ مدنى سورى ، م ٥٠٥ ، ٥٠٦ ليبى مدنى ، م ٦٣٤ ، ٦٣٥ مدنى عراقى ، م ٤٧ من الشركات الأردنى ، م ٩ من قانون الشركات السعودى .

تنص المادة ٥٠٥ من القانون المدنى المصرى على أن :

« الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة » .

وتنص المادة ٥١٤ من القانون المدنى المصرى على أنه :

« ١ ــ اذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر كان نصيب كل منهما فى ذلك بنسبة حصته فى رأس المال .

٢ ــ فاذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة أيضا وكذلك الحال اذا اقتصر العقد على تعيين النصيب فى الخسارة .

٣ ــ واذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر =

القوانين الوضعية على بطلان كل شرط فى عقد الشركة يقضى بحرمان أحد الشركاء من الربح أو اعفائه من الخسارة[1] ومع ذلك يجوز الاتفاق على اعفاء الشريك بعمله فقط من الخسارة اذا لم يقرر له أجر على عمله[2] .

(جـ) وجهة النظر لدى القانون وفقهائه أن الرضا أصل العقود وأنه يؤخذ بالعرف ، والعرف لا يمنع من تفاوت الربح والخسارة وأن يكون بناء على اتفاقهما[3] ووجهة النظر عند فقهاء الشريعة الاسلامية تقوم على الآتى :

١ ــ بالنسبة للربح عند من يرى من الفقهاء أن الربح انما يكون على ما شرط فى العقد فاستحقاق الربح انما يكون بالمال أو بالعمل أو بالضمان ؛ فاستحقاقه بالمال لأنه يعد نماء له فوجب أن يكون لمالكه ومن ثم فله أن يشترط من الربح ما يريد واستحقاقه بالعمل لأنه ناتج عنه ، واستحقاقه بالضمان فلحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان »[3] وعند من يرى من الفقهاء أن

=

نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من هذا العمل فاذا قدم فوق عمله نقودا أو اى شىء آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه » .

وتنص المادة ٥١٥ مدنى مصرى على أنه :

« ١ ــ اذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة او فى خسائرها كان عقد الشركة باطلا .

٢ ــ ويجوز الاتفاق على اعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر بشرط الا يكون قد تقرر له أجر عن عمله » .

(١) الوسيط للدكتور السنهورى جـ ٥ ص ٢٧٩ ، م ٧ من قانون الشركات السعودى .

(٢) مجمعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٤ ص ٣٢٨ « على أن الأمر يتعلق بعرف ثابت مستقر جرى العمل على اتباعه حتى ولو لم يذكر شىء فى نظم الشركة » .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٦٢ ، مشار الى المسألة فى د. عبد العزيز الخياط ، الشركات جـ ١ ص ١٥٧ وما بعدها .

الربح انما يكون تابعا لرأس المـال فلأنه شـبيه بمنفعة الملك فيكون على قدر رأس المـال[1] .

٢ ـ وبالنسبة للخسـارة وكونها على قدر رأس المـال اذ لا يصح أن تكون على خلاف ذلك لأنها متعلقة بالمـال أو بجزء هالك من المـال وجعلهـا على غـير ذلك اجحـاف بالشركاء الذين يتحملون زيادة فى الخسارات[2] ومن ثم يجب أن تكون بحسب رأس المـال فان تساوت الحصص تسـاوت الخسارة وان تفاوتت تفاوتت الخسارة .

(د) أما اذا شرط فى العقد شرط يقضى بحرمان أحد الشركاء من الربح أو اعفـاءه من الخسارة أو تخصيص كل الأرباح لبعض الشركاء دون البعض فذلك يفسد الشركة عند فقهـاء الشريعة اذا كانت للشركة فى الأموال من الجانبين وكذلك عنـد رجال القانون لأن ذلك ينافى معنى الشركة من الاشـتراك فى الربح والخسـارة والقاعـدة الشرعية : « الغنم بالغرم » .

أما فى المضـاربة فلا تشترط المسـاهمة فى الخسـارة وفى شركة الصنائع فالخسـارة بمقدار الضـمان وفى شركة المفاوضـة يتساوى الربح والخسـارة وهذه الأنواع الثلاث من المشاركات لا تعرفها الأنظمة القانونية الوضعية .

ثانيا ـ قبل ان المشـاركة هى صورة قريبة من المضاربة ذلك أن الفرق الأساسى بين الصيغتين أنه فى حـالة المضـاربة يتم تقـديم رأس المـال من قبل صاحب المـال وحده أما فى حـالة المشـاركة فان رأس المـال يقدم من الطرفين[3] .

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٧٧ ، فتح العزيز شرح الوجيز جـ ١٠ ص ٤٢٨

(٢) د. عبد العزيز الخياط ـ المرجع السابق جـ ١ ص ١٥٩

(٣) انظر الأهرام الاقتصـادى ـ البنـوك الاسـلامية ، د. محمود الأنصارى وآخرين ص ٦٨

ولولا عبارة « المشـــاركة هى .... » لمـــا اعتبرنا ذلك تعريفـــا للمشاركة ولا قريبا من التعريف ، فالمضـــاربة كما ســـبق « نوع شركة فى الربح » ومن ثم فالمشـــاركة أصـــل أو جنـــس ، والمضـــاربة فـــرع أو نوع منها ، وليس كمـــا قيـــل ، هـــذا من ناحيـــة ومن أخرى فان المشـــاركة عند فقهاء الاسلام ليست قائمة فقط على المـــال من الجانبين فشركات الأموال أحد أنواع لمشاركات فى الفقه الاسلامى[1] .

ثالثا ــ قيـــل ان التمويل بالمشـــاركة أسلوب تمويلى يقوم على أســـاس تقديم المصرف الاسلامى للتمويل الذى يطلبه المتعامل معه وذلك دون تقاضى فائدة ثابتة (ربا) ... وانما يشـــارك المصرف فى الناتج المتوقع اما ربحا أو خســـارة .... فى ضـــوء قواعد وأسس توزيعيـــة متفق عليها ... مستمدة من قواعـــد عقـــد المضـــاربة الشرعية ...[2] . وتعليقى على هـــذا التعريف الذى يعتبر قريبـــا جدا من التعريف الأول انه قصر قواعـــد وأسس توزيع الربح وتحمـــل الخســـارة على عقـــد المضاربة ، والمشاركة فى حقيقتها لا تقتصر على المضـــاربة فقد لا تسفر عن شركة الربح اذا لم يتحقق شىء منـــه والغريب بعـــد ذلك أن تعتبر المشـــاركة هى المضـــاربة فى رأى البعض ، وفى رأى البعض الآخر أنها شركة العنـــان ، وفى رأى البعض أن المشـــاركة تجتمع فيهـــا المضـــاربة والعنـــان[3] والصـــحيح أنها صـــور من المشـــاركة كل بشروطهـــا وقواعـــدها .

رابعا ــ ان نسبة كبيرة من تمويل الأعمال والمشروعات فى الاقتصاد

---

(١) يرجع للمزيد فى ذلك الى أبواب الشركات فى كتب الفقه الاسلامى.

(٢) صيغ الاستثمار الاسلامية ــ برنامج مركز الاقتصاد الاسلامى ــ الموضوع الثامن عشر .

(٣) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاســـلامية جـ ١ ص ٢٨ ــ الدراسة المصرية لاقامة نظام العمل بالبنوك الاسلامية والمقدمة لمؤتمر وزراء خارجية الدول الاسلامية ص ٤٩ ، د. أحمـــد عبد العزيز النجار : منهج الصحوة الاسلامية ص ٥٠ ، د. شـــوقى اسماعيل : البنوك الاســـلامية ص ٣٣ ــ دار الشروق .

الاسلامى يجب بالضرورة أن تأخذ طريق المشاركة فى رأس المال حيث يسهم الممول فى أرباح وخسائر المشروع المستفيد من التمويل وفى هذا النوع من التمويل يوزع المردود توزيعا عادلا بين الممول وصاحب المشروع ويحمل الممول أيضا نصيبا من مخاطر الاستثمار بدلا من تحميل رب العمل عبء هذه المخاطر كلها[1] ...

« تأخذ المشاركة فى المجتمع الاسلامى أحد شكلين فقهيين هما المضاربة والشركة »[2] وهذا المنحى حول المشاركة يركز على الخصائص والأشكال دون الماهية المبينة لحقيقة المصرف ومن ثم الجنوح الكبير نحو التعميم فى المعنى

● **الخصائص الفنية للمشاركات(٣) :**

تعريف المشاركة بأنها :

« ما وقع فيه الاشتراك بمقتضى عقد بين اثنين أو أكثر على القيام بمشروع استثمارى على وفق مقاصد الشرع الاسلامى يشتركان فيه بأموالهما أو أعمالهما أو جاههما أو بالمال من أحد الطرفين والعمل من الآخر وما ربحاه أو حصلاه من الثمر أو الزرع فبينهما على ما شرطاه ، وما غرماه فبحسب رأس المال ان كان من الجانبين أو بالمال من جانب والعمل من الآخر » .

وبناء على هذا التعريف فاننا نسوق مجموعة من الخصائص التى تحدد طبيعه عقد المشاركة كاطار له ، ومن هذه الخصائص ما يلى :

١ ــ يترتب على عقد المشاركة انشاء شخصى معنوى يتمتع بالشخصية الاعتبارية وما يترتب عليها من آثار قانونية سبق سردها .

٢ ــ ادارة المشاركة هم أعضاؤها وممثلوها وأصحاب المصلحة الفعلية فيها .

---

(١) د. محمد عمر شابرا : نحو نظام نقدى عادل ص ٩٣ من مطبوعات المعهد العالمى للفكر الاسلامى ــ سلسلة اسلامية ــ المعرفة ٣

(٢) د. محمد عمر شابرا ــ المرجع السابق ص ٩٨

(٣) انظر ما سبق ص ٩٠ وما بعدها .

٣ ــ عقود المشــاركة تقوم على التوفيــق بين مصالح واحــدة لا مصالح متعارضة ولذلك يتعين أن يكون الهدف واحد ومحدد .

٤ ــ عقود المشاركة يجوز تعديلها بالأغلبية ان وجدت أو تحققت.

٥ ــ من حيث لزوم عقد المشــاركة أو جوازه فالمسـألة محــل تفصيل فى الفقه الاسلامى ، وفى القانون الوضــعى تختلف باختــلاف المشــاركة ، ففى الفقه الاسلامى يوجد مذهبان هما :

المذهب الأول : يذهب الجمهــور[١] الى أن عقــود المشــاركات عقود جائزة أى يجوز فسخها من الطرفين ، وقيــد الحنفية هذا الجواز باعتبــارين همــا :

١ ــ أن يعلم الشريك شريكه برغبته فى الفسخ منعا من تضرره .

٢ ــ أن يكون مال الشركة فاضــا أى نقــودا لا عرضــا وقت الفســخ[٢] .

المذهب الثانى : وهو المشهور عند المــالكية ــ أن عقود المشاركات عقود لازمة للطرفين تلزم بالعقد ، وقيل : تلزم بالخلط والمعتمــد هــو الأول[٣] ، واعتبرها ابن رشــد وغــيره من العقــود الجــائزة عــدا المضاربة والمســاقاة[٤] ، فالمضــاربة عقد جائز قبل الشروع فى العمل أما بعد الشروع فى العمل ففيه قولان :

الأول : أن عقــد المضــاربة عقــد جــائز ويلزم بالشروع فى العمــل[٥] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٧٧ ، المهذب جـ ١ ص ٣٤٨ ، المغنى جـ ٣ ص ٥٩٥ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٢٧ ــ مشــار اليــه د. عبد العزيز الغامدى المرجع السابق ص ٤٨

(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٠٦ ، الانصــاف للمراداوى جـ ٥ ص ٤٤٩ ــ القواعد لابن رجب ص ١١٤

(٣) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٤٨

(٤) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٢٧ ــ د. عبد العزيز الغامدى : البحث الســابق ص ٤٩

(٥) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٤٧٨

الثانى : أن عقد المضاربة عقد جائز ولكل من المالك والعامل فسخه متى شاء لا فرق ما قبل التصرف وما بعده[1] . وذلك بعدة شروط هى :

١ ــ علم الشريك بالفسخ منعا من الضرر .
٢ ــ أن يكون رأس المال نقودا .
٣ ــ عدم الاضرار بالشركاء وبالمتعاملين مع الشركة .

جاء فى قواعد ابن رجب : « التفاسخ فى العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما مما له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ »[2] أما عقد المساقاة فيكون لازما بمجرد العقد ، وعقد المزارعة لا يكون لازما الا بالبزر فى الأرض على الراجح عندهم ، وقيل لا تلزم الا بالشروع فى العمل ، وقيل : تلزم بالعقد[3] .

٤ ــ يشترط للفسخ ألا يبقى فى الشركة شريكان ، فاذا كان هناك شريكان فقط فان فسخ أحدهما يترتب عليه فسخ الشركة اذا لم يبق غير شريك واحد .

والقانون الوضعى على أن الشركة من العقود الملزمة للجانبين وكل من الشركاء يلتزم نحو الشركة والشركاء بالالتزامات التى تقتضيها الشركة ويفرق القانون فى حق الانسحاب بين شركات الأشخاص وشركات الأموال :

(١) فشركة التضامن اذا كانت غير مؤقتة يكون للشريك حق الانسحاب منها ويترتب على ذلك انقضاؤها الا اذا اتفق الشركاء الباقون على الاستمرار فى الشركة فيجوز لهم ذلك (مادة ٥٢٩ مدنى مصرى) .
ولا يكون الانسحاب صحيحا الا اذا توفرت فيه الشروط الآتية :
١ ــ أن تكون الشركة غير محددة المدة .

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٥٤ ، المهذب جـ ١ ص ٣٨٨
(٢) ق ٦٠ ، مواهب الجليل على مختصر خليل جـ ٥ ص ١٨٧
(٣) الشرح الصغير مع بلغة السالك جـ ٢ ص ١٦٥ ، ٢٢٧ ، ٢٣٧

٢ ــ أن يعلن الشريك رغبتــه الى باقى الشركاء فى الانســحاب قبــل حصوله .

٣ ــ ألا ينطوى انسحابه على غش أو سوء نية وألا يكون فى وقت غير لائق كأن تكون الشركة فى أزمة مالية ، أما اذا كانت الشركة محددة المدة فالأصل أنه لا يجوز لأحــد من الشركاء أن ينسحب منها قبــل انتهاء مدتها .

(٢) أما شركة المساهمة فهى عقــد لازم بين أطرافه ليس لأحــد الشركاء الانسحاب منها لقيامها على الاعتبــار المــالى ويكون له أن يبيع أسهمه أو يتنازل عنها للغير وبناء على ما تقــدم يتفق القانون مع الفقه فيما يذهب اليه الجمهور فى القول بجواز الشركة اذا كانت الشركة من شركات الأشخاص غير محددة المدة .

ويتفقان أيضا فى تقييد جواز الفسخ بشروطه السابق ذكرها .

أما لزوم عقد شركة المساهمة فيمكن اعتباره على مذهب المــالكية نظرا لتعلقها فى الغالب بمشروعات ومرافق تهم مصالح الناس عامة[١] .

٦ ــ توقيت الشركة بمدة أو وقت معين ذهب فيه فقهاء الشريعــة مذهبين همــا :

(أ) جواز التوقيت فى كل المشاركات مضاربة أم غيرها[٢] .

(ب) عدم جواز المضــاربة وهو مذهب المــالكية والشافعية وقول للحنفية فى غير المضــاربة[٣] ، وللشــافعية تفصــيل فى المســألة ذكره المرحوم الشيخ زكريا الأنصارى فى أسنى المطالب فقال[٤] :

---

(١) انظر د. صالح بن زابن المرزوقى ــ شركة المساهمة فى النظام السعودى ص ٢٥٠ مطابع الصــفا بمكة .

(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٥١٢ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٢٣٩ ، المغنى جـ ٥ ص ٥٨ وهو مذهب الحنابلة والحنفية فى المضاربة ــ حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٣٤١ ، البدائع جـ ٦ ص ٩٢

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٣٤١ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٤٥٦

(٤) جـ ٢ ص ٣٢٨

ـ فان حـدد رب المـال للعـامل مـدة ينتهى القراض بانتهائها فلا يصح ذلك لاخلال التأقيت بمقصـود القراض وعلل ذلك بأنه قـد لا يحصـل الراغب للمـال خلال السـنة ولمخالفة هـذا القيد لمقتضى العقد لأن العقد يقتضى الاطلاق فاذا قيد كان ذلك منافيا لمقتضى العقد أما لو قارضه على منعه من الشراء لا البيع وذكر لذلك مدة كأن يقول له : « قرضتك بألف درهم لمدة سنة على أن لا تشترى بعدها » فقد صح القراض وذلك لحصول الاسترباح بالبيع الذى له فعله بعد المدة كمـا أن من حـق رب المـال أن يمنع العامل من الشراء متى أراد ذلك تجاه أن يتعرض له فى العقد بخلاف المنع من البيع فان فيه ضررا على العامل فلذا تفسـد المضـاربة معه ، أما لو كانت المدة التى اشترطها المضارب مجهولة غير محددة فينظر • فان شرط رب المـال لزوم القراض فى هذه المدة كان باطلا أما لو شرط فسـخه بعدها فى الشراء دون البيع ففيـه وجهان أحدهما : يجوز ، والوجه الثانى : لا يجوز لأن لجهالة المدة قسطا من الضرر وتأثيرا فى الفسـخ •

وتوقيت المضاربة يجيزها القانون المدنى العراقى فى المـادة (٦٦٣) وتوقيت الشركة بمـدة معينـة يجيزه نظـام الشركات السـعودى فى المـادة (١/١٥) ما لم يتفق الشركاء على استمرار الشركة بينهم وغيره من النظم القانونية[١] •

٧ ـ الشركة عقد محدد بمعنى أن الشريك يعرف وقت العقـد مقدار ما يعطى من رأس المـال ومقـدار ما يأخـذ من أرباح أى أن يكون الربح جزءا شـائعا معلوم القدر واحتمال الخسارة[٢] •

٨ ـ يجب أن يفرغ عقـد الشركة فى شكل محدد يتضمن بياناتها من حيث المحل وبيان الربح صراحـة أو نية اذا أطلق لفظ الشركة ولم يحدد أركان يفهم المقصـود منـه عرفا والا فلا تصح الشركة[٣] •

---

(١) الوسيط : د. السنهورى جـ ٥ ص ٣٥٤ طبعة ١٩٦٢
(٢) د. عبد العزيز الخياط : الشركات جـ ١ ص ١٨٨
(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٥٦

وينص القانون الوضعى على وجوب كتابة عقد الشركة (مادة ٥٠٧ مدنى مصرى) ولم يوجب فقهاء الشريعة الكتابة فى عقد الشركة . والقرآن الكريم يحث على الكتابة فى آية الدين واذا كانت الكتابة للتوثيق فان وسائل اثبات عقد الشركة أوسع من ذلك الا أن النظم القانونية الوضعية تشترط اجراءات معينة حتى تثبت الشخصية المعنوية للشركة التى تعتبر الميلاد الحقيقى لها ، وهذه الاجراءات من باب تنظيم المصالح الواجب مراعاتها منعا للضرر المحتمل أو الاحتمالى ومن هنا كانت الكتابة مقررة لمصلحة الغير فلا يجوز أن يتمسك الشركاء بعدم الكتابة قبل الغير وتكتسب الشركة الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها ولكن لا يعتد بها على الغير الا بعد استيفاء اجراءات الشهر (مادة ١٣ من نظام الشركات السعودى والمادة ٢٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المصرى) .

٩ ــ أن يكون محل المشاركة قابلا للوكالة فيه ومن ثم يشترط توافر شروط أو أهلية الوكيل والموكل[1] فى الشركاء واختلف فى المحل فى القانون الوضعى هل هو رأس المال أم الربح أم كلاهما وهو ما نرجحه وهذا الشرط يحقق ضمانا من ضمانات استثمار المال فى المشاركات ومن ثم لا يجوز أن يكون هناك نص يمنع الشريك حق العمل فى الشركه على أن نأخذ فى اعتبارنا شرط التخلية بين المال والمضارب فى المضاربة وكلام الفقهاء فيه .

١٠ ــ أن يكون الربح جزءا شائعا معلوما غير مضاف اليه مقدار معين من المال على الراجح من أقوال الفقهاء فكل ما يؤدى الى الجهالة فى الربح أو قطع الشركة قيد لا يجوز ويفسد العقد ، وعلى الرغم من ذلك الأصل الشرعى فان بعض القوانين الوضعية يجيز تعيين نصيب أحد

---

(١) انظر فتح القدير ــ شرح العناية جـ ٥ ص ٥ ، شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٦ ص ٣٦ ، الروضة جـ ٤ ص ٢٧٥ ، المغنى جـ ٥ ص ٤٣ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٦٠ ، القوانين الفقهية ص ٢٤٤ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٥٤

الشركاء فى الربح أو جعله مركبا من التعيين والنسب وهو باطل شرعا وتنص المادة (٩) من قانون الشركات السعودى على أنه :

(أ) يتم تحديد نصيب كل شريك فى الأرباح والخسائر بنسبة حصته فى رأس المال اذ لم ينص عليه عقد الشركة .

(ب) اذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشريك فى الربح كان نصيبه فى الخسارة معادلا لنصيبه فى الربح والعكس ، والنص على أن نصيب الشريك فى الخسارة يكون معادلا لنصيبه فى الربح اذا نص عليه فى العقد يكون باطلا شرعا اذا لم يكن على أساس نصيبه فى رأس المال .

وعلى هذا النحو فان الأصل فى النظم القانونية هو خضوع توزيع الأرباح والخسائر للشروط الواردة فى عقد الشركة ولو كانت على نحو ما سبق بالنسبة للخسائر فهو فاسد شرعا .

١١ ــ يشترط ألا يكون نشاط الشركة محرما شرعا أو محظورا قانونا ، وفى مقام الحرمة الشرعية لنشاط الشركة تتدخل النواهى الشرعية لتحديد المحظور فى نشاط الشركة من أنواع البيوع والتجارة المحرمة وكافة المعاملات المرتبطة بها ، وفى مقام المحظورات القانونية يتدخل النظام العام والآداب وليس كل محرم شرعا يمنعه النظام العام والآداب من الناحية القانونية كما يتدخل الحظر القانونى التنظيمى مثل ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والتى تنص على أنه :

« لا يجوز أن تتولى شركات التوصية بالأسهم أو الشركات ذات المسئولية المحدودة أعمال التأمين أو أعمال البنوك أو الادخار أو تلقى الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير »[1] .

---

(١) مثل ذلك نص المادة ١٥٩ من نظام الشركات السعودى وان كانت قد قصرت الحظر على الشركات ذات المسئولية المحدودة .

وما تنص عليه المادة (١٩) من قانون البنوك والائتمان رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ من أنه :

« يحظر على أى فرد أو هيئة أو منشأة غير مسجلة طبقا لأحكام هذا القانون أن تباشر بصفة أساسية وعلى وجه الاعتياد أى عمل من أعمال البنوك .... »[١] .

ويترتب على مخالفة الحظر المذكور بطلان عقد الشركة ، ولكل شريك أن يتمسك بذلك البطلان بسبب عدم مشروعية غرض الشركة لكى يتنصل من الالتزامات التى تعهد بها فى مواجهة الشركة ولا يكون للبطلان تأثير على التعهدات التى أبرمت بين الشركة والغير فى الفترة السابقة لاعلان بطلان الشركة[٢] .

١٣ ــ اذا لحق عقد الشركة عيب من عيوب الرضا كالغلط أو الاكراه أو التدليس أو نقص الأهلية فالأمر فى القانون الوضعى غيره فى الشريعة الاسلامية فالقانون يعتبر العقد قابلا للابطال من الشريك الناقص الأهلية أو الذى عيبت ارادته وقت التعاقد وهو ما يسمى بالبطلان النسبى فى القانون .

وفى الشريعة يعتبر العقد صحيحا نافذا ، اذ نقصان الأهلية فى الشريك أو تعيب رضاه لا يؤثر فى الشركة الا حين يطلب البطلان

---

(١) تنص المادة ٣٨ من قانون البنوك والائتمان على أنه : « يعتبر بنكا تجاريا كل منشأة تقوم بصفة معتادة بقبول ودائع تدفع عند الطلب أو بعد اجل لا يجاوز سنة » ، وكذلك المادة ٥٢ من نفس القانون تنص على أنه : « يجوز للبنك أن يقوم بضمان القروض والاستثمارات التى تعقد فى هيئات أو منشآت مصرية أو اجنبية أو دولية وفقا للشروط والأوضاع التى يتفق عليها مع وزير الاقتصاد والتعاون الاقتصادى » .

(٢) انظر : الشركات التجارية د. على يونس ص ٦٨ ، وعكس ذلك د. محمد حسنى عباس اذ يرى بطلان العقود التى كانت الشركة قد تعاقدت عليها قبل البطلان فما بنى على الباطل فهو باطل ما لم يكن الغير حسن النية أى تعاملوا مع الشركة ولم يعلموا سبب بطلانها ــ شركات الأشخاص ص ٦٤ ــ طبعة ١٩٦٠.

ولا يسرى ذلك الا على الشريك الناقص الأهلية أو الذى شاب رضاه عيب وتلتزم الشركة بالوفاء بالتزاماتها ، والعقد الذى يشترك فيه ناقص الأهلية يعتبر موقوفا على اجازة وليه أو وصيه ولا يجوز التصرف فى أموال الشركة حتى تتم الاجازة[1] .

والعقد الذى شابه اكراه اختلف الفقهاء فيه فهو اما موقوف[2] أو فاسد[3] أو باطل لأن الرضا شرط الانعقاد[4] .

أما العقد الذى لحقه التدليس أو الغلط أو الاستغلال ففاسد مسلوب اللزوم بارادة الطرف المتضرر الذى شاب رضاه العيب ويصبح مخيرا بين الابطال والامضاء وهو الرأى الراجح عند الشافعية والمالكية والحنابلة[5] ، وأن عيب التدليس يخول للمدلس عليه المتضرر الحق فى تعويض الضرر مع بقاء العقد نافذا[6] .

١٣ ـ حصص الشركاء :

(أ) تجوز الشركة بالأثمان المطلقة التى لا تتعين بالتعيين فى المعاوضات لأنها أثمان المبيعات وقيم الأموال ، وأنها لا تتعين بالتعيين ، ولا تتبدل ساعة فساعة حتى تعتبر سلعة[7] وهذا محل اتفاق فى الشريعة والقانون .

اشترط المالكية اتفاق النقدين من المشتركين فى الصرف والوزن

---

(١) د. عبد العزيز الخياط : الشركات ص ٣١٨

(٢) المدخل الفقهى العام للأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا جـ ١ ص ٣٧٢

(٣) الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى طبعة الحلبى جـ ٣ ص ٢٠١

(٤) أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد فقرة ٢٦٢

(٥) كشاف القناع جـ ٢ ص ٥٦ ـ نهاية المحتاج جـ ٢ ص ١٣٦

(٦) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٠١

(٧) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٦٠ ـ كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٥٤

والجودة أو الرداءة مع اتحاد الجنس ومن لازم ذلك اتفاق قيمتها وذلك لئلا يلزم التفاوت فى الشركة[1] .

ولا يؤثر اختلاف سكة النقود ما دامت قيمتها واحدة أو معروفة متعينة بسعر النقد فى البلد المعقودة فيها الشركة .

ويشترط الشافعية تساوى النقدية من الدراهم والدنانير فى الجنس والصفة حتى يتحقق الخلط فى شركة العنان عندهم فلا تصح من أحد الشريكين بعملة محلية دمن الآخر بعملة أجنبية[2] .

(ب) تقديم الحصة من النقدين :

ويلزم الشريك فى القانون بدفع الحصة النقدية فى شكل دفعات فى مواعيد محددة (مادة ٥ شركات سعودى و ٢٦٦ مدنى مصرى و ٦٣ شركات أردنى) .

وفى الشريعة لا يصح عقد الشركة اذا لم تدفع الحصص النقدية عند العقد ويجيز المالكية التأجيل لوقت قريب حدده البعض بثلاثة أيام ، لأن من شروط صحة الشركة أن يكون المال حاضرا حقيقة أو حكما وقت العقد ، اذ لا يصح أن يكون رأس المال دينا ولا مالا غائبا ، لأن المقصود من الشركة الربح بواسطة التصرف ولا يمكن ذلك فى الدين ولا فى المال الغائب[3] ، وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء واننى أؤيد مذهب الجمهور بالنظرة الواقعية الفاحصة التى تنبىء عن تعسر شركات كثيرة بسبب العجز بعد تأسيسها عن دفع حصص الشركاء .

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٤٨ ــ شرح الزرقانى جـ ٦ ص ٤١

(٢) روضة الطالبين جـ ٤ ص ٢٧٧ ــ المجموع شرح المهذب (التكملة الثانية) ١٨/٤ ــ د. عبد العزيز الغامدى المرجع السابق ص ١٤٣

(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٦١

ومن هنا فان رأى الجمهور أدعى الى الحرص وسد باب الذرائع اشـغل السوق المـالى بكيانات اقتصادية متعسرة منذ البداية .

(جـ) وفى القـانون تصـح الشركات بغير النقـدين من العروض والأموال المتقومة والمثليات والعقارات والعمل وحقوق الملكية الفنيـة أو الصناعية أو الأدبيـة كبراءة اختراع أو اسـما تجـاريا أو عـلامة تجارية[1] أو حقا من حقـوق المؤلف المعنـوية أو حقوق لدى الغير كالدين أو أوراق مالية أو تجارية ، والحصـة العينية فى القـانون ثلاثة أنواع هى : حق الملكية ، وحق الانتفاع ، وحق معنوى . وقد تقدم هذه الحقوق للتمليك أو الانتفاع أى تطبيق أحكام البيع فى حالة التمليـك وأحكام الاجارة اذا كانت الحصة للانتفاع .

وفى الشريعة الاسلامية ثلاثة أقوال فى صحة أن يكون رأس المـال من العروض قيميا أو مثليا أو عدديا وهذه الأقوال هى :

الأول[2] : أن الشركة لا تصح بالعروض ، ووجه هذا القول أن الشركة تتضمن معنى الوكالة ، والوكالة لا تصح فى العروض فكل شريك وكيل عن صـاحبه فى التصرف ولا يصح للانسان أن يتصرف فى عروض مملوكة له بالوكالة عن غيره فى هذا التصرف اذ الولاية له دون غيره . كما أن الشركة بالعروض تؤدى الى جهالة الربح عند القسمة ، لأن رأس المـال يكون قيمة العروض لا عينها ، والقيمة مجهولة ، لأنها لا تعرف بالحرز والظن والتخمين ... وفى حـالة ارتفاع سـعر العروض قبـل التصرف فيها وظهور الربح فيها بارتفاع السـعر فيأخذ كل شريك ربحا مما لا ملك له فيـه ولا ضـمان عليـه ، لأنها لو هلكت فى ضـمان

---

(١) الاسـم التجارى والعـلامة التجارية لم يدخلهما نظام الشركات السـعودى ضمن الحصص العينية اذ لا يجـوز فيـه اعتبار الشـهرة أو السـمعة أو النفوذ حصـة فى رأس المـال (مادة ٣ شركات ، وكذلك مادة ٧٥ شركات أردنى والتقنين اللبنانى) .

(٢) قال به الحنفية والحنابلة فى المشـهور عن أحمد والظاهرية ـ البدائع جـ ٦ ص ٦٠ ـ المغنى جـ ٥ ص ١٨ ـ المحلى جـ ٩ ص ١١٧

صاحبها فلا يأخذ ربح ما لم يضمن ، وكذلك اذا انخفضت الأسعار تكون الخسار مشتركة فكيف يلزم غير المالك بالخسران وليس عليه ضمان[1] ، كما أن ربح ما لم يضمن حاصل فيها لأنه اذا باع كل واحد من الشريكين رأس ماله وتفاضل الثمنان فلا يستحق أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن ، بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما لم يضمن[2] .

الثاني[3] : التفريق في الحكم بين العروض القيمية والمثلية فالعروض القيمية لا تجوز المشاركة بها لاختلاف القيمة وما زادت قيمته اذا انفرد صاحبه بربحه ذهب غرض الشركة واذا جعل بين الشركاء أخذ الآخر ربح مال آخر وهذا غير جائز .

أما العروض المثلية ففيها وجهان :

الأول : عدم جواز المشاركة به لأنه غير الأثمان

الثاني : الجواز بشرط التساوي في الجنس والصفة كالأثمان ـ أما اذا كانت الشركة مضاربة فلا تصح بالعروض من غير تفريق عندهم.

الثالث [4] : تصح المشاركة بالعروض وتقوم بالعقد وتجعل قيمتها وقت العقد رأس مال للمشاركة . ولا شك عندنا في ترجيح القول الثالث للحاجة الداعية اليه ولعدم رجحان ما علل به المانعون ، وتحيل بعض الفقهاء على جواز المشاركة بالعروض بأن يبيع كل واحد

---

(١) الشركات للشيخ علي الخفيف ص ٣٧ ـ د. عبد العزيز الخياط ـ المرجع السابق جـ ١ ص ١١٠

(٢) شرح الهداية للمرغيناني جـ ٣ ص ٥ مشار اليه في د. عبد العزيز الخياط جـ ١ ص ١٠٩

(٣) قال به الشافعية ـ المهذب جـ ١ ص ٣٤٤

(٤) قال به الامام احمد في رواية عنه وطاووس والأوزاعي وحماد والمالكية وابن ابي ليلى ـ المغني جـ ٥ ص ١٧ ـ الانصاف جـ ٥ ص ٤١١ ـ شرح الزرقاني جـ ٦ ص ٤٤ ـ وشيخ الاسلام ابن تيمية ـ الفتاوى جـ ٣٠ ص ٨٠

منها نصف ماله ونصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة على المتاجرة بهذه العروض فتجوز .

واذا كانت الحصة حقا معنويا كبراءة اختراع فليس هناك فى الشريعة ما يمنع اذا كان الحق المعنوى مما يقوم بالمال وتعتبر قيمته حصة فى الشركة .

والحصة بالدين فى الشركة لا تجيزها الشريعة شأنها شأن المال الغائب لأن المقصود من الشركة الربح ولا يتحقق الا بالتصرف ولا يمكن التصرف فى مال غائب أو دين والقانون يجيز الحصة بالدين كما سبق بشرط قبول المدين أو تبليغه حوالة الدين الى الشركة الا اذا كان الدين ثابتا بسند تجارى أو لأمر فيقبل الدين حصته فى الشركة بمجرد التظهير أو التسليم ولا يتوقف على قبول المدين[1] .

ولا شك عندنا فى تأثير الوجهة الشرعية للاعتبارات العلمية التى تفرض الجدية فى عمل المشاركات ونشاطها .

(هـ) ويذهب رأى الى أن الاسم التجارى أو العلامة التجارية لا يصح كل منهما أن يكون حصة فى المشاركة لما فى ذلك من الغش أو المخادعة والتدليس على الناس[2] .

ولا نرى هذا الرأى لاهداره للعرف التجارى وما تعامل به الناس وبخاصة اذا كان الاسم التجارى أو العلامة التجارية سبب واضح للرواج والنشاط التجارى واقدام الناس على التعامل مع هذا الاسم التجارى دون غيره للثقة فيه لاعتبارات عملية خبرها الناس ومن

---

(١) مادة (٣/٤) من نظام الشركات السعودى ومادة (٣٠٥) مدنى سورى ـ الوجيز فى القانون التجارى د. مصطفى كمال طه جـ ١ ص ٢٦٩

(٢) شركة المساهمة فى النظام السعودى للمرزوقى ص ١١٤ ـ د. عبد العزيز الغامدى ـ البحث السابق الاشارة اليه ص ١٤٩

ثم لا يمكن اهدار هذه القيمة كحصة فى الشركة من الممكن أن تقوم بها الاسم التجارى أو العلامة التجارية تصبح الحصة بقيمتهما .

(و) والحصة بالائتمان أو الثقة المالية أو النفوذ السياسى أو السمعة التجارية منعت القوانين الوضعية أن يكون شيء من ذلك حصة فى رأس مال الشركة[1] وخالف فى ذلك القانون اللبنانى اذ نصت المادتان (٨٤٩ ، ٨٥٠) على جواز أن يقوم أحد الشركاء الثقة التى يتمتع بها حصة فى الشركة

وما ذكره فقهاء الشريعة من شركة الوجوه فقائم على أن الشريك ذو الوجاهة يعمل بنفسه ويعتبر كل شريك فيها وكيلا عن صاحبه والثقة الحاصلة فى الشركاء ثقة تجارية قائمة على البيع بالنقد والشراء بالنسيئة وثقة التجار فى الشركاء وهى قائمة على الوكالة والكفالة[2] وفى جوهرها تقوم أيضا على عمل ومع كل ذلك يرى المالكية[3] فيها غررا ولا نراه معهم ولذلك فلا تعارض بين المسلك القانونى احترازا عن التدليس والخداع والغش فى المعاملات وما أكثر وقوعه فى أهل زماننا وبين ما قرره المجيزون لشركة الوجوه من فقهاء الشريعة الاسلامية من الأحناف والحنابلة والشيعة الزيدية وغيرهم .

● **أشكال المشاركات وأنواعها :**

على ضوء خصائص عقد المشاركة السابق ذكرها تتأثر حتما أشكال المشاركة وتتقيد بها ، فاذا كان العقد جائزا غير لازم فلا يتصور أن تكون المشاركة ثابتة مستمرة ، واذا كانت المشاركة أنواعا عديدة لكل نوع خصائصه وأحكامه التى تميزه فلا يتصور أن يكون هناك عقد واحد للمشاركة أو نموذج واحد للمشاركة وأن يصبح قسيم المضاربة والمرابحة وأن تصبح صيغ الاستثمار الاسلامى هى

---

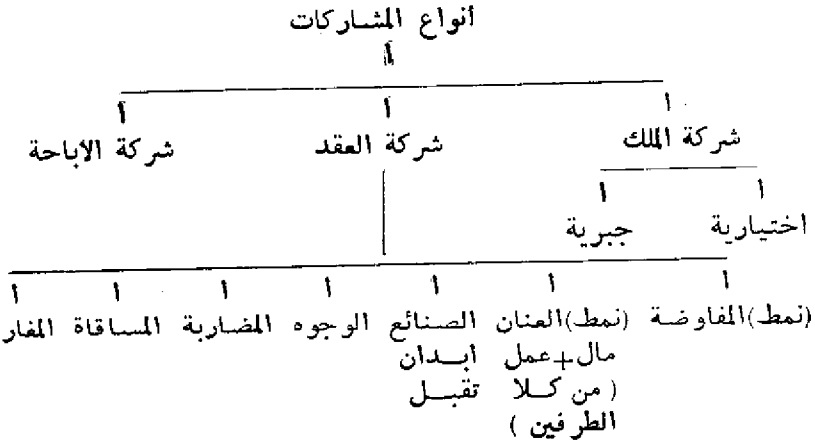
(١) مادة (٥٠٩) مدنى مصرى و (٤٧٧) مدنى سورى و (٣) شركات سعودى .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٥٨

(٣) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٨٠

المشـــاركة والمضاربة والمرابحة وقـــد ســـبق بيان عدم دقـــة ذلك وعلى هـــذا الأســـاس فان المشاركات فى المنهج الاسلامى تتســـع لكل أنواع الشركات فى النظم والقوانين مع دراســـة تفصيلية لأحكامها وعرضـــها على أحكام الشريعة الاسلامية لتنقيتها مما قد يشـــوبها من مخـــالفات شرعية ولا شـــك أن هنـــاك محاولات عديدة قـــد بذلت فى هذا المجال ولكننا نراها غير كافية حتى الآن .

كمـــا أن الممارســـة العمليـــة يجب أن تثرى البحث العلمى ولكن ـــ للأسف ـــ هناك تقصير وقصور شديدين فى ذلك .



وعلى هذا الأساس تشمل المشاركات كل أنواع النشاط الاقتصادى التجارى ويناسبه نمط شركة العنان بصفة خاصة ، والصناعى ويناســـبه شركة الأبدان بصفة خاصة ، والزراعى ويناسبه شركة المساقاة والمضاربة بصفة خاصة ، والخدمى ويناسبه شركة الوجوه بصفة خاصة وهكذا فى الاستثمارات طويلة الأجل تناسبها شركة المضاربة ، والاستثمارات قصيرة الأجل تناسبها شركة المرابحة ، ويمكن تقسيم شركة العقد الى خمســـة أنواع رئيسية هى :

١ ــ شركة أموال .
٢ ــ وشركة أعمال .
٣ ــ وشركة وجــوه .
٤ ــ وشركة مضــاربة .
٥ ــ وشركة مرابحة .

والأولى تقوم على الاشتراك فى المــال وربحه
والثانية تقوم على الاشتراك فى أجر العمل .
والثالثة تقوم على الاشتراك فى ربح ما يشــترى بالأجل ويبــاع دون أن يكون هناك رأس مال .

والرابعة تقوم على الاشــتراك فى الربح دون رأس المــال .
والخامسة تقوم على الاشتراك فى المــال وربحه مرابحة .

٢ ــ الأنواع الرئيسية للاستثمار :

(أ) الاســتثمار النوعى :

لا شك عندى أن الاستثمار النوعى من أفضل أنواع الاستثمارات التى يتعين على البنوك والمؤسسات المــالية الاســلامية أن تبنى عليها سياستها الاستثمارية وذلك لمــا يأتى من أســباب :

ــ تشكيل المتعاملين مع البنوك والمؤسسات المــالية الاسلامية : فهــذه المؤسسات يجب أن تكون عملائها تكوينا صحيحا يساعدها على خلق وعى اســتثمارى لديها يســاهم فى دعم النشــاط الاقتصادى لهذه المؤسسات وايجاد تنمية حقيقية فى المجتمع ، وأولى الأدوات والوســائل وأفضلها لتحقيق ذلك هو الاستثمار النوعى الذى ينقسم الى المجالات الاقتصادية الحاكمة فى المجتمع ســواء فى النشــاط الزراعى أو التجارى أو الصناعى أو الخدمى بحسب طبيعة النشاط الاقتصادى الرائج ومدى الحاجة اليــه .

ــ تأمين مســيرة النشاط الاستثمارى فى البنــوك والمؤسســات المــالية الاسلامية باعتبار أنها تقوم بالدرجة الأولى على توظيف أموالها

فى المشروعات الاستثمارية لا فى الائتمان ابتداء فتخف الى حد كبير مشكلة التوفيق بين السيولة والربحية لمواجهة أوامر الدفع وتحقيق عائد لرأس المال فى نفس الوقت .

ـ تحقيق أعلى نسبة ربح ممكن حتى تستطيع البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية مواجهة التحدى المفروض فى نظام سعر الفائدة المستقر والمأمون ولا شك أن هذا التحدى يفرض على هذه المؤسسات الدخول فى أنواع من الاستثمارات قد يخشى النظام الربوى الدخول فيها من حيث طبيعتها أو مدتها بحكم حاجة هذا النظام الربوى الى مواجهة أوامر وطلبات الدفع المتوقعة فى كل لحظة من اللحظات ولا شك أن هذا التحدى المفروض على المؤسسات الاسلامية يوجب توفير الدراسات الاقتصادية الجادة والمتخصصة طبقا لأحدث معطيات الفكر الانسانى لمشروعات الاستثمارات النوعية .

ـ ان الاستثمارات النوعية المتخصصة تساعد كثيرا على ايجاد أسس محاسبية وادارية متميزة ودقيقة تخدم الممارسات الاقتصادية الاسلامية وتعين على تطبيق مبادىء وأصول الاقتصاد الاسلامى

ـ الاستثمارات النوعية كسياسة يقوم عليها النشاط الاستثمارى فى البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية تساعدها دائما على تطوير نفسها اداريا وفنيا كما تساعدها على ايجاد نوع من التكامل والتعاون فيما بينها بما يخدم حركة التعامل فيما بينها كما وكيفا ومن ثم يؤمنها المخاطر المتوقعة أو غير المنظورة فى مسيرتها الاقتصادية نحو التوسع والانتشار والقوة .

ـ والاستثمارات النوعية تتيح للبنوك والمؤسسات الماليه الاسلامية تنويع استثماراتها فى التجارة الداخلية والدولية على السواء ومن ثم فى السوق المحلية والعالمية ، كما تختلف آجالها باختلاف نوعية وطبيعة النشاط المثمرة فيه وقد يعطى ذلك الفرصة لنوع من التخصص أو تقسيم العمل الدولى ومن ثم التعاون والتكامل فى نشاط تلك المؤسسات على المستوى العالمى وهو المطلب الملح والهام فى ظل

المتغيرات الاقتصادية العالمية المعاصرة التى تفرض على تلك المؤسسات الخروج من عزلتها عن التعاون فيما بينها من ناحية ومن عزلتها عن الاقتصاد العالمى من ناحية أخرى .

— والاستثمار النوعى على النحو السابق وما قد يستتبعه من تخصص وتقسيم للعمل بين المؤسسات المالية الاسلامية يمكن وبقوة من فتح أسواق جديدة وشاسعة لم تكن متاحة من قبل ولا شك أن ذلك يعكس أثره على البيئة التجارية فى المنطقة العربية على وجه الخصوص بما يمهد لسوق عربية مشتركة .

— ومن المفيد والجديد أن تحتوى صكوك الاستثمارات النوعية على أهم البيانات والمعلومات الخاصة بتلك الاستثمارات بما يبث الثقة والطمأنينة ويزيل اللبس ويقضى على المعميات فى النشاط الاستثمارى الاسلامى بالدرجة الأولى .

(ب) الاستثمار التجارى المباشر أو المتاجرة :

وهذا النوع من النشاط التجارى المباشر تحكمه مجموعة من المحددات منها :

— تنظيم مالى وادارى على درجة عالية من الدقة والتقنية .
— نظام رقابة فعال وحاسم .
— مهارة فى الأداء وخبرة عملية وتدريب مستمر .
— دراسة دائمة ومتجددة لمؤشرات السوق المتغيرة

اذا تحقق هذا الحد الأدنى من المحددات المطلوبة لمباشرة النشاط التجارى المباشر استطاعت المؤسسات المالية الاسلامية أن تكسر معضلة المصارف والبنوك الربوية المتمثلة فى مشكلة « السيولة والربحية » ومن هنا كان هذا من أهم التحديات المفروضة على المؤسسات المالية الاسلامية وبخاصة اذا واجهت فى لحظة من اللحظات مشكلة أوامر الدفع أو السحب ، أو عزفت عنها الودائع فى فترة من الفترات .

وهذا النوع من النشاط الاستثمارى التجارى المباشر قد يسعف

كثيرا فى أوقات الأزمات المالية والاقتصادية وان كانت أعباؤه الادارية والرقابية يجب أن تكون محل اعتبار كبير حتى يؤتى أكله المرجوة .

٣ ـ صيغ جديدة للاستثمار :

لقد بات من المتعين خلق أدوات وأوعية استثمارية جديدة تعالج الاختناقات العملية وتغطى قطاعات جديدة وتلبى حاجات ملحة وهو ما يجب أن تعكف عليه وباستمرار أقسام متخصصة .

وعلى سبيل المثال فهناك صيغة :

(أ) شبه المضاربة :

من الجائز فى شركة الأموال التى يكون رأسمالها مشتركا بين الشريكين اشتراط عمل الشريكين وتكون الشركة صحيحة[١] ، والعمل يكون متقوما بالتقويم أى يتقوم بتعيين القيمة[٢] . أما اذا كان الشرط خاصا بعمل أحد الشريكين وحده فان هذا الشريك يكون مستحقا لحصة من الربح مقابل رأسماله وحصة أخرى زائدة مقابل عمله الا أنه لما كان رأس مال شريكه فى يده فى حكم « مال المضاربة » كانت الشركة « شبه المضاربة »[٣] .

ووجه الشبه بالمضاربة فى هذه الحالة أن مدارها على العمل من الشريك المشروط عمله فى عقد الشركة وأنه يستحق الحصة الزائدة من الربح مقابل هذا العمل لمهارته فيه مثلا أو خبرته الا أن هذه الحالة تخرج عن كونها مضاربة بالكلية لكون هذا الشريك صاحب رأس مال فى الشركة .

---

(١) انظر بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٥٤٦ ـ ط . دار الكتاب العربى ببيروت سنة ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) ـ حاشية المقنع جـ ٢ ص ١٦٣ لابن أبى الفتح البعلى ـ ط ١ ـ المكتب الاسلامى للطباعة والنشر ـ دمشق سنة ١٣٨٥ هـ (١٩٦٥ م) .

(٢) ومن الجائز أن يكون عمل شخص أكثر قيمة بالنسبة الى عمل شخص آخر وقد يتمثل ذلك فى حصة زائدة من الربح اذ يجوز أن يكون أحد الشريكين أمهر من الآخر فى الأخذ والاعطاء وعمله أنفع وأزيد .

(٣) انظر المادة (١٣٧١) من مجلة الأحكام العدلية .

وهذا النموذج أو هـذه الصيغة الاستثمارية تحقق الأهـداف الآتيـة :

ـ استقطاب أصحاب الخبرات والمهارات العملية فى نوع معين من أنواع النشـاط .

ـ ان هذا النوع من العملاء يحقق مصلحته باشتراط العمل مقابل حصـة زائدة من الربح[1] لحذاقته فى عمله ، ومن ثم لا يكون عزوفا عن مشـاركة المصرف الاسلامى فى هذه الحالة .

ـ ان هذه الصيغة تحقق مصلحة المصرف الاسلامى أيضـا من ناحيتين :

ـ مهارة وخبرة القائم بالعمل وحذاقته فيه .

ـ توافر نوع من الضـمان لرأس مال المصرف الاسـلامى اذ أن شريكه صاحب رأس مال فى المشروع أو النشـاط فضـلا عن اشرافه ومعونته الدائمة .

(ب) الاجـارة المضـافة :

الاجارة المضـافة الى زمن معين مستقبل معتبرة من ذلك الوقت المستقبل ومن ثم فهى صحيحة وملزمة من وقت العقد[2] أى قبل حلول وقتها فليس لأحد العاقدين فسخها قبل ذلك ما لم يحـدث سبب مانع لاجراء موجب العقد فتنفسـخ الاجارة .

ولمـا كان المعقود عليـه فى الاجارة أى محلها هو المنفعة فقـد تكون هـذه المنفعة متحصلة من العمل أو منافع الأعيان والأشياء كالعقار والعروض بما تشـتمل عليه من الآلات والمعدات والأدوات وغيرها .

---

(١) امـا اذا كان العمـل مشروطا على الشريك الذى حصـته من الربح قليـلة فالشرط غير جائز اذ أن الحصـة الزائدة من الربح للشريك الآخر تكون بغير مقابل من مال أو عمل أو ضـمان ومن ثم يكون أخـذا للمال بغير حق أو بالباطل فلا يجوز . ويكون تقسـيم الربح فى هـذه الحالة على أسـاس مقدار رأس مال كل شريك فهو الأعدل .

(٢) انظر مادة (٦٧٢) من القانون المدنى الأردنى .

ويشترط لصحة الاجارة معلومية المنفعة النافية للمنازعة كتعيينها وبيان مدة الاجارة وبكل ما يؤدى الى معلوميتها ومن ثم يشترط أن تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء ، كما يشترط لصحة الاجارة معلومية الأجرة كتعيين مقدارها أو وصفها ان كانت من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة[1] ، ويجوز أن يكون بدل الايجار عينا أو دينا أو منفعة وكل ما صلح ثمنا فى البيع[2] . ولا تلزم الأجرة بمجرد العقد وانما باستيفاء أو تحصيل المنفعة أو بالقدرة على استيفائها ما لم يشترط تعجيل أدائها وقت العقد وكذلك يجوز اشتراط تأجيل أدائها ولو بعد تحصيل المنفعة ومن ثم لا تلزم الأجرة الا بعد انقضاء المدة التى شرطت . ويجوز كذلك تقسيط الأجرة فى أوقات معينة .

وما قصدناه هو ابراز نوع خاص من الاجارة هو الاجارة المضافة الى وقت مستقبل مع لزومها وقت العقد وهذه الصيغة قد يستفاد بها فى التعامل على منافع الأعيان من العروض فى الأسواق الآجلة وذلك مع الالتزام بالضوابط الفقهية للمنفعة والأجرة أو بدل الاجارة على وجه الخصوص كما تقدم .

(ج) صناديق الاستثمار المشتركة :

لقد أصبحت صناديق الاستثمار المشتركة التى تساهم فيها أكثر من مؤسسة مالية اسلامية ضرورة ملحة فى ظل المتغيرات والتكتلات الاقتصادية المعاصرة وذلك لتحقيق عدة أهداف حيوية منها :

- خلق سوق تجارية متميزة .
- خلق سوق مالية .
- ايجاد نوع من الضمان الأخير لتأمين مسيرة النشاط الاستثمارى والمصرفى فى المصارف والمؤسسات المالية الاسلامية .

* * *

(١) هى المعدودات التى لا يكون بين آحادها تفاوت فى القيمة فجميعها من المثليات .

(٢) انظر المادة (٥٦١) من القانون المدنى المصرى .