

البحث الرابع

آفاق جديدة للعمل المصرفي الاسلامي

لا نعتقد أن فيما سبق من صيغ وأدوات أعيدت الى الممارسة المصرفية المعاصرة الكفاية أو القدرة اللازمة لمواجهة تطلعات العصر ومن هنا لا بد من آفاق واستراتيجية جديدة للعمل المصرفي الاسلامي تقوم على ثلاث ركائز أساسية انطلاقا من وقوف النظام الاقتصادي العالمي على أبواب مرحلة جديدة تذوب فيها التكتلات الاقتصادية الكبرى نحو الواحدة للأفضل والأمثل في تحقيق المصلحة العالمية العليا ومن هنا فاننا نتصور أن ركائز هذه الاستراتيجية المقترحة هي : التكامل ، والتعاون ، والانطلاق نحو العالمية •

ولا نعتقد أن شيئا من ذلك سهل الحدوث بشكل وعلى نحو صحيح في المستقبل القريب ، ولكننا نرى أنه قد يأتي زمان لا أراه بعيدا يفرض هذه الركائز كأمر واقع تحسبا لمرحلة جديدة في الاقتصاد العالمي كله ، وهكذا يظل النظام المصرفي الاسلامي في دائرة التبعية ان لم يعيد تقييم أدائه ويتمكن من استحداث أدوات جديدة تنطلق به نحو آفاق جديدة في العمل المصرفي الاسلامي •

اولا : في اطار تحديث او تعديل نظام الاستثمارات في نطاق العمل المصرفي الاسلامي نقترح ما يأتي :

١ - ادخال المرونة على صيغ عقود الاستثمار :

أعني بذلك مسألة « تحول العقد » باشتمال صيغته على صيغة عقد آخر لمواجهة مشكلة من مشاكل الممارسة والتطبيق العملي المحتملة وأن تتضمن بنود العقد النص على ذلك •

فمثلا : (أ) كيف تتحول المضاربة الى شركة وجوه وتشتمل عليها •

- (ب) كيف تتحول المراجعة الى مشاركة .
- (ج) كيف تندمج المضاربة والمراجعة في عقد واحد ، وهكذا .
- (د) كيف تتحول الاجارة الى شركة .

٢ - الزكاة والتملك :

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

٣ - الضمانات والتوسع في نظام الكفالات الشخصية والعينية
وكفالات الغرم والضرر على وجه الخصوص .

ثانيا : في اطار تجديد نظام الاستثمارات في نطاق العمل المصرفي
الاسلامي وطرق آفاق جديدة نقترح ما يأتي :

- ١ - المشاركات ليست قسيم المضاربة والمراجعة .
- ٢ - تقسيم الاستثمار الى أنواع رئيسية منها :
 - (أ) الاستثمار النوعي .
 - (ب) الاستثمار التجاري المباشر أو المتاجرة .
- ٣ - صيغ جديدة للاستثمار :
 - (أ) شبه المضاربة .
 - (ب) الاجارة المضافة .
 - (ج) صناديق الاستثمار المشتركة .

ثالثا - نماذج وصيغ مقترحة :

نضرب الأمثال لما تقدم من طرائق ثلاثة فنقول وبالله التوفيق :
النموذج الأول - في اطار تحديث أو تعديل نظام الاستثمارات
وفيما يتعلق بادخال المرونة على عقود الاستثمار نقترح :

١ - المضاربة انتهى قد تشتمل على شركة وجوه :

- تعريف المضاربة :

المضاربة نوع شركة في الربح على أن رأس المال من طرف والسعى والعمل من الطرف الآخر على أن تكون حصة كل منهما جزءاً شائعاً معلوماً من الربح متفق عليها ابتداءً عند التعاقد لأنه هو العقود عليه .

- الربح في المضاربة :

والقاعدة أن كل شرط قطع الشركة في الربح أو يوجب قطع الشركة فيه أو جهالة فيه يفسد المضاربة لأنها جهالة في العقود عليه توجب فساد العقد^(١) وإذا لم يعين مقدار الربح جاز ذلك على أن يكون مناصفة لأنها شركة تقتضي المساواة .

ويظهر الربح بالقسمة ، وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح القسمة قبل قبض رأس المال ، 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 تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه » .

والربح نماء المال وزيادة عليه ، والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل فلو صححنا قسمة الربح لثبت قسمة الفرع قبل الأصل وهو لا يجوز ، وهذا الأصل من خصائص المضاربة الشرعية بحيث إذا حدث نقص أو تلف في رأس مال المضاربة بعد تصرف العامل فيه ودورانه في التجارة ولا يد فيه للمضارب أى بغير تعد أو تقصير منه يجبر من الربح ما أمكن ، بحيث لا يكون ربح إلا بعد

(١) المنتقى شرح الموطأ ج ٥ ص ١٦٨

كمال رأس المال^(١) ، أما ما يحدث باعتداء يستوجب الضمان كالغصب والسرقة أو أن يستهلكه العامل نفسه فلا يجبر بالربح بل هو على الخامن .

● اثر فساد المضاربة على الربح :

يرجع فساد المضاربة الى أمرين جوهريين هما :

الأمر الاول :

فساد المضاربة الناجم عن تخلف أو اختلال شرط من شروط صحتها وهي^(٢) :

١ - أن يكون رأس المال من الأثمان ويعنون بها الدراهم والدنانير ، واختلفوا في صحة المضاربة بالعروض^(٣) مثلية كانت أو قيمة فلم يجزها الجمهور وأجازها بعض فقهاء الحنابلة وبه قال طاووس والأوزاعي وحماد وقصر ابن أبي ليلى الجواز على المثلى من العروض^(٤) .

٢ - أن يكون رأس المال معلوم القدر والجنس والصفة معيناً من قبل رب المال تعييناً ينفي الجهالة عنه ، وإن كان لا يشترط أن يكون مفروزا ، ولم يجز جمهور الفقهاء أن يكون ديناً في ذمة العامل للتهمة في أن يكون آخر الدين للزيادة فيه ، أما أن كان ديناً

(١) حاشية ابن عابدين ج ٨ ص ٣١٠ ، ط . مصطفى الحلبي بمصر ، شرح الزرقاني المختصر خليل ج ٦ ص ٢٢٥ ، ط . المطبعة البهية ١٣٠٧ هـ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ ص ٢٣٧ ، ط . مصطفى الحلبي ١٣٥٧ هـ .
المفنى لابن قدامه ج ٥ ص ٤١ ، ط . سجل العرب ١٣٨٩ هـ .

(٢) ترجع الكثير من شروط المضاربة ان لم يكن جلها الى اجتهادات الفقهاء التي تملئها الظروف الناشئة ، والحوادث المستجدة ، والحاجات الملحة ، والمصالح الراجحة ومن هنا كان اختلاف الفقهاء فيها كثيراً وكثيراً ولا مشاحة في ذلك فيما لا نص فيه ولا اثر صحيح .

(٣) العروض هي ما عدا النقود من الأموال .

(٤) الانصاف للمرادوى ج ٥ ص ٤١٠ - تحقيق محمد حامد الفقى - ط . السنة المحمدية ١٩٥٥ ، المفنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٢ - مرجع سابق ، المبسوط للرخسى ج ٢٢ ص ٣٤ ط ١ - السعادة بمصر .

في ذمة ثالث أو شخص من الغير فأجاز الحنابلة والحنفية ومنع المالكية والشافعية^(١) .

٣ - تسليم رأس المال الى المضارب وألا يشترط رب المال بقاء يده عليه ، وبهذا قال الحنفية والشافعية والمالكية والزيدية أما الامامية والحنابلة في قول آخر لهم بصحة المضاربة مع بقاء المال تحت تصرف رب المال يوفي ثمن ما يشتريه العامل من سلعة لأن مورد العقد العمل^(٢) . وشرط التسليم أخذ به كل من القانون المدني الأردني في المادة (٣/٦٦٢) والقانون المدني العراقي في المادة (٦٦١/ب) .

٤ - يشترط في رب المال ما يشترط في الموكل وتجوز المضاربة من المرأة عند جمهور الفقهاء واشترط المالكية اذن زوجها ، ويجوز أن يكون رب المال غير مسلم عند الحنفية والحنابلة^(٣) وكره الشافعية تلك المشاركة لعدم تحرز غير المسلم عن المحرم . كما كره المالكية أن يذل المسلم نفسه لغير المسلم بأن يكون عاملاً لرب مال غير مسلم^(٤) .

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

(١) انظر البدائع ج ٦ ص ٨٣ ، ط . الجمالية بمصر - اسنى المطالب شرح روضة الطالب - الأنصاري ج ٣ ص ٣٨٢ ، ط . الميمنية بمصر - وتنص المادة ٣/٦٢٢ من القانون المدني الأردني على انه :

« يشترط لصحة المضاربة أن يكون رأس المال معلوماً وصالحاً للتعامل فيه » وفي هذا الخصص اكتفى القانون المدني العراقي في المادة ٦٦١/ب بالنص على « أن يكون رأس المال معلوماً ... » .

(٢) مطالب أولى النهى ج ٣ ص ٤٢٤ ، ط . المكتب الاسلامي بدمشق ، مفتاح الكرامة للامام علي ج ٧ ص ٤٤٧ مشار اليه د . ابراهيم فاضل الدبو - عقد المضاربة ص ٩٦

(٣) البسوط ج ٢٢ ص ١٢٦ ط ١ - السعادة بمصر - المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٣ - ط . سجل العرب ١٩٦٩

(٤) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٤ ط . مصطفى الحلبي ١٩٣٨ ، الشرح الصغير للرددير ج ٢ ص ١٨٤ ط ٣ - بولاق بمصر .

لعدم التحرز عن المحرم ، أما اذا اتفق هذا المحذور فلا بأس من عمل غير المسلم مضاربة في مال المسلم^(١) .

٦ - ويجوز الاتفاق على تأقيت المضاربة بمدة يقدرها الطرفان مناسبة لمقتضى العقد^(٢) ، كما يجوز أن تنقيد المضاربة بالمكان أو نوع النشاط التجارى أو التعامل مع شخص معين^(٣) ، واذا لم يشترط فيها شيء من ذلك فهي مطلقة يعمل فيها المضارب بما جرت به عادة التجار في أعمالهم وما استقرت عليه الأعراف التجارية فيها ومن ثم يكون المضارب مأذونا بالعمل والتصرف برأس المال في مقتضيات المضاربة وما يتفرع عنها وفقا للعرف السائد في هذا الشأن^(٤) ، وذلك ما لم يشترط رب المال على المضارب اذا خاصا في بعض الأعمال كالهبة والاقراض والدخول تحت الدين لأكثر من رأس المال^(٥) .

٧ - وعند الحنابلة^(٦) تصح المضاربة على أدوات وآلات ومعدات يمتلكها رب المال ويعطيها للمضارب على جزء معين من الربح الناتج وتصح عندهم أيضا المضاربة على حرفة المضارب لقاء حصة معينة

(١) المبسوط والمغنى ونهاية المحتاج - المراجع السابقة - المدونة ج ٤ ص ٥٨ ط ١ - المطبعة الخيرية - روى خلال باسناده عن عطاء قال : « نهى رسول الله ﷺ عن مشاركة اليهودى والنصرانى الا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم » نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٨٢ ط ٣ - مصطفى الحلبي 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 الطبيعي أو المعنوى على حد سواء وان لم يتطرق الفقهاء الى الأخير وان كنا نرى أن الشرط في ظل التعامل التجارى مع أشخاص معنوية يصبح ذى معنى أقوى وأفيد في العصر الحديث .

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

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

(٦) اعلام الموقعين ج ١ ص ٢٨٤ وما بعدها ، كشاف القناع ج ٣

ص ٥٢٤ ، مطالب أولى النهى ج ٣ ص ٥٤٢

مما ينتجته وذلك خلافا للجمهور ، ووجه الجواز أن المضاربة بقصد تنمية المال وتحقيق ربح ، والمشاركة في هذا الربح بينهما على الاشاعة . ثم ان الحاجة داعية الى كل ذلك فلا بأس منه فضلا عن أن مقصود الطرفين اتجه اليه وتحقق مقصودهما فيه .

٨ - لما كانت المضاربة عقد شركة في الربح أو عقدا على الشركة في الربح فيلزم أن يكون الربح معلوما للمتعاقدين أثناء التعاقد بالنص عليه في العقد حصة شائعة من الربح ، ومتى جعل نصيب أحد المتعاقدين وشرط له مبلغ معين معلوم أو جعل مع نصيبه مبلغ آخر اضافة الى الجزء الذي يستحقه من الربح كأن يشترط لنفسه النصف واطافة عشرة أخرى ، كانت المضاربة فاسدة باتفاق جمهور الفقهاء^(١) ، وآية ذلك أن كل شرط يقطع الشركة في الربح ويخل بالمشاركة فيه يفسد المضاربة لأن ذلك هو مقتضى عقد المضاربة وجوهره المتفق عليه ، الا أنه مع توفر هذا الركن في عقد المضاربة : هل يجوز لأحد المتعاقدين أن يشترط لنفسه مبلغا معيناً مما يحصل من الربح اذا زاد الربح عليه والزيادة مشتركة بينهما على ما شرطاه ؟

ومثل هذا الشرط لا يجيزه جمهور الفقهاء لاستقرارهم على أن اشتراط جزء معين من الربح لأحد المتعاقدين يناfi مقتضى عقد المضاربة ومن ثم يفسدها ويخرجها عن المضاربة .

وهناك رأى^(٢) بجواز مثل هذا الشرط لأنه مع وجود هذا الشرط يتحقق أيضا الاشتراك في الربح وأن هذا الشرط لا يستغرق الربح كله فلا مانع منه ، وكما يجوز لأحد المتعاقدين أن يشترط لنفسه نصيباً أكبر من صاحبه فلهذا جاز هذا الشرط أيضا .

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

(٢) الشركات في الفقه الاسلامى - المرحوم الشيخ على الخفيف ص ٨٥ وهو أحد راينين للزيدية - عقد المضاربة ، د. ابراهيم فاضل الدبو .
ص ١٣٨ - مطبعة الارشاد - بغداد ١٣٩٣ هـ (١٩٧٣ م) .

ومدار الجواز والصحة في هذا الشرط عندنا هو انتفاء انقطاع الشركة في الربح العائد ، وأيضا انتفاء الغبن والاستغلال الذي يخل بأصل المشاركة وهو التعادل والتوازن بين مصالح الطرفين ، ولهذا نرى أنه اذا تحقق مع هذا الشرط اخلال بالتوازن المنشود في العلاقة العقدية بأن ترتب عليه غبن أو استغلال كان للقاضي أن يعيد التوازن المفقود الى حالته الطبيعية في ضوء ما يثبت لديه من أدلة وقرائن وطبيعة المعاملة ومن ثم يقتصر الفساد في هذا الشرط عليه فقط دون عقد المضاربة لصحته بتوافر أصل المشاركة في الربح .

وفي صدد شرط الربح تنص المادة (٦٢٧) مدني أردني على أنه :
١ - يجب أن يشترك كل من المضارب ورب المال في الربح وذلك بالنسبة المتفق عليها في العقد فان لم يتفقا تعين قسم الربح بينهما مناصفة .

٢ - واذا جاز للمضارب خلط ماله مع رأس مال المضاربة قسم الربح بنسبة رأسى المال فيأخذ المضارب ربح رأس ماله ويوزع ربح مال المضاربة بين المتعاقدين على الوجه المبين في الفقرة الأولى .

وتنص المادة (٦٢٨) من نفس القانون على أنه :
« ١ - يتحمل رب المال الخسارة وحده ولا يعتبر أى شرط مخالف .

٢ - واذا تلف شيء من مال المضاربة حسب من الربح فان جاوزه حسب الباقي من رأس المال ولا يضمه المضارب » .

وتنص المادة (٦٦١/ح) من القانون المدني العراقي على :
« أن تكون حصة كل من المتعاقدين في الربح جزءا شائعا » .
وتنص المادة (٦٦٧) من القانون الأخير على أنه :
« يستحق المضارب ربحا في مقابل عمله ورب المال ربحا في مقابل ماله وذلك بالقدر المشروط في العقد فاذا لم يعين العقد حصة كل منهما قسم الربح مناصفة بينهما » .

وتنص المادة (١٤١١) من مجلة الأحكام العدلية على أنه :
« يشترط في المضاربة كشركة العقد كون رأس المال معلوما
وتعيين حصة العاقلين من الربح جزءا شائعا كالنصف والثلث لكن اذا
عبر بالشركة على الاطلاق كقوله : «والربح مشتركيننا» 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
العاقلين من الربح جزءا شائعا بل تعين لأحدهما من الربح كذا قرشا
فتفسد المضاربة » .

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

● أثر فساد المضاربة في هذه الحالة :

جمهور الفقهاء^(١) على أنه اذا فسدت المضاربة لتخلف أو اختلال
شرط من شروط صحتها فإن الربح في هذه الحالة يكون جميعه لرب
المال لأنه نماء ماله والمضارب هنا أمين ووكيل فلا يضمن المال
الذي بيده فيما يتلف ، وخالف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله^(٢) فالعامل
يضمن عندهما في هذه الحالة ولو لم يعتمد افساد المضاربة ، ويذهب
الجمهور أيضا الى أن المضارب في هذه الحالة يستحق أجر المثل
اذا أصبح أجيرا بعد أن كان شريكا في الربح سواء حصل ربح في

(١) انظر المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥١ ، البدائع للكاساني ج ٦

ص ١٠٩ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٣٠

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٨ ص ٣١٠

المضاربة أو لم يحصل وفي هذا الخصوص تفصيل لأقوال بعض الفقهاء فمنهم^(١) من ربط استحقاق المضارب الأجرة المثل بوجود ربح في المال والا فلا ، ومنهم^(٢) من شرط ألا تزيد أجرة المثل على ما سمي له من الربح ولا يستحق أجره عند عدم حصول ربح في المال .

ومن الواضح أن مدار الآراء الفقهية في المسألة هو اقتداح النظر الفقهى في إطار تحقيق التوازن بين مصالح أطراف العقد وعدم أكل المال بينهم بالباطل ، ومن هنا لا يصح في نظرنا أن تكون حال المضارب في حالة فساد المضاربة بأحسن منها في حال صحتها ، ففي حال صحة المضاربة وعدم تحقق ربح فليس للمضارب شيء ومن ثم فليس من المعقول أن يعامل المضارب معاملة أفضل بأن يعطى أجر المثل في حالة فساد المضاربة حتى ولو لم يحصل ربح وهو ما ذهب إليه الجمهور على نحو ما سبق ، وليس من المعقول كذلك أن يعطى أجر المثل حتى ولو قيد بعدم الزيادة على ما سمي 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 المدني الأردني أما التقنين المدني العراقي فقد نص في المادة (٦٦٧) مدني على أنه :

« وفي 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 شيئاً »^(٣) .

الامر الثاني :

فساد المضاربة الناجم عن تعمد المضارب ومخالفته لما فُهم عنه رب المال وهي ما اصطلح على تسميته بـ « المضاربة المقيدة » التي تنقيد

(١) وهو رأى أبو يوسف أورده ابن عابدين في حاشيته ج ٨ ص ٢٨٠

(٢) الانصاف للمرداوى ج ٢ ص ٤٣٠

(٣) يقارب هذا النص المادة ١٤٢٦ من مجلة الأحكام العدلية

مع خلو نص المجلة من قيد « أو نصف الربح » .

بعض الشروط التي تقيد حرية المضارب كأن يكون قد نهاء عن السفر بمال المضاربة أو البيع نسيئة ...

واختلف نظر الفقهاء واجتهادهم فيما يترتب على حالة الفساد هذه من آثار وبخاصة مسألة الربح في المضاربة ، فمن الفقهاء (١) من قصر أثر مخالفة المضارب للشرط المضروب عليه على جزاء من جنس المخالفة - وهو الأعدل في نظرنا - ومن ثم حمل المضارب الخسارة التي تحصل بسبب تلك المخالفة ويبقى شرط الربح على ما شرطه سابقا أي على حكمه السابق .

ويرى البعض (٢) أن المضارب في هذه الحالة بمنزلة الغاصب ومن ثم يكون المال مضمونا عليه وكذا يكون الربح له لأن الربح بالضمان .

وذهب رأي (٣) الى أن المضارب في هذه الحالة يستحق الأجر وإن خالف وتعدى ، وفي مقدار الأجر وجهان :

أحدهما : أجر المثل ما لم يستغرق الأجر الربح كله .

الثاني : الأقل من المسمى أو أجر المثل .

وقد نصت المادة (٢/٦٣٥) من القانون المدني الأردني على أنه :

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

(١) انظر شرح الزرقاني على مختصر خليل مع حاشية البناني ج ٦ ص ٢٢٢ - المطبعة البهية بمصر ١٣٠٧ هـ ، نهاية المحتاج للرملي ج ٥ ص ٢٣٣ ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصباغى ج ٣ ص ٦٤٥ ، مكتبة الأويد بالملكة السعودية ط ٢ - ١٣٨٨ هـ (١٩٦٨ م) .

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٨٦ ، روضة القضاء وطريق النجاة لأبي القاسم على السمناني بتحقيق د . صلاح الدين الناهي ج ٢ ص ٥٩٢ طبعة أسعد - بغداد - ١٩٧٠ .

(٣) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٤١ ، شرح الزرقاني ج 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 يحرض على المخالفة فتفسد المعاملة ونفتح للهوى فيها بابا تنهار فيه أو بسببه ويقطع 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 :

— شركة الوجوه :

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

- ١ — شركات الأموال •
- ٢ — شركات الأعمال •
- ٣ — شركات الوجوه •

وقد تأخذ شركة الوجوه وغيرها من الأقسام الرئيسية الثلاثة السابقة نمط شركة المفوضة أو نمط شركة العنان •

— انماط الشركات العقدية فى الفقه الاسلامى :

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

(أ) نمط المفاوضة :

فالمفاوضة نمط من أنماط الفقه الاقتصادي 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 - رأس المال •
- ٢ - وفى الربح •
- ٣ - وفى الادارة •

ومن ثم يكون كل شريك مفوضا عن الآخر بالعمل برأيه مطلقا دون الرجوع اليه ، ومن هنا كان طبيعيا أن يكون كل منهما كقيل الآخر ، ولهذا كان من المتعين النص فى العقد على «المفاوضة» أو تعداد جميع شرائطها ، ونعتقد أن هذا شرط شكلى لا بد 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 - عدم التساوى بين الشركاء فى رأس المال كما أنه لا يكون كل واحد منهما مجبورا على ادخال جميع نقوده فى رأس المال •
- ٢ - الربح بين الشركاء يكون على ما شرطاه •

٣ - يشترط حصول كل شريك على اذن صاحبه في التصرف وبعبارة أخرى يشترط كل من الشريكين على صاحبه ألا يتصرف الا باذنه أو اجازته والا كان ضامنا لتصرفه .

وهذا النمط في الشركات العقدية تحكمه أيضا الاعتبارات الخاصة بالشركاء أو طبيعة النشاط الذي تباشره الشركة ، وان كان هو الأنسب لصور عديدة من الشركات العقدية في المعاملات العصرية .

وعلى هذا النحو السابق من أنماط الشركات في الفقه الاسلامي والتي يتميز أو يتفرد بها نستطيع القول :

ان شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم وشركات المحاصة تأخذ بكثير من نمط المفاوضة وأحكامها .

● اشتغال المضاربة على شركة وجوه :

بعد العرض السابق للمضاربة وأحكامها الأساسية والدقيقة وما يتصل بها من مشكلات تطبيقية بالدرجة الأولى وكذا شركة الوجوه والنمط الذي تتخذه لنفسها بحسب ظروف الشركاء وطبيعة النشاط الذي تقوم به وهو ما يسمى بغرض الشركة ، فان العلاقة بينهما أو اشتغال المضاربة على شركة وجوه في حالة ما اذا أخذ المضارب مالا بالنسيئة زيادة على رأس مال المضاربة باذن رب المال فان هذا المال الجديد يكون مشتركا بينهما شركة وجوه^(١) .

وهناك مرونة تضيفها شركة الوجوه على المضاربة من ناحيتين هما :

١ - الربح :

فاستحقاق الربح في الوجوه انما هو بالضمان أى ضمان ثمن المال (السلع) المشتري وهذا الضمان الأخير انما يكون بالنظر الى حصة الشريكين فيه ومقدار نصيب كل منهما من المال المشتري .

(١) انظر مجلة الاحكام العدلية مواد ١٤١٨ ، ١٣٩٩ ، ١٤٠٣ .

وإذا كان اقتسام الربح في المضاربة مداره اتفاق الطرفين المجرد أو البحت فإنه في الوجوه مربوط بمقدار حصة كل منهما في المال المشتري الذي يتم بيعه وما قد يسفر عنه ذلك من فائدة أو مصلحة الطرفين أو أحدهما •

٢ - الضمان :

من المعلوم والمسلم به في المضاربة أنه لا ضمان على المضارب إلا إذا تعمد أو قصر على نحو ما سلف ، فإنه في الوجوه التي ارتبطت بالمضاربة يكون الضمان بمقدار حصة كل من الشريكين في ثمن المال (أو السلع والبضائع ونحو ذلك) الذي تم شراؤه سواء باشر الطرفان معا عقد الشراء أو باشره أحدهما لأجل الشركة •

وهذا البعد في الضمان يضاف على المضاربة مرونة وفعالية أكثر نحو ارتباطها بشركة وجوه اذ يتحقق فيها ضمان الطرفين للمال محل الشركة وهو ما قد يقدر في صيغة المضاربة الى حد ما في هذا الخصوص فقد يتعسر على رب المال اثبات تقصير أو إهمال المضارب وسوء تصرفاته الضارة وإن كان الملاحظ في عقود المضاربات المعاصرة تكبيل المضارب بالضمانات وتحصيله تبعة كافة الأضرار التي قد تلحق برب المال مما يخرج المضاربة عن طبيعتها ويحد من انطلاق المضارب في العمل في مال المضاربة ومن هنا فإن اشتغال المضاربة على شركة الوجوه يخفف الى حد كبير من غلواء شروط رب المال الخاصة بضمان المضارب ومن ناحية أخرى فإن شركة وجوه المضاربة تعالج كثيرا من سوء تصرفات وسلوكيات المضارب اذا علم أنه يتحمل نصيبه في المسؤولية والضمان •

وعلى النحو السابق فلا يعدو الأمر أن ينص في عقد المضاربة على حالة ما اذا أخذ المضارب بالنسيئة مالا من رب المال بالزيادة عليه وبإذنه فإنه يكون مشتركا بينهما شركة وجوه على التفصيل السابق سرده •

٢ - المراجعة والمشاركة :

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

• الشكل الأول :

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

والميز لشركة المراجعة أنها تتخذ من أسلوب المراجعة أساساً 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 .

وفي مسألة ما يحسب في أصل ثمن السلعة ، وما لا يحسب . وما يضرب له ربح ، من عدمه ، وما يجب على البائع تبينه وتقصيله ، اختلف الفقهاء فيه ، ونوجزه فيما يلي :

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

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

ويضرب له ربح ، والثاني يحسب في 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 إذا أجر عليه غيره ، حسب الأجرة
وربحها ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة أيضا ، مع الاخبار بالحال
على وجهه حتى لا يغرر بالمشتري * .

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

٣ - والشافعية يفرقون بين حالة لزوم العقد ، وبين العقد في
مدة الخيار ، ففي الحالة الأولى : لا يخبر الا بالثمن الذي لزم به
البيع ، لأن الحط والزيادة بعد أن استقر البيع بالثمن الأول من
قبيل التبرع الذي لا يقابله عوض ، وفي الحالة الثانية يلحق الحط
والزيادة بالثمن ، وعلى ذلك يكون من المنطقي - في نظرنا - أن يحط
أرش العيب في السلعة من الثمن ، اذ العيب قبل لزوم البيع ، أما أرش
الجناية تقع على السلعة - اذ يعتبر العبد مالا ففاسه البعض على
أرش الجناية تقع من العبد ومن ثم لا يحط من الثمن لأنه فداء لاستيفاء
المالك ، أما أرش الجناية تقع على العبد فترجح الرأي 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 المبعة أيضا ، أي
ما اذا كان النماء بعد لزوم البيع ، أو قبل لزومه .

٤ - والحنابلة يضيفون تفصيلا آخر الى المسألة ، يتمثل في
التفريق بين حالة تغير سعر السلعة ، وحالة تغير السلعة نفسها .
ففي الحالة الأولى ينظر :

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

فى مدة الخيار ، لحق بالعقد ، وأخبر به فى الثمن ، وإذا كان بعد لزوم العقد ، لم يلحق بالعقد ، ولا يخبر به . وهو ما يوافق رأى الشافعية خلافا لأبى حنيفة اذ يرى الحاق الزيادة والحط بالعقد ، ويخبر به لأنه بسبب العقد .

(ب) أما اذا كان التغير فى سعر السلعة بسبب عوامل السوق ، غلاء أو رخسا ، لزم البائع مرابحة الاخبار بالحال ، وكتمانه تغريب وكذب .

أما فى حالة تغير السلعة نفسها : سواء بالزيادة أو بالتقصان ، فعلى البائع أن يخبر بالثمن الأول ، مع بيان الحال على وجهه ، واخبار المشتري به ، حتى لا يغرر به .

وبخصوص النماء المنفصل : يقول أصحاب رأى فى المذهب ، لا بأس أن يبيع مرابحة ويأخذ النماء المنفصل ، ولا يحط من الثمن ، لأنه لا ينقص به المبيع ، ولكنه لا يبيع مرابحة ذلك النماء المنفصل حتى يبين للمشتري ، لأن ذلك موجب عقد المرابحة .

وبعد هذا التقريب لآراء الفقهاء نرى أن فى مذهب الأحناف توسعة على الناس فى معاملاتهم ، ورفعاً للخرج والمشقة على الجملة . أما التفصيلات الأخرى التى وردت فى بقية المذاهب فقد تدعو الحاجة إليها ، ولا شك أنها عندئذ تكون نصا واضحا للحكم فيما يعم أو يستشكل من حالات .

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

(ب) معلومية الربح والاتفاق عليه فى عقد المرابحة خلافا للمساومة والتولية والوضيعة من أنواع البيوع فى الفقه الاسلامى .

● الشكل الثانى :

وهذا الشكل من أشكال المشاركة فى المراجعة يؤخذ بحذر لاحتمال الشبهة فيه فمداره تعدد العقود من ناحية ، ومن ناحية أخرى قد يصبح البائع الأول مرابحة هو الشريك فى المراجعة . والصورة الدقيقة لهذا الشكل تتمثل فى أن المشتري مرابحة قد يعيد بيع السلعة ليائنها مرابحة اذا رغب فى ذلك وكانت السلعة رائجة لديه أو قامت به حاجة إليها ، والبيع فى هذه الحالة قد يكون بأقل أو أكثر من الثمن الذى تم به البيع الأول وذلك حسبما تسليه ظروف السلعة وظروف السوق وقت البيع الثانى بشرط انتفاء التواطؤ وشبه الربا وبخاصة فى حالة ما اذا كان المشتري الثانى (البائع الأول) دائما للبائع الثانى اذ يخشى من العينة فى هذه الحالة فى نظرنا ، وعلى هذا النحو وبهذا التقييد يجوز هذا البيع عند صاحبين^(١) لأن العقد الثانى عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المراجعة عليه ، كما يجوز هذا البيع عند الامام مالك ولا ينظر الى البيع الأول لأن هذا ملك حادث^(٢) وهو جائز عند الامام أحمد^(٣) على الاستحباب بشرط الاخبار بالحال على وجهه وأن يجرى البيع على الثمن الأخير للسلعة^(٤) . بعد طرح الربح من الثمن الثانى وعدم ضم أو اضافة ما خسر فيه الى الثمن الثانى .

وقد تأخذ المشاركة فى هذا الشكل احدى صورتين هما :

(أ) يقوم المتعامل مع البنك على أساس معرفته بنوع البضاعة أو السلعة وكيفية تسويقها بتحديد مواصفاتها ثم طلب شرائها من البنك الذى تبقى يده على البضاعة أو اجراء التسليم للشريك على

-
- (١) انظر الهداية ج ٣ ص ٥٧ ط . مصطفى الحلبي مشار اليه فى د . محمد الشحات العبدى - عقد المراجعة ص ١٤٦ وما بعدها .
(٢) المدونة الكبرى ج ٤ ص ٢٣٥ ط . مطبعة السعادة ١٣٢٣ هـ .
(٣) انظر المفنى ج ٤ ص ٢٠٥ وما بعدها بتحقيق محمد سالم محيسن وشعبان محمد اسماعيل ، مكتبة الكليات الأزهرية .
(٤) المرجع السابق .

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 في نفس الوقت على الشراكة بين الطرفين فيما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين من عمل والربح بينهما على ما اتفقا (١) •

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

٣ - اندماج المضاربة والمرابحة في عقد واحد :

هذا النموذج من عقود الاستثمار في 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 في البيع والشراء • ليس للمضارب مخالفته والا تحمل المضارب تبعه المخالفة •

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

(١) انظر الفتاوى الشرعية للبنك الاسلامى الأردنى ص ٣١ طبعة

١٩٨٤ ، حيث انفراد بالتعرض لمثل هذه الصورة من شركة المرابحة •

وفى إطار هذا القيد اذا اشترى المضارب سلعة للمضاربة من رب المال فقد اشترط الأحناف^(١) فى هذه الحالة ضرورة أن يبين للمشتري الأجنى حقيقة الشراء ومن أين اشتراه مع اضافة ربحه وذلك لاتاحة فرصة الخيار للمشتري ان شاء اشترى وان شاء ترك خشية تواطؤ المضارب مع رب المال على اعطاء الأخير ربحاً زائداً 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 يشتري رب المال لنفسه جزءاً 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^(٢)) أن حق المضارب قد تعلق بهذا المال بتصرفه فيه فجاز لرب المال شراؤه ولا يكون مشترياً مالا خالصاً له ، ونضيف حجة أخرى أن رأس مال المضاربة قد تحول الى سلع وبضائع بعمل المضارب فيه ومن ثم فقد تغيرت حالته وطبيعته بما يخرجها عن صلاحيتها 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^(٣) .

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

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

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

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

٤ - تحول الاجارة الى شركة :

وفى هذه الصورة يكون مدار المعاملة هو عقد التأجير التمويلي

أو الاستشارى المعروف بـ (Leasing) (١)

وهو من أهم أنواع اجارة منافع الأعيان التى اتخذت أشكالاً عديدة فى الممارسات التجارية المعاصرة وتصح بما تصح به الاجارة من معرفة المنفعة لأنها المعقود عليه ومعرفة الأجرة وأن تكون المنفعة مباحة شرعاً كما يشترط فى العين المؤجرة معرفتها ووقوع العقد على منفعتها دون أجزائها وأن تكون مقدوراً على تسليمها ومشتتة على المنفعة المقصودة منها ومملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها وقد تكون الاجارة لمدة معينة معلومة أو العمل معلوم ولا يشترط فى الأجرة باعتبارها بدل المنفعة أن تكون معجلة ولكنها تستقر باستيفاء المنفعة أو بالقدرة على استيفائها •

وكل شرط ينافى مقتضى عقد الاجارة يبطل كأن يشترط المؤجر انتفاء مسئوليته عن الهلاك أو التلف بغير تعد أو تفريط من المستأجر أو أن يشترط انتفاء مسئوليته عن التأخير فى تسليم العين المؤجرة لأنه من التزاماته لتسكين المستأجر من الانتفاع أو أن يشترط اعفاء من عيوب العين المؤجرة ، وكذلك شرط اعفاء من التأمين على العين المؤجرة لأنه من شروط تسكين المستأجر من الانتفاع • ومن ثم يجب عرض كل شرط من شروط هذا العقد على مقتضى أحكام عقد الاجارة فى الفقه الاسلامى لانزال الحكم الشرعى الصحيح عليها •

عند نهاية هذا العقد لانقضاء مدته أو استيفاء المنفعة المقصودة قد يجد كل من الطرفين مصلحته تقتضى تحول عقد التأجير التمويلي الى شركة مضاربة المؤجر فيها رب المال والمستأجر مضارب ورأس مال المضاربة فى هذه الحالة لا يكون من النقدين على ما يرى جمهور الفقهاء ولكن من العروض عند من يرى جوازها رأس مال المضاربة

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

وبهذا قال الامام أحمد في رواية وكذا أبو بكر وأبو الخطاب من الحنابلة والمرداوي في الانصاف وبه قال طاووس والأوزاعي وحماد وابن أبي ليلى^(١) ، والذين أجازوا العروض رأس مال للمضاربة اشترطوا تقييمها وقت العقد ، وهذا الرأي قد تدعو اليه الحاجة كما سبق ومن ثم فلا بأس به اذ لا يخالف محظورا شرعيا بل يحقق مصلحة راجحة .

وتحول عقد الاجارة في هذه الحالة انما يكون بالنص عليه في العقد بمد تقدير المصلحة الاقتصادية للطرفين وانتفاء الغرر فيه كأن يشترط رب المال الضمان على المضارب اذا تلف رأس المال بلا تقييد من المضارب ففي هذا الشرط زيادة غرر كما يذهب الحنابلة ولذلك يبطل عندهم الشرط ويصح العقد وهو مذهب الحنفية أيضا^(٢) .

● النموذج الثاني .

ومن النماذج والصيغ المقترحة في اطار تجديد نظام الاستثمارات في نطاق العمل المصرفي الاسلامي وطرق آفاق جديدة تقترح .

١ - تعدد أنواع المشاركات :

ليست المشاركة قسيم المضاربة والمرا بحة وهو ما فوضحه على التفصيل التالي :

● الاختناقات الفكرية في أصول النظام الاقتصاد والمصرفي الوضعي :

يقوم النظام الاقتصادي الوضعي بصفة عامة والنظام المصرفي بصفة خاصة على مجموعة من القواعد الفكرية الحاكمة والمحددة لمسيرته منها :

- (١) المفني ج ٥ ص ١٢ - الانصاف ج ٥ ص ٤٣٠ بتحقيق محمد حامد الفقى ط . السنة المحمدية - ١٣٧٤ هـ (١٩٥٥ م) ، المبسوط للسرخسي ج ٢٢ ص ٣٢ ط ١ - مطبعة السعادة بمصر - المقنع لابن قدامة على مختصر الخرقى - مطابع سجل العرب ١٣٨٩ هـ (١٩٦٩ م) .
- (٢) المفني ج ٥ ص ٦٢ - تحفة الفقهاء للسمرقندى ج 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 تظفى 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 نواحي الحياة الأساسية كالغذاء والكساء والسكن 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 لالتئام 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 التقليدية على الاستثمارات المحدودة اذ لا يجوز للبنوك التعامل في المنقول أو العقار وانما فقط تلقى الودائع تحت الطلب أو لآجال قصيرة وتقديم الضمانات للقروض والاستثمارات ثم الاستثمار المحدود .

● الخصائص الجامعة للمشاركات (١) :

تتمتع المشاركات بمجموعة من الخصائص المشتركة تساعد على أداء الدور المرموق والمنتظر لها في تخطي كثير من عقبات النظم الاقتصادية والمصرفية . من هذه الخصائص ما يأتي :

(أ) ان الاشتراك في الربح هو جوهر عمليات المشاركة وطريقة اقتسامه تخضع لاتفاق أطراف المشاركة ومن ثم لا تجوز الجهالة فيه أو كل ما يؤدي الى قطعه عن أحد الشركاء وأن يتم تحديد أنصبة الشركاء فيه بنسبة شائعة معلومة عند التعاقد ومن هنا كان الربح منذ اللحظة الأولى هو الشغل الشاغل للشركاء وأنه هو المعقود عليه في المشاركات ، ومن ثم فلا بد أن يحظى بكامل الرعاية والعناية في الدراسة والتخطيط وحسن التقدير وعلى هذا النحو يرقى الربح من أن يكون هدفا الى كونه محلا أو معقودا عليه في المشاركات .

(ب) ان احتمال الخسارة أمر وارد أمام تيقن الربح ومن ثم لا وجه للارتباط بينهما فاذا كان الربح معقودا عليه فان الخسارة أمر احتمالي في نفس الوقت . واذا كان الربح متروكا أمر كيفية توزيعه لاتفاق أطراف المشاركة فان الخسارة في كيفية توزيعها في حالة حصولها - لا قدر الله - أمر لا مجال فيه لاتفاق الأطراف بل هي دائما على قدر رأس المال والا وقع الظلم في مخالفة ذلك الأصل الفقهي المتفق عليه .

(ج) يجب تحديد هدف المشاركة وكذلك يتعين وضوح هذا الهدف طالما أصبح الربح هو محور وجود المشاركة ومحلها واذا كان ذلك كذلك فان تحديد هدف المشاركة ووضوحه يفرض وجود سياسة

(١) نقصد بذلك الخصائص التي ترجع الى اصول النظام الاقتصادي .

للاستثمارات أو المشاركات أو تشغيل الأموال تشتمل على سلسلة الأولويات للمشروعات المدروسة سلفا والجهازية للتنفيذ فلا يكون عمل المشاركات عشوائيا أو تحكمه الظروف والملايسات وبذلك ترقى أيضا بالهدف من المشاركات ونحوه من العمومية الى الضبط والتحديد والوضوح .

(د) لا شك أن معلومية الربح ورجحانه واحتمال الخسارة وتحديد الهدف ووضوحه يعكس أثره على مشروعية نشاط المشاركة في اطار الحلال والحرام والنظام العام والآداب وعدم اقتراف ثمة محظور قانونى أيا كان موقع النص عليه فى القانون .

(هـ) المشاركة أيا كان نوعها عقدها محدد فى مقدار رأس المال فى حالة وجوده وفى نسبة الربح المستحق لأطرافها وفى احتمال الخسارة بنسبة رأس المال ، هذا ومن ناحية الشكل فإنه يلزم كتابة عقد المشاركة مراعاة لقطع النزاع بين أطرافها ومن ثم مصلحتهم وحماية الغير فى معاملاتهم مع الشركة . ومن هنا لزم الشهر أو الاشهار والقييد فى السجل التجارى لبدأ الوجود أو الميلاد القانونى للشركة ومشروعية ممارسة نشاطها كما حدد لها فى غرضها ونظامها الأساسى .

(و) فيما يتعلق بحصص الشركاء فان البون شاسع بين التنظيم القانونى والتنظيم الفقهى للمسألة :

١ - ففى القانون يجوز أن تكون حصة الشريك دينا غائبا ، وفى الفقه يشترط أن تكون نقدا حاضرا لا دينا وان كان يجوز الحصة العينية بحيلة تقيمها .

٢ - وفى القانون يجوز أن تكون حصة الشريك عروضاً أو أشياء عينية ، وفى الفقه يجوز عند البعض بحيلة تقيمها مراعاة من الفقهاء لضرورة العدل فى تقدير وتقييم الحصص باعتبار أن الحصص أساس فى توزيع الأرباح وفى الخسائر أيضا ، فوجب الحذر والاحتياط حتى لا يأكل الناس أموالهم بينهم بالباطل وهم ينظرون .

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

٦ معنى المشاركة في اللغة :

يقال : اشتركنا بمعنى تشاركنا ، وقد اشترك الرجلان وتشاركوا وشارك أحدهما الآخر (١) .

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

ويقال : شركت بينهما في المال تشريكا ، وأشركته في الأمر والبيع : جعلته لك شريكا (٣) .

٧ المشاركة عند الفقهاء :

المشاركة اسم جنس يقابلها المعارضة فهي تشمل أنواعا عدة من المشاركات والشركات وكل ما كان فيه معنى الاشتراك والمشاركة (٤) .

وعلى هذا النحو فالمشاركات تشمل أنواعا متعددة منها ما يحدث عنه الفقهاء تحت « باب الشركة » ومنها ما خص بباب مستقل كـ « المضاربة » والمساواة والمزاولة والمعارضة .

(١) الصحاح للجوهري ج ٤ ص ١٥٩٣ مادة « شرك » .

(٢) لسان العرب ج ١٠ ص ٤٤٨ - المنجد ص ٣٩٦

(٣) المصباح المنير للفيومي ج ١ ص ٢٣٣

(٤) انظر مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ج ٢٩ ص ٩٩

وعلى هذا النحو فالمشاركة أقوى في الدلالة على المفاعلة بين الشركاء والتعاون بينهم وشعور المشارك بأهمية دوره في نجاح المشاركة^(١) .

وعلى هذا الأساس فإن المشاركة في الفقه الاقتصادي الاسلامي تحقق مبدأين عظيمين من مبادئ الاقتصاد الاسلامي وهما :

أولاً : الخلط والمخالطة والاختلاط بين شيئين أو أكثر^(٢) وليس هذا مقصوداً لذاته بل بما يترتب عليه من نتائج وآثار توزيعية لعائد العملية الانتاجية تختلف طريقته عن العملية التوزيعية في الاقتصاد الوضعي وذلك الاختلاف يتمثل في النواحي الآتية :

١ - ان توزيع عائد الاقتاج الذي يقوم على عوامل الاقتاج وعناصره من رأس المال والعمل والأرض والمنظم ، وأن للعنصر الأول نصيب من العائد متمثل في « الفائدة » ، والعنصر الثاني له نصيب من العائد يتمثل في الأجر ، والثالث من العناصر له نصيب من العائد يتمثل في الربح ، والعنصر الرابع والأخير له نصيب من العائد يتمثل في الربح ، والوضع في العملية التوزيعية في الاقتصاد الاسلامي يختلف عن ذلك الذي يقوم عليه الاقتصاد الوضعي ذلك أن :

(أ) عنصر رأس المال بمفرده لا يستحق عائداً في المنهج الاسلامي والاقتصاد الاسلامي بصفة خاصة إذ أن الربا حرام فلا يتعامل به أخذاً أو إعطاءً ، وإنما يستحق رأس المال نصيب من الربح - إذا تحقق - الناجم عن عملية اقتصادية استثمارية اختلط فيها رأس المال بالعمل وتحقق انتاج له قيمة بمشاركة ادارة المنظم وأداء العامل في رأس المال . وإذا لم يتحقق ربح فلا حظ لرأس المال في شيء بل إذا حصلت خسارة أصيب رأس المال بالخسران أو النقصان .

(١) انظر د. عبد العزيز الغامدي - المشاركات في الفقه الاقتصادي الاسلامي ص ٣ من المقدمة .

(٢) لسان العرب المحيط لابن منظور ج ٢ ص ٣٠٦

(ب) ان هناك عنصرا آخر يضاف الى عناصر الانتاج ان لم يكر
أساس في الاقتصاد الاسلامى هو « حق الله » فى العائد أو الانتاج
من العملية الاقتصادية أو الاستثمارية فالمال مال الله والعاملون فيه
خلق الله عمالا ومنظمين ، ويتمثل حق الله فى فريضة الزكاة بصفة
أساسية والتي يجب أن يحسب حسابها فى العملية التوزيعية لعائد
العملية الانتاجية بنسبها المختلفة حسب أنواع الأموال أو النشاط
وأداء هذا العنصر من تقوى الله ولذلك فأننى أضفت الى عناصر الانتاج
فى الاقتصاد الاسلامى عنصرا جديدا هو « التقوى » .

٢ - التعاون على الانتاج ، أى البر والاقساط بالناس ، ومن البر
تلبية حاجات الناس على أساس من العدل فيما يعطى ولمن يعطون ، فيما
يعطى بلا تقدير أو اسراف ، أى على قدر الحاجة ، ولمن يعطون بلا تميز
فئة أو طبقة على حساب 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
إذا لم يكن سواء لذلك .

ثانيا : التعدد والتنوع فى المشاركات بما يعطى قطاعات انتاجية
عديدة على النحو التالى :

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

- شركات العنان .
- شركات المضاربة .
- شركات المفاوضة .
- ومنها ما لا يحتاج الى رأس مال وهى ما تسمى :
- شركات الأعمال أو الأبدان أو الصنائع .
- شركات الوجوه .

(ب) وفي مقابل ذلك التقسيم الفقهي لأنواع الشركات هناك التقسيم القانوني لأنواع الشركات وهي :

— الشركات المدنية : وهي التي تقوم بأعمال لا تدخل في نطاق أعمال التجارة كما حددها القانون التجارى على سبيل الحصر^(١) .

— الشركات التجارية : وهي التي تقوم بأعمال تجارية على وفق نصوص القانون التجارى وهي تنقسم الى قسمين رئيسيين هما :

١ — شركات أشخاص .

٢ — شركات أموال .

وشركات الأشخاص هي التي تقوم على الاعتبار الشخصى وهي :

— شركات التضامن .

— شركات التوصية البسيطة .

— شركات المحاصة .

وشركات الأموال هي التي تقوم على اعتبار رأس المال وهي :

— شركات المساهمة .

— شركات التوصية بالأسهم .

— الشركات ذات المسؤولية المحدودة .

● المشاركات عندنا :

تأسيسا على ما تقدم فليست الشركات هي المشاركات فقط وليست المشاركات هي الشركات فقط بل تشمل غيرها فهي « ما وقع

(١) وقد نص القانون التجارى المصرى على ما يعتبر عملا تجاريا وما لا يعتبر في المواد ارقام ١ ، ٢ ، ٣ :

مادة ١ — كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له فهو تاجر .

مادة ٢ — يعتبر بحسب القانون عملا تجاريا ما هو آت :

كل شراء غلال أو غيره من انواع المأكولات أو البضائع لاجل بيعها بعينها أو بعد تهيئتها بهيئة أخرى أو لاجل تأجيرها للاستعمال .

=

فيه الاشتراك بمقتضى عقد^(١) بين اثنين أو أكثر على القيام بعمل أو نشاط استثماري على وفق مقاصد الشرع الاسلامي يشتركان فيه بأموالهما أو أعمالهما أو جاههما أو بمال من أحد الطرفين

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

وكل تعهد بتوريد أشياء وكل ما يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية وغيرها من المحلات المدة 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 التي تحت اذن سواء أكان من أمضاها أو ختم عليها تاجرا أو غير تاجر انما يشترط في الحالة الأخيرة أن يكون تحريرها مترتبا على معاملات تجارية .

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

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

وكل عمل متعلق بانشاء سفن أو شراؤها أو بيعها لسفنها 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 بحري .

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

وكل اتفاق أو مشاركة على ماهيات الملاحين وأجرهم .
واستخدام البحريين في السفن التجارية .

مادة ٣ - إذا باع أحد أصحاب الأراضي أو المزارعين المحصولات الناتجة من الأراضي المملوكة له أو المزروعة بمعرفته فلا يعد هذا البيع عملا تجاريا .

(١) يفترق عقد الشركة عن غيره من العقود في النواحي التالية :

والعمل من الآخر وما ربحاه أو حصلاه من الثمر أو الزرع فيبينهما على ما شرطاه وما غرماه فيحسب رأس المال ان كان من الجانبين أو بالمال من جانب والعمل من الآخر» (١) .

وهذا التعريف في نظرنا لا يشمل كل أنواع الشركات التي تحدث عنها الفقهاء فحسب بل يشمل أيضا المساقاة والمعارسة والمزارعة وإذا كان ذلك فإن المشاركات قد تمارسها مؤسسات أو شركات وقد يمارسها أفراد وفي الحالة الأولى تكتسب تلك الكيانات أو المؤسسات الشخصية المعنوية التي تمارس بها ومن خلالها وبمقتضاها نشاطها الاستثماري بكل ما يترتب على تلك الشخصية المعنوية أو الحكيمية من آثار وبحسب طبيعة ونوع المشاركة ومن أهم تلك الآثار (٢) :

- (١) تقوم العقود على التوفيق والتوازن بين مصالح متعارضة بينما في الشركة هدف الشركاء واحد هو تحقيق الربح .
(ب) في الشركات المساهمة يضعف المفهوم التعاقدى الى حد كبير فقد لا يعرف غالبية الشركاء المساهمين بعضهم بعضا .
(ج) عقد الشركة يجوز تعديله بالأغلبية ومن ثم فإن الشخص المعنوى المترتب عليه يسيطر بقوة على الارادات الفردية التى ساهمت في تأسيس هذا الشخص المعنوى .
(د) يضى 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 جامعاً مانعاً على ما نعتقد كان أساساً في 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 أو بالمال من أحدهما والعمل من الآخر وما ربحاه أو حصلاه من الثمر أو الزرع فبينهما على ما شرطاه » ١ هـ . انظر بحثه القيم بعنوان : المشاركات فى الفقه الاقتصادى الإسلامى بين الأصالة والتجديد ص ٤٨ .
(٢) حرمات مرعية حتى لا يقع الخلل والفوضى فى النظام الاقتصادى .

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

- انتقال ملكية الحصص أو رأس المال الى الشخص المعنوى
- ضمان عام لدائني الشخص المعنوى دون دائني الشركاء
- امتناع المقاصة بين ديون الشخص المعنوى وديون الشركاء
- تعدد واستقلال التفليسات في حالة حصولها لا قدر الله

٢ - تمتع الشخص المعنوى بالأهلية التي تمكنه من مزاوله نشاطه في اطار الغرض الذي قام من أجله وسند انشائه

٣ - أن يكون للشخص المعنوى اسم وموطن وجنسية

٤ - أن يكون للشخص المعنوى ممثل يعبر عن ارادته وادارته

أمام الغير

● المشاركات والشخصية المعنوية :

وقد طال الجدل وما زال حول مدى اعتداد الفقه الاسلامي بفكرة الشخصية المعنوية التي تخول ذمة مالية مستقلة لصاحبها ثم مدى الحاجة اليها في الفقه الاسلامي وما زالت بعض آراء المعاصرين والمحدثين في آخر ما كتب تنحو منحى الرفض لفكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ويعلمون ذلك بما يأتي^(١) :

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

(١) انظر د. عبد العزيز الغامدي - بحثه السابق الاشارة اليه

ص ٥٧ وما بعدها .

فلا نزاع في أن الربط بين العقيدة والمعاملات في المنهج الاسلامي أمر جوهري وأن البناء المادي للأنظمة القانونية أمر غالب ولكنها لا تفيد عزمة ولا حسما في محل النزاع الفقهي وتحقيق مناطه فالشخصية الحكيمة أو الاعتبارية مستمدة ومستوحاة من الشخصية الطبيعية ترتيبا وتنسيقا لأحكام عملية تقتضى ذلك وتيسيرا على الناس في معاملاتهم دون مجافاة لأمر عقائدي من قريب أو بعيد ، بل ان مقاصد الشرع تقوم ضمن ما تقوم على حفظ المال مع بقاءه واستمراره بدوراته وتشغيله ولزوم ذلك يقتضى اسباغ الشخصية الحكيمة أو الاعتبارية لكيانات مادية كى تستطيع أن تحفظ المال ولا تعطله أو تهدره أو تكتزه وكلها أمور محظورة شرعا .

٢ - ان اسناد بعض الأحكام الى جهات ليس لها الشخصية الطبيعية في الفقه الاسلامي كالوقف وبيت المال لا يدل بالضرورة على أن الفقهاء قد اعتبروا لها الشخصية المعنوية أو الحكيمة خاصة وأهمهم 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 يصفون 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 اصفاء ذلك الوصف على الشخص المعنوى حكما اذ الحاجة العامة التى تنزل منزلة الضرورة داعية اليه وكل ما يهمنى 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 ج ٥ ص ٢٢٧ : « وليس للوقف ذمة » وكذا ابن عابدين فى حاشية رد المحتار ج ٤ ص ٤٣٩

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

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

— تحقيق حرية المدين في التصرف في بعض أمواله •

على حين أن الذمة في الفقه الاسلامي اذا كانت في الفقه بمعنى العهد والأمان على حين أن الاسلام يهتم ابتداء بالانسان وتربيته تربية اسلامية عقائدية قائمة على التوحيد والعبودية لله وحده والطهر والحل في المعاملات أو حلية المعاملات والبعد عن الجرام 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 ينفي اثبات الحقوق لها وایجاب الواجبات عليها كما هو ثابت عند الكثيرين من الفقهاء^(١) ومن هنا فان الأمر في نظرنا لا يعدو أن يكون اختلاف مدخل ومسلک في كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ذلك أن :

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

(١) الروضة للنوى ج ٢ ص ١٧٠ — الام للشافعي ج ٢ ص ١٢٠١١

... المفنى لابن قدامة ج ٢ ص ٤٦٢

فالذمة في الفقه الاسلامي مناط التكاليف الدينية والدنيوية معا ولهذا تكتمل أهلية الأداء بالبلوغ وعندما يكون الشخص مكلفا بالصلاة ونحوها^(١) فالإنسان الذي كلف بالعبادة كلف بتعمير الأرض بل ان كل ذلك داخل في نطاق العبادة بالمفهوم الاسلامي ... فمن كان أهلا لخطاب الشارع كان أهلا لأن تكون له ذمة مالية يكلف بالواجبات المالية ولذا خصوا الذمة بالإنسان^(٢) ولكنهم مع ذلك قرروا جواز الوقف على الجهة^(٣) .

(ب) ان الفقهاء المسلمين اذ يثبتون للمسجد والوقف وبيت المال بعض الأحكام التي تثبت للشخص الطبيعي فان مداره الحاجة وتنظيم شئون هذه الجهات - الوقف والمسجد وبيت المال - ومن ثم فليسوا بحاجة الى الاعتراف بالشخصية المعنوية على نحو عام ومجرد أو كبداً قانوني عام كما هو الحال في القانون الوضعي لاختلاف المدخل في كل من النظام القانوني والمنهج الاسلامي على نحو ما أسلفت بيانه ولا أدل على صحة ما نقول مما يلي :

ان جمهور الفقهاء يذهب الى أن كل شريك على افراد تستحق عليه الزكاة بتوفر شروطها الشرعية والا فلا زكاة عليه ولو كان مال مجموع الشركاء يبلغ نصاباً خلافاً للشافعي الذي اعتبر مجموع المال كالمال الواحد في وجوب الزكاة^(٤) .

-
- (١) احكام القرآن للقرطبي ج ١ ص ٨٤ تحقيق عبد الفنى عبد الخالق - ط . دار الكتب العلمية بيروت ١٣٩٢ هـ .
(٢) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٣٢٤ للتفتازانى - التوضيح للمحبوبى صدر الشريعة الثانى - تحقيق د. محمد حسن هيتو - ط ٢ مؤسسة الرسالة ١٤٠١ هـ - كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٣٨ على أصول البزدوى لعبد العزيز البخارى ط ١٣٠٧ هـ - أصول السرخسى ج ٢ ص ٢٣٣ - حاشية الأزمرى على مرآة الأصول ج ٢ ص ٤٣٤
(٣) فتاوى قاضيخان ج ٣ ص ٢٩٣ - روضة الطالبين ج ٥ ص ٣١٩ - الروضة للنووى ج ٣ ص ٢٩٣ - المغنى ج ٥ ص ٦٠١ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٤ ، ٢٠٢ - تحفة المحتاج ج ٦ ص ٢٨٩
(٤) د. يوسف القرضاوى - فقه الزكاة ج ١ ص ٢٧٨

٣ - 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^(١) 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^(٢) 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 - الخلط - 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^(٣) ، أما فى القانون الوضعى فليست

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٢٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥٤٠ مطبعة الامام - تبين الحقائق ج ٣ ص ٣١٧

(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢١٣ - المحلى ج ٨ ص ٥٤٥

(٣) الشرح الكبير للدردير - وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٥٠

وما بعدها - والخرشى ج ٥ ص ٤٧ وما بعدها - والمغنى ج ٥ ص ١٣٧ مشار اليه فى الشركات للشيخ على الخفيف ص ٤٥

كل الشركات تتمتع بالشخصية المعنوية فهناك وعلى وجه الخصوص (شركة المحاصة) التي 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 » (١) .

(ب) تخصيص ذمة الشركة للوفاء بديونها ومنع دائني الشريك من تقاضى ديونهم من حصة الشريك في الشركة قبل تصفيتهما الا من الربح وكذلك استقلال التفليسات الجسدية للشركة والشركاء ما عدا شركة التضامن والتوصية وذلك بالمخالفة للأحكام الحجر في الفقه الاسلامي اذ أن دائني الشركة يتقاضون ديونهم من أموالهم أولا واذا لم تف فمنا 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 في القانون الوضعي من وجوه عدة وليس كلها والاختلاف في بعض الوجوه يعكس طبيعة التنظيم الخاص للشركات في كل من القانون الوضعي والفقه الاسلامي اذ الأصل في الشركات في الفقه الاسلامي هو الطابع الشخصي على العكس في النظام القانوني الذي يجمع بين الطابع الشخصي في شركات الأشخاص والطابع المادي أو المالي في شركات الأموال والأخير هو الغالب بحسب طبيعة العصر ومتطلبات المصلحة الغالبة ومن أوجه الائتلاف في هذا الخصوص أن الشركة عند تصفيتهما يتقاضى الدائنون حقوقهم من أموالها في شركات التضامن وشركات التوصية وفي غير حالة التصفية يكون من حق دائني الشريك استثناء حقوقهم من أرباحه في الشركة اذا تحققت له أرباح وتنظيم استثناء

(١) د. علي حسن يونس : الشركات التجارية ص ٢٠٤ -
د. محمد صالح : شرح القانون التجاري ج ٢ ص ١٤٦ - د. مصطفى طه : الوجيز في القانون التجاري ص ٢٤٨

حقوق الدائنين على النحو الغالب تقتضيه مصلحة بقية الشركاء في الشركة ومن ثم المصلحة الاقتصادية التي تقوم على الشركات كعصب النشاط الاقتصادي ومن ثم فالمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة في هذا الصدد ولا بأس من ذلك وما يستدل به على مخالفة القانون للشريعة في هذا الخصوص من أن الرسول صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بطلب غرمائه وباع ماله في دينه وقسم ثمنه بين غرمائه وقال لغرماءه الذي كثر دينه : «خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك»^(١) ولا يؤجل وفاء الدين حتى تصفى الشركة لحديث : «مطل الغنى ظلم»^(٢) وتأجيل قضاء الدين الحال مماثلة مع وجود المال فان هذا الاستدلال في غير موضعه فلم يكن معاذ شركة أمر الرسول صلى الله عليه وسلم غرمائه بأخذ ديونهم من أموالها أو أموال معاذ فيها . كما أن الشركة ليست في موضع المماثلة حتى يؤخذ بهذا الحديث بل ان أمواله أو بعضها منها مخلوطة بغيرها في شركة خلطا لا يتميز به مال شريك من مال الآخر فمعنى الشركة الاختلاط وهو لا يحصل الا بالخلط^(٣) .

٤ - ان ما ذهب اليه الباحث من أن النص في عقد المشاركة على توكيل من تتوفر فيه الأهلية للقيام بإدارة الشركة بدافع مبررات الأخذ ببدا الشخصية المعنوية في القانون الوضعي تخريج ليس فيه جديد ولا تقديم حل لما يثيره الباحث نفسه من عدم ترجيحه لفكرة الشخصية المعنوية فكل من الفقه الاسلامي وفقهاء القانون الوضعي يكادون يذهبون الى هذا التخريج لتأجيل تصرفات ممثل الشركة تجاه الشركاء وتجاه الغير وفي جميع نشاطات الشركة ومن ثم فان هذا التخريج وهو «وكالة المدير أو ممثل الشركة عن الشركاء في التصرفات» يأتي هو نفسه

(١) أخرجه مسلم عن أبي سعيد الخدري في كتاب المساقاة والمزارعة - صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٢١٨ - د. عبد العزيز الغامدي - المرجع السابق ص ٥٩

(٢) أخرجه البخاري عن أبي هريرة في كتاب الاستقراض (٢٤٠٠)

- فتح الباري ج ٥ ص ٦١

(٣) الشيخ علي الخفيف : الشركات ص ٤٥

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

● المشاركات والمضاربة والمرا بحة وصيغ التمويل الإسلامية :

يذهب الرأي السائد في الاقتصاد الإسلامي وفي ممارسات البنوك الإسلامية الى أن صيغ « التمويل الإسلامية » هي « المشاركة - المضاربة - المرا بحة » .

١ - تأسيسا على ما سبق بيانه من معنى المشاركات عندنا فليست المشاركة قسيم المضاربة والمرا بحة بل هي أصل يحتوى العديد من صور وأشكال الممارسة الاقتصادية والاستثمارية في نطاق الاقتصاد الإسلامي وعمل البنوك الإسلامية على وجه الخصوص - فالمضاربة - قد تتمخض عن مشاركة بل ان البعض يعتبرها ابتداء نوع شركة ويعبر عن الشركة بالمشاركة أو الاشتراك^(١) .

ولذلك يعجبني تعريف الأحناف للمضاربة بل أراه من أدق التعريفات وان لم يكن من أشملها أى ليس جامعا ولكنه يحقق وجهها دقيقا في المسألة وهو تحديد متى تكون المضاربة شركة ؟ اذ قالوا في تعريف المضاربة بأنها : « عقد شركة في الربح من جانب ، وعمل من جانب »^(٢) .

وعرفها البعض أيضا بأنها « نوع شركة في الربح على أن يكون رأس المال من طرف والعمل من طرف »^(٣) .

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

- بغداد .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٦٤٥

(٣) منير القاضي : شرح مجلة الأحكام العدلية ص ١٥٣ مشار

اليه في ابراهيم فاضل الدبو - المرجع السابق ص ٣٠

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

فالمضارب أمين : اذ المال الذى بيده غير مضمون عليه الا اذا
تعهد اتلافه أو قصر فى حفظه وهو ما عليه جمهور الفقهاء (١) .

والمضارب وكيل : فجمهور الفقهاء على أن المضارب نائب عن رب
المال ينفذ تصرفه فى المال الذى بيده باعتباره وكيلاً عنه ولذلك
يشترط فيه شروط الوكيل (٢) .

المضارب أجير : المضارب فى حالة فساد المضاربة لتخلف شرط
من شروط صحتها يصبح أجيراً بعد أن كان شريكاً فى الربح ويستحق
أجر مثل عمله سواء وجد ربح فيها أم لم يوجد على ما يذهب
إليه جمهور الفقهاء ، والشروط المفسدة لعقد المضاربة ثلاثة (٣) :

١ - شروط تتنافى مع مقتضى العقد كأن يشترط أحد
المتعاقدين ألا يبيع أو ألا يشتري أو بقاء المال تحت يد المالك خلافاً
لرأى الجمهور أو لزوم المضاربة .

٢ - شروط لا تلائم مقتضى العقد كجهالة الربح كأن تكون
حصة المضارب أو رب المال مجهولة أو أن يكون نصيب أحدهما فى
الربح مقطوعاً أو مبلغاً معيناً .

٣ - 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 ج ٥ ص ٥٣ - كشف الغطاء ج ٣
ص ٥٢٣ - مشار إليه فى عقد المضاربة .

(٢) مواهب الجليل ج ٥ ص ١٢٢ - القواعد للعلامة الحلبي
ج ٧ ص ٤٣٦

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

ما نهاه عنه رب المال أو فعل ما لا يحق له أن يعمل فمذهب الجمهور بأنه يصير بمثابة الغاصب للمال ومن ثم يضمن^(١) ، اذ يصير متصرفا في مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب .

استحقاق المضارب من الربح : ان ما يستحقه المضارب في 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 الذي اتفقا عليه من عقد المضاربة^(٢) .

وفي حالة حصول الربح تتحقق الشركة بينهما فيه على ما شرط فالمضاربة عقد شركة في الربح ... على نحو ما سبق تفصيله .
وعلى هذا النحو السابق يصير المقارض بالعقد وكيلا عن رب المال في العمل فيه استثمارا وتنمية ويصير المال بتسليمه اليه أمانة في يده لا يضمنه الا اذا تعدى عليه أو قصر في حفظه والمحافظة عليه ونقصد بالمحافظة تمييز المال ، ونقصد بالحفظ عدم اتلافه - شأنه في 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 في المال على رب المال وحده^(٣) .

٢ - والمرابحة قد تتخذ شكل مشاركة^(٤) :

والمشاركة في المrabحة تنعقد في الابتداء اذا تأسست شركة للعمل بأسلوب المrabحة فقط كما قد تنعقد في الانتهاء اذا تحولت المrabحة الى مشاركة وفي هذه الحالة هناك العديد من الضوابط الشرعية

(١) البدائع للكاظمي ج ٦ ص ٨٦ - الانصاف للمرداوي ج ٢

ص ٤٢٨

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٣٨

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

(٤) انظر ما سبق ص ٨١ وما بعدها .

لسلامة العملية اذ لا يتصور حصولها الا اذا كان البيع مربحة مقسط وتم سداد بعض الأقساط أو لم يتم شيء من ذلك وتعسر المشتري مربحة في السداد لظروف خاصة به في الأغلب الأعم وكان البائع مربحة في وضع افضل بالنسبة للسلعة وامكانية ترويجها أو التصرف فيها بما يحقق ربحا للطرفين ومن ثم فقد يتفقان مرة أخرى على الشراكة وبما لا يجافي حقا أو يقترف اثما ومحظورا شرعيا .

● ما قيل في معنى المشاركة في كتابات المعاصرين :

أولا : قيل ان المشاركة أسلوب تمويلي مستحدث يقوم على أساس تقديم المصرف الاسلامي للتمويل الذي يطلبه المتعامل معه دون تقاضى فائدة وانسايشارك المصرف في الناتج المحتمل ان ربحا أو خسارة وحسبما يرزق الله به فعلا في ضوء قواعد وأسس توزيعية متفق عليها بين المصرف وطالب التمويل قبل بدء التعامل ، وهذه الأسس مستمدة من ضوابط العقود الشرعية ، فعند تحقق ربح فعلى يتم توزيعه كالآتي :

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

(ب) الباقي يوزع بين الشريك والمصرف الاسلامي الذي قدم التمويل ، وذلك بنسبة ما قدمه كل منهما الى التكلفة الكلية للعملية .

أما في حالة الخسارة فيتم توزيعها على الشريك والمصرف بنسبة تمويل كل منهما . .

ولا شك أن المصرف يعتبر شريكا حقيقيا في العمليات ونتائجها الا أنه شريك ممول يفوض طالب التمويل في الاشراف والادارة باعتبار الأخير هو منشىء العملية وخبرها والملم بطبيعتها ، ومن ثم فان تدخل المصرف في الادارة لا يكون الا بالقدر الذي يضمن له الاطمئنان الى حسن سير العملية والتزام الشريك بالشروط المتفق عليها في العقد

وكذلك التغلب على المشكلات التي تواجهه وذلك حماية لأموال العملاء^(١) هـ •

وفي تعليقي على هذه المقولة في مفهوم التمويل بالمشاركة أقول :
١ - ان حصر المشاركة في التمويل أو جعلها كأسلوب تمويلي فقط يخرج أنواعا من مفهوم الشركات التي هي من المشاركات في الفقه الاسلامي وهذه الأنواع هي شركات الوجوه وشركات الصنائع والأعمال والأبدان •

٢ - القول بأن مشاركة المصرف في 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 في المشاركة فذلك على خلاف ما يجب أن تقضى به دراسات الجدوى الاقتصادية فالربح يجب أن يكون هو المتوقع والمحتمل والخسارة أمر عارض أو طارئ ولأسباب غير منظورة وغير متوقعة •

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

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

(ب) ان تحمل الخسارة في الفقه الاسلامي لا يخضع للاتفاق بين الشركاء كما هو الحال في النظام القانوني للشركات أو قوانين التجارة انما هي دائما بنسبة رأس مال كل شريك في المشاركة ، وقد حكى اتفاق جسيع الأئمة على اختلاف مذاهبهم على ذلك واشتراط خلاف هذا شرط فاسد لا نفاذ له ولا تبطل به الشركة بل يبطل هو ويصح العقد^(٢) •

(١) التمويل بالمشاركة - من مطبوعات ادارة البحوث بمركز الاقتصاد الاسلامي التابع للمصرف الاسلامي الدولي بالقاهرة ص ٦ ، ٧

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

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

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

وإذا اقتصر في العقد على بيان الحظ في الربح أو بيان الحظ في الخسارة كان ذلك بياناً أيضاً لمقداره من الخسارة أو الربح^(١) كما تنص

(١) م ٥١٤ ، ٥١٥ مدني مصري ، م ٨٩٤ ، ٨٩٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، م ١٣٠٠ تونسي ، م ٣١٠٣ مغربي ، م ٤٨٢ ، ٤٨٣ مدني سوري ، م ٥٠٥ ، ٥٠٦ ليبني مدني ، م ٦٣٤ ، ٦٣٥ مدني عراقي ، م ٤٧ من الشركات الأردني ، م ٩ من قانون الشركات السعودي .

تنص المادة ٥٠٥ من القانون المدني المصري على أن :

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

وتنص المادة ٥١٤ من القانون المدني المصري على أنه :

« ١ - إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر كان نصيب كل منهما في ذلك بنسبة حصته في رأس المال .

٢ - فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الربح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة .

٣ - وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله وجب أن يقدر

القوانين الوضعية على بطلان كل شرط في عقد الشركة يقضى بحرمان أحد الشركاء من الربح أو اغفائه من الخسارة^(١) ومع ذلك يجوز الاتفاق على اعفاء الشريك بعمله فقط من الخسارة اذا لم يقرر له أجر على عمله^(٢) .

(ج) وجهة النظر لدى القانون وفقهائه أن الرضا أصل العقود وأنه يؤخذ بالعرف ، والعرف لا يمنع من تفاوت الربح والخسارة وأن يكون بناء على اتفاقهما^(٣) ووجهة النظر عند فقهاء الشريعة الاسلامية تقوم على الآتى :

١ - 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 »^(٤) وعند من يرى من الفقهاء أن

نصيبه فى الربح والخسارة تبعاً لما تفيدته الشركة من هذا العمل فاذا قدم فوق عمله نقوداً أو أى شئ آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه » .

وتنص المادة ٥١٥ مدنى مصرى على أنه :

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

٢ - 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 السهنورى ج ٥ ص ٢٧٩ ، م ٧ من قانون الشركات السعودى .

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

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

الربح انما يكون تابعا لرأس المال فلأنه شبيه بمنفعة الملك فيكون على قدر رأس المال^(١) .

٢ - وبالنسبة للخسارة وكونها على قدر رأس المال اذ لا يصح أن تكون على خلاف ذلك لأنها متعلقة بالمال أو بجزء هالك من المال وجعلها على غير ذلك اجحاف بالشركاء الذين يتحملون زيادة في الخسارات^(٢) ومن ثم يجب أن تكون بحسب رأس المال فان تساوت الحصص تساوت الخسارة وان تفاوتت تفاوتت الخسارة .

(د) أما اذا شرط في العقد شرط يقضى بحرمان أحد الشركاء من الربح أو اعفائه من الخسارة أو تخصيص كل الأرباح لبعض الشركاء دون البعض فذلك يفس الشركة عند فقهاء الشريعة اذا كانت للشركة في الأموال من الجانبين وكذلك عند رجال القانون لأن ذلك يناهض معنى الشركة من الاشتراك في الربح والخسارة والقاعدة الشرعية : « الغنم بالغرم » .

أما في المضاربة فلا تشترط المساهمة في الخسارة وفي شركة الصنائع فالخسارة بمقدار الضمان وفي شركة المفاوضة يتساوى الربح والخسارة وهذه الأنواع الثلاث من المشاركات لا تعرفها الأنظمة القانونية الوضعية .

ثانيا - قيل ان المشاركة هي صورة قريبة من المضاربة ذلك أن الفرق الأساسي بين الصيغتين أنه في حالة المضاربة يتم تقديم رأس المال من قبل صاحب المال وحده أما في حالة المشاركة فان رأس المال يقدم من الطرفين^(٣) .

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

(٢) د. عبد العزيز الخياط - المرجع السابق ج ١ ص ١٥٩

(٣) انظر الأهرام الاقتصادي - البنوك الاسلامية ، د. محمود الأنصاري وآخرين ص ٦٨

ولولا عبارة « المشاركة هي ٠٠٠٠ » لما اعتبرنا ذلك تعريفا للمشاركة ولا قريبا من التعريف ، فالمضاربة كما سبق « نوع شركة في الربح » ومن ثم فالمشاركة أصل أو جنس ، والمضاربة فرع أو نوع منها ، وليس كما قيل ، هذا من ناحية ومن أخرى فإن المشاركة عند فقهاء الاسلام ليست قائمة فقط على المال من الجانبين فشركات الأموال أحد أنواع لمشاركات في الفقه الاسلامي (١) .

ثالثا - قيل ان التمويل بالمشاركة أسلوب تمويلي يقوم على أساس تقديم المصرف الاسلامي للتمويل الذي يطلبه المتعامل معه وذلك دون تقاضى فائدة ثابتة (ربا) ٠٠٠ وانما يشارك المصرف في الناتج المتوقع اما ربحا أو خسارة ٠٠٠٠ في ضوء قواعد وأسس توزيعية متفق عليها ٠٠٠ مستمدة من قواعد عقد المضاربة الشرعية ٠٠٠ (٢) . وتعليقي على هذا التعريف الذي يعتبر قريبا جدا من التعريف الأول انه قصر قواعد وأسس توزيع الربح وتحمل الخسارة على عقد المضاربة ، والمشاركة في حقيقتها لا تقتصر على المضاربة فقد لا تسفر عن شركة الربح اذا لم يتحقق شيء منه والغريب بعد ذلك أن تعتبر المشاركة هي المضاربة في رأى البعض ، وفي رأى البعض الآخر أنها شركة العنان ، وفي رأى البعض أن المشاركة تجتمع فيها المضاربة والعنان (٣) والصحيح أنها صور من المشاركة كل بشروطها وقواعدها .

رابعا - ان نسبة كبيرة من تمويل الأعمال والمشروعات في الاقتصاد

(١) يرجع للمزيد في ذلك الى أبواب الشركات في كتب الفقه الاسلامي .

(٢) صيغ الاستثمار الاسلامية - برنامج مركز الاقتصاد الاسلامي - الموضوع الثامن عشر .

(٣) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية ج ١ ص ٢٨ - الدراسة المصرية لاقامة نظام العمل بالبنوك الاسلامية والمقدمة لمؤتمر وزراء خارجية الدول الاسلامية ص ٤٩ ، د. أحمد عبد العزيز النجار : منهج الصحو الاسلامي ص ٥٠ ، د. شوقي اسماعيل : البنوك الاسلامية ص ٣٣ - دار الشروق .

الاسلامى يجب بالضرورة أن تأخذ طريق المشاركة في رأس المال حيث يسهم الممول في أرباح وخسائر المشروع المستفيد من التمويل وفى هذا النوع من التمويل يوزع المردود توزيعاً عادلاً بين الممول وصاحب المشروع ويحمل الممول أيضاً نصيباً من مخاطر الاستثمار بدلاً من تحميل رب العمل عبء هذه المخاطر كلها^(١) ...

« تأخذ المشاركة في المجتمع الاسلامى أحد شكلين فقهيين هما المضاربة والشركة »^(٢) وهذا المنحى حول المشاركة يركز على الخصائص والأشكال دون الماهية الميينة لتحقيق المصير ومن ثم الجروح 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 فيبينهما على ما شرطاه ، وما غرماه فبحسب رأس المال ان كان من الجانبين أو بالمال من جانب والعمل من الآخر » •

وبناء على هذا التعريف فالتا نسوق مجموعة من الخصائص التى تحدد طبيعة عقد المشاركة كإطار له ، ومن هذه الخصائص ما يلى :

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

٢ - إدارة المشاركة هم أعضاءها وممثلوها وأصحاب المصلحة الفعلية فيها •

(١) د. محمد عمر شابرا : نحو نظام نقدى عادل ص ٩٣ من مطبوعات المعهد العالمى للفكر الاسلامى - سلسلة اسلامية - المعرفة ٣
(٢) د. محمد عمر شابرا - المرجع السابق ص ٩٨
(٣) انظر ما سبق ص ٩٠ وما بعدها •

٣ - عقود المشاركة تقوم على التوفيق بين مصالح واحدة لا مصالح متعارضة ولذلك يتعين أن يكون الهدف واحد ومحدد .

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

٥ - من حيث لزوم عقد المشاركة أو جوازه فالمسألة محل تفصيل في الفقه الاسلامي ، وفي القانون الوضعي تختلف باختلاف المشاركة ، ففي الفقه الاسلامي يوجد مذهبان هما :

المذهب الأول : يذهب الجمهور^(١) الى أن عقود المشاركات عقود جائزة أى يجوز فسخها من الطرفين ، وقيد الحنفية هذا الجواز باعتبارين هما :

- ١ - أن يعلم الشريك شريكه برغبته في الفسخ منعا من تضرره .
- ٢ - أن يكون مال الشركة ناضا أى تقودا لا عرضا وقت الفسخ^(٢) .

المذهب الثاني : وهو المشهور عند المالكية - أن عقود المشاركات عقود لازمة للطرفين تلزم بالعقد ، وقيل : تلزم بالخلط والمعتمد هو الأول^(٣) ، واعتبرها ابن رشد وغيره من العقود الجائزة عدا المضاربة والمساواة^(٤) ، فالمضاربة عقد جائز قبل الشروع في العمل أما بعد الشروع في العمل ففيه قولان :

الأول : أن عقد المضاربة عقد جائز ويلزم بالشروع في العمل^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٧٧ ، المذهب ج ١ ص ٣٤٨ ، المغنى ج ٣ ص ٥٩٥ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٢٧ - مشار اليه د. عبد العزيز الغامدى المرجع السابق ص ٤٨

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ٥٠٦ ، الانصاف للمرادوى ج ٥ ص ٤٤٩ - القواعد لابن رجب ص ١١٤

(٣) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٤٨

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٧ - د. عبد العزيز الغامدى : البحث السابق ص ٤٩

(٥) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٤٧٨

الثاني : أن عقد المضاربة عقد جائز ولكل من المالك والعامل فسخه متى شاء لا فرق ما قبل التصرف وما بعده^(١) . وذلك بعدة شروط هي :

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

جاء في قواعد ابن رجب : « التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما مما له تعلق بالعقد لم يجوز ولم ينفذ »^(٢) أما عقد المساقاة فيكون لازما بمجرد العقد ، وعقد المزارعة لا يكون لازما الا باليزر في الأرض على الراجح عندهم ، وقيل لا تلزم الا بالشروع في العمل ، وقيل : تلزم بالعقد^(٣) .

٤ - يشترط للفسخ ألا يبقى في الشركة شريكان ، فإذا كان هناك شريكان فقط فإن فسخ أحدهما يترتب عليه فسخ الشركة اذا لم يبق غير شريك واحد .

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

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

(١) الفنى ج ٥ ص ٥٤ ، المذهب ج ١ ص ٣٨٨

(٢) ق ٦٠ ، مواهب الجليل على مختصر خليل ج ٥ ص ١٨٧

(٣) الشرح الصغير مع بلغة السالك ج ٢ ص ١٦٥ ، ٢٢٧ ، ٢٣٧

٢ - أن يعلن الشريك رغبته الى باقى الشركاء فى الانسحاب قبل حصوله .

٣ - ألا ينطوى اسحابه 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 لأحد من الشركاء أن ينسحب منها قبل انتهاء مدتها .

(٢) أما شركة المساهمة فهى عقد لازم بين أطرافه ليس لأحد الشركاء الانسحاب منها لقيامها على الاعتبار المالى ويكون له أن يبيع أسهمه أو يتنازل عنها للغير وبناء على ما تقدم 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 المالكية نظرا لتعلقها فى الغالب بمشروعات ومرافق تهم مصالح الناس عامة (١) .
٦ - توقيت الشركة بمدة أو وقت معين ذهب فيه فقهاء الشريعة مذهبين هما :

(أ) جواز التوقيت فى كل المشاركات مضاربة أم غيرها (٢) .
(ب) عدم جواز المضاربة وهو مذهب المالكية والشافعية وقول للحنفية فى غير المضاربة (٣) ، وللشافعية تفصيل فى المسألة ذكره المرحوم الشيخ زكريا الأنصارى فى أسنى المطالب فقال (٤) :

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

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

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

ص ٤٥٦

(٤) ج ٢ ص ٣٢٨

— فان حدد رب المال للعامل مدة ينتهي القراض باتتهائها فلا يصح ذلك لاخلال التأقيت بمقصود القراض وعلل ذلك بأنه قد لا يحصل الراغب للمال خلال السنة ولمخالفة هذا 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 تشتري بعدها » فقد صح القراض وذلك لحصول الاسترباح بالبيع الذى له فعله بعد المدة كما أن من حق رب المال أن يمنع العامل من الشراء متى أراد ذلك تجاه أن يتعرض له فى العقد بخلاف المنع من البيع فان فيه ضررا على العامل فلذا تفسد المضاربة معه ، أما لو كانت المدة التى اشترطها المضارب مجهولة غير محددة فينظر • فان شرط رب المال لزوم القراض فى هذه المدة كان باطلا أما لو شرط فسخه بعدها فى الشراء دون البيع ففيه وجهان أحدهما : يجوز ، والوجه الثانى : لا يجوز لأن لجهالة المدة قسطا من الضرر وتأثيرا فى الفسخ •

وتوقيت المضاربة يجيزها القانون المدنى العراقى فى المادة (٦٦٣) وتوقيت الشركة بمدة معينة يجيزه نظام الشركات السعودى فى المادة (١/١٥) ما لم يتفق الشركاء على استمرار الشركة بينهم وغيره من النظم القانونية (١) •

٧ — الشركة عقد محدد بمعنى أن الشريك يعرف وقت العقد مقدار ما يعطى من رأس المال ومقدار ما يأخذ من أرباح أى أن يكون الربح جزءا شائعا معلوم القدر واحتمال الخسارة (٢) •

٨ — يجب أن يفرغ عقد الشركة فى شكل محدد يتضمن بياناتها من حيث المحل وبيان الربح صراحة أو نية اذا أطلق لفظ الشركة ولم يحدد أركان يفهم المقصود منه عرفا والا فلا تصح الشركة (٣) •

(١) الوسيط : د. السنهورى ج ٥ ص ٣٥٤ طبعة ١٩٦٢

(٢) د. عبد العزيز الخياط : الشركات ج ١ ص ١٨٨

(٣) بدائع الصنائع ج 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 - أن يكون محل المشاركة قابلا للوكالة فيه ومن ثم يشترط توافر شروط أو أهلية الوكيل والموكل^(١) 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 الشركة على أن نأخذ فى اعتبارنا شرط التولية بين المال والمضارب فى المضاربة وكلام الفقهاء فيه .

١٠ - 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 - شرح العناية ج ٥ ص ٥ ، شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٦ ص ٣٦ ، الروضة ج ٤ ص ٢٧٥ ، المغنى ج ٥ ص ٤٣ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٦٠ ، القوانين الفقهية ص ٢٤٤ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٤

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

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

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

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

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

« لا يجوز أن تتولى شركات التوصية بالأسهم أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة أعمال التأمين أو أعمال البنوك أو الادخار أو تلقي الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير » (١) .

(١) مثل ذلك نص المادة ١٥٩ من نظام الشركات السعودي وان كانت قد قصرت الحظر على الشركات ذات المسؤولية 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 طبقاً لأحكام
هذا القانون أن تباشر بصفة أساسية وعلى وجه الاعتبار أى عمل
من أعمال البنوك » (١) .

ويترتب على مخالفة الحظر المذكور بطلان عقد الشركة ، ولكل
شريك أن يتسكك 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 لإعلان بطلان الشركة (٢) .

١٢ - إذا لحق عقد الشركة عيب من عيوب الرضا كالغلط
أو الإكراه أو التدليس أو نقص الأهلية فالأمر فى القانون الوضعى غيره
فى الشريعة الإسلامية فالقانون يعتبر العقد قابلاً للإبطال من الشريك
الناقص الأهلية أو الذى عيبت إرادته وقت التعاقد وهو ما يسمى بالبطلان
النسبى فى القانون .

وفى الشريعة يعتبر العقد صحيحاً نافذاً ، 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 : « يمتنع 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 وفقاً 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 - شركات
الأشخاص ص ٦٤ - 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 موقوقا على اجازة وليه أو وصيه ولا يجوز التصرف فى أموال الشركة حتى تتم الاجازة (١) .

والعقد الذى شابه اكرهه اختلف الفقهاء فيه فهو اما موقوف (٢) أو فاسد (٣) أو باطل لأن الرضا شرط الانعقاد (٤) .

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 رأى الراجح عند الشافعية والمالكية والحنبلة (٥) ، وأن عيب التدليس يخول للمدلس عليه المتضرر الحق فى تعويض الضرر مع بقاء العقد نافذا (٦) .

١٣ - حصص الشركاء :

(أ) تجوز الشركة بالأشمان المطلقة التى لا تتعين بالتعيين فى المعاوضات لأنها أشمان المبيعات وقيم الأموال ، وأنها لا تتعين بالتعيين ، ولا تبدل ساعة فساعة حتى تعتبر سلعة (٧) وهذا محل اتفاق فى الشريعة والقانون .

اشتراط المالكية اتفاق النقدين من المشتركين فى الصرف والوزن

-
- (١) د. عبد العزيز الخياط : الشركات ص ٣١٨
(٢) المدخل الفقهى العام للأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا ج ١ ص ٣٧٢
(٣) الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى طبعة الحلبي ج ٣ ص ٢٠١
(٤) أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد فقرة ٢٦٢
(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٥٦ - نهاية المحتاج ج ٢ ص ١٣٦
(٦) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٠١
(٧) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٦٠ - كشاف القناع ج ٢ ص ٢٥٤

والجودة أو الرداءة مع اتحاد الجنس ومن لازم ذلك اتفاق قيمتها وذلك
لئلا يلزم التفاوت في الشركة (١) .

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

ويشترط الشافعية تساوى النقدية من الدراهم والدنانير في الجنس
والصفة حتى يتحقق الخلط في شركة العنان عندهم فلا تصح من أحد
الشريكين بعملة محلية دمن الآخر بعملة أجنبية (٢) .

(ب) تقديم الحصص من النقيدين :

ويلزم الشريك في القانون بدفع الحصص النقدية في شكل دفعات
في مواعيد محددة (مادة ٥ شركات سعودي و ٢٦٦ مدنى مصرى
و ٦٣ شركات أردنى) .

وفي الشريعة لا يصح عقد الشركة اذا لم تدفع الحصص النقدية
عند العقد ويجوز 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 ديناً ولا مالا
غائبا ، لأن المقصود من الشركة الربح بواسطة التصرف ولا يمكن
ذلك في الدين ولا في المال الغائب (٣) ، وهو ما ذهب اليه جمهور
الفقهاء واننى أؤيد مذهب الجمهور بالنظر الواقعية الفاحصة التى تنبئ
عن تعسر شركات كثيرة بسبب العجز بعد تأسيسها عن دفع حصص
الشركاء .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٤٨ - شرح

الزرقانى ج ٦ ص ٤١

(٢) روضة الطالبين ج ٤ ص ٢٧٧ - المجموع شرح المذهب

(التكملة الثانية) ١٨/٤ - د. عبد العزيز القامدى المرجع السابق ص ١٤٣

(٣) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٦١

ومن هنا فإن رأى الجمهور أدعى الى الحرص وسد باب الذرائع اشغل السوق المالى بكيانات اقتصادية متعسرة منذ البداية .

(ج) وفى القانون تصح الشركات بغير التقدين من العروض والأموال المتقومة والمثلثات والعقارات والعمل وحقوق الملكية الفنية أو الصناعية أو الأدبية كبراءة اختراع أو اسما تجاريا أو علامة تجارية^(١) أو حقا من حقوق المؤلف المعنوية أو حقوق لدى الغير كالدين أو أوراق مالية أو تجارية ، والحصة العينية فى القانون ثلاثة أنواع هى : حق الملكية ، وحق الانتفاع ، وحق معنوى . وقد تقدم هذه الحقوق للتملك أو الانتفاع أى تطبيق أحكام البيع فى حالة التملك وأحكام الاجارة اذا كانت الحصة للانتفاع .

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

الأول^(٢) : أن الشركة لا تصح بالعروض ، ووجه هذا القول أن الشركة تتضمن معنى الوكالة ، والوكالة لا تصح فى العروض فكل شريك وكيل عن صاحبه 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 تؤدي الى جهالة الربح عند القسمة ، لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها ، والقيمة مجهولة ، لأنها لا تعرف بالحرز والظن والتخمين ... وفى حالة ارتفاع سعر العروض قبل التصرف فيها وظهور الربح فيها بارتفاع السعر فيأخذ كل شريك ربحا مما لا ملك له فيه ولا ضمان عليه ، لأنها لو هلكت فى ضمان

(١) الاسم التجارى والعلامة التجارية لم يدخلهما نظام الشركات السعودى ضمن الحصص العينية اذ لا يجوز فيه اعتبار الشهرة أو السمعة أو النفوذ حصة فى رأس المال (مادة ٣ شركات ، وكذلك مادة ٧٥ شركات اردنى والتقنين اللبنانى) .

(٢) قال به الحنفية والحنابلة فى المشهور عن احمد والظاهرية - البدائع ج ٦ ص ٦٠ - المفنى ج ٥ ص ١٨ - المحلى ج ٩ ص ١١٧ -

صاحبها فلا يأخذ ربح ما لم يضمن ، وكذلك اذا انخفضت الأسعار تكون الخسارة مشتركة فكيف يلزم غير المالك بالخسران وليس عليه ضمان^(١) ، 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^(٢) .

الثاني^(٣) : التفريق في الحكم بين العروض القيمة والمثلية فالعروض القيمة 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 الأئمان
الثاني : الجواز بشرط التساوي في الجنس والصفة كالأئمان -
أما اذا كانت الشركة مضاربة فلا تصح بالعروض من غير تفريق عندهم .
الثالث^(٤) : 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 على الخفيف ص ٣٧ - د. عبد العزيز

الخياط - المرجع السابق ج ١ ص ١١٠
(٢) شرح الهداية للمريناني ج ٣ ص ٥ مشار اليه في

د. عبد العزيز الخياط ج ١ ص ١٠٩

(٣) قال به الشافعية - المذهب ج ١ ص ٣٤٤

(٤) قال به الامام أحمد في رواية عنه وطاووس والاوزاعي وحمام
والمالكية وابن أبي ليلى - المغني ج ٥ ص ١٧ - الانصاف ج ٥
ص ٤١١ - شرح الزرقاني ج ٦ ص ٤٤ - وشيخ الاسلام ابن تيمية -
الفتاوى ج 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 •

وإذا كانت الحصة حقاً معنويًا كبراءة اختراع فليس هناك في الشريعة ما يمنع إذا كان الحق المعنوي مما يقوم بالمال وتعتبر قيمته حصة في الشركة •

والحصة بالدين في الشركة لا تجيزها الشريعة شأنها شأن المال الغائب لأن المقصود من الشركة الربح ولا يتحقق إلا بالتصرف ولا يمكن التصرف في مال غائب أو دين والقانون يجيز الحصة بالدين كما سبق بشرط قبول المدين أو تبليغه حوالة الدين إلى الشركة إلا إذا كان الدين ثابتاً بسند تجارى أو الأمر فيقبل الدين حصته في الشركة بمجرد التظهير أو التسليم ولا يتوقف على قبول المدين^(١) •

ولا شك عندنا في تأثير الوجهة الشرعية للاعتبارات العلمية التي تفرض الجدية في عمل المشاركات ونشاطها •

(هـ) ويذهب رأى إلى أن الاسم التجارى أو العلامة التجارية لا يصح كل منهما أن يكون حصة في المشاركة لما في ذلك من الغش أو المخادعة والتدليس على الناس^(٢) •

ولا نرى هذا الرأى لاهداره للعرف التجارى وما تعامل به الناس وبخاصة إذا 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 - الوجيز فى القانون التجارى د. مصطفى كمال طه ج ١ ص ٢٦٩

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

ثم لا يمكن اهدار هذه القيمة كحصة في الشركة من الممكن أن تقوم بها الاسم التجاري أو العلامة التجارية تصبح الحصة بقيمتها •

(و) والحصة بالائتمان أو الثقة المالية أو النفوذ السياسى أو السمعة التجارية منعت القوانين الوضعية أن يكون شئ من ذلك حصة في رأس مال الشركة^(١) وخالف في ذلك القانون اللبناني اذ نصت المادتان (٨٤٩ ، ٨٥٠) على جواز أن يقوم أحد الشركاء الثقة التي يتمتع بها حصة في الشركة

وما ذكره فقهاء الشريعة من شركة الوجوه فقائم على أن الشريك ذو الوجهة يعمل بنفسه ويعتبر كل شريك فيها وكيلًا عن صاحبه والثقة الحاصلة في الشركاء ثقة تجارية قائمة على البيع بالنقد والشراء بالنسيئة وثقة التجار في الشركاء وهي قائمة على الوكالة والكفالة^(٢) وفي جوهرها تقوم أيضا على عمل ومع كل ذلك يرى المالكية^(٣) فيها غررا ولا نراه معهم ولذلك فلا تعارض بين المسلك القانوني احترازا عن التدليس والخداع والغش في المعاملات وما أكثر وقوعه في 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 ، فإذا كان العقد جائزا غير لازم فلا يتصور أن تكون المشاركة ثابتة مستمرة ، وإذا كانت المشاركة أنواعا عديدة لكل نوع خصائصه وأحكامه التي تميزه فلا يتصور أن يكون هناك عقد واحد للمشاركة أو نموذج واحد للمشاركة وأن يصبح قسيم المضاربة والمرابحة وأن تصبح صيغ الاستثمار الاسلامى هي

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

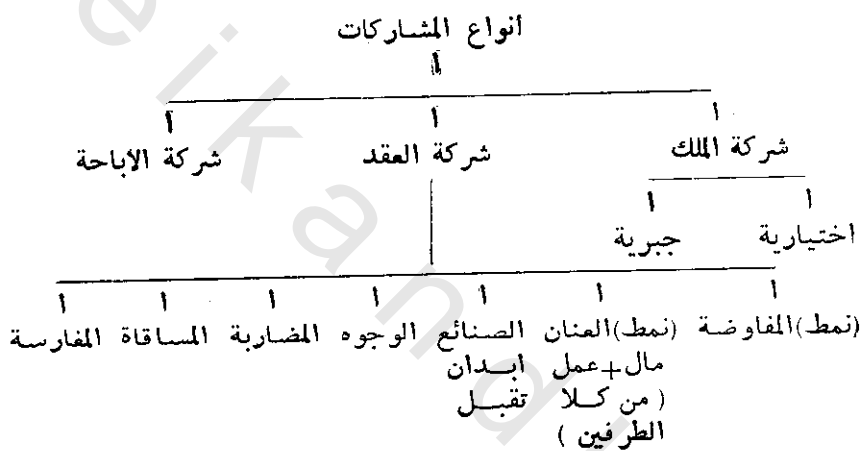
سعودى •

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٥٨

(٣) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٨٠

المشاركة والمضاربة والمراوحة وقد سبق بيان عدم دقة ذلك وعلى هذا الأساس فإن المشاركات في المنهج الاسلامي تتسع لكل أنواع الشركات في النظم والقوانين مع دراسة تفصيلية لأحكامها وعرضها على أحكام الشريعة الاسلامية لتتقنتها مما قد يشوبها من مخالفات شرعية ولا شك أن هناك محاولات عديدة قد بذلت في هذا المجال ولكننا نراها غير كافية حتى الآن .

كما أن الممارسة العملية يجب أن تشرى البحث العلمي ولكن للأسف - هناك تقصير وقصور شديدين في ذلك .



وعلى هذا الأساس تشمل المشاركات كل أنواع النشاط الاقتصادي التجاري ويناسبه نمط شركة العنان بصفة خاصة ، والصناعي ويناسبه شركة الأبدان بصفة خاصة ، والزراعي ويناسبه شركة المساقاة والمضاربة بصفة خاصة ، والخدمي ويناسبه شركة الوجوه بصفة خاصة وهكذا في الاستثمارات طويلة الأجل تناسبها شركة المضاربة ، والاستثمارات قصيرة الأجل تناسبها شركة المراوحة ، ويمكن تقسيم شركة العقد الى خمسة أنواع رئيسية هي :

١ - شركة أموال •

٢ - وشركة أعمال •

٣ - وشركة وجوه •

٤ - وشركة مضاربة •

٥ - وشركة مرابحة •

والأولى تقوم على الاشتراك فى المال وربحه

والثانية تقوم على الاشتراك فى أجر العمل •

والثالثة تقوم على الاشتراك فى ربح ما يشتري بالأجل ويبيع
دون أن يكون هناك رأس مال •

والرابعة تقوم على الاشتراك فى الربح دون رأس المال •

والخامسة تقوم على الاشتراك فى المال وربحه مرابحة •

٢ - الأنواع الرئيسية للاستثمار :

(١) الاستثمار النوعى :

لا شك عندى أن الاستثمار النوعى من أفضل أنواع الاستثمارات
التى يتعين على البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية أن تبني عليها
سياستها الاستثمارية وذلك لما يأتى من أسباب :

— تشكيل المتعاملين مع البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية :
فهذه المؤسسات يجب أن تكون عملائها تكويناً صحيحاً يساعدها على
خلق وعى استثمارى لديها يساهم فى دعم النشاط الاقتصادى لهذه
المؤسسات وإيجاد تنمية حقيقية فى المجتمع ، وأولى الأدوات والوسائل
وأفضلها لتحقيق ذلك هو الاستثمار النوعى الذى ينقسم الى المجالات
الاقتصادية الحاكمة فى المجتمع سواء فى النشاط الزراعى أو التجارى
أو الصناعى أو الخدمى بحسب طبيعة النشاط الاقتصادى الرائج ومدى
الحاجة اليه •

— تأمين مسيرة النشاط الاستثمارى فى البنوك والمؤسسات
المالية الإسلامية باعتبار أنها تقوم بالدرجة الأولى على توظيف أموالها

في المشروعات الاستثمارية لا في الائتمان ابتداء فتخفف الى حد كبير مشكلة التوفيق بين السيولة والربحية لمواجهة أوامر الدفع وتحقيق عائد لرأس المال في نفس الوقت •

— تحقيق أعلى نسبة ربح ممكن حتى تستطيع البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية مواجهة التحدي المفروض في نظام سعر الفائدة المستقر والمأمون ولا شك أن هذا التحدي يفرض على هذه المؤسسات الدخول في أنواع من الاستثمارات قد يخشى النظام الربوي الدخول فيها من حيث طبيعتها أو مدتها بحكم حاجة هذا النظام الربوي الى مواجهة أوامر وطلبات الدفع المتوقعة في كل لحظة من اللحظات ولا شك أن هذا التحدي المفروض على المؤسسات الإسلامية يوجب توفير الدراسات الاقتصادية الجادة والمتخصصة طبقاً لأحدث معطيات الفكر الانساني لمشروعات الاستثمارات النوعية •

— ان الاستثمارات النوعية المتخصصة تساعد كثيراً على ايجاد أسس محاسبية وإدارية متميزة ودقيقة تخدم الممارسات الاقتصادية الإسلامية وتعين على تطبيق مبادئ وأصول الاقتصاد الإسلامي

— الاستثمارات النوعية كسياسة يقوم عليها النشاط الاستثماري في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية تساعد دائماً على تطوير نفسها إدارياً وفنياً كما تساعد على إيجاد نوع من التكامل والتعاون فيما بينها بما يخدم حركة التعامل فيما بينها كما وكيفاً ومن ثم يؤمنها المخاطر المتوقعة أو غير المنظورة في مسيرتها الاقتصادية نحو التوسع والانتشار والقوة •

— والاستثمارات النوعية تتيح للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية تنويع استثماراتها في التجارة الداخلية والدولية على السواء ومن ثم في السوق المحلية والعالمية ، كما تختلف آجالها باختلاف نوعية وطبيعة النشاط المثمرة فيه وقد يعطى ذلك الفرصة لنوع من التخصص أو تقسيم العمل الدولي ومن ثم التعاون والتكامل في نشاط تلك المؤسسات على المستوى العالمي وهو المطلب الملح والهام في 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 يمهّد لسوق عربية مشتركة .

— ومن المفيد والجديد أن تحتوى صكوك الاستثمارات النوعية على أهم البيانات والمعلومات الخاصة بتلك الاستثمارات بما ييث الثقة والطمأنينة ويزيل اللبس ويقضى على المعوقات 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 وإدارى على درجة عالية من الدقة والتقنية .
- نظام رقابة فعال وحاسم .
- مهارة فى الأداء وخبرة عملية وتدريب مستمر .
- دراسة دائمة ومتجددة لمؤشرات السوق المتغيرة .

إذا 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 إذا 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 في أوقات الأزمات المالية والاقتصادية وان كانت أعباؤه الادارية والراقية يجب أن تكون محل اعتبار كبير حتى يؤتى أكله المرجوة .

٣ - صيغ جديدة للاستثمار :

لقد بات من المتعين خلق أدوات وأوعية استثمارية جديدة تعالج الاختناقات العملية وتغطي قطاعات جديدة وتلبى حاجات ملحة وهو ما يجب أن تعكف عليه وباستمرار أقسام متخصصة .
وعلى سبيل المثال فهناك صيغة :

(١) شبه المضاربة :

من الجائز في شركة الأموال التي يكون رأسمالها مشتركا بين الشريكين اشتراط عمل الشريكين وتكون الشركة صحيحة^(١) ، والعمل يكون منقوما 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 في يده في حكم « مال المضاربة » كانت الشركة « شبه المضاربة »^(٣) .

ووجه الشبه بالمضاربة في هذه الحالة أن مدارها على العمل من الشريك المشروط عمله في 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 في الشركة .

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

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

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

وهذا النموذج أو هذه الصيغة الاستثمارية تحقق الأهداف الآتية :

— استقطاب أصحاب الخبرات والمهارات العملية في نوع معين من أنواع النشاط .

— ان هذا النوع من العملاء يحقق مصلحته باشتراط العمل مقابل حصة زائدة من الربح^(١) لحذاقته في عمله ، ومن ثم لا يكون عزوفا عن مشاركة المصرف الاسلامي في هذه الحالة .

— ان هذه الصيغة تحقق مصلحة المصرف الاسلامي أيضا من ناحيتين :

— مهارة وخبرة القائم بالعمل وحذاقته فيه .

— توافر نوع من الضمان لرأس مال المصرف الاسلامي اذ ان شريكه صاحب رأس مال في المشروع أو النشاط فضلا عن اشرافه ومعوته الدائمة .

(ب) الاجارة المضافة :

الاجارة المضافة الى زمن معين مستقبل معتبرة من ذلك الوقت المستقبل ومن ثم فهي صحيحة وملزمة من وقت العقد^(٢) أى قبل حلول وقتها فليس لأحد العاقدين فسخها قبل ذلك ما لم يحدث سبب مانع لاجراء موجب العقد فتفسخ الاجارة .

ولما كان المعقود عليه في الاجارة أى محلها هو المنفعة فقد تكون هذه المنفعة متحصلة من العمل أو منافع الأعيان والأشياء كالعقار والعروض بما تشتمل عليه من الآلات والمعدات والأدوات وغيرها .

(١) اما اذا كان العمل مشروطا على الشريك الذى حصته من الربح قليلة فالشرط غير جائز اذ ان الحصة الزائدة من الربح للشريك الآخر تكون بغير مقابل من مال أو عمل أو ضمان ومن ثم يكون أخذا للمال بغير حق أو بالباطل فلا يجوز . ويكون تقسيم الربح في هذه الحالة على اساس مقدار رأس مال كل شريك فهو الأعدل .

(٢) انظر مادة (٦٧٢) من القانون المدني الأردني .

ويشترط لصحة الاجارة معلومية المنفعة النافية للمنازعة كتعيينها وبيان مدة الاجارة وبكل ما يؤدي 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 المكيالات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة^(١) ، ويجوز أن يكون بدل الايجار عينا أو دينا أو منفعة وكل ما صلح ثمننا في البيع^(٢) . 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 التي شرطت . ويجوز كذلك تقسيط الأجرة في 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 في التعامل على منافع الأعيان من العروض في 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 التي تساهم فيها أكثر من مؤسسة مالية اسلامية ضرورة ملحة في 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 الاستثماري والمصرفي في المصارف والمؤسسات المالية الاسلامية .



(١) هي المعدودات التي لا يكون بين آحادها تفاوت في القيمة فجميعها من المثليات .

(٢) انظر المادة (٥٦١) من القانون المدني المصري .