

التمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية

زقاري آمال

المركز الجامعي مرسلبي عبد الله، تيبازة

ملخص

تتخذ صيغ التمويل في المصارف الإسلامية أشكالا وصورا متعددة، تعتبر كل واحدة منها بديلا ملائما ومناسبا عن العمليات التي تجريها البنوك التقليدية، وتشمل كل من المضاربة، المراجحة، الاستصناع، عقد الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك أو كما تسمى في القانون الجزائري عقد الاعتماد الإيجاري إلى غير ذلك من العقود...، كما أنها تشمل نوعا متميزا و شكلا فريدا من أشكال الاستثمار وهو " عقد المشاركة " موضوع هذه الورقة البحثية.

ويعد التمويل بعقد المشاركة من أفضل ما طرحته المصارف الإسلامية من أساليب استثمارية، ومن أهم ما يميزها ويفصلها عن المصارف التقليدية الربوية. فعن طريق هذا العقد يمكن للأفراد والشركات تمويل مشروعاتها عن طريق تحمل مخاطر المشروع مع المصرف واقتسام ما ينتج عنه من ربح حسب ما تم الاتفاق عليه وتوزيع الخسارة حسب نسبة كل منهم في رأس مال المشروع. مما يعيق تطبيق هذه الصيغة التمويلية بطريقة فعالة هو عدم وجود قانون خاص ينظم عمل المصارف الإسلامية العاملة في الجزائر، بالإضافة إلى التحديات التي تعاني منها هاته الأخيرة في سبيل المحافظة على مبادئها في ظل منظومة تشريعية كلاسيكية. إذن فالإشكالية التي سنحاول الإجابة عنها من خلال هذه الورقة البحثية هي: ماهو النظام القانوني الذي تتبعه المصارف الإسلامية الجزائرية في تطبيق هذا العقد الهام؟ و ما هي آثار تطبيق هذا العقد؟

من خلال هذه الورقة البحثية سنتطرق إلى دراسة محورين أساسيين، حيث يتم في المحور الأول معالجة مفهوم التمويل بعقد المشاركة وذلك بالتطرق إلى التعريفات المختلفة لهذا العقد، ثم بيان خصائصه وأنواعه، من جهة أخرى يتم تمييز هذا العقد عما يشابهه من العقود. أما المحور الثاني فهو يعالج التطبيق المصرفي لعقد المشاركة من خلال التطرق إلى مختلف مراحل التمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية، والإشكالات القانونية التي تعترض هذا التطبيق مع محاولة اقتراح حلول كلما سنحت الفرصة لذلك.

Abstract

The ways of financing in Islamic banks take many styles and forms, each of them is a suitable and appropriate alternative to the operations carried out by conventional banks. Mudaraba, Murabaha, Istisna'a, Ijara and Ijarah Muntahia Bittamleek, or as called in Algerian law, leasing contracts ..., furthermore it also includes a distinctive type and form of unique forms of investment which is the "contract of participation" the subject of this paper.

The financing of the participation contract is one of the best ways of investment method offered by Islamic banks, the most important of what distinguishes them from traditional banks with interest. Through this contract, individuals and companies can finance their projects by taking the risks of the project with the bank and sharing the resulting profit according to what has been agreed upon and the distribution of the loss according to their ratio in the capital of the project.

What ties up the application of this financing formula in an effective manner is the absence of a special law regulating the work of Islamic banks operating in Algeria, in addition to the challenges that these latter suffer in order to preserve their principles under a classical legislative system. So the problem that we will try to answer through this research paper is: What is the legal system followed by Algerian Islamic banks in implementing this important contract? And what are the implications of applying this contract?

In this paper, we will discuss two main axes. The first deals with the concept of financing by holding the contract with referring to the different definitions of this contract, and then describing its characteristics and types. On the other hand, this contract is distinguished from similar contracts. The second axis deals with the banking application of the participation contract by addressing the various stages of financing participation contract in Islamic banks, and the legal problems that face this application while trying to propose solutions whenever the opportunity arises.

مقدمة

قال الله تعالى: "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا"¹. و قد أجمع الفقه الإسلامي على أن الفوائد البنكية هي الربا الحرام الذي لا شك فيه²، ولعل أزمة الرهن العقاري كانت عبارة عن كاشف لسوء تقدير النظام الربوي. ومع بروز السلامة النسبية للمصارف الإسلامية العاملة في الدول الرأسمالية من تأثير هذه الأزمة، زاد اهتمام المختصين بطريقة عمل هذه المصارف من أجل الاستفادة من آليات عمل النظام الاقتصادي في الإسلام.

لا تستمد المصارف الإسلامية قواعدها ومبادئ عملها من النظام المصرفي العالمي كما هو الحال بالنسبة للمصارف التقليدية³ (المصارف القائمة على أساس الفائدة) بل تستمدتها من الشريعة الإسلامية وبالتحديد من فقه المعاملات.

حيث يعتبر الاستثمار على أساس قاعدة "الغنم بالغرم"⁴ الركيزة الأساسية في المصارف الإسلامية، فيتحمل المصرف الإسلامي المخاطر مع المستثمرين من بداية المشروع ويحصل كل منهم على نسبة من الربح مقابل ذلك ويتحملون نسبة من الخسارة حسب مساهمة كل منهم في المشروع.

ولعل التمويل بعقد المشاركة يعد أهم عقد تمويل استحدثته المصارف الإسلامية لتمويل المشروعات، فالمصارف الإسلامية تعتبر مصارف مشاركة، ذلك أن نظام المشاركة يعتبر مميذا رئيسيا لها عن البنوك التقليدية، ويعد هذا النظام الذي يتم فيه تحمل المخاطر واقتسام الربح والخسارة البديل الشرعي لنظام الإقراض الربوي السائد في البنوك التقليدية في ظل نظام سعر الفائدة.

ويضمن التمويل بعقد المشاركة للنشاط الاقتصادي الأموال اللازمة بعيدا عن استخدام سعر الفائدة في ذلك، فيمكن للمصرف استخدام هذا الأسلوب لتعبئة المدخرات وتوفير التمويل اللازم للاستثمارات، فتكون تبعا لذلك العلاقة بين أصحاب الفائض المالي وأصحاب العجز المالي مبنية على أساس قاعدة الغنم بالغرم. كما أن استخدام عقد المشاركة في إقامة وإدارة العمليات الاستثمارية في الدول الإسلامية يؤدي إلى توظيف الأموال المعطلة، إضافة إلى أن معدل الربح من خلال التمويل بالمشاركة، يمكن أن يصبح بديلا حقيقيا لسعر الفائدة المعمول به حاليا في مختلف البنوك التجارية⁵.

ولعل الإشكال الذي يمكن أن يثار عند دراسة التمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية يدور حول النظام الذي تعتمد عليه المصارف الإسلامية في تطبيق هذا العقد، خاصة وأننا نعلم أن المصارف الإسلامية في الجزائر لحد كتابة هذه السطور ما تزال تخضع لنفس القوانين المطبقة على بقية المصارف. هذا ما يجعلها تصطدم بمعوقات قانونية عديدة نظرا لعدم التفات المشرع لخصوصية أعمال المصارف الإسلامية التي تختلف عن أعمال المصارف التقليدية.

وعليه تم طرح الإشكالية التالية: ما هو النظام القانوني الذي تتبعه المصارف الإسلامية في تطبيق التمويل بعقد المشاركة؟ وفيما تتمثل آثار تطبيق هذا العقد؟

للإجابة عن هاته الإشكالية قسمنا الدراسة إلى محورين أساسيين، حيث تم في المحور الأول معالجة مفهوم التمويل بعقد المشاركة وذلك بالتطرق إلى التعريفات المختلفة لهذا العقد، ثم بيان خصائصه وأنواعه، من جهة، ومن جهة أخرى تم تمييز هذا العقد عما يشابهه من العقود. أما المحور الثاني فقد تم معالجة التطبيق المصرفي لعقد المشاركة من خلال التطرق إلى مختلف مراحل التمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية.

المحور الأول: مفهوم التمويل بعقد المشاركة

من خلال هذا المحور سيتم التطرق إلى التعريفات المختلفة لعقد المشاركة سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي (مطلب أول) للوصول إلى إبراز خصائصه وأنواعه (مطلب ثاني)، بالإضافة إلى تمييز هذا العقد عما يشابهه من العقود (مطلب ثالث).

المطلب الأول: التعريفات المختلفة لعقد المشاركة

من خلال هذا المطلب سنقوم بتعريف عقد المشاركة في الفقه الإسلامي (أولا) وفي القانون الوضعي (ثانيا).

أولا: تعريف عقد المشاركة في الفقه الإسلامي

ل للوصول إلى تعريف عقد المشاركة لابد من المرور على تعريفه في المذاهب الفقهية الأربعة للوصول لتعريفه عند الكتاب المعاصرين.

أ)- تعريف عقد المشاركة في المذاهب الفقهية

- تعريف الملكية : " هي إذن في التصرف لهما مع أنفسهما، أي أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف في مال لهما، مع إبقاء حق التصرف لكل منهما " ⁶.
 - تعريف الحنابلة : " الشركة هي اجتماع في استحقاق أو تصرف " ⁷.
 - تعريف الشافعية : " هي ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع " ⁸.
 - تعريف الحنفية: " هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح " ⁹.
- و هذا التعريف يعتبره "وهبة الزحيلي" من أولى التعاريف لأنه يعبر عن حقيقة الشركة في أنها عقد، أما التعاريف الأخرى قدمت بالنظر إلى هدف الشركة وأثرها والنتيجة المترتبة عليها ¹⁰.

ب)- تعريف عقد المشاركة عند الفقهاء المعاصرين

من أفضل وأدق التعريفات ما جاء به مُجَّد عمر شابرا فقد عرف عقد المشاركة على أنه "شكل من أشكال تنظيم المشروعات، حيث يسهم شخصان أو أكثر في تمويل العمل وإدارته، بنسب متساوية أو مختلفة، ويتم اقتسام الأرباح بنسب عادلة (ليست متساوية بالضرورة)، متفق عليها بين الشركاء، أما الخسائر فيتم تحملها بنسب رأس المال ¹¹.

ثانيا: تعريف عقد المشاركة في القانون الوضعي الجزائري

الفقه الإسلامي يتوسع في مدلول الشركة خلافا للقانون، إذ أن لفظ الشركة إذا أطلق في القانون فالمراد به هو شركة العقد فقط، لا يوجد بعد - لحد كتابة هذه الأسطر - تعريف خاص بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية، لكن بالرجوع للقواعد العامة نجد أن المشرع الجزائري في المادة 416 من القانون المدني الجزائري ¹² عرف الشركة على أنها: "عقد يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة. كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك " ¹³.

المطلب الثاني: خصائص و أنواع عقد المشاركة في المصارف الإسلامية

الفرع الأول: خصائص عقد المشاركة

ينفرد عقد المشاركة بالعديد من الخصائص المميزة التي يصعب توافرها في غيره ومن أهم هذه المزايا¹⁴ :

 **عقد المشاركة عقد لاربوي:** من المقطوع به أن الله لم يحرم على الناس شيئا لا بدليل له من الحلال، بل كل حرام يوجد من الحلال الطيب ما يغني عنه، وهي قاعدة كلية لا استثناء عنها¹⁵. فنجد أن الربا يقابل بأمرين في القرآن : بالصدقة، وفي معناها القرض الحسن، كما في قوله تعالى: ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيهِ الصَّدَقَاتِ﴾، وبالبيع وفي معناه المشاركة والمضاربة والمراجعة¹⁶ كما في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾.

وإن المصارف الإسلامية اعتمدت على عقد المشاركة المبني على القاعدة الشرعية الغنم (الربح) بالغرم (الخسارة) في تشغيل الأموال -إلى جانب صيغ البيوع والإجارة المعتمدة شرعا- كبديل للفائدة المصرفية الثابتة التي اعتمدها البنوك التقليدية كأداة لتسعير تكلفة الأموال.

حيث أن القاعدة الأساسية التي يقوم عليها عقد المشاركة، هي تحمل عنصر المخاطر فكل من تحملها يجب أن يحصل على ربح معقول إذا حقق استخدامها مردودية ما وبالمقابل عليه أن يقبل خسائرها إذا فشلت في تحقيق هذه المردودية. وهذا يعني أنه لا توجد مكافأة ثابتة سيأخذها الممول عن الأموال التي قدمها، علما بأن الأرباح والخسائر، مسألة لا يمكن التأكد منها في البداية، حتى ولو تبين أن المخاطر ضئيلة من خلال الدراسة المعمقة للمشروع الذي وقع تمويله.

هذا عكس ما هو عليه الحال في النظام التقليدي أين يكون البنك في معزل عن المخاطر التي يتعرض لها المدين، ويحصل في الأخير على أصل دينه وفوائده، سواء ربح المدين أم خسر، واستحقاقه لأمواله هذه بصرف النظر عن الربح أو الخسارة، يعتبر في الإسلام استغلالا مرفوضا¹⁷

 **عقد المشاركة عقد استثماري:** يمثل أسلوب المشاركة ضمانا إضافيا لنجاح المشاريع الاستثمارية، نظرا لكون الشركاء يراقبون بدقة ويتابعون باستمرار مراحل تنفيذ المشروع الاستثماري، إضافة إلى المعرفة المسبقة بطبيعة المشروع الاستثماري الذي يشاركون فيه غيرهم، فالعقد الذي يوقع بين الشركاء يتضمن كل تفاصيل المشروع، وهذا بخلاف عملية التمويل بالقروض

المصرفية، حيث يتم تلقي الودائع على أساس سعر الفائدة، ثم توزع في شكل قروض مصرفية على أساس سعر فائدة أعلى¹⁸.

 **عقد تبعي (صيغة للوساطة المالية):** والمقصود بالعقد التبعي أنه لا يأخذ شكل عقد التمويل مباشرة، بل هو قائم على نوع آخر من العقود والمعروفة في الفقه الإسلامي "بعقود النيابة" باعتبار أن المصرف الإسلامي يعد بمثابة "وسيط مالي" عندما يتعلق الأمر بالتمويل الخارجي الذي تقوم به البنوك الإسلامية، حيث يعتبر البنك الإسلامي وسيطا بين ذوي الفائض (المدخرين) وبين ذوي العجز (التجار والمستثمرين)، وانطلاقا من ذلك فإن علاقة المصرف الإسلامي مع طرفي الوساطة ينبغي أن تكون قائمة على عقود النيابة لكي تحقق الوساطة المالية المستوى الأمثل¹⁹.

 **عقد مصدره الفقه الإسلامي:** أحكام عقد المشاركة تجدد فحواها في الفقه الإسلامي الذي حدد مفاهيمها وشروطها وطبيعتها وآثارها، وهذا استنادا إلى أن المصرف الإسلامي يعتمد على عدة مبادئ أبرزها التحريم القطعي للربا استنادا لقوله سبحانه و تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾²⁰. بالإضافة إلى توزيع عوائد الاستثمارات على أساس "الغنم بالغرم" حيث يتم توزيع عوائد الاستثمارات بين أطراف العملية الاستثمارية على أساس : بقدر ما يغنم صاحب العمل من أرباح ومزايا في حالات الرواج واليسر بقدر ما يجب أن يتحمل من خسائر في حالات الكساد والعسر، فلا ربح حلال إلا إذا تحمل مخاطر الخسارة، وهذا يخالف النظام الربوي الذي يضمن رأس المال وفائدته على الدوام بصرف النظر عن نتيجة التشغيل وهذا محرم²¹، ودليل ذلك من الكتاب قول الله تبارك و تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾²²

ومما ساعد على معرفة أحكام عقد المشاركة الشرعية المستمدة من الفقه الإسلامي المعيار رقم 12 الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية والذي تم اعتماده في اجتماع المجلس الشرعي الثامن المنعقد في المدينة المنورة في 28 صفر -4 ربيع الأول 1423 هـ الموافق لـ 11-16 ماي 2002 م.

حيث يهدف هذا المعيار إلى بيان الأسس والأحكام الشرعية العامة لشركة العقد (ما يعرف حديثا بالمشاركة) وبيان أحكام كل من شركة العنان وشركة الوجوه وشركة الأعمال والمشاركة

المتناقضة والشركات الحديثة من حيث التعريف بها وبيان أحكامها الشرعية الخاصة بها، مع بيان الضوابط الشرعية التي يجب مراعاتها من قبل المؤسسات المالية الإسلامية²³. و منها المصارف الإسلامية.

الفرع الثاني: أنواع التمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية

تأثرت أنواع المشاركة في البنوك الإسلامية، بموقف هيئة الرقابة الشرعية في كل بنك. فقد تكون مشاركة في عملية معينة واحدة، أو عمليات متعددة سواء مع مؤسسات تجارية أو صناعية أو مع بنوك إسلامية أخرى. كما قد تأخذ شكل مساهمة في رأس مال مشروعات موجودة أو قيد الإنشاء²⁴.

استقر الأمر عموماً، في البنوك الإسلامية على شكلين أساسيين للمشاركة: فهي إما مشاركة ثابتة، أو متناقضة منتهية بالتمليك. وكلها تجمع البنك الإسلامي مع شريك أو أكثر في مشروع أو مشاريع مشتركة. ويتم اختيار الشكل المناسب باتفاق البنك والمتعامل.

أولاً: المشاركة الثابتة

تقوم هذه المشاركة على قيام المصرف الإسلامي بتمويل جزء من رأس مال مشروع²⁵ تجاري معين - كأن يكون مصنعا أو مبنى أو مزرعة أو غيرها من مجالات الاستثمار المختلفة -²⁶، قائم فعلاً أو سوف ينشأ على أن يكون شريكا في رأس ماله وفي ملكية مجوداته والالتزام بمتطلباته، وشريكا كذلك في الربح والخسارة، كما أن له الحق في المشاركة في إدارته والإشراف والرقابة واتخاذ القرارات الاستراتيجية أو غيرها حسب الاتفاق²⁷، ومبدئياً تتوزع نتائجها بين البنك والمتعامل حسب الاتفاق في حالة الربح وبنسبة حصة كل طرف في رأس المال في حالة الخسارة. والمقصود بكونها ثابتة هو استمرارية وجود كل طرف فيها حتى نهايتها، أي أن كل طرف يحتفظ بحصصه ثابتة في رأس مال المشروع، حتى يتم انجازه وتصفى الشركة²⁸.

وتنقسم المشاركات الثابتة بدورها إلى نوعين هما : مشاركة ثابتة مستمرة ومشاركة ثابتة موقوتة.

أ- مشاركة ثابتة مستمرة: و ذلك بقيام البنك بمشاركة عملائه في استيراد الأصول الثابتة أو مستلزمات الإنتاج أو الخدمات للمشروعات تحت التأسيس، أو التوسعات في أعمال مشروعات قائمة لإنشاء وحدات جديدة، ويتفق الطرفان على أسلوب هذه المشاركة فيما

يتعلق بالإنتاج والإدارة وتوزيع العائد وغير ذلك، ومن ذلك أيضا أن يلجأ البنك إلى شراء أسهم شركات قائمة، أو المساهمة في رأس مال مشروعات معينة²⁹. ويسمى هذا الشكل من التمويل: التمويل المباشر، وهو وسيلة البنوك الإسلامية مبدئيا في التمويل على المدى المتوسط والطويل.

ب- مشاركة ثابتة موقوتة (قصيرة الأجل): وهي المشاركة حسب الصفقة الواحدة و في هذه المشاركة يتقدم العميل إلى البنك برغبته في مشاركة المصرف له في تمويل صفقة معينة كاستيراد كمية من السلع، أو تنفيذ عملية من عمليات المقاولات أو تمويل مشروع زراعي محدود في فصل معين... الخ على أن يكون البنك شريكا في هذه الصفقة ويقتسمان عائدها ربحا كان أو خسارة، وفقا لما يتفقان عليه بالنسبة للربح وحسب حصة كل منهم في رأس المال بالنسبة للخسارة³⁰.

ثانيا: المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك

تم تعريف المشاركة المتناقصة في المعيار رقم 12 لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البند رقم 1/5 ب³¹: "المشاركة المتناقصة عبارة عن شركة يتعهد فيها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجيا إلى أن يمتلك المشتري المشروع بكامله وإن هذه العملية تتكون من الشركة في أول الأمر، ثم البيع والشراء بين الشريكين، ولا بد أن تكون الشركة غير مشترط فيها البيع والشراء، وإنما يتعهد الشريك بذلك بوعده منفصل عن الشركة، وكذلك يقع البيع والشراء بعقد منفصل عن الشركة، ولا يجوز أن يشترط أحد العقدين في الآخر."

والملاحظ بأن هذه العملية، تسمى "مشاركة متناقصة"، عندما ينظر إليها من جهة البنك، على أساس أنه كلما استرجع دفعة من أصل التمويل، تقلصت بالمقابل نسبة مشاركته في المشروع، وتسمى "مشاركة منتهية بالتمليك" عندما ينظر إليها من جهة المتعامل لأنه كلما دفع قسطا من أصل التمويل زادت نسبة تملكه للمشروع، إلى أن يقتنيه نهائيا عندما ينتهي من سداد مستحقات البنك عليه.

المطلب الثالث: تمييز عقد المشاركة عما يشابهه من عقود التمويل في المصارف

الإسلامية

لاشك أن عقود التمويل في المصارف الإسلامية عديدة ومتنوعة، من خلال هذه الورقة البحثية سنقتصر الدراسة حول تمييز عقد التمويل بالمشاركة عن العقود المشابهة له أي تلك التي تتفق مع المشاركة من حيث كونها تضم مالا وعملا (وإن اختلفت أشكاله) من الأطراف، ويتم اقتسام الناتج عن المشروع حسب قاعدة "الغنم بالغرم".

أولا: التمييز بين عقد المشاركة وعقد المضاربة

قبل التمييز بين العقدين، لابد من تبيان مفهوم للمضاربة. إذ تمثل المضاربة اتفاقا بين طرفين يبذل أحدهما فيه المال (صاحب المال) ويبذل الآخر جهده ونشاطه في الاتجار والعمل بهذا المال (المضارب)، على أن يكون ربح ذلك بينهما على حسب ما يشترطان، وإذا لم تربح الشركة لم يكن لصاحب المال غير رأس ماله وضاع على المضارب جهده وكده، وذلك لأن الشركة بينهما في الربح، أما إذا خسرت الشركة فإنها تكون على صاحب المال وحده ولا يتحمل المضارب شيئا منها مقابل ضياع جهده وعمله، إذ ليس من العدل أن يضيع عليه جهده وعمله ثم يطالب في بمشاركة صاحب المال فيما ضاع من ماله مادام أن ذلك لم يكن عن تقصير أو إهمال³².

يتضح لنا وجود صلة وشبه كبير بين عقد المشاركة وعقد المضاربة، لدرجة أن البعض يعتبر المضاربة حالة خاصة من الشركات في الفقه الإسلامي كما سبق وأن بينا ووجه الشبه بينهما يتمثل في أن كلاهما عقد يتضمن التعاون بين العمل ورأس المال لتنمية الأخير، على أن يوزع ما يحققه من ربح بين أطرافه بالنسبة المتفق عليها، ومع التشابه الكبير بين العقدين، إلا أنه تظل هناك بعض الخصائص والفروق التي تميز كلا منها :

أ- من حيث رأس المال و العمل : في المشاركة يكون رأس المال والعمل من جميع الشركاء، بينما في المضاربة يكون رأس المال من طرف، والعمل من الطرف الآخر فالمشاركة أعم من المضاربة.

ب- من حيث التصرف: في المشاركة يحق لكل شريك -و إن لم يعمل- التصرف كاملاً في أمور الشركة أصالة عن نفسه، أو نيابة عن غيره من الشركاء، بينما في المضاربة فالتصرف الكامل يكون فقط من حق المضارب إلا إذا قيده رب المال ببعض الشروط.

ج- من حيث الربح و الخسارة : -بالنسبة للبرحيكون في المشاركة والمضاربة بحسب الاتفاق، حيث يقتسم الشركاء الربح المحقق بينهم، ويقتسم المضارب ورب المال الربح بينهما حسب النسب المتفق عليها مسبقاً.

أما بالنسبة للخسارة في المشاركة يتحمل الخسارة كل الشركاء حسب حصة كل منهما في رأس المال، أما في المضاربة فيتحمل رب المال خسارة المال بمفرده، ويخسر المضارب جهده وعمله³³.

ثانياً: التمييز بين عقد المشاركة و عقد المزارعة

يعتبر عقد المزارعة من عقود المشاركات التي تطبق في القطاع الزراعي، لكن الملاحظ هو عدم تطبيق هذا العقد بصورة كبيرة من طرف المصارف الإسلامية. وقبل التمييز بين العقدين، لا بد من تبيان مفهوم عقد المزارعة.

المزارعة هي دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل فيها والنتيجة بينهما وتحقق هذه الصيغة مصلحة الطرفين، صاحب الأرض والمزارع.

- فقد لا يقدر صاحب الأرض أو لا يرغب في زراعة أرضه والعمل عليها.

- وقد لا يجد العامل الزرع والأرض التي يحتاجها لممارسة قدراته وخبرته وتحقيق دخل له³⁴.

أ- أوجه الشبه بين عقد المشاركة وعقد المزارعة: حيث أن كلا العقدين منصب على تنمية المال بالعمل

- بالنسبة للربح : يكون في المشاركة والمزارعة بحسب الاتفاق، حيث يقتسم الشركاء الربح المحقق بينهم، ويقتسم المزارع وصاحب الأرض ناتج الأرض المزروعة بينهما حسب النسب المتفق عليها مسبقاً.

- بالنسبة للخسارة: في المشاركة يتحمل الخسارة كل الشركاء حسب حصة كل منهم في رأس المال، وكذلك في المزارعة فيتحمل مالك الأرض خسارة منفعة أرضه ويتحمل المزارع خسارة جهده وعمله.

ب- ولكن هناك فروق جوهرية تتمثل في :

- من حيث رأس المال :فرأس المال في عقود المشاركة عبارة عن نقود سائلة إما نقدية أو عينية وإذا كانت عينية يتم تقدير قيمتها بالنقود، أما في عقد المزارعة فرأس مال المزارعة هو قطعة أرض وبذور للزراع ومجهود المزارع.

- من حيث أطراف العقد : في عقد المشاركة نجد المصرف الممول والشريك المستثمر، أما في عقد المزارعة فهناك مزارع ومالك الأرض (قد يكون المصرف أو شخص آخر).

- من حيث التصرف : يحق لكل طرف في عقد المشاركة وإن لم يعمل التصرف كاملاً في أمور الشركة أصالة عن نفسه، أو نيابة عن غيره من الشركاء، بينما في عقد المزارعة الإدارة محصورة بالطرف العامل (المزارع)³⁵.

ثالثاً : التمييز بين عقد المشاركة وعقد المساقاة

دائماً في مجال تمويل القطاع الزراعي، نجد الشريعة الإسلامية قد اهتمت في باب المعاملات بالعقود الخاصة بهذا القطاع الهام، وبالتالي فعقد المساقاة يعتبر من العقود الخاصة بالقطاع الزراعي³⁶. وقبل التمييز بين العقدين، لابد أولاً من إعطاء مفهوم عقد المساقاة.

المساقاة : معاهدة على دفع الأشجار إلى من يصلحها، بنصيب شائع معلوم من الأشجار. وسميت بذلك لأن أهم الأعمال التي تصلح بها الأشجار هي السقي. قال ابن قدامة : "هي مفاعلة من السقي، وسميت مساقاة لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم إلى السقي، لأنهم يستقون من الآبار."

و تسمى أيضا -المعاملة- و بعضهم يسميها - المعاملة في الثمار -.

أ- أوجه الشبه بين عقد المشاركة وعقد المساقاة : حيث أن كلا العقدين منصب على تنمية المال بالعمل

- بالنسبة للربح: يكون في المشاركة والمزاولة بحسب الاتفاق، حيث يقتسم الشركاء الربح المحقق بينهم، ويقتسم الساقى وصاحب الأشجار الثمر الناتج بينهما حسب النسب المتفق عليها مسبقا.

- بالنسبة للخسارة: في المشاركة يتحمل الخسارة كل الشركاء حسب حصة كل منهم في رأس المال، وأما في المساقاة فيتحمل مالك الأشجار خسارة منفعة شجره و يتحمل الساقى خسارة جهده وعمله.

ب- ولكن هناك فروق جوهرية تتمثل في :

- من حيث رأس المال : فرأس المال في عقود المشاركة عبارة عن نقود سائلة إما نقدية أو عينية وإذا كانت عينية يتم تقدير قيمتها بالنقود، أما في عقد المساقاة فرأس مال المساقاة هو الأشجار المثمرة ومجهود الساقى.

- من حيث أطراف العقد : في عقد المشاركة نجد المصرف الممول والشريك المستثمر أما في عقد المساقاة فهناك صاحب الأشجار والساقى.

- من حيث التصرف: يحق لكل طرف في عقد المشاركة وإن لم يعمل التصرف كاملاً في أمور الشركة أصالة عن نفسه، أو نيابة عن غيره من الشركاء، بينما في عقد المساقاة الإدارة محصورة بالطرف العامل (الساقى)³⁷.

المحور الثاني: التطبيق المصرفي لعقد المشاركة

يتم التمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية وفق سلسلة من الخطوات أو المراحل المتتالية والتي تختلف تفصيلاً أو إجمالاً من مصرف إلى آخر، ويمكن تلخيص المراحل الأساسية للتمويل إلى مايلي:

يقوم العميل المستثمر بتنفيذ عقد المشاركة وذلك بتفويض من البنك، ومن أجل ضمان عدم التعدي يقدم العميل ضمانات للمصرف الإسلامي ليؤكد حسن نيته في المشاركة ولكن قبل كل هذا لا بد من مفاوضات عقدية بين الطرفين من أجل تحديد حقوق والتزامات كل طرف بالإضافة للاتفاق على المشروع الممول وطريقة المشاركة.

أولاً: المفاوضات العقدية في عقد المشاركة

تعتبر مرحلة المفاوضات العقدية مرحلة أساسية لتكوين عقد المشاركة، كما أنها حجر الزاوية لتجسيد هذا العقد حيث أن هذه المرحلة ليست فقط إطاراً للتعارف بين أعضاء العقد، بقدر ما هي مرحلة لوضع الأسس الموضوعية والشكلية لإبرام عقد المشاركة.

من خلال هذه المرحلة يقدم مقترح المشروع على استمارة خاصة يقدمها البنك للعميل تتضمن معلومات عن المشروع ودراسة جدوى اقتصادية وفنية ومالية للمشروع ويجب أن ترفق بمجموعة من البيانات اللازمة لعملية الاستثمار بالمشاركة.

كما يقدم العميل مختلف المستندات الضرورية والقانونية الدالة على الملكية. وعلى طالب التمويل أن يكون على علم بجميع مبادئ المشاركة (عدم وجود ربا).

وخلال هذه المرحلة، تقوم مديرية المخاطر والائتمان بدراسة المخاطر المتعلقة بالمشروع موضوع المشاركة، وفي حالة موافقتها على العقد تحيل الملف إلى لجنة التمويل التي تصدر قرار إما بقبول الملف أو رفضه.

في حالة الرفض ينتهي الأمر أما في حالة القبول فيتم التوقيع على عقد أولي يوافق على استكمال دراسة المشروع وينص فيه على أن المصاريف التي ستصرف في دراسة الجدوى الأولية يتحملها البنك الإسلامي مع العميل مناصفة، كما ينص فيه على أن البنك غير مجبر على متابعة المشروع إذا ظهرت نتائج دراسة الجدوى الأولية غير مشجعة³⁸.

كما يتم خلال مرحلة المفاوضات الاتفاق بين المصرف الإسلامي والعميل على الأسلوب المناسب للمشاركة، واتخاذ قرار بالتمويل، وهنا يتم تحديد نصيب كل طرف في المشاركة في رأس المال، بالإضافة إلى تحديد إدارة مشروع المشاركة.

ثم يتم التوقيع على العقد، وفي العادة يقدم طالب التمويل ضمانات تحسباً لعمليات التعدي والتقصير، كما يتم فتح حساب يتعلق بالمشروع، ويقدم المصرف التمويل حسب التعليمات المحددة في العقد.

ثانيا: حقوق والتزامات الأطراف في عقد المشاركة

سنعرض لحقوق والتزامات المصرف الإسلامي، وطبعا التزامات المصرف هي حقوق للمستثمر.

أ- حقوق و التزامات المصرف

1- حقوق المصرف الإسلامي في عقد المشاركة : سنحاول التعرض لأهم حقوق

المصرف الإسلامي في عقد المشاركة³⁹

- الحق في الحصول على ضمانات : طبقا للقاعدة أن "كل تمويل يقابله ضمان" فإن للمصرف الإسلامي حق الاستفادة من كل الضمانات بمختلف أنواعها وهذا ما سبق التطرق إليه.

- الحق في التنفيذ على الضمانات : يعد الضمان المادي الذي يقدمه العميل من أهم العوامل المؤثرة على اتخاذ القرار الائتماني ولا يلجأ إلى تسهيل الضمان في عقد المشاركة إلا في حالة التعدي أو التقصير من طرف الشريك المستثمر. حيث يقوم البنك بمصادرة الضمانات وتسييلها سواء بالبيع أو بالتصفية.

- حق الامتياز : إن البنك في نظر القانون دائن ممتاز وانطلاقا من ذلك فله حق الأولوية وحق التتبع في استيفاء كل الديون المتعلقة بعقد المشاركة.

- حق المطالبة بالمستندات والوثائق : يحق للمصرف الإسلامي الإطلاع على جميع مستندات والوثائق المتعلقة بالمشاركة، بالإضافة جدول الاستغلال التقديري أو النهائي المعد في إطار هذه المشاركة المعبر عن النتائج الحقيقية وليس الصورية، لأن الواقع أثبت أن المستفيد من التمويل (خاصة المستثمرين الذين ينقصهم الوازع الديني) يقدم مستندات - فواتير - مزيفة تنبئ بخسائر فادحة حتى يحرم البنك من حقه في الأرباح.

- حق البنك في الرقابة : يحق للمصرف أن يجري رقابة تفتيش، معاينة في عين المكان أو على المستندات الخاصة بالعمليّة أو العمليات محل هذه المشاركة، وعلى المستثمر أن يسهل مهمة البنك ويقدم له أي مستند أو معلومة لها علاقة بالعمليات المشار إليها. وإذا ثبت للبنك وقوع مخالفات من طرف المستفيد من التمويل فله كامل الحرية في اتخاذ التدابير التي يراها مناسبة، كل

ذلك لتفادي كل اختلال في منح الترخيصات بالتمويل وعلى تعبئات التمويل دون ترخيص من لجنة التمويل، وعلى عدم احترام شروط وضع التمويلات.

- **الحق في استرداد المال مع الأرباح :** إن الربح هو المحور الرئيسي الذي يتعامل البنك من أجله باعتباره تاجرا فهدفه الوحيد هو تحقيق الأرباح دون الفوائد إلى جانب استرداده رأسماله الممول به، من أجل ذلك على المستفيد من التمويل الالتزام بالنزاهة في تقديم الأرباح حتى يتقاسمها مع البنك.

2- التزامات المصرف الإسلامي في عقد المشاركة: تختلف هذه الالتزامات باختلاف ما

تم الاتفاق عليه في العقد و سنحاول التعرض لأهمها⁴⁰

- **إعداد حساب الاستغلال التقديري:** إذ أن البنك بعد دراسته لطلب التمويل المحتوي على كل البيانات والمعطيات الخاصة بالمشروع يقوم على مستوى إدارته بإعداد حساب الاستغلال التقديري للمشروع المراد تمويله.

- **تقديم الرأسمال اللازم:** يلتزم المصرف بتقديم رأس المال اللازم لبناء المشروع ولإقامة الإنشاءات الواردة في المخططات الهندسية، و الذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين.

- **الالتزام بشراء محل المشاركة:** إذا كان المعقود عليه منقولا، فإن المصرف يلتزم بشراء محل المشاركة كالسيارة مثلا.

- **الالتزام بحقوق المستثمر:** يلتزم المصرف بحقوق الشريك الآخر، المشار إليها في عقد المشاركة.

- **الالتزام بنقل الملكية :** في عقد المشاركة المنتهية بالتملك يلتزم المصرف الإسلامي بالتنازل على حصته في المشاركة دفعة واحدة أو على دفعات حسب الشروط المتفق عليها مسبقا.

- **الالتزام بإعانة المستثمر :** ويعتبر هذا الالتزام بمثابة تدخل جزئي من المصرف في تسيير المشاركة، ويتفرع هذا الالتزام إلى نوعين من الالتزامات :

● **التزام أول:** يتمثل في واجب إعلام المستثمر بكل الظروف والتطورات التي تحيط بالعمل موضوع المشاركة والتي تكون معروفة لدى المصرف.

● **التزام ثان :** يتمثل في تقديم معلومة للمستثمر ويشترط في هذا الالتزام ما يلي :

- أن تكون المعلومة في حيازة المصرف .
 - أن تفيد المعلومة مشروع المشاركة .
 - أن تساهم المعلومة في تفادي الخسائر المحتملة لمشروع المشاركة .
- وتتأرجح قوة المعلومة حسب طبيعتها حيث نجد أنها أكثر بروز في المعلومات الفنية أكثر منها في المعلومات العادية.

وعموما فهذا الالتزام هو من قبيل الالتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، لأن تسيير المشاركة يفوض عادة للمستثمر.

خاتمة

يساهم التمويل بعقد المشاركة في تنشيط الاستثمار وذلك من خلال توفير المناخ الاستثماري الشرعي القائم على فكرة الكسب الحلال، ولكن وبالرغم من الأهمية الكبيرة له⁴¹ في المجال المصرفي إلا أننا نجد أنه مهمشا من الناحية العملية من قبل أغلبية المصارف الإسلامية التي تميل إلى عقود المراجحة ذات الربح السريع والمضمون أكثر من عقود المشاركة المحاطة بالمخاطر. و لعل سبب ذلك يرجع إلى عدم تقنين هذا العقد المحفوف بالمخاطر، بالإضافة إلى عدم وجود حوافز تشريعية مثل الإعفاءات الضريبية، لذلك نقترح تنظيم هذا العقد قانونيا، بالإضافة إلى تقديم تحفيزات تشريعية و ضريبية له، و في انتظار صدور قانون ينظم عمل المصارف الإسلامية، نقترح على البنك المركزي الأخذ بعين الاعتبار خصوصية العمل المصرفي الإسلامي.

الاحالات والمراجع

- ¹ - من الآية 275 من سورة البقرة.
- ² - أنظر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي 10 (2/10) بشأن التعامل المصرفي بالفوائد وحكم التعامل بالمصارف الإسلامية. المصدر : موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي : <http://www.fiqhacademy.org>.
- ³ - المصارف التقليدية هي المصارف التجارية العادية التي تعمل على أساس القرض بفائدة، و سنصطلح عليها في هذه الدراسة تسمية المصارف التقليدية و ذلك من أجل تمييزها عن المصارف الإسلامية.
- ⁴ - و هي قاعدة تقرر العدل في المعاملات، إذ لا يجوز أن يضمن طرفا ما لنفسه مغرما (ربحا) و يلقي الغرم (الخسارة) على عاتق غيره، ففي الحياة الاقتصادية لا يستساغ أن يعيش الأفراد على عوائد مدخراتهم دون أن يخطروا باستثمارها و دون أن يقوموا ببذل أي مجهود، و إنما يستلزم الشرع أن يشارك الفرد في كلا الأمرين ربحا و خسارة، مغنما و مغرما.
- ⁵ - زقاري آمال، " عقد المشاركة في المصارف الإسلامية"، رسالة ماجستير، تخصص : قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011، ص 03.
- ⁶ - وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي و أدلته"، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1985، الجزء الرابع، الفصل الخامس، ص 792.
- ⁷ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 792.
- ⁸ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 792.
- ⁹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 793.
- ¹⁰ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 793.
- ¹¹ - Muhammad Umer Chapra, "Vers un système monétaire juste: Analyse de la monnaie et de la politique bancaire et monétaire à la lumière des enseignements islamiques", Série de traduction de travaux en économie islamique, n°10, Institut Islamique de recherches et de formation, Banque Islamique de Développement, Djeddah, Arabie Saoudite, Première édition, 1417H(1997), p.93.
- ¹² - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.
- ¹³ - عدلت هذه المادة بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 مايو 1988، ج. ر. رقم 18 لسنة 1988، ص 750.
- ¹⁴ - للإطلاع على الخصائص العامة في عقد المشاركة، راجع : زقاري آمال، مرجع سابق، ص 14-19.

- 15 - يوسف القرضاوي، " فوائد البنوك هي الربا الحرام "، دار الصحوة للنشر، القاهرة الطبعة الثالثة 1994، ص 22.
- 16 - يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ص 33-34.
- 17 - عائشة المالقي الشرقاوي، "البنوك الإسلامية، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق"، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، 2000، ص 362-363.
- 18 - علاش أحمد و درواسي مسعود، " النشاط المصرفي بدون فوائد - أسلوب المشاركة نموذجاً - " بحث مقدم إلى الملتقى الدولي الثاني بعنوان : " الأزمة المالية الراهنة والبدايل المالية والمصرفية " المنعقد بالمركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، الجزائر، يومي 05 و 06 ماي 2009، ص 12.
- 19 - سامي ابراهيم السويلم، "الوساطة المالية في الاقتصاد الإسلامي"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، المجلد 10، الجزء الأول، 1418 هـ / 1998 م، ص 96.
- 20 - سورة البقرة، الآية 275.
- 21 - حسين حسين شحاتة، "المصارف الإسلامية بين الفكر والتطبيق"، سلسلة الفكر الاقتصادي الإسلامي، مكتبة التقوى - القاهرة - الطبعة الأولى 1427 هـ / 2006 م، ص 57-58.
- 22 - سورة البقرة، الآية 275.
- 23 - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، " المعايير الشرعية " - البحرين -، 2004، ص 205.
- 24 - عائشة المالقي الشرقاوي، مرجع سابق، ص 371.
- 25 - حسين حسين شحاتة، مرجع سابق، ص 68.
- 26 - عبد الرزاق رحيم جدي الهيقي، "المصارف الإسلامية بين النظرية و التطبيق"، دار أسامة، الأردن - عمان -، الطبعة الأولى، 1998، ص 496.
- 27 - حسين حسين شحاتة، مرجع سابق، ص 68.
- 28 - عائشة المالقي الشرقاوي، مرجع سابق، ص 372.
- 29 - زقاري آمال، مرجع سابق، ص 59.
- 30 - زقاري آمال، مرجع سابق، ص 60.
- 31 - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 220.
- 32 - عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، "الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية" المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، المملكة العربية السعودية، 2004، ص 158-159.
- 33 - زقاري آمال، مرجع سابق، ص 66، 67.
- 34 - زقاري آمال، مرجع سابق، ص 68.

- ³⁵ - زقاري آمال، مرجع سابق، ص 71.
- ³⁶ - من البنوك الإسلامية التي تهتم بالتمويل عن طريق عقد المساقاة نجد البنوك السودانية.
- ³⁷ - زقاري آمال، مرجع سابق، ص 74، 75.
- ³⁸ - زقاري آمال، مرجع سابق، ص 110-112.
- ³⁹ - معلومات مستنتجة مباشرة من مجموعة من عقود المشاركة.
- ⁴⁰ - معلومات مستنتجة مباشرة من مجموعة من عقود المشاركة .
- ⁴¹ - أنظر مستجدات الصناعة المالية الإسلامية، نشرة دورية متخصصة، مركز الرصد والتواصل المالي الإسلامي، المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، العدد الأول، سبتمبر 2009 : حيث تم رصد المقترحات التي قدمها الباحثون المتخصصون في الاقتصاد الإسلامي والتي تمثل وصفات علاجية للنظام القائم ومحاولات تطويرية للمنظومة الحالية للتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الاقتصاد.
- فقد جاء من بين اقتراحات أغلب الباحثين من خلال هذا الرصد، ضرورة اللجوء إلى عقود المشاركة.