جامعة كربلاء

كلية القانون

الفرع الخاص

المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية

"دراسة قانونية مقارنة"

رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ــ جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

كتبت بواسطة الطالب

محمد حسين علي

بإشراف

أ م د. رحيم عبيد عطيه الاسدي

2024 م 1445 هـ

﴿ .... وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا .... ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة جزء من الآية (٢٧٥)

إقرار المشرف

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـــ (**المشـــاركة التمويـلـية المتناقصة في المصارف الاسلامية** - دراسة قانونية مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (**محمد حسين علي**)إلى مجلس كلية القانون- جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل شهادة الماجسـتير في القانون الخاص، وقد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة..مع التقدير ...

التوقيع:

الأسم : أ.م.د. رحيم عبيد عطيه

الاختصاص : القانون التجاري

جامعة كربلاء - كلية القانون

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

بسم الله الرحمن الرحيم

(اقرار الخبير اللغوي)

أشهد أن رسالة الماجستير الموسومة بـ (المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية ـ دراسة مقارنة) للطالب (محمد حسين علي سلمان) تمت مراجعتها لغوياً، وتصويب ما ورد فيها من أخطاء نحوية وإملائية وأسلوبية مما جعل الرسالة مؤهلة للمناقشة العلمية.

٢٠٠٢/١١/٩

التوقيع

أ.م. د صفاء حسين لطيف

جامعة كربلاء ـ كلية العلوم الإسلامية ـ قسم اللغة العربية

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (محمد حسين علي) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( ).

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. اشراق صباح صاحب

(رئيساً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. باسم محمد خضير

(عضواً)

التاريخ: ٢/ ٢/ 2024

التوقيع:

الاسم:.أ.م.د. عقيل كريم زغير

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. رحيم عبيد عطيه

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2024

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. باسم خليل نايل السعيدي

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2024

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الإهداء

إلى من شرفني بحمل اسمه، والدي رحمه الله تعالى.....

من بذل الغالي والنفيس في سبيل وصولي لدرجة علمية عالية

ورحل قبل أن يرى ثمرة غرسه.....

إلى نور عيني وضوء دربي ومهجة حياتي أ مي ثم أمي ثم أمي... من كانت دعواتها وكلماتها رفيق الألق والتفوق....

إلى السند والعضد والساعد إخواني وأخواتي أزف لكم الإهداء حياء ورفعة وكرامة

إلى كل من علمني حرفاً إلى كل من ساندني ولو بابتسامة

اهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وامتنان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد المبعوث للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

لا يسع فضاء الكلمات لتقديم شكري وامتناني الى أستاذي المشرف الدكتور (رحيم عبيد عطيه الأسدي) الذي غمرني بفيض نصائحه وإرشاداته، فكان بمثابة السراج الوهاج الذي أنار لي درب البحث والذي لم يبخل عليّ بعلم أو مساعدة.... فأسأل الله أن يوفقه ويسدد خطاه

كما أتقدم بفائق الشكر والامتنان إلى الملاك التدريسي في جامعة كربلاء كلية القانون لما يتحلون به من اخلاق طيبة وروح تعاونية عالية وعلمية رصينة فكان لهم بالغ الأثر برفدي بوافر من المعلومات خلال رحلتي الجامعية فجزاهم الله خير الجزاء.

كما أود أن أشكر كل من مد لي يد العون والمساعدة وساهم في ظهور رسالتي إلى حيز الوجود وفي مقدمتهم موظفي مكتبة كلية القانون في جامعة كربلاء .

الباحث

فهرست المحتو

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	**1 – 7**
الفصل الأول : مفهوم المشاركة التمويلية المتناقصة	**9 - 71**
المبحث الأول: ماهية المشاركة التمويلية المتناقصة	**10 - 39**
المطلب الأول : التعريف بالمشاركة التمويلية المتناقصة	11 - 25
الفرع الأول : تعريف المشاركة التمويلية المتناقصة	12 - 19
الفرع الثاني : خصائص المشاركة التمويلية المتناقصة	20 - 25
المطلب الثاني : صور وشروط المشاركة التمويلية المتناقصة	26 - 39
الفرع الاول : صور المشاركة التمويلية المتناقصة	27 - 31
الفرع الثاني : شروط المشاركة التمويلية المتناقصة	32 - 39
المبحث الثاني : تكوين المشاركة التمويلية المتناقصة وتكييفها القانوني	40 - 71
المطلب الاول :تكوين المشاركة التمويلية المتناقصة	41 - 56
الفرع الاول: اطراف المشاركة التمويلية المتناقصة	42 - 47
الفرع الثاني :اركان المشاركة التمويلية المتناقصة	48 - 56
المطلب الثاني : التكييف القانوني للمشاركة التمويلية المتناقصة وتميزها عما يشتبه بها	57-71
الفرع الاول : الطبيعة القانونية للمشاركة التمويلية المتناقصة	58 -66
الفرع الثاني : تمييز المشاركة التمويلية المتناقصة عما يشتبه بها	67- 71

الفصل الثاني : احكام المشاركة التمويلية المتناقصة	**72** - 120
المبحث الاول : اثار المشاركة التمويلية المتناقصة	74- 98
المطلب الاول : آثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الحقوق والتزامات	75- 84
الفرع الاول : حقوق المصرف الاسلامي	76- 79
الفرع الثاني : التزامات المصرف الاسلامي	80- 84
المطلب الثاني : اثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الادارة والربح والخسارة	85- 98
الفرع الاول : اثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الادارة	86- 92
الفرع الثاني : اثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الربح والخسارة	92 - 98
المبحث الثاني : انتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة وتطبيقاتها	99 - 120
المطلب الاول : انتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة	100 - 109
الفرع الاول : الانتهاء الطبيعي للمشاركة التمويلية المتناقصة	101 - 105
الفرع الثاني : الانتهاء غير الطبيعي للمشاركة التمويلية المتناقصة	105 - 109
المطلب الثاني : تطبيقات المصارف الاسلامية للمشاركة التمويلية المتناقصة	110 - 122
الفرع الاول : تطبيق المصرف الاسلامي الأردني للمشاركة التمويلية المتناقصة	111 - 116
الفرع الثاني : تطبيق مصرف الراجحي الاسلامي للمشاركة التمويلية المتناقصة	117 - 120
الخاتمة	121- 124
المصادر	125 – 135
Abstract	i - ii

المستخلص

تعد المشاركة التمويلية المتناقصة من العقود الحديثة المركبة التي وسايرت الواقع ليعبر عن التعاون المتنامي بين جهات مختلفة ويحقق مصالح ربما تعجز العقود التقليدية عن تحقيقه، أذ ان المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية هو أسلوب تمويلي يقوم على أساس تقديم المصرف الإسلامي التمويل الذي يطلبه المتعامل معه (الشريك) في مشروع ذي دخل متوقع وذلك على أساس أتفاق يحصل المصرف بموجبه على حصة من صافي الدخل مع حقه في الاحتفاظ بالجزء المتبقي او اي قدر منه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد اصل ما قدمه المصرف من تمويل .

أن المنظومة القانونية العراقية أمام نقص تشريعي بشأن اليات العمل في بالمشاركة وما يتعلق بها، لكن هذا الأمر لا يكفى أذ أن الموضوع بحاجة إلى دراسة معمقة من جوانب عديدة لكونه يثير إشكاليات فرعية أخرى ومنها مدى فعالية النصوص القانونية الموجودة في اطار المنظومة التشريعية العراقية ودورها في تغطية احكام المشاركة؛ إذ إن معالجة موضوع مهم ومعقد يحتاج إلى تنظيم قانوني خاص به .

وفي الخاتمة توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات وأهمها عدم وجود تنظيم قانوني خاص بالمشاركة التمويلية المتناقصة في التشريع العراقي وأنما إشارة بسيطة للمشاركة ِيعّدها وسيلة جذب الأموال وإن المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية من العقود الحديثة النشأة استحدثته المصارف الإسلامية ليكون بديلاً عن عقد القرض بفائدة من خلال الجمع بين عناصر أكثر من عقد لتكوين منظومة عقدية مترابطة لا تقبل التفكيك والتجزئة فهو من العقود المركبة، واقترحنا على المشرع تعريف للمشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية وهو اتفاق يقوم على أساس تقديم المصرف التمويل الذي يطلبه المتعامل معه ويشاركه في الناتج المتوقع الحصول عليه من المشروع على أن يسترد المصرف حصته على شكل أقساط من حصة الشريك مع تناقص حصة المصرف من الربح في المشروع عند خصم ما يستحق.

المقدمة

اولا / موضوع الدراسة

بدأ عمل المصارف الإسلامية بصورته المؤسساتية في أواسط القرن الماضي، ثم انتشر واتسع نطاقه بحيث أصبح يزاول في معظم البلدان وفي بعض المجتمعات غير الإسلامية أيضا لذلك تشهد الساحة المصرفية المحلية والإقليمية تطوراً هائلا في تقدم العمليات المصرفية الإسلامية سواء على شكل انشاء مصارف إسلامية جديدة، أو تحويل مصارف تقليديـة إلـى مصارف إسلامية، أو على شكل فتح فروع إسلامية لمصارف تقليدية، بالإضافة إلى وجود مصارف اسلامية إسلامية قائمة بالفعل، كما وان هناك مؤسسات مالية دولية تقوم بالعمليات المصرفية الإسلامية.

تعد المشاركة التمويلية المتناقصة من العقود الحديثة المركبة التي سبقت التشريع وسايرت الواقع ليعبر عن التعاون المتنامي بين جهات مختلفة ويحقق مصالح ربما تعجز العقود التقليدية عن تحقيقها، أذ ان المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية هو أسلوب تمويلي يقوم على أساس تقديم المصرف الإسلامي التمويل الذي يطلبه المتعامل معه (الشريك) في مشروع ذي دخل متوقع على أساس أتفاق يحصل المصرف بموجبه على حصة من صافي الدخل مع حقه في الاحتفاظ بالجزء المتبقي أو اي قدر منه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد اصل ما قدمه المصرف من تمويل، وهذا الأسلوب يختلف عن المشاركة المنتهية بالتمليك كذلك المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك والتي هي اتفاق بين طرفين أو اكثر على اساس اشتراكهما في راس مال معلوم تنتقل بمقتضاه حصة احدهما الى الاخر أما تدريجيا أو دفعة واحدة .

ولفظ المشاركة المتناقصة يشير إلى الجهة المشاركة بجزء أو كل رأس المال وهي الجهة التي ستخرج من المشروع أذ إن مشاركتها تتناقص كلما استردت جزءا من رأس مالها المقدم.

عليه ان المشاركة المنتهية بالتمليك تختلف عن المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية أذ ان المصرف الاسلامي يمول المشروع ثم يسترد حصته من الاموال بنسبة معينه مضافاً اليها نسبة من الارباح التي تم الاتفاق عليها مع الشريك الآخر، وهذا ما وضحته المادة (2) من قانون البنوك الاردني (رقم 13لسنة 1978) "المشاركة المتناقصة دخول البنك بصفة شريك ممول كليا أو جزئيا في مشروع ذي دخل متوقع وذلك على أساس الاتفاق مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلا مع حقه بالاحتفاظ

بالجزء المتبقي أو أي قدر منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصا لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل".

ومن هنا فان الموضوع ينظر اليه من زاوية المصرف الاسلامي وليس من زاوية الشريك .

لقد نظمت الشريعة الإسلامية ملكية المال ونظمت وسائل كسبه وأساليب وصيغ تنميته واستثماره بما يكفل تحقيق التنمية بتظافر عناصر الإنتاج وتعاونها إلى جانب مراعاة الجانب الاخلاقي الذي يراعى فيه مصلحة المجتمع مع المصلحة الذاتية وهوما يؤدي إلى قيام النشاط الاقتصادي العادل الذي يغطي سائر جوانب احتياجات الأفراد والجماعات والمؤسسات والحكومة، ويوفر نظام المشاركة صيغة متنوعة ومتعددة لطبيعته الخاصة وأهميته التي لا تستغني عنها حركة الحياة الاقتصادية وأحكامه المميزة وهي في الأصل عقود معروفة في الفكر الإسلامي جرى تكييفها وتطويرها لكي تتلاءم مع أغراض وطبيعة حركة الحياة الاقتصادية وتحقق التطور وتتنوع في اطارة نتائج العملية الاستثمارية بشكل عادل على الأطراف المشاركة وتعمل على صياغة الحقوق بينها وبين ما يثير النزاعات والخصومات التي تؤثر سلبا على الحياة الاقتصادية.

ولما كانت المشاركات من أهم سبل التنمية والمشاركة المتناقصة أحداها باعتبارها اداة مهمه من أدوات التمويل والتنمية، لذا سوف نقوم بدراسة هذه النوع من المشاركة، و بيان وتوضيح حقيقة وماهية المشاركة المتناقصة التي تجريها المصارف الإسلامية، ومن ثم التوصل إلى أحكام هذه المشاركة، وما يترتب عليها من آثار اقتصادية على المجتمع، وللوصول إلى هذا الهدف كان لابد من وصفها المحدد تبعا لمفهومها وشروطها، وصورها وأنواعها .

ثانياً / اهمية الدراسة

تكمن أهمية هذا الدراسة في كونها تنصب على دارسة أحد أهم المواضيع الاقتصادية التي يزداد التركيز عليها والعمل على تطويرها واثراء محتواها، محاولة منا لإبراز أهمية المصارف الإسلامية باعتبارها أنجع طريقة للمعاملات المصرفية فهذا البحث يُعد محاولةٌ يمكن أن يستفيد منها أو من بعض فصولها كل باحث في المجال القانوني والاقتصادي والمهتمين بهذا الموضوع، كما إن للمشاركة المتناقصة أهمية كبيرة إذ نشأ في أحضان المصارف الإسلامية كوسيلة لاستثمار أموالها وتلبية حاجة العملاء التمويلية عن طريق تمكينهم من الحصول على الآلات والمعدات الإنتاجية ومساعدة ذوي الدخل المحدود في بناء

المساكن وإقامة المشاريع مما يؤدي إلى توسيع قاعدة الملكية ويعزز التعاون بين رأس المال وخبرة العمل لمضاعفة الطاقة الانتاجية، والمشاركة المتناقصة تؤدي إلى تصحيح المسار الاقتصادي في المجتمع بتطوير أسلوب المشاركة الإيجابي عوضا عن علاقة المديونية السلبية.

وعلى الرغم من المزايا المتقدمة التي تحققها المشاركة المتناقصة إنها لم تحظ بتنظيم قانوني خاص بها وإنما أشارة فقط الى المشاركة وهذا ما دفعنا إلى البحث في هذا الموضوع لتسليط الضوء عليه لعل ذلك يسترعي انتباه المشرع العراقي للنص على أحكامه ومن ثم يكون للمشاركة المتناقصة دورها الفعال في الحياة العملية.

ثالثاً / هدف الدراسة

تهدف هذه الدراسة الى بيان احكام المشاركة القانونية والقصور التشريعي واقتراح نظام تشريعي يعطي احكام المشاركة التمويلية المتناقصة كونها تعمل على ترشيد الأموال العامة والخاصة وتبني اقتصاداً يرتكز على القدرات الذاتية للمجتمع، وتحقق العدل بين الجانبين في تحمل المخاطر واقتسام الأرباح، وتنتفي في ظله سعر الفائدة الثابتة والمضمونة، وبه يتوصل إلى استراتيجية شاملة للخروج من الأزمة الاقتصادية الحالية.

كما أن اخضاع صيغ التمويل بالمشاركة المتناقصة للدراسة يساعد في تطوير العمل المصرفي الإسلامي، إن المصارف الإسلامية بحاجة اليوم إلى خليط من الصيغ التمويلية، وخاصة تلك التي تقوم على أسلوب المشاركات، والتي لها المرونة الكافية للاستجابة لكافة المتطلبات التي تفرضها المتغيرات، حيث تهدف هذه الدراسة لإيجاد الإطار القانوني للمشاركة التمويلية المتناقصة .

رابعاً / اشكاليه الدراسة

تتمثل الإشكالية الرئيسة لموضوع البحث بعدم وجود تنظيم قانوني خاص بالمشاركة التمويلية المتناقصة في القانون العراقي (قانون المصارف الإسلامية) رقم (43) لسنة (2015)، أذ أن الموضوع بحاجة إلى دراسة معمقة من جوانب عديدة لكونه يثير إشكاليات فرعية أخرى ومنها

مدى فعالية النصوص القانونية الموجودة في اطار المنظومة التشريعية العراقية ودورها في تغطية احكام المشاركة؛ إذ إن معالجة موضوع مهم ومعقد يحتاج الى تنظيم قانوني خاص به.

والتمويل بالمشاركة المتناقصة هو أسلوب مهم في ظل صعوبة التمويل الموجهة، إن معالجة هذا الموضوع يدفعنا إلى البحث والإجابة عن كل التساؤلات التي تبرز لنا أثناء الدراسة ولعل أهم هذه الأسئلة هي كالآتي :

1ـ ما المقصود بالمشاركة التمويلية المتناقصة ؟

2ـ ماهي صور وشروط المشاركة التمويلية المتناقصة ؟

3ـ ما هو تكييف المشاركة التمويلية المتناقصة ؟

4ـ ماهي احكام المشاركة التمويلية المتناقصة ؟

خامساً / منهجية الدراسة

سنتبع في دراسة هذا الموضوع الموسوم بـ (المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية) المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية الإسلامية التي تكون لها صلة بموضوع البحث لأثراء الجانب العملي .

وكذلك للجانب التطبيقي نصيب في هذا البحث اذ لم نقتصر على الجانب النظري من النصوص التشريعية والآراء الفقهية وذلك من خلال الاشارة الى بعض عقود المشاركة التي شهدها الواقع العملي لغرض كشف مواطن الضعف مع محاولة الوصول الى افضل الحلول القانونية ومعالجتها وان هذا المنهج الذي يصلح لتقرير الوقائع والحقائق النظرية و الواقعية، لا ينبغي ان تغيب فيه المقارنة بالقانون الأردني .

سادساً /الدراسات السابقة

1- (سرى محمد هوبي مهدي)، بعنوان: عقد المشاركة المنتهية بالتمليك.

توصلت الباحثة بان عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من العقود حديثه النشأة استحدثته المصارف الاسلامية ليكون بديلاً عن عقد القرض بفائدة من خلال الجمع بين عناصر اكثر من عقد لتكوين منظومة عقدية مترابطة لا تقبل التفكيك والتجزئة فهو من العقود المركبة.

2- (علي السرطاوي)، بعنوان: التمويل بصيغة المشاركة المتناقصة تكيفها واثارها.

توصل الباحث بإن مفهوم الشركة والشراكة في الفقه الإسلامي مفهوم واسع ولا يقتصر على الصيغ التي وردت في مصادرنا الفقهية وقد يندرج تحت هذا المفهوم صيغ جديده والأصل أن تأخذ الأحكام التي تتفق مع طبيعتها والغرض التي أعدت من أجله ضمن الضوابط الشرعية التي تضبط الشركة والعقود و تعتبر أغلب شركات العقد حسب القوانين السارية شخصا حكميا بمجرد تكوينها وتسجيلها أي لها ذمة مالية مستقلة ويكون الشركاء لهم حصة في رأس مالها لا أعيانها والأصل أن رأس المال شرعا وفي القوانين التجارية في الشركات غير قابل للإجارة بعكس الأعيان فهي قابله للتأجير وإن صيغة المشاركة المتناقصة بطبيعتها تقبل ان تكون شركة عقد وان تكون شركة ملك اختياريه وطبيعة العقد وقصد اطرافه هي التي تحدد ذلك ولكل صيغة منها ايجابيات وسلبيات تم التطرق إليها بالبحث وقصر هذه الصيغة على أحدهما قد يكون فيه تضيق على الصناعة المالية الإسلامية، إذ كيفت المشاركة المتناقصة على أي من الشركتين وجب أن تبنى أحكامها واثارها على الشركة التي كيفت عليها والافضل لصيغ التمويل الإسلامي أن تنتقل بها من المعيرة إلى التقنين حتى تكون لكل صيغة أحكامها الخاصة التي تتلائم مع طبيعتها والغرض التي أنشأت من أجله.

ما يميز الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة

تبين من بعض الدراسات السابقة التي تم عرضها أنها تختلف مع الدراسة الحالية في موضوع الدراسة وهدفها أذ تهدف الدراسة للتعريف بالمشاركة التمويلية المتناقصة وتكييفها وأحكامها ومدى معالجتها حسب التشريعات المحلية والمقارنة، فيما تناولت الدراسات السابقة المشاركة وتعّدها عقداً ينتهي بالتملك، وتناولت دراسة أخرى مدى التزام المصارف الإسلامية في تطبيق التمويل بصيغة المشاركة واقتراح آليات لتطوير التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية،

وأما الدراسة الأخيرة تناولت استكشاف دور نماذج المشاركة في الربح والخسارة ولتسهيل حصول المشاريع المتوسطة والصغيرة على تمويل.

سابعا /خطة الدراسة

استناداً إلى ما سبق من أهمية الموضوع وإشكالياته والمنهج المتبع؛ لذلك قسمنا الدراسة إلى فصلين، في الفصل الأول نتناول مفهوم المشاركة التمويلية المتناقصة، ونقسمه إلى مبحثين، في المبحث الأول نتناول فيه ماهية المشاركة التمويلية المتناقصة، وفي المبحث الثاني سنبين تكوين المشاركة التمويلية المتناقصة وتكييفها القانوني، في حين نكرس الفصل الثاني إلى أحكام المشاركة التمويلية المتناقصة ونقسمه إلى مبحثين، في المبحث الأول سنبين أثار المشاركة التمويلية المتناقصة، وستتناول في المبحث الثاني انتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة ثم نختم البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من أهم النتائج والتوصيات.

الفصل الأول

مفهوم المشاركة التمويلية المتناقصة

الفصل الاول

مفهوم المشاركة التمويلية المتناقصة

بدءاً ان مفهوم المشاركة التمويلية المتناقصة من المسائل المهمة التي ينبغي الاحاطة بها من أجل إيجاد صورة واضحة متكاملة أذ يعد هذا النوع من المشاركة من أهم المشاركات التي تستخدمها المصارف الإسلامية في توظيف أموالها، وهي التي يقوم المصرف بتقديم تمويل معين لطالب التمويل(الشريك)، ويكون لكل منهما حصة في رأس المال، ويُدار المشروع بحسب الاتفاق بين الطرفين على أسلوب الإدارة، وكيفية التمويل، ونصيب كل من الشريكين بنسبة الربح، وأن تكون المشاركة التمويلية المتناقصة في المشروع مؤقته تتمثل في مشاركة المصرف في المشروع بحسب حصة المصرف في رأس مال المشروع، وكثير ما يكون العمل وإدارة الشركة على عاتق المؤسس أو العميل الشريك مع قيام المصرف بحق الرقابة والمتابعة، وتعد المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية، من الصيغ الاساسية المجسدة لأهداف ومبادئ الاقتصاد الاسلامي وتحقيق العدالة بين طرفي المشاركة (المصرف وشريكه) .

عليه سنحدد مفهوم المشاركة التمويلية المتناقصة من خلال تعريف المشاركة التمويلية المتناقصة وبيان مزاياها وما يتميز به عن المعاملات الاخرى وتكوينه وتكييفه القانوني في مبحثين وكالاتي.

المبحث الاول :- ماهية المشاركة التمويلية المتناقصة

المبحث الثاني :- تكوين المشاركة التمويلية المتناقصة

المبحث الاول

ماهيه المشاركة التمويلية المتناقصة

يعد التمويل بالمشاركة المتناقصة هو من أساليب التمويل التي تقوم على أساس تقديم المصرف الإسلامي التمويل الذي يطلبه المتعامل معه دون اشتراط فائدة ثابتة كما هو الحال في القرض المصرفي التقليدي، وإنما يشارك المصرف العميل في الناتج المتوقع الحصول عليه للمشروع، ومن ثم يحصل على حصته شيئا فشيئا حتى يسترد ما قدمه المصرف من تمويل في ضوء قواعد وأسس توزيع متفق عليها.

والمشاركة التمويلية المتناقصة إحدى أهم صيغ الاستثمار في المصارف الإسلامية؛ لأنها تساعد هذه المصارف في تشغيل أموالها والحصول على معدلات عائد جيدة في ضوء المشاركة بنسب متساوية أو متفاوتة برأس مال في إنشاء مشروع معين أو المساهمة في مشروع قائم بحيث يصبح المصرف مشاركاً في رأس المال ويستحق الأرباح كما إن التمويل بالمشاركة يعمل على تشجيع الاستثمار في المشروعات الإنتاجية، ويساهم في خفض نفقات الإنتاج بسبب إلغاء الفائدة على رأس المال.

سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين وكالاتي:

المطلب الاول: التعريف بالمشاركة التمويلية المتناقصة.

المطلب الثاني: صور وشروط المشاركة التمويلية المتناقصة .

المطلب الاول

التعريف بالمشاركة التمويلية المتناقصة

المشاركة التمويلية المتناقصة هي اسلوب تمويلي يقوم على أساس تقديم المصرف الإسلامي جزءا من رأس المال الى العميل ليدخل شريكاً في المشروع على إن يحصل المصرف حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً أو قدر منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد اصل ما قدمه المصرف من تمويل.

إن المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية، هي ذات صبغة تنموية، اهتم بها الباحثون كصيغة اساسية لتعبئة واستخدام الموارد في المصارف الاسلامية، لذلك نسعى الى دراستها من اجل إن تكون ممثلا بأنظمة وقوانين تحكمها، ويمكن إن يكون التمويل بالمشاركة المتناقصة بالصورة التي تنفذها المصارف الإسلامية .

سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب ألى فرعين وكالاتي :

الفرع الاول: تعريف المشاركة التمويلية المتناقصة

الفرع الثاني : خصائص المشاركة التمويلية المتناقصة

الفرع الاول

تعريف المشاركة التمويلية المتناقصة

ان تعريف المشاركة التمويلية المتناقصة يتطلب منا تعريف كل مصطلح تعريفاً اصطلاحيا للتعرف على حقيقة ومضمونة من اجل تحديد تعريف للموضوع لذا سنحدد معنى كل من المشاركة من جانب والتمويل من جانب أخر وكذلك نحدد معنى المتناقص لذا سوف نقسم التعريف الى فقرتين نتناول فيه التعريف الاقتصادي والتعريف التشريعي.

اولاً: التعريف الاقتصادي.

المشاركة: هي تقديم البنك والشريك (العميل) المال بنسب متساوية أو متفاوتة من أجل إنشاء مشروع جديد أو المساهمة في مشروع قائم بحيث يصبح كل واحد منهما ممتلكا حصة بنسبة معلومة في رأس المال بصفة ثابتة أو متناقصة ويكون بموجبها مستحقًا للحقوق ومتحملا للالتزامات مع توقيع عقد بين الطرفين فيه كل الشروط والحقوق والواجبات[1].

وعرفت أيضا المشاركة: هي اسلوب تمويلي يقوم على تقديم البنك الإسلامي جزءاً من المال والعميل، فيصبح البنك والعميل عندئذ مالكين لرأس مال الشركة ويشتركا بالتالي في العائد ربحاً كان أو خسارة حسب النسبة المتفق عليها[2].

اما التمويل، هي كافة الاعمال التي يترتب عليها الحصول على النقد من جهات مختلفة واستثمارها في عمليات تساعد على تعظيم قيمة النقدية المتوقع الحصول عليها مستقبلا في ضوء النقدية المتاحة في الأستثمار والعائد المتوقع تحقيقه والمخاطر المحيطة بيه واتجاهات السوق المالي[3].

1- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الإسلامية، بلا ط، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2021، ص17.

2- ينظر- يوسف سعيد يوسف أبو سلميه، معوقات انتشار التمويل المصرفي الإسلامي بصيغة المشاركة في فلسطين ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية/ الجامعة الإسلامية، فلسطين،2048،ص25.

3-ينظر- د. محمد عثمان إسماعيل شبير، اساسيات التمويل الإداري واتخاذ قرارات الاستثمار، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1996، ص329.

وعرف التمويل ايضا: هو مجموع الاعمال والتصرفات التي تمدنا بوسائل الدفع في اي وقت تكون هنالك حاجة اليها ويمكن ان يكون هذه التمويل قصير الاجل أو متوسط الاجل أو طويل الاجل [1].

اما المتناقصة : فمأخوذة من نقص وهو الخسران في الحظ، هذا يعني ان النصيب يقل شيئا فشيئا في الشيء المتناقص[2].

ثانياً: التعريف القانوني.

بدءا عرفت المشاركة بتعريفات عديدة متفاوتة، لذا سوف نقوم بتقسيم التعريف القانوني الى تعريف فقهي وتشريعي لبيان ذلك.

1- التعريف الفقهي.

عرفت المشاركة المتناقصة "بأنها مشاركة يعطي المصرف فيها الحق للشريك في الحلول محله في الملكية دفعة واحدة؛ أو على دفعات وفق ما تقتضيه الشروط المتفق عليها، وطبيعة العملية، على اساس اجراء ترتيب منظم، لتجنب جزء من الدخل، قسطاً لسداد قيمة حصة المصرف[3].

وفسر اتجاه معين على إن هذه التعريف، هو عبارة عن شركة احد اطرافها المصرف ويشتركوا في رأس مال معين يشترط فيه المصرف ان يسترد حصته على شكل اقساط أو دفعة واحدة حسب ما تقتضيه الشروط المتفق عليها، فاذا كان الاسترداد على شكل اقساط تقل حصة المصرف في الشركة بالقدر الذي قبضها حتى يسترد المصرف ما قدمه من أموال في المشروع، عندئذ فان يقبض كامل ما اشترك به من راس المال، علاوة على تحقيق هامش ربح

1- ينظر- د. صلاح الدين حسن السيسي، القطاع المصرفي والاقتصادي الوطني، مكتبة الاسرة، القاهرة، 2003، ص25.

2- ينظر- د. طلبة إبراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، دار الكتب القانونية – دار شتتت للنشر والبرمجيات ، مصر 2022، ص187.

3-ينظر-د. محمد عثمان شبير ، للمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط1،دار النفائس ،الأردن، 1996 ، ص218 .

للمصرف باعتباره شريكاً ليتمكن بعدها من الخروج من المشروع، بعد تحقيق التفعيل الاقتصادي المنشود، والمرجو للأموال المستثمرة [1].

يؤخذ على هذا التعريف ورود لفظ المشاركة كان يجب لفظ المشاركة لا يرد في التعريف وكذلك ورود يعطي فيها المصرف الحق للشريك..." أن هذا الحق ممنوح من قبل المصرف منحه، وعطية منه وبالتالي له الحق في عدم إعطائه وتقديمه لأنه أشبه ما يكون عندها بالواهب فهو مخير بين الإعطاء أو المنع، وهذا على خلاف ماهية وحقيقة هذه المشاركة .

وعرفت المشاركة المتناقصة بانها " أشتراك طرفين أو أكثر في رأس مال[2]، شرط فيها أن يكون لأحد الأطراف شراء حصص الأطراف الأخرى على دفعات وكلما اشترى شيئاً من حصة غيره زادت أرباحه بنسبة ما اشتراه ونقصت حصة الأخر بنسبة ما باعه له حتى يشتري كامل حصة غيره في الشركة وعندئذ تخلص الشركة كلها له"[3].

يفهم من خلال هذا التعريف تحديد مضمون المشاركة المتناقصة دون سواها من المشاركات لأن هذه الصورة ليس الوحيدة وان كانت الأكثر شيوعاً وان شراء الشريك لحصص شركائه الآخرين.

ويؤخذ على هذه التعريف بانه لم يشير الى كيفية التمويل التي يقوم بها المصرف الذي من الممكن إن يكون طرف في المشاركة.

وعرفت المشاركة المتناقصة "بأنها شركة بين طرفين أو أكثر في مشروع ذي منفعة مادية، يتعهد فيها أحد الأطراف بشراء حصة البقية سواء كان الشراء من حصة الطرف المشتري في الدخل أم من موارد أخرى " [4] .

وفسر البعض هذا التعريف بانها عملية تتكون من الشركة في أول الأمر، ثم البيع والشراء بين الشريكين، ويجب ألا يشترط البيع والشراء في المشاركة، وإنما يتعهد الشريك بوعد

1- ينظر- د. وائل محمد عربيات، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المركز الرئيسي : عمان – وسط البلد قرب الجامع الحسيني- عمارة الحجيري، 2006، ص36.

2- ينظر- د. صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، الشركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية / جامعة اليرموك، 2000، ص36.

3- ينظر- قرار مجمع الفقه الإسلامي، المرقم 36، نقلا عن ، د. هشام احمد عبد الحي، المصارف الإسلامية، بلا ط، منشأة المعارف، الإسكندرية ،2010، ص392.

4- ينظر- نور الدين عبد الكريم الكواملة ، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ، 2008، ص36.

منفصل عن الشركة، وكذلك يقع البيع والشراء بعقد منفصل عن الشركة، ولا يجوز أن يشرط أحد العقدين في الآخر[1].

ويؤخذ على هذه التعريف بانه لم يشر الى المصرف الذي يكون شريكاً ممولاً في المشروع، كما يجب إلا يشترط البيع والشراء في المشاركة، وإنما هو اتفاق بين الطرفين بإن يسترجع الشريك ما قدمة المصرف من تمويل مع نسبة معينة من الأرباح .

وعرفت المشاركة المتناقصة، ايضا هي" مشاركة يساهم فيها المصرف الإسلامي في رأسمال شركة، أو مؤسسة تجارية، أو عقارية أو مصنع أو مزرعة أو أي مشروع تجاري آخر مع شريك أو أكثر، وعندئذ يستحق كل طرف من أطراف هذه الشركة نصيبه من الربح بموجب الاتفاق الوارد في العقد مع وعد من المصرف بالتنازل عن حقوقه بطريق بيع أسهمه إلى هؤلاء الشركاء على أن يلتزم هؤلاء الشركاء أيضاً بشراء تلك الأسهم، والحلول محله في الملكية سواء أتم ذلك بدفعة واحدة، أم بدفعات متعددة، وحسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها"[2] .

يؤخذ على هذه التعريف أيضاً ورود لفظ المشاركة كان يجب لفظ المشاركة لا يرد في التعريف وهذا ليس تعريف وإنما هو تمثيل للمشاركة المتناقصة، أو هو تعريف بالوصف وليس تعريفاً بالماهية، لابل حتى ولو قلنا إنه تعريف إلا أنه يؤخذ عليه الإطالة والتفصيل، والأصل في التعاريف يجب ان تتسم بعدم الإطالة وأيضا مما يؤخذ عليه تخصيصه خروج المصرف من هذه الشركة بصورة الأسهم في حين أن هذا الخروج قد يكون بصور أخرى غير صورة بيع الأسهم.

2- التعريف التشريعي.

وعرفت المشاركة التمويلية المتناقصة، بانها " المشاركة المتناقصة هي اتفاق يدخل البنك بصفة شريك ممول كليا أو جزئيا في مشروع ذي دخل متوقع مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي أو اي قدر

1- ينظر – محمود محمد حنفي محمود، الاحكام المتعلقة بالتورق في المصارف الإسلامية ، ط 1، دار الفكر الجامعي، 30شارع سوتير- الإسكندرية ، 2010، ص327.

2- ينظر- عبد الرزاق رحيم الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ج1، ط1، دار اسامه، الأردن، 1998، ص501.

منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد اصل ما قدمه البنك من تمويل"[1]، ومن أصحاب هذا الاتجاه، النظام الأساسي للبنك العربي الإسلامي الدولي وقانون البنك الإسلامي الأردني [2].

ويؤخذ على هذا التعريف، بإنه لا يخلو من المآخذ لعل ابرزها ان حصة المصرف الإسلامي من الإيراد الموزع في هذا المشاركة لا تنقص الى ان يتم تسديد الشريك الآخر جميع ما قدمه المصرف من تمويل للمشروع مع ان حصته في المشروع تتناقص بخصم المصرف ما يستحقه أو بعض ما يستحقه الشريك من ايراد المشروع، ويجب ان تنقص حصة المصرف من ارباح المشروع، بان تحسب على اساس المتبقي من نصيبه من المشروع بعد كل اقتطاع، لإن المصرف في البداية قد يكون شريكاً بكامل قيمة المشروع إذا كان ممولا للمشروع تمويلاً كاملاً، ثم يكون شريكاً بقيمة مطروح منها مقدار القسط المقتطع .

كذلك أن القول بأن المصرف يحتفظ بما يقتطعه إلى أن يتم إنهاء العملية بتسديد رأس مال المشروع كاملاً قول غير سليم، لأن المصرف يستثمر ما يقتطعه من حصة الشريك لصالحه[3]، ينبغي على المصرف طرح ما يقتطعه من حصة الشريك في المشروع حيث تصبح في كل اقتطاع من حصة الشريك تتناقص بمقدار ما يقتطع، وذلك تبعاً لنقصان حصته في المشروع وزيادة حصة الشريك.

ونعتقد بانه يمكن تعريف المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية "هو اتفاق يقوم على أساس تقديم المصرف التمويل الذي يطلبه المتعامل معه ويشاركه في الناتج المتوقع الحصول عليه من المشروع على إن يسترد المصرف حصته على شكل أقساط من حصة الشريك مع تناقص حصة المصرف من الربح في المشروع عند خصم ما يستحق.

ولعل من اهم اسباب تبني هذا التعريف هي.

1ـ لقد ذكرنا عبارة (أتفاق) لإبراز العلاقة العقدية بين المصرف والشريك (طالب التمويل).

1- ينظر- قانون البنك الإسلامي الأردني، رقم (13) لسنة (1978)، المادة (2).

2-النظام الاساسي للبنك العربي الإسلامي الدولي : هو نظام شركة البنك العربي الإسلامي الدولي المساهمة العامة المحدودة الذي يقدمها المؤسسون لتسجيل الشركة بموجبها حسب احكام قانون الشركات.
متاح على الموقع الالكتروني:https://iiabank.com.jo : تاريخ الزيارة: (2023/10/11) .

3- ينظر- د. طلبة إبراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص195.

2- أما عبارة (تقديم المصرف التمويل) لأنه المصرف الإسلامي هو الذي يقوم بتمويل المشروع.

3- وذكر عبارة (المتعامل) لأنه هذا الشخص هو الذي يتعامل مع المصرف وطلب منه التمويل.

4- أما كلمة (يشاركه) فأن المصرف الاسلامي لا يأخذ فائدة وأنما يتشارك مع الطرف الأخر بما يحققه المشروع من الأرباح.

5- ذكرنا (الناتج المتوقع) لأن المصرف يعمل دراسة عن المشروع لمعرفة مدى قدرته في الحصول على الأرباح لغرض مشاركة طالب التمويل.

6- ذكر عبارة (يسترد المصرف حصته على شكل اقساط مع تناقص حصته من الربح في المشروع) وذلك بسبب استرداد المصرف التمويل الذي قدمه بشكل تدريجي مع تناقص حصته من رأس المال بما يعادل ما أسترده من حصته التي قدمها تمويلاً للمشروع.

ويشمل هذا النوع من أشكال التوظيف المالي[1]، جميع الحالات التي يقوم فيها المصرف الإسلامي بتمويل شراء الأشياء المنتجة للدخل بطريقة العمل عليها أو إدارتها، كالسيارات التي يعمل عليها السائق لنقل الأشخاص أو المستشفى أو المزرعة أو المصنع أو غير ذلك على أساس إجراء ترتيب مُنظم حسب الاتفاق، بين الطرفين المصرف الإسلامي[2]، والشريك كل حسب طبيعة عمله ومشروعه، لحفظ جزء من الدخل المتحقق من المشروع إلى إن يصل من المقدار المساوي لأصل رأس المال الذي دفعه المصرف بتداءاً[3].

وقد تتعدد المسميات والألفاظ التي يمكن أن تطلق على المشاركة التمويلية المتناقصة وهناك من ذهب الى تسميته (المشاركة المنتهية بالتمليك) وإن هذه التسمية تطلق على المشاركة من وجهة طالب التمويل أو الشريك لأنه سيتملك المشروع أو العملية في نهاية الأمر بعد شرائه الحصص الشركاء الآخرين ومن ثم سينتهي عقد المشاركة بتملك طالب التمويل للمشروع

1- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الإسلامية، مصدر سابق، ص15.
2- ينظر- د. طلبة إبراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص31.
3- ينظر- محمود ناصر الغريب، التمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية، ط١، جامعة المنصورة، كلية التجارة، مصر، 1982، ص103.

محل عقد المشاركة[1]، وهنالك من سمى المشاركة بالمشاركة المتناقصة وتطلق هذه التسمية على المشاركة من وجهة نظر المصرف الإسلامي الذي يمول الشريك، أذ إن مشاركته تتناقص كلما استرد جزءا من تمويله [2].

وكذلك سميت (بالمضاربة المنتهية بالتمليك)، وتطلق هذه التسمية على إحدى صور عقد المشاركة دون الصور الأخرى ، ويتم ذلك بأن يدفع المصرف الإسلامي كامل رأس المال لمشروع معين ويقدم الشريك العمل والربح، مع وعد من المصرف بتمليك المشروع بطريقة المشاركة، وحينئذ ينبغي أن يلتزم بشروط وضوابط المضاربة، فإن لم يتحقق الربح فلا شيء للمضارب والخسارة على رب المال في رأس المال ويخسر المضارب جهده، وعند تحقق ربح يقسم بينهما حسب اتفاقهما [3].

وهناك من اطلق عليها (المشاركة المنتهية بالتخارج)، تطلق هذه التسمية على عقد المشاركة و تنظر إلى الشريك الممول الذي سيخرج من المشاركة وفق شروط متفق عليها مما يؤدي إلى تملك الشريك طالب التمويل للمشروع إذ إن غرض المشاركة ابتداء هو خروج أحد الأطراف لصالح غيره[4].

ويتم ذلك عن طريق مساهمة المصرف الإسلامي في رأس مال الشركة مع شريك أو أكثر، وعندئذ يستحق كل من الشركاء نصيبه من الأرباح بموجب الاتفاق مع وعد المصرف ببيع حصته إلى شركائه، والشركاء يعدون بشراء حصة المصرف والحلول محله في الملكية، سواء على دفعة واحدة أم على دفعات حسب ما تقتضيه شروط الاتفاق[5].

وسمي أيضاً بـ(المشاركة بالاستثمار المنتهي بالتمليك)، وإن هذه التسمية لا تعد هذا النوع من المعاملات مشاركة إذ جاء ما ترجمته إن الفكرة تدور حول عقود المبيعات الاستثمارية والتي

1- ينظر- خالد صالح اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، 2004، ص52.

2- ينظر-د. وائل محمد عربيات، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق ، ص42.

3- ينظر- د. نزيه حمادة، المشاركة المتناقصة بحث منشور.

متاح على الموقع الإلكتروني: almoslim.nede/note/82708 تاريخ الزيارة: (2023/7/7).

4- ينظر- د. جاسم علي سالم الشامسي، المشاركة المنتهية بالتمليك العقار، مجلة الحقوق ، عدد (2)،الكويت ، 2001، ص298.

5- ينظر- د. جهاد عبدالله حسين أبو عويمر، الترشيد الشرعي للبنوك القائمة، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1986، ص325.

بواسطتها يقوم المستثمرون بإعادة تجميع المبلغ الأصلي، زائدا نسبة مئوية ثابتة من العائد السنوي بعد بيع الأصل، الذي كان بمثابة عامل من عوامل توليد الدخل [1].

إن قيام الطرف الممول باستثمار أمواله في عقد المشاركة قد لا يؤدي إلى استرداد المال المستثمر[2]، مع نسبة مئوية من الإيراد السنوي لان الشركاء يسعون للحصول على الربح ولكن قد يؤول مسعاهم إلى الخسارة مما يقتضي أن يتقاسم الشركاء الربح والخسارة فلا يمكن تجاهل نية المشاركة في هذا العقد[3].

ونعتقد إن التسمية التي تتناسب مع هذا الموضوع هي المشاركة التمويلية المتناقصة .

وتطلق هذه التسمية على عقد المشاركة عندما يتفق المصرف الإسلامي مع عميله على المشاركة في التمويل الكلي أو الجزئي لمشروع ذي دخل متوقع، وذلك على اساس اتفاق المصرف مع الشريك لحصول المصرف على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً، مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي من الإيراد أو قدر منه يتفق عليه ، ليكون مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه المصرف من تمويل، وإن هذه التسمية هي الادق لموضوع الرسالة .

1 -Alkaff, sued Hamed Abdul, Rahman, Almurabha In theory And practice published by :Islamic Research Academy, Karachi, pakistan, no date, poverty.

2- ينظر- محمود محمد حنفي محمود ، الاحكام المتعلقة بالتورق في المصارف الإسلامية، مصدر سابق ، ص323.

3- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي ، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد، 2015، ص10.

الفرع الثاني

خصائص المشاركة التمويلية المتناقصة

قبل أن تبدأ المصارف الإسلامية مسيرتها كان التصور النظري أن أنشطتها سوف تتركز أساساً في المشاركة، ثم تأتي صيغ الاستثمار الأخرى لأن المشاركة تعد العلامة الفارقة لما فيها من خصائص أساسية لعمل المصرف الإسلامي، والذي يميزه عن أنشطة المصارف التقليدية، وعندما بدأت المصارف الإسلامية نشاطاتها استأثرت المشاركة بجانب مهم من تمويلاتها.

فيما يأتي سنتعرف على ابرز الخصائص في المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية .

اولاً: خصائص المشاركة التمويلية المتناقصة.

تتسم المشاركة التمويلية المتناقصة ببعض الخصائص التي تميزها عن المعاملات الاخرى، ومن هذه الخصائص، ما يأتي:

1- المشاركة المتناقصة حديثة النشأة، أذ أنها من صيغ الاستثمار وتوظيف الأموال التي استحدثتها المصارف الإسلامية كبديل عن الصيغة التقليدية المتبعة في المصارف والمعتمدة على النظام الربوي عن طريق الإقراض بفائدة[1]، وقد يكون الغرض من المشاركة هو التمويل أوقد يكون بنية الاستثمار وذلك حسب وضع كل طرف من أطراف هذه الشراكة وغالباً ما يكون المصرف الإسلامي هو الطرف الممول ـ تمويلاً كلياً أو جزئياً ويكون الطرف الآخر هو طالب التمويل لأنشاء مشروع معين، تجاري، أو زراعي[2]، أو أنشاء بنايات عقارية، أو مصنع، أو تمويل اعمال حرفية مختلفة، وسميت هذه المشاركة بالمتناقصة بسبب عدم توفر عنصر الاستمرارية فيها بين جميع أطرافها، اذ إن الطرف الممول لا ينوي الاستمرار بالمشاركة إلى حين انتهاء الشركة، بل تنتهي بعد استرداد المصرف ما قدمه من

1- ينظر- زقاري امال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية، مجلة دائر البحوث والدراسات القانونية والسياسية – مخير المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، تصدر عن مجلس النشر في المركز الجامعي مرسلي، العدد الرابع، 2018، ص35.

2- ينظر – يوسف سعيد يوسف ابو سلميه، المعوقات انتشار التمويل الإسلامي بصيغة المشاركة في فلسطين مصدر سابق، ص16.

تمويل، وكان قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار رقم (13) لسنة (1978)، من أوائل من طبق المشاركة التمويلية المتناقصة إن لم يكن هو الأول[1].

وقد صادق مؤتمر المصرف الإسلامي المنعقد بإمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة عام (١٩٧٩) على هذه المشاركة وعدها شكلاً جديداً من الشركات"[2].

2- المشاركة التمويلية المتناقصة عقد بين مصرف إسلامي وطالب تمويل يدخل المصرف بهذه الصفة شريكا، مع العميل في مشروع ذو دخل متوقع من خلال دراسة وتحليل وتقويم وتقديم جدوى اقتصادية تبين ذلك.

3- ان المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية، تقوم على مشاركة طرفيها في الربح بأي نسبة شائعة يتفق عليها، ولذلك يتنافى مع مقتضى المشاركة أي شرط أو صورة تقطع الاشتراك في الربح[3]، أما في حالة وقوع خسارة لابد من ربط هذه الخسارة بقدر الحصص في ملكية رأس مال المشروع أو بقدر الالتزام بالضمان في المشاريع التي ليس فيها رأس مال؛ وذلك لآنه حالة الخسارة تُعد أمراً ضاراً على الحصص المملوكة، فيتحمل كل مالك ما يلحق بحصته ولا ينقل ضمانها لغيره؛ لأن عيب الملك وضمانه على مالكه إلا إن المصرف لا يتحمل الخسارة في حالة وقوعها بل يتحملها طالب التمويل وحده لان المصرف الاسلامي يُعد ممولاً وعلى طالب التمويل إن يلتزم برد ما قدمة المصرف من تمويل مع نسبة معينة من الأرباح المتفق عليها[4].

4- تعد المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية من ابرز التطبيقات لموضوع العقود المالية المركبة[5]، إذ يجمع بين عناصر أكثر من عقد (عقد ايجار وعقد وكالة) وقد يتضمن عناصر عقد الإيجار كما لو اجر احد الشركاء حصته في المشروع محل العقد إلى شريكه وقد يوكل احد الشركاء بإدارة المشروع فتظهر عناصر عقد الوكالة، فالمشاركة

1- ينظر- نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص29 .

2- ينظر- صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، الشركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص37.

3- ينظر- محمود عبد الكريم ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصرف الإسلامية، ط2، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن، ص39.

4- ينظر- د. طلبه إبراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص224.

5- ينظر- د. نزيه حمادة، العقود المركبة في الفقه الإسلامي، ط١، دار العلم، دمشق، 2005، ص7.

التمويلية المتناقصة منظومة عقدية مترابطة متتابعة الأجزاء متعاقبة المراحل وفقاً لنظام يحكمها كمعاملة واحدة لا تقبل التفكيك والانفصال والتجزئة تهدف إلى تحقيق غرض تمويلي محدد اتجهت إرادة المتعاقدين وقصدهما إلى تحقيقه، وهناك من يميز بين امتزاج العقود واجتماعها فامتزاج العقود هو خلط عقدين أو خواص عقدين فأكثر في عقد واحد بحيث لا يمكن تمييز احدهما عن الأخر بل قد يمكن تغليب احدهما على الأخر مثل عقد البيع الايجاري فهو إجارة ابتداء وبيع انتهاء[1]، إذ يجمع بين عناصر عقدي الإجارة والبيع لكن لا يستقل أي منهما عن الأخر إذ أوجب المشرع العراقي تطبيق أحكام البيع بالتقسيط وإن سماه المتعاقدان إيجاراً[2]، أما العقود المجتمعة هي تلك الاتفاقيات التي تولد حقوقاً والتزامات مستمدة من أكثر من علاقة تعاقدية مسماة كان يجتمع فيها البيع والإيجار والوكالة..... الخ و لكل واحد من هذه العقود معالمه الواضحة وأركانه وشروطه المكتملة لكنها تقع داخل تلك الاتفاقية[3].

ونعتقد إن التمييز بين الامتزاج والاجتماع يقودنا إلى التمييز بين العقد المختلط والعقد المركب فالعقد المختلط هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً.

أما العقد المركب فهو عقد واحد يحقق أغراضا تهدف إليها في العادة عقوداً مختلفة، فالعقود المركبة اتفاقات تتكون من عدة عقود، مسماة اجتمعت في صفقه واحدة كالبيع والإيجار... على سبيل الجمع أو التقابل بحيث تعتبر موجبات تلك العقود وجميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها جملة واحدة لا تقبل التفريق والتجزئة بمثابة آثار العقد الواحد[4].

5- المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية من المشاركات الموقتة الزمنية التي يندمج فيه الزمن فيكون عنصراً جوهرياً فيه بحيث لا يتصور قيام المشاركة منفصلاً عن الزمن ويكون هو المعيار الذي يقدر به محل المشاركة[5]، وبعبارة أخرى هو العقد الذي يكون

1- ينظر- محمد الحزواني، استحداث العقود، ط١، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2006، ص32.

2- ينظر- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)، المادة (4/534).

3- ينظر- محمد بن علي القري، العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد العاشر، الجزء الثاني، 1997، ص26.

4- ينظر- د. نزيه حماد، المشاركة المتناقصة واحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، حدة، عدد13، جزء2، 2001، ص505.

5- ينظر- در شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض احكام الالتزام، ط1، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1960، ص50.

الزمن فيه مقياسا لتحديد التزامات وحقوق أطرافه[1]، إن العقد الزمني قد يكون مستمر التنفيذ كعقد الإيجار الذي يعتبر زمنياً بطبيعته، إذ يرد على منفعة الشيء ومقدار المنفعة يقدر بزمن الانتفاع كما يقدر به مقدار الأجرة لان الأجرة تقابل الانتفاع[2]،

6- ان المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية تتسم بالشخصية والموضوعية تنقسم العقود إلى عقود ذات طابع شخصي إذ يعتد فيها بشخص أو بصفة من صفات أحد المتعاقدين أو كليهما وذلك لأهمية هذه الشخصية أو هذه الصفة في التعاقد فهذا النوع من العقود يقوم على عنصر الاعتبار الشخصي[3]، والعقود ذات الطابع الموضوعي إذ يعتد فيها بموضوع العقد ومحله دون أي اعتداد بشخص أي من المتعاقدين أو بصفاته[4]، إن مفهوم الاعتبار الشخصي في التعاقد يعني إن شخصية المتعاقد أو صفة معتبرة كانت عنصراً جوهرياً في التعاقد[5]، أي إن الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يمكن أن يتوقف فقط على الاعتداد بالشخص ذاته بل الغالب انه لا يراعي شخص المتعاقد بقدر ما يعتد بصفة من صفاته، وبوجه عام يمكن القول إن الصفات الجوهرية التي قد تكون محل اعتبار في التعاقد تتسع لتشمل جميع الصفات المتعلقة بما يشتمل عليه العقد وما يقتضيه حسن النية في تنفيذه، فلضمان تحقيق أهداف وغايات المشاركة التمويلية المتناقصة التي تقوم على الثقة المتبادلة والتي تمثل جوهر المشاركة على المصرف التأكد من نزاهة طالب التمويل أذ تعد السمعة من الصفات الشخصية التي يعبأ بها عند التعاقد[6]، فالسمعة التجارية وهي ما يتمتع به الشخص من ثقة في الوسط التجاري تحدد مدى أهمية انتمائه عند التعامل[7]، وتزرع الثقة بقدرة الشريك على الوفاء بالتزاماته المالية دون الدخول في مشاكل أو منازعات قضائية، وقد يتطلب الأمر أن يكون

1-ينظر- د. حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1988، ص9.

2- ينظر- د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، بلا ط، منشاة المعارف، الإسكندرية، ص19.

3- ينظر- د. حسن علي الشاذلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، عدد13،جزء2، ص450.

4- ينظر- د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص36.

5- ينظر- د. جليل حسن بشات الساعدي، الاعتبار الشخصي واثره في انعقاد وتنفيذ العقد، مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون / جامعة بغداد ،المجلد13، العددان الأول والثاني، 1998، ص149.

6- ينظر- خالد اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتملك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص232.

7- ينظر- د. جليل حسن بشات الساعدي، الاعتبار الشخصي واثرة في انعقاد وتنفيذ العقد، مصدر سابق، ص151.

الشريك من ذوي الكفاءة الإدارية[1]، فقد أعد البنك الإسلامي الأردني برنامجاً لتمويل الحرفيين والمهنيين والصناعات الصغيرة في المهن الطبية والهندسية [2].

مما تقدم نعتقد أن الاعتداد المزدوج بأشخاص المتعاقدين هو السائد في المشاركة التمويلية المتناقصة إذ يكون شخص كل من المتعاقدين وصفاته محل اعتبار يمتد طول مدة المشاركة.

7- المشاركة التمويلية المتناقصة مظهر من مظاهر التعاون، وهى محل تشجيع وترغيب من المجتمع، ولهذا تجرى المسامحة في كثير من تطبيقات المشاركة، وهذا التشجيع للمشاركة التمويلية المتناقصة يتلاءم مع ما تؤديه من دور في إقامة المشاريع التجارية والصناعية الكبيرة في الوقت الحاضر كما إنها تمثل البديل الإسلامي عن نظام اشتراط الفوائد الربوية على القروض الإنتاجية أو الاستهلاكية في المصارف التجارية وفي هذه الصيغة تكون المشاركة بعيدة عن الإشكالية الشرعية التي تقع فيها الأساليب الأخرى[3].

8- إن أسلوب المشاركة عموماً والمشاركة المتناقصة خصوصا هي أسلوب للتنمية الاقتصادية والاجتماعية باعتبار أن العائد المحقق لا ينتج فعلاً إلا من استثمار انتاجي وتنمية حقيقية؛ مما يساهم في الحد من التضخم، فضلاً عن الحد من ارتفاع الأسعار، وتخفيض تكاليف الإنتاج، وبالتالي تخفيض تكاليف المنتج النهائي للمستهلك[4]، وتساهم المشاركة التمويلية في تحقيق الاستقلال الاقتصادي للدول التي تقوم مشاريعها عليه وذلك عن طريق تأسيس المشروعات الانتاجية التي تتيح منتجات بديلة عن المنتجات المستورد[5].

9- المساعدة على تطوير المشروعات الحرفية والمهنية[6]، من خلال إنشاء مشاريع لصغار التجار والحرفيين مما يحول المستهلكين إلى منتجين عن طريق الاعتماد على الذات مما يودي

1- ينظر- د. فهد سعد الدبيس الرشيدي ، دعم المشروعات الصغيرة بالمشاركة المتناقصة بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، عدد(83)، الكويت، 2010، ص415.

2- ينظر- خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص211.

3- ينظر- حسني عبد السميع إبراهيم، موقف الشريعة الإسلامية من النقود والبنوك، ط 1، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص218.

4- ينظر- طلبة إبراهيم سعد علي، مصدر سابق، ص225-226.

5- ينظر- د. سيد الهواري، الاستثمار والتمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية، ط1، عين الشمس مصر ، 1996، ص218.

6 - ينظر- د. عيسى ضيف الله المنصور، نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية، ط1، دار النفائس، للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص411.

إلى تنمية المجتمع ونهوضه[1].

10- الدقة في دراسة التمويل بالمشاركة تدفع المتعاملين سواء المصرف أو المستثمر إلى دراسة المشروعات دراسة دقيقة لتقدير مردوداتها تقديرا جيدا، مستخدمين في ذلك ما يتوفر من خبرات فنية وتقنية، وهذه الدراسة وإن كانت موجودة في المصارف التقليدية، فإنها ليست بالأهمية نفسها ما دامت لا تشارك الممولين وبالتالي لا تهمنا نتائج مشروعاتها[2].

وعلى الرغم من كل هذه المزايا التي يتمتع بها أسلوب المشاركة المتناقصة خصوصا، والمشاركة عموماً؛ إلا أن هذه الصيغة تحتل مكانة أضعف من غيرها من صيغ الاستثمار الأخرى في المصارف الإسلامية[3]، ولعل السبب في ذلك أن هذا النوع من الاستثمارات يعتبر من الاستثمارات طويلة الأجل[4]، المصرف الاسلامي يهتم بالاستثمارات قصيرة الأجل[5]، وذلك لأنه لا يستطيع الاستفادة من التسهيلات التي يقدمها المصرف المركزي كملجأ أخير عند الحاجة إلى السيولة لأنه لا يتعامل بالفوائد الربوية[6]، إلا أنه يمكن التغلب على هذه الصعوبة باختيار المشروعات المجدية اقتصادياً يؤدي إلى توقع إعادة رأس المال وتحقيق الأرباح بصورة أسرع من استثمارها في المشاريع الأخرى.

1- ينظر ـ نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص52.

2- ينظر ـ د. سيد الهواري، الاستثمار والتمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية، ط1، عين الشمس مصر، 1996، ص 218.

3- ينظر ـ زكريا سلامة شنطاوي، الحيازة وتطبيقاتها في معاملات البنك الإسلامي الاردني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الاقتصاد، جامعة اليرموك، الاردن، 1995، ص123 .

4- ينظر ـ د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص133.

5- ينظر- زقاري أمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص 36 .

6- ينظر- د. شهاب احمد سعيد العزعزي، ادارة البنوك الإسلامية، ط ا، دار النفائس للنشر والتوزيع الاردن 2012، ص 11 .

المطلب الثاني

صور وشروط المشاركة التمويلية المتناقصة

تتعدد صور وشروط المشاركة في المصارف الاسلامية، من أجل تحقيق مصالح اطراف المشاركة فإرادتهم بما لها من سلطان هي التي تحدد الصورة والشرط الذي ينبغي ان يتخذه اطراف المشاركة من اجل بلوغ تلك المصالح التي يرموا إليها، والطبيعة العملية لهذا النوع من المشاركة تقوم على أساس إجراء ترتيب مُنظم لتجنيب جزء من الدخل المتحقق كقسط لسداد قيمة الحصة، وربما يميل إلى هذا النوع كثير من طالبي التمويل ممن لا يرغبون في استمرار مشاركة المصرف.

وتوجد في الواقع العملي شروط وصور متعددة لتطبيق المشاركة التمويلية المتناقصة لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى الفرعين وكالاتي :

الفرع الاول : صور المشاركة التمويلية المتناقصة.

الفرع الثاني : شروط المشاركة التمويلية المتناقصة .

الفرع الاول

صور المشاركة التمويلية المتناقصة

تتخذ المشاركة صور متعددة، والتي تتم بموجب اتفاق يمول المصرف الإسلامي الشريك العميل إذ إن مشاركة المصرف تتناقص كلما استرد جزءا من تمويله حتى تنتهي باسترداد ما قدمه المصرف من تمويل مع نسبة معينة من الارباح متفق عليها[1] على الرغم من تعدد صور المشاركة الإ إن المشرع العراقي والأردني المقارن لم يشير اليها .

تعد المشاركة التمويلية المتناقصة، الصورة المعبرة عن التعاون المتنامي بين رأس المال والعمل بكل صدق وأمانة إذ يقوم المصرف الممول بتقديم رأس المال اللازم لمشروع معين مقابل قيام الشريك الآخر بتقديم العمل اللازم لتنمية رأس المال[2] ، أو يقدم المصرف الإسلامي لشريكه رأس المال الذي يشتري به معدات المشروع القائم الذي يملكه الشريك والذي يعجز عن تشغيلها، فيدخل المصرف معه بقيمة المعدات[3].

وللمشاركة التمويلية المتناقصة صور يمكن إيجازها بما يأتي.

الصورة الاولى ـ المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك مع الإجارة :

هي صورة مستحدثة من صور التمويل في ضوء قواعد عقد الإجارة وفي إطار صيغة تمويلية تحقق حاجات الراغبين في اقتناء أصل رأسمالي ولا يملكون كامل الثمن فوراً، ويكون للتأجير ما يأتي قيام المصرف (المؤجر) بشراء أصول ثابتة محددة بمعرفة طالب التمويل (المستأجر) وتأجيرها للمستأجر وتسليمها له لحيازتها واستخدامها و تحسب الدفعات الإيجارية على مدى فترة التعاقد بحيث تغطى بالاتفاق مع العميل الأموال المدفوعة في شراء الأصل والقيمة التخريدية[4] للأصل في نهاية مدة الإيجار، وربح مناسب يمثل عائد المصرف من عملية

1- ينظر ـ د. وائل محمد عربيات ،المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص 43.

2- ينظر ـ خالد صالح اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص220.

3- ينظر ـ د. عجيل جاسم النشمي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد (13)، ج (2)، 2001، ص571

4- القيمة التخريدية هي القيمة المتوقع الحصول عليها من التصرف في الأصل بعد انتهاء عمره الإنتاج، ينظر د. وائل محمد عربيات، المصدر السابق، ص102.

الإيجار، يعتبر المصرف مالكاً للأصل طوال فترة الإيجار والعميل حائزاً له حتى نهاية الفترة المتفق عليها [1].

الصورة الثانية ـ المشاركة المتناقصة بطريقة المضاربة :

يقوم المصرف الإسلامي بتقديم التمويل اللازم لمشروع معين تمويلاً كاملاً، ويقدم الشريك العمل فيها على أساس المشاركة في الربح مع وجود وعد بين الطرفين المصرف والشريك بتمليك المشروع فتعتبر هذه الصور مضاربة منتهية بالتمليك[2]، ويلتزم الطرفان بضوابط المضاربة، أي بمعنى اذا لم يتحقق الربح فلا شيء للمضارب، ويتحمل المصرف الخسارة باعتباره صاحب راس المال أما المضارب يخسر جهده، وعند تحقق الربح يقسم بينهم حسب الاتفاق الذي بينهم اما بالنسبة للوعد القائم بين المصرف وشريكه بان تنتهي المشاركة بتمليك المشروع للمضارب إذا أوفى قيمته، وبشكل عام فإن بعض المصارف الإسلامية تحجم عن التعامل بصيغة المضاربة وذلك بسبب عدم استيعاب المتعاملين لأسلوب تطبيق هذه الصيغة ، بالإضافة إلى أن هذه الصيغة من صيغ التمويل الإسلامي تتطلب أن يكون المضارب من ذوي الأمانة، كما إن المصرف الإسلامي في حالة خسارة المشروع يتحمل الخسارة وحده دون شريكة المضارب الذي لا يخسر سوى جهده، وايضا تبتعد عن المشاركة التمويلية المتناقصة لأنها تنتهي بالتمليك[3].

الصورة الثالثة ـ المشاركة المتناقصة الحرة :

أن يتفق المصرف مع شريكه على تحديد حصة كل منهما في رأس مال المشاركة وشروطها[4]، وقد رأى المؤتمر الأول للمصارف الإسلامية[5]،أن يكون بيع حصة المصرف

1- ينظر ـ محمد عبدالله بريكان الرشيدي، عقد الاجارة المنتهية بالتمليك ـ دراسة مقارنة مع الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ـ قسم القانون الخاص / جامعة الشرق الاوسط، الاردن ،2010 ، ص 69.

2- ينظر ـ د. طلبة ابراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص221.

3- ينظر- نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 41 .

4- ينظر- المصدر نفسه، ص53 .

5- المؤتمر الأول للمصارف الإسلامية المنعقد في دبي عام (1979م) أوصى بالصور الثلاثة الأخيرة.

إلى الشريك بعد إتمام المشاركة بعقد مستقل بحيث يكون للشريك حرية بيع حصته للمصرف أو لغيره كما يكون للمصرف حرية بيع حصته للشريك أو لغيره[1].

وتسمى هذه الصورة بالمشاركة المتناقصة الحرة لما يتمتع به الشركاء من حرية إختيار الموعد الذي يتم فيه إنتقال ملكية الحصة وكذلك حرية اختيار من يشتري حصة المصرف أو شريكه، ففي هذه الصورة لا يتم تحديد الية شراء نصيب المصرف ولا تأريخه وفي الوقت نفسه لا يمكن للشريك أن يحتكر صلاحية شراء حصة المصرف بل من الممكن للمصرف أن يدخل شريكا خارجياً متى ما اقتضت مصلحته ذلك[2].

ومما تجدر الإشارة إليه إن ما ورد في هذه الصورة هو بيع حصة المصرف إلى الشريك بعد إتمام المشاركة بعقد مستقل يوحي بأن بيع حصة المصرف إلى الشريك يكون على دفعة واحدة مما يتعارض مع التسمية المذكورة فالتناقص يقتضي وجود بيع تدريجي بعقود متلاحقة ومتتابعة وإن هذه الصورة تختلف المشاركة التمويلية المتناقصة موضوع الرسالة لأنها مشاركة تنتهي بالتمليك وكذلك لا تنتهي بشكل تدريجي متناقص.

الصورة الرابعة ـ المشاركة المتناقصة في اقتناء الاسهم :

تتجلى هذه الصورة بأن يحدد نصيب كل من المصرف والشريك في صورة أسهم محددة القيمة[3]، يمثل مجموعها قيمة المشروع موضوع المشاركة، يحصل كل من الشريكين (المصرف والشريك)على حصة من الإيراد المتحقق من المشروع وللشريك أن يقتني من هذه الأسهم المملوكة للمصرف عدداً معيناً في نهاية كل سنة مالية بحيث تتناقص وبشكل تدريجي أسهم المصرف بمقدار ما يشتري شريكه منها وتستمر حصة الشريك بالزيادة إلى أن يتملك جميع الأسهم وتصبح له الملكية المنفردة للمشروع دون شريك آخر[4].

ان هذه الصورة شبيهة بالصور السابقة، باعتبار أنّ في كلاّ الصورتين يمكن ان يبيع احد الطرفين حصته للآخر، ألا أن في هذه الصورة يتم البيع على شكل دفعات، أما في الصورة

1- ينظر- عايد فضل الشعراوي، المصارف الاسلامية، ط2، دار البصائر الاسلامية،2007، ص345 .
2 - د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الإسلامية، مصدر سابق، ص47.
3- ينظر- د. احمد الصويعي شليبك ، المشاركة ، المنتهية بالتمليك كما يجريها بيت التمويل الامريكي (لا ربا)، مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية ، تصدر عن مجلس النشر العملي في جامعة الكويت ، العدد (75) ، 2008، ص340.
4- ينظر- د. وائل محمد عربيات ،المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص46.

السابقة يتم البيع دفعه واحدة، ما دام البيع يتم بعد المشاركة بعقد مستقل فالأمر لا يختلف كلاهما مشروع.

وسميت هذه الصورة بالمشاركة المتناقصة باقتناء الأسهم [1]، لتناقص أسهم المصرف باقتناء الشريك لعدد من أسهم المصرف وبالتالي يمتلك المشروع وحده في نهاية الأمر[2]، وهذه صوره للمشاركة متناقصة منتهيه بالتمليك لا تقترب من المشاركة التمويلية المتناقصة موضوع الرسالة.

ولتوضيح هذه المشاركة التمويلية سنعرض المثال الآتي[3].

كما لو كان لشخص قطعة أرض أراد ان يقيم عليها بناء فيقدم للمصرف الإسلامي طلباً لبناء هذه القطعة، فيقوم المصرف بتقديم رأس المال اللازم لأنشاء هذا المشروع، الذي قدرت قيمة القطعة (بمائة مليون دينار)، وقدرت قيمة البناء (بثلاثمائة مليون دينار) فتعتبر المشاركة بنسبة للمصرف ثلاثة أرباع وربع للشريك بعد تمام البناء ، وقد تضمن هذا الاتفاق شرطاً مفاده، بأن الشريك يسترد ما قدمه المصرف من تمويل للمشروع، وهو المبلغ ثلاثمائة مليون دينار، المبلغ الذي أنفقه المصرف في بناء القطعة، على شكل أقساط شهرية أو سنوية حسب الاتفاق، قيمة كل قسط خمسون مليون دينار، فان المصرف يسترد ما قدمه من تمويل لبناء المشروع المشترك من الغلة الناتجة عن طريق اقتطاع نسبة معين أو قدر محدد من الأرباح[4]، ويتم تقسيم الإيراد المتحقق من المشروع على طريقتين الأولى يحتفظ المصرف بجزء من الربح، ويقسم على ثلاث حصص حصة المصرف كعائد تمويل وحصة الشريك كعائد تمويل أو عمل وحصة المصرف لسداد أصل ما قدمه من تمويل[5]، أما الطريقة الثانية يحتفظ المصرف بكل الربح .

1- ينظر- د. أحمد الصويعي شليبك، مصدر سابق، ص 341 .

2- ينظر- محمد رامز عبد الفتاح، الحكم الشرعي للاستثمارات والخدمات المصرفية التي تقوم بها البنوك الاسلامية، ط1، دار الفرقان للنشر والتوزيع ، عمان ، 2004 ، ص305 .

3- ينظر- د. عبدالرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الاسلامية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص502.

4- ينظر- د. عجيل جاسم النشمي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء العقود المستجدة، مصدر سابق، ص572.

5- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص**47**.

وأن هذه الطريقة يلجأ إليها الأشخاص الذين يرغبون في تصفية الشركة بشكل سريع[1]، ولا يرغبون في استمرار مشاركة المصرف لهم لفترة زمنية طويلة، وأن المصارف الإسلامية لعلها تميل إلى هذا الأسلوب، لأنها تودي إلى إعادة رأس المال المقدم، وتحصل على الأرباح بصورة سريعة.

نلاحظ في هذه الصورة ان المصرف الإسلامي في هذا الأسلوب يتمتع بكامل حقوق الشريك، وعليه جميع التزاماته، إلا أنه لا يقصد منها البقاء والاستمرار في المشاركة إلى انتهاء الشركة، بل أنه يقصد المشاركة في المشروع والأرباح الواردة منه واسترداد ما قدمه من تمويل بشكل تدريجي.

وبناء على ما تقدم تكون المصارف الإسلامية شريكاً فعالاً يعمل على تحويل رأس المال الجامد إلى رأس مال متحرك يدخل سوق الإنتاج ويعمل على أحداث التنمية في المجتمع، من خلال تقديمه للتمويل اللازم لإنشاء وتطوير المصانع وتزويدها بالمباني والماكينات والمعدات وكذلك المساهمة في تحديد وسائل الإنتاج والتوزيع أو التسويق ومراقبة نتائج المشاركة من ربح أو خسارة دون أن يقع العميل في منزلق القروض المقترنة بفوائد ربوية تسدد في جميع الأحوال وفي أوقات دورية سواء تكللت المشاركة بالربح أم منيت بالخسارة، وكانت هذه الصورة الاخيرة الأكثر شيوعاً وتداولاً في المصارف الاسلامية (المشاركة التمويلية المتناقصة) .

1- ينظر- د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص45.

الفرع الثاني

شروط المشاركة التمويلية المتناقصة

هنالك جملة من الشروط التي تتعلق بالمشاركة التمويلية المتناقصة منها شروط تتعلق بالمصرف الاسلامي الممول وشروط تتعلق العميل طالب التمويل[1]، وهذه الشروط تتمثل بالآتي.

اولاً : شروط تتعلق بالمصرف الإسلامي الممول.

1- أن يقدم المصرف التمويل الذي يطلبه العميل ويشاركه في المشروع وبدون إخذ فائدة وفقاً لصيغ المعاملات المصرفية التي لا تتعارض مع احكام الشريعة الإسلامية وهذا ما بينته المادة (1/ ثانياً) من قانون المصارف الإسلامية العراقي رقم (43) لسنة (2015)، والابتعاد الفائدة الربوية التي تعمل بها المصارف التقليدية، والمصرف هو شخص معنوي[2]، يمنح القانون لها الشخصية القانونية المستقلة ويسمّيها البعض بالأشخاص الاعتبارية لأنه ليس لها كيان مادي ملموس، وإنما تقوم في الذهن ونتصور وجودها معنويا فقط وقد اعترف المشرع للشخص المعنوي بالشخصية القانونية، لضرورات عملية؛ بسبب تغير العالم والتطورات الحاصلة فيه بعد عصر الصناعة وازدهار التجارة وظهور نظام الشركات والمؤسسات ونظام الدولة والوزارات فأصبحت تلك الشخصية المعنوية تصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات[3].

وهذه الشخصيات تتكون من تجمع أشخاص لغرض تحقيق هدف معين انشأت من اجله تلك الشخصية المعنوية ويحدد القانون طبيعة تلك الشخصيات القانونية وطرق تأسيسها ووفق النظام الداخلي لها ويكون لتلك الشخصية المعنوية ممثل يقوم بمباشرة أوجه النشاط المختلفة

1- ينظر- يوسف سعيد يوسف ابو سلميه، معوقات انتشار التمويل المصرفي الإسلامي بصيغة المشاركة في فلسطين، مصدر سابق، ص23.

2- حيث بينت المادة (47) من القانون المدني العراقي الاشخاص المعنوية والمادة (48) الفقرة (1) حددت إن لكل شخص معنوي له ارادة، ومن خلا ذلك يمكن تعريف (الشخص المعنوي : هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين، ويمنح القانون لها الشخصية القانونية المستقلة بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض.

3- ينظر- د. وائل محمد عربيات ،المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص 101.

الخاصة بها وعندها اهلية اداء حددها القانون وهذا ما بينته المادة (48) من القانون المدني العراقي[1]، في الفقرة (1) والتي تقابلها المادة (51) من القانون المدني الأردني [2]

اذاً يتمتع المصرف الإسلامي باعتباره شخص معنوي بالأهلية القانونية وفي الحدود التي رسمها القانون في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، التي من خلالها يمكن ان يكون طرفا في المشاركة التمويلية المتناقصة.

لا يعتبر العراق من أوائل الدول التي دخلت فيها المصارف الإسلامي[3]، سواء كانت أهلية ام حكومية [4]، وبالعكس تماما بالنسبة للمصارف الإسلامية في الاردنية[5].

2- موافقة المصرف على طلب التمويل بعد دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية لهذه العملية والتأكد من كفاءة طالب التمويل الذي سيصبح شريكا للمصرف ومدى قدرته على سداد ما علية

1- حيث تنص المادة (48) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)على ما يأتي " 1 - يكون لكل شخص معنوي ممثل عن ارادته، 2- ويتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقررها القانون . 3- وله نمة مالية مستقلة. 4 - وعنده اهلية الاداء وذلك في الحدود التي بينها عقد انشائه والتي يفرضها القانون" .

2- حيث تنص المادة (51) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة (1976)على ما يأتي " الشخص الحكمي يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون.
2 - فيكون له: ا ـ ذمة مالية مستقلة ـ ب ـ اهلية في الحدود التي يعينها سند انشائه أو التي يقررها القانون ج ـ حق التقاضي د ـ موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في المملكة الاردنية الهاشمية يعتبر مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.3-ويكون له من يمثله في التعبير عن أرادته."

3- ان اول مصرف إسلامي في العراق هو مصرف العراقي الإسلامي هو مصرف عراقي خاص يقع في بغداد، تأسس المصرف العراقي الإسلامي للاستثمار والتنمية في (1992/12/19)، تم رفع رأس المال ليصبح (250) مليار دينار عراقي وبدأ مزاولة نشاطه بكامل صلاحياته من قبل البنك المركزي العراقي يوم (1993/2/23)، وعمل المصرف على مشاركة عجلة التنمية الاقتصادية والنمو في البلاد.
متاح على الموقع الالكتروني: ar.m.wikipedia.org:تاريخ الزيارة (2023/10/13)

4- ان اول مصرف إسلامي حكومي هو مصرف النهرين الاسلامي هو مصرف حكومي تأسس بموجب القانون رقم 95 لسنة 2012 استنادا الى احكام المادة (4) من قانون البنك هيئة الرقابة الشرعية في مصرف المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004 والمادة (4) من حكومي) تعقد الخاص قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 ومنح الاجازة الصادرة من قبل البنك المركزي العراقي بالعدد 12317/3/9 في 2015/8/17 وسجل المصرف كشركة عامة وفق قانون الشركات العامة رقم (22) لسنة (1997) برأس مال قدره (150,000,000) مائة وخمسون مليار دينار ونشر في جريدة الإسلامي الوقائع العراقية بعددها المرقم 4260 فـ **17**/2012/12 وهو اول مصرف حكومي إسلامي، ويبلغ المصارف الإسلامية في العراق (31) مصرف .
متاح على الموقع الالكتروني: https://www.nib.com.iq: تاريخ الزيارة (14/ 10/ 2023).

5- ويبلغ عدد المصارف الإسلامية في الاردن (3) مصارف كما ان اول مصرف إسلامي في الاردن هو البنك الإسلامي الأردني، ينظر- د. طلبة ابراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص583.

من التزامات، أذ يقوم المصرف بتمويل العميل طالب التمويل تمويلاً كلياً أو جزئياً وبنسبه لا تتجاوز (5%) من رأس مال المصرف و احتياطاته السليمة واذا بلغت أكثر من تلك النسبة فلا بد من موافقة البنك المركزي، والتمويل أما حالاً أو مالاً، أما الحال فكما يحدث إذا كان محل المشاركة عقاراً، وأما المآل فيكون في حالة ما إذا كان رأس المال منقولاً وإذا كان المعقود عليه عقاراً، فلا يجوز أن يكون رأس المال ديناً في ذمة العميل منعاً للتحايل والغش، ولأن الشركة تعتمد على التصرف، ولا يمكن التصرف في المال الغائب، والحكمة من ذلك منع المنازعات التي قد تحصل عند عدم استيفاء الدين، أو قبول تحويله، ولا يشترط التساوي في رأس المال؛ غير أنه يشترط في رأس المال هذا أن يكون معلوم القدر، والجنس والصفة محدداً تحديداً نافياً للجهالة عند التعاقد؛ وذلك منعاً لحدوث تغرير يؤدي في مآله إلى حدوث نزاع عند التصفية، وتحديد الناتج، ولا يشترط أن يكون رأس المال من الدراهم والدنانير بل يجوز أن يكون منهما، ومن العروض شريطة تقويمها عند العقد لا بعده وأن يجعل قيمة رأس المال على قدرها عند التقويم[1]كما يمكن للمصرف أن يقدم معدات لتشغيل أحد المصانع أو تقديم مواد خام لبناء أماكن سكنية لإحدى شركات المقاولات[2].

3- يشترط الاتفاق على كيفيه توزيع الارباح في المشاركة التمويلية المتناقصة، بين المصرف الإسلامي والشريك ويقسم على حسب ما تتفق عليه أطراف المشاركة[3]، وعليه فإذا اتفقا على أن نسبة معينة منه تكون للمصرف ونسبة معينة تكون للشريك ونسبة معينة يحتفظ بها المصرف ليسترد ما قدمة من تمويل المشروع.

الاصل أن الربح في الحقيقة إنما يكون حصتين حصة منهما للمصرف، وتلك هي النسبة التي تخصه من الربح حسب الاتفاق[4]، أما الحصة الأخرى فهي من نصيب الشريك وهذه تضم النسبة التي اتفق على أن يأخذها الشريك، ولكن في المشاركة التمويلية المتناقصة يكون

1- ينظر- تعليمات الصيرفة الإسلامية، رقم (6) لسنة (2011) المادة (5) سابعاً، حيث تنص على انه " وجوب تقيد المصارف الاسلامية والنوافذ بحدود التمويل الممنوح لأي شخص طبيعي أو معنوي بالنسبة للشخص الواحد على ان لا يتجاوز (5%) من رأس مال المصرف واحتياطياته السليمة وفي حالة بلوغ أكثر من (5%) فيستحصل موافقة البنك المركزي على الزيادة"

2- ينظر - محمود حسين الوادي وحسين محمد سمحان، المصارف الاسلامية الاسس النظرية والتطبيقات العملية، دار المسير للنشر، الاردن، 2009 ، ص198 .

3- ينظر- د. حربي محمد عريقات سعيد جمعة عقل، ادارة المصارف الإسلامية، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الاردن، 2010 ، ص 162 .

4- ينظر- د. عجيل جاسم النشمي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مصدر سابق ص 572 .

للمصرف الإسلامي من الربح قسمين قسم يدفع له باعتباره شريك وقسم آخر ليسترد ما قدمه من تمويل والذي تنتهي فيه المشاركة باسترداد جميع المبلغ الذي دفعة المصرف[1]، وقد يتفق المصرف الإسلامي مع الشريك بأن يحتفظ المصرف بحصته كلها، وفى هذه الحالة يكون استرجاع المصرف حصته بشكل أسرع .

وفي حال خسارة المشروع يتحمل المصرف الإسلامي الخساره[2]، وهذا يضغط على المصارف الاسلامية في منح التمويل بصيغة المشاركة للمشاريع المتوقع ان يتحقق منها عوائد، وتكون الخسارة على قدر رأس المال، في حال كون الخسارة بسبب لا دخل للشريك فيها أما إذا كانت الخسارة بسبب إهمال منه أو تقصير، أو مخالفة لشروط العقد فيتحمل المتسبب الضرر الواقع[3] .

4- يشترط في محل المشاركة التمويلية المتناقصة مشروعاً، لا يخالف القانون والنظام العام ولا الآداب العامة، حيث تنص الفقرة (1) من المادة (130) في القانون المدني العراقي "يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام أو للآداب والا كان العقد باطلا" لذلك يجب الابتعاد عن تقديم رأس المال لإنشاء مشاريع محظورة قانونا أو مخالفة للنظام العام او الآداب العامة[4].

وتقابلها (163) الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني رقم (43) للسنة (1976)، والتي تأمر بعدم جواز أن يكون المحل أمراً حرمه الشارع، فإذا كان كذلك وقع العقد باطلاً [5].

ويجب أن تكون عمليات التمويل منضبطة بحدود الاحكام والقواعد الشرعية لاستثمار وتشغيل الأموال، وأن تراعي نظرة الشرع الحنيف للمعاملات المختلفة ومراتبها بين المحل والإباحة الكراهية والتحريم، وبالأحكام الخاصة بالعقود محل التعامل، وتقوم هيئات الرقابة

1- ينظر- د. احمد الصويعي شلبيك، المشاركة المنتهية بالتمليك كما يجربها بيت التمويل الأمريكي (لا) ربا) مصدر سابق ، ص 341 .

2- ينظر- د. محمد محمود العجلوني، البنوك الإسلامية احكام مبادئها وتطبيقاتها المصرفية، دار السيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الاردن، 2012، ص 226 .

3- ينظر- يوسف سعيد يوسف ابو سلمية، معوقات انتشار التمويل المصرفي الاسلامي بصيغة المشاركة في فلسطين، مصدر سابق، ص18.

4- ينظر- د. وائل محمد عربيات، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص107.

5- تنص المادة (163) الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني على " منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفا للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

الشرعية والمستشارون الشرعيون بتوضيح الضوابط الإسلامية الأمرة والضوابط الناهية، وتبيين كيفية تطبيقها في التعامل اليومي بالمصارف الإسلامية[1].

وكذلك قد يكون سبب عقد المشاركة غير مشروع، فتكون المشاركة باطلة، إذا كان الباعث على العقد غير مشروع مثل ذلك أن تكون أعمال المشاركة منحصرة في سلعة معينة بغرض الحصول على أكبر الكميات منها لاحتكار السلعة وإعلاء سعرها استغلالاً لهذا الاحتكار، أو أن يكون الغرض من الأعمال التي تقوم بها المشاركة غير مشروعة كما قلنا، والمشاركة في الأحوال المتقدمة هي قابله للأبطال، يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به ويحكم به القاضي من تلقاء نفسة ولا تلحقه الإجازة، ولا يسرى في حقه التقادم، وذلك كله طبقا للقواعد العامة المقررة في البطلان[2] .

تأسيساً على ما تقدم يتبين لنا عند مشاركة المصرف الإسلامي في مشروع معين يقوم بتمويله ينظر أولاً إلى شرعيته ومدى توافقه مع القانون والنظام العام والآداب العامة لتشغيل الأموال، ويشترط في المشاركة التمويلية المتناقصة، أن لا يكون حيلة للإقراض بفائدة وطرفا المشاركة وهم المصرف والشريك لا بد أن توجد لديهم الإرادة الحقيقية للمشاركة، وأن يتحمل جميع الشركاء الخسارة مقابل استحقاقهم للأرباح والعوائد خلال فترة المشاركة .

ثانياً : الشروط الخاصة بالعميل طالب التمويل.

1- شرط الأهلية ـ الإهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، إن الإنسان يكون صالحا بإن تقرر له الحقوق وتحمل بالالتزامات ويطلق على هذه الصلاحية أيضا اصطلاح (أهلية الوجوب) والأصل أن يتساوى الناس جميعا في أهلية الوجوب، ألا انها قد تكون مقيدة لبعض الناس فيما يخص الحقوق وذلك تبعاً للحالة السياسية والمدنية[3]، والإنسان بشكل عام كما قلنا تثبت له أهلية الوجوب بمجرد ولادته وبالتالي تثبت له الحقوق والواجبات ولكنه لا يستطيع أن يباشر الأعمال والتصرفات القانونية بنفسة فهو غير مؤهل لمباشرة الأعمال القانونية وهي التي تسمى في الاصطلاح (أهلية الأداء) وهذه الأهلية تتأثر كقاعدة عامة بسن الإنسان ودرجة تمييزه ومع ذلك فأن كل شخص دون سن التمييز (سن السابعة) يكون حتما معدوم الأهلية، ثم يكون ناقص الأهلية بالضرورة مالم يبلغ سن الرشد،

1- ينظر- د. طلبة ابراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص304.
2- ينظر- د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية ـ دراسة قانونية مقارنة، ط1، الجامعة المستنصرية، بغداد، 2012، ص 26 .
3- ينظر- د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص104.

وثمة حالات خاصة يصاب فيها الشخص بعاهة يتأثر بها تمييزه فيصبح بسببها عديم الأهلية أو ناقص الأهلية إن خاصية الأهلية القانونية تقوم علي افتراض يوجب أن الشخص أهل للإلزام والالتزام إذا بلغ سن الرشد وهذا السن هو قرينة قانونية ثابت لوجود الأهلية وتأكيدها، فالطرف الثاني في المشاركة التمويلية المتناقصة هو العميل طالب التمويل الذي غالباً ما يكون شخصاً طبيعياً، لا بد ان يكون طالب التمويل متمتعاً بالأهلية الكاملة التي تجعله اهلاً لان يكون طرفاً في المشاركة التمويلية المتناقصة، وتعني الاهلية هنا الأهلية القانونية والتجارية فمتى بلغ سن الرشد الذي يحق له عنده مزاولة الأعمال التجارية جاز له التصرف ومزاولة الأعمال وتتوقف صحة ذلك على أن تتحقق في العميل طالب التمويل، العقل، والرشد، والبلوغ، والحرية، وان الاهلية التجارية قد تكون أهلية قانونية وقد تكون اهلية قضائية، وتعرف الأهلية القانونية بأنها صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات واستعمال هذه الحقوق أو ممارستها[1].

والاهلية القانونية هي الصلاحية التي يخولها القانون أي يمنحها القانون للشخص الذي يحترف العمل التجاري وهذه الاهلية قد تكون أهلية أداء وقد تكون اهلية وجوب واهلية الاداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها أي القيام بالتصرفات القانونية بصورة صحيحة [2]، وهنالك اهلية الاداء الناقصة وهي التي تتحقق متى كان الشخص أهلا للقيام ببعض الاعمال القانونية دون غيرها كما هو الحال بالنسبة للصبي المميز الذي يعد ناقص الأهلية وقد تثبت اهلية الوجوب رغم انعدام اهلية الاداء تماما كما هو الحال بالنسبة للصبي غير المميز ومن اجل ان يتمكن عن طريقها القيام بالأعمال التجارية على وجه يمكن الاعتداد به[3]، من الناحية القانونية وبعض القوانين التجارية ومن ضمنها قانون التجارة العراقي رقم(30) لسنة(1984) في المادة الثامنة منه اشترطت الأهلية في الشخص الذي يقوم بمزاولة الإعمال التجارية[4] .

1- ينظر- د. باسم محمد صالح، القانون التجاري -القسم الاول - النظرية العامة - التاجر- العقود التجارية - العمليات المصرفية- القطاع الاشتراكي، بلا ط، المكتبة القانونية، بغداد، 2017، ص 99.

2- ينظر- د. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج1، ط1، 2012، ص 86.

3- ينظر - المصدر نفسه، ص88.

4- حيث تنص المادة (8) من القانون التجارة رقم (30) لسنة (1984) على إنه " يشترط في التاجر ان يكون متمتعا بالأهلية وان يكون عراقي الجنسية ويجوز لغير العراقي ان يمارس العمل التجاري وفقا لمتطلبات خطة التنمية وبأذن من الجهة المختصة".

واهلية البلوغ هي أهلية الشخص الذي يكون بالغا سن الرشد بتمامه الثامنة عشرة من عمره والذي يعرف بكامل الأهلية فمتى اتم الشخص العاقل الطبيعي الثامنة عشرة من العمر اعتبر كامل الأهلية وبالتالي يعد متمتع بالأهلية التجارية وهذا ما سارت عليه بعض التشريعات ومنها القانون المدني العراقي في المادة (106)[1]، حيث حددت هذه المادة بلوغ سن الرشد بتمام ثماني عشر ولم يحدد سنا معينا للأهلية التجارية ويقابل هذه المادة في القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة (1976) المادة (1/43و2)، كما إن اهلية البلوغ هي تمام الثامنة عشر مع عدم اصابتها بعارض من عوارض الاهلية(المجنون و المعتوه والسفيه وذو الغفلة) .

وبينت المادة (8) من القانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984) يشترط في التاجر ان يكون كامل الاهلية دون ان تبين ما هو السن المطلوب لان يكون الشخص تاجراً.

واختلفت التشريعات ومنها التشريع العراقي في بيان أهلية القاصر التجارية حيث بينت المادة (1/98) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) " للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة من العمر مقدارا من ماله ويأذن له بالتجارة..." ومن خلال نص المادة أعلاه تبين ان القاصر قد يكون صغير مميز ويكون له رخصة القيام بالأعمال التجارية على جزء من أموالهم بعد صدور اذن من المحكمة بمزاولة الإعمال التجارية[2].

ونعتقد من خلال ما تقدم إنّ العميل طالب التمويل لا بد ان يكون كامل الاهلية حتى يكون طرفا في المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية، فلا يجازف المصرف في مشاركة عملاء في مشاريع يكون احتمال الربح فيه ضعيف ولاعتبارات كثيرة منها قلة الخبرة والكفاءة.

وعند سؤال المصارف الاسلامية في المقابلات هل يشارك المصرف قاصر مأذون في مشروع معين مشاركة متناقصة.

1- حيث تنص المادة (106) من القانون المدني العراقي على إنه" سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

2- ينظر- د. باسم محمد صالح، القانون التجاري - القسم الاول - النظرية العامة - التاجر- العقود التجارية - العمليات المصرفية- القطاع الاشتراكي، مصدر سابق، ص 109.

الجواب: ان المصرف الإسلامي يقصد من المشاركة هو الحصول على الربح لا يجازف في مشاركة عملاء في مشاريع يكون احتمال الربح فيه ضعيف ولاعتبارات كثيره من الخبرة والكفاءة الذي سوف نشير الية لاحقا[1].

2 ـ مشاركة العميل طالب التمويل في المشروع اما تكون مشاركة جزئية أو مشاركة عمل لأنه غالباً ما يكون طالب التمويل صاحب الفكرة المشروع ولم تكن لديه السيولة المادية الكافية لهذا المشروع، لذلك يلجا الى المشاركة لبناء مشروعه [2].

ونعني بالعمل هو كل جهد بدني أو ذهني مقصود ومنظم يبذله العميل لايجاد زيادة مادية أو منفعة، وغالباً ما يفوض المصرف الإسلامي العميل في القيام بالمشروع ومراقبة سير عملة[3].

3- توزيع الارباح ـ يحصل العميل على الربح الناتج من مشروع المشاركة حسب الاتفاق الساري بين طرفي المشاركة التمويلية المتناقصة وهذا ما بيناه سابقاً[4]،وعلى العميل طالب التمويل ان يتحمل الخسارة في حالة وجودها [5].

5- يشترط في طالب التمويل اذا كان شخصاً معنوياً أن يكون مرخصاً لممارسة العمل الذي يرتب في الحصول على تمويل لأنشائه من المصرف الإسلامي، وبهذا يختلف هذه الشرط بالنسبة للشخص المعنوي عن الشخص الطبيعي الذي لا يطلب منه ذلك.

هذه هي الشروط التي تتعلق بالعميل طالب التمويل التي حاول الباحث ان لا يكرر ما بينه في الشروط التي تتعلق بالمصرف الإسلامي لذا كانت الاستفاضة فقط الاهلية.

1- مقابلة شخصية أجريت مع مدير مصرف سلامي في كربلاء، بتاريخ (2023/7/16).
2- ينظر ـ محمود حسين الوادي، وحسين محمد سمحان، المصارف الإسلامية الاسس النظرية والتطبيقات العلمية، مصدر سابق، ص168.
3- ينظر ـ د. طلبة ابراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص289.
4- ينظر ـ زقاري آمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص40.
5- ينظر ـ سيف هشام صباح الفخري، صيغ التمويل الإسلامي، مصدر سابق، ص11.

المبحث الثاني

تكوين المشاركة التمويلية المتناقصة وتكييفها القانوني.

إن المشاركة تتكون حصيلة لتوافق إرادتي المصرف الممول والشريك طالب التمويل فالمصرف الممول هو الشخص المعنوي الذي يمتلك القدرة الاقتصادية والكفاءة المالية على المشاركة في مشروع اقتصادي، ومن ثم تتناقص حصته حسب اتفاق بين الطرفين مع حصوله نسبة من الارباح في المشروع وفقاً لشروط العقد القانونية.

بعد تعريف المشاركة التمويلية المتناقصة وبيان المزايا التي تحظى بها وما تتسم به من خصائص وصور وشروط في المبحث الأول، لا بد من الإحاطة بكيفية تكوين وتكييف المشاركة التمويلية المتناقصة لذلك آثرنا بيان تكوين المشاركة التمويلية المتناقصة في المطلب الأول ومن ثم التعرف على تكييفها في المطلب الثاني.

المطلب الاول

تكوين المشاركة التمويلية المتناقصة

تتكون المشاركة التمويلية المتناقصة من طرفين الشريك الممول والشريك طالب التمويل ويكون الشريك الممول مصرفاً إسلامياً، تمهيداً لظهور عقد المشاركة التمويلية المتناقصة الى حيز الوجود الذي يتم بتوافر أركانه، وبغية الإحاطة بجميع المسائل المتقدمة سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : أطراف المشاركة التمويلية المتناقصة.

الفرع الثاني : أركان المشاركة التمويلية المتناقصة .

الفرع الاول

أطراف المشاركة التمويلية المتناقصة

إن اطراف المشاركة التمويلية المتناقصة هم كل من المصرف الإسلامي الممول والشريك طالب التمويل سوف نتناولهم بالتفصيل وكالآتي .

اولاً: المصرف الإسلامي (الطرف الممول).

إن الطرف الممول في المشاركة التمويلية المتناقصة هو المصرف الذي يمول العميل طالب التمويل[1]، حيث نصت المادة (1/ثانياً) من قانون المصارف الاسلامي العراقي رقم (43) لسنة (2015) "يجوز تأسيس مصرف اسلامي وفقا لأحكام قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ و قانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وقانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ على ان يتضمن عقد تأسيسه ونظامه الداخلي التزاما بممارسة الاعمال المصرفية المسموح بها بدون فائدة اخذا وعطاء ووفقا لصيغ المعاملات المصرفية التي لا تتعارض مع احكام الشريعة الإسلامية سواء في مجال قبول الودائع وتقديم الخدمات المصرفية الأخرى أو في مجال التمويل والاستثمار"، حيث بينت المادة كيفية تأسيس المصرف على إن يتضمن عقد التأسيس التزاما بممارسة الاعمال المصرفية المسموح بها ووفقاً لصيغ المعاملات المالية التي تتوافق مع احكام الشريعة الإسلامية.

وقد عرفت تعليمات الصيرفة الإسلامية العراقية" المصرف الاسلامي : هو أي شخص معنوي يحمل تصريحا أو ترخيصا" بمقتضى هذه التعليمات للقيام بأعمال الصيرفة الاسلامية على وفق احكام الشريعة الاسلامية ولا يتعامل بالفائدة... " [2] .

وكان الظهور الأول للمصارف الإسلامية في الباكستان في نهاية الخمسينيات[3]، وفي عام(1963) فقد ظهرت تجربة الريف المصري وأنشأت بنوك ادخار تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وكان البنك الإسلامي الأردني عام (1978)، هو أول مصرف إسلامي في

1- ينظر- يوسف سعيد يوسف أبو سلمية، انتشار التمويل المصرفي الإسلامي بصيغة المشاركة، مصدر سابق، ص36.

2- ينظر- تعليمات الصيرفة الإسلامية العراقية، رقم (6) لسنة (2011) المادة (1) الفقرة (1).

3- ينظر- عناب زكرياء، البنوك الاسلامية ودورها في تمويل القطاع الزراعي - دراسة تجربة السودان، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية/ جامعة ام البواقي، الجزائر، 2016، ص5.

الاردن[1]، والمصرف العراقي الإسلامي للاستثمار والتنمية هو اول مصرف اسلامي في العراق، وبدأ مزاولة نشاطه بكامل صلاحياته من قبل البنك المركزي العراقي (1993)، وللبنك المركزي العراقي الحق في منح تراخيص لتأسيس مصارف تابعة لمصارف اسلامية عراقية، أو غير عراقية، و يحق للمصارف الاسلامية فتح فروع ومكاتب لها داخل العراق وخارجة وفق خطة سنوية تقدم الى البنك المركزي لاستحصال موافقته عليها وفق السياقات المعمول بها وتخضع هذه الفروع والمكاتب خارج العراق للأشراف المكتبي والميداني وفق اتفاقية تعد لهذا الغرض من قبل البنك المركزي العراقي، اضافة الى خضوعها لأشراف السلطة الرقابية المختصة في بلد تواجدها [2].

ولكي يكون المصرف الإسلامي طرفاً في عقد المشاركة التمويلية المتناقصة يجب علية تطوير وسائل اجتذاب الاموال والمدخرات وتوجيهها نحو المشاركة في عمليات الاستثمار على أسس الشريعة الاسلامية ومبادئها ويتكون من موارد بشرية وهذه الموارد لا بد أن تكون مؤهلة ومدربة وملمة بأساسيات التي قامت عليها المصارف الاسلامية، فوجود هذا الطاقم له دور كبير في التغلب على المعوقات التي واجهت المصارف الاسلامية في تطبيق اسلوب المشاركة، فإذا توفرت هذه النوعية الملائمة من الموارد البشرية، فإنها سوف تمثل أحد الضمانات الأساسية المطلوبة لمواجهة المخاطر التي تواجه عملية المشاركة[3]، وعليه إن المصارف الإسلامية حاملة رسالة تمثل جانبًا هاما من التطبيقات العملية لجانب من رسالة الإسلام في المعاملات المالية، يجب أخذ الحيطة في اختيار العاملين لديها، حتى تضمن مستوى معينا من الأداء ويضمن لها التميز في الأداء في الوسط المصرفي[4].

وأن من معايير اختيار العملاء الراغبين في الحصول على تمويل بصيغ المشاركات هو السجل المشرف للعملاء في العمليات الأخرى، إذ يُعد هذا السجل بمثابة ملف كامل عن ملاءة

1- ينظر- عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الاسلامية- التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، ط1، المركز الثقافي العربي، 2000، ص22.

2- ينظر- تعليمات الصيرفة الإسلامية، رقم (6) لسنة (2011)، المادة (1) الفقرة (1و2)

3- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الإسلامية، مصدر سابق، ص 130.

4- ينظر- د. شهاب احمد سعيد العزعزي، ادارة البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص81.

العميل وسمعته التجارية [1]، وبمجرد أن يكون هذا السجل مشرفًا فإنه يعني المضي قدما في منح التمويل بأسلوب المشاركة دون خوف وتردد من المصرف[2].

ونعتقد وجوب اختيار العملاء من ذوي الخبرة الكافية والاسم التجاري والتجارب الناجحة؛ لأن هذه الخبرة تؤدي إلى دراية واسعة من قبل العميل وبالتالي ضمان نجاح المشروع الممول، أضف إلى ذلك بأن تتم الموازنة بين حجم التمويل والملاءمة المالية للعميل، وهذه نقطة غاية في الأهمية؛ لأن المشروع يكون في أحيان كثيرة بحاجة إلى تمويل بحجم أكبر من حجم التمويل الممنوح، ويكون العميل طالب التمويل غير قادر على الوفاء بهذه الحاجات، مما يؤدي إلى فشل المشروع الممول، فلو كان بمقدور العميل مادياً، دعم مشروعه عند الحاجة، لما أدى ذلك ألى فشل المشروع، وهذه أيضاً نقطة يمكن أن تسجل على المصرف الإسلامي إذا لم يقم بدراسة المشروع جيداً ومعرفة أن التمويل الممنوح، ومقدرة العميل المالية أيضا، لا توفيان بحاجة المشروع من السيولة.

كما تواجه الأساليب و الصيغ الاسلامية في عدم وجود تنظيم قانون خاص، ومن بين هذه الأساليب نظام المشاركة، ويتمثل السبب الرئيسي الذي أدى إلى تواجد هذه المشكلة في بُعد القوانين والتشريعات المطبقة في غالبية الدول الإسلامية عن قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية وخاصة فيما يتعلق بجانب المعاملات المالية[3]، على الرغم من وجود تشريع خاص بالمصارف الإسلامية في العراق رقم (43) لسنة (2015) لكنه لم ينظم العمل بالمشاركة، وأكتفى فقط بالإشارة الى المشاركة في المادة الثانية في الفقرة ثانياً منه[4]، على عكس المشرع

1- ينظر- أحمد محي الدين، تطبيق المضاربة والمشاركة الثابتة والمتناقصة في التمويلات المصرفية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الرابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، 2004، ص31.

2- ينظر- الياس عبد الله ابو الهيجاء، تطوير أليات التطوير بالمشاركة في المصارف الاسلامية "دراسة حالة الاردن، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الاقتصاد والمصارف الإسلامية/ جامعة اليرموك، الاردن، 2007، ص167.

3- ينظر- د. علي السرطاوي، التمويل بصيغة المشاركة المتناقصة تكيفها واثارها، مصدر سابق ، ص 14.

4- ينظر- حيث تنص المادة (2) الفقرة الثانية منه على إنه " تطوير وسائل جذب الاموال و المدخرات و تنميتها بالمشاركة في الاستثمار المنتج بأساليب و وسائل مصرفية لا تتعارض مع احكام الشريعة الإسلامية.

الأردني حيث كان سباقاً في تشريع قانون خاص في المصارف الاسلامية وأسمة قانون البنك الاسلامي الاردني رقم (13) لسنة (1978) كما وعرف المشاركة المتناقصة في المادة الثانية منه[1].

وأهم ما يجب المطالبة بتغييره هو تعديل سياسة الاحتياطي النقدي لتصبح فقط على الودائع الجارية وتحت الطلب، لأن المصرف الإسلامي مطالب بردها، أما الودائع الاستثمارية فلا يجب تطبيق مثل هذه النسبة عليها [2].

ونتفق مع راي تعديل سياسة الاحتياطي النقدي أعلاه لأنه مشاركة في الربح والخسارة فهي أموال لأصحابها يستثمرها المصرف الإسلامي ضمن نطاق السيولة التي تمكنه من ردها عند الاستحقاق كأموال المشاركة في الربح والخسارة، فإن خسرت دون تعد أو تقصير من المصرف، لا يوجد رد لها وعكس ذلك.

ثانياً: الطرف الثاني (طالب التمويل) .

أما الطرف الثاني من المشاركة هو العميل طالب التمويل وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنوياً يسعى إلى مشاركة الطرف الممول في مشروع اقتصادي يطمح إلى الانفراد بالمشروع بعد استرداد حصة شريكه فتتقابل مصالح أطراف المشاركة إذ يسعى الشركاء إلى تكوين وحدة اقتصادية لتحقيق مبتغاهم[3].

وعلى الشريك طالب التمويل أن يكون متمتع بالكفاءة الفنية والإدارية حتى يضمن المصرف الإسلامي إسترداد التمويل الذي قدمة للمشروع مع الضمانات ألأخرى التي تدخل ضمن دراسة الجدوى الاقتصادية لتنفيذ وإدارة عملية المشاركة، وتختلف طبيعة هذه الكفاءة من عملية لأخرى تبعًا لنوع النشاط والمشروع الذي يتقدم العميل للحصول على تمويل له من المصرف لتنفيذه فطبيعة الكفاءة الفنية والإدارية الواجب توافرها في طالب التمويل لتنفيذ وإدارة عملية تجارية معينة تختلف عن طبيعة الكفاءة اللازمة لتنفيذ مشروع صناعي أو

1- حيث تنص المادة (2) على إن " المشاركة المتناقصة دخول البنك بصفة شريك ممول كلياً أو جزئياً مشروع ذي دخل متوقع وذلك على أساس الاتفاق مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي أو اي قدر منه يتفق علية ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل".

2- ينظر ـ محمد عبد الرؤوف حمزة، المشاركة في الشريعة الإسلامية، رسالة الماجستير مقدمة الى كلية الاقتصاد الإسلامي / جامعة سانت كلمنتس، الشارقة، 2007، ص7.

3- ينظر ـ د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص100.

زراعي ما مثلاً، وإن كفاءة العميل الفنية والإدارية إلى بيان وتحديد درجة الثقة التي يمكن إعطاؤها للمصرف الممول، وبذلك قدرة وكفاءة ونزاهة العميل وتحديد مدى استعداده للوفاء بالتزاماته، وحسن إدارته وترجع أهمية وضرورة توافر هذه الكفاءة إلى طبيعة نظام المشاركة ذاته، فإذا كانت هذه الطبيعة تحدد دور المصرف في كونه ممولاً لجزء من العملية، فإنها تحدد دور الشريك في كونه المنظم والمدير المسئول عن تنفيذ وإدارة العملية الاستثمارية بصورة كاملة [1].

وهذا يستدعي ضرورة توافر صفات المنظم والمدير الناجح في هذا العميل، باعتباره يجمع هنا بين شخصية المنظم وشخصية المدير حيث إن إمكانية الإدارة تعتمد على قدرة المدير على الإدراك الدقيق للظروف الحالية، وبصيرته في التنبؤ باحتياجات السوق في المستقبل وقدراته فيما يتعلق بتطوير استراتيجيات فعالة، وفي الأمور التنفيذية مثل حدسه في اختيار الأشخاص المناسبين لأداء المهام المناسبة، ويستعين بالأكفاء والمتخصصين، ومن الصفات التي يجب توافرها في المدير الناجح، القدرة على القيادة والمقدرة على اتخاذ القرار الصحيح في الوقت المناسب وتنفيذه بإحكام وإلا كان الشريك طالب التمويل هو السبب الأساسي لحدوث المخاطر التي تتمثل في عدم سداد التمويل الذي حصل عليه من المصرف الممول، ويرجع ذلك إلى واحد أو أكثر من العوامل التي تنبع من الشريك، ويمكن إرجاع ذلك إلى إدارته للمشروع، أو مدى توافر الخبرة والمعرفة بالنشاط الممول، أو حالة العميل طالب التمويل المالية أو سلوكه الشخصي[2]، الواقع العملي يبرهن ذلك من خلال توجيه سؤال للمصرف الاسلامي [3]، أهم المخاطر والتحديات التي يواجها المصرف أثناء المشاركة ؟

الجواب: عدم تسديد العميل طالب التمويل أو التلكؤ في التسديد مما يجعل المصرف يلجأ الضمانات الشخصية والمحاكم أحيانًا أخرى.

وكذلك وجهنا سؤال آخر للمصرف الإسلامي هل يشترط في العميل طالب التمويل الخبرة في أسلوب المشاركة والنشاط الممول.

1- ينظر- يوسف سعيد يوسف ابو سلميه، معوقات انتشار التمويل المصرفي الإسلامي بصيغة المشاركة، مصدر سابق، ص27.

2- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص173.

3- مقابلة شخصية أجريت مع مدير مصرف إسلامي في كربلاء، بتاريخ (2023/7/16).

الجواب: عدم اختيار المصرف عميلاً صاحب خبره كافية في النشاط الممول معتمدين على الضمانات في استرداد التمويل الذي يقدمه[1].

ونعتقد إن العميل طالب التمويل لابد أن يكون صاحب خبره وكفاءه كافية في هذا النشاط لكي يستطيع ادارة المشروع لتسديد تمويل المصرف مع الربح المتفق عليه في المشروع .

1- مقابلة شخصية أجريت مع مدير مصرف إسلامي في كربلاء ، بتاريخ (2023/7/16).

الفرع الثاني

أركان المشاركة التمويلية المتناقصة

للمشاركة التمويلية المتناقصة أركان كسائر العقود الأخرى قبل البحث بها سوف نشير ألى العقد الذي ينعقد بتطابق أو توافق أو تلاقي إرادتين أو أكثر على أنشاء الالتزام أو نقلة أو تعديله أو إنهاءه[1]، وقد نصت المادة (73) من القانون المدني العراقي على أنه " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثر في المعقود علية"[2]، وتقابل هذه المادة في القانون المدني الاردني المادة (87)، ومن أجل انعقاد العقد فلا بد من توافر رضا الطرفين وهذا هو الركن الأول في العقد كما ينبغي أن تتجه الإرادتين إلى إحداث أثر قانوني لابد له من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه وهذا هو الركن الثاني، كما إن الشخص الذي يلتزم في العقد بإرادته يجب إن يكون مدفوعاً إلى هذا الالتزام بسبب معين ولذلك يعتبر السبب ركناً ثالثاً[3]، في العقد وقد يفرض القانون في التراضي أن يفرغ في شكل مخصوص، ومن ثم قد يكون الشكل الركن الرابع في العقد، إن المشاركة التمويلية المتناقصة كسائر العقود يستلزم لانعقاده توافر أركانه وعليه سنعرج البحث أركان المشاركة التمويلية المتناقصة باستثناء ركن السبب إذ لا يمتاز بأية خصوصية لذا ارتأينا الإحالة بشأنه إلى القواعد العامة في القانون المدني.

اولاً : التراضي

يقصد بالتراضي وجود أرادتين متوافقتين وهما ارادة المصرف (الممول) واردة العميل (طالب التمويل)ويعد التراضي أهم ركن من أركان العقد[4]، وجود الرضا في المشاركة التمويلية المتناقصة لا يتحقق إلا بالتعبير المتبادل عن الإرادة ولا ينعقد إلا بتوافق الإرادتين، مما يستلزم وجود إرادتين قادرتين على إحداث اثر قانوني ويحدث هذا الأثر بتبادل التعبير عن إرادة الممول وطالب التمويل ويظهر هذا التعبير بالإيجاب والقبول .

1- ينظر- د. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1 ، ط بلا ،المكتبة القانونية، بغداد، 2017، ص25.

2- ينظر - القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المادة (73).

3- حيث تنص المادة (87) من القانون المدني الاردني ، رقم (43) لسنة (1976)، على إن " العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت اثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

4- ينظر- د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الالتزامات، بلا ط، المطبعة العالمية، القاهرة،1964، ص46.

أ- الإيجاب

الإيجاب هو التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص أخر يعرض عليه التعاقد على أسس أو بشروط معينة وهو الإرادة الأولى التي تظهر بالعقد وإن وجود الإيجاب في التعاقد يتوقف على صدور تعبير بات عن الإرادة متضمناً تحديد العناصر الجوهرية في العقد[1]، إلا إن العناصر الجوهرية التي يتوقف عليها وجود الإيجاب بالتعاقد تنقسم إلى العناصر الموضوعية والعناصر الشخصية فإذا كان العقد من العقود ذات الطابع الموضوعي يكفي لوجود الإيجاب إن يتضمن التعبير عن الإرادة تحديد العناصر الموضوعية الجوهرية أما إذا كان العقد من العقود ذات الطابع الشخصي فيجب لكي يرتقي التعبير عن الإرادة إلى مرتبة الإيجاب أن يتضمن العناصر الشخصية فضلاً عن العناصر الموضوعية [2].

السؤال الذي لابد طرحة من هو صاحب الإيجاب المصرف الإسلامي (الممول) أو العميل (طالب التمويل) وما هو محتوى الإيجاب وما هو وقت صدور الإيجاب؟

إن المشاركة التمويلية المتناقصة من العقود ذات الطابع الشخصي إذ تكون شخصية الشريك أو صفة من صفاته محل اعتبار في التعاقد، ومن ثم لا يعتبر إيجاباً إن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركانه بل دعوة إلى التفاوض كان يعلن شخص عن حاجته إلى سكرتير خاص يحمل شهادة معينة ويعمل بمرتب معين أو ترسل شركة التأمين شروط التأمين ونسخة من العقد إلى أحد الأشخاص، لأن شخصية المتعاقد الآخر أو صفاته التي تعد عنصراً جوهريا ما زالت غير محددة فلا بد من توجيه العرض إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات حتى يعتبر هذا العرض إيجابا، لذلك أن الايجاب يكون صادر من العميل (طالب التمويل) على شكل طلب تمويل بالمشاركة إن تقديم طلب التمويل بالمشاركة يمثل الحلقة الأولى من سلسلة الخطوات العملية السابقة على انعقاد عقد المشاركة يقدمه للمصرف الإسلامي و الاشتراك في مشروع استثماري معين مشاركة تمويلية متناقصة وبعد أن يتم التعرف على طبيعة المشروع المطلوب تمويله وقيمة التمويل ونسبة المشاركة وتكوين وجهة نظر مبدئية عن المشروع يتم تحديد البيانات والمعلومات التي يجب على العميل إدراجها في نموذج طلب معد سلفا يوثق بالتوقيع ليقدم كطلب للتمويل بالمشاركة، اذاً الإيجاب يحتوي على طلب تمويل ويرفق معه الوثائق

1- ينظر - د. عبدالمجيد الحكيم و آخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص51.

2- ينظر- د. مشعل مهدي جوهر حياة، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، 2009، ص51.

والمستندات اللازمة كصورة من سند ملكية طالب التمويل للأرض أو صورة من المخطط الهندسي لتحديد موقع البناء فيما لو كان المشروع المزمع الاشتراك فيه قد انصب على عقار، و دراسة جدوى اقتصادية للمشروع معدة من قبل احد المكاتب الاستشارية أو الهندسية توضح تكاليف المشروع المالية والإيرادات المتوقعة على أسس فنية وواقعية، أما وقت صدوره هو وقت تقديم الطلب من قبل العميل (طالب التمويل) للمصرف (الممول)[1].

وتأسيس على ما تقدم بعد قيام العميل بتقديم طلب التمويل بالمشاركة برفقة الوثائق والمستندات ويتأكد المصرف من كفاءة العميل ودراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع المقترح إلى المصرف يعتبر إيجابا يصلح لانعقاد عقد المشاركة التمويلية المتناقصة فيما لو أقترن بقبول مطابق له، أما إذا اتخذ المصرف الإسلامي قراره بتعديل ما تضمنه طلب التمويل بالمشاركة فيعد ذلك إيجاباً جديداً فلا تنشأ الرابطة العقدية ألا أذا طابقه قبول.

ب ـ القبول

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، فهو بهذه المعنى يعد الإرادة الثانية في العقد لان الايجاب هو الإرادة الأولى إي من تتحرك اولاً، والقبول هنا متضمن الموافقة على الإيجاب الموجه إليه بكل عناصره فالرضا لا يتحقق إلا إذا التقى التعبير عن القبول بالتعبير عن الإيجاب، فإذا تم الارتباط بين الإرادتين أي بين القبول والإيجاب ينعقد العقد[2] .

اقتران الإيجاب بالقبول في عقد المشاركة التمويلية المتناقصة تتطلب صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب دون سواه أي من الموجب إليه الذي اعتد بشخصه أو بصفاته عند توجيه الإيجاب ليتحقق رضا الطرفين وينعقد العقد، فاذا استجاب شخص آخر لهذا الإيجاب كانت هذه الاستجابة إيجاباً جديداً إذ صدر القبول من شخص لم تتجه إرادة الموجب إلى التعاقد معه[3] .

1- ينظر- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص 52.

2- ينظر- المصدر نفسه، ص56.

3- ينظر- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والحراسة، تنقيح المستشار احمد المراغي، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2004 ، ص208، ص 342.

إن المبادئ التي تفضيها القواعد العامة إن يكون للشخص حرية قبول أو رفض التعاقد فكل من حرية القبول وحرية الرفض إذا وجه الإيجاب فان من وجه إليه حرا إن شاء قبل وان شاء رفض ويسمى ذلك حرية الاتجاه الأول خيار القبول[1].

السؤال الذي يطرح نفسه من يقوم بالقبول في عقد المشاركة؟

الموافقة تأتي من المصرف الممؤل بعد ايجاب العميل طالب التمويل في المشاركة، غير إن القبول في المشاركة يتوقف على هدف المشاركة إي مقبول شرعا غير مخالف للقانون والنظام العام والآداب العامة[2]، كما ويراعي المصرف الإسلامي الآمور الاقتصادية والاجتماعية التي تستخدمها المصارف التقليدية ولكن في حدود الشريعة الإسلامية [3]، ويراعى المصرف عند تحديده أولويات استثماراته أن تكون متوافقة مع الأوليات الاقتصادية وذلك في حدود الإمكانيات المتاحة للمصرف واتساقا مع الطبيعة الإسلامية والتي توجب عليه ضرورة مراعاة المصالح و أولوياتها بين ضرورية وحاجية وتحسينية[4].

كما إن القبول في المشاركة التمويلية المتناقصة، يأتي بعد تأكد المصرف الإسلامي الممول من صحة البيانات الواردة في الايجاب الممثلة بطلب التمويل ومن ثم تحليل مركزه المالي للتعرف على مقدرته المالية ومدى وفاءه بالتزاماته والتأكد من أمانته لبسط ثقة المصرف بطالب التمويل[5]، والقبول ليس هو الدخول في مفاوضات بين المصرف الإسلامي وطالب التمويل وإنما القبول هو انعقاد عقد المشاركة التمويلية المتناقصة، وأذا تحقق رضا طرفي عقد المشاركة التمويلية المتناقصة باقتران الايجاب بالقبول وكان كل منهما قائماً واتصل بعلم من وجه إليه ينبغي أن ينصب على المسائل الجوهرية والتي تمثل العناصر الأساسية في العقد المشاركة ومنها، مساهمة كل شريك في رأس مال المشاركة التمويلية المتناقصة، والضمانات اللازمة لاستيفاء الشريك الممول حقوقه، وإدارة المشروع المقترح وكيفية توزيع الأرباح

1- ينظر- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص 57- 58.

2- ينظر - د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص107.

3- ينظر- د. طلبة ابراهيم سعد على، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص305.

4- ينظر- يوسف سعيد يوسف ابو سلميه، معوقات انتشار التمويل المصرفي الإسلامي بصيغة المشاركة، مصدر سابق، ص22.

5- ينظر- سارة مرابط، صيغ وأساليب التمويل في نظام المشاركة وتنفيذها داخل البنوك، رسالة مقدمة الى كلية العلوم الاقتصادية / جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي، الجزائر، 2013، ص68.

الناتجة عنه، والآلية المتبعة لإنهاء المشاركة، والمدة التي تنتهي فيها المشاركة التمويلية المتناقصة[1].

ثانياً : المحل

المقصود بالمحل في العقد هو المعقود عليه إي ما يرد عليه العقد ويرتب أثره فيه [2]، وهذا يختلف عن محل الالتزام وهو قيام بعمل او أمتناع عن عمل وللمحل شروط حيث بين القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) في المادة (128 /1) والمادة (61 /1) وفي المادة (130 /1) حيث تنص المادة (١٢٨/١) من القانون المدني العراقي على أنه "يلزم أن يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه أو الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد " وتنص المادة (٦١/١) على أنه " كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية" وتنص المادة (١٣٠/١) على انه "يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام أو للآداب والا كان العقد باطلا"، وتقابل هذه المادة في القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) المادة (٥٥) و (١٦١ /١) والمادة (١/١٦٣) [3]، وهي إن يكون المحل موجوداً أو ممكناً، و إن يكون المحل معيناً أو قابل للتعين، يجب أن يكون المحل قابل للتعامل فيه[4]، اما المحل في المشاركة هو ما يصلح أن يكون معقودا عليه في المشاركة التمويلية المتناقصة وهي المجالات التي يمكن تطبيق هذا النوع من أنواع المشاركات [5].

السؤال هنا ما هو محل المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية ؟

إن المحل في المشاركة التمويلية المتناقصة باعتباره عقد تتمثل في المشروع آما محل الالتزام يتمثل في الحصة التي يقدمها الشريك أذا كان المحل هو الحصة التي يقدمها الشريك فهذا يؤدي

1- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص30.

2- ينظر- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص129.

3- وحيث تنص هذه الموادة في القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) المادة (٥٥) والتي تنص "الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها و التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية " والسادة (١٦١ /١) التي تنص على إنه " يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة بالأشارة أو الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات أو مما تنتفي به الجهالة الفاحشة" والمادة (١٦٣ عن (١) والتي تنص على إنه "يشترط ان يكون المحل قابلا لحكم العقد"

4- ينظر- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص130.

5- ينظر - د. وائل محمد عربيات المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص 96.

إلى تعدد المحل بتعدد الحصص فهنالك فرق بين محل العقد ومحل الالتزام كل شريك لان العقد عبارة عن مجموعة الالتزامات فمحل العقد هو المشروع او النشاط الذي يشارك الجميع في تشغيله، ينبغي أن يقدم كل شريك حصة فلا يعد شريكا من لا يساهم في رأس المال [1]، و يشترط في حصة كل شريك ما يشترط في أي محل للالتزام بأن تكون مشروعة ومعينة تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة[2]، فجهالة رأس مال المشاركة الذي يتكون من مجموع الحصص التي يقدمها الشركاء تؤدي إلى جهالة الربح والذي يتمثل بالقدر الزائد على رأس المال[3]، فضلاً عن جهالة مقدار ما يتحمله كل شريك النفقات ومقدار ما يسترده من رأس المال .

ولا يشترط أن تكون الحصص التي يقدمها اطراف المشاركة التمويلية المتناقصة متساوية أو من طبيعة واحدة، ولكن يجب أن تكون حصة الشريك قابلة للتقدير بالنقد متى ما كانت الحصة عينية وصناعية (عمل) ما دام رأس المال يقدر بالنقد [4].

فالحصة التي يقدمها الشريك قد تكون نقدية أو عينية متى ما قدم الشريك مالاً آخر غير النقود كالعقارات أو المنقولات المادية أو المعنوية فيمكن أن يقدم الشريك حصته عقاراً ويمكن أن تكون منقولاً مادياً كالبضائع والسيارات أو منقولاً معنوياً كبراءة اختراع[5]، فيجب أن تقوم الموجودات العينية بالنقود باتفاق الشركاء وتقاس قيمة حصة الشريك في المشاركة بالقيمة العادلة وقت التعاقد بمعرفة أهل الخبرة والاختصاص [6].

وقد تكون الحصة التي يقدمها الشريك في المشاركة التمويلية المتناقصة عملاً أو ما يعرف بالحصة الصناعية كأن يقدم المصرف الممول رأس مال المشاركة ويقدم الشريك طالب التمويل العمل وعندها تظهر المضاربة كإحدى صور المشاركة، كما لو قدم أحد الشركاء أداة

1- ينظر قرار صادر عن دائرة النقص المدنية، دولة الإمارات العربية المتحدة في الطعن رقم (٣٨) في تاريخ (١٤ / ١١ / ١٩٩٨٤) منشور في مجلة العدالة العدد (٤٣)، ١٩٨٥، ص 87.

2- ينظر- المادة (130 /1) والمادة (128 /1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).

3- ينظر- احمد الصويعي شليبك، المشاركة المنتهية بالتمليك كما يجريها بيت التمويل الامريكي (لا ربا) ، مصدر سابق، ص 358.

4- ينظر- د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية - دراسة قانونية مقارنة ، مصدر سابق ، ص 42.

5- ينظر- كامل عبد الحسين البلداوي، الشركات التجارية في القانون العراقي، ط بلا، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1990، ص24.

6- ينظر- جاسم علي سالم الشامسي، المشاركة المنتهية بالتمليك العقار، مصدر سابق، ص594.

إنتاج لمن يعمل عليها بجزء شائع من الناتج على أن يدخر نصيب الشريك المضارب من الأرباح أو جزء منه حسب الاتفاق لدفع قيمة تلك الأداة [1].

كما يمكن تطبيق الاستثمار بالمشاركة التمويلية المتناقصة في مجال النقل (كشراء السيارات) مما يستعمل لنقل الأشخاص والبضائع وذلك على أساس حصول الشريك الممول (المصرف) على جزء من الدخل المتحقق كإيرادات له، والباقي يحتجزه كلة أو جزء منه حسب الاتفاق ليسترد المبلغ الذي قدمه للشريك(العميل)[2].

ثالثاً : الشكلية

نعني بالشكلية هو الذي يجب لقيامه ان يتخذ رضا العاقدين فيه شكلاً معيناً يحدده القانون أو الاتفاق [3]، ويعتبر الشكل أسلوب التعبير عن الإرادة [4]، وليس بديلاً عن الإرادة ذاتها ولا يستغنى به عنها، فالإرادة هي التي تنشئ التصرف القانوني، ووجود الشكل لا يغني عن وجود إرادة سليمة صالحة للتعاقد، وفي الغالب يهدف المشرع من وراء فرضة للشكلية في العقود اثبات وجود العقد وفحواه في حالة النزاع، وهذا ما يتجلى من الكتابة الرسمية أو العرفية، والتي من خلالها يضمن المتصرف إثبات حقوقه المترتبة على التصرف، وبعد إتمام إجراءات الكتابة يصبح العقد قد حددت التزاماته على أطرافه وواجب الوفاء بها، كما إن الإرادة هي جوهر التصرف والشكل هو إظهار هذه الإرادة إلى الخارج وهو كناية عن القالب الذي يوضع فيه التصرف القانوني لينتج آثاره[5]، فالشكل يمثل القاسم المشترك بين العقود الشكلية والعنصر المميز لها عن العقود الرضائية، التي يكفي لانعقادها تراضي المتعاقدين أي اقتران الإيجاب بالقبول فالتراضي وحده الذي يكون العقد[6]، أما العقود الشكلية هي لا تنعقد بمجرد تراضى المتعاقدين بل يجب لتمامها فوق ذلك إتباع شكل مخصوص يعينه القانون مراعاة لاعتبارات

1- ينظر- د. محمود عبد الكريم ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص49.
2- ينظر- د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص97.
3- ينظر- د. لطيف جبر كوماني الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة، مصدر سابق، ص27.
4- ينظر- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص 31.
5- ينظر- د. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، بلا ط، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007، ص9.
6- ينظر- د. حازم أكرم صلال الربيعي، الشكلية في عقود الانترنت، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2012، ص 6.

خاصة [1]، فالشكل وسيلة فنية وقائية يهدف بها المشرع إلى ضمان وجود الإرادة وجوداً قانونياً سليماً فالتراضي هو الركن لكل عقد، أما الشكل الذي يتطلبه القانون وان كان ركنا لازماً لقيام العقد الشكلي ينعدم بتخلفه إلا انه لا يقوى على الانفراد لتكوين العقد فلا بد من اقترانه بإرادة المتعاقدين ليكون قيدا على مبدأ الرضائية في مرحلة إنشاء العقد[2]، إن الصفة العقدية للمشاركة التمويلية المتناقصة تحتم علينا التعرف على المشاركة محل البحث هل هي عقد شكلي أم عقد رضائي ؟ .

إن الإجابة على السؤال المتقدم تتطلب التمييز بين فرضين -:

الفرض الأول :

تعد عقد المشاركة التمويلية المتناقصة عقدا شكليا إذا انصبت المشاركة على عقار أو منقول:

كما لو اتفق الشريك الممول والشريك طالب التمويل على المشاركة في عقار أو سيارة باعتبارها تتطلب شكلية معينة فهنا لا ينعقد العقد إلا إذا إجراءات التسجيل في الدائرة المختصة، يقتضي مراعاة الشكل الذي نص عليه القانون واشارت المادة(2/3)من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 [3].

تأسيساً على ما تقدم فإن، فلا يكفي لانعقاد عقد المشاركة التمويلية المتناقصة تراضي المتعاقدين بل لا بد إلى جانب ذلك من استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون .

الفرض الثاني:

تعد المشاركة التمويلية المتناقصة عقداً رضائياً يكفي لانعقاده توافق إرادة أطرافه متى ما لم يرد على عقار أو منقول يتطلب تملكه مراعاة إجراءات خاصة وبهذا يمكن القول إن عقد المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الأصل عقد رضائي يكفي لانعقاده مجرد التراضي

1- ينظر- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004، ص127.

2- ينظر- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004، ص127.

3- تنص المادة (2/3) من قانون التسجيل العقاري على إنه" لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري".

فالرضائية هي القاعدة العامة في القانون العراقي، ولكن من حيث الاستثناء عقد شكلي يتطلب القانون إفراغ التراضي في شكل محدد يجب مراعاتهم [1].

ونعتقد إن الحديث عن الشكلية في القانون التجاري التي تخضع معاملاته لمبدأ سلطان الإرادة والرضائية يعد ضربا من التناقض خاصة في العقود التجارية، ويطرح الكثير من التساؤلات بالنسبة لنظرية العقد خصوصا بعد أن أصبحت الشكلية في العمليات الواردة على المحل التجاري ركنا فيها حيث تحولت هذه الشكلية إلى فنية في صناعة القاعدة القانونية تتعدى أهدافها تحقيق مبادئ القانون التجاري التقليدية لتحقق الإرادة التشريعية في ضبط السوق بقواعد أمرة وموازية لمبدأ حرية الصناعة والتجارة.

1- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص34.

المطلب الثاني

التكييف القانوني للمشاركة التمويلية المتناقصة وتمييزها عما يشتبه بها

التكييف هو عملية قانونية يقصد بها إعطاء الوصف السليم الذي يتفق و النتيجة التي ارتضاها طرفي المشاركة أثراً له بصرف النظر عن الوصف الذي أسبغاه عليه[1]، فتكييف المشاركة أي تحديد وصفه القانوني من عمل القاضي ليس من عمل الإفراد[2] .

سوف نقسم هذه المطلب على فرعين وكالاتي:

الفرع الأول : الطبيعة القانونية للمشاركة التمويلية المتناقصة

الفرع الثاني : تميز المشاركة التمويلية المتناقصة عما يشتبه بها.

1- ينظر- د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني (البيع والإيجار)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2012، ص21.

2- ينظر- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج1، ط3، مطبعة العاني، بغداد، 1974، ص5.

الفرع الاول

الطبيعة القانونية للمشاركة التمويلية المتناقصة

تعد المشاركة التمويلية المتناقصة من العقود المستجدة والتي لم تعرف قديماً بهذه الصورة والتي كانت تقتصر سابقا على أنواع الشركات المعروفة ، ولم يوجد في تعبير فقهاء القانون ما يسمى بالمشاركة المتناقصة أو المشاركة التمويلية المتناقصة لكنها عرفت فيما بعد [1].

أن المصارف الاسلامية ملتزمة بممارسة عمليات المشاركة ولذلك لا بد من أيجاد نظام تمويلي جديد يتمتع بالشرعية إلى جانب القدرة على تحقيق التمويل للمشروعات، وكان هذا النظام هو نظام المشاركة التمويل المتناقصة [2].

وغياب النص القانوني المحدد لتكييف المشاركة التمويلية المتناقصة استلزم إسناد هذه المهمة إلى القضاء، فالتكييف يعد عملاً قانونياً اجتهادياً تتولى المحكمة القيام به من تلقاء نفسها فهو من صميم عملها لا يتوقف على موافقة الخصوم، لتحديد النظام القانوني واجب التطبيق على محل النزاع، لذلك أثرنا الخوض في تكييف المشاركة التمويلية المتناقصة [3] .

والسؤال الذي لا بد من طرحه للبحث فيه هل المشاركة التمويلية المتناقصة شركة أم عقد قرض؟ أم هي صيغة جديده لها طبيعتها الخاصة، أي تنظم كعقد جديد له أحكامه الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود التي تشتبه به ؟ كما وضع في أغلب البلدان الإسلامية قانون خاص للإيجار التمويلي يتميز في أحكامه عن عقد الايجار.

اولاً : تكييف المشاركة التمويلية المتناقصة على أساس أنها شركة .

الشركة هي اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد [4]، وقد عرف قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة (1997) في المادة الرابعة الفقرة الاولى منه على أنه الشركة هي "عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من

1- ينظر- د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص 58.
2- ينظر- د. طلبه أبراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص245.
3- ينظر - جاسم على سالم الشامسي، المشاركة المنتهية بالتمليك العقار، مصدر سابق، ص 1281.
4- ينظر - د. هشام احمد عبد الحي، المصرف الإسلامي، بلا ط، منشاة المعارف، جلال حزي وشركاه، مصر، 2010، ص 347.

العمل... " وتقابل هذه المادة في القانون الأردني المادة (582) من قانون المدني الأردني كما عرفت مجلة الاحكام العدلية الشركة في المادة (1329)[1].

والمشاركة تقوم بين المصرف والعميل على إن يقدم المصرف تمويلاً كلي أو جزئي بقصد انشاء مشروع متوقع الدخل واقتسام الأرباح والخسائر ثم يقوم العميل برد ما قدمه المصرف من تمويل وبشكل تدريجي حتى يكون المشروع بشكل كامل للعميل[2]، وهذا ما أكده المعيار رقم (12) و الصادر عن هيئاة المحاسبة والمراجعة والمجامع الفقهية التي استند إليها المعيار وبهذا التكييف فان رأس المال الذي يدفعه المصرف لا يشترط أن يكون أصلا في المشروع بل قد يكون سيولة ويجوز أن يذهب لتشغيل المشروع والسلع الاستهلاكية فيه التي تستخدم للتشغيل ويجوز الأخذ من رأس مال المصرف كذلك أجور العمال أو النفقات والمصاريف الإدارية، وهذا التكييف تحتاجه كثير من المشاريع التي تنشأ جديدا وقد تكون بحاجه إلى سيولة لتشغيل المشروع واستكمال رأس مال المشروع مع العميل والعقد الذي يبرمه المصرف مع العميل يجب أن ينصب على تنظيم عمل المشروع[3]، ولا يجوز ان يشترط فيه البيع لأنه أمر يتنافى مع مقتضاه بل لابد أن يكون هناك وعد مستقل عن عقد المشاركة بالبيع للحصص وان يتم البيع بعقد مستقل ثالث ويكون البيع للحصة في رأس مال المشروع بالسعر الذي يتفق عليه عند البيع أو بقيمتها وقت البيع ولا يجوز أن يكون البيع بالقيمة الاسمية وتكون مصروفات المشروع على الأطراف كل بنسبته ولا يجوز ان تشترط على أحدهما ويجب تحديد النسبة فيها المستحقة لكل طرف من الأطراف ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع وأجازه المعيار(١٢) بند (٥/ ٩)لأحد الأطراف استئجار حصة شريكه باجرة معلومة ولمدة محددة ويضل كل من الشريكين مسؤولا عن الصيانة الأساسية لحصته في كل حين، إن تكييف المشاركة على أساس أنها شركة فالأصل في الشركة أن يمتزج المال ويصبح مملوكا للشركة واشترط في رأس المال ان يكون نقدا وان قدمت أعيان فيجب تقويمها لان حصة الشريك في الشركة تكون في رأس مال الشركة لا في أعيانها والقوانين الحديثة قسمت الشركات إلى مدنية وتجارية[4]، و حسب القانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984) أعتمد معياراً موضوعياً مستمد من

1- تنص المادة (1329) من مجلة الاحكام العدلية على انه الشركة " عبارة عن عقد شركة بَيْنَ الَّذِينَ أو أكثرَ عَلَى كون رأس المال والربح مشتركاً بينهم".

2- ينظر - قانون البنك الإسلامي الاردني رقم (13) لسنة (1978) المادة (٢).

3- ينظر - د. علي السرطاوي، التمويل بصيغة المشاركة المتناقصة - تكييفها واثارها ورقة بحث مقدمة للمؤتمر الفقهي الناس لشركة شورى للتدقيق الشرعي، الكويت، 2019، ص 9 - 10.

4- ينظر- د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية "دراسة قانونية مقارنة"، مصدر سابق، ص 11.

النشاط الذي تزاوله الشركة حيث نصت المادة (7) منه" اولاً: يعتبر تاجر كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابة على وجه الاحتراف عملا تجارياً وفق أحكام هذا القانون" وتقابلها المادة (9) من القانون التجارة الأردني[1].

ونعتقد من الأمور التي تأخذ على تكييف المشاركة على إنها شركة.

1- إن رأس مال الشركاء مملوكا للشركة بينما في المشاركة التمويلية المتناقصة يمول المصرف طالب التمويل لمشروع معين ويكون المشروع للشركاء.

2- في المشاركة التمويلية المتناقصة سيكون على المصرف تحمل عنصر المخاطرة حيث سيبقى تحت رحمة صاحب المشروع، نعم له حق الرقابة والإدارة ولكن سيبقى بعيدا أكثر عن طبيعة المشروع وسيبقى مرتكزا على أمانة العميل وقيامه بالعمل الواجب أو بذل العناية المناسبة وعليه عبء اثبات التعدي والتقصير في حال حصلت خسارة حتى يرجع على الشريك بالضمان وعبء اثبات هذه الوقائع فيها صعوبة على أرض الواقع أما الشركة بطبيعتها هي عقد جائز يستطيع أحد اطرافها أن يطالب بالفسخ الا إذا قيدت بمدة فإنها تصبح لازمه للأطراف طيلة مدتها وهذه ميزة في الشركة أو يلاحظ ان الشركة أخذت حكم الشخص الحكمي كما في القوانين الحديثة أي أصبحت لها ذمة مالية مستقلة وحق الشركاء وحصتهم تكون في رأس مال الشركة لا في موجوداتها.

ثانياً : تكييف المشاركة التمويلية المتناقصة على أنها عقد قرض.

إن تكييف المشاركة التمويلية المتناقصة على أساس أنها قرض والمشاركة التمويلية المتناقصة قد أوجدها الفقه المصرفي الإسلامي المعاصر ليكون بديلاً عن عقد القرض بفائدة[2]، إلا إن هناك من يرى أن المشاركة التمويلية المتناقصة ما هي إلا عقد قرض نقدي ربوي محض، بل حتى إن القضاء قد أخطأ في تكييف المشاركة عندما كيفه على إنه عقد قرض ورتب عليه فوائد[3]، ومن هنا كان لزاما علينا الجنوح إلى إبراز ملامح الشبه

1- حيث نصت المادة (٩) من قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة (1966) على أنه "1- التجار هم : أ- الاشخاص الذين تكون مهنتهم القيام بأعمال تجارية . ب ـ الشركات التي يكون موضوعها تجاريا . 2 - أما الشركات التي يكون موضوعها مدنيا ولكنها اتخذت صفة الشركات المساهمة المحدودة والعادية تخضع لجميع التزامات التجار المعينة... ".

2- ينظر- د. وائل محمد عربيات ،المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص57.

3- حكم صادر عن محكمة أبو ظبي الاستئنافية بتاريخ(١٨/٥/١٩٩٩)م، مجلة الحقوق، الكويت، عدد (٢)، ٢٠٠١، ص 281 .

والاختلاف بين المشاركة التمويلية المتناقصة والقرض بفائدة للحيلولة دون الاشتباه بينهما، فعقد القرض هو أن يدفع شخصا لأخر عينا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها[1]، والأصل في عقد القرض ان يكون من عقود التبرع ما لم يشترط المقرض على المقترض دفع الفائدة[2]، مقابل القرض حينئذ يندرج عقد القرض تحت طائفة عقود المعاوضة فلا تجب الفائدة في القرض إلا إذا شرطت في العقد [3]، وتبرر الفائدة المستحقة على مبلغ القرض بأنها تمثل قسط التأمين ضد المخاطر التي يتعرض لها المقرض إثر انخفاض القوة الشرائية للنقود واختلاف درجة الثقة في المقترض فضلا عن إنها تعطى للمقرض مقابل الخدمة التي يقدمها للمقترض[4]، ومتى ما اتجهت إرادة المتعاقدين إلى اقتران عقد القرض بالفائدة فقد تكون اتفاقية أو قانونية فالقواعد القانونية المحددة لسعر الفائدة تترك للمتعاقدين حرية تحديد هذا السعر تارة وتفرض سعراً إلزاميا تارة أخرى[5] .

فيجوز لطرفي عقد القرض الاتفاق على سعر الفائدة بما لا يزيد على (7%)(الفائدة الاتفاقية) أما إذا انصب الاتفاق على استحقاق الفائدة دون تحديد سعرها حينئذ يميز القانون بين سعر الفائدة في القروض المدنية (4%) وفي القروض التجارية(5%)[6]،كما جاء في القانون المدني

1- ينظر- المادة (٦٨٤) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (636) من القانون المدني الأردني "القرض تمليك مال أو شيء مثلى لأخر على أن يرد مثله قدرا ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض" .

2- ينظر- الفائدة هي العوض الذي يلتزم المقترض بدفعه المقرض في مقابل الانتفاع بالشيء المقترض، د . محمد كامل مرسي باشا شرح القانون المدني العقود المسماة، الجزء الثاني منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص374 .

3- ينظر- المادة (1/692) من القانون المدني العراقي مع العرض إن هذا النص قد ورد في المادة (1/668) من المشروع التمهيدي ونصها على المستقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد أعتبر القرض بغير أجر) إلا إن الأستاذ منير القاضي إقترح أن تعاد صياغة النص بالشكل الآتي (لا تجب الفائدة في القرض إلا إذا شرطت في العقد) فأقرت لجنة المراجعة النص المقترح تحت رقم (٢٠٣) من المشروع النهائي، مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثالث ، ص ١٩١-١٩٢.

4- ينظر- د. حسني حسن المصري الفوائد في النظم القانونية المقارنة وموقف المشرع الكويتي منها مجلة الحقوق الكويت. ملحق العدد الأول ٢٠٠٣٠، ص ٢٨.

5 --planiol et Ripert par Hamel: Traits Pratique de droit Civil Franca is 2.ed.T.10 No.217

6- ينظر- المادة(171) من القانون المدني العراقي والتي تنص ..... فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية ..... وهذا ما أخذت به الهيئة الاستئنافية في محكمة التمييز الاتحادية في قرارها. المرقم ٢٤٠٠ / الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠١٢ في ٤/١١/٢٠١٢ حيث جاء فيه .... تكون الفوائد القانونية بنسبة 5% في المسائل التجارية اعتبارا من تاريخ المطالبة القضائية إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام .... مجلة التشريع والقضاء السنة الخامسة العدد الثالث ، 2013، ص 141 .

العراقي ويرجع هذا الاختلاف في سعر الفائدة القانونية إلى إن الأموال التي تستعمل في التجارة تربح أكثر من غيرها كما إنها أكثر عرضة للضياع [1].

وقد تتجاوز الفوائد الاتفاقية السعر الذي حدده القانون (7%) وعندها لابد من تخفيضها إلى حد الفوائد القانونية بل إلى حد الفوائد الاتفاقية [2]، لأن المتعاقدين باتفاقهم على أكثر الفوائد الاتفاقية قصدوا أن يكون سعر الفائدة أكثر من سعر الفوائد القانونية فوجب العمل باتفاقهم بقدر ما يسمح به القانون وإهماله فيما يزيد على ذلك [3].

أما بالنسبة للقانون الأردني لم يحدد النسب الفائدة كما حددها القانون العراقي وإنما أقتصر على الفائدة القانونية التي جاءت في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني حيث حدد الفائدة القانونية إن لا تتجاوز (9%) تتفق المشاركة التمويلية المتناقصة .

مع ان عقد القرض عقد بفائدة إلا إن كل منهما من عقود المعاوضة المستمرة ذات الطابع الشخصي ومن ثم يجب التمييز بينهم في فرضين وكالاتي:

الفرض الأول:

إذا قدم احد أطراف المشاركة التمويلية المتناقصة و هو المصرف الإسلامي التمويل الكلي أو الجزئي لمشروع معين وبعد إن استرد ما قدمه من تمويل فضلاً ما يخصه من الأرباح المتحققة عن استغلال المشروع خلال فترة المشاركة فكأنما اقرض المال اللازم لتمويل المشروع ومن ثم استرده مع الفوائد المحتملة .

الفرض الثاني:

يقترب عقد المشاركة التمويلية المتناقصة، مع عقد القرض بفائدة، عندما يشترط المقرض على المقترض أن يرد القرض أقساطاً سنوية متساوية، القسط الأول يتضمن عن فوائد مبلغ القرض كله مع جزء بسيط من رأس المال والقسط الثاني يتضمن فوائد ما بقي من مبلغ القرض مع

1- ينظر- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني العقود المسماة، الجزء الثاني، منشاة المعارف، الاسكندرية ، 2005، ص 385.

2- تنص المادة (172 /1)من القانون المدني العراقي والتي تنص (يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر أخر للفوائد على أن لا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعيين رد ما دفع زائدا على هذا المقدار).

3- ينظر - د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني العقود المسماة، مصدر سابق، ص 408.

جزء أكبر من رأس المال تعادل الزيادة فيه ما نقص من الفوائد[1]، وتتدرج الأقساط متضمنة فوائد أقل وراس مال أكبر إلى أن يصبح القسط الأخير متضمنا ما بقي من رأس المال مع فوائد قليلة هي فوائد هذا الباقي وهذه الصورة من شانها أن تيسر على المقترض استهلاك رأس المال مع دفع الفوائد في نفس الوقت عن طريق أقساط سنوية متساوية إذ تنقص الفوائد بقدر ما يستهلك المقترض من رأس المال[2].

وعلى الرغم من التقارب الشديد بين عقد المشاركة التمويلية المتناقصة والقرض بفائدة على النحو السابق إلا إن الاختلاف بينهم يبدو جليا من خلال النقاط الآتية :-

أ- ترد المشاركة التمويلية المتناقصة على العقارات مثلما يرد على المنقولات ولكن لا يتصور أن يكون محل العقد قابلاً للاستهلاك في حين إن طبيعة عقد القرض بفائدة تقتضي أن يرد على المثليات التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والغالب أن يكون الشيء المثلي المقترض قابلاً للاستهلاك (نقود) إذ تنتقل ملكيته إلى المقترض ليستهلكه على أن يرد مثله ولا يأتي رد المثل إلا في المثليات فعقد القرض بفائدة يرد على المنقولات المادية دون العقارات لأنها في الغالب أموال قيمية تأبي بطبيعتها الإقراض[3] .

ب - تعد نية المشاركة فيصل التفرقة بين المشاركة التمويلية المتناقصة وعقد القرض بفائدة فلا بد من توافر قصد المشاركة أي نية المشاركة[4]، لدى الأطراف في المشروع بأن يساهم كل طرف في هذه المشروع ويتقاسموا الأرباح والخسائر فنية المشاركة تمثل العنصر النفسي من مقومات المشاركة أي لابد من أن تتجه إرادة كل شريك في المشاركة التمويلية المتناقصة إلى التعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي على قدر من المخاطرة على خلاف عقد القرض بفائدة إذ يكون للمقرض المطالبة بمبلغ القرض مع الفوائد بغض النظر عما حققه

1- ينظر- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء (2)، العقود التي تقع على الملكية (الهيبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 344.

2- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص70.

3- ينظر- المادة (1/64) من القانون المدني العراقي حيث تنص على إن" الاشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن" وتقابلها المادة (1/56) من القانون المدني الاردني حيث تنص علي إن" (الأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد، أو القياس، أو الكيل، أو الوزن).

4- ينظر- قرار صادر عن دائرة النقض المدنية دولة الإمارات العربية المتحدة منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء المملكة المغربية، العدد الأول، 1984، ص 324 .

المقترض من ربح أو خسارة ومن ثم شتان بين المشاركة التمويلية المتناقصة وعقد القرض بفائدة من حيث توافر نية المشاركة أو عدم توافرها [1].

ج ـ لا يقدم أطراف المشاركة التمويلية المتناقصة على المشاركة إلا بعد دراسة جدية لجدوى المشروع محل المشاركة فالعلاقة بين الشركاء قائمة على أساس التعاون والمشورة في البحث عن أفضل السبل لتحقيق الربح إذ يتمتع كل شريك بحق الإدارة والرقابة والإشراف في حين إن المقرض يقدم على إبرام عقد القرض بفائدة دون النظر إلى الغرض الذي أقترض المال لأجله أو ربحية المشروع أو جديته إذ ينعدم دور المقرض في استغلال مبلغ القرض وإدارة المشروع الذي وجد عقد القرض بفائدة من أجله [2].

ح ـ تكون يد الشريك في المشاركة التمويلية المتناقصة يد أمانة ومن ثم لا يضمن إلا في حال التعدي أو التقصير أما في عقد القرض بفائدة حيث يتملك المقترض مبلغ القرض على أن يرد مثله مع الفوائد ومن ثم يكون ضامنا فيد الشريك يد أمانة ويد المقترض يد ضمان [3].

د ـ إن تبعة الهلاك في المشاركة التمويلية المتناقصة على عاتق الإطراف ويحظيا بمركز المالك لحصة في المشروع ومن ثم يتحمل تبعة الهلاك بقدر تلك الحصة فالمال يهلك على حساب المالك وهذا ما يباعد بينه وبين عقد القرض بفائدة إذ تقع تبعة الهلاك على أحد أطراف العقد فإن هلكت العين بعد العقد وقبل القبض تهلك على المقرض ولا ضمان على المستقرض، وبداهة أن تنتقل تبعة الهلاك بعد القبض إلى المستقرض، فانتقال ملكية العين المقترضة ومن ثم تبعة هلاكها من المقرض إلى المستقرض يتوقف على ركن القبض وهذا من مقتضيات عينية عقد القرض بفائدة في القانون المدني العراقي[4].

ر ـ في المشاركة التمويلية المتناقصة يكون الشريك مالكاً لحصة في المشروع محل المشاركة ومن ثم يكون مسؤولاً عن تحمل عبء الخسارة وتبعة الهلاك بقدر تلك الحصة، في حين إن عقد القرض بفائدة ينقل ملكية المال المقترض من المقرض إلى المقترض على أن يرد مثله مع الفوائد مما يعرض حق المقرض إلى عدة مخاطر كانخفاض القوة الشرائية للنقود أو إفلاس أو

1- ينظر ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء (5)، مصدر سابق، ص221.

2- ينظر ـ د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص124.

3- ينظر ـ المادة (1/427) من القانون المدني العراقي والتي تنص (تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء يقصد تملكه وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك).

4- ينظر ـ المادة (2/686) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) وتقابلها المادة (1/637) من القانون المدني الأردني.

إعسار المقترض أو عدم التزامه بسداد مبلغ القرض فالمخاطر التي يتعرض لها الشريك في المشاركة التمويلية المتناقصة تتميز عن المخاطر التي يتعرض لها المقرض في عقد القرض بفائدة [1].

ثالثاً: تكييف المشاركة التمويلية المتناقصة على أساس أنها عقد تمويلي حديث.

إن المشاركة لا يخلو تكييفها أما بشركة[2]، أو عقد قرض أو عقد جديد والأصل أن مفهوم المشاركة في الفقه كما قلنا سابقا مفهوم واسع يقبل نشوء صيغ جديد للمشاركات بالصيغ التي وردت في المراجع الفقهية وقبلت بالشركات المساهمة بضوابط معينة[3]، غير أن هذه الصيغة الحديثة للمشاركة التمويلية المتناقصة تكييف على أنها عقد جديد وتكون أثارها و أحكامها تتناسب مع طبيعتها وخصوصيتها وهذا كان عمل الفقهاء فكانت العقود تتولد مع الحاجه المجتمع لها، فالحق الشخصي يتجدد والعقود الجديدة قد يجتمع فيها أكثر من عقد فعلى سبيل المثال عندما ينزل الشخص في الفندق ويتعاقد معه فهل هذا العقد عقد اجاره ام عقد بيع ام عقد خدمه؟ فأنت تستأجر الجناح وتشتري الطعام ويقدم لك خدمه التنظيف في عقد واحد ولذا في كثير من القوانين الحديثة جعلته عقد مسمى جديد هو عقد الفندقة، وهذه الصيغة لها خصوصيتها فالأصل أن أحكام هذه الصيغة التمويلية تصاغ بشكل متوازن مشروع وفق ما تحتاجه ارادة أطرافها[4]، لا أن نجبر الارادتين على الخضوع لأحكام وتكييف صيغة أخرى بل يجب أن ينظر إلى الصيغة بكل ما فيها على أساس أنها عقد واحد وما فيها التزامات متقابلة لا تنفك عن بعضها البعض[5].

عليه أن تكييف المشاركة التمويلية المتناقصة بانها عقد ذو طبيعة خاصة ويجب أن يحول إلى مشروع قانون ومن ثم ينتقل إلى تقنين، لانه القضاء في حال النزاع يحتاج الى قانون خاص يحكم بين المتنازعين بالأحكام الخاصة الواردة في القانون المختص فان فقد وجود مثل هذا القانون فإن التقاضي والتحكيم يكون بناء على القواعد العامة وبناء على اقرب عقد ترد إليه

1- ينظر- سيف هشام صباح الفخري، صيغ التمويل الاسلامي، مصدر سابق، ص10.

2- ينظر- د. طـــلبة ابراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية فـــي المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص245.

3- ينظر- د. علي السرطاوي، التمويل بصيغة المشاركة المتناقصة تكيفها واثارها، مصدر سابق، ص 13.

4 -Lalocation- vent designe advantage une variete doperations Juridiques quelle necrrespond a un type do contact ,vo :THUILLIER Hugue , Location vente encyclopedie civile , Dalloz, v , N 1et 2.

5- ينظر- زقاري آمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص28.

الصيغ الجديدة وهذ اشكالية في الصناعة المالية الإسلامية [1]، فلما لا تقوم الهيئات العامة التي تعمل بالصناعة المالية الإسلامية على ايجاد مشاريع قوانين للصيغ الإسلامية حتى تقر وتصبح قانونا ويعطى لكل صيغة خصوصيتها وتصاغ أحكامها بشكل مشروع يحقق الهدف التي نشأت الصيغة من أجله [2].

ونعتقد بعد البحث أن المشاركة التمويلية المتناقصة لا يمكن أن تكون بدون وجود قانون خاص بها لذلك لابد من حصرها بالعقد وبيان طبيعة العقد والغرض من التعاقد ويمكن تسميته بعقد المشاركة التمويلية وهذا العقد يتكون من أتحاد و أشتراك لعقود عدة اتحدت لبلوغ الغاية الاقتصادية المتوخاة منه، فهذه الغاية هي التي تنشأ الرابطة بينهم في هذه المجموعة في شكل تجمع، بحيث يكون كل هذه المجموعة ضرورية لتحقيق تلك الغاية فلا بد من إيجاد التعايش بيننهم ، لتكوين منظومة تتبلور نصل بها للعقد التمويل .

1- ينظر- محمد عبدالله بريكان الرشيدي، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك - دراسة مقارنة مع الشريعة الاسلامية، مصدر سابق، ص32.

2- ينظر- علي السرطاوي، التمويل بصيغة المشاركة المتناقصة تكييفها وآثارها، مصدر سابق، ص14.

الفرع الثاني

تمييز المشاركة التمويلية المتناقصة عما يشتبه بها

ان صفة الحداثة التي تتسم بها المشاركة التمويلية المتناقصة تقتضي تحديد إطاره القانوني وترسيم الحدود التي تفصله عن غيره من العقود المالية فمن الضروري بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المشاركة التمويلية المتناقصة وما يشتبه به من العقود لتتضح معالمه وتتجلى حقيقته، وقد جرى التمييز على النحو الآتي:

اولاً : تمييز المشاركة التمويلية المتناقصة عن المشاركة الثابتة.

إن المشاركة الثابتة هي إسهام المصرف الإسلامي في تقديم جزء من رأس مال مشروع معين، مع شريك آخر مما يخول المصرف في إن يصبح شريكاً في ملكية المشروع وإدارته وأرباحه، بنسبة مساهمة كل منهما في رأس المال، أو بالنسبة المتفق عليها، مع استمرارية المصرف في المشاركة، ما لم تحمله الظروف على الانسحاب طالما المشروع موجود[1].

وأياً يكن الأمر فإن المشاركة التمويلية المتناقصة تتشابه مع المشاركة الدائمة في النقاط الآتية :

1- من حيث الفائدة تتفق المشاركة الثابتة مع المشاركة التمويلية المتناقصة في إن كل منهما يعتبر بديلاً شرعياً لنظام الإقراض السائد في المصارف التقليدية، في ظل نظام سعر الفائدة الربوية المحرمة [2].

2- من حيث الطابع إن المشاركة من العقود ذات الطابع الشخصي سواء تمخض عنه مشاركة تمويلية متناقصة أم مشاركة ثابتة فالثقة والائتمان من المرتكزات الأساسية في كل مشاركة .

3- من حيث المركز فإن أطراف كل من المشاركة التمويلية المتناقصة والمشاركة الثابتة بمركز الشريك فيتمتع بجميع حقوقه وعليه جميع التزاماته.

وعلى الرغم من أوجه الشبه المتقدمة بين المشاركة التمويلية المتناقصة والمشاركة الثابتة إلا إن مناط التمييز بين العقدين يبرز في الجوانب الآتية:

1- ينظر- عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الاسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، مصدر سابق، ص371.

2- ينظر- زقاري آمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص33.

1- من حيث الدوام والاستمرار، ففي المشاركة التمويلية المتناقصة تتجه إرادة الشركاء إلى البقاء في المشاركة منذ بدايتها إذ يتم تحديد العمر الافتراضي لبلوغ الهدف الذي من أجله حصلت المشاركة المتمثل في استرداد المصرف الإسلامي حصته مع الارباح[1]، بينما تتجه إرادة الشركاء في المشاركة الثابتة إلى استمرار المشاركة وديمومتها إذ يحتفظ كل طرف بمركز الشريك حتى نهاية المشاركة وتصفيتها فمصلحة الشركاء اقتضت أن يمتد عمر المشاركة دون أن يتم تحديد نهايتها[2].

إنّ الأصل في عقد المشاركة إن يتمخض عنه مشاركة دائمة أي أن تستمر العلاقة بين الشركاء حتى الانتهاء الطبيعي للمشاركة[3]، فلا يعمد الشركاء إلى تحديد مدة حياة المشاركة ابتداء أو رسم آلية انتهائها فيتحقق التلازم بين المشاركة الدائمة والمشروع المشترك نفسه إذ تبقى العلاقة بين الشركاء طالما كان المشروع المشترك قائما وتنقضي بزواله إلا إن صفة الاشتراك الدائم لا تعني أن تكون المشاركة مؤبدة فإرادة الشركاء قد اتجهت إلى البقاء في المشاركة لحين انتهائها أما لاستنفاذ غرضها أو فسخها أو لأي سبب من الأسباب الأخرى[4]، ومع نشأت المصارف الإسلامية وقياسها بأداء وظيفة التمويل ظهر عقد المشاركة التمويلية المتناقصة إلى حيز الوجود نشأة المصارف ليتمخض عنه مشاركة ذات طبيعة مؤقتة.

إن المشاركة التمويلية المتناقصة مشاركة تقبل انسحاب أحد أطراف العقد وهو انسحاب المصرف الاسلامي الممول الذي لا يهدف إلى ديمومة المشاركة بقدر ما يهدف الى استرداد حصته مع الأرباح[5].

فالعلاقة بين الشركاء لها أجل محدود إذ تتجه إرادتهم إلى تحديد أجل معين للمشاركة ورسم المسار الواجب الإتباع لانتهائها إذ لا يقصد أطراف العقد الاستمرار في المشاركة منذ بدء

1- ينظر- زقاري آمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص35.
2- ينظر- يوسف سعيد يوسف ابو سلميه، معوقات انتشار التمويل المصرفي الإسلامي بصيغة المشاركة، مصدر سابق، ص 34.
3- ينظر- عناب زكرياء، البنوك الإسلامية ودورها في تمويل القطاع الزراعي – دراسة تجربة السودان، مصدر سابق، ص40.
4- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الإسلامية، مصدر سابق، ص47 .
5- ينظر- مصعب محمد صايل، صبغ الاستثمار في المصارف الإسلامية واثرها على عملية الاستثمار، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الامام الأعظم، 2012، ص109.

التعاقد إذ ينعدم التلازم بين المشاركة والمشروع المشترك محلها فيبقى المشروع محتفظا بوجوده رغم انتهاء المشاركة[1].

فصفة التأقيت ميزة لا تتحقق فيما يقابل المشاركة التمويلية المتناقصة والمشاركة الدائمة، إلا إن تخلف عنصر الاستمرارية أو انعدام عنصر الديمومة كان مدعاة للنقد فكما إن المشاركة تعني اشتراك أطراف العقد في رأس المال فإنها تعني أيضا الاشتراك في العمل لتحقيق الربح وليس الاقتصار على تمويل مشروع فالربح لا يتحقق في أغلب الأحوال إلا بأفتراض الاستدامة والاستمرار في المشاركة وهذا ما يتعذر وجوده في عقد المشاركة التمويلية المتناقصة إذ إن نية الشركاء واضحة فيه منذ البداية على إنهاء المشاركة، إلا إن هذا الرأي مردود وذلك بسبب إن ركون إرادة الشركاء إلى تحديد العمر الافتراضي للمشاركة وكيفية انتهائها لا يحول دون سعى الشركاء إلى تحقيق الربح منذ بدء المشاركة ولحين انتهائها[2].

2- من حيث العمل يعمل أطراف المشاركة التمويلية المتناقصة على تحديد نهاية المشاركة قبل وجودها فإرادة الشركاء هي التي تصنع نهاية المشاركة وتحدد المسار الواجب الاتباع لانتهائها[3]، بينما يسعى أطراف عقد المشاركة الدائمة إلى المضي في تنفيذ العقد لحين الانتهاء الطبيعي للمشاركة لأي سبب من الأسباب أي إن انتهاء المشاركة الدائمة لا ينتج عن الاتفاق المسبق بين الشركاء فلا بد من التمييز بين المشاركة التمويلية المتناقصة والمشاركة الدائمة التي تؤول بطبيعتها إلى الانتهاء.

ثانياً : تمييز المشاركة التمويلية المتناقصة عن الإجارة المنتهية بالتمليك.

إنّ الإجارة المنتهية بالتمليك، هي صورة مستحدثة من صور التمويل في ضوء قواعد عقد الإجارة وفي إطار صيغة تمويلية تحقق حاجات الراغبين في اقتناء أصل رأسمالي ولا يملكون كامل الثمن فوراً وتتميز بكون المصرف الإسلامي لا يقتني الموجودات والأصول بل يشتريها استجابة لطلب مؤكد من أحد عملائه لتملك تلك الأصول عن طريق الإجارة المنتهية بالتمليك وعليه تلك الأصول المؤجرة لا تبقى في ملكية المصرف بعد نهاية عقد الإجارة كما هو الحال

1- ينظر- سارة مرابط، صبغ وأساليب التمويل في نظام المشاركة وتنفيذها داخل البنوك الإسلامية، مصدر سابق، ص38.

2- ينظر- د. عجيل جاسم النشمي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مصدر سابق، ص577.

3- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الإسلامية، مصدر سابق، ص264.

في الإجارة التشغيلية وإنما يمكن إن تنتقل ملكيتها إلى المستأجر وإن كان ليس الخيار الوحيد[1].

هذه صيغة مستحدثة قائمة على أساس عقد الإجارة، ولا تخرج أحكامها عنها، ويضاف إليها إبداء المستأجر رغبة في تملك المأجور في نهاية مدة الإجارة فتكون الأجرة عادة أكثر من أجرة المثل، ويستند التملك فيها إلى وعد المؤجر عند إبرام الإجارة، بسند منفصل عن الإجارة، يعطى فيه الحق للمستأجر بالتملك مجانا (هبه) أو بثمن رمزي أو حقيقي أو بالباقي من الأقساط في أي وقت من مدة الإجارة، أو يستند التملك إلى عقد هبة معلق على الوفاء اقساط الإجارة[2].

وتختلف عن الإجارة العادية التشغيلية من حيث اقتناء المصرف للعين المؤجرة، فإنه يقتنيها بعد أن يتقدم أحد العملاء بطلب استئجار عين ما بقصد تملكها في النهاية، فيشتريها المصرف ويقدمها للعميل وتحسب الأجرة الإجمالية على أساس تكلفة السلعة بالإضافة إلى الربح، ثم تقسط تلك الأجرة الإجمالية على فترات يتفق عليها في حين أن العين في الإجارة التشغيلية قد تكون في ملك المصرف، وتحت يده قبل طلب العميل إبرام عقد الإجارة [3].

1- أوجه الشبه بين المشاركة التمويلية المتناقصة والإجارة المنتهية بالتمليك.

أ- من حيث الفائدة، أن كلا منهما معاملة مستحدثة، الغرض منها تقديم تمويل لمشروع معين بدل اللجوء للقرض الربوي [4].

ب- من حيث المدة، تتفق المشاركة التمويلية المتناقصة مع الاجارة المنتهية بالتمليك بان اطرافهما يعمدان الى تحديد مدة حياة العقدين[5].

1- ينظر- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تطورات حديثة في التمويل الانتمائي، مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن مجلس النشر في جامعة بيروت العربية، العدد الثامن، 2002، ص100.

2- ينظر- د. الغفار حنفي، التأجير التمويلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2004، ص76.

3- ينظر- د. طلبة ابراهيم سعد على، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية ، مصدر سابق، ص461.

4- ينظر- د. شهاب احمد سعيد العزعزي، ادارة البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص39.

5-Rose - Noelle-SCHUTS: Location - Vente, Encyclopedia Dallas. civil lllfev. 1999No2.p.2

ج ـ من حيث الهدف، يطمح كل من المصرف الإسلامي الممول والمؤجر في العقدين على حصول الربح في حين يطمح كل طالب التمويل والمستأجر على الانفراد بملكية المشروع فيتحقق التماثل في العقدين من حيث النتيجة التي يسعى إليها الاطراف في العقدين [1] .

2- أوجه الاختلاف بين المشاركة التمويلية المتناقصة والإجارة المنتهية بالتمليك .

أـ أن المشاركة التمويلية المتناقصة من لوازمها الأصلية التي لا تنفك عنها خروج أحدهما وهو في الاصل المصرف الإسلامي، بخلاف الإجارة فمن صورها وحالاتها أن يرد المستأجر السلعة إلى المؤجر وهذا هو الغالب[2] .

ب ـ كما أن الإجارة لا تتناقص فيها حصة أحد الأطراف في العين وتحل الأخرى محلها تدريجيا، وهذا بخلاف المشاركة التمويلية المتناقصة فهي متناقصة بطبيعتها، كما أن رأس مال المشروع في المشاركة التمويلية المتناقصة يكون من الطرفين المصرف الإسلامي والشريك أومن طرف واحد هو المصرف الإسلامي بخلاف الإجارة المنتهية بالتمليك يكون من طرف واحد دائماً وهو المصرف الإسلامي[3] .

ج ـ من حيث الهلاك، إن تبعة الهلاك وتحمل المخاطر تكون على الطرفين في عقد المشاركة كل بقدر حصته رأس مال المشروع المشترك بينهما بخلاف الإجارة المنتهية بالتمليك فإن تبعة الهلاك والتعيب تكون على المصرف وحدة بصفته مالكا للمعدات ما لم يكن ذلك بتعد أو تقصير من المستأجر، فتكون التبعة حينئذ عليه [4].

ونعتقد بناء على ما تقدم إن المشاركة التمويلية المتناقصة تختلف عن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك فكل منهما معاملة منفصلة عن الأخرى فالمشاركة التمويلية المتناقصة مشاركة فعلية من الطرفين المصرف الإسلامي وعملائه في قطاع الاستثمار، أما الإجارة المنتهية بالتمليك فهي عقد منفعة عين مع وعد سابق مع المصرف الإسلامي بتمليكها في نهاية المدة المتفق عليها بينهما، وذلك إذا قام المستأجر بتسديد الأقساط المقررة في بنود العقد.

1- ينظر ـ محمد المختار، الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد(12)، ص 8-13.

2- ينظر ـ محمد عبد الله بريكان الرشيدي، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص67.

3- ينظر ـ د. طلبة ابراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص464.

4- ينظر ـ د. محمد محمود العجلوني، البنوك الاسلامية ـ احكامها ـ مبادئها ـ وتطبيقاتها المصرفية، مصدر سابق، ص273.

الفصل الثاني

أحكام المشاركة التمويلية المتناقصة

الفصل الثاني

أحكام المشاركة التمويلية المتناقصة

إيفاء بالغايات المقصودة من دراسة المشاركة التمويلية المتناقصة لابد من الإحاطة بالأحكام التي تطبق عليه منذ نشأتها وحتى انقضائها لنبين كيف تحيى هذا المشاركة ومتى تندثر وعليه سوف نبين آثار المشاركة كونها تخفف عن العميل (طالب التمويل) لما فيها من فوائد مسبقاً على اصل التمويل تدفعه الى العمل أكثر للحصول على أعلى مردودية ما دام نصيبة يتوقف عليها، وهذه أثار تتعلق بأطراف المشاركة و بالإدارة وكذلك بتوزيع الأرباح والخسائر هذا من جانب ومن جانب آخر فان المشاركة التمويلية المتناقصة لا تخرج عن حال رابطة الالتزام، عموماً والتي من خصائصها انها رابطه مؤقتة الزوال بعد فترة محددة والتي تنتهي آما بشكل طبيعي أو غير طبيعي وهذا ما سوف نبينه آنفاً مع تطبيقات العملية للمشاركة التمويلية المتناقصة وعليه سنقوم بدراسة هذه الأحكام في مبحثين وكالاتي :-

المبحث الاول:- أثار المشاركة التمويلية المتناقصة.

المبحث الثاني:- انتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة وتطبيقاتها .

المبحث الاول

أثار المشاركة التمويلية المتناقصة

عقد المشاركة التمويلية المتناقصة متى ما نشأ مستجمعاً لأركانه وشروطه والتكييف القانوني له ترتبت عليه آثاره سواء من حيث الإدارة والربح والخسارة وتكون آثار المشاركة على الإطراف في استثمار الأموال، كونها تخفف عن كاهل طالب التمويل، فالفوائد المحددة مسبقا على أصل التمويل، تدفعه إلى العمل أكثر للحصول على أعلى مردودية، مادام نصيبه يتوقف عليها، بينما يحد إلزامه بالفائدة من إرادته في اختيار المشروعات، إذ يتجه بالنتيجة إلى تلك التي يفترض أنها تحقق أعلى الأرباح، حتى يتمكن من سداد القرض وفوائده، ويحصل أيضا على هامشه الربحي، بينما عندما يعمل بالمشاركة، فإن ما يبحث عنه هو إرجاع أصل التمويل وأرباحه وحتى إذا كان معدل الربح أقل أحيانا في عمليات المشاركة فإنه مع ذلك يمكن من تحقيق مشروعات جديدة، لم تكن المصارف التقليدية، تقبل عليها، مما يؤدي إلى ارتفاع فرص العمل، وكذلك آثار تتعلق بتوزيع الأرباح والخسائر، وفي المشاركة المبدأ هنا هو أن يدخل المصرف الإسلامي في المشاركة بدون فوائد وإنما مقابل مردودية يحصل عليها تدريجيا، باقتطاع نسبة معينة من الإرباح التي يحققها المشروع.

سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الأول حقوق والتزامات اطراف المشاركة التمويلية المتناقصة، المطلب الثاني أثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الادارة والربح والخسارة.

المطلب الاول

اثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الحقوق والتزامات

المشاركة التمويلية المتناقصة يترتب لأطرافها حقوق وعليهم التزامات متبادلة بين المصرف الإسلامي والعميل وتتم الموافقة عليها والمصادقة من قبلهما، بما يحقق الهدف المنشود من هذه المشاركة.

بما إن موضوع الدراسة ينظر الية من زاوية المصرف الإسلامي باعتباره طرفا في عقد المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية، وكذلك أغلب حقوق المصرف هي التزامات العميل وكذلك اغلب التزامات المصرف هي حقوق العميل فسوف نتطرق إلى حقوق والتزامات المصرف فقط في هذا المطلب وكما يأتي:

الفرع الاول : حقوق المصرف الإسلامي

الفرع الثاني : التزامات المصرف الإسلامي.

الفرع الاول

حقوق المصرف الاسلامي

إن عقد المشاركة التمويلية المتناقصة يتكون من طرفين، الطرف الاول المصرف الإسلامي والطرف الثاني العميل، يدخل المصرف بصفته شريك ممول في مشروع معين قائم على أساس اتفاق يقوم بتمويل المشروع تمويلا كليا أو جزئيا حسب الاتفاق الذي يتم بين الطرفين[1]، وغالبا ما يكون بالشكل التالي، عقد وفيه اسماء طرفي المشاركة وعناوينهم وبعض التفاصيل الاخرى[2]، التي سنبينها فيما .

بعد سلسلة الخطوات العملية السابقة على انعقاد عقد المشاركة التمويلية وبعد أن يتم التعرف على طبيعة المشروع المطلوب تمويله وقيمة التمويل ونسبة المشاركة المتناقصة[3]، وتكوين وجهة نظر مبدئية عن المشروع يتم تحديد البيانات والمعلومات التي يجب على العميل إدراجها في نموذج طلب معد سلفا يوثق بالتوقيع ليقدم كطلب للتمويل بالمشاركة يرفق معه ،الوثائق والمستندات اللازمة كصورة من سند ملكية طالب التمويل للأرض أو صورة من المخطط الهندسي لتحديد موقع البناء فيما لو كان المشروع المزمع الاشتراك فيه قد انصب على عقار، وكذلك دراسة جدوى اقتصادية للمشروع معدة من قبل احد المكاتب الاستشارية أو الهندسية توضح تكاليف المشروع المالية والإيرادات المتوقعة على أسس فنية وواقعية، فدراسة الجدوى، هي مجموع التقديرات التي يتم إعدادها للحكم على صلاحية المشروع الاستثماري المقترح في ضوء توقعات التكاليف والعوائد المباشرة وغير المباشرة طوال المدة الافتراضية للمشروع[4].

ومن خلال ذلك سوف نبين أهم حقوق المصرف وهي كالآتي:

1- ينظر- فاطمة قحف، المشاركة المتناقصة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة مع عقود Bot ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية العلوم الاسلامية / جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي، 2018، ص19.

2- ينظر- عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الاسلامية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص498.

3- ينظر- د. حسين محمد سمحان ود. موسى عمر مبارك، محاسبة المصارف الاسلامية، ط2، دار المسير للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2011، ص145.

4- ينظر - محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص279.

أولاً: الحق المصرف استرداد المال مع الأرباح : إن الربح هو المحور الرئيسي الذي يتعامل المصرف من أجله باعتباره تاجرا فهدفه الوحيد هو تحقيق الأرباح دون الفوائد إلى جانب استرداده رأس ماله الممول به، من أجل ذلك على المستفيد من التمويل الالتزام بالنزاهة في تقديم الأرباح حتى يتقاسمها مع المصرف، وهذا يعتمد على التأكد المصرف من كفاءة طالب التمويل الذي سيصبح شريكاً للمصرف من خلال تحليل مركزه المالي للتعرف على مقدرته المالية ومدى وفاءه بالتزاماته[1].

والمصرف الإسلامي يعتمد على معايير للتأكد من قدرت العميل طالب التمويل من استرداد حصة المصرف ويمكن معرفة ذلك من خلال اعمال العميل (طالب التمويل) قد حققت نجاحها في تحقيق الأرباح، كما يمكن تقييم متطلبات التمويل عن طريق التنبؤ بالإرباح، غير أنه لابد أن يكون ذلك التنبؤ موضع ثقة، وإلا لن تؤخذ قرارات التمويل المترتبة عليه مأخذ الجد وتعتمد الثقة هنا على الدقة فيما يخص كل من حجم بالأرباح وتوقيتها، علاوة على ذلك سيكون هناك حاجة إلى التحليل الذي من شأنه أن يقدر مدى تأثر متطلبات التمويل بناءً على افتراضات متباينة، كذلك يمكن التنبؤ باحتمال فشل المنشأة في الوفاء بما عليها من التزامات من خلال النسب المالية كما يمكن التنبؤ باحتمال تعرض المنشأة للإفلاس من خلال تحليل عدد من النسب المالية[2]، والتأكد من أعمال العميل السابقة تدل على أنه يحقق معدل ربح معين يتم ذلك من خلال حساب الأرباح والخسائر، وتتجلى أهميته عند استعراض الحقائق والتي تعني تحقيق الخسائر، أن حصيلة تحقيق أصول المنشأة المتداولة في نهاية الدورة الإنتاجية والتجارية تقل عن قيمتها عند بداية الدورة مما يؤثر على رأس المال العامل ويزيد من المخاطر التي يتحملها الدائنون العاديون، لهذا كان من الطبيعي أن يتجهوا إلى حساب الأرباح والخسائر لفحص مبررات تحمل الخسائر، وعما إذا كانت عارضة فيتحققون من زوال أسبابها قبل الدخول مع العميل في التمويل أم دائمة مستمرة فيحجمون عن التضحية بأموالهم حيث لا رجاء في استردادها [3].

تأسيساً على ذلك يعتمد تحليل القوائم المالية كأساس لمنح التمويل على مبدأ استمرار المنشأة في العمل، فإذا لم تستمر المنشأة في تحقيق الأرباح اضطرت في النهاية إلى التوقف عن

1- ينظر ـ سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص 24 .
2- ينظر ـ زقاري آمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص42.
3- ينظر- محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص279.

مزاولة نشاطها، وأضحت لأصولها قيمة تصفية تختلف تماما عن قيمتها المبينة بالمركز المالي أثناء حياة المنشأة، فعلى المصرف الإسلامي أن يحضر دراسة جدوى اقتصادية تقوم على أسس فنية وواقعية فدراسة الجدوى، هي مجموعة التقديرات التي يتم إعدادها للحكم على صلاحية المشروع الاستثماري المقترح في ضوء توقعات التكاليف والعوائد المباشرة وغير المباشرة طوال العمر الافتراضي للمشروع، من خلال تحليل التكاليف ونصيب كل من المصرف وطالب التمويل في المشاركة وربحية المشروع الإجمالية ونصيب كل شريك منها، اذ توجد لدى المصارف العديد من الأجهزة الفنية والعلمية [1]، التي تتولى دراسة الأسواق وأوجه الاستثمار المحتملة فدراسة الجدوى تجعل عملية اتخاذ القرارات الاستثمارية عملية متكاملة الأبعاد تأخذ في اعتبارها كافة العوامل التي يمكن ان تؤثر على أداء المشروع وهو ما يجعل عملية حساب المخاطر عملية دقيقة وبأقل درجة ممكنة من عدم التأكد فهي بذلك أداة حيطة وحذر وصمام أمان من التردي إلى مجالات استثمار لا طائل من ورائها [2]،وتقييم دراسة جدوى المشروعات ونجاح المشروع وثبوت الجدوى يشكلان معًا الضمانة الأساسية لإمكانية التسديد، لذا يجب على المصرف الإسلامي التأكد من جدوى المشروع قبل الموافقة على تمويله والتعرف المسبق على عناصر القوة والضعف في المشروع ومناقشة العملاء واستيضاح نقاط الضعف وتقديم المشورة المالية السليمة للمستثمرين منذ البداية وتدقيق ومراجعة وتحليل الدراسة والتأكد من مقدرة العملاء على مواجهة أية احتمالات سلبية متوقعة والتأكد من توافر مصادر السداد وقدرة المشروع على الوفاء بالتزاماته ودراسة المخاطر المتوقعة المالية والتسويقية والفنية والإدارية ومواكبة النواحي الفنية التي ستستخدم في المشروع لتكنولوجيا العصر ومدى ملاءمة المشروع لسياسة المصرف التمويلية والظروف العامة وتوافر مقومات نجاح المشروع مجال الدراسة [3].

ثانياً: الحق في الحصول على ضمانات طبقا للقاعدة أن كل تمويل يقابله ضمان فإن للمصرف الإسلامي حق الاستفادة من كل الضمانات بمختلف أنواعها[4]، والحق في التنفيذ على الضمانات، ويعد الضمان المادي الذي يقدمه العميل من أهم العوامل المؤثرة على اتخاذ

1- ينظر- زقاري أمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص43.
2- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك ، مصدر سابق، ص 24 .
3- ينظر- الياس عبد الله أبو الهيجاء، تطوير اليات التمويل بالمشاركة في المصارف الاسلامية - دراسة حالة الأردن، مصدر سابق، ص164.
4- ينظر- د. طلبة ابراهيم سعد على، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص209.

القرار الائتماني[1]، ويحق للمصرف الإسلامي الاطلاع على جميع مستندات والوثائق المتعلقة بالمشاركة، ويطلبها المصرف لكي يثبت مدى جدية العميل طالب التمويل وهذه الوثائق والمستندات تتمثل بصورة من سند ملكية طالب التمويل للأرض أو صورة من المخطط الهندسي لتحديد موقع البناء فيما لو كان المشروع المزمع الاشتراك فيه قد انصب على عقار بالإضافة جدول الاستغلال التقديري أو النهائي المعد في إطار هذه المشاركة [2].

ثالثاً: حق المصرف في الرقابة : يحق للمصرف أن يجري رقابة تفتيش معاينة في عين المكان أو على المستندات الخاصة بالعملية أو العمليات محل هذه المشاركة، وعلى المستثمر أن يسهل مهمة المصرف ويقدم له أي مستند أو معلومة لها علاقة بالعمليات المشار إليها، وإذا ثبت 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 تبعات التمويل دون ترخيص من لجنة التمويل، وعلى عدم احترام شروط وضع التمويلات [3].

1- ينظر- يوسف سعيد يوسف أبو سليمة، معوقات أنتشار التمويل المصرفي الإسلامي بصيغة المشاركة في فلسطين، مصدر سابق، ص 30.

2- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص 23.

3- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص 254.

الفرع الثاني

التزامات المصرف الإسلامي

تختلف هذه الالتزامات باختلاف ما تم الاتفاق عليه في العقد و سنحاول التعرض لأهمها:

أولا: يلتزم المصرف الإسلامي بنقل الحصة ومن ثم يسترد بشكل تدريجي مع هامش من الربح في المشروع وحسب الاتفاق بين طرفي عقد المشاركة التمويلية المتناقصة [1].

ثانياً: يلتزم المصرف الإسلامي في ابلاغ مقدم الطلب (طالب التمويل) بقراره في تمويل المشروع خلال مدة (30) يوماً، وهذا حسب ضوابط البنك المركزي، بعد تقديم طلب من قبل العميل (طالب التمويل) الى المصرف الإسلامي بتمويل مشروع و دراسة الجدوى الخاصة بالمشروع و طبيعة المشروع أي هل المشروع قائم حالياً أو مشروع جديد كلياً، والمدة المتوقعة لتنفيذ المشروع[2].

ثالثاً: التزام المصرف بالمحافظة على السرية وهذا لا ينصب على جميع المعلومات التي تلقاها من طالب التمويل بمناسبة العقد الذي اخفق في إبرامه وإنما يقتصر على المعلومات التي تتسم بطابع السرية وهي على نوعين :

النوع الأول: يشمل المعلومات التي أسبغ عليها صاحبها هذا الطابع والمعيار في ذلك هو الثقة المتبادلة التي قامت بين الطرفين بمناسبة العقد المزمع إبرامه.

النوع الثاني: يشمل المعلومات التي تكون سرية بطبيعتها، وتضم كل المسائل التي يكون من شأن إعلانها بغير موافقة صاحب الشأن إن تحدث ضرراً مادياً أو أدبياً [3].

ونعتقد بناء على ما تقدم يجب على المصرف عدم الإخلال بالثقة الممنوحة له من قبل طالب التمويل من خلال الامتناع عن الإفصاح بالمعلومات السرية التي تلقاها أثناء مفاوضات العقد أو الاستفادة منها لحسابه أو لحساب الغير إذ إن الالتزام بعدم الإخلال بالثقة يكون واجب التطبيق عند وجود شبهة إن شخصاً معيناً بإمكانه استغلال وضع ثقة ممنوح له، إن مسؤولية

1- ينظر- زقاري آمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص42.
2- ينظر- قرار مجلس أدارة البنك المركزي العراقي (ثانيا /2) المرقم بالعدد (31) لسنة (2020).

3- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص25.

المصرف عند الإخلال بالمحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بمشروع العقد الذي لم يتكلل إبرامه بالنجاح تعد مسؤولية تقصيرية، فالخطأ التقصيري يتمثل في الإخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن مسلك الرجل العادي عند التعامل مع الغير فالرجل العادي لا يفشي الإسرار التي علمها بمناسبة مفاوضات العقد ولا يقضي بها إلى الغير ولا يستغلها لحسابه ما دام معيار الرجل المعتاد يقوم على اعتبار أخلاقي إلى جانب الاعتبار المادي.

رابعاً: يلتزم المصرف الإسلامي بعرض العقود على هيئاة الرقابة الشرعية لتعطي رأيها في العقود وهذا ما بينته المادة (8) خامساً من قانون المصارف الإسلامية رقم (43) لسنة (2015) حيث نصت على "- تتولى الهيئاة المهام الاتية : خامسا - ابداء الرأي في أعمال المصرف وأنشطته وعقوده وفق أحكام الشريعة الإسلامية " وتقابلها المادة (58) الفقرة (أ/1) من قانون البنوك الاردني رقم (28) لسنة (2000)، وقد يحتوي عقد التمويل بالمشاركة على مخالفات شرعية لتخلص من هذه المخالفات يجب اتخاذ التدابير اللازمة ومنها:

ـ أن يتم إعداد عقود المشاركة وعرضها على هيئاة الرقابة الشرعية لإبداء الرأي فيها ومدى مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية وخلوها من المخالفات الشرعية [1].

ـ أن تكون عقود المشاركة على نماذج موحدة في المصرف شاملة لكافة الأركان الخاصة بالمشاركة ومعتمدة من هيئاة الرقابة الشرعية.

ـ وفي الحالات التي تتطلب تعديل صيغة العقود نظرًا لاختلاف طبيعة التمويل يفضل إعدادها من خلال مكتب استشاري خارجي على معرفة بأحكام الشريعة الإسلامية ويتم إعادة عرضها على هيئة الرقابة الشرعية في المصرف لإبداء الرأي الشرعي واعتمادها [2] .

كذلك عقود المشاركة بطبيعتها عقود ناجزة، حيث يجوز لأحد الأطراف فسخ عقد المشاركة بإرادة منفردة من أحد المتعاقدين، فقد يحدث من أحد الشركاء بأن يطلب فسخ العقد قبل

1- ينظر- المادة (8) خامساً من قانون المصارف الإسلامية العراقي رقم (43) لسنة (2015).
2- ينظر- د. وائل محمد عربيات ، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص113.

انقضاء مدته أو قبل الانتهاء من المشروع الممول، مما يعرض المصرف إلى خسارة رأس المال [1].

ونعتقد يمكن الحد من هذا ذلك من خلال العديد من الإجراءات ومنها على سبيل المثال وليس الحصر مثل توقيع العميل طالب التمويل على تعهد منفصل بعدم الفسخ والانسحاب من المشاركة إلا بعد موافقة طرفي المشاركة أو توقيع طالب التمويل على تعهد منفصل بأنه في حالة الرغبة في الفسخ قبل انتهاء المدة المحددة أن يقوم بسداد كافة الالتزامات المستحقة عليه[2].

خامساً: تقديم رأس المال اللازم بشكل تمويلي، يلتزم المصرف بتقديم رأس المال اللازم لبناء المشروع ولإقامة الإنشاءات الواردة في المخططات الهندسية والذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين[3].

وتسلم العميل طالب التمويل حصة المصرف الإسلامي في رأس مال المشاركة ليقوم بإدارة أعمال المشاركة وفق ما هو مخطط له بدراسة جدوى المشروع على أن تدرج الإيرادات بحساب المشاركة وتسوية حساب المشاركة لتستخرج النتائج بعد ذلك من واجبات مسؤول التنفيذ أن يراعي إعمال الشروط المقترنة بالتمويلات فلا يجوز ببدء استخدام التمويلات قبل استيفاء تلك الشروط، ونوضحها فيما يلي تفصيلاً:

1- شروط عامة :

وهي تتعلق بأوضاع التمويلات بصورتها العامة - ومثالها توقيع الكفلاء (المحددة أسماؤهم بالموافقة التمويلية) على مستندات التمويل والكفالة، أو استيفاء إجراءات رهن المحل التجاري كضمان عام للتمويل الممنوح، أو تحديث بعض السجلات النوعية لانتهاء تواريخها السجل التجاري الترخيص الصناعي... إلخ، أو تقديم موقف إحدى الجهات ذات الامتياز (التأمينات: الحصول على آخر إيصال حديث يفيد سداد التأمينات أو مصلحة الضرائب صورة من نماذج المصلحة أو شهادة من المحاسب القانوني.... إلخ) وقد تنطوي الشروط العامة على عدم

1- ينظر- د. طلبة ابراهيم سعد على، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص495.

2- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص 241.

3- ينظر- رشاد نعمان شايع العامري، الخدمات المصرفية الانسانية في البنوك الاسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي 30 شارع سوتير، الإسكندرية،2012، ص336.

تجاوز إجمالي التمويل المستخدم لحد معين، وتنظيم حركة الحسابات المذكورة جميعها في إطار هذا الحد المقرر دون زيادة[1]، وقد تقترن التمويلات في إطار الموافقة التمويلية بطلب مستندات أو استيفاء شروط أخرى بخلاف ما سبق، وعندئذ تكون تلك الشروط واجبة التنفيذ مسبقا قبل السماح بالتعامل على التمويلات.

2- شروط خاصة :

وهي تتعلق بحد أو آخر من حدود التمويلات أو بعنصر أو آخر من عناصرها ومثال هذه الشروط إيداع الغطاء النقدي قبل بدء استخدام التمويل كما في حالة الاعتمادات المستندية[2]، أو استيفاء الشروط الواجب توافرها في البضائع المقبولة للرهن وتخزينها بمخزن مستوفي الاشتراطات أو استيفاء شروط الكمبيالات برسم التأمين وفي مقدمتها جدية هذه الأوراق وانتفاء شبهة المجاملة وقد يقترن الشرط بأكثر من حد، كما إذا تم ربط حد الاعتمادات، وحد تمويل الاستيراد وحد القبول بشرط مشترك كما قد يعلق الشرط الخاص بجانب التمويل الذاتي للعميل كما في المشاركة التي يشترط فيها المصرف أو يودع العميل حصته في المشاركة لدى المصرف[3].

سادساً: الالتزام بإعانة طالب التمويل[4]: ويعتبر هذا الالتزام بمثابة تدخل جزئي من المصرف في تسيير المشاركة، ويتفرع هذا الالتزام إلى نوعين من الالتزامات :

الأول : يتمثل في واجب إعلام الشريك بكل الظروف والتطورات التي تحيط بالعمل موضوع المشاركة والتي تكون معروفة لدى المصرف [5].

1- ينظر ـ د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الإسلامية، مصدر سابق، ص 241.

2 - "الاعتماد المستندي عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الامر بفتح الاعتماد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقول او معدة للنقل" المادة(273) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984).

3 - ينظر- د. محمد محمود المكاوي، المصدر السابق، ص245.

4 - ينظر- د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص 110.

5 - ينظر- زقاري آمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص44.

الثاني: يتمثل في تقديم معلومة للشريك ويشترط في هذا الالتزام أن تكون المعلومة في حيازة المصرف، وأن تفيد المعلومة مشروع المشاركة، أن تساهم المعلومة في تفادي الخسائر المحتملة لمشروع المشاركة، وتتأرجح قوة المعلومة حسب طبيعتها حيث نجدها أكثر بروز في المعلومات الفنية من المعلومات العادية [1].

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

1 - ينظر- زقاري امال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص 43 .

المطلب الثاني

أثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الإدارة والربح والخسارة

متى ما نشأت المشاركة التمويلية المتناقصة مستجمعة لأركانها و مستوفية لشروطها يترتب عليها آثار من حيث الإدارة و الربح والخسارة وإن الخوض في غمار آثار المشاركة التمويلية المتناقصة الذي يدخل المصرف الإسلامي في المشاركة بدون فوائد وإنما يدخل شريك في الإرباح التي يحصل عليها المشروع .

سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : أثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الإدارة.

الفرع الثاني : آثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الربح والخسارة.

الفرع الاول

أثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الادارة

الإدارة في المشاركة التمويلية المتناقصة لها أهمية كبيرة نظراً لما تنطوي عليه من القيام بالأعمال اللازمة لاستغلال المشروع لتحقيق ما يهدف اليه طرفا المشاركة في الحصول على ما انتجه المشروع من أرباح حتى يحين أجل المشاركة والأصل إن تكون الإدارة من حق المصرف الإسلامي وطالب التمويل[1]، سواء كان المصرف الاسلامي باعتباره ممول أو طالب التمويل فالمشاركة في الإدارة من الحقوق التي يتمتع بها كل شريك في المشاركة التمويلية المتناقصة، وهذا ما وجده الباحث في الجانب العملي أثناء زيارته لبعض فروع المصارف الاسلامية حيث وجهنا سؤال لمدير المصرف هل يقدم المصرف الإسلامي رأس المال فقط أم يشارك في أدارة المشروع الممول مع العميل؟

وكان الجواب الإدارة حق للمصرف الإسلامي (الممول) والعميل (طالب التمويل) ولكن غالباً ما يفوض المصرف الإسلامي العميل طالب التمويل الإدارة لأنه باعتباره هو من أقترح المشروع والأقدر على حسن إدارته [2].

ويمكن للعميل الخروج عن هذا الأصل وقد ينفرد بإدارة المشروع بناءاً على تفويض من باقي المصرف الإسلامي الذين قد تتجه إرادته إلى وضع تنظيم معين للإدارة يتم تنفيذه من قبل الشريك المدير للمشروع بصفته نائباً اتفاقيا يتولى القيام بأعمال الإدارة أصيلاً عن نفسه ونائباً عن المصرف ومن ثم فما يقوم به من أعمال بهذه الصفة تنفذ بحقه المصرف[3]، متى ما تمت تلك الأعمال وفقاً للتنظيم الذي وضعه طرفا للمشاركة، وبالحدود المفوض بها فإذا ما تجاوز تلك الحدود عن تصرفه موقوفاً على إجازة المصرف متى ما ثبت إن هذا التصرف غير داخل في حدود التفويض[4] .

1- ينظر - بشار فاروق محمد الأعرجي، سلطات الشريك في إدارة المال الشائع، بحث مقدم إلى المعهد القضائي،2014، ص 21 .

2- مقابلة شخصية أجريت مع مدير مصرف إسلامي في كربلاء، بتاريخ (2023/7/16).

3- قضت محكمة النقض المصرية بقرارها المرقم ٩٣٩ في ١٢/٥/١٩٧٩ بأنه (بعد الشريك أصيلا عن نفسه وكيلا عن باقي الشركاء في إدارة المال الشائع فتنفذ الأعمال التي تصدر منه في حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملاً مادياً از تصرفاً قانونيا تقتضيه الإدارة) قرار أشار إليه القاضي على جبار سكيل سلطة المدير في إدارة المال الشائع بحث مقدم إلى المعهد القضائي ، 2012 ، ص ٥٧.

4 - ينظر ـ المصدر نفسه، ص56.

فهو المصدر لما يتمتع به الشريك المدير للمشروع من سلطات مما يوجب عليه القيام بأعمال الإدارة التي تتطلبها المشاركة وفقاً لما فوضه المصرف الإسلامي[1]، وان يبذل في سبيل ذلك عناية الرجل المعتاد [2].

إن إدارة المشاركة المتناقصة التمويلية غالباً ما تكون من قبل العميل طالب التمويل ولا سيما إن كان الشريك الممول مصرف ويرجع ذلك إلى الأسباب الآتية :

1- إن مشروع المشاركة التمويلية المتناقصة من اقتراح العميل طالب التمويل ابتداء ومن ثم فهو الأقدر على حسن إدارته، ولا سيما إن كانت تلك الإدارة تتطلب خبرة أو مهارة فنية.

2- عدم قدرة المصرف على إدارة جميع المشاريع التي يشارك فيها مشاركة تمويلية متناقصة لكثرتها وتنوع اختصاصاتها، مما يستلزم أن تتم إدارة تلك المشاريع من قبل أصحاب الاختصاص في كل ميدان[3].

3- إن العملاء لا يرغبون في تدخل المصرف بإدارة ما يشترك فيه من مشاريعهم مشاركة تمويلية متناقصة خشية الكشف عن مبتكراتهم أو خططهم الاستثمارية للحيلولة دون منافستهم[4].

٤- إن ما يقدمه العميل كحصة في المشاركة التمويلية المتناقصة أكثر حرصا من غيره على تحقيق المشروع لنتائجه الموضوعة له بأكثر فاعلية وإيجابية، ولاسيما كانت المشاركة ستنتهي بانفراده بالمشروع [5].

ومتى ما تولى العميل (طالب التمويل) إدارة المشروع يكون للمصرف الحق في الرقابة والتدقيق لضمان حسن سير المشاركة والتأكد من الكفاءة الإدارية للعميل ومدى التزامه ببنود العقد وهذه الرقابة تقوم الهيئاة الرقابية في المصرف وهذا ما بينته المادة (8) أولاً من قانون

1- حيث تنص المادة (933) من القانون المدني العراقي على انه "على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة ".

2- حيث تنص المادة (2/934) من القانون المدني العراقي على أنه "وان كانت بأجر وجب على الوكيل إن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد" وتقابلها المادة (1/841و2) من القانون المدني الأردني.

3- ينظر- د. محمد رامز عبد الفتاح، الحكم الشرعي للأستثمارات والخدمات المصرفية التي تقوم بها البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص 303.

4- ينظر- خالد اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص233.

5- ينظر، د. فهد سعد الدبيس الرشيدي، مصدر سابق، ص 420.

المصارف الإسلامية رقم (43) لسنة (2015) حيث نصت على "- تتولى الهيئة المهام الآتية : اولا مراقبة أعمال المصرف وأنشطته... " فتفويض المصرف حقه في الإدارة لا يمنعه من المتابعة والتي قد تكون على نوعين .

النوع الأول :

المتابعة الميدانية التي تتم عن طريق إجراء الزيارات الميدانية إلى موقع المشروع والمقابلة الشخصية مع الشريك طالب التمويل للاطلاع عن كثب على سير المشاركة والاطمئنان على جدية الشريك في العمل ومتابعة تطور موقف التنفيذ[1].

وتهدف المتابعة الميدانية، الى متابعة مسار نشاط العميل طالب التمويل وانتظام دورات التشغيل وانتظام تدفق الخامات حتى صيرورتها منتجا تامًا، وكذلك متابعة ما قد يواجه ذلك من مشاكل سواء في مرحلة التصنيع أو تراكم المنتج التام أو تكدس الإنتاج في أحد الخطوط الإنتاجية [2] والزيارة الميدانية تؤدي إلى التعرف على ما قد يكون العميل طالب التمويل قد أعطاه لمصارف أخرى أو رهونات.

كما تهدف هذه المتابعة إلى التأكد من حسن سير الأداء الاستثماري للمصرف، وبصفة خاصة من جانب العاملين فيه، وعدم وجود أي تهاون أو قصور في النظام الموضوع، ومن ثم لا مجال لحدوث أخطاء متعمدة أو عفوية ومن قدرة المصرف على استرداد أمواله التي سبق أن وافق على تمويلها لعملائه [3] .

وتتم هذه المتابعة بشكل دوري وفقًا لبرنامج زيارات سبق وضعه وتم تحديده من قبل، وقد تتم أيضًا بشكل فجائي يقوم على الاختيار العشوائي الذي تقوم به الكوادر الرقابية بالمصرف، ومن ثم فإن المتابعة الميدانية ذات شقين شق وقائي، وشق علاجي، الشق الوقائي، يقوم على معرفة أوجه القصور المحتملة التي قد تؤثر مستقبلاً على المصرف والتنبؤ بالخطر قبل وقوعه واقتراح طرق الوقاية منه، والشق العلاجي يقوم على معالجة الأخطاء أو الأخطار

التي تحققت فعلا، وضمان عدم تكرار حدوثها مرة أخرى مستقبلا [4].

1- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص 257.
2- ينظر- د. مصطفى كمال طايل، القرار الاستثماري في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص294.
3- ينظر - د. محمد محمود المكاوي، مصدر سابق، ص 257.
4- ينظر، د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص 257.

وترتبط هذه الزيارات بنوعية التمويل الممنوح فتزداد الحاجة إليها في تمويل مشاريع المقاولات أو التمويل بضمان بضائع أو للتجار والحرفيين وتقل أو تنعدم في حالات أخرى مثل التمويل بضمان شخصي (المرتبات المحولة للمصرف أو العمليات التمويلية المضمونة بودائع) [1].

وهذه الوسيلة تمكن المصرف أو المسؤولين فيه عن العمليات التمويلية من تقييم أو متابعة مستوى كفاءة المسؤولين عن إدارة النشاط وتناسب حجم المشاريع المسند تنفيذها للعميل وقدرته على التنفيذ مع الآلات والمعدات والعمالة المتخصصة المتوافرة لديه، وما يطرأ على الضمانات من تعديلات كإنشاء مباني على أراضي مرهونة أو تهدمها وتصدعها[2]، وحسن تنظيم العمل وتوافر إجراءات الوقاية ضد الحريق والسرقة والحوادث الصناعية وتناسبها مع بوليص التأمين وعقود التوريدات، ووفرة المخزون من المواد اللازمة لاستمرار العمل بهذه المشاريع دون توقف، و تفرغ التاجر الفرد أو معدل إشرافه على إدارة النشاط موضوع التمويل، و مظاهر الرواج والكساد، والصحة أو المرض في النشاط ومعرفة .

النوع الثاني :

المتابعة المكتبية والتي تتم عن طريق طلب تقارير دورية من الشريك طالب التمويل المدير للمشروع، والاطلاع على الدفاتر ومستندات المشاركة للتعرف على المركز القانوني والمالي للمشروع [3]، وهذه المتابعة وتقوم على الاتصال غير المباشر من خلال الأوراق والمستندات والتقارير والبيانات دون الانتقال إلى مقر النشاط، ومن الوسائل المستخدمة في هذا النوع [4]، متابعة الأحوال المالية للعميل من خلال متابعة مراكزه المالية دون انتظار للميزانية في نهاية السنة، وحركة البضائع والكمبيالات من واقع التقارير التي تعدها الأقسام المختصة من حيث أعلى رصيد وحركة السحب لكل ضمان وقيمة البضائع الراكدة والكمبيالات غير المحصلة رغم حلول استحقاقها، وطلب بيانات خاصة عن المبيعات أوالمصروفات والإيرادات وغيرها، وفي حالة التمويل بالمشاركة يتم طلب تقرير دوري عام عن تطور التنفيذ، ويمكن أن يكون هذا التقرير يوميًا أو أسبوعيًا أو شهريا، حسب طبيعة العمليات ومدى الحاجة

1- ينظر- سارة مرابط، صيغ وأساليب التمويل في نظام المشاركة وتنفيذها داخل البنوك، مصدر سابق، ص67.
2- ينظر- نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص96.
3- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص 97.
4- ينظر- سارة مرابط، المصدر السابق، ص 68.

للتقارير[1]، ومتابعة حركة حساب المشاركة بالمصرف أولا بأول للوقوف على طبيعة مدخلاته ومخرجاته[2]، ومتابعة حركة حساب العميل داخل المصرف، حيث يمكن معرفة واستقراء واستنباط الكثير عن أحوال العميل المالية ومعايشته في تطورات نشاطاته اليومية، مثل، مدى انتظام تدفقات النقدية مقارنة بتقديراته السابقة لقياس كفاءة الإدارة المالية، وانتظام سجلات العميل ونظمه المحاسبية ومدى دقتها، ومواسم الرواج والكساد في النشاط الذي يقوم به العميل والعوامل المؤثرة فيها إيجاباً وسلباً، والصكوك المعادة والموقوفة أسباب إعادتها أو رفضها[3]، وعدد الاعتمادات المستندية المفتوحة وخطابات الضمان المصدرة[4]، ومتابعة موقف مديونيات العميل طالب التمويل تجاه مصارف أخرى، ويتم ذلك من دراسة تطور مديونية العميل من خلال مركزية المخاطر عن طريق البنك المركزي أو عن طريق فروع المصارف العاملة في منطقة واحدة في حالة العملاء طالبي التمويل الذين لا تشملهم مركزية المخاطر بالبنك المركزي، ومتابعة ما يُنشر بالصحف والمجلات ونشرات الجهات المختصة، والاتصالات الشخصية بالعميل من قبل المسؤولين بالمصرف، ومتابعة ما يجري للضمانات المقدمة من العميل طالب التمويل، تستهدف هذه المتابعة، مراجعة تقييم الضمانات المختلفة آخذاً في الاعتبار النسبة التمويلية المقررة لها، وحصول المصرف على الضمانات المطلوب تقديمها وفقًا لشروط التعاقد واستكمال الإجراءات التي يتطلبها رهنا لصالحه، وسيطرة المصرف الفعلية على هذه الضمانات، وسلامة الضمانات المقدمة للمصرف، وعدم تعرضها للتلف أو الضياع أو للنقص في كمياتها[5]، وقابلية الضمان للبيع، فالضمان القابل للبيع يعني أن هناك طلبا عليه في السوق، وأن هذا الطلب مستمر، ومتابعة سعر السوق للضمان وأن سعره بالسوق مناسب للوفاء بقيمة التمويل وعوائده، وأن هذا السعر لا يقل عن التكلفة وإلا كان ذلك يعني تأكل قيمة الضمان وربما عدم كفايته لسداد المديونية عند التصرف فيه

بالبيع [6]، وسريان الضمانات الشخصية والكفالات المقدمة من بعض العملاء، وعدم تأثيرها نتيجة لتراجع المركز المالي للضامنين أو الكفلاء.

1 - ينظر- زقاري آمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص42.
2- ينظر- يوسف سعيد يوسف أبو سلمية، معوقات أنتشار التمويل المصرفي الإسلامي بصيغة المشاركة في فلسطين، مصدر سابق، ص40.
3- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص 255.
4- ينظر- د. شهاب أحمد سعيد العزعزي، أدارة البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص138.
5- ينظر- زقاري امال، المصدر السابق،ص43.
6- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص 257.

أما فيما يخص المقابل الذي يتقاضاه مدير للمشروع [1]، نظير ما يقوم به من أعمال الإدارة، فان مدير المشروع قد يكون أحد طرفي المشاركة أي المصرف الإسلامي (الممول) أو العميل (طالب التمويل) أو يكون ليس طرفاً في المشروع، فأن كان الاخير فيدفع له المقابل من أرباح المشروع وبحسب الاتفاق بين طرفي المشاركة وهذا هو الشائع وخاصة" اذا كان المشروع كبيراً، أما اذا كان مدير المشروع احد طرفي المشاركة، فان كان المصرف هو المدير فيحسب له مقابل لذلك وهذا نادر جداً لأنه المصرف لدية اعمال وانشطة ومشاركات كثيره غالباً ما يخول العميل (طالب التمويل) أدارة المشروع أذ إنه صاحب فكرة المشروع وغالباً ما يكون متحمساً لنجاح مشروعة، ولكن نظراً لما يقوم به من أعمال ادارة فيستحق مقابل فيتخذ إحدى الصورتين وكالاتي :

الصورة الاولى: استحقاق العميل راتباً شهرياً مقطوعاً نظير إدارته[2]، للمشروع بغض النظر عن نتائج المشاركة سواء أحققت ربحاً أم منيت بالخسارة ومن ثم يتقاضى العميل المدير للمشروع جزء" من الأرباح متى ما تحققت بصفته شريكاً في رأس المال وراتباً شهرياً مقطوعاً كمقابل لما يقوم به من أعمال الإدارة .

الصورة الثانية: اختصاص العميل بنسبة من الأرباح المتحققة كحافز أساسي نظير إدارته للمشروع، إذ يتقاضى العميل المدير للمشروع نسبة من الأرباح، بصفته مديراً فضلاً عما يتقاضاه بصفته شريكاً في رأس المال، فهذه الصورة تجعل حصول العميل على مقابل الإدارة مرتبطاً بالأرباح التي قد تتحقق أو لا تتحقق[3].

فضلا عن ما يحصل عليه العميل المدير للمشروع من مقابل قد يحصل على حافز أداء فيما لو زادت الأرباح المتحققة عن نسبة معينة لحمله على الجد والمثابرة والحرص على تحقيق المشروع لمزيد من الأرباح[4].

1- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص 97.

2- ينظر- د. فهد سعد الدبيس الرشيدي، دعم المشروعات الصغيرة بالمشاركة المتناقصة، مصدر سابق، ص420.

3- ينظر- المصدر نفسه، ص422.

4- إن الشركة الكويتية لتطوير المشروعات الصغيرة تمنح الشريك إدارته للمشروع حوافز أساسية بنسبة 40% من الأرباح الصافية المحققة للمشروع وإذا حقق المشروع أرباحاً صافية تزيد عن 7.5% فإنه يستحق أيضا 20% من الأرباح الصافية المحققة باعتبارها حافز اداء وهذا كله بخلاف نصيبه من الأرباح السنوية،

ويلاحظ إنه ينبغي التمييز بين العميل الذي يتولى إدارة المشروع وبين العميل الذي يقدم عمله كحصة في رأس المال فالعميل المدير المشروع شريك مال يحصل على الأرباح فضلاً عن المقابل لما يقدمه من أعمال في حين إن العميل الذي يقدم عمله كحصة في رأس المال شريك جهد يحصل على الأرباح فقط نظير ما يقدمه كحصة من أعمال[1].

ومما تجدر الإشارة إليه إن مقابل إدارة المشروع محل المشاركة التمويلية يدخل ضمن النفقات التي ينبغي أن يتحملها طرفا المشاركة كل بقدر حصته [2]، في رأس المال ولا يجوز أن يتحملها العميل دون المصرف الإسلامي ولو بحجة إن محل المشاركة سيؤول إليه فالمشاركة تقتضي المساواة بين الشركاء في تحمل جميع النفقات إلا إن الواقع العملي قد شهد وجود العديد من المخالفات إذ يلزم العميل طالب التمويل بتحمل جميع النفقات مع المشاركة في تحمل الأعباء.

الفرع الثاني

أثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الربح والخسارة

المشاركة التمويلية المتناقصة ما هي إلا وسيلة يسعى من خلالها طرفا المشاركة إلى تحقيق مصالحهم المادية المتمثلة في الحصول على الربح ولكن قد يؤول مسعاهم إلى الخسارة مما يستلزم تعاون الشركاء وتآزرهم على جني ثمار المشاركة سواء تكللت بالنجاح أم منيت بالخسارة فنية الاشتراك تقتضي مساهمة كل شريك في الربح وفي ما قد يتحقق من الخسارة.

اولاً: أثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الربح.

عرفت المحكمة العليا الفرنسية الربح هو (كل كسب مالي أو مادي يضاف إلى ثروة الشركاء) ومن ثم لا بد من تجنب الخسائر أو الاقتصاد في النفقات ربحاً [3]،لأن ليس في هذه الحالات إضافة مالية أو مادية إلى ثروة الشركاء.

1- ينظر- فهد سعد الدبيس الرشيدي، دعم المشروعات الصغيرة بالمشاركة المتناقصة، مصدر سابق، ص422.

2- حيث تنص المادة (1067) من القانون المدني العراقي على أنه " نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة من الشيوع أو المقرر على المال، يتحملها جميع الشركاء حصته". ويقابله في القانون المدني الأردني المادة (1037).

3- نقلاً عن كامل عبد الحسين البلداوي، الشركات التجارية في القانون العراقي، مصدر سابق، ص28.

كما عرفته مجلة الإحكام العدلية في المادة (1058) على انه " الربح هو عبارة عن الكسب"[1].

آما قانون الشركات العامة عرف الربح الصافي هو"... زيادة الإيرادات على المصرفات الظاهرة في حساب الأرباح والخسائر... "[2].

ويعد الربح عند الاقتصاديين الحافز الأساسي لقيام المشروعات الاقتصادية والمحرك الأول لكل العمليات الإنتاجية، وتكمن أهمية تحديد الربح في الاقتصاد في كونه حافزا وهدفا للمشاريع الاستثمارية وأداة للحكم على كفاءتها، كما أنه نوع من الدخل يرجع إلى عنصر التنظيم مقابل تحمل المخاطرة، فالربح يعني الزيادة المحتملة على رأس المال في حين إن الفائدة هي نسبة ثابتة ومحددة من رأس المال ويرجع التمييز بين الربح الناشئ عن المشاركة والفائدة إلى إن المصارف الإسلامية قد استحدثت المشاركة ليكون بديلاً عن عقد القرض بفائدة، ويعد الربح القاسم المشترك الذي يسعى إليه طرفي المشاركة التمويلية المتناقصة إذ يطمح المصرف الممول إلى الحصول على الربح المتوقع من المشاركة في حين إن العميل طالب التمويل يعول على ما قد يحصل عليه من الربح ليكون عوناً له في تحقيق طموحه المتمثل بانفراده في المشروع[3]، فالحصول على الربح من الحقوق المالية لكل شريك ولكن متى تكون المشاركة قد حققت ربحاً أو ما هي الأرباح القابلة للتوزيع على الشركاء، تحقق المشاركة ربحاً متى ما زادت فيها قيمة الأصول على الخصوم بموجب جرد سنوي أو إعداد ميزانية[4]،ولكي تكون هذه الزيادة قابلة للتوزيع على الشركاء ينبغي خصم جميع التكاليف اللازمة لتحقيق هذه الارباح[5].

فالربح الصافي هو الذي يوزع على الشركاء والمستمد من زيادة الإيرادات على المصروفات إما عن كيفية توزيع الربح المتحقق من المشاركة بين الشركاء فقد يكون نصيب كل منهم في الربح متناسباً مع حصته في رأس المال أو مع ما تقيده المشاركة من هذه الحصة إذا كانت حصة الشريك ما يقوم به من أعمال وقد تتجه إرادة الشركاء إلى وضع تنظيم معين لتوزيع

1- ينظر- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد للثالث، 2003، ص8.
2 - قانون الشركات العامة العراقي العام رقم (22) لسنة (1997)، المادة (1/11).
3- خالد اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص174.
4- ينظر- د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية (دراسة قانونية مقارنة)، مصدر سابق، ص215.
5- ينظر- د. عيسى ضيف الله المنصور، نظرية الارباح في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص66.

الربح ينعدم من خلاله التناسب بين نصيب الشريك في الربح وما يقدمه من حصة في رأس المال[1].

فقد يرى طرفا المشاركة أن يتم تخصيص جزء من الربح لتسديد المصرف الممول من خلال تقسيم الربح إلى أجزاء ثلاث يكون أحدها من نصيب الشريك الممول والآخر من نصيب الشريك طالب التمويل في حين يخصص الجزء المتبقي من الربح لتسديد ثمن حصة الشريك حتى تنتهي المشاركة عند تمام التسديد ومن ثم يتحقق التلازم بين الربح الذي تحققه المشاركة وثمن الحصة الذي يكون واجب الدفع من الأرباح المتحققة[2].

كما قد تخصص نسبة من الربح للشريك المهني نظير الترخيص له بمزاولة المهنة [3]، والتي لا يكتسب المشروع محل المشاركة التمويلية المتناقصة الصفة القانونية ولا يحقق أغراضه إلا من ذلك فإن هذه التراخيص من الحقوق المعنوية التي لها قيمة مالية ومن ثم تعد جزءاً من رأس مال المشروع محل العقد مما يقتضي أن يقابل الترخيص بمزاولة المهنة نسبة من الربح وقد يحتاط الشركاء إلى ما قد يواجه سير المشاركة من مخاطر وتحديات ويترجم هذا الاحتياط باقتطاع جزء من الأرباح، يخصص لمواجهة مخاطر الاستثمار، حرصاً على نجاح المشاركة وتحقيقها لما وجدت لأجله من غايات[4].

ومما تجدر الإشارة إليه إن بعض المصارف الإسلامية، قد استحدثت صندوقاً خاصاً لتغطية مخاطر الاستثمار تتم تغذيته بتخصيص نسبة مئوية ثابتة في كل عام من صافي الإيرادات[5].

1- ينظر- د. لطيف جبر كوماني، مصدر سابق، ص215.

2- ينظر- نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص37.

3- ينظر- د. فهد سعد الدبيس الرشيدي، دعم المشروعات الصغيرة بالمشاركة المتناقصة، مصدر سابق، ص425.

4- ينظر- د. إسماعيل شندي، المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي، ورقة عملية مقدمة إلى مؤتمر الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك المنعقدة في جامعة الخليل، فلسطين،2009، ص25.

5- حيث نصت المادة(20/أ) من قانون البنك الاردني رقم (13) لسنة (1978) على إنه "على انه التغذية الحساب المخصص لمواجهة مخاطر الاستثمار يقتطع البنك ما نسبته 20% من صافي أرباح الاستثمار المتحققة من مختلف العمليات الجارية خلال السنة المعلنة".

ويمكن للمشاركة متى ما زادت الأرباح عن نسبة معينة يختص بالربح الزائد عن تلك النسبة أحد الأطراف[1]، وقد يرجع ذلك إلى حثه على تحقيق المزيد من الربح أو للتفاوت في الخبرة أو المهارة أو العمل بين الشركاء، فالربح هو ثمرة لتفاعل العمل والمال ومن ثم لا يمكن لأي مشروع إن يحالفه النجاح ويحقق الأرباح بدون تكاتف الجهود مع رأس المال ومتى ما تم تحديد نسب توزيع الربح بين الشركاء فقد تكون ثابتة طيلة مدة المشاركة أو متغيرة، تبعا لإرادة الشركاء ولا سيما إن كانت المشاركة متناقصة يتخلف فيها عنصر الثبات، فلا تستمر حصة الشركاء على وتيرة واحدة، وإنما تنقص أو تزداد حسب تملك أحد الطرفين لجزء من حصة الطرف الآخر ومن ثم قد تتجه إرادة الشركاء إلى تغير نسب توزيع الربح تبعا لتغير حصص الملكية تحقيقاً للتناسب بين ما يملكه كل شريك وما يخصص له من الأرباح فنسب توزيع الربح قابلة للتعديل متى ما اتجهت إلى ذلك إرادة الشركاء، ويقسم الإيراد المتحقق من المشروع حصة للمصرف الإسلامي (الممول) كعائد تمويل وحصة للعميل (طالب التمويل) وحصة أخرى للمصرف لسداد أصل ما قدمه من تمويل، أي يقسم ثلاثة حصص حصتين للمصرف الإسلامي (الممول) وحصة للعميل (طالب التمويل) وهذا التقسيم هو الشائع، أما الذي الذي يقوم بتقسيم الأرباح هو القائم على إدارة المشروع وغالباً ما يكون العميل طالب التمويل[2].

مما تقدم يتضح لنا الدور الذي تضطلع به الإرادة في توزيع الربح بين طرفي المشاركة إلا إن الاتفاق الوحيد غير المباح هو ما ينطوي على استئثار المصرف بما قد تحققه المشاركة من ربح وحرمان العميل، ويرجع ذلك إلى إن مثل هذا الاتفاق يقطع الاشتراك في الربح ويتنافى مع نية المشاركة ومع ذلك فان يمكن للمصرف الإسلامي هنا إن يأخذ جميع ما يحققه المشروع من ربح أي يأخذ حصته وحصة العميل لتسديد ما قدمه المصرف من تمويل.

ثانياً: أثار المشاركة التمويلية المتناقصة من حيث الخسارة.

1- ينظر- خالد الحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص31.

2- ينظر- د. هشام أحمد عبد الحي، المصرف الاسلامي، مصدر سابق، ص367.

يقصد بالخسارة النقص الحاصل في رأس مال المشاركة، فالخسارة افتراضاً قائماً في كل مشاركة يكون قابلاً للتطبيق، متى ما زادت ديونها على موجوداتها، ومن ثم فان المشاركة التي تنطوي على قدر من المخاطرة يتمثل بما قد تتعرض له من الخسارة[1].

كما تعرف الخسارة بانها تضحية اضطراريه اي تكاليف مستنفذة تتحملها المنشأة دون الحصول على اي منفعة سواء حاضره أو مستقبلية، فعقد المشاركة قد يفضي إلى الخسارة وعندها يثور التساؤل من ذا الذي يتحمل عبء تلك الخسارة؟ وللإجابة على السؤال المتقدم ينبغي التمييز بين فرضين وكالاتي:

الفرض الأول: إذا كانت الخسارة ناجمة عن العميل أو تقصيره فيقع عليه وحده عبء، تلك الخسارة، فحصة كل شريك أمانة في يد الآخر[2]، يضمنها إذا هلكت بصنعه أو بتعدي أو تقصير منه، كأخطاء العميل الإدارية مثل سوء الإدارة أو ضعف في مستوى المتابعة أثناء التنفيذ أو التقيد بالشروط المنصوص عليها في العقد أو أن يقوم الشريك بالغش أو التحايل كإخفاء حقيقة الأرباح[3].

الفرض الثاني: إذا كانت الخسارة ناجمة عن ظروف لا دخل لإرادة العميل فيها كالخسارة الناشئة أسباب متعلقة بالسوق أو فشل المشروع محل عقد المشاركة أو عن آية متغيرات أخرى يصعب التحكم بها، فيقسم عبء الخسارة على طرفا المشاركة ليغطي كل منهم جزءاً من الخسارة يتناسب مساهمته في رأس المال، لأنه الخسارة تعني الجزء الهالك من مع رأس المال فتتقدر بقدره[4]، ولا يلزم وجود التعادل بين نصيب الشريك من الربح مع نصيبه من الخسارة إلا إنه ينبغي أن تكون مسؤولية الشريك عن الخسارة بالقدر الذي يتناسب مع حصته في رأس المال ويبدو هذا التناسب جلياً في صورة المشاركة المتناقصة إذ إن مساهمة الشريك في الخسارة تزيد أو تنقص تبعاً لتزايد أو تناقص حصته في رأس المال[5] .

1- ينظر- د. احمد الصويعي شليبك، المشاركة، المنتهية بالتمليك كما يجريها بيت التمويل الامريكي (لا ربا)، مصدر سابق، ص360.

2- ينظر- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص215.

3- ينظر- نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص116.

4- ينظر- نصر محمد السلامي، الضوابط الشرعية وللاستثمار، ط1، دار الايمان للطبع والنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2008، ص461.

5- ينظر- د. نزيه كمال حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 523.

وإن اساس التناسب هو الاتفاق بين المصرف الإسلامي والعميل طالب التمويل، ولا يقتصر هذا التناسب بين نصيب العميل من الخسارة وحصته في رأس المال من حيث المقدار وإنما يمتد ليشمل طبيعة تلك الحصة كما لو كانت الحصة المقدمة من قبل العميل ما يقوم به من أعمال فالمشاركة بطريقة المضاربة تتم من خلال تقديم المصرف الممول لرأس المال اللازم لمشروع معين في حين يقوم العميل بما يتطلبه ذلك المشروع من أعمال فإذا منيت المشاركة بالخسارة تحمل الشريك الممول ما نقص من رأس المال بينما يكتفي الشريك الآخر بخسارة وقته وجهده المبذول في سبيل إنجاز ما تطلبته المشاركة من أعمال، فالتناسب بين نصيب الشريك من الخسارة وحصته في رأس مال المشاركة سواء من حيث الطبيعة أم من حيث المقدار من مقتضيات المشاركة التي تقوم على تحقيق العدل والمساواة بين طرفا المشاركة في تحمل الأعباء، وقد يتحرز الشركاء لما قد تتعرض له المشاركة من خسائر أو أعباء عن طريق اقتطاع النسبة معينة من الإيراد الصافي لمشروع التكوين احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال، إلا إنه ينبغي أن تكون هذه التأمينات مقطوعة من نصيب جميع الشركاء، انسياقاً مع مجرى نية الاشتراك [1]، ومن جانب آخر نبأنا الواقع عن وجود العديد من المشاركات التمويلية المتناقصة[2]، والتي يحصل من خلالها المصرف الإسلامي على ضمانات خاصة بالاتفاق مع العميل طالب التمويل وهذه الضمانات الاتفاقية قد تكون عينية كالرهن أو شخصية كالكفالة[3]، ولكن ما الذي يسعى المصرف الإسلامي، إلى تأمينه من تلك الضمانات هل لاسترداد أصل ما قدمه من تمويل أم لضمان الوفاء بما قد يستحق له من تعويض عما يلحق به من خسارة ناجمة عن تعد أو تقصير؟

إن ما قدمه المصرف من تمويل ليس بقرض وإنما حصة في رأس مال المشاركة ومن ثم ينبغي أن لا يضمن العميل طالب التمويل رأس مال المشاركة الذي ساهم فيه وبخلافه يتحصن الشريك الممول ضد الخسارة متى ما تحققت على حساب العميل طالب التمويل وتنتفي معه نيه المشاركة مما يجعل المشاركة التمويلية المتناقصة توأما متماثلاً مع عقد القرض، فالشريك أمينا على رأس مال المشاركة لا ضامنا له ومن ثم لا تتحقق مسؤوليته إلا

1- ينظر- د. هشام أحمد عبد الحي، المصرف الاسلامي، مصدر سابق، ص369

2- ينظر- د. راقية عبد الجبار علي، الوجيز في العقود المسماة(البيع والتامين والوكالة)، ط1، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، 2004، ص219.

3- حيث نصت المادة (1008) من القانون المدني العراقي على أنه " الكفالة ضم ذمة إلى نمة في المطالبة بتنفيذ التزام" ويقابل هذه المادة في القانون المدني الأردني المادة (950).

عن الخسارة[1]، الناجمة عن التعدي أو التقصير أو الإخلال بالشروط المنصوص عليها في العقد فالمشرع قد افترض الأمانة في الشريك ما لم يثبت العكس[2].

وبناء على ما تقدم فإن الضمانات الاتفاقية لا تكفل للمصرف استرداد أصل ما قدمه من تمويل وإنما تؤمن له التعويض عن أي خسارة متى ما كانت ناجمة عن تعد أو تقصير ويبدو لنا إن الضمانات الاتفاقية يتعاظم دورها وتتجلى أهميتها عندما يتم إنهاء المشاركة عن طريق الحصول على الثمن المؤجل كونه ديناً ثابتاً في ذمة الشريك طالب التمويل، ويمكن للمصرف الإسلامي الممول مواجهة خسارة المشروع محل المشاركة من خلال صندوق مواجهة خسائر عمليات المشاركة وهو من الأساليب التي يمكن للمصارف الإسلامية الاعتماد عليها للاحتياط ضد مخاطر عمليات المشاركة تكوين صندوق لمواجهة الخسائر المحتملة لهذه العمليات بحيث يعمل على تقليل الآثار التي يمكن أن تترتب على هذه الخسائر عند وقوعها، ويلاحظ أن الاعتماد على هذه الأسلوب يمكن أن يحقق العديد من الفوائد سواء للمصرف الإسلامي الممول وطالب التمويل، فتطبيق هذا الأسلوب يساعد المصرف على الحد من مستوى المخاطر التي تواجهه عند تطبيق أساليب التمويل بالمشاركة لتوظيف موارده والتي يكون بسبب احتمالات الخسارة التي يمكن أن تتعرض لها هذه العمليات، ومن ثم يمكن عن طريق هذا الأسلوب التقليل من الأثر الذي يحدث عند وقوع هذه الخسارة، سواء على مستوى المصرف أو على مستوى عملائه حيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى تشجيع العملاء على التعامل معه كما أن تطبيق هذا الأسلوب يمكن أن يسهم في وقاية راس المال من الخسارة[3].

1- حيث نصت المادة(3/1062) من القانون المدني العراقي على أنه " وحصة كل شريك أمانة في يد الآخر فإذا أتلفها بتعديه ضمن".

2- ينظر- علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، مصدر سابق، ص365.

3- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص 273.

المبحث الثاني

انتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة وتطبيقاتها

ان المشاركة التمويلية المتناقصة لا تخرج عن حال رابطة الالتزام، عموماً والتي من خصائصها إنها رابطة مؤقتة مصيرها الزوال بعد فترة محددة إذ يعمد أطراف المشاركة إلى تحديد العمر الافتراضي للمشاركة، والخطوات واجبة الإتباع لتتحقق نهايتها الطبيعية فمتى ما سارت المشاركة على النسق المحدد لها تحقق الانقضاء الطبيعي للمشاركة إلا إنه قد تطرأ أسباب تؤدي إلى انحراف المشاركة عن مسيرتها وعندها قد تكون نهايتها بغير الانتهاء الطبيعي ومن ثم يتحقق الانتهاء غير الطبيعي للمشاركة، وعلى الرغم من التقدم الكبير في مجال الصيرفة الإسلامية إلا أنه لا يزال في بداية الطريق من حيث الكم والنوع ودورها في تفعيل صيغ المعاملات المالية ومنها المشاركة وتطبيقاتها العملية.

وبناءً على ما تقدم فان الخوض في انتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة وتطبيقاتها العملية سنتناوله في مطلبين وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول: انتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة .

المطلب الثاني: تطبيقات المصارف الإسلامية للمشاركة التمويلية المتناقصة .

المطلب الأول

انتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة

ان انتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة تتم عند استرداد الأموال و بالكيفية التي تم الاتفاق عليها، وباسترداد أموال المصرف الإسلامي وأرباحه، وعند إنهاء العملية محل المشاركة يتم قياس النتائج المحققة وتوزيعها وفقًا للشروط التوزيعية المتفق عليها في العقد وذلك عن طريق إعداد حسابات النتيجة كما يتم إخطار الإدارات المختصة يفيد بانتهاء المشاركة حيث تظهر النتائج ربحا أو خسارة ويتم توزيعها وهي مرحلة انتهاء المشاركة والمحاسبة عن نتائجها وتوزيع الأرباح أو الخسائر وفقًا للنسب المتفق عليها وتصفيتها والتي تتم بطريقة طبيعة أو غير طبيعية ثم تجديدها إن رغب الشركاء في ذلك.

وبناء على ما تقدم سوف نستعرض الانتهاء الطبيعي للمشاركة التمويلية المتناقصة في الفرع الاول والانتهاء غير الطبيعي للمشاركة التمويلية المتناقصة في الفرع الثاني.

الفرع الاول

الانتهاء الطبيعي للمشاركة التمويلية المتناقصة

تنتهي المشاركة التمويلية المتناقصة بانتهاء المدة عند استرداد المصرف الإسلامي التمويل الذي قدمه للعميل (طالب التمويل) والذي يجب أن يكون مقترنا بطبيعة التدفقات النقدية للعملية أو المشروع، وكذلك حجم التمويل الممنوح من المصرف وغير ذلك من العوامل، ويجب النظر إلى قائمة التدفقات النقدية التقديرية ليوضح أن المشروع لديه القدرة على سداد أقساط المشاركة التي سيقوم بسدادها طالب التمويل[1]، ويتوقف تحديد برنامج الانتهاء على العوامل الآتية:

١ـ مدة المشاركة ومقدار حصة المصرف في التمويل[2].

2ـ دورية الإيرادات الناشئة عن عملية المشاركة أو أحجام تدفقاتها.

3ـ رغبة الطرفين وما يتم الاتفاق عليه.

إن الاتفاق في عقد المشاركة التمويلية المتناقصة هو السائد بتداءاً وانتهائاً وهذا جواب للسؤال وجهه لمصرف إسلامي كيف ينتهي عقد المشاركة التمويلية المتناقصة بشروط المصرف أم بشروط العميل؟

الجواب: إن عقد المشاركة يبدأ وينتهي باتفاق طرفي العقد (المصرف الممول والعميل طالب التمويل) على أن لا يتعارض الاتفاق مع قانون المصارف الإسلامية وتعليمات البنك المركزي[3] .

كما إن الانتهاء الطبيعي للمشاركة التمويلية يرتبط بالطريقة التي يضعها المصرف للتمويل

بالمشاركة، أذ إن استرداد التمويل الذي قدمة المصرف الإسلامي[4]، و تحديد ربح العمليات أو خسارتها بمثابة جني الثمار المراحل السابقة التي انتهت بمعايشة المصرف والعميل طالب

1- ينظـر ـ سـارة مـرابـط، صـيـغ وأسـاليـب التمويل في نظام المشاركة وتنفيذها داخل البنوك، مصدر سابق، ص40.

2- ينظر ـ د. طلبة ابراهيم سعد على، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص501.

3- مقابلة شخصية أجريت مع مدير مصرف إسلامي في كربلاء، بتاريخ (2023/7/16).

4- ينظر ـ د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص 37.

التمويل لظروف العمليات حتى تصفيتها وهي مرحلة القراءة السليمة لسوق السلعة والتنفيذ الجيد لشروط الدراسة والتصديق والمتابعة والإدارة الفعالة خلال فترة المشاركة تقود إلى النهاية المرجوة من المشاركة وهي تصفية المشاركة وفقا لما هو متوقع لها من حيث التاريخ المحدد لذلك، والعائد المتوقع في الدراسة، حيث يقدم الشريك طالب التمويل تقرير تصفية مفصل يوضح فيه واردات المشروع وتواريخها وتتم مراجعتها والموافقة عليها بواسطة الطرفين، حيث يتم توريد متبقي قيمة الواردات التي لم يسبق إضافتها لحساب المشاركة ويقوم الطرفين بالتوقيع على تقرير التصفية، ويتم إعطاء الشريك طالب التمويل- مدير المشروع - حصته من الأرباح نظير الإدارة والتي سبق أن تم الاتفاق عليها.

وفي كل الأحوال فإن الاسترداد يمكن أن يتم باسترداد مبلغ التمويل بالتدريج خلال مدة المشاركة، ولأصل إن المشاركة التمويلية المتناقصة تنتهي باسترداد المصرف الإسلامي حصته مع الارباح المتفق عليها، فالمشاركة التمويلية المتناقصة ذات طبيعة مؤقتة وينبغي تحديد الطريقة المتبعة لبلوغ المشاركة نهايتها والتي قد تكون إحدى الطرق الأتية.

أولاً: تخصيص حصة طالب التمويل كلها أو جزءً منها لتسديد حصة المصرف الإسلامي الممول.

تستند هذه الطريقة إلى تحديد الموارد التي سيتم من خلالها إنهاء المشاركة إذ تقتضي أن يرد طالب التمويل حصة المصرف في المشروع المشترك من العائد المستحق للشريك والناتج عن ذلك المشروع مما يجعل ذلك يرتبط بنجاح المشروع ومدى تحقيقه للأرباح ومتى ما اتجهت إرادة الشركاء إلى انهاء المشاركة فان الأمر لا يخرج عن أحد فرضين وكالاتي[1]:

الفرض الأول :

تخصيص كل نصيب طالب التمويل من العائد الى المصرف الممول.

يتحقق هذا الفرض متى ما تم تخصيص كل نصيب طالب التمويل الراغب بإنهاء المشاركة من الأرباح المتحققة من المشروع محل المشاركة الى المصرف الممول.

1 - ينظر- د. سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص106.

ويلجا الشركاء عادة إلى هذا الفرض متى ما اتجهت إرادتهم إلى تقصير مدة حياة المشاركة وسرعة انهاءها، ولعل المصارف الإسلامية تميل إلى هذا الاتفاق لما يحققه لها من سرعة استرداد ما قدمته كحصة في رأس المال فضلاً عما تستحقه من أرباح[1] .

الفرض الثاني :

تخصيص جزء من نصيب طالب التمويل من العائد الى المصرف الإسلامي إن هذا الفرض قائم على أساس تقسيم العائد بين أطراف المشاركة التمويلية المتناقصة إلى حصتين إحداهما للمصرف الإسلامي الممول والأخرى للعميل طالب التمويل بيد إن هذه الأخيرة تنشطر إلى قسمين قسم يدفع له وقسم يخصص لتسديد ما دفعة المصرف من تمويل، والغالب أن يتحقق هذا الفرض الذي يؤدي إلى إنهاء المشاركة على نحو بطيء لأن العميل طالب التمويل لا يملك مالاً وإنما يملك حصة من الربح أو العائد الناتج عن المشاركة [2]، وقد تقدم بعض الجهات الممولة إلى احتجاز نسبة من نصيب العميل في الأرباح بصفة سنوية ضماناً للوصول إلى النهاية الطبيعية للمشاركة[3]، وهي استرداد المصرف الإسلامي حصته.

ومما ينبغي الإشارة إليه إن طريقة تخصيص حصة طالب التمويل من خلال جعل العائد المستحق للشريك طالب التمويل أو جزءاً منه ثمناً لتسديد حصته المصرف الممول قد تعرضت للنقد للأسباب الآتية :

- صعوبة تحديد العمر الافتراضي للمشاركة أو الفترة الزمنية اللازمة وأنهائها [4]، وذلك لوجود التلازم بين مدة حياة المشاركة والعائد المتوقع الذي قد يتحقق وقد لا يتحقق[5] .

يبدو لنا إن هذا الرأي مردود عليه لأن الإيراد الناتج عن المشاركة قد يتسم بالثبات ويبدو المشروع محل العقد عقار تم إيجاره بأجرة محددة ولمدة خمس سنوات وكذلك يمكن الاستعانة بدراسات الجدوى الاقتصادية للمشروع والتي تتكهن بعناصر التكاليف والإيرادات ومن ثم

1- ينظر- د. إسماعيل شندي، المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي، مصدر سابق، ص10.
2- ينظر- خالد صالح اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص199.
3- ينظر- د. فهد سعد الدبيس الرشيدي، دعم المشروعات الصغيرة بالمشاركة المتناقصة، مصدر سابق، ص425.
4- ينظر- د. عايد فضل الشعراوي، المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص 338.
5- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص 107.

يمكن التنبؤ بمقدار العائد المستحق للعميل طالب التمويل والذي يجعله ثمناً للحصة لتحديد المدة اللازمة لانتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة.

ـ إن هذه الطريقة تجعل المصرف الإسلامي الممول يأخذ حصة من ربح المشروع محل المشاركة تتناسب مع حصته في رأس المال[1]، وحصة أخرى لاسترداد ما قدمه من تمويل، وبهذه الحالة فأنه يستحوذ على حصتين من الربح[2].

ونعتقد إن كان الظاهر للعيان إن المصرف الإسلامي الممول يتقاضى من الربح حصتين إلا إنه في حقيقة الأمر تكون إحداهما كعائد لما دفعه في رأس المال، بينما تمثل الأخرى العائد المستحق للعميل طالب التمويل في لتسديد حصة المصرف الإسلامية والذي من خلاله تنتهي المشاركة التمويلية.

ثانيا: تخصيص أسهم محدد دورياً بعد تقسيم حصة الشريك الممول في المشاركة إلى أسهم.

بمقتضى هذه الطريقة يتم تقسيم حصة المصرف الإسلامي الممول في المشاركة إلى أسهم أو أجزاءً متساويةً محددة القيمة يتناسب عددها مع المدة المحددة لانتهاء المشاركة التمويلية المتناقصة[3]، فتتناقص تدريجيا حصة المصرف الإسلامي وبنسبة ما أسترده من التمويل الذي قدمه ليقتني العميل أحد هذه الأسهم دورياً وبصفة سنوية فتزداد حصته [4]، حتى يتسنى للعميل تسديد كل ما قدمه المصرف من تمويل سواء أتم ذلك من نصيبه في الأرباح أم من موارده الخارجية فلا يشترط إن يتم دفع الثمن مما قد تحققه المشاركة من أرباح إذ قد لا تتكلل بالنجاح ومن ثم ينعدم وجود الأرباح، فلا تلازم بين الثمن الذي يدفعه العميل طالب التمويل والأرباح وان تزامن دفع الثمن مع حصول طرفي المشاركة على حصته من الربح[5].

1- ينظر- د. صالح المرزوقي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 637.

2- ينظر- د. عجيل جاسم النشمي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مصدر سابق، ص572.

3- فلو قدرنا إن المدة المحددة لانتهاء المشاركة بالتمليك خمس سنوات عندها يتم تجزئة حصة الشريك الممول (البائع) إلى خمسة أجزاء يمثل كل منها ١/٥ حصة ذلك الشريك.

4- ينظر- خالد صالح اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص200.

5- ينظر- صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، الحيازة وتطبيقاتها في معاملات البنك الإسلامي، مصدر سابق، ص88.

ونعتقد ان هذه الطريقة قابلة للتطبيق على المشاركة التمويلية المتناقصة لما تنطوي عليه من استرداد التدريجي لحصة المصرف الإسلامي الممول والذي سيفضي بالمشاركة الى الانتهاء.

الفرع الثاني

الانتهاء غير الطبيعي للمشاركة التمويلية المتناقصة

يعمد أطراف المشاركة التمويلية المتناقصة إلى تحديد مدة حياة المشاركة والآلية التي ينبغي إتباعها في انها المشاركة التمويلية المتناقصة، إلا انه قد تطرأ بعض الأسباب التي تؤدي إلى خروج المشاركة عن المسار المحدد لها وعندها قد لا تفلح في الوصول إلى نهايتها المتوخاة باسترداد المصرف حصته بشكل طبيعي ومن ثم يكون الانتهاء غير الطبيعي للمشاركة التمويلية المتناقصة لذا ارتأينا عرضه على النحو الاتي :

أولا : الانتهاء غير الطبيعي للمشاركة مع تسديد حصة المصرف الإسلامي الممول إن المشاركة قد تحيد عن خارطة الطريق المرسوم لها إلا إنها تجد ضالتها وتتحقق النهاية المرجوة لها متى ما توافر الأسباب، إن انتهاء المشاركة قبل المدة المحددة في العقد إن المشاركة التمويلية المتناقصة من عقود المدة إذ يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه والأصل أن يتزامن انتهاء المشاركة مع انتهاء المدة المحددة في العقد إلا إن ذلك لا يحول دون استباق نهاية المشاركة للأجل المحدد متى ما اتجهت إرادة الشركاء إلى التي أنشأت العقد ومن ثم فهي التي تملك تعديله[1].

فقد يرغب الشريك طالب التمويل في تسديد حصة المصرف الإسلامي الممول على الرغم من عدم مضي الزمن المحدد لذلك وعندئذ يكون للمصرف الممول الحرية في القبول أو الرفض[2]، إلا إنه متى ما تراضي أطراف المشاركة التمويلية المتناقصة على ذلك عندها يستحق المصرف الممول نصيبه من الأرباح المتحققة حسب المتفق عليه منذ بدء المشاركة وإلى وقت التسديد وليس له المطالبة فيما قد يستجد من الحقوق خلال المدة المتبقية من العقد،

1- حيث نصت المادة (146/1) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي" ونسج على منوال هذا النص قضت محكمة التمييز الاتحادية بان" .... لما كان العقد ملزم للطرفين فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي" قرار رقم 256 في2008/3/20، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الإتحادية، ط2، 2009، ص109.

2- ينظر- عجيل جاسم النشمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص577.

إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على انتهاء المشاركة ما دام قد استرد ما له من نصيب[1].

وثمة من يرى إن انتهاء المشاركة قبل المدة المحددة ما هو إلا فسخ العقد، ونحن لا نتفق تماما مع هذا الرأي إذ يبدو لنا إن انتهاء المشاركة قبل المدة المحددة إنما هو تنفيذ للعقد بعدما اتجهت إرادة الشركاء إلى تعديله من حيث المدة الزمنية اللازمة للتنفيذ وشتان ما بين تنفيذ العقد والفسخ الذي يؤدي إلى زوال العقد قبل التنفيذ لإخلال أحد المتعاقدين بما وجب عليه في العقد.

ثانياً : الانتهاء غير الطبيعي للمشاركة دون تسديد حصة المصرف الإسلامي الممول.

يتحقق الانتهاء غير الطبيعي للمشاركة[2]، دون تسديد المصرف متى ما انحرفت المشاركة عن المسار المحدد لها وأخفقت في الوصول إلى نهايتها المتوخاة ولعل ذلك يرجع إلى أحد الأسباب الآتية:

1- تخلف طالب التمويل عن تسديد حصة المصرف الممول حسب عقد المشاركة التمويلية المتناقصة والذي ينبغي أن يتم خلال المدة المحددة في العقد إلا أن تخلف الشريك طالب التمويل عن التسديد ما قدمه المصرف من تمويل يؤدي إلى استمرار المشاركة رغم مضي الزمن المحدد لانتهائها[3].

ولعل من أبرز العقبات التي تواجه المصارف الإسلامية في اعتمادها على صيغة المشاركة هو ارتفاع نسبة المخاطرة لدى المصرف الممول بطريقة المشاركة، وكذلك صعوبة التخارج بعد انتهاء مدة التمويل، وأهم الأساليب التي يعمل بها المصرف الإسلامي ؟

الجواب: بأنه المصرف الإسلامي يعمل بجميع الاساليب التمويلية ولكن الاقبال يكون في الغالب على المرابحة وأقلها أسلوب المشاركة تكاد المصارف الاسلامية المحلية لا تعمل بهذا الاسلوب مقارنة بالأساليب الآخر[4].

1- ينظر- خالد صالح اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص203.

2- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص 264.

3- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص114.

4 - مقابلة شخصية أجريت مع مدير مصرف الإسلامي في كربلاء، بتاريخ (2023/7/16).

ومن هنا يثور التساؤل عن كيفية معالجة هذا الوضع؟

ومن المخاطر التي تواجهها المصارف الإسلامية في المشاركة هو عدم الالتزام في استرداد التمويل الذي يقدم المصرف الإسلامي للعميل طالب التمويل والسبب في ذلك لأنه سلوك خفي حيث يقوم طالب التمويل في بداية الأمر بتقديم القدر اللازم من المعلومات لإقناع المصرف في التعاقد في عملية المشاركة وهذا ما يدفع المصارف الإسلامية إلى الابتعاد عن التمويل بالمشاركة وذلك لما ثبت بالممارسة العملية من تدني مستوى الالتزام بالقيم الإسلامية لدى أكثر طالبي التمويل بالمشاركة حيث تحولت أغلب عمليات التمويل بالمشاركة على المحاكم لعدم قدرة المصرف في الحصول على حقوقه في مجتمعات بعيدة عن مكارم الأخلاق التي نتج عنها عدم الأمانة والتلاعب وإخفاء الربح أو ادعاء الخسارة وعدم الجدية والإخلال بشروط العقد[1]، وأهم صور الإخلال استخدام أموال المصرف في غير النشاط المتفق عليه، وعدم تنفيذ توجيهات المصرف وإرشاداته المتعلقة بسير التمويل إخفاء المعلومات وتزوير الوثائق والفواتير، استباحة أموال المصرف الإسلامي ، وإن الحد من عدم الالتزام يمكن للمصارف الإسلامية[2]، من خلال ضوابط خاصة للعملاء الذين سيتم تمويلهم ومنها أن يتم تمويل العملاء ذوي السمعة الحسنة وهذه ما شارت له المادة (5) الفقرة (6) من تعليمات الصيرفة الإسلامية رقم (6) لسنة (2011) والخبرة الكافية الذين تعاملوا مع المصرف وسجلهم المصرفي ناصع من حيث الصدق في التعامل والانضباط[3]، وأن تكون هناك أفضلية في التعاقد مع الأفراد والمؤسسات التي تحرص على ضبط حساباتها ودفاترها، واختيار العملاء ذوي الخبرة الكافية والاسم التجاري والتجارب الناجحة، و أن يتم التعامل بصيغة المشاركة مع المؤسسات الحكومية التي تقوم بمشروعات اقتصادية كبيرة مثل مشروعات الطاقة بمختلف أنواعها، وأن تدخل في تمويل المشروعات الكبيرة ذات معدلات ربحية عالية، وأن يتم التركيز على التمويل بالمشاركة المتناقصة بشكل أكبر من المشاركات الثابتة وذلك أن العملاء الذين يتم تمويلهم بصيغة المشاركة المتناقصة يرغبون دائما في

1- ينظر- الياس عبد الله أبو الهيجاء، تطوير اليات التمويل بالمشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص146.

2- ينظر- يوسف سعيد يوسف أبو سلمية، معوقات أنتشار التمويل المصرفي الإسلامي بصيغة المشاركة في فلسطين، مصدر سابق، ص 21.

3- حيث تنص المادة (5) "التمويل وآلية التعامل : 6- رفض السماح لأي مساهم ان يقترض من المصرف الإسلامي بضمان السمعة الا في حالات محددة امدها (60) يوما وعلى شروط يقرها مجلس ادارة المصرف ومسوغات مقنعة تنسجم واهداف المصرف".

سرعة السداد للمصارف المشاركة حتى يصل لمعدلات ربحية عالية، و أن لا تزيد مدة التمويل بالمشاركة للمشروعات عن فترات لا تزيد عن خمس أو سبع سنوات[1]، وأن يتم تمويل العملاء المتقدمين بدراسات الجدوى المعدة بعناية ودقة[2] .

2- هلاك المشروع محل العقد

يقصد بالهلاك زوال مادة الشيء أو منافعه مادياً بذهاب ذاتية الشيء أو قانونياً[3]، بذهاب منافعه بصورة كلية أو جزئية .

فالهلاك قد يكون ماديا متى ما ترتب عليه زوال الشيء بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل الإنسان، ومن ثم فإن الهلاك المادي قد يكون ناتجاً عن أحد العوامل الطبيعية كالزلازل والبراكين والفيضانات أو ناتجاً عن فعل الإنسان كالحرق والإتلاف، والفيصل في التفرقة بين الهلاك المادي الذي يقع بقوة قاهرة أو حادث فجائي والهلاك المادي الناتج عن فعل الإنسان يكون في مدى تدخل إرادة الإنسان في إحداث الهلاك [4].

وقد يكون الهلاك قانونياً بزوال منفعة الشيء مع بقائه مادياً بسبب قيام مانع قانوني أو مادي يتعذر معه التصرف فيه أو نقل ملكيته، كمصادرة المشروع محل المشاركة التمويلية المتناقصة أو نزع ملكيته للمنفعة العامة (الاستملاك)، فالهلاك المادي ينصب على ذاتية الشيء ومادته في حين إن الهلاك القانوني ينصب على منفعته إلا إن كل من الهلاك المادي والهلاك القانوني قد يقع بصورة كلية متى ما إمتد ليشمل المشروع محل العقد برمته أو بصورة جزئية عندما ينحصر في جزء منه ومن ثم فإن الهلاك الكلي يختلف عن الهلاك الجزئي من حيث أثره فإذا هلك المشروع محل المشاركة التمويلية المتناقصة هلاكا كلياً استحال على العميل طالب التمويل تنفيذ التزامه بدفع حصة المصرف الممول من عمل المشروع محل المشاركة التمويلية المتناقصة استحالة مطلقة فينقض هذا الالتزام والإلتزام المقابل له وينفسخ العقد لانعدام محله ومن ثم تزول المشاركة بزواله[5]، فالهلاك الكلي أدى

1- ينظر- الياس عبد الله أبو الهيجاء، تطوير اليات التمويل بالمشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص 146.

2- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص 267.

3- ينظر- مثنى محمد عبد، هلاك المبيع قبل التسليم "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون /جامعة بغداد، 2007، ص27.

4- ينظر- المصدر نفسه، ص41.

5- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص117.

إلى انفساخ العقد، وحال دون انتهاء المشاركة في المدة المحددة، أما إذا هلك المشروع محل المشاركة التمويلية المتناقصة هلاكا جزئيا وكان يمكن للعميل طالب التمويل أن يسدد حصة المصرف الممول من المشروع محل المشاركة تستمر المشاركة وألا يسدد العميل حصة المصرف الإسلامي الممول من خارج المشروع[1].

وبناء على ما تقدم يتضح لنا إن الهلاك سواء أكان مادياً أم قانونياً يكون سبباً للانتهاء غير الطبيعي للمشاركة متى ما كان كلياً أو جزئيا تمخض عنه فسخ العقد.

1- ينظر- مثنى محمد عبد، هلاك المبيع قبل التسليم "دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص42.

المطلب الثاني

تطبيقات المصارف الإسلامية للمشاركة التمويلية المتناقصة

بعد انتهائنا من الجانب النظري للمشاركة التمويلية المتناقصة نبدأ بذكر الجوانب العملية لهذه المشاركة ودور المصارف الاسلامية في تفعيلها، وجاءت تجربة المصارف الإسلامية لتوفّر الحل لكافة فئات المجتمع الإسلامي، والبديل عن التعامل بسعر الفائدة الذي تطرحه المصارف التقليدية، والذي يتنافى مع أحكام القانون وهذا ما بينته المادة (6) أولاً من قانون المصارف الإسلامية العراقي رقم (43) لسنة (2015)، والذي تقابلها المادة (50/ أ/1) من قانون البنوك الأردني رقم (28) لسنة (2000)، فكان الهدف الأساسي وراء هذه المصارف الإسلامية إيجاد منهج إسلامي للتعامل المصرفي، أي تطبيق ما يمكن تسميته بالفقه المصرفي الإسلامي، الذي يلبي طلبات المجتمع الإسلامي، وهذه التجربة كتب لها الانتشار والقبول في الكثير من الدول العربية والإسلامية .

كما ويختلف التطبيق العملي للمشاركة باختلاف القوانين المنظمة للمصارف الإسلامية فيما يخص المشاركة وأنواعها، ويخضع أيضا لظروف كل مصرف، وللأوضاع في الدولة التي يعمل بها .

لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب ألى فرعين نتناول في الأول تطبيق المصرف الاسلامي الأردني للمشاركة التمويلية المتناقصة آما في الفرع الثاني تطبيق مصرف الراجحي الإسلامي للمشاركة التمويلية المتناقصة.

الفرع الاول

تطبيق المصرف الإسلامي الأردني للمشاركة التمويلية المتناقصة

بعد الاطلاع على أسلوب المشاركة التمويلية المتناقصة يمكن إيراد تطبيق عملي يتعامل به البنك الإسلامي الأردني مع عميل يطلب تمويل لبناء عقار وإيراد آلية تطبيق هذه الاسلوب حسب النقاط والخطوات الآتية:

أولاً: يبدي العميل مالك الأرض المعينة الموصوفة للبنك الإسلامي الأردني حاجته إلى تمويل ليبني على هذه الأرض عقارا معيناً، وذلك عن طريق المشاركة التمويلية المتناقصة، ومن ثم يقوم المصرف الاسلامي بدوره بدراسة هذا المشروع والتحقق من مدى صلاحيته وشرعيه والجدوى الاقتصادية والاجتماعية.

ثانيا: يأخذ البنك الإسلامي الأردني من العميل الضمانات والتعهدات الآتية وهي رهن قطعة الأرض لصالح البنك، وذلك لحين استرجاع البنك جميع حقوقه المترتبة في ذمة العميل (طالب التمويل)، و يضمن البنك كون قطعة الأرض الحاضنة للمشروع خالية من أية حقوق عينية أصلية، أم تبعية، وذلك كالتأكد من صحة ملكية هذا العميل لهذه الأرض، وكذلك التأكد من أن لا تكون هذه الأرض مرهونة لطرف آخر، أو ما شابه ذلك.

و يتعهد العميل طالب التمويل بعدم القيام بأي تصرف، أو إجراء قانوني على قطعة الأرض من شأنه أن يتعارض مع شرط من شروط هذا العقد، وذلك كالبيع، أو الرهن، أو الإيجار، وغير ذلك من التصرفات التي من شأنها عرقلة تنفيذ هذا المشروع للبنك أن يطلب كفيلاً يكفل العميل في كل ما يترتب عليه من التزامات وتعهدات تقتضيها شروط العقد.

ثالثاً: بعد الموافقة على دخول البنك شريكاً مشاركة متناقصة في هذا المشروع؛ يتحمل العميل دفع مصاريف إنشاء المشروع، أي المصاريف الإدارية، وذلك مثل نفقات الطوابع والبريد، والهاتف، وأتعاب المحامين إذا ما تم تعينهم [1].

وكذلك يتحمل مصاريف المكتب الهندسي الذي يقوم بإجراء المخططات والدراسات التي يحتاجها المشروع، ويتم احتساب هذه المصاريف كجزء من مساهمته أي العميل في رأس مال المشروع.

1- ينظر- نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 96 .

رابعا: يتم الاتفاق على مساهمة كل طرف بجزء من رأس مال المشروع، ويدفع البنك مساهمته للعميل، أو لمتعهد البناء في حالة ما إذا تم تعيين متعهد للبناء، وتكون مساهمة البنك على دفعات وحسب مراحل سير المشروع.

خامساً: يتم فتح حساب في البنك لصالح العميل، وتكون للبنك صلاحية اقتطاع أي جزء مالي منه في حالة ترتب أي التزامات ومصاريف على العميل، أو في حالة تخلف العميل عن القيام بأداء أي واجب نصت عليه شروط العقد.

سادساً: يتفق الطرفان على تعيين المصرف مديراً لهذا المشروع، ليصبح حق استغلال منفعة المشروع مفوضاً إليه تفويضا مطلقاً، وشاملاً كما أن له الحق في إبرام أي عقد من عقود الإيجار للبناء أو جزء منه، وله كذلك تحديد شروط هذا الإيجار، واختيار المستأجر.

سابعاً: يشترط لبدء توزيع أرباح المشروع أن تصل قيمة ما تم إنفاقه على إنشاء المشروع مساوياً لرأس مال المشروع، أي بعد أن يجتاز المشروع مرحلة التأسيس، ويصبح جاهزاً للاستثمار المطلوب، وذلك باستهلاكه الجميع رأس مال الشركة .

ثامناً: يدفع العميل طالب التمويل ما يترتب على الربح العائد من ضرائب للدخل التي تفرضها قوانين الدخل .

تاسعاً: يتم التخارج بشراء العميل طالب التمويل كامل حصة المصرف، ليصبح هو المالك للمشروع ويتوقف العمل بهذا العقد بخروج المصرف من هذه المشاركة [1].

عاشراً: في حالة ما إذا فشل المشروع، وكتبت له الخسارة، فإن هذه الخسارة توزع على حسب نصيب كل طرف في رأس المال.

أحد عشر: يكون للمصرف حرية التصرف في المشروع وفي وقف عمل هذا المشروع، وذلك في حالة ما إذا ارتأى أنه ليس من مصلحته السير في هذا المشروع، أو في حالة ما إذا أخل العميل بشرط من شروط العقد، كتأخره في شراء حصص المصرف، أو رفضه للتخارج، وفي هذه الحالة يقوم المصرف بطرح سند وضع الأموال غير المنقولة أي يتصرف

1- ينظر- نور الدين عبد الكريم الكواملة ،المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص97.

بقطعة الأرض المرهونة لصالحه، أو المبنى الذي تم إنشاءه؛ إما بيعاً أو حجراً، ولا يكون للعميل أي حق شرعي في المقاضاة، أو المراجعة الإدارية [1].

تقويم هذا التطبيق في ضوء ضوابط وشروط المشاركة التمويلية المتناقصة

بعد الاطلاع على صيغة المشاركة التمويلية المتناقصة المعمول بها من قبل البنك الإسلامي الأردني مع شركائه، ومن ثم محاولة مقارنتها مع الضوابط والشروط اللازم توافرها في هذا العقد؛ وذلك لغرض إزالة كل الشبه التي قد تحول دون تحقق المبدأ الشرعي العادل، المبني على أساس الغرم بالغنم، ولنفي أن تكون المشاركة التمويلية المتناقصة عبارة عن عملية تمويل بقرض يعود بفائدة على المقرض [2]؛

تأسيساً علي ما تقدم يمكن بيان أهم الملاحظات على هذا العقد وبالشكل الآتي:

أولاً: رهن قطعة الأرض لصالح المصرف الإسلامي يرى الباحث أن هذا الشرط يتعارض مع حقيقة أن كل الأطراف شركاء في الربح والخسارة في هذا المشروع، فإقدام المصرف الإسلامي على رهن قطعة الأرض حتى التخارج من المشروع، وعدم رفع هذا الرهن حتى يسترجع المصرف جميع حقوقه المترتبة في ذمة الفريق الثاني أي الشريك الناشئة والمتعلقة بهذا العقد لا يفهم إلا أنه شبيه بالرهن مقابل قرض ولا يشفع لهذا الشرط أن يقال أن المصرف الإسلامي قد رهن قطعة الأرض للاستفادة من هذا الرهن في حالة تعدي الشريك، أو تقصيره، أو غشه وذلك أن صيغة المشاركة التمويلية المتناقصة تنص على أن أي ضرر ناتج عن أي تقصير، أو تخلف في أداء ما تم الاتفاق عليه، فيعود هذا الضرر على الطرف المقصر، ويحق للطرف الثاني مواجهته أمام القضاء، أو الرجوع إلى الكفيل الذي تم قبول كفالته للشريك في بداية العقد بالإضافة إلى أنه يجب على المصرف الإسلامي التأكد من صدق وأمانة شريكه قبل الموافقة على إجراء هذه المشاركة لذلك لا يحق للمصرف رهن قطعة الأرض لهذا الغرض.

وبناءً على ما سبق يرى الباحث عدم صحة هذا الشرط، بل إنه يجعل صيغة المشاركة التمويلية المتناقصة صورة من صور القرض بفائدة، أو التمويل بقرض.

1- ينظر- نور الدين عبد الكريم الكواملة ،المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص98 .

2- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص 11 .

ثانياً: تأخر توزيع الأرباح وذلك أن صيغة المشاركة التمويلية المتناقصة تنص على عدم البدء بتوزيع الأرباح حتى تكون قيمة المبنى العقاري الذي تم إنشاءه معادلة لرأس مال المشروع فقد لا يرد على هذا الشرط مانع شرعي يكون حجة على حرمته[1]، وذلك لأنه قانون المصارف الإسلامية العراقي رقم (43) لسنة (2015) اشترط في المادة (2) في الفقرة ثانياً عدم معارضة المشاركة لأحكام الشريعة الإسلامية "تطوير وسائل جذب الاموال والمدخرات وتنميتها بالمشاركة في الاستثمار المنتج بأساليب ووسائل مصرفية لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية" [2]، وتقابل هذه المادة في القانون الأردني المادة(50/أ/2) من قانون البنوك الاردني رقم (28) لسنة (2000) حيث نصت على أنه "تطوير وسائل اجتذاب الأموال والمدخرات وتوجيهها نحو المشاركة في الاستثمار بالأسلوب المصرفي القائم على غير أساس الفائدة" [3]، وهذا في حالة ما إذا كان رأس مال المشروع مدفوعاً من كلا الطرفين المصرف الإسلامي وشريكه طالب التمويل، أما إن كان رأس المال مدفوعاً بأكمله من قبل المصرف الإسلامي فهنا تنتقل صورة هذا الشرط من كونه تأميناً ضد مخاطر الاستثمار إلى ضمان المصرف الإسلامي لحقه على حساب شريكه، وهذه صورة واضحة للتمويل بقرض وعلى كلا الصورتين السابقتين.

يرى الباحث أنه من الأفضل ترك هذا الشرط، لما فيه من شبهة التمويل بقرض، والذي قد يحول دون حلية هذا العقد بالإضافة إلى ما فيه من صورة استغلال مقدرة المصرف الإسلامي المادية، والتقليل من مكانة الشريك بتأخير لجزء من أرباح المشروع، أما إن كان قصد المصرف من هذا الشرط، عدم تقسيم الأرباح حتى يصل المبنى العقاري إلى مرحلة البناء الأخيرة، والتي تقتضي أن يكون جاهزاً للعمل التجاري الذي أنشئ لأجله؛ كالتأخير أو الإنتاج؛ ففي هذه الصورة يكون هذا الشرط تحصيل حاصل، ولا فائدة من النص عليه، لأنه من البديهي أن يتم حتي هذه الأرباح بعد تجاوز هذه المرحلة .

ثالثاً - ملاحظات عامة، على هذه الصيغة بعض النقاط التي لا يقول بحرمتها شرعاً، وإنما من شأنها أن تجعل من عقد المشاركة المتناقصة بين البنك الإسلامي الأردني وشركاءه عقد تشوبه بعض صور الاحتكار، واستغلال مقدرة المصرف المادية وسلطته الاجتماعية في

1- ينظر- عناب زكرياء، البنوك الاسلامية ودورها في تمويل القطاع الزراعي " دراسة تجربة السودان" مصدر سابق، ص20.
2- ينظر- قانون المصارف الاسلامية العراقي رقم (43) لسنة (2015).
3- ينظر- قانون البنوك الاردني رقم (28) لسنة (2008).

التضييق على سلطة ومكانة الشريك، وتبقيه حاملاً لشعور المدين الذي قد يفقد أرضه وماله في أية لحظة وذلك من خلال بعض الشروط التي نصت عليها هذه الصيغة، وذلك مثل:

1. تصرف المصرف الإسلامي المطلق في المشروع، تأجيراً، وبناءً، وتغييراً، مع الاستئناس برأي الشريك، لا استئذانه فقد تغافل المصرف عن حقيقة أن هذا الشريك سيكون هو المالك النهائي لهذا المشروع، صحيح أن خبرة المصرف ومكانته في السوق تؤهله الاختيار القرار الأنسب في هذا المجال، ولكن لا يصح تجاهل أن الطرف الآخر شريك في المشروع، وإن كان قد قدم توكيلاً مطلقاً للمصرف في التصرف وإدارة المشروع كما يرى و تكليف الشريك بدفع ما يحتاجه المشروع من مصاريف، ونفقات إدارية وهندسية، وكذلك ما يترتب عليه من ضريبة دخل محلية إعطاء المصرف الإرادة المطلقة في إيقاف العمل بهذا المشروع إذا رأى عدم الجدوى في استمراره، وهذا قد يضر بمصلحة الشريك [1].

2- في حالة اتخاذ المصرف قرار يقاف العمل في المشروع، فاللازم اعتبار ذلك تقصيراً من المصرف وإخلالاً بوعده، وإلا فما جدوى دراسة المشروع قبل الاتفاق على الدخول فيه [2].

وتحاشياً للشبهات المترتبة على النقاط السالفة الذكر، يقترح الباحث إضافة النقاط الآتية على صيغة العقد، مع الإبقاء على بقية البنود على ما هي عليه:

أولاً: أن يتم احتساب قيمة ما يترتب على البناء من ضرائب، ونفقات إدارية، جزءاً من رأس مال المشروع، ويكون ذلك شاملاً لكل من المصاريف الإدارية، والفنية، وأجرة عمل المخططات، وأتعاب المكتب الهندسي، والمهندس المشرف، ومواد البناء، وما يأخذه متعهد البناء، وما يتبع ذلك من مصروفات إدارية، بالإضافة إلى رسوم ضريبة الدخل [3]،

عوضاً عن رهن قطعة الأرض؛ يتم اعتبار قيمتها جزءاً من رأس مال المشروع، وعلى هذا يكون رأس مال المشروع مكوناً من ثمن الأرض مضافاً إليه تكلفة البناء، ومن ثم يتم تقسيمه على شكل أسهم، يعد بهذا التقسيم عدد الأسهم التي يملكها كل من المصرف وشريكة، بعد إقامة المشروع، ويكون صالحاً لاستغلاله، يباشر المصرف وشريكه استثماره بالشكل الذي

1- ينظر- وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص111.
2- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص153.
3- ينظر- نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة، وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص102.

بني لأجله، وعلى أن تقسم الأرباح على حسب ما يمتلك كل طرف منهما من الأسهم، ولا يجوز لأحدهما أن يتصرف به من إيجار ونحو ذلك إلا بموافقة الآخر[1].

ثانياً: أن يتم الاتفاق بين المصرف الإسلامي وشريكه، على أن يقوم العميل طالب التمويل تسديد حصة المصرف خلال مدة معينة، حيث يقتطع من حصته من الأرباح خلال هذه المدة، أو يدفعها من أي مصدر خارجي آخر[2].

1- ينظر- د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص 43.
2- ينظر- يوسف سعيد يوسف أبو سلمية، معوقات أنتشار التمويل المصرفي بصيغة المشاركة، مصدر سابق، ص38.

الفرع الثاني

تطبيق مصرف الراجحي الإسلامي للمشاركة التمويلية المتناقصة

اطلع الباحث على نموذج عملي تطبيقي للمشاركة التمويلية المتناقصة التي يتعامل بها مصرف الراجحي وجاء فيه:

أقدم عميل بطلب تمويل لمصرف الراجحي الإسلامي، وذلك لإكمال وتشطيب الطابق الأول من البناء المقام على قطعة الأرض التي يملكها.

وذلك ضمن الشروط التالية :

1- رهن الأرض وما عليها من مقابل التمويل الذي يقدمه مصرف الراجحي.

2- يصرف المبلغ المتفق عليه حسب الترتيب التالي:

أـ ٥٠% دفعة أولى بعد رهن الأرض وتوقيع العقد
ب ـ المبالغ الباقية حسب الحاجة.

4- يتم الدفع في كل الأحوال بطريقة القيد في الحساب الجاري للعميل لدى المصرف.

5- يتم توزيع الإيراد المتمثل في أجرة المثل أو الإيجار الفعلي حالة الانتهاء من إكمال الطابق كما يلي:

أ- 30 % للمصرف

بـ - 70 % للعميل .

على أن تكون حصة العميل كاملة لتسديد أصل التمويل، بالإضافة إلى أية مبالغ أخرى يدفعها من ماله الخاص.

6- يتحمل العميل نسبة(1%) من قيمة التمويل الممنوح لقاء المصاريف الإدارية الخاصة بالكشف والموافقة على الصرف وتقييد لحساب الإيرادات الخاصة بالفرع [1].

1- ينظر ـ د. طلبة ابراهيم سعد على، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص572 .

وجاء في العقد الذي تم إبرامه من قبل المصرف والعميل ما يلي:

ـ بما أن الفريق الثاني - أي العميل - يرغب في إكمال الطابق الأول وذلك عن طريق إنشاء بناء سكن، على أساس قيام الفريق الأول أي المصرف الإسلامي بتمويل تنفيذ البناء المطلوب تمويلاً كلياً أو جزئيا حسب ما هو مدون في هذا العقد.

يوافق الشريك الأول (المصرف) على تمويل الشريك الثاني بطريقة المشاركة التمويلية المتناقصة لإقامة الإنشاءات الواردة في المخططات الهندسية المبينة في العقد بتقديم مبلغ التمويل، يتم دفعة وفق شروط هذا العقد.

ـ يلتزم الشريك الثاني (العميل) بدفع جميع المصاريف الإدارية وأتعاب المكتب الهندسي، والمهندس المشرف، ورسوم الترخيص، والرسوم والضرائب الحكومية والبلدية، ورسم التأمين العقاري، وأي نفقات أخرى يقررها أو يوافق عليها الشريك الأول من موارده الأخرى الخاصة، مباشرة إلى الجهات ذات العلاقة، ويكون حق استغلال منفعة البناء مفوضاً إلى الشريك الأول (المصرف) تفويضا مطلقا عاماً شاملاً، ولا يجوز للشريك الثاني (العميل) الرجوع عن هذا التفويض لتعلق حق الشريك الأول به وفق ما يلي :

أ- يكون للشريك الأول (المصرف) الحق منفرداً في إبرام عقود الإيجار للغير، أو تأجيرها لشريك الثاني بأجرة المثل.
وقد تم إبرام المصرف مع العميل الشريك الثاني عقد إيجار بتاريخ (10/8/ 1988) أي عند إبرام عقد المشاركة.

ب- أذا لم يفي المبلغ الذي دفعه المصرف لإتمام مشروع البناء، وذلك بتاريخ (1989/6/8) وجاء في آخر العقد يعتبر هذا العقد جزءاً لا يتجزأ من عقد المشاركة المتناقصة المبرم مع الشريك الثاني بتاريخ (1988/10/8) [1].

وجاء في شروط عقد الإيجار ما يلي:

1-المؤجر هو مصرف الراجحي، بصفته شريكاً ممولاً، له حق التصرف في العقار موضوع هذا العقد، ومفوض تفويضاً مطلقا عاماً وشاملاً من قبل طالب التمويل مالك هذا العقار في استغلال منفعته، بموجب عقد المشاركة المبرم بتاريخ (10/8/ 1988).

1- ينظر ـ د. طلبة ابراهيم سعد على، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص775.

2- يلتزم المستأجر بدفع بدل إيجار إلى المؤجر (مصرف الراجحي الإسلامي)، ويعتبر كأن لم يكن اذا دفع البدل إلى أي جهة أخرى، ويلتزم المستأجر في هذه الحالة بإعادة الدفع إلى المؤجر مصرف الراجحي.

وبالنسبة لتقسيم الحصص بين المصرف والعميل في العقد الأول لم يحصل فيها أي تغيير في العقد الثاني، كما لم يحصل فيها أي تغيير في عقد الإيجار[1].

من خلال ذلك نبين إن في كلا العقدين لم يرد رأس مال هذه المشاركة، ولا نصيب كل واحد منهما من رأس مال المشروع، وقد ورد في عقد الإيجار أن الشريك الآخر – أي العميل - هو المالك.

فكيف يكون مالكاً للأرض وما عليها ثم يتم تأجيره للبناء القائم عليها، والذي سيتم بعد ذلك قبل دفع المصرف لما سيساهم به في هذا المشروع، وقبل تشطيب البناء من جميع مستلزماته؟.

إن تطبيق المصرف لهذا النموذج يؤخذ عليه أنه لا يوجد في كلا العقدين مشاركة متناقصة بالمعنى الحقيقي، ولا الشرعي، ولا القانوني[2]، وذلك لعدم تحديد رأس مال هذه المشاركة

بالنقد، وتحديد نصيب كل واردات هذا المشروع من المتعاقدين بالنسبة لرأس مال المشاركة، والذي يجب أن يتم تقسيمه كما ينبغي[3].

كما سبق أن بينت أن ينقص نصيب المصرف من الواردات بعد استيفاء المصرف حصة العميل كاملة لتسديد أصل التمويل[4]، في كل شهر أو في كل سنة على الأقل.

فينبغي بعد استيفاء المصرف حصة العميل أن تزيد حصة العميل في المشروع وتنقص حصة المصرف منه، وبناء على ذلك تزيد حصة العميل من الواردات وتنقص حصة المصرف منها، وهذا لم يحصل بالنسبة لهذه المشاركة التي يدعى مصرف الراجحي بأنها مشاركة تمويلية متناقصة، كما أنه لا يصح شرعاً أن يتم إيجار شيء قبل وجوده وتحققه، كما

1- ينظر- محمد عبدالله بريكان الرشيدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص59.
2- ينظر- د. طلبة ابراهيم سعد على، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، مصدر سابق، ص601.
3- ينظر- زقاري أمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مصدر سابق، ص40.
4- ينظر- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، مصدر سابق، ص47.

لا يجوز أن ينص في عقد المشاركة تفويض العميل للمصرف تفويضا عاماً شاملاً، وأنه لا يصح له الرجوع عن هذا التفويض؛ لأن ذلك ينافي معنى المشاركة[1].

ويمكن لعقد المشاركة التمويلية المتناقصة حل كثير من الأزمات الاقتصادية بالنسبة للمواطنين، كمشكلات السكن، وامتلاك سيارات الأجرة والمركبات، وغيرها[2].

وخلاصة هذا القول بعد بيان حقيقة المشاركة المتناقصة وشروطها وتكييفها واثارها، والحكم بجوازها ونزولها إلى التطبيق العملي في المصارف الإسلامية تصبح صيغة من صيغ الاستثمار المصرفي المعاصر والذي يساهم في حل مشاكل الدول وأزماتها الاقتصادية في ظل ظروف أزمة مالية معاصرة، سمع خبرها القاصي والداني، وتأثر بها الكبير والصغير، ونادى كل خبراء الاقتصاد في العالم لتقديم الحلول لحل تداعيات هذه الأزمة الاقتصادية الراهنة، فهي تعتمد على تشغيل رأس المال؛ لأن المال إذا تم تشغيله ودخوله أو مشاركته في مخاطرات حقيقية مدروسة، سوف يصبح أداة نهضة وتطور، ووسيلة بناء وعمران، وخروجا من جميع الأزمات الاقتصادية[3]، وعليه يجب على المشرع العراقي ان ينظم احكام المشاركة تنظيم قانوني متكامل يبين وبشكل واضح عناصره الجوهرية ويفصل أحكامه، لسد هذا النقص التشريعي لتنتقل المشاركة التمويلية المتناقصة من طائفة العقود غير المسماة الى طائفة العقود المسماة.

1- ينظر- د. وائل محمد عربيات، المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، مصدر سابق، ص45.

2- ينظر- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، مصدر سابق، ص59.

3- ينظر- هيا جميل بشارات، التمويل المصرفي الإسلامي للمشروعات الصغيرة والمتوسطة، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٨، ص٩٣.

الخاتمة

الخاتمة

بعد أن توقفت بنا عجلة البحث في (المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية) لابد لنا من عرض أهم ما توصلنا إليه من استنتاجات وما نراه من توصيات املين الأخذ بها على أرض الواقع وذلك على النحو الآتي:

أولاً : الاستنتاجات

1- عدم وجود تنظيم قانوني خاص بالمشاركة التمويلية المتناقصة في التشريع العراقي، فقط هنالك أشاره بسيطة للمشاركة باعتبارها وسيلة جذب الأموال في المادة (2) ثانياً من قانون المصارف الإسلامية رقم (43) لسنة (2015).

2- من خلال الاطلاع على الدراسات السابقة وجد أن نسبة صيغ المشاركة قليلة جدا مقارنة بصيغة أخرى كالمرابحة مثلاً، مما دل على عدم التطبيق الفعلي لمبدأ المشاركة بالرغم من أهميته، وأنه الأساس النظري للمصارف الإسلامية.

3- إن المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية من العقود الحديثة النشأة استحدثته المصارف الإسلامية ليكون بديلاً عن عقد القرض بفائدة من خلال الجمع بين عناصر أكثر من عقد لتكوين منظومة عقدية مترابطة لا تقبل التفكيك والتجزئة فهو من العقود المركبة .

4- يكون العقد مركباً متى ما كان حصيلة لاجتماع عدة عقود في اتفاق واحد يحتفظ كل منها باستقلاله العقدي ومعالمه الواضحة مما يمكن معه إن تطبق أحكام العقود المجتمعة كل في موضعه في حين يكون العقد مختلط متى ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً في اتفاق واحد ومن ثم تطبق أحكام العقد الغالب باعتباره العنصر الأساسي والأهم في التعاقد.

5- أن المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية مشاركة ذات طبيعة محددة فيتخلف فيها عنصر الديمومة أو الاستمرارية لتكون المشاركة مؤقتة كما قد يتخلف فيها عنصر الثبات عندما تكون المشاركة متناقصة.

6- إن صحة المشاركة التمويلية المتناقصة تقتضي توافر بعض الشروط فضلاً عن الشروط العامة اللازمة لصحة سائر العقود للحيلولة دون أن يتخذ كستار لعقد قرض بفوائد .

7- تتعدد الصور التي تتخذها المشاركة وفقاً لاعتبارات متعددة وذلك إما بالنظر إلى محل المشاركة أو طبيعة إستغلالها أو من حيث الطريقة المتبعة لإنهائها ومع ذلك لا يمكن حصرها فالإرادة بما لها من سلطان يمكن أن تنشأ صور متجددة.

8- وجود إمكانية للحد من المخاطر التي تواجه التمويل بصيغ المشاركة عن طريق الابتكار والتطوير لآليات جديدة من أجل تفعيل المشاركة عن طريق تهيئة موارد تمويلية أكثر ملاءمة لأسلوب المشاركة استحداث طرق تمويل جديدة بالمشاركة.

9- تنشأ المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية مشاركة ذات طبيعة مؤقتة مصيرها الزوال إذ تكون نية الشركاء تقوم منذ البداية على إنهاء المشاركة ليتحقق الإنقضاء الطبيعي للعقد.

ثانياً : المقترحات

1- بما ان المشرع العراقي لم ينظم أحكام المشاركة التمويلية المتناقصة على الرغم من اشارته البسيطة لمشاركة في المادة (2) من قانون المصارف الإسلامية رقم (43) لسنة (2015) لذا نقترح على المشرع العراقي إيجاد تنظيم قانوني متكامل للمشاركة التمويلية المتناقصة يبين وبشكل واضح عناصره الجوهرية ويفصل أحكامه، لسد هذا النقص التشريعي لتنتقل المشاركة التمويلية المتناقصة من طائفة العقود غير المسماة ويندرج تحت طائفة العقود المسماة، ويمكن تعريف للمشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الاسلامية " هو اتفاق يقوم على أساس تقديم المصرف التمويل الذي يطلبه المتعامل معه ويشاركه في الناتج المتوقع الحصول عليه من المشروع على أن يسترد المصرف حصته على شكل أقساط من حصة الشريك مع تناقص حصة المصرف من الربح في المشروع عند خصم ما يستحق.

2- نقترح على المشرع إن يتضمن هذا القانون كافة الإجراءات التي تسهل عمل المشاركة التمويلية المتناقصة مع ضرورة الاعتماد على الجوانب الإلكترونية قدر الإمكان.

3- نقترح على المشرع الآلية التالية للحد من المعوقات الناتجة عن البيئة القانونية تتمثل في المطالبة من قبل هيئات ممثلة للمصارف الإسلامية على مستوى الدولة الإسلامية الواحدة، وعلى مستوى مجموعة الدول الإسلامية بسن القوانين والتشريعات الكفيلة بمساندة المصارف الإسلامية في عملها والتي تحمي الحقوق في عقود المشاركات وذلك بمعاقبة من ثبت تجاوزه

عليها عقابا رادعا له وربط قضاياها بالعقود القائمة على الأمانة بأن لا تتجاوز مدة التقاضي فيها ثلاث سنوات مثلاً، وأن يكون التقاضي مبني على دراسة وضع التنازع من قبل لجنة من الخبراء تفوضها المحكمة تعمل على حل النزاع بين المصرف والعميل وبهذا قد ضمنا أن لا تضيع أموال المصارف.

4- يقترح الباحث على المشرع، بإيجاد صيغة ثابتة لعقد المشاركة التمويلية المتناقصة، متوافقة مع الضوابط والشروط اللازم توافرها في هذا العقد، ليتم بذلك توحيد العمل بها في جميع المصارف الإسلامية، ومن ثم لتكون قدوة حسنة للبنوك التقليدية التي تسير على خطى المصارف الإسلامية.

5- نقترح على المصارف الإسلامية العراقية إلى إن تأخذ دورها الحقيقي من خلال تفعيل وظيفتها الاستثمارية بتبني المشاركة أسوة بالمصارف في الدول العربية للنهوض بالواقع الاقتصادي للبلد ولاسيما في ظل الظروف الحالية وما يعانيه من أزمة اقتصادية و على هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية أن تتبنى مثل هذه الأبحاث العلمية، المعاملات المالية المعاصرة، وفي مجال الاقتصاد الإسلامي لتصحح من خلالها المعاملات الإسلامية المطبقة في المصارف الإسلامية المعاصرة.

6- يوصي الباحث على أهمية الرجوع إلى مبدأ المشاركة وتطبيقها تطبيقا فعليا في المصارف الإسلامية، حيث إنها الفارق الرئيس بين أنشطة المصارف الإسلامية وأنشطة المصارف التقليدية، وعلى المصارف الإسلامية تأكيد العزم من خلال النظر في المشكلات والمعوقات التي تواجهها وتقف أمامها إزاء تطبيق المشاركة وإيجاد السبل الكفيلة لعلاجها، وابتكار الأساليب الجديدة من أجل تفعيل المشاركة بشكل واسع، بحيث تكون هي النسبة الأكبر من أنشطتها.

المصادر

المصادر

القرآن الكريم

أولا: الكتب

1- د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، بلا ط ،منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع.

2- د. باسم محمد صالح، القانون التجاري ـ القسم الاول ـ النظرية العامة ـ التاجر ـ العقود التجارية ـ العمليات المصرفية ـ القطاع الاشتراكي، بلا ط ، المكتبة القانونية ، بغداد،2017 .

3- د. جمال الدين عطية، البنوك الاسلامية بين النظرية والتطبيق، ط2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،1993 .

4- د. جهاد عبدالله حسين ابوعويمر، الترشيد الشرعي للبنوك القائمة، دار الثقافة للطباعة والنشر ،القاهرة،1986.

5- د. حربي محمد عريقات، سعيد جمعة عقل، ادارة المصارف الإسلامية ، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الاردن،2010.

6- د. حسن على الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1988 .

7- د. حسني عبد السميع إبراهيم، موقف الشريعة الإسلامية من النقود والبنوك، بلا ط، منشاة المعارف، الإسكندرية،2009.

8- د. حسين محمد سمحان، ود. موسى عمر مبارك، محاسبة المصارف الاسلامية، ط2، دار المسير للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ،2011 .

9- در الشمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض احكام الالتزام، ط1، منشاة المعارف،الاسكندرية،1960.

10- رشاد نعمان شايع العامري، الخدمات المصرفية الانسانية في البنوك الإسلامية، ط 1، دار الفكر الجامعي 300 شارع سوئير – الاسكندرية،2012.

11- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج1، ط3، مطبعة العاني، بغداد،1974.

12- د. سلمان مرقص، شرح القانون المدني، الالتزامات، ط بلا، المطبعة العالمية، القاهرة،1964.

13- سيد الهواري، الاستثمار والتمويل بالمشاركة في البنوك الاسلامية، ط1 عين الشمس، مصر، 1996.

14- د. شهاب أحمد سعيد العزعزي، إدارة البنوك الاسلامية، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن،2012.

15- د. صادق راشد حسين الشمري، السياسات الصناعية المصرفية الإسلامية انشطتها والتطلعات المستقبلية، بلا ط، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الاردن، 2008.

16- صلاح الدين حسن السيسي، القطاع المصرفي والاقتصادي الوطني، مكتبة الاسرة، القاهرة،2003.

17- د. طلبة ابراهيم سعد على، احكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، أحكام المعاملات المالية في المصارف الإسلامية، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2012.

18- د.عايد فضل الشعراوي، المصارف الاسلامية، ط2، دار البصائر الإسلامي الإسلامية،2007.

19- عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الاسلامية، التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، ط1، المركز الثقافي العربي، بيروت، 2000.

20- د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني (البيع والإيجار)، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2011.

21- عبد الرحمن يسري أحمد، قضايا أسلامية معاصرة في النقود والبنوك والتمويل، ط1، دار الجامعة، مصر، 2004.

22- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والحراسة، تنقيح المستشار أحمد المراغي، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2004.

23- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، منشاة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004.

24- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة والدخل الدائم والصلح) ، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2004.

25- د. عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الاسلامية بين النظرية والتطبيق، ج1، ط1، دار آسامه للنشر، الاردن، 2009.

26- د. عبد العزيز فهمي هيكل، موسوعة المصطلحات الاقتصادية والاحصائية، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1998.

27- د. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، بلا ط، المكتبة القانونية، بغداد، 2017 .

28- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 3، 2003.

29- د. عيسى ضيف الله المنصور، نظرية الارباح في المصارف الاسلامية، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 2007.

30- د. الغفار حنفي، التأجير التمويلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2004.

31- كامل عبد الحسين البلداوي، الشركات التجارية في العراقي، بلا ط، دار الطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1990.

32- د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة، ط1، الجامعة المستنصرية، بغداد، 2012.

33- محمد حزواني، استحداث العقود ط1، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2006.

34- محمد رامز عبد الفتاح ، الحكم الشرعي للأستثمارات والخدمات المصرفية التي تقوم بها البنوك الاسلامية، ط1،دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، 2004.

35- محمد عثمان اسماعيل شبير، اساسيات التمويل الاداري واتخاذ قرارات الاستثمار، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1986.

36- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي،ط1، دار النفائس، الاردن ، 1996 .

37- د. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، ط بلا، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007.

38- محمد كامل موسى، شرح القانون المدني، العقود المؤسسات، ج2، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2005.

39- د. محمد محمود العجلوني، البنوك الاسلامية ـ احكامها ـ مبادئها ـ وتطبيقاتها المصرفية، دار المسير للمشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2008.

40- د. محمد محمود المكاوي، التمويل المصرفي (المبادئ ـ الاساليب الضوابط ـ التطوير) ج1، ط1، بلا ط، مصر، 2004.

41- د. محمد محمود المكاوي، تفعيل المشاركة في البنوك الاسلامية، ط1،دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2021.

42- د. محمود حسين الوادي، ود. حسين محمد سمحان، المصارف الاسلامية، الأسس النظرية والتطبيقات العملية، ط3، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان 2009.

43- د. محمود عبد الكريم إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ط2، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 2007.

44- محمود محمد حنفي محمود، الإحكام المتعلقة بالتورق في المصارف الاسلامية، ط 1، دار الفكر الجامعي ،30 شارع سوتير ـ الاسكندرية، 2010.

45- محمود ناصر الغريب، التمويل بالمشاركة في البنوك الاسلامية، ط1، دار جامعة المنصورة، كلية التجارة، مصر، 1982.

46- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية، الأصول الشرعية والإعمال المصرفية في الإسلام (الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية)، المجلد الاول، الجزء الخامس، ط1، 1982 .

47- د. نزية حماد، العقود المركبة في الفقه الاسلامي، ط1، دار القلم، دمشق،2005.

48- نصر محمد السلامي، الضوابط الشرعية وللاستثمار، دار الايمان للطبع والنشر والتوزيع الاسكندرية، 2008 .

49- نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 2008.

50- د. هشام أحمد عبد الحي، المصرف الاسلامي، بلا ط، منشاة المعارف، جلال حزي وشركاه، 2003.

51- هيا جميل بشارات، التمويل المصرفي الإسلامي للمشروعات الصغيرة والمتوسطة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 2008 .

52- د. وائل محمد عربيات المصارف الاسلامية والمؤسسات الاقتصادية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المركز الرئيسي :عمان – وسط البلد قرب جامع الحسيني ـ عمارة الحجيري، 2006.

ثانياً : الرسائل والاطاريح

1- حازم أكرم صلال الربيعي، الشكلية في عقود الانترنت، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2012.

2- خالد صالح اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية، 2004.

3- زكريا سلامة شنطاوي، الحيازة وتطبيقاتها في معاملات البنك الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الاقتصاد الإسلامي، جامعة اليرموك، الاردن، 1995.

4- سارة مرابط، صيغ وأساليب التمويل في نظام المشاركة وتنفيذها داخل البنوك الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية العلوم الاقتصادية، جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي، الجزائر، 2013.

5- سرى محمد هوبي مهدي، عقد المشاركة المنتهية بالتمليك، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2015.

6- سيف هشام صباح الفخري، صيغ التمويل الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الاقتصاد، جامعة حلب، سورية، 2009.

7- صلاح سعيد عبد الله المرزوقي، الشركة المنتهية بالتمليك، وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة اليرموك، الاردن، 2009 .

8- عناب زكرياء، البنوك الاسلامية ودورها في تمويل القطاع الزراعي ـ دراسة تجربة السودان، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير/ جامعة أم البواقي، الجزائر، 2016.

9- مثنى محمد عبده، هلاك المبيع قبل التسليم "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 2007 .

10- محمد حمود فهد بشير، محددات اختيار البنوك الاسلامية من وجهة نظر المتعاملين الافراد مع البنوك الاسلامية في دولة الكويت ـ دراسة ميدانية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الاعمال، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2013.

11- محمد عبد حمزة، المشاركة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الاقتصاد الإسلامي، جامعة كلمنتس، الشارقة، 2007.

12- محمد عبدالله بريكان الرشيدي، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك ـ دراسة مقارنة مع الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ـ قسم القانون الخاص/ جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2010.

13- الياس عبد الله ابو الهيجاء، تطوير اليات التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية "دراسة حالة الاردن"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية مجلس الاقتصاد والمصارف الاسلامية، جامعة اليرموك، الاردن، 2007.

14- يوسف سعيد يوسف ابوسلميه، معوقات انتشار التمويل المصرفي بصيغة المشاركة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الاقتصاد والعلوم الادارية، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2018.

ثالثا : البحوث والمقالات.

1- د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل، تطورات حديثة في التمويل الائتماني، مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن مجلس النشر في جامعة بيروت العربية، العدد الثامن، 2002.

2- د. أحمد الصويعي شليبك، المشاركة المنتهية بالتمليك كما يجريها بيت التمويل الامريكي (لا ربا) مجلة والدراسات الاسلامية، تصدر عن مجلس النشر العملي في جامعة الكويت، العدد (75)، 2008.

3- إسماعيل شندي، المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي، ورقة عملية مقدمة إلى مؤتمر الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك المنعقدة في جامعة الخليل، فلسطين، 2009.

4- د. جاسم علي سالم الشامسي، المشاركة المنتهية بالتمليك العقار، مجلة الحقوق عدد (2)، الكويت 2001.

5- جليل حسن بشات الساعدي، الاعتبار الشخصي وأثرة في انعقاد وتنفيذ العقد، مجلة العلوم القانونية، تصدرها، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد (13)، العددان الاول والثاني ، 1998.

6- حسن علي الشاذلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، عدد (13)، ج2، 2003.

7- حيدر فليح حسن، عقد المشاركة بالوقت بحث منشور في مجلة دراسات قانونية تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، بغداد، عدد (29)، 2012.

8- زقاري آمال، التمويل بعقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مجلة دائر البحوث والدراسات القانونية والسياسية ـ مخير المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، تصدر عن مجلس النشر في المركز الجامعي مرسلي، العدد الرابع، 2018.

9- د. عجيل جاسم النشمي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد (13)، ج(2)، 2001.

10- فهد سعد الدبيس الرشيدي، دعم المشروعات الصغيرة بالمشاركة المتناقصة، بحث منشور في مجلة الشريعة و الدراسات الاسلامية، عدد (83) الكويت، 2010.

11- د. محمد بن علي القري، العقود المستجدة وضوابطها ونماذج منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد العاشر، الجزء الثاني، 1997.

12- د. محمود عبد الكريم إرشيد، أسس أختيار القوى البشرية في الإسلامية مجلة جامعة النجاح للابحاث، العدد (22)،2008.

13- د. محمود عبد الكريم إرشيد، الرقابة وواقعها في المصارف الفلسطينية، مجلة الدراسات الاسلامية، الاردن، مجلد (10) / العدد (4)، 2014.

14- مشعل مهدي جوهر حياة، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، مجلة الحقوق، العدد الاول، 2009.

15- د. نزية حماد، المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، عدد (13)، ج(2)، 2001.

رابعاً : القوانين والتعليمات

1- قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).

2- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة (1971).

3- قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة (1980).

4- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984).

5- تعليمات الصيرفة الاسلامية العراقي رقم (6) لسنة (2011).

6- قانون المصارف الإسلامية العراقي رقم (43) لسنة (2015).

7- قانون التجاري الأردني رقم (12) لسنة (1966).

8- قانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976).

9- قانون البنوك الأردني رقم (13) لسنة (1978).

خامساً : النشرات والقرارات القضائية.

1- حكم صادر عن محكمة ابوظبي الاستئنافية بتاريخ (1999/5/18)، مجلة الحقوق، الكويت، عدد (2)،2001 .

2- قرار صادر عن دائرة النقض المدنية دولة الإمارات العربية المتحدة منشور في المجلة العربية للفقه و القضاء المملكة المغربية، العدد الاول، 1984.

3- قرارات صادر عن دائر النقض المدنية، دولة الإمارات العربية المتحدة في الطعن رقم (38) في تاريخ (14/ 11/ 1984) منشور في مجلة العدالة العدد (43)، 1985.

4- مجلة التشريع والقضاء، السنة الخامسة، العدد الثالث، 2013.

سادساً : المصادر الإلكترونية .

1- النظام الاساسي للبنك العربي الإسلامي الدولي.

متاح على الموقع الالكتروني https://iiabank.com.jo :تاريخ الزيارة: (١١/١٠/٢٠٢٣).

2- د. نزيه حمادة ، المشاركة المتناقصة بحث منشور .

متاح على الموقع الإلكتروني: almoslim.nede/note/ تاريخ الزيارة: (٧/٧/٢٠٢٣).

3- المصرف العراقي الإسلامي.

متاح على الموقع الالكتروني : ar.m.wikipedia.org: تاريخ الزيارة (١٣/١٠/٢٠٢٣).

4- مصرف النهرين الإسلامي: متاح على الموقع الالكتروني: https://www.nib.com.iq: تاريخ الزيارة (١٤/١٠/٢٠٢٣).

سابعاً : مصادر اجنبية.

1- Alkaff ,sued Hamed Abdul Rahman, Rahman, Almurabha In theory And practice published by :Islamic Research Academy, Karachi, Pakistan nodete.

2- Lalocatio - vent designe advantage une variete doperations Juridiques quelle necrrespond a un type do contact , voir : THUILLIER Hugues, Location vente encyclopedie civile , Dalloz,v,N1et2.

3- planiol et Ripert par Hamel:Traits Pratique de droit Civil Franca is 2.ed.T.10 No.217.

4- Rose–Noelle-SCHUTS: Location-Vente, Encyclopedia Dallas. civil lllfev. 1999No2.

Abstract

Diminishing financial participation is one of the modern complex contracts that preceded legislation and has followed reality to express the growing cooperation between different parties and achieve interests that traditional contracts may not be able to achieve. Diminishing financial participation in Islamic banks is a financing method based on the Islamic bank providing the financing requested by its client. (The partner) in a project with an expected income, on the basis of an agreement under which the bank obtains a share of its right to keep the remaining part or any amount of it, so that that part is allocated to repay the principal of the financing provided by the bank.

The main problem with the subject of the letter is that it does not Net income is based on the existence of a special legal regulation for diminishing financing partnerships in Iraqi law (Islamic Banking Law No. 43 of 2015), which means that the Iraqi legal system is facing a legislative deficiency regarding the mechanisms for working in partnerships and what is related to them, but this is not enough, as The issue needs in-depth study from many aspects because it raises other sub-problems, including the effectiveness of the legal texts within the framework of the Iraqi legislative system and their role in covering the provisions of participation. As dealing with an important and complex topic requires its own legal regulation.

In conclusion, we reached a number of conclusions and proposals, the most important of which is the absence of a special legal regulation for diminishing financial participation in Iraqi legislation, but rather a simple reference to participation as a means of attracting funds in Article (2).

Secondly, Islamic Banking Law No. (43) of 2015, and that the diminishing financing participation in Islamic banks is one of the newly established contracts, which was introduced by Islamic banks to be an alternative to the interest-bearing loan contract by combining the elements of more than one contract to form an interconnected contract system that does not accept dismantling. Partition is one of the complex contracts, and we have proposed to the legislator a definition of diminishing financing participation in Islamic banks, “which is an agreement based on the bank providing the financing requested by its client and sharing with it the expected output to be obtained from the project, provided that the bank recovers its share in the form of installments from the partner’s share with decreasing The bank's share of the project's profit when deducting what is due.

University of Karbala

College of law

Alfare Alkhasu

Diminishing Financing Participation in Islamic Banks

"A legal comparative study "

A master's thesis submitted to the Council of the College of Law - University of Karbala. It is part of the requirements for obtaining a master's degree in private law.

A thesis submitted by studet

Muhammad Hussein Ali

Supervard by

Assist . Prof. DR. Raheem obaeed Ateya al- asadi

2024 A. D. **1445 A. H.**