عقد المضاربة في البنوك التشاركية
بين الفقه الإسلامي والتشريع المغربي

الأستاذ محمد البقيوي
باحث بسلك الدكتوراه
جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس
المغرب

ملخص:

تعد المضاربة من أفضل طرق التمويل وأكثرها فاعلية في تحريك الاقتصاد سواء كانت بين الأفراد، أو من خلال المصارف والمؤسسات، لكن توظيفها في العمل المصرفي للبنوك التشاركية لازال تعتريه مجموعة من الصعوبات، وتكتنفه عدة مخاطر ومعيقات منها ما هو داخلي وما هو خارجي. فأما الأسباب الداخلية فتتمثل في صعوبة التعامل بهذا النوع من الصيغ، بالإضافة إلى عدم تمرس البنوك التشاركية في الصيغ التمويلية غير المرابحة، وأما الأسباب الخارجية فتتمثل في هيمنة المنتوجات التقليدية على القطاع البنكي.

وفي هذا السياق تأتي هذه الدراسة لتناقش هذا الموضوع في إطار الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية المنظمة لعقد المضاربة ومقارنتها مع الآراء الفقهية المختلفة، تسمح باستنتاج خلاصات سنوردها في النهاية.

الكلمات المفتاحية: عقد المضاربة، البنوك التشاركية، القانون المغربي

Summary:

Mudaraba is one of the best and most effective methods of financing in moving the economy, whether between individuals, or through banks and institutions, but employing it in the banking work of participation banks is still plagued by a set of difficulties, and is beset by several risks and obstacles, including what is internal and what is external. As for the internal reasons, they are the difficulty of dealing with this type of formula, in addition to the lack of experience of participation banks in non-murabaha financing formulas, while the external reasons are the dominance of traditional products in the banking sector.

In this context, this study comes to discuss this topic within the framework of Islamic jurisprudence and Moroccan legislation, by studying and analyzing the legal texts regulating the Mudaraba contract and comparing them with different jurisprudential opinions, allow to formulate conclusions, to which we will refer by the end.

Key words: Mudaraba contract, participation banks, Moroccan law

مقدمة:

أضحت البنوك التشاركية الإسلامية بعد عقود من التجاهل والجحود حقيقة واقعية نتيجة الطفرة النوعية التي حققتها خاصة في عقدها الأخير، وصارت مطلبا جماهيريا ونخبويا على الصعيد العالمي قبل الإسلامي، إثر نجاحها الباهر في تخطي الأزمة المالية العالمية التي أطاحت بعمالقة المؤسسات المصرفية العالمية، وكبدت أعتى اقتصاديات العالم خسائر تقدر بملايير الدولارات، نتيجة المعاملات الربوية المبنية على الغرر والضرر، فأصبح التفكير في المنتجات الإسلامية كبديل للخروج من الأزمة أمرا حتميا، خاصة أن الدول الإسلامية التي أنشأت معاملات بنكية إسلامية لم تتأثر كثيرا بالأزمة المالية التي عرفتها البنوك التقليدية، فكانت بريطانيا من السباقين لاعتماد هذه المنتجات الإسلامية، بل أصبحت تلقب بعاصمة الأبناك الإسلامية، ناهيك عن الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا التي انتشرت فيها عقود الصكوك، وفي فرنسا انتشرت عقود التأمين الإسلامي أو ما يسمى بالتأمين التكافلي خاصة في مدينة استراسبورغ[1].

وقد برزت البنوك الإسلامية، كمؤسسات مالية وائتمانية في النصف الثاني من القرن الماضي وبداية هذا القرن، ولعل بعض الدول العربية؛ كالأردن، الإمارات العربية المتحدة، الكويت، السعودية... كانت الدول الأولى التي برز فيها هذا النوع من المصارف، حيث أثبت وجودها وأكدته من خلال قيامها، والاستمرار في عملها ونشاطها. كما نشطت المالية الإسلامية في الدول الإسلامية خاصة في الآونة الأخيرة، والملاحظ مؤخرا أن المغرب صار على نفس المنهاج، حيث تم الاعتماد على بعض المنتجات البنكية الإسلامية لتدخل هي الأخرى إلى عالم الخدمات التي تقدمها البنوك التقليدية[2]. وذلك من خلال القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها[3]، ومن أهم المستجدات التي جاء بها هذا القانون إحداث قسم كامل وهو القسم الثالث بعنوان البنوك التشاركية[4] يشمل هدا القسم 17 مادة من بين 196 مادة، يتكون منها قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، مما أدى إلى الإعلان عن خلق مؤسسات ائتمانية جديدة ذات طابع اقتصادي وتجاري تحت مسمى البنوك التشاركية. ومن أهم الصيغ التي تقوم بها هذه البنوك صيغة المضاربة.

والمضاربة من الناحية التاريخية نظام اقتصادي تعارف عليه العرب قبل مجيء الإسلام، وأقرها الإسلام بعد أن هذبها وضع لها القواعد التي تحفظ حقوق أطرافها وتبين التزاماتهم.

والمضاربة أو القراض من العقود الشرعية التي أباحها الإسلام لاستثمار الأموال وتنميتها، ولتوزيع الثروة توزيعا عادلا بين المسلمين، لأن المال في المضاربة يكون من جانب، والعمل من جانب آخر، والربح الحاصل يقسم بينهما وفق النسب المتفق عليها بين طرفي العقد، والمضاربة كما تصورها الفقهاء قديما عقد ثنائي بين فردين يقدم أحدهما المال والآخر العمل، وكان عقد المضاربة بهذا الوصف معمولا به بين المسلمين فيما سلف من الزمان، حيث لم تكن قد ظهرت بعد المشاريع الكبرى للصناعة والتجارة والفلاحة وغيرها، والتي تتطلب أموالا كثيرة وتنظيما محكما وتخطيطا دقيقا، ولا يقدر فرد واحد أن يتحملها في غالب الأحيان. ولذلك لم يذكر فقهاؤنا المضاربة المشتركة "الجماعية" في مؤلفاتهم ومصنفاتهم والتي هي صيغة جديدة للمضاربة الفردية، حيث تستثمر فيها أموال عدد كثير من الناس بإدارة مؤسسات مالية بصفتها مضاربة لجميع أصحاب الأموال[5].

وتتجلى أهمية الموضوع في كون عقد المضاربة من أبرز منتجات البنوك التشاركية، وذلك لأنه أسلوب قائم على الجمع بين المال الذي يقدمه رب المال والعمل الذي يقدمه المضارب على شكل خبرة فيجتمع المال مع خبرة عمل المضارب، وذلك وفق قالب شرعي بعيد عن الربا ووفق أحكام الشريعة الإسلامية، ويتضح ذلك في كون طرفي عقد المضاربة سواء كانت المضاربة فردية أو جماعية شركاء في الربح حسب النسب المتفق عليها، والخسارة فيتحملها رب المال، ولا يتحملها المضارب إلا في حدود مسؤوليته.

ويتضح من التنظيم القانوني الذي خص به المشرع عقد المضاربة سواء في القانون 103.12 أوفي منشور والي بنك المغرب، أن العديد من التساؤلات القانونية تحيط به سواء طبيعته أو من حيث الخصوصيات والمميزات الفريدة التي تجعل منه عقدا متفردا عن باقي الصيغ التشاركية بشكل خاص، وعن باقي العقود الأخرى بشكل عام.

ومن تم يثير هذا الموضوع إشكالية جوهرية مفادها:

- ✓ ماهية عقد المضاربة، شروطه وأركانه وما مدى تطبيق وتنزيل عقد المضاربة في المعاملات المالية للبنوك التشاركية؟
- ✓ هذه الإشكالية المحورية تتفرع عنها عدة أسئلة يمكن إجمالها فيما يلي:
- ✓ ما هي المضاربة وما أنواعها؟ وما مد مشروعيتها؟ وما أركانها وضوابطها؟ وما هي الآثار المترتبة عنها بالنسبة لأطراف العقد؟ وكيف يمكن تطبيقها في المعاملات المالية والمصرفية للبنوك التشاركية؟ وما هي المخاطر والمعيقات التي تعترض تطبيقها؟

وللإجابة عن هذه الأسئلة سنعمد إلى دراسة هذا الموضوع وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية المضاربة

- المطلب الأول: مفهوم المضاربة ودليل مشروعيتها وبيان أنواعها
- المطلب الثاني: أركان المضاربة وشروطها

المبحث الثاني: التمويل بالمضاربة في البنوك التشاركية

- المطلب الأول: الإجراءات العملية لعقد المضاربة
- المطلب الثاني: معيقات تطبيق عقد المضاربة

المبحث الأول: ماهية المضاربة

من الأسس المهمة التي يقوم عليها اقتصاد الدول على اختلاف أشكالها ونظمها السياسية إنشاء الشركات، لما لها من آثار اقتصادية واجتماعية وتنموية في ترويج الأموال، وخلق مناصب الشغل، لتتحقق بذلك التنمية البشرية على اختلاف أشكالها وأنواعها، ومن أهم هذه الشركات المضاربة. وللتعرف أكثر على ماهية المضاربة سنعرف بها ونبين دليل مشروعيتها وأنوعها (مطلب أول)، ثم ندرس أركانها وشروطها (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم المضاربة ودليل مشروعيتها وبيان أنواعها:

الفرع الأول: مفهوم المضاربة

خصص منشور والي بنك المغرب المتعلق بالمواصفات التقنية الباب الخامس للحديث عن صيغة "المضاربة" تعريفا لها وبيانا لأحكامها[6].

أولا: تعريف المضاربة في القانون المغربي:

عرفها المشرع المغربي في المادة 58 من القانون 103.12[7] بأنها: "كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا أو هما معا، ومقاول أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين، ويتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع. يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف، ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالة الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب".

وعرفها كذلك في المادة 42 من منشور ولي البنك[8] بأنها: "كل عقد شركة يربط بين مؤسسة أو عدة مؤسسات (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا محددة القيمة أو هما معا، ومقاول أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين، ويتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع.

يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف، ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالة الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب".

يقصد بعقد الشركة نظامها الأساسي.[9]

فصيغة "المضاربة" تتم بعقد شركة بين عاقدين: رب المال (مؤسسة أو أكثر (ومضارب (مقاول أو أكثر)، فيُقدم رب المال رأس مال (نقدا أو عينا محددة القيمة، أو هما معاً)، ويقوم المضارب بالعمل (تدبير المشروع)، ويقسم الربح نسبة محددة بين العاقدين، ويتحمل رب المال الخسارة لوحده مالم يتعد أو يفرط المضارب. وتخضع، "المضاربة" لمقتضيات الباب الرابع من المنشور السابق، وكذا للأحكام التشريعية المتعلقة بالأنظمة الأساسية للشركة كما نصت المادة 43.

كما نص المشروع في المادة 44 على أنه يمكن لرب المال أن يفوض المضارب في استثمار رأس المال من غير قيود فيعقدان "مضاربة غير مقيدة"، أو يقيده بتحديد نوع ومجال وكيفيات الاستثمار فتكون مضاربتهما "مضاربة مقيدة".

ونلاحظ أن هناك اختلافا طفيفا بين تعريف القانون رقم 103.12 ومنشور ولي البنك، بحيث اعتبر في الأول أن رب المال ينبغي أن يكون بنكا تشاركيا، وهو ما أغفله المشرع المغربي في المنشور الصادر عن ولي بنك المغرب والذي اكتفى في المادة 42 أعلاه بالإشارة إلى مؤسسة أو عدة مؤسسات فاسحا المجال بذلك بتأويل هذه المادة وإدخال المؤسسات البنكية التقليدية عكس المادة 58 من القانون 103.12 الذي حصرها في مؤسسات البنوك التشاركية.

ثانيا: معنى المضاربة لغة:

المضاربة في المعنى اللغوي: مصدر للفعل الرباعي "ضارب" وهو على وزن المفاعلة ويدل على اشتراك اثنين في أمر ما. ويقال: ضرب في الأرض إذا سار فيها مسافرا فهو ضارب، والضرب يقع على جميع الأعمال إلا قليلا[10].

ويطلق كذلك عليها القراض: ومعناه مأخوذ من القرض وهو ما يجازى عليه الرجل من خير أو شر، بدليل قوله تعالى: "من ذا الذي يقرض الله قرضا حسناً"[11]، لأن كل واحد من المتقارضين قصد أن ينفع الآخر، أو هو من القرض بمعنى القطع، لأن صاحب المال قطع من ماله قطعة دفعها للعامل ليتجر فيها.

ويقال ضارب فلان لفلان في ماله، اتجر له فيه، وله حصة معينة من ربحه، وأصل الفعل الثلاثي للمضاربة، ضرب، يقال ضرب الرجل في الأرض أي ذهب فيها مسافرا، أو تاجرا.

وسميت مضاربة لأنها من الضرب في الأرض بالمال والسفر به ابتغاء الربح، أخذا من قوله تعالى: "وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله"[12]. وأن كلا من صاحب المال والعامل يضرب بسهم في الربح.

ثالثا: معنى المضاربة اصطلاحا:

هو: "شركة في الربح، بمال من طرف، وعمل من طرف".[13]

وعرفها الفقهاء بعدة تعاريف كثيرة نذكر منها على سبيل المثال لا للحصر:

أ- عند الحنفية: هي شركة في الربح، بمال من جانب رب المال، وعمل من جانب المضارب[14].

ب- عند المالكية: هي توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرها[15].

ج- عند الشافعية: هي توكيل لآخر على أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك بينهما[16].

د- عند الحنابلة: هي أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل عليه من الربح بينهما حسب ما يشترطانه[17].

والملاحظ من هذه التعريفات أن تتفق في الأصل وتختلف في بعض الفروع.

وعرَّفَ المضاربة أحد المعاصرين بقوله: "المضاربة عقد يتضمن دفع مال خاص -وما في معناه- معلوم قدره ونوعه وصفته، من جائز التصرف لعاقل مميز رشيد يتجر فيه بجزء مشاع معلوم من ربحه له".[18]

وقال ابن عرفة: "تمكين مال لمن يتّجر به، بجزء من ربحه، لا بلفظ الإجارة".[19]

وقال الشيخ خليل: "القراض توكيل على تجر في نقد مضروب، مسلم بجزء من ربحه، إن علم قدرهما".[20]

الفرع الثاني: دليل مشروعية المضاربة

أولا: من القرآن الكريم:

بالرغم من عدم وجود نص صريح في القرآن الكريم يدل على مشروعية المضاربة، إلا أن الفقهاء المسلمين استدلوا على جواز المضاربة ببعض الآيات، كقوله تعالى: "وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله"[21]. وقوله عز وجل: "فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله"[22].

فهذه الآيات بعمومها تتناول إطلاق العمل بالمضاربة وهي مشتقة من الضرب، أي الضرب في الأرض، لأن العامل ضرب فيها لتحصيل الربح عن طريق التجارة بطلب من صاحب المال.

ثانيا: من السنة النبوية:

روى عن ابن عباس رضي الله عنهما، أنه قال: "كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع ملا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا، ولا ينزل به واديا، ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل فهو ضامن، فرفعه شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأجازه"[23].

عن العلاء بن عبد الرحمان، عن أبيه، عن جده، أن عثمان بن عفان رضي الله عنه: "أعطاه مالا قراضا يعمل فيه على أن الربح بينهما"[24].

ومن خلال هذه الأحاديث النبوية أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أجاز المضاربة بإقراره لها.

ثالثا: من الإجماع:

قال الإمام الكسائي رحمه الله: (وأما الإجماع فإنه روي عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم، أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة، منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر وسيدتنا عائشة رضية الله عنهم، ولم ينقل عليهم من أقرانهم أحد، ومثله يكون إجماعا)[25].

وعلق الإمام الشوكاني رحمه الله تعالى على الآثار السابقة قائلا: "فهذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون من غير نكير، فكان ذلك إجماعا منهم على الجواز."[26]

وعليه يبقى الدليل البين هو الإجماع، لذلك قال ابن حزم: "كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه والله الحمد، حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد. والذي نقطع عليه أنه كان في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وعلمه فأقره".[27]

ويرى ابن تيمية أن القراض دليله الإجماع القائم على النص، فقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم التعامل بالقراض، ولم ينه صحابته الكرام عن التعامل به، فيكون دليل الإجماع هو السنة التقريرية[28].

واختلف أهل العلم في المضاربة، هل تعتبر من الإيجارات، أم من المشاركات؟

يرى جمهور الفقهاء أن المضاربة من عقود الإيجارات، لأن المضارب يعمل لرب المال مقابل أجر، وهو ما شرط له من ربح. ونظرا لاشتراط معلومية الأجر والعمل في عقد الإجارة فإن الأصل في المضاربة عندهم أنها غرر، لأنها إجارة مجهولة، إذ العامل لا يدري كم يربح في المال، ولكن الشرع جوزها لحاجة الناس للتعامل بها.

فالمضاربة مستثناة من الإجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة، ومن الغرر.[29]

وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن المضاربة من جنس المشاركات التي لا يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض. فهي جائزة على مقتضى القياس الصحيح.[30]

ولا تخفى على كل ذي لبيب أهمية المضاربة، فإنها تسهم في تعبة الادخار ومحاربة الاكتناز وبالتالي تمويل وإقامة المشاريع التي تتيح فرص العمل والشغل، وتتحرك من خلالها رؤوس الأموال وتنمى، فيسهم كل ذلك في تحريك عجلة التنمية المجتمعية المرجوة، ويتحقق أهم مقصد من المقاصد الشرعية وهو حفظ المال.

الفرع الثالث: أنواع شركة المضاربة:

تنقسم المضاربة إلى نوعين: مضاربة مطلقة (أولا) ومضاربة مقيدة (ثانيا).

أولا: المضاربة المطلقة:

هي التي يفوض فيها رب المال المضارب في أن يدير عمليات المضاربة دون أن يقيده بقيود سواء في المجال أو المكان، إلا ما تقتضيه المصلحة ومقتضيات الأعراف الجارية في مجال النشاط الاستثماري موضوع المضاربة[31]، وهذا ما جاء موافقا لأحكام منشور ولي البنك حيث ورد فيه أن المضاربة غير المقيدة هي: " التي يسمح بموجبها رب المال للمضاربة باستثمار رأس مال المضاربة دون أي قيود"[32].

ثانيا: المضاربة المقيدة:

وهي التي يقيد فيها رب المال المضاربة بالمكان أو المجال الذي يعمل فيه، وبكل ما يراه مناسباً بما لا يمنع المضارب عن العمل[33]، وبتعبير المادة 44 من المنشور فهي: " التي يتفق بموجبها طرفا العقد، رب المال والمضارب على تحديد موضوع المضاربة، ولا سيما كيفيات وشروط استثمار رأس مال المضاربة".

ونستنتج مما سبق أن الفرق بين النوعين راجع إلى التقييد أو عدمه من رب المال للمضارب.

ويعتبر المضارب مخالفا إذا لم يلتزم بهذه القيود، وضامنا عند الخسارة.

ونلاحظ تطابق شكلي المضاربة الواردين في منشور والي بنك المغرب مع نوعي المضاربة الشرعية.

المطلب الثاني: أركان المضاربة وشروطها:

في هذا المطلب سنتطرق إلى أركان المضاربة (الفرع الأول)، ثم شروطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أركان المضاربة:

وبالرجوع إلى المادة 58 من القانون 103.12 والمادة 42 من منشور ولي البنك فيمكن القول إن المشرع المغربي حدد أركان عقد المضاربة في خمسة وهي: العاقدان وهما: رب المال أو وكيله (البنك)، والعامل أو المضارب (المقاول)، والمعقود عليه رأس المال والعمل (المشروع)، والصيغة (الايجاب والقبول)، والربح باتفاق الأطراف.

وقد اختلفت الآراء وأقوال الفقهاء من المذاهب الأربعة في تحديد أركان المضاربة، كغير ذلك من مسائل الفقه المختلف فيها، وسنجمل هذه الآراء وفق ترتيب المذاهب الفقهية الأربعة على النحو الآتي:

أ. **رأي الحنفية**: ذهب الحنفية إلى أن أركان المضاربة تتمثل في الايجاب والقبول أو ما يقوم مقامها من الألفاظ الدالة عليهما، كأن يقول رب المال للمضارب خذ هذا المال مضاربة على أن ما رزق الله عز وجل وأطعم منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة، ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت أو نحو ذلك[34].

ب. **رأي الملكية**: ذهب أئمة المالكية إلى أن أركان شركة المضاربة أربعة وهي: العاقدان، ورأس المال، والصيغة (الإيجاب والقبول):

قال العلامة علي الصعيدي العدوي: ""والقراض أركانه: العاقدان وهما كالوكيل والمال، والصيغة، والجزء المعمول للعامل"[35].

وقال الإمام القرافي –زيادة على ما ذكره غيره ممن جعلها أربعة–: "الأول والثاني: المتعاقدان، الركن الثالث: رأس المال، الركن الرابع: العمل وهو عوض الربح، الركن الخامس: الربح"[36].

ج. **رأي الشافعية**: لم يختلف فريق من الشافعية عن المالكية في ذكر أركان المضاربة، إلا بزيادة الربح على ما ذكره الإمام الصعيدي العدوي المالكي، فكان بذلك عند الشافعية خمسة أركان، وقد قال الإمام الشربيني الشافعي في سياق شرحه لمتن المنهاج للإمام النووي لما عرف القراض وذكر شروط: "وأركانه خمسة: مال وعمل وربح وصيغة وعاقدان"[37]. ومنهم من ذهب إلى أنها ستة وهي: مالك، مال، عامل، ربح، وصيغة[38].

د. **رأي الحنابلة**: الأركان عندهم خمسة وهي: الصيغة، والعاقدان والمال، والعمل، وتقدير نصيب العامل[39].

الفرع الثاني: شروط المضاربة:

أ. الشروط الخاصة برأس المال:

باستقراء النصوص الفقهية والقانونية نجد أن هذه الشروط تتمثل في الأمور الآتية:

جاء في المادة 45: "يلزم تعيين حصص أرباب المال وتحديدها، وإذا كانت الحصص عينية وجب تحديد قيمتها في عقد المضاربة".

المادة 46: "لا يجوز أن تكون حصة رب المال دينا على المضارب أو غيره".[40]

تتحدث هاتين المادتين عن رأس مال المضاربة وما يشترط فيه من مواصفات.

ومن ذلك أن يكون نقدا محددا معلوما، وإذا كان عيناً وجب تحديد قيمتها في العقد ولا يجوز أن يكون رأس المال دينا.

وهذه الشروط هي نفسها التي أصلها الفقهاء فيما يتعلق برأس مال المضاربة[41].

واشترط الفقهاء في رأس مال المضاربة خمسة شروط حتى يكون العقد صحيحا وهي:

1. أن يكون نقودا: فإن كان عروضا أو طعاما أو حيوانا أو ما شابه ذلك، فإنه لا يصح لأن القراض في هذه الحالة يعتبر فاسدا. ومعنى ذلك أن يكون المال المتعامل به نقودا (كالدراهم والدنانير).
2. أن يكون معلوما: كي يتميز راس المال الذي يتجر فيه من الربح الذي يوزع بين الشريكين حسب الاتفاق، وهذا لا يتأتى إلا بمعرفة المال وقدره وعدم الجهل به.
3. أن لا يكون دينا على المضارب: لا يجوز أن تكون حصة رب المال دينا على المضارب أو غيره[42].
4. تسليمه إلى المضارب: تمكين رب المال من التصرف في رأس مال المضاربة بإطلاق يده في التصرف فيه. وذلك دفعا لكل ما من شأنه أن يثير نزاعا بين الأطراف إما بسبب الجهالة أو الغرر.
5. عدم اشتراط الضمان على المضارب إذا هلك رأس المال: وقد ميز الفقه بين حالتين:

الأولى: إذا هلك رأس مال المضاربة بعد تسلم المضارب له وقبل أن يباشر أية عملية أو تصرف، وكان ذلك دون تدخل منه، فهو غير ضامن.

فإن قام بعمل بعد ذلك، كان كمن قام به لنفسه، بحيث لا يلزم به صاحب المال، أما إذا تلف جزء من رأس المال قبل مباشرة المضارب لأي عمل ودون تدخل منه، ذهب أغلب الفقهاء إلى أن المضاربة تبطل بالنسبة للجزء الذي أصابه التلف، وتستمر صحيحة فيها فضل منه، ولا يضمن المضارب الجزء الهالك منه.

وهذا ما نص عليه المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة 42 من المنشور: "يتحمل رب المال وحده الخسائر، إلا في حالات الإهمال أو سوء تدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب".

الثانية: في حالة هلاك رأس المال وهو تحت يد المضارب، وبعد أن يكون قد مارس عملية شراء ولم يسدد ثمنها، فالفقهاء متفقهون هنا على أن العملية تكون لحساب المضارب. وذلك أن المضارب لا يضمن ما يتلف بيده من مال إلا في حالة التعدي أو التقصير من طرفه طبقا لقاعدة: "يد المضارب يد أمانة على المال"[43].

ب. الشروط الخاصة بعمل المضارب:

يرى الفقهاء أن العمل كركن من أركان المضاربة يجب أن تتوفر فيه عدد من الشروط حتى تصبح هذه المضاربة صحيحة:

1. أن يكون العمل من اختصاص المضارب فقط: اشترط جمهور الفقهاء أن يختص المضارب بالعمل في المضاربة، ولا يجوز أن يشترط رب المال أن يعمل معه، بحيث يجب أن ينفرد بالعمل بعيدا عن رب المال، وهذا الشرط محل اتفاق بين الجمهور.

وقد أشار المشرع إلى هذا الشرط في المادة 51 من المنشور لا يجوز للمؤسسة (رب المال) أن تباشر تسيير أعمال المضاربة. فالمضاربة شراكة بين المال والعمل، حيث تتكفل المؤسسة (البنك) بالتمويل ويتكفل المضارب بالعمل تسييرا وإدارة.

2. عدم تضييق رب المال على العامل: فالأصل في المضاربة أن تكون مطلقة، ولكن الفقهاء أجازوا لرب المال أن يقيد المضارب ببعض القيود، واشترطوا أن لا تؤدي إلى التضييق على العامل في عمله، وذلك لأن الربح هو الهدف والمقصود من المضاربة. وفي المقابل على المضارب أن يجتهد في تحقيق أهداف المضاربة، وان يطمئن رب المال على أن أمواله في يد أمينة ساعية في البحث عما يتم به استثماره على الوجه المشروع[44].

3. أن يكون العمل من التجارة: اختلف الفقهاء في هذا الشرط، فهناك من يرى اقتصاره على التجارة فقط، وهناك فريق آخر يري أن المضاربة تشمل كل ما يؤدي إلى تنمية المال وتحقيق الربح، فأجازوها في الحرف والصناعة والزراعة، لأن عقد المضاربة يقتضي إطلاق التصرف للعامل، وفي هذا الصدد يقول: الرملي: "لا يجوز أن تشترط عليه شراء متاع معين، (..) أو شراء نوع يندر وجوده كالياقوت الأحمر"[45].

- **مسألة مراقبة أعمال المضارب**

جاء في المادة 52: "يحق للمؤسسة مراقبة حسابات العمليات التي يتم إنجازها في إطار عقد المضاربة والوثائق المتعلقة بها وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل. ويجب أن ينص عقد المضاربة على كيفيات ومواعيد تلك المراقبة.

يجوز للمضارب أن يقوم بفتح حساب في شأن المضاربة لدى المؤسسة."[46]

أجازت المادة للمضارب أن يفتح حسابا بشأن المضاربة لدى المؤسسة. ولا حرج في ما ورد في المادة فقها، فالمؤسسة هي صاحبة التمويل، ومن حقها المراقبة والمتابعة للاطمئنان على رأس مالها، ومدى التزام العامل بما اتفق عليه مسبقا. وتكون المراقبة في مواعيد محددة وبكيفيات منصوص عليها في العقد، مع الاحترام التام لمسؤوليات العامل واختصاصه في التسيير والتدبير.

ج. الشروط الخاصة بالربح:

جاء في المادة :47 "يجب أن يحدد عقد المضاربة كيفيات توزيع الأرباح بين الأطراف على أساس الربح المحقق، وليس في شكل مبلغ محدد مسبقا أو نسبة من رأس مال المضاربة".[47]

فالأرباح التي توزع هي الأرباح المحققة من استثمار رأس املال، ولا يجوز أن يحدد أي طرف مبلغا مسبقا من الربح له، أو نسبة من رأس المال، كل ذلك تجنبا للغرر.

وقد حدد بعض الفقهاء بعض الشروط في الربح حتى يكون عقد المضاربة صحيحا:

1. أن يكون نصيب كل طرف معلوما عند التعاقد: ولا يمكن الحديث عن الربح في المضاربة إلا بعد تسليم رأس المال، وهو ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "مثل المصلي كمثل التاجر لا يخلص له ربحه حتى يخلص له رأس ماله، كذلك المصلي لا تقبل نافلته حتى يؤدي الفريضة"[48]. فدل الحديث على أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح، ولأن الزيادة على الشيء لا يكون إلا بعد تسليم رأس المال، وباعتبار كذلك أن الربح هو المعقود عليه في العقد، فجهالته تؤدي إلى فساد العقد[49].

2. أن يكون الربح مشتركا بين المتعاقدين: بحيث لا يختص به أحدهما دون الآخر، والمضارب لا يستحق الربح إلا بعد تنضيض المال، أي بعد تحويله إلى نقود، وبعد قبض رب المال رأس المال. وقد جاء في المنشور: " يجب أن يحدد عقد المضاربة كيفية توزيع الأرباح بين الأطراف على أساس الربح المحقق، وليس على شكل محدد مسبقا أو نسبة من اس المال"[50].

3. الخسارة اتفق الفقهاء على أن يتحملها رب المال من رأس ماله: ولا يتحمل فيها المضارب شيئا طالما أنه لم يقصر أو يخالف الشروط، وتكون خسارته على قدر الجهد الذي بذله.

وفيما يتعلق بعض مسائل الربح:

- **التبرع بنسبة من الربح**

جاء في المادة 48: "يجوز للأطراف بعد إبرام العقد الاتفاق على تخصيص ما زاد من الأرباح المحققة عن سقف محدد لطرف معين أو عدة أطراف".[51]

وذلك لانتفاء الضرر، وعدم خرق مبدأ "الاشتراك في الربح"، فكل طرف سيأخذ نصيبه المتفق عليه مسبقاً. حينها لا بأس أن يُتبرَّع بما فضل من الربح لطرف أو أكثر حسب اتفاق الشركاء. ورد في المدونة من قول ابن القاسم: "وإذا اشترط المتقارضان عند معاملتهما ثلث الربح للمساكين جاز ذلك، ولا أحبُّ لهما أن يرجعا فيه، ولا يقضى بذلك عليهما".[52]

واقترح بعض المعاصرين أن يُجعل هذا الربح المتبرع في صندوق للتكافل، بحيث تغطي به المؤسسة الخسارة إن وُجدت.[53]

- **الجمع بين الأجر والربح**

جاء في المادة 50: "لا يجوز أن يتقاضى أي من الأطراف أجرة محددة مسبقا. ولا مانع إذا اتفق الأطراف على قيام المؤسسة أو المضارب بعمل لا يندرج ضمن أعمال المضاربة أن يكون ذلك مقابل أجر محدد، شريطة أن يكون الاتفاق السالف الذكر بعقد منفصل ومستقل عن عقد المضاربة".[54]

لا يجوز أن تشترط منفعة زائدة لأحد الشريكين، من غير خلاف بين العلماء، فإن وقع الاشتراط صيّر القراض مجهولا.[55]

قال الإمام مالك: "لا ينبغي لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيئا دون العامل ولا ينبغي للعامل أن يشترط لنفسه شيئا من الربح خالصا دون صاحبه".[56]

ولم يجز للمضارب أن يشترط مع الربح أجرا لأنه شريك في المال بحصة من الربح.

وكل من كان شريكا في مال فلا ينبغي له أن يشترط أجرا فيما عمل لأن المضارب يستوجب حصة من الربح على رب المال باعتبار عمله له، فلا يجوز أن يستوجب باعتبار عمله أيضا أجرا مسمى، إذ يلزم عوضان لسلامة عمل واحد له.[57]

لكن، عند قيام أحد الشريكين بعمل لا تقتضيه المضاربة فلا بأس أن يحدَّد له أجراً على عمله، شريطة أن يكون ذلك بعقد مستقل عن عقد المضاربة.

د. شرط احترام معطيات عقد المضاربة

جاء في المادة 53:"مع مراعاة مقتضيات المادة 43 أعلاه، ينص عقد المضاربة خاصة على المعلومات التالية:

– غرض المضاربة، هوية الأطراف، نوعية المضاربة (مقيدة أو غير مقيدة)، ومقتضيات التقييد إن اقتضى الحال، مدة المضاربة، وكيفيات مراجعتها باتفاق الأطراف إن اقتضى الحال، كيفيات توزيع الأرباح، حصص أرباب المال، مبلغها وطبيعتها وكذا النصيب الإجمالي للشركاء المتضامنين وتوزيع عائد التصفية، حقوق والتزامات الأطراف، شروط وكيفيات حل المضاربة".[58]

نصت هذه المادة على ما يجب ذكره في عقد المضاربة من تحديد الغرض منها ونوعها، وهوية عاقديها، وحصصهم، وكيفية توزيع الأرباح بينهم، وأجل المضاربة وحقوق والتزامات كل طرف، وكيفيات حل المضاربة وإنهائها. ومعلوم أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن شأن ضبط هذه المعطيات أن تحدد الحقوق والواجبات بين الشريكين، وتدفع عنهما الغرر والضرر. وهذا من صميم الشريعة التي تسعى لإزالة الضرر ودرء الفساد والنزاع عن معاملات الناس وتصرفاتهم.

هـ. شرط تحديد مدة العقد

نصت المادة 53 السابقة على تحديد مدة المضاربة في العقد، وبيان كيفية مراجعتها إن اقتضى الحال.

وتحديد المدة في المضاربة مسألة خلافية بين الفقهاء، والجمهور على فساد المضاربة إذا ضرب لها أجل والعلة أنه قد ينتهي الأجل، ولا يستوفى العمل، فيضيع العمل والجهد، ويتضرر الطرفان. فمن شروط صحة القراض (المضاربة) في المذهب المالكي" أن لا يضرب له أجل".[59]

ودليل الجمهور أن المضاربة من عقود التمليكات إذ فيها تمليك للربح، وعقود التمليكات لا تقبل التعليق كما لا تقبل الإضافة والتأقيت.

وأجاز الحنفية والحنابلة تعليق المضاربة وتأقيتها، لأنها كالوكالة تفيد إطلاق التصرف للمضارب والإذن له بذلك، فهي من عقود الإطلاقات والإسقاطات.

قال الكاساني: "ولو قال خذ هذا المال مضاربة إلى سنة جازت المضاربة عندنا وقال الشافعي رحمه الله: المضاربة فاسدة له".[60]

وقال ابن جزي: "ومن شروط القراض ألا يضرب أجل العمل خلافا لأبي حنيفة".[61]

ورجحت المعايير الشرعية القول بجواز تحديد المدة، لكون المضاربة توكيلا يحتمل التخصيص.[62] وهو ما أكده مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم 122 في دجنبر 2001م. وعليه العمل في المصارف الإسلامية.

المبحث الثاني: التمويل بالمضاربة في البنوك التشاركية

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى أهم الإجراءات العملية لعقد المضاربة (مطلب أول)، وهذا الأخير تعتريه مجموعة من المعيقات في تطبيقه (مطلب ثان).

المطلب الأول: الإجراءات العملية لعقد المضاربة

سنتحدث في هذا المطلب حول الإجراءات العملية لعقد المضاربة المشتركة أو الجماعية (الفرع الأول)، ثم المنتهية بالتمليك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإجراءات العملية للمضاربة المشتركة أو الجماعية

جاء في المادة 49: "إذا تعدد أرباب المال وجب توزيع الأرباح وتحمل الخسائر بينهم حسب حصصهم في رأس مال شركة المضاربة ما لم يتفق الأطراف على خاف ذلك فيما يخص توزيع الأرباح لمصلحة الشركة".[63]

الأصل في المضاربة أن تكون ثنائية بين رب المال والعامل.

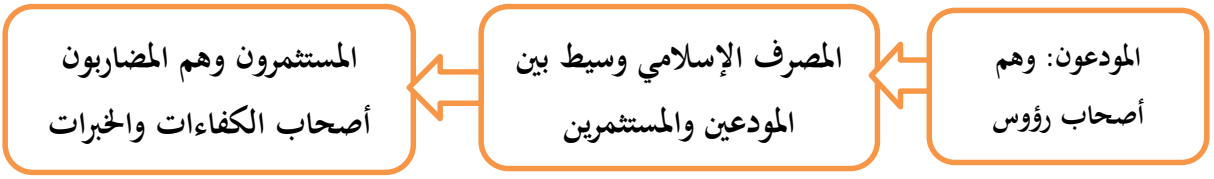
يجوز كما سبق في المادة 42: تعدد أرباب المال في المضاربة. وهو ما يسمى بالمضاربة المشتركة، أو المضاربة الجماعية، وتمثل المضاربة المشتركة أو الجماعية إحدى الصيغ الشرعية المناسبة للاستثمار المصرفي بعيدا عن التعامل الربوي، وتقوم هذه الصيغة على أساس تعدد العلاقة بين أصحاب رؤوس الأموال والمضاربين، سواء كان هذا التعدد من أحد أطراف المضاربة أو كليهما.

وتتخذ المضاربة المشتركة على المستوى العملي صورا مختلفة من أهمها ما يلي: [64]

1. أن يقوم المصرف ممثلا في مؤسساته المالية وهيئاته الإدارية والتنظيمية باستثمار أموال المساهمين والمودعين استثمارا مباشرا دون الاستعانة بمضاربين آخرين، وتكيف وضعية المصرف في هذه الحالة على أنه مضارب وشريك أو رب المال في نفس الوقت. ولا شك أن هذه الصورة تقترب من المضاربة الثنائية، لكن مع اختلاف واضح هو أن التعدد يكون حاصلا من جهة أصحاب رؤوس الأموال. فأسلوب الاستثمار في هذه الحالة يكون مباشرا، ومن مزاياه تفادي المصرف لمشكلات الاستثمار بالمشاركة والمضاربة لدى الغير خصوصا في ظل ارتفاع نسبة المخاطر الأخلاقية وفساد الذمم.
2. أن يقوم المصرف باستثمار الودائع من خلال إعطائها لرجال أعمال متعددين، وبهذا يكون المصرف في وضع رب المال.
3. أن يعرض المصرف الإسلامي باعتباره مضاربا على أصحاب الأموال استثمار مدخراتهم –كما يعرض المصرف- باعتباره صاحب مال أو وكيل عن أصحاب الأموال على أصحاب المشروعات الاستثمارية استثمار تلك الأموال على أن توزع الأرباح حسب الاتفاق بين الأطراف الثلاثة، والخسارة على صاحب المال.

ويجب أن يحدد في عقد المضاربة كيفيات توزيع الأرباح على أساس الربح المحقق، وليس في شكل مبلغ محدد مسبقا أو نسبة إلى رأس مال المضاربة[65].

وفيما يلي توضيح لهذا الشكل من المضاربة:



أما عن مراحل تنفيذ المضاربة المشتركة فتتجلى فيما يلي:

- يتقدم أصحاب رؤوس الأموال بمدخراتهم بصورة فردية إلى المصرف وذلك لاستثمارها لهم في المجالات المناسبة.
- يقوم المصرف بدراسة فرص الاستثمار المتاحة والمرشحة للتمويل.
- يخلط المصرف أموال أصحاب رؤوس الأموال ويدفعها إلى المستثمرين كل على حدة، وبالتالي تنعقد مجموعة شركات المضاربة الثنائية بين المصرف والمستثمر.
- تحسب الأرباح في كل سنة بناء على ما يسمى بالتنضيض التقديري –تسييل- أو التقويم لموجودات الشركة بعد حسم النفقات.
- توزع الأرباح بين الأطراف الثلاثة، صاحب رأس المال، والمصرف والمضارب.
- إنهاء المضاربة

نصت المادة 53: على وجوب تضمن العقد شروط وكيفيات حل المضاربة، لكنها لم توضح كيف ومتى تنتهي المضاربة.

تعتبر المضاربة من العقود غير اللازمة، ويمكن إنهاؤها عند جمهور الفقهاء بفسخ العقد بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين أو بموته. قال صاحب المغني: "والمضاربة من العقود الجائزة، تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان، وبموته، وجنونه، والحجر عليه لسفه، لأنه متصرف في مال غيره بإذنه فهو كالوكيل".[66]

كما تنتهي بانتهاء مدة المضاربة المحددة عند الحنفية والحنابلة الذين يجيزون تأقيتها.

أما المالكية فقالوا بأن العقد وإن كان من العقود الجائزة فإنها تصبح لازمة، ولا يجوز لأحد الطرفين فسخ العقد إذا بدأ المضارب العمل، وكان رأس المال غير ناض لما في ذلك من إلحاق الضرر بالآخر.

أما قبل الشروع في العمل فيجوز إنهاؤها بإرادة أحد طرفيها أو باتفاقهما لكونها من العقود الجائزة.

قال ابن رشد: "أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من واجب عقد القراض، وأن لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل في القراض، واختلفوا إذا شرع العامل: فقال مالك: هو لازم، وهو عقد يورث، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين.

وقال الشافعي وأبو حنيفة: لكل واحد منهما الفسخ إذا شاءوا وليس هو عقد يورث.

فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة، والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما قبل الشروع في العمل.[67]

كما تنتهي المضاربة بهالك رأس المال.

لذا وجب توجيه ما ورد في هذه المادة بخصوص "مدة المضاربة" و"شروط وكيفيات حل المضاربة" بما ذكرناه.

وإجمالا يشترط فقهاء المذهب لصحة القراض شروطا عشرة ذكرها العلامة عليش بقوله: "نقد رأس المال للعامل، وكونه معلوما، وكونه غير مضمون عليه، وكونه بما يتابع أهل البلد من العين مسكوكا كان أو غير مسكوك، ومعرفة الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه، وكونه مشاعا لا مقدرا بعدد ولا تقدير، وأن ال يختص أحدهما بشيء معين سواه إلا ما يضطر إليه العامل من نفقة ومؤنة في السفر، واختصاص العامل بالعمل، وأن لا يضيق عليه بتحجير أو بتخصيص يضر بالعامل، وأن لا يضرب له أجل".[68]

الفرع الثاني: الإجراءات العملية للمضاربة المنتهية بالتمليك

تنشأ المضاربة المنتهية بالتمليك بين المصرف والمضارب، بحيث يدفع المصرف المال ويقوم المضارب بالعمل، ويعطي المصرف فيها الحق للمضارب في الحلول محله دفعة واحدة أو على دفعات حسب ما تقتضيه الشروط المتفق عليها، أو يقدم المصرف أداة الإنتاج لمن يعمل عليه بجزء شائع من الناتج على أن يجنب نصيب العامل أو جزء منه –حسب الاتفاق–إلى أن يبلغ قيمة تلك الأداة.

المطلب الثاني: معيقات تطبيق عقد المضاربة

تعترض البنوك التشاركية في تنزيلها العملي لعقد المضاربة مجموعة من المعيقات، منها ما يعود إلى الطبيعة الخاصة لعقد المضاربة وما يرتبط بها من مبادئ أو أحكام مستقلة بهذا العقد (الفرع الأول)، ومنها كذلك ما يرتبط بطبيعة البيئة التي تطبق فيها البنوك التشاركية هذا النوع من العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعيقات المرتبطة بطبيعة عقد المضاربة[69]

على الرغم من التطوير الذي لحق عقد المضاربة انطلاقا من تلك العلاقة التعاقدية القائم على الثنائية، نحو علاقة يسودها الطباع الجماعي فيما أصبح يسمى المضاربة المشتركة أو الجماعية، إلا أنها لقيت مجموعة من الصعوبات والعوائق على المستوى

التطبيق، لعل من بينها، ما يرتبط بالجانب القانوني، وما له علاقة بجانب التسيير والإدارة، والضمان وغيرها من المعيقات، كما سنبين في هذه الفقرات ضمن هذا الفرع.

أولا: المعيقات القانونية

إن من الصعوبات والعراقيل التي تعترض التعامل بصيغة المضاربة في البنوك التشاركية، عدم ملاءمة بعض القوانين الوضعية التي تعتمدها الدول التي تعتمد بأساليب التمويل التشاركي عموما وأسلوب التمويل بالمضاربة على وجه الخصوص، مع طبيعة العمل البنكي التشاركي.

ونلخص الأسباب التي كانت وراء ذلك في سببين اثنين، يتمثل أولهما: في انحياز البنوك التي تتعامل بصيغة المضاربة نحو تطبيق أحكام وقواعد الأحكام الوضعية الخاصة بدلا من الأحكام والقواعد التي أوجدتها الشريعة الإسلامية، وأما السبب الثاني: ونعتبره نتيجة للسبب الأول، فيتمثل في غياب قوانين خاصة تعنى بتنظيم أحكام وقواعد المضاربة.

ثانيا: المعيقات الإدارية

إذا كان أسلوب المضاربة في البنوك التشاركية تعترضها مجموعة من التحديات والعوائق من الناحية النظرية، المتمثلة في غياب قواعد وأحكام قانونية وشرعية مصاغة ومنظمة، يحتكم إليها كإطار نظري وتنظيمي، فإنه لم يسلم كذلك من صعوبات وتحديات تقف عائقا كبيرا أمام تنزيله الفعلي والواقعي، على الرغم من تطور هذا الأسلوب في صيغته الثانية أو التقليدية الخاصة وأحكامه الفقهية، لتلائم العمل البنكي، خصوصا عند تطويرها إلى ما يسمى المضاربة التشاركية أو الجماعية، ولعل من هذه الصعوبات والتحديات، ما له علاقة بالجانب الإداري، نذكر منها ما يلي:

أ. اعتبار يد المضارب يد أمانة:

إن التسليم بهذا المبدأ في إطار الضوابط التنظيمية لعقد المضاربة معناه أن المضارب آمن، وبالتالي يرفع عنه واجب الضمان، ولا يشترط تحميله خسارة رأس المال، أو جزء منه إلا تعديا منه، أي إذا تعدى أو خالف أحد شروط العقد أو قيوده.

ب. قصر العمل على المضارب في عقد لمضاربة:

استنادا إلى الأحكام والقواعد المنظمة لعمل المضاربة، التي تقتضي بأن يكون رأس المال من طرف (رب المال) والعمل من طرف آخر (المضارب)، فمعنى القول: إن العمل في مال المضاربة يكون من حق المضارب وحده، مما يجعل إمكانية متابعة البنك لعملية المضاربة عن قرب وبصورة مباشرة تكون معدومة[70]، بحيث يظل دور البنك مقتصرا على وضع القيود التي يختار بها نوع من النشاط الاستثماري، بشرط ألا تؤدي تلك القيود إلى منع المضارب من تلك التصرف[71].

ج. عدم الالتزام الأخلاقي من طرف لمضارب:

إن اعتبار المضارب في عملية المضاربة بمثابة وكيل أمين يبرز مدى المخاطرة الأخلاقية، أي مخاطر عدم الالتزام الأخلاقي من قبل هذا المضارب، وهذه المخاطر تكمن في عدة مظاهر من ذلك:

– أن يعمد المضارب إلى تزويد البنك الإسلامي بمعلومات ناقصة أو غير صحيحة عن خبرته وكفاءته في إدارة واستثمار الأموال[72].

– عدم استخدام التمويل في الغرض الذي حدد له إذ يقوم بعض العملاء باستخدام أموال المضاربة لتطوير أعماله الخاصة[73].

– عدم تفرغ العميل لمزاولة أعمال المضاربة ومنح أغلب وقته واهتمامه لأعماله الخاصة.

ويرجع السبب الحقيقي في نشأة هذه المخاطر إلى طبيعة العلاقة التي تربط البنك التشاركي بالمضارب المتمثلة في مبدأ أمانة المضارب، وعدم تحمله لخسائر المشروع، وكون هذه الأخيرة تقع على عاتق البنك.

د. اقتطاع المصاريف الإدارية من الربح المحقق قبل قسمته:

تعمد البنوك التشاركية إلى اقتطاع المصاريف الإدارية وعزلها من صافي الربح المحقق ومن ثَمَّ تقوم باقتسام ما تبقى من الربح مع أصحاب الأموال باعتبارها شريكا لهم في العمليات الاستثمارية ومضاربة فيها، وحسب النسب المتفق عليها مسبقا، ويعتبر مصرف قطر الإسلامي من البنوك التشاركية التي تأخذ بهذا التوجه[74].

ثالثا: اشتراط الضمان على المضارب وعدم قدرة المودعين على المخاطرة:

إذا كان الأصل أنه لا يجوز اشتراط الضمان على المضارب لعقد المضاربة، وأن هذا الأخير يكون باطلا في حال اشتراط رب المال على المضارب رأس المال أو تحمل جزء من الخسارة، لأنه من غير الجائز مطالبة المضارب بضمان أو رهن في مقابل خسارة رأس المال، ولكنه يجوز مطالبته بضمان ما يضيع من مال بقصد أو تقصير منه أو بمخالفته شروط التعاقد، لكون الأصل في المضاربة الثنائية من المضارب مؤتمن لا يضمن رأس المال إلا إذا تعدى أو قصر أو خالف شروط العقد المتفق عليها[75]، لكون العلاقة بين البنك التشاركي والمودعين لديه تتأسس على مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر.

رابعا: مشكلة خلط الأموال أثناء عملية المضاربة:

نشأت مشكلة خلط أموال المضاربة وأصبح البنك التشاركي وعاء استثماريا واحدا تضخ فيه جميع أموال العملاء، وتخرج إلى مشاريع استثمارية متنوعة، واذا كان خلط أموال أصحاب حسابات الاستثمار بعضها ببعض لا يؤثر في قياس الأرباح وتوزيعها في الأبناك التشاركية، فإن المشكل يطرح عندما يتم خلط مال المساهمين بمال أصحاب حسابات الاستثمار، أو بعبارة أخرى عندما يتم خلط أموال المودعين بأموال البنوك التشاركية، الأمر الذي يؤثر في قياس الأرباح وتوزيعها، والملاحظ بخصوص هذه النقطة الأخيرة أن البنوك التشاركية يختلف أسلوب تعاملها عند خلط أموالها بأموال أصحاب حساب الاستثمار، إذ يمكن القول أنه يوجد نوع من البنوك يعتمد أسلوب الفصل التام بين أمواله وأموال أصحاب الحسابات، وهناك من يعتمد أسلوب الخلط الكلي، في حين تعتمد بنوك أخرى مبدأ الخلط الجزئي[76].

الفرع الثاني: معيقات تتعلق بطبيعة البنوك التشاركية نفسها:

إضافة إلى المعيقات التي سبق ذكرها توجد معيقات وتحديات أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها، وهذه المعيقات ناتجة أساسا عن طبيعة البنوك التشاركية ذاتها، ومنها عدم توفر الموارد البشرية المؤهلة، ورغبة المودعين في السحب من ودائعهم بسرعة، وما لذلك من آثار سلبية على عمليات الاستثمار بالمضاربة[77].

أولا: عدم توفر موارد البشرية المؤهلة في الجانب البنكي والشرعي:

إن الطبيعة الخاصة للاستثمار بالعمل البنكي عن طريق أسلوب المضاربة يتطلب ضرورة توفر نوعية خاصة ومميزة عن الموارد البشرية القادرة على دراسة وتقييم عمل المستثمر وتحديد مدى صلاحيته وملائمته للمشاركة فيه من قبل البنك[78].

أ. مخاطر مصدرها نوعية المصادر البشرية المتاحة:

إن توفر الموارد البشرية المؤهلة والملائمة يشكل أهم متطلبات الأساسية اللازمة لتفعيل هذه الاستثمارات بطريقة فعالة، وبالمقابل يبقى عدم توفر هذه الموارد بمثابة مصدر من مصادر المخاطر التي تواجه الاستثمار التشاركي، وعليه فإن من بين المخاطر نذكر:

- المخاطر التي يمكن أن تنشأ نتيجة لعدم القدرة على دراسة واختيار العمليات الاستثمارية الملائمة.
- المخاطر التي يمكن أن تنشأ نتيجة لعدم قدرة هذه الموارد على متابعة هذه العمليات الاستثمارية، وعلى ابتكار حلول للمشاكل التي يفرزها التطبيق العملي[79].

ب. مخاطر مرتبطة بالرقابة الشرعية:

تترتب على عدم تبلور مفهوم الرقابة الشرعية في ذهن النخبة القائمة على إدارة البنك التشاركي، ووجود مجموعة من التحديات والعوائق التي تقف حاجزا أمام التفعيل الأمثل للمسمى الرقابة الشرعية، ومن ذلك:

- التطور السريع والكبير في المعاملات الاقتصادية وصعوبة متابعتها بالفتوى وبيان الحكم الشرعي الخاص بكل معاملة.
- الضغوط التي تمارسها إدارة البنك على الهيئة لإباحة بعض التصرفات.
- قلة عدد الفقهاء المتخصصين في المعاملات البنكية والمسائل الاقتصادية الحديثة.
- ضيق اختصاصات الهيئة.
- تعدد آراء المراقبين والمدققين الشرعيين في الحكم على بعض الأعمال البنكية[80].

ثانيا: رغبة المودعين في السحب من ودائعهم بسرعة وأثره على عمليات الاستثمار بالمضاربة.

إلى جانب المعيقات التي سبق ذكرها التي تقف حاجزا أمام تطبيق عقد المضاربة آلية مهمة لتوظيف الموارد والمدخرات المالية في الاستثمار، توجد مجموعة من المعيقات والتحديات الأخرى التي لها علاقة وطيدة بشرط أساس في الاستثمار الفعال الذي هو شرط المدة.

فإذا كانت العمليات الاستثمارية الحقيقية تقتضي بطبيعتها أن تتم في آجال متوسطة أو طويلة، الأمر الذي يتطلب بالأساس ضرورة توفر الموارد المالية المناسبة لتلك العمليات، وذلك لن يتحقق إلا باستخدام نظام المضاربة لتجميع وتعبئة الودائع الاستثمارية والادخارية من المودعين، أن هذا النظام بطبيعته هو الذي يتيح استقرار هذه الموارد واستدامتها لمدد أطول، ويوفر للبنوك موارد متوسطة وطويلة الأجل، إلا أن الجانب العملي حال دون إمكانية تنزيل الاطار النظري المفترض لنظام المضاربة في البنوك التشاركية، وذلك لعدم استعداد نسبة مهمة من المودعين لترك ودائعهم فترة طويلة، ورغبتهم في السحب من تلك الودائع بسهولة وسرعة على شاكلة البنوك التقليدية، متناسين أو غير مدركين الطبيعة المختلفة للبنوك التشاركية عن البنوك التقليدية، سواء فيما يتعلق بتجميع الودائع وخاصة الاستثمارية أو فيما يتعلق بتوظيف واستثمار هذه الودائع[81].

خاتمة:

من خلال ما سبق يتضح أن عقد المضاربة من أهم العقود التي تمول بها البنوك التشاركية عملاءها، فهو مشاركة في الربح بين رب المال والمضارب. ويكون إما عقد بين المودع (رب المال) والبنك (المضارب)، إذ يباشر البنك في هذه الحالة استثمار الودائع بنفسه، وإما أن يكون بين المودعين والمصرف والمستثمرين، بحيث يكون البنك في هذه الحالة أمام عقدين، الأول يجمعه مع المودعين ويكون فيه مضاربا وهم أرباب الأموال، والثاني يجمعه بالمستثمرين ويكون بموجبه رب المال وهم مضاربين، وذلك بإعطائهم أموال المودعين ليستثمرونها على أن تقسم الأرباح بين الأطراف الثلاثة. وهناك نوع ثالث ينتهي فيه العقد بتملك المضارب للمال محل المضاربة.

مما يجعلها آلية ناجعة لمحاربة البطالة وخلق مناصب شغل جديدة، كما أنها تحمي الأموال من الركود والاكتناز، وتحولها إلى أموال ذات نفع ومردودية، كما تساهم في تحويل الأفكار والمخططات إلى مشاريع وأعمال، مما سيؤدي إلى الدفع بعجلة التنمية. إلا أنه يجب العمل على تطوير هذا المنتوج ليكون بذلك بديلا حقيقيا للمعاملات المالية الربوية.

ويتبيّن من خلال مباحث صيغة المضاربة أن المشرع المغربي سار على ما استقر عليه العمل في المصرفية الإسلامية، بناء على تأصيلات الفقهاء وتخريجاتهم، بالإضافة إلى أن المشرع خص شركة المضاربة بنظام قانوني خاص متميز عن باقي أنواع الشركات المنظمة بمقتظى قانون الشركات، وما يميز نظام عقد المظاربة هو أن المقتضيات التي يتضمنها سواء في القانون 103.12 أو في منشور والي بنك المغرب هي مقتضيات آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

كما استنتجنا أن المضاربة المنتهية بالتمليك قد تكون حلا ناجعا لمجموعة من المشاكل المتعلقة بالبطالة، وخاصة وأن فيها مصلحة للبنوك وللعملاء. مما يجعلنا نطرح سؤالا: حول الآليات والوسائل التي ستمكننا من تطوير هذا النوع من المضاربة؟

الهوامش:

1 لطيفة الحسني، عقود البنوك التشاركية، مكتبة دار السلام الرباط الطبعة الأولى 2018 ص 5.

2 منتجات عمل البنوك التشاركية وآليات عملها وفق القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان مقال منشور بجريدة مغرب القانون الالكترونية يوم 11 أكتوبر 2018 الرابط:

https://www.maroclaw.com/%D8%A2%D9%84%D9%8A%D8%A7%D8%AA-%D8%B9%D9%85%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%A8%D9%86%D9%88%D9%83-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B4%D8%A7%D8%B1%D9%83%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D9%85%D9%86%D8%AA%D8%AC%D8%A7%D8%AA%D9%87%D8%A7

/ تم اعتماده بتاريخ 2023/08/10

3 ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الاول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015 ص 462.

4 المادة 54 من قانون 103.12 تعرف البنوك التشاركية أنها: تعتبر بنوكا تشاركية الأشخاص الاعتبارية الخاضعة لأحكام هذا القسم والمؤهلة لمزاولة الأنشطة المشار إليها في المادة الأولى والمادتين 55 و58 من هذا القانون وكذا العمليات التجارية والمالية الاستثمارية بصفة اعتبارية بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات المادة 62.

يجب أن لا تؤدي هذه الأنشطة والعمليات المشار إليها أعلاه إلى تحصيل أو دفع فائدة أو هما معا.

5- د ابراهيم والعيز، المضاربة المشتركة وتطبيقاتها في البنوك التشاركية، بحث فقهي مقارن بالقانون، مجلة الدراسات القانونية والقضائية، العدد التاسع، دجنبر 2018، ص 10.

6 انظر الجريدة الرسمية، العدد ،6548 ص 590 -593.

7 القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، الصادر في 24 دجنبر 2014، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد: 6328 بتاريخ 22 يناير 2015.

8 منشور والي بنك المغرب، رقم 1/ و17/ صادر في 27 يناير 2017، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 6548 بتاريخ 02 مارس 2017، يتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء.

9 انظر: منشور والي بنك المغرب ص ،590 الجريدة الرسمية، العدد 6548.

10 ابن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، طبعة مزيدة منقحة، بدون سنة، ج: 1، ص: 544.

11 الآية 245، سورة البقرة.

12 الآية 20، سورة المزمل.

13 التوقيف على مهمات التعاريف ص،660 التعريفات ص278.

14 شرح الخرشي على مختصر خليل، ج: 6، ص: 206.

15 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج: 2،

16 الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج: 12، 128-129.

17 ابن الهمام، الهداية وشرحها بهامش تكملة فتح القدير، ج: 8، ص: 468.

18 انظر: عبد الله الخاطر، المضاربة في الشريعة الإسلامية ص11.

19 شرح حدود ابن عرفة للرصاع 500/2 وانظر: الفواكه الدواني 122/2.

20 مختصر خليل ص237.

21 الآية 20، سورة المزمل.

22 الآية 10، سورة الجمعة.

23 أخرجه البيهقي في سننه، باب: كتاب القراض، ج: 6، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط: الثالثة، 2003، رقم الحديث:11611، ص: 184.

24 أخرجه مالك في الموطأ، كتاب القراض، باب ما جاء في القرض، ج: 2، طبعة فؤاد عبد الباقي، 1985، ص: 688.

25 الإمام الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج: 06، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط: الثانية، 1406هـ-1986م، ص: 79.

26 الإمام الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منقى الأخبار، دار ابن الجوزي الرياض، 1427هـ ج: 10، ص: 277.

27 انظر: مراتب الإجماع لابن حزم ص91

28 مجموع الفتاوى 195/19، وانظر: بداية المجتهد 161/5، المجموع للنووي 359/14

29 انظر: القوانين الفقهية ص279، بدائع الصنائع 79/6، مغني المحتاج 310/2

30 انظر: مجموع الفتاوى 83/28-84، إعلام الموقعين 4/2

31 د. محمد قراط، المطالب الضرورية في شرح المقتضيات القانونية المتعلقة بالبنوك التشاركية، معهد المعالي، ط: الأولى، 2018، ص: 270.

32 – المادة 44، من منشور بنك المغرب

33 د. محمد قراط، المرجع السابق، ص: 270

34 الإمام الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج: 06، مرجع سابق، ص: 79-80 بتصرف.

35 حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، للعلامة علي الصعيدي العدوي المالكي، مكتبة الخانجي، المؤسسة السعودية بمصر مطبعة المدني، ط: الأولى، 1409هـ 1989م، ج: 3، ص: 418.

36 الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط: الأولى، 1994، ج:6، ص: 25.

37 الإمام الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط: الأولى، 1997م1418هـ، ج: 2، ص: 399.

38 الإمام أبي القاسم القزويني، الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1997، ج: 6، ص: 3-18.

39 د. رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، دار الرشيد، ط: الثالثة، 1981، ص: 159.
40 انظر: النوادر والزيادات 248/7.
41 انظر المادتين في منشور والي بنك المغرب ص590، الجريدة الرسمية، العدد 6548.
42 المادة 46، منشور والي البنك المغربي.
43 دة عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 2000، ص" 294.
44 د. محمد قراط، المطالب الضرورية، المرجع السابق، ص: 277.
45 شمس الدين محمد الرميلي، أحكام شركة المضاربة، في الفقه الإسلامي، ص: 333.
46 منشور والي بنك المغرب ص 592، الجريدة الرسمية، العدد 6548.
47 انظر: منشور والي بنك المغرب ص591، الجريدة الرسمية، العدد 6548.
48 أخرجه البيهقي في سننه، ج: 2، مرجع سابق، ص: 541.
49 عبد الرحمن النجدي، المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، البحرين، 2010، ص 185.
50 المادة 47، منشور والي بنك المغرب.
51 انظر: منشور والي بنك المغرب ص 591، الجريدة الرسمية، العدد 6548.
52 المصدر نفسه 606/15.
53 انظر: المعاملات المالية المعاصرة لعثمان شبير ص 308
54 منشور والي بنك المغرب ص 592، الجريدة الرسمية، العدد 6548.
55 انظر: بداية المجتهد 165/5.
56 انظر: الموطأ 997/4.
57 انظر: المبسوط 149/22.
58 منشور والي بنك المغرب ص 592-593، الجريدة الرسمية، العدد 6548.
59 منح الجليل 321/7، مواهب الجليل 358/5.
60 انظر: بدائع الصنائع 99/6.
61 القوانين الفقهية ص 280.
62 انظر: المعايير الشرعية ص 384.
63 منشور والي بنك المغرب ص 592، الجريدة الرسمية، العدد 6548.
64 د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 1416 هـ 1996 م ص: 300-301.
65 المادة 47، منشور والي بنك المغرب.
66 انظر: المغني 179/5.
67 بداية المجتهد 240/2.
68 منح الجليل 321/7، مواهب الجليل 358/5.
69 د. يوسف حمومي، عقود المالية التشاركية، الجزء الأول: عقد المضاربة، دراسة مقارنة في الأسس النظرية والجوانب العملية، دار نشر المعرف، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2019، ص 195.
70 د. محمد صدقي، النظام المصرفي اللاربوي، المجلس العلمي بجامعة الملك عبد العزيز، جدة السعودية، 1985، ص: 15.
71 عبد الستار أبو غدة، الوسائل المشروعة لتقليل مخاطر المضاربة، الحلقة الأولى، مجلة الاقتصاد الإسلامي، قسم البحوث والدراسات الاقتصادية، بنك دبي الإسلامي، عدد: 180، مارس – أبريل 1996، ص: 60.
72 د. يوسف حمومي، عقود المالية التشاركية، المرجع السابق، ص: 204.

73 أحمد محي الدين، تطبيق المضاربة والمشاركة الثابتة والمتناقصة في التمويلات المصرفية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الرابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، 3 – 4 أكتوبر 2004، البحرين، ص: 20-21.

74 التقارير السنوية الصادرة عن مصرف قطر الإسلامي، سنوات 2005-2009.

75 منير هندي، إدارة المنشآت والأسواق المالية، الطبعة الثالثة، دار النهضة، القاهرة، 2002، ص: 284.

76 د. يوسف حمومي، عقود المالية التشاركية، المرجع السابق، ص: 207-208.

77 د. يوسف حمومي، عقود المالية التشاركية، المرجع السابق، ص: 218.

78 د. يوسف حمومي، المرجع نفسه، ص: 218.

79 د. يوسف حمومي، المرجع نفسه، ص: 220.

80 د. يوسف حمومي، عقود المالية التشاركية، المرجع السابق، ص: 220-221.

81 محمد عبد المنعم أبو زيد، المضاربة وتطبيقاتها العملية، ص: 88.