الاتفاق على استثمار الودائع النقدية المودعة لدى المصارف الاسلامية

دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي

The Agreement of Investing Monetary Deposit in Islamic Banks:
a Comparative Study between Islamic Sharia and Positive Law

الباحثة: عالية عبد الحسين عبد الهادي و. رعد هاشم امين

كلية الحقوق –جامعة النهرين

Abstract

Islamic banks are a means of investment the deposits of persons who prefer to invest their money in way consistent with the Islamic sharia rules in order to avoid obtaining illegitimated interest as the case in the traditional banks.

The investment of monitory deposit subjects to an agreement concluded between the Islamic bank and the depositor. This agreement, whether may set out in the contract of the deposit itself or as an independ condition/conditions set out therein, has been subjected to discuss by the traditional Islamic and the modern jurisprudence, and tackled in the standards adopted by the Islamic international institutions and the Iraqi central Bank. Furtherfore, agreement give rise of several issues such as what are the main types of banking accounts, sorts of speculations how to determine the legal nature of the Islamic investment contract, and whether the Islamic bank can be descripted as an agent for the depositor by reason of exploiting the deposit in dealing with his client, or as intermediater or a speculator?

developing the Iraqi Islamic Banking legislation will be presesented in this article.

كلمات مفتاحية: المصارف- الاسلامية-المضاربة- المشاركة-الربا- الوديعة- الاستثمار

١-مقدمة: ليس بوسع أي مؤسسة مصرفية سواء أكانت تقليدية أم اسلامية أن تمارس نشاطها المصرفي بالاعتماد على رؤوس أموالها، لذا يغلب في الواقع العملي أن تلجأ

هذه المؤسسات المالية إلى استغلال الودائع النقدية المودعة لديها لكي تتمكن من تغطية عملياتها الاستثمارية لديمومة نشاطاتها وانتظامها [١] .

ولعل أهم ما يميز المصارف الاسلامية، التي ظهرت في العراق في العقدين الماضيين، عن المصارف التقليدية (الربوية) هو إن المصرف لا يلتزم في عقد الوديعة باداء فائدة عن المبلغ المودع، كما أن استثمار الوديعة يجب أن يجري في مشاريع جائزة شرعاً واقتسام ما ينتج عن هذه المشاركة من ربح أو خسارة ما بين المتعاقدين، قد يصل الامر إلى حد أن يخسر المودع وديعته المستثمرة كلاً أو جزءاً في التجارة بسبب هذه المضاربة، لأن المصرف الاسلامي لا يضمن تحقيق الربح الناتج عن استثماره للوديعة ولا حتى أصلها كما نص على ذلك البند (٢ – ١) من المعيار الشرعي رقم (٥) المتعلق بالضمانات الصادرعن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧ والتي تنص على انه : ((... وبخاصة عقود المشاركات والمضاربة؛ حيث لا يجوز اشتراط الضمان على المضارب او وكيل الاستثمار او احد الشركاء، سواء كان الضمان للأصل ام للربح ، ولا يجوز تسويق عملياتها على انها استثمار مضمون)) .

وتنظم العلاقة بين المودع والمصرف الاسلامي بمقتضى اتفاق مخصوص يحدد ما لكل طرف من حقوق وما عليه من التزامات ولهذا الاتفاق، من جانب آخر، شروط خاصة تناولها الفقه الاسلامي الاصولي والمعاصر ونماذج العقود التي تتعاطاها المصارف الاسلامية. ولما كان لهذا الاتفاق، خصوصية تميزه عن عقد الوديعة النقدية المعروفة في المصارف التقليدية (الربوية) فقد غدى من المناسب الخوض في تكييفه بغية اظهار الخصوصية التي ينطوي عليها، لتبيان ما إذا كان يصح أن يطلق عليه وصف (الوديعة).

٢-اهمية الموضوع واسباب اختياره: لمسنا من استقراء المؤلفات الفقهية العراقية المتصلة بالمصارف الاسلامية الندرة في تناول هذا الموضوع الذي اضحى يكتسب اهمية قصوى في ضوء انتشار المصارف الاسلامية في العراق من جهة، وصدور تشريعات تنظم جوانب من انشطة المصارف من جهة اخرى ومنها قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥، سبقه قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ ، فضلاً عن ضوابط أدوات التمويل الاسلامي الصادرة عن البنك المركزي العراقي عام ٢٠١٨ . ولعل هذه الاسباب هي التي حدت بالباحثين لاختيار الموضوع.

٣- المشاكل التي تثيرها الدراسة:-

[١] - د . رشاد لقمان شايع العامري ، الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الاسلامية : دراسة مقارنة في القانون والفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص ١٨٧ ، د . عادل علي المقدادي ، عمليات البنوك طبقاً لقانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ٩ .

يثير التمعن بدراسة الجوانب الشرعية والقانونية لموضوع البحث مشاكل عديدة تقتضي ايجاد حلول لها في هذا البحث، واستقصاء موقف التشريعات المصرفية العراقية ذات الصلة ازاء كل منها، ولعل من اهمها:-

-من هم اطراف عقد استثمار الوديعة النقدية لدى المصارف الاسلامية؟

-ما هي اهم شروط الاتفاق على استثمار الوديعة النقدية سواء اكانت تلك التي تقترن بعقد فتح الحساب المصرفي الاسلامي ام التي تلى ذلك باتفاق لاحق؟

-ما هي الصور التي يتخدها عقد استثمار الوديعة النقدية؟

-ما هي الطبيعة القانونية لعقد استثمار الوديعة النقدية؟ وهل يعد المصرف الاسلامي بمركز الوكيل عن المودع على نحو ما اتجه اليه قانون المصارف الاسلامية العراقي؟ ام ان هذا الوصف لا ينسجم مع طبيعة هذا العقد مما يقتضي طرح تصور آخر للموضوع؟

٤-خطة البحث: يقتضي التصدي للمشاكل التي تثيرها هذه الدراسة تخصيص ثلاثة مباحث: نتناول في المبحث الاول ابرام الاتفاق على الاستثمار، ونعالج في المبحث الثاني الشروط المقترنة بالاستثمار، ونخصص المبحث الثالث والاخير لتوضيح التكييف القانوني للاتفاق على استثمار الوديعة .

المبحث الاول: إبرام عقد استثمار الودائع النقدية

نظمت تشريعات عراقية عدة صدرت مؤخراً أحكام المصارف الاسلامية، ومنها قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ [١]، سبقه قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ [٢]، فضلاً عن ضوابط أدوات التمويل الاسلامي الصادرة عن البنك المركزي العراقي لعام ٢٠١٨ والقاسم المشترك لقوانين المصارف الاسلامية في العراق انها اقتصرت على تبيان الجوانب الاجرائية المتعلقة بتأسيس المصارف، وبيان مقدار رأس مالها، وما يرخص لها التعاطي به من أنشطة وأوجه الرقابة على انشطتها التجارية، تاركة تنظيم العديد من المسائل الموضوعية، ومنها أحكام الاتفاق على استثمار الودائع النقدية، لأحكام الضوابط المذكورة وللمبادىء التي استقرعليها الفقه الاسلامي وما تناولته المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧ من أحكام بهذا الخصوص .

والعقد، طبقاً للقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، عبارة عن ((ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه))[٣]. وقد ارتأينا في هذا البحث استعمال تعبير"عقد" لأعتبار عملي يكمن في ضرورة ابراز خصوصيته المميزة عن عقد وديعة النقود الذي يعد عقداً مسمى نظمه

---

[١] - نشر القانون المذكور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٩٠) في ٧ / ١٢ / ٢٠١٥ .

[٢] - نشر القانون المذكور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٦٠) في ١٧ / ١٢ / ٢٠١٢ .

[٣] - نص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٠١٥) في ٨ / ٩ / ١٩٥١ .

قانون التجارة المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ في المواد (٢٣٩– ٢٤٧) منه [١]، ولأن عقد استثمار الودائع النقدية قد يتخذ صيغة شرط أو شروط مدرجة في اتفاق لاحق منفصل عنه. من هنا فان الفقرة (٣) من المعيار الشرعي رقم (١٣) المتعلق بالمضاربة الصادرعن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية [٢]، قد استعملت تعبير عقد الاستثمار في نعت العلاقة التي تجمع المصرف الاسلامي بالزبون، وهو ما سنتناوله بالبحث في ما يأتي من أبحاث [٣].

وعقد استثمار الودائع النقدية قد يتخذ كما قدمنا، صيغة شرط أو مجموعة من الشروط تدرج في عقد الوديعة نفسه، أو في صيغة اتفاق منفصل عنها، وتقضي الاحاطة بهذه المسائل إفراد مطلب مستقل بكل من هاتين الصيغتين من الاتفاق .

---

[١] - قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٩٨٧) في ٢ / ٤ / ١٩٨٤ .

[٢] - تأسست هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية بموجب اتفاقية التأسيس الموقعة من عدد من المؤسسات المالية الاسلامية بتاريخ ٢٦ فبراير ١٩٩٠ في الجزائر وجرى تسجيلها بصفتها هيئة عالمية ذات شخصية معنوية مستقلة غير هادفة للربح بتاريخ ٢٧ مارس ١٩٩١ م في دولة البحرين .
((وتهدف الهيئة إلى تطوير فكر المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ، ونشر ذلك الفكر وتطبيقاته عن طريق : التدريب ، وعقد الندوات ، واصدار النشرات الدورية واعداد الابحاث ....)) . متاح على الرابط الاتي : www.aaoifi.com آخر تاريخ لزيارة الموقع ١٩ / ٣ / ٢٠٢٠ . علماً أن البنك المركزي العراقي انضم إلى هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية (آيوفي) بتاريخ ٨ / ١ / ٢٠١٨ . متاح على الرابط الاتي : https://cbi.iq/news/print_news/555 آخر تاريخ لزيارة الموقع ١٩ / ٣ / ٢٠٢٠ .
اما فيما يخص مجلس الخدمات المالية الاسلامية الذي تستضيفه ماليزيا وسنت قانوناً خاص به يعرف باسم قانون مجلس الخدمات المالية الاسلامية لعام ٢٠٠٢، يساهم المجلس المذكور في تعزيز الوعي بالقضايا التي لها صلة بتقديم الخدمات المالية الاسلامية. وبدأ هذا المجلس عمله في ١٠ / ٣ / ٢٠٠٣ .وقد حصل البنك المركزي العراقي على عضوية كاملة في المجلس المذكور بناءً على القرار المتخذ في الاجتماع (٢٩) للهيئة العليا للمجلس الذي استضافه البنك المركزي المصري في القاهرة.
والرابط متاح على الرابطين الأتيين https://cbi.iq/news/view/1065 https://www.ifsb.org/ar_technical.php آخر زيارة للموقعين في ١٣ / ٩ / ٢٠٢٠ .

[٣] - عرف القانون المدني الفرنسي العقد في المادة (١١٠١) منه بأنه : ((اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو اكثر نحو شخص آخر أو اكثر باعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه)) ويرى الدكتور سليمان مرقس أن هذا التعريف قد عَدّ العقد نوعاً من الاتفاق ، ((فالاتفاق هو توافق إرادتين على احداث أثر قانوني أياً كان هذا الاثر)) نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٧٣ .
ويرى بعض من الفقه العربي أن هذا التعريف يميز ما بين الاتفاق والعقد من حيث إن الاتفاق جنس والعقد نوع من أنواعه، فالاتفاق هو توافق ارادتين على احداث اثر قانوني سواء بانشاء التزام كما في البيع ، أو نقله كما في الحوالة، أو تعديله كما هو الحال عند إضافة أجل جديد للالتزام أو انهائه كما هو الحال في الوفاء.أما العقد فهو أخطر من الاتفاق إذ إنه ذلك الاتفاق الذي ينشيء التزاماً فحسب . ينظر د . اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، منشورات مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، ١٩٩٦ ، ص ٤٧ .
بينما يفرق بعض آخر من الفقه القانوني ما بين العقد والاتفاق، فيعد الاتفاق جنساً له معنى اكثر سعة من العقد ، والعقد نوع . لكن هذه التفرقة لم تلق قبولاً من الفقه السائد ولم يرتب عليها القانون أي أثر أو نتيجة قانونية . لذا فأن معظم التشريعات تغفل التفرقة بين العقد والاتفاق : للتفصيل ينظر د . حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات من الكتاب الاول ، المصادر الارادية للالتزام، العقد والارادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ص ٧٦ ، ينظر ايضاً الدكتور محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٧ ، ص ٢٢ .

المطلب الاول: عقد استثمار وديعة النقود بمقتضى شرط مدرج فيه

ينعقد عقد استثمار وديعة النقدية بتوافق إرادتين هما: إرادة المصرف الاسلامي والمودع عند إبرام عقد وديعة النقود. وتقتضي الاحاطة بهذا الموضوع التعريف باطراف هذه العلاقة، ثم تبيان الصور التي يتخذها هذا عقد استثمار الوديعة النقدية، وسنعقد لدراسة كل مما تقدم ذكره فرعاً مستقلاً .

الفرع الاول: أطراف الاتفاق على الاستثمار المقترن بعقد وديعة النقود

بينا فيما تقدم بأن الوديعة النقدية هي عبارة عن عقد ينعقد بتوافق إرادتين هما إرادة المصرف الاسلامي والمودع .

أولاً : المصرف الاسلامي :

لم تتعرض التشريعات العراقية ذات العلاقة بالتعريف للمصرف الاسلامي [١] . سواء في قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ الذي ينظم عمل المصارف الاسلامية العامة والخاصة أو قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ الذي استحدث بوصفه أول مصرف إسلامي عام (حكومي) .

بيد أن التشريعات العراقية ذات الصلة بالمصارف عموماً قد أعطت تعريفاً للمصرف بوجه عام . فقد نصت المادة الاولى من قانون البنك المركزي العراقي الصادر بالامر المرقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ [٢] على أن المصرف هو ((الشخص الحائز على ترخيص

---

[١] - للمصارف الاسلامية في العراق تاريخ حديث نسبياً، فقد ظهر أول مصرف إسلامي في هذا البلد عام ١٩٩٣ تأسس بموجب القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩١ المعدل لقانون البنك المركزي العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٦ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٣٥٦) في حزيران ١٩٩١، بأسم (المصرف العراقي الاسلامي للاستثمار والتنمية) برأس مال قدره (١١٦) مليون دينار عراقي. ثم اتسع نطاق نشاط هذا المصرف إلى أن بلغ عدد فروعه (١٥) فرعاً ثم زيدَ رأس ماله إلى (١٠٢) مليار دينار عراقي . ومن ثم تأسس مصرف إيلاف الاسلامي عام ٢٠٠١ بوصفه مصرفاً تقليدياً ، وبعدها تحول هذا المصرف إلى مصرف اسلامي عام ٢٠٠٨، وجرى زيادة رأس ماله إلى أن بلغ (١٠٠) مليار دينار عراقي ووصل عدد فروعه إلى (٢١) فرعاً . ثم تاسس مصرف كردستان الدولي للتنمية والاستثمار عام ٢٠٠٥ وجرت زيادة رأس ماله إلى أن بلغ (١٥٠) مليار دينار عراقي ، والمصرف الوطني الاسلامي الذي تأسس عام ٢٠٠٥ برأس مال قدره (٢٥) مليار دينار عراقي إلا ان نشاطه الفعلي بدأ في عام ٢٠١٠ ثم زيد رأس مالهم إلى أن بلغ (١٠٠) مليار دينار عراقي . وقد جرى بعد ذلك تأسيس مصارف اسلامية عراقية عدة منها مصرف دجلة والفرات للتنمية والاستثمار ، ومصرف التعاون الاقليمي الاسلامي للتنمية والاستثمار ، ومصرف البلاد الاسلامي للاستثمار والتمويل ، ومصرف جيهان للاستثمار والتمويل الاسلامي وهلم جراً .

ويرجع السبب في تأخر ظهور المصارف الاسلامية في العراق مقارنة بباقي الدول لأسباب عدة منها الظروف السياسية والاقتصادية التي مر بها العراق والتي لا نجد ضرورة للخوض فيها في هذا المقام. ومن المؤمل أن تشهد المرحلة المقبلة انشاء تكتلات بين المصارف الاسلامية بهدف تقديم التمويل الى المشاريع التنموية الكبرى بما يحقق الجدوى الاقتصادية المرجوة للاقتصاد الوطني . للتفصيل ينظر د . فؤاد حميد الدليمي ، واقع الصيرفة الاسلامية في العراق ، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، السنة الثالثة، العدد السادس عشر ، جمهورية مصر العربية ، نوفمبر ٢٠١٣ م ، ص ١٩٣ وما بعدها . وتنظر ضوابط التكافل المرقمة (١) لسنة ٢٠١٩ ، الصادرة عن البنك المركزي العراقي ، متاحة على الرابط الاتي : https://c6iq/news/view/1160 تاريخ اخر زيارة للموقع في ١ / ٨ / ٢٠١٩ .

[٢] - قانون البنك المركزي العراقي الصادر بالامر المرقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، العدد (٣٩٨٢) في حزيران ٢٠٠٤ .

أو تصريح بموجب قانون المصارف يخول له الاشتراك في أعمال مصرفية أو غيرها من الانشطة المصرفية الاخرى)). وتعرف المادة الاولى من قانون المصارف الصادر بالأمر المرقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ [١] المصارف بأنها ((شخص يحمل ترخيصاً أو تصريحاً بمقتضى هذا القانون لمباشرة الاعمال المصرفية بما في ذلك شركة حكومية منشأة وفق قانون الشركات الحكومية المرقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ المعدل)) [٢] . بينما عُرفت الفقرة الاولى من المادة الاولى من تعليمات الصيرفة الاسلامية المرقمة (٦) لسنة ٢٠١١ المصرف الاسلامي بأنه ((هو أي شخص معنوي يحمل تصريحاً او ترخيصاً بمقتضى هذه التعليمات للقيام باعمال الصيرفة الاسلامية على وفق احكام الشريعة الاسلامية، ولا يتعامل بالفائدة اخذاً وعطاءاً)) .

وبالمقابل، لم يتردد الفقه القانوني في الخوض بتعريف المصرف الاسلامي، فقد ذهب بعض منهم إلى أن المصرف الاسلامي هو ((المصرف الذي يلتزم بتطبيق احكام الشريعة الاسلامية في جميع معاملاته المصرفية والاستثمارية من خلال تطبيق مفهوم الوساطة المالية القائم على مبدأ المشاركة في الربح او الخسارة ومن خلال اطار الوكالة بنوعيها العامة والخاصة)) [٣] كما يرى آخرون أن المصارف الاسلامية ((تلك البنوك التي التزمت باحكام الشريعة الاسلامية في تعاملاته المصرفية والاستثمارية وهجرت التعامل بالربا، اخذاً وعطاءاً، ولديها هيئة رقابة شرعية تراقب تطبيق ذلك)) [٤] .

وعلى أي حال، يستخلص من استقرارمجمل نصوص قانون المصارف الاسلامية [٥] وقانون مصرف النهرين الاسلامي [٦] ، أن المصرف الاسلامي عبارة عن أي مؤسسة مصرفية يرخص لها القانون ممارسة النشاط المصرفي طبقاً للقواعد والاعراف المصرفية المتعارف عليها وبما يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية من دون أن يتعامل

---

[١] - نشر القانون المذكور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٨٦) في ١ / ٩ / ٢٠٠٤ .

[٢] - ويراد بالقانون الاخير الذي اشارت اليه المادة المذكورة قانون الشركات العامة المرقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، بالعدد (٣٦٨٥) في ١ / ٩ / ١٩٩٧ . وقد كان الاصح بمشرع قانون المصارف استعمال تعبير ((مصرف عام)) لأن القانون المذكور يعرف بقانون الشركات العامة . ولعل السبب في هذا التباين في تسمية التشريع المذكور يرجع الى صياغة قانون المصارف بلغة قانونية انكليزية ركيكة تختلف عن الصياغة القانونية العراقية .

[٣] - د . نسرين عبد الحميد نبيه محمد ، البنوك ، الناشر منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠١٥ ، ص ٦٢ .

[٤] - د . عبد القادر قائد سعيد المجيدي ، مسؤولية البنوك الاسلامية عن خدماتها المصرفية واعمالها الاستثمارية ، دار الفكر والقانون ، ٢٠١٥ ، المنصورة ، ص ٢٥ .

[٥] - من ذلك ما تنص عليه الفقرة (٢) من المادة الاولى من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ من انه ((يجوز تأسيس مصرف اسلامي وفقاً لأحكام قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ وقانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧وقانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ على ان يتضمن عقد تأسيسه ونظامه الداخلي التزاماً بممارسة الاعمال المصرفية المسموح بها بدون فائدة اخذاً وعطاء ووفقاً لصيغ المعاملات المصرفية التي لا تتعارض مع احكام الشريعة الاسلامية سواء في مجال قبول الودائع وتقديم الخدمات المصرفية الاخرى او في مجال التمويل والاستثمار)) .

[٦] - تنص المادة الثانية من القانون المذكورعلى انه ((يهدف المصرف الى تقديم الخدمات المالية والمصرفية المتفقة مع احكام الشريعة الاسلامية وتنمية الاقتصاد العراقي)) . وتنظر بهذا المعنى ايضاً المادة الثامنة من القانون ذاته.

بالفائدة أخذاً وعطاءً. وينوب عن المصرف الاسلامي في تعاقده مع المودع مديروه أو الموظفون المخولون بالتعاقد مع المودع .

ثانياً : المودع (رب المال) : هوالطرف الثاني من اتفاق ايداع النقود لدى المصرف، ويراد به كل شخص طبيعي أو معنوي [١] يقبل المصرف الاسلامي استثمار ودائعه النقدية لديه .

الفرع الثاني : الصور التي يتخذها الاتفاق على استثمار الودائع النقدية

عقد وديعة النقود هو عملية مصرفية نظمها قانون التجارة المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ في المواد من (٢٣٩ - ٢٤٧) منه.

ويعد تقبل الودائع النقدية بقصد استثمارها من قبل المصرف الاسلامي عملاً تجارياً بلا ادنى شك لصراحة نص الفقرة (الثالثة عشر) من المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي آنف الذكر التي عدت ((عمليات المصارف)) من قبيل الاعمال التجارية بالنسبة للمصرف. ويعد العمل تجارياً ايضاً بالنسبة للعميل ولو كان لا يحترف العمل التجاري، ذلك ان تخويله للمصرف باستثمار الوديعة في الاعمال المصرفية التي يتعاطاها مع تحمله لمخاطر هلاك رأس المال بسبب ذلك، يجعله في مركز الشريك في تعاطي عمل تجاري، بخلاف حالة الوديعة غير المقترنة بشرط التفويض بالاستثمار التي يبرمها زبون لم اكتسب صفة التاجر ولم يكن العقد قد اتصل بممارسة نشاطه التجاري ، اذ لا يعد هذا العقد عملاً تجارياً، فلا يخرج الامر في هذ الحالة عن ان يكون قصد المودع قد انصرف فقط الى حماية ماله من مخاطر السرقة والفقدان والتلف لماله مما يجعله عملاً مدنياً بالنسبة له.

وتعرف المادة (٢٣٩) من القانون هذا العقد بأنه ((عقد يخول بمقتضاه المصرف تملك النقود المودعة فيه والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع)). ويفهم من التعريف المتقدم أن سلطة المصرف في التصرف بالوديعة النقدية ليست مطلقة وإنما مقيدة بحدود التخصص المهني للمصرف، وعليه فلا يرخص للاخير باستثمار الوديعة النقدية في غير الصيغ الشرعية التي تعارفت عليها المصارف الاسلامية او خارج اطار نشاطه المصرفي المقرر قانوناً.

ويخضع عقد الوديعة المبرم بين الزبون مع المصرف الاسلامي لاحكام قانون التجارة الذي نظم هذا العقد على نحو ما قدمنا ولكن بالقدر الذي لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الاسلامية. وتترتب على خضوع عقد وديعة النقود لدى المصارف الاسلامية لمبادئ الشريعة السمحاء حصول تباين في الاحكام التي تحكم هذا النوع من الودائع المصرفية عن تلك التي تتعاطاها المصارف التجارية (التقليدية) لعل من اهمها:-

١-لا يجوز للطرفين الاتفاق على استيفاء ربا في نظير انتفاع المصرف، فلا تسري الاحكام المتعلقة بالفائدة على هذا العقد المقررة في قانون التجارة[١] والقانون المدني على

[١] - د . باسم محمد صالح الجرجيس ، العقود التجارية (الاسس النظرية والعملية للابرام والتنفيذ) ، مجلة العلوم القانونية، المجلد الثامن ، العدد الاول والثاني ، ١٩٨٩ ، مطبعة العاني ، ص ٤٩ .

العقد المتقدم. ويؤخذ بالحكم المتقدم بصدد اية فائدة مستترة لم يشر الطرفين صراحةً على انها ذلك الربا المنهي عنه شرعاً. ويترتب على هذا بطلان الشرط الذي يقضي بحصول العميل على اية مكافئة او مزية مالية عند ابقائه للوديعة فترة زمنية طويلة لدى المصرف او عدم سحب اجزاء منها.

٢- ان الوديعة المقترنة بشرط استثمارها لا تعد قرضاً مضموماً في ذمة المصرف خلافاً لما ذهبت الى ذلك المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧ [٢] وبعض شراح القانون [٣]، ذلك ان عقد القرض يتيح للمقرض الانتفاع بالمال لمنفعته الخاصة، في حين ان توظيف الوديعة للاغراض التجارية انما يكون لمصلحة الطرفين (المودع والمصرف الاسلامي) اللذين يقتسمان الربح المتحقق وهو ما ينفي عن المصرف صفة المقترض. وسنرى عند حديثنا عن الطبيعة القانونية للوديعة المقترنة بشرط استثمارها في المبحث الثالث من هذا الفصل ان المصرف الاسلامي في هذا العقد هو بمركز المضارب الذي يستهدف استثمار رأس المال المودع لديه بموجب شروط الاتفاق. والمصرف الاسلامي، في عقد المضاربة، لا يضمن رأس المال ولا الربح المتحقق. بينما يكون المصرف في عقد الوديعة المبرم مع المصارف التجارية بمركز المقترض، وهو ما يبيح له، حال ابرام العقد، تملك واستثمار الوديعة بما يتفق مع نشاطه المصرفي [٤]، وهو ضامن برد مثل ما اقترضه، فضلاً عن الفوائد المستحقة عنها.

٣- يصح ان يكون محل الوديعة لدى المصارف الاسلامية اموالاً عينية من غير النقود، كالمصوغات الذهبية والمحاصيل الزراعية، بخلاف عقد الوديعة لدى المصارف التجارية التي يجب ان ينصب على "نقود" دون بقية الاموال المنقولة والعقارية[٥]. والعلة في هذا الاختلاف البيِّن في محل العقدين يرجع الى اختلاف طبيعة النشاط المصرفي لدى المصارف الاسلامية من جهة والمصارف التقليدية من جهة اخرى. فالمصارف الاسلامية ممنوعة من التعامل بالربا اخذاً وعطاءً، لذا وجب عليها الولوج المباشر في المشاريع التجارية التنموية والمضاربة بما تحوزه من نقود واية اموال اخرى تعود ملكيتها للمودعين، دون ان تكون في ذلك مقيدة بالتعامل بالنقد عن طريق منح

---

[١] تنظر المادة (٢٤٣) من القانون المذكور.

[٢] - ينظر البند (٢ – ٢ – ١) من المعيار الشرعي رقم (٤٠) الصادر عن المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧ .

[٣] تنظر د . شروق عباس فاضل، عقد الايداع، مرجع سابق، ص ٩٢.

[٤] - تنظر المادة (٢٣٩) من قانون التجارة المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤. تنظر الفقرات (الحادي عشر) و (ثاني عشر) من المادة (٥) من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ ، والفقرة (ثانياً) من المادة (٨) من قانون مصرف النهرين الاسلامي رقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ التي لا تجيز استثمار الودائع بغير تفويض من المودع . تنظر ايضاً الفقرة (الاولى) من المادة (٩٥٦) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والتي تنص على أن ((ليس للوديع أن يستعمل الوديعة وينتفع بها دون اذن صاحبها وإن استعملها بلا اذنه وهلكت فعليه ضمانها)) . وينظر حمزة فائق وهيب الزبيدي ، مرجع سابق ، ص ١١١ .

[٥] تنزر المادة (٢٤٣) من قانون التجارة العراقي.

القروض والتسهيلات الائتمانية الاخرى كما هو الحال في المصارف التجارية. وعلى هذا فان العبرة انما تكون بالقيمته المالية للمال لا بطبيعته فهي التي تتيح للمصرف المضارب تحقيق الربح من الاستثمار.

وينعقد هذا العقد بتوافر أركان انعقاده من التراضي والمحل والسبب والقبض من المصرف بمبلغ الوديعة. وقد افاض الفقه في الخوض بهذه الاركان مما لا نرى مبرراً للخوض فيها، فنحيل إلى ما سبق بيانه عنها [١] . ولما كان الاتفاق على استثمار الودائع النقدية يرتبط بالصور التي يتخذها العقد المذكور فقد وجدنا أن من المناسب تقديم توضيح الودائع المقترنة بشرط الاستثمار الاكثر شيوعاً في الوسط المصرفي الاسلامي وهي كل من الودائع الاستثمارية والوديعة الادخارية. ونعقد لدراسة كل منها في فقرة مستقلة .

أولاً : الودائع الاستثمارية : -

تعد الودائع الاستثمارية من أهم مصادر تمويل المصارف شأنها في ذلك شأن الحسابات الجارية، بالنظر لما لها من أهمية خاصة في تجميع الاموال واستثمارها في المشاريع المتنوعة وفي المجالات الاقتصادية. ويسمى هذا النوع من الودائع حسابات الاستثمار، وفيها يتحمل المودع مخاطر الاستثمار من المصرف الذي تكون يده عليها يد أمانة لا يد ضمان، فلا يضمن إلا في حالة التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط الاتفاق ويكون هذا الحساب ((...عبارة عن حصة شائعة (غير مفرزة) في الوعاء العام للمصرف، وللمصرف حق الاستثمار والتصرف في كل ما يراه مناسباً لتحقيق المصلحة للطرفين)) [٢] ويترتب على هذا أنه إذا أراد الزبون المودع ((.... سحب وديعته قبل مضي المدة المتفق عليها ووافق المصرف فانه بذلك يعرض بيع حصته الشائعة في الوعاء العام الى العملاء المودعين الاخرين الممثلين من قبل المصرف الذي سيقبل ذلك في مقابل مبلغ يتفق عليه في حينه يتم دفعه للزبون، ويتم ذلك على اساس التخارج، وما يدفع الزبون عندئذ هو مقابل التخارج الذي يتم الاتفاق عليه بين الزبون والمصرف، وبتوقيع الزبون على طلب اغلاق الحساب فانه يكون قد قبل بتسوية جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بذلك الحساب وفقاً للمعمول به بالمصرف)) [٣] .

ويحكم عقد المضاربة المقررة في الشريعة الاسلامية هذا النوع من الودائع، ففي حالة الخسارة يخسرالمصرف جهده بينما قد يخسر المودع وديعته كلاً أو جزءاً.

---

[١] - للتفصيل بشأن اركان انعقاد الوديعة النقدية ينظر الفقيه يحيى بن سعيد الحلي ، الجامع للشرائع ، دار الاضواء ، بيروت – لبنان ، ط ٢ ، ١٩٨٦ ، ص ٣٢٨ . وينظر د . عبد الحليم عويس ، موسوعة الفقه الاسلامي المعاصر ، المعاملات – الاحوال الشخصية ، الجزء الثاني ، دار الوفاء ، المنصورة – مصر ، ط ١ ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٣ . وينظر حمزة فائق وهيب الزبيدي ، وديعة النقود ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٧٠ وما بعدها .

[٢] - تنظر الفقرة (٣) من عقد خدمات مصرفية (الأنموذجي) المعد من مصرف المستشار الاسلامي العراقي .

[٣] - تنظر الفقرة (٢ / ٣) من عقد خدمات مصرفية المعد من مصرف المستشار الاسلامي العراقي .

ويعتبرأصحاب هذه الودائع شركاء للمصرف الاسلامي من دون أن يحق لهم المشاركة في الادارة [١] .

بيد أن مشاركة أرباب الودائع للمصرف فيما جناه من ربح أو خسارة لا تجعلهم بمركز الشريك في عقد الشركة، ذلك إن المضاربة تختلف عن المشاركة في أوجه عدة منها ان رأس المال في الشركة يكون عادة محل التزام جميع الشركاء سواء اتخذ صيغة أداء مبلغ من النقود أو تقديم عروض أو كان ديناً في الذمة، وقد تتخذ الحصة صيغة عمل يقدم من بعض الشركاء [٢] . أما المضاربة فتتألف من ركنين_هما : رأس المال المقدم من رب المال والعمل المبذول من المضارب وحده [٣] .

وتنقسم هذه الصيغة من الودائع الاستثمارية بدورها إلى صنفين هما : حساب الاستثمار المطلق وحساب الاستثمار المخصص .

ويعرف المعيار الشرعي رقم (٤٠) الصادرعن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية، حسابات الاستثمار المطلقة في البند ٢ / ١ / ١ منه بأنها ((المبالغ التي تتلقاها المؤسسة من المستثمرين ويفوض أصحابها المؤسسة باستثمارها على أساس المضاربة المطلقة دون الربط بمشروع أو برنامج استثماري معين، ويشترك اصحاب الحسابات والمؤسسة في الارباح إن وجدت حسب النسب التي تحدد لكل منهما أما في عقد المضاربة أو في طلب فتح الحساب الموافق عليه من المؤسسة ويتحمل أصحاب الحسابات جميع الخسارة بنسبة حصصهم في رأس المال إلا ما نتج عن التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط فتتحملها المؤسسة)) . ونرى ان المضاربة المطلقة تبدو اكثر انسجاماً مع الواقع العملي ، ذلك إن الاستثمار يقتضي تسليم رأس المال للمصرف الذي يعد ذا خبرة بالعمل التجاري والمخاطر المحدقة به في الوقت الذي يكون فيه رب المال عادةً غير مختص بمجالات النشاط التجاري.

بينما تعرف ضوابط إدارة المخاطر في المصارف الاسلامية الصادرة عن البنك المركزي العراقي لعام ٢٠١٨ حسابات الاستثمار المقيدة بأنها ((هي حسابات يعطي اصحابها الحق للمصارف الاسلامية في استثمار اموالهم على اساس عقد المضاربة او

---

[١] - د . أحمد سفر ، الموسوعة المصرفية الاسلامية ، الجزء الثاني ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت – لبنان، ط ١ ، ٢٠١٧ ، ص ٥٧ وما بعدها .

[٢] - تنظر الفقرة (اولاً) من المادة الرابعة من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ .

[٣] - ينظر الملحق (ج) ، من المعيارالشرعي رقم (١٣) (المضاربة) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧ .

إذ نصت الفقرة (اولاً) من المادة (١٣) من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ على أنه : ((تخضع المصارف الاسلامية المؤسسة وفق أحكام هذا القانون لقانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ وقانون المصارف رقم(٩٤)لسنة ٢٠٠٤وقانون مكافحة غسل الاموال رقم(٩٣)لسنة ٢٠٠٤ النافذ وقانون الشركات رقم(٢١) لسنة ١٩٩٧ وقانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ والمعايير الدولية المحاسبية والشرعية ومعايير المحاسبة الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية في كل ما لم يرد في شأنه نص في هذا القانون)) .

عقد الوكالة بالاستثمار ويقيدون تلك المصارف ببعض الشروط كأن تستثمرها في مشروع معين، او لغرض معين او بكيفية معينة)) . وقد جاء تعريف حسابات الاستثمار المقيدة في البند ٢ / ١ / ٢ من المعيار الشرعي رقم (٤٠) المتعلق بتوزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على اساس المضاربة بأنها : ((هي المبالغ التي يفوض أصحابها المؤسسة باستثمارها على اساس المضاربة المقيدة بمشروع محدد، أو برنامج استثماري معين وتشترك المؤسسة وصاحب هذا الحساب في الارباح - إن وجد - حسب النسبة التي تحدد لكل منهما في عقد المضاربة او طلب فتح الحساب الموافق عليه من المؤسسة، ويتحمل صاحب كل حساب الخسارة بنسبة حصته في رأس المال التي تخص حسابة الا ما نتج عن التعدي او التقصيراو مخالفة الشروط فتتحملها المؤسسة)). ولنا عودة لتناول حسابات الاستثمار المطلقة والمقيدة عند تبيان الشروط المقترنة بالاتفاق على استثمار الوديعة فنحيل إلى ما سيأتي بيانه عنها في المبحث الثاني من هذا الفصل .

ولما كان استثمار الوديعة في هذه الحسابات يرتبط بالمدة التي يستبقيها المودع لدى المصرف الذي يؤدي دوراً في تحديد اوجه النشاط الاستثماري الذي توظف فيه ومقدارالربح المتوقع تحقيقه الذي يتناسب عادةً بصورة طردية مع مدة استبقاء الوديعة لدى المصرف، لذا كان لزاماً على الطرفين أن يتفقا على الحد الادنى لمبلغ الوديعة والمدة التي يرخص فيها للمصرف استثمارها (مدة الايداع) [١] . وينهض في هذا السياق صنفان من الودائع هي : الوديعة بأجل والوديعة بشرط الاخطار، وعلى النحو الآتي : -

١ – **الوديعة بأجل (الوديعة الثابتة) :** هي تلك التي يستبقيها الزبون لدى المصرف لمدة محددة من الزمن من دون أن يكون له الحق في سحبها خلال تلك المدة [٢] إلا بعد مضي مدة ستة أشهر أو سنة أو سنتين [٣] بحسب طبيعة الضوابط التي يعتمدها كل مصرف .

وتؤدي المصارف الاسلامية للمودع نسبة أرباح معينة مقابل استثمارها لتلك الودائع نتيجة بقائها مدة أطول من باقي الودائع الاخرى، وهو ما يتيح لها الوقت الكافي لتوظيفها في مشاريع مربحة وجائزة شرعاً. ومتى ما قام المودع بسحب جزء من الوديعة فلا

---

[١] - ورد في البندين (١ و ٢) من تعليمات الودائع الاستثمارية الصادرة عن مصرف النهرين الاسلامي المرقمة (٣٢) لسنة ٢٠١٩ شرط أن لا تقل مدة الايداع عن ستة اشهر في هذا الصنف من الودائع ولا يقل مبلغ الوديعة عن ثلاثة ملايين دينار . بينما لا يجيز ملحق عقد الودائع الاستثمارية المعد من المصرف الدولي الاسلامي العراقي ان يقل مبلغ الوديعة عن عشرة ملايين دينار عراقي أو مبلغ عشرة آلاف دولار امريكي .

[٢] - د . خليل محمد حسن الشماع ، ادارة المصارف ، مطبعة جامعة بغداد ، ط ٣ ، ١٩٧٩ ، ص ٣٠٨ . ينظر د . زكريا محمد الفالح ، السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر للنشر، عمان ، ط ١ ، ١٩٨٤ ، ص ٤٢٦ .

[٣] - د . شروق عباس السعدي ، عقد الايداع ، اطروحة قدمت الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهرين وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، ٢٠٠٥ ، ص ٩٠ . وقد حددت التعليمات الادارية الصادرة عن مصرف النهرين الاسلامي المرقمة (٣٢) لسنة ٢٠١٩ (ودائع الاستثمار) في الفقرة (١) منها : ((ان لا يقل مدة الايداع عن (ستة اشهر))) .

يدخل هذا الجزء في حساب الارباح المتحققة لها ككل [١] ابتداءً من بداية الشهر الذي يجري السحب من الحساب [٢].

٢ – الوديعة بإخطار (الوديعة باشعار) : وهي الوديعة التي تكون لمدة غير محددة، بيد أن يتفق فيها على التزام المصرف بردها كلاً أو جزءاً، بعد انقضاء مدة معينة من تاريخ تلقي المصرف إخطاراً بالرد من المودع[٣]. ويوافرهذا النوع من الودائع للمصرف المدة المناسبة لأستثمار الوديعة المذكورة لأن المودع يلزم باشعار المصرف قبل القيام بعملية السحب وبعد مضي مدة معينة من توجيهه عادة ما تكون تسعين يوماً قبل قيامه بسحب الوديعة وهو ما يتيح للمصرف تدبرالمال الكافي للرد وتنظيم وضعه الاستثماري في ضوء هذا المستجد [٤].

ثانياً : وديعة التوفير (الوديعة الادخارية) : وهي الوديعة التي يتاح للمودع فيها سحبها كلاً أو جزءاً متى شاء، لذا تعرف هذه الوديعة بالوديعة المتحركة، التي تشبِّه الى حد ما بالوديعة الثابتة التي تمنح عنها البنوك التقليدية فوائد[٥]. وتقوم المصارف الاسلامية بتجزئة اقيام ودائع التوفير إلى جزئين: يخصص الاول لمواجهة طلبات السحب المتوقعة من المودعين[٦]، فيما يخصص الجزء الثاني من الوديعة للأنشطة الاستثمارية المتوافقة مع أحكام الشريعة الاسلامية[٧] اخذاً بالحسبان أن أصحابها لا يلجأون إلى سحبها في وقت واحد وإنما في أوقات متفاوتة وهو ما يهيىء الفرصة للمصرف لاستثمار جزء من الوديعة [٨]. ولا يجوز للمودع سحب الوديعة من خلال صك وانما يتعين عليه أن يطلب ذلك من المصرف بصفة شخصية أو بوساطة وكيل عنه، لأن وديعة التوفير عملية

---

[١] - د . حربي محمد عريقات ، إدارة المصارف الاسلامية ، دار وائل للنشر ، ط ١ ، ٢٠١٠ ، ص ١٣٥ . ينظر د . لطيف جبر كوماني ، القانون التجاري ، دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر ، ط ١ ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٩١ .

[٢] - د . فائق محمود الشماع ، الحساب المصرفي : دراسة قانونية مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط ١ ، اصدار ثاني ، الاردن ، ٢٠٠٩ ، ص ١٩٦ .

[٣] - د . عبد الرزاق الهيتي ، المصارف الاسلامية بين النظرية والتطبيق ، دار اسامة للنشر، الاردن ، ط ١ ، ١٩٩٨ ، ص ٢٧٣ .

[٤] - د . محمود حسين الوادي ، الاقتصاد الاسلامي ، دار الميسرة للنشر ، عمان – الاردن ، ط ١ ، ٢٠١٠ ،ص ٢٠٧. وينظر د . لطيف جبر كوماني ، مرجع سابق ، ص ٢٩٠ . ينظر كذلك اسامة رشيد كريم كردي ، وسائل الاستثمار وتوزيع الارباح والخسائر في البنوك الاسلامية ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٣ ، ص ٣١ .

[٥] - اية الله العظمى السيد محمد باقر الصدر (قدس سره) ، البنك اللاربوي ، مركز الابحاث والدراسات التخصيصية للشهيد الصدر، ايران، ط ٢، ٢٠٠٨ م، ص ٣٦ . تنظر د . شروق عباس السعدي، عقد الايداع، مرجع سابق، ص ٩١ .

[٦] - د . عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي ، مرجع سابق ، ص ٢٦٩ .

[٧] - وان هذا ما نصت عليه احكام أنموذج فتح حساب توفير لمصرف جيهان الاستثماري الاسلامي في البند(اولاً) منه: ((نخول المصرف في استثمار المبالغ المودعة في هذا الحساب بالمجالات الشرعية المناسبة)) .

[٨] - د. زكريا محمد الفالح، السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص ٤٢٩.

ادخارية شخصية وليست حساباً جارياً [١]. ويلجأ إلى فتح هذه الحسابات صغارالمدخرين ممن لا يكون باستطاعتهم المشاركة بمفردهم في المشاريع الكبيرة [٢].

وتنقسم الودائع الادخارية بدورها إلى صنفين: الصنف الاول، وفيه لا يفوض صاحبها للمصرف صراحةً أن يستثمر وديعته فلا ينتج عنها ربح ويكون المصرف ضامناً للوديعة شأنه في ذلك شأن المصرف الربوي. وفي الصنف الثاني يفوض المودع المصرف صراحةً بأن يستثمر وديعته وهنا تنقلب الوديعة الادخارية إلى وديعة استثمارية يحكمها عقد المضاربة. ومن حق المودع السحب منها بعد استحصال موافقة إدارة المصرف في ذلك، وتكون نسبة الربح الذي يحصل عليه الزبون دائما متناسبة مع مبلغ الوديعة ومدة استثمارها [٣]، وتكون يد المصرف في الصنف الثاني من الودائع يد أمانة فلا يضمن الا بتعديه أو تقصيره أو مخالفته لشروط الاتفاق [٤].

المطلب الثاني: الاتفاق على الاستثمار اللاحق لابرام عقد الوديعة

قد لا يتضمن عقد الوديعة شرطاً يجيز استثمارها وقت ابرامه على نحو ما يعرف بالوديعة تحت الطلب[٥]، بيد أنه قد يصار بعد برهة من الزمن إلى الاتفاق لاحقاً على استثمارالوديعة[٦] بناءً على اقتراح من أحد الطرفين. ويلجأ إلى هذه الوديعة في الاحوال التي لا يكون المودع فيها راغباً في استثمار وديعته، وإنما لأغراض حفظها من مخاطر السرقة والضياع والتلف ويلجأ اليها صغارالمودعين ممن يحتاجون إلى سحب ودائعهم كلاً أو جزءاً لتغطية التزاماتهم المالية خلال مدة محدودة [٧] لذا تكون مستحقة الرد عند الطلب، وتعد هذه الودائع الجزء الاكبرمن مصادرأموال البنوك [٨].

---

[١] - ويرى د. علي جمال الدين عوض، في البند (٧٩) من كتابه عمليات البنوك من الوجهة القانونية على ((.... ولا يجوز للمودع التصرف في الوديعة بالشيك، بل إن التصرف يكون بان يتقدم هو بالدفتر شخصياً او بواسطة وكيل عنه ليسحب من الوديعة)) . دار النهضة العربية ، المطبعة العالمية ، دون طبعة ١٩٦٩ ، ص ٧١ .
ولعل السبب في منع استعمال الاوراق التجارية اداة لسحب الوديعة الى انها لا تخرج عن كونها عملية ادخارية شخصية يعتمد السحب من الوديعة على حضور المودع شخصياً .

[٢] - حسين علاء حسين فاضل ، آليات التمويل في المصارف الاسلامية ودورها في تنشيط الاقتصاد العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد في جامعة بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ٢١ .

[٣] - د . أحمد سفر ، مرجع سابق ، ص ٥٦ .

[٤] - ينظر البند (٢ / ٢) من المعيار الشرعي المرقم (٤٠) (توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على اساس المضاربة) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ٢٠١٧ .

[٥] - حري بالاشارة ان الودائع تحت الطلب لا تحرم المصرف من فرصة استثمارها ، إذ يلجأ الى تقسيم مبلغ الوديعة إلى ثلاثة اقسام : القسم الاول ، لتلبية طلبات المودعين ، والقسم الثاني ، يوظف لدى المصرف ، أما القسم الثالث، فيقدمه المصرف كقروض حسنة للمودعين تشجيعاً لهم على ابرام هذا النمط من الودائع وللترويج لأعمال المصرف. ينظر د . صادق راشد الشمري ، اساسيات الصناعة المصرفية الاسلامية ، مطبعة العزة ، بغداد – العراق ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٣ .

[٦] - اية الله العظمى السيد محمد باقر الصدر ، مرجع سابق ، ص ٣٦ . كما نص على ذلك البند (٢) من التعليمات الادارية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٦ (تعليمات ايداع وديعة تحت الطلب) على انه : ((.....يحق للزبون ايضاً بعد مدة (٣) اشهر تحويل الوديعة الى وديعة استثمارية .....)) .

[٧] - د . محمود حسين الوادي ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ .

[٨] - د. محمد محمود العجلوني، البنوك الاسلامية، دار الميسرة للنشر، عمان– الاردن، ط ١، ٢٠٠٨ ، ص ١٨٣.

وعادةً ما يقترح المصرف على عميله استثمار ودائعه في حالة حاجته إلى السيولة النقدية. كما أن بعض المصارف الاسلامية قد تمنح أصحاب الودائع تحت الطلب امكانية تحويل نوع الوديعة إلى وديعة استثمارية [١] تستثمر وفقاً لقاعدة الغنم بالغرم وذلك بمقتضى شرط في عقد الوديعة طبقاً لمدد معينة يتفق عليها الطرفان أو بصورة تلقائية، كما يصح الرجوع الى عقد الوديعة تحت الطلب بناءً على طلب المودع .

ومتى ما حصلت الموافقة على هذا العرض وجب على الطرفين ابرام اتفاق لاحق اشارت إليه الفقرة الثانية عشر من المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية العراقي المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ بنصها على أنه للمصرف ((التصرف باموال المودعين بعد الرجوع إلى اصحابها أو حسبما متفق عليه عند الايداع)). واستحصال موافقة المودع على استثمار وديعته ينسجم مع حكم القواعد العامة في القانون المدني التي أشارت صراحة إلى لزوم استحصال إذن صاحب الوديعة قبل استعمالها والانتفاع بها[٢] .

وان كان النص المتقدم يثير ملاحظتين: -

الملاحظة الاولى : هو إن المشرع العراقي قد استعمل تعبير ((الرجوع)) وكان يحسن به استعمال تعبير ((استحصال)) لأن الاول انما هو تعبير يتصل بالطبيعة المادية لفعل الرجوع، بينما التعبير الثاني هو تعبير قانوني يجسد قبول الزبون للعرض الذي تقدم به المصرف لاستغلال ماله في التجارة.

الملاحظة الثانية: إن النص المتقدم يفترض أن المصرف الاسلامي وحده من يملك الحق في عرض استثمار الوديعة، في حين من المتصور أن يعرض المودع نفسه على المصرف استثمار وديعته.

ومما تقدم نخلص الى لزوم تعديل النص المتقدم في ضوء الملاحظات آنفة الذكر.

ويشترط لصحة انعقاد الاتفاق على الاستثمار اللاحق لأبرام عقد الوديعة النقدية أن تتوافر فيه أركان العقد من التراضي والمحل والسبب والقبض .

اولاً : التراضي:-

يشترط في التراضي ما يشترط في سائر العقود من لزوم صدوره عن ذي أهلية لكي يعتد به ارادة منتجة لأثاره [٣] . ومن نافلة القول أن نشيرإلى أنه يشترط لصحة التراضي

---

[١] - نصت الفقرة الثانية من تعليمات ايداع وديعة تحت الطلب لمصرف النهرين الاسلامي رقم (١٥) لسنة ٢٠١٦ على أنه : ((يجوز للزبون زيادة مبلغ وديعته وتسجيل حركة الايداع في دفتره وفي الحاسبة ويحق له ايضاً بعد مدة (٣) اشهر تحويل الوديعة الى وديعة استثمارية وتحتسب الارباح والخسائر لها وعليها اعتباراً من بداية الشهر الذي يلي تقديم الطلب وفي هذه الحالة على الزبون تسليم دفتره واستلام دفتر الودائع الاستثمارية بدلأعنه مع تحمله كلفة الدفتر الجديد)).

[٢] - تنظر الفقرتان (١ ، ٢) من المادة (٩٥٦) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

[٣] - د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، مطبعة نهضة مصر ، ط ٣ الجديدة ، ٢٠١١ ، بند (٦٩)، ص ١٧٠ وبند (١٣٤) ، ص ٢٤٦ . وينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، دار الكتب العلمية ، لبنان، ط ١ ، ٢٠٠٩ ، ص ١٩٦. ينظر القاضي موفق حميد البياتي، الموجز المبسط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام، القسم الاول ، مكتبة زين الحقوقية للطباعة والنشر ،

خلو إرادة الطرفين من عوارض الاهلية وعيوب الارادة كالاكراه، والغلط ، والاستغلال، والتغرير مع الغبن، فضلاً عما يتطلبه التعامل المصرفي من استيفاء اجراءات معينة لغرض إبرام الاتفاق [١] . ولا نرى من مبرر للخوض في هذه المسائل التي تناولها الفقه بقدر من التفصيل، فنكتفي هنا بالاشارة والاحالة لما تناوله القانون والفقه من شروح بهذا الخصوص [٢] .

وقد يقوم المصرف باجراء تعديلات على أنظمته المتعلقة بالودائع. وعليه في هذه الحالة اخطار المودع بهذه التعديلات، فإن لم يعترض المودع على تلك التعديلات خلال مدة معينة اعتبر راضياً بها [٣]، وله بالمقابل أن يرفض الاستمرار بالتعامل مع المصرف المعني وفقاً للتعديلات التي طرأت على النظام الجديد وغلق الحساب .

وينبغي أن يعبر الطرفان صراحةً عن إرادتهما باستثمار الوديعة النقدية، ويستخلص من استقرار نصوص التشريعات العراقية ذات الصلة بأن مجرد قيام المودع بايداع ماله لدى المصرف الاسلامي لا يعني بالضرورة أنه يودعها لغرض الاستثمار وانما قد يستهدف في ذلك حفظ ماله من السرقة أو الضياع أو التلف . واذا ما رغب المودع باستثمار وديعته فعليه أن يفصح عن رغبته في ذلك صراحةً. وهذا ما اكدته الفقرة الحادية عشرمن المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ وهي بصدد تناولها لما يرخص القانون للمصرف القيام به من أنشطة ومن ضمنها ((استثمار الودائع بموجب عقد وكالة مقابل أجر محدد...)). والوكالة لا تفترض وانما يجب أن تتجه إرادة الطرفين إلى تخويل أحدهما للاخر القيام بعمل معين. كما يقضي نص الفقرة (الثانية عشر) من المادة نفسها بأن للمصرف الاسلامي ((التصرف باموال

لبنان ، ط ١ ، ٢٠١٧ ، ص ٧٤ . وينظر د . احمد سلمان السعداوي و د . جواد كاظم سميسم ، مصادر الالتزام : دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ط ٢ ، ٢٠١٧ ، ص ٨٨ .

[١] - ويبرم عقد الوديعة الاستثمارية عادةً بموجب طلب يقدمه المودع بمقتضى استمارة معدة لهذا الغرض تتضمن بيانات معينة تتضمن الاشارة إلى اسم الزبون ، والعنوان ، والجنسية ، والمهنة ، والعمر . وما اذا كان الحساب شخصياً أو مشتركاً وكونه يعود لشخص طبيعي أو معنوي، ومبلغ الوديعة ومدة استثمارها وأي شروط اخرى ذات صلة، ولعل من اهمها ان يخول ((الزبون المصرف زج وديعته في نشاطاته المختلفة ويتحمل بالمشاركة معه الربح والخسارة حسب ما يتحقق لنشاط المصرف ومن دون اي نسبة تتحدد مسبقاً قبل او اثناء ايداع المبلغ)).

ينظر في هذا الخصوص ميشال بيار الشرتوني ، الوجيز في الدراسات المصرفية والتجارية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس– لبنان، ط ١، ٢٠١٠، ص ٢٣٦. وتنظر استمارة طلب ايداع وديعة استثمارية صادرة عن مصرف النهرين الاسلامي المرفقة في ملاحق هذه الرسالة.

[٢] - للتفصيل ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، بند (١٦١) ، ص ٢٨٧ . شامل رشيد ياسين الشيخلي ، عوارض الاهلية بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، مطبعة العاني ، ط ١ ، ١٩٧٤ ، ص ٢٠٣ .

[٣] - د. علي جمال الدين عوض ، مرجع سابق ، ص ٣٠ . ينظر مأمون علي عبده الشرعبي ، النظام القانوني للوديعة النقدية المصرفية : دراسة مقارنة ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، ط ١ ، القاهرة ، ٢٠١٩ ، ص ١٢٤ . كما ورد ذلك في البند (٩ / ٥) من اتفاقية (خدمات مصرفية) لمصرف المستشار الاسلامي على أنه : ((يحق للمصرف تعديل اتفاقية الخدمات المصرفية بما في ذلك شروط الحساب ، والرسوم ، والمصاريف . على ان يتم اعلان اي من هذه التعديلات ....)) .

المودعين بعد الرجوع الى اصحابها او حسبما متفق عليه عند الايداع)) [١]. ويعني النص المتقدم ان التصرف باموال المودعين إنما هو مقيد بالرجوع إليهم والوقوف على ارادتهم صراحةً وحسبما متفق عليه في عقد الوديعة أو في اتفاق لاحق. وبالمثل، تنص الفقرة (اولاً) من المادة الثامنة من قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ على أن للمصرف المذكور: ((القيام بأعمال التمويل والاستثمار في مختلف المشاريع والانشطة من خلال التمويل بالمشاركة والمضاربة وبيع المرابحة وغيرها من الصيغ والخدمات التي لا تخالف أحكام الشريعة الاسلامية)) .

ويستخلص من دراسة النصوص المتقدمة أن توظيف الاموال المودعة من ارابها يجب أن يكون بناءً على إرادة صريحة تصدر من المودعين. والواقع من الامر إن اشتراط الموافقة الصريحة من المودع لأستغلال أمواله المودعة لدى المصرف الاسلامي بضروب الاستثمار شتى، يرجع إلى أن الاستثمار ينطوي على مخاطر جسيمة، منها احتمال تعرض المضاربة إلى خسارة لذا وجب استحصال موافقتهم الصريحة ولا سيما أن قواعد العمل المصرفي الاسلامي تقوم على مبدأ توظيف الاموال طبقاً لقاعدة ((الغنم بالغرم)) [٢]. ولا يباح الكسب المشروع إلا إذا كان ذلك في نظير تحمل رب المال الخسارة [٣]. وعلى أي حال فان التشريعات ذات الصلة [٤] لم تتطلب في هذه الارادة الصريحة أن تفرغ في شكلية معينة كالكتابة، لذا نرى أنه كان يحسن بالمشرع أن يلزم المصرف الاسلامي بتنظيم اتفاق مكتوب بصدد جميع صور الودائع الاستثمارية حماية للمودع وتمكيناً له من الاطلاع على بنود الاتفاق وما يقدمه من مزايا وما يفرضه من التزامات وتيسيراً لاثبات شروطه أمام القضاء عند الاقتضاء، ولما يتطلبه الاستثمار من الاتفاق على بعض الامور التفصيلية التي يحسن أن لا تترك لأنظمة المصرف أو قد يتعذر اثباتها من قبل المودع .

ثانياً: المحل: محل العقد ينصب على المال الذي يرخص المودع المصرف الاسلامي باستثماره. ولم يتعرض قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ بالتفصيل

---

[١] - بيد أن ما يؤخذ على النص المتقدم إنه قد استعمل تعبير ((التصرف)) بالمال المودع وقد كان يستحسن بالمشرع استعمال تعبير ((الاستثمار)) الذي يعد أكثر دلالة على المقصود من توظيف الوديعة ، ذلك ان مطلق تعبير التصرف قد ينصرف الى التعامل بالوديعة بأي طريقة اخرى غير استثمارها .

[٢] - تعد قاعدة ((الغرم بالغنم)) من القواعد الفقهية الاسلامية الشهيرة وقد كانت مجلة الاحكام العدلية قد نصت عليها في المادة (٨٧) منها وتعني : إن من ينال شيئاً يتحمل ضرره . وتعني هذه القاعدة ايضاً أن المستفيد من منفعة شيء هو اولى من غيره بتحمل خسارة ذلك الشيء عملاً بمبدأ العدل في المعاملات الذي قررته الشريعة الاسلامية . ينظر د . محمد عثمان شبير ،القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الاسلامية ، دار النفائس للنشر والتوزيع ،الاردن، ط ٢، ٢٠٠٧ ، ص ٢١٦ وقد كرست القاعدة المذكورة الفقرة (ثانيا) من المادة الثانية عشر من قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ .

[٣] - د .عائشة الشرقاوي المالقي ، البنوك الاسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق ، نشر المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، ط ١ ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٥٦ .

[٤] - كقانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ وقانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ وقانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ وضوابط ادوات التمويل الاسلامي لعام ٢٠١٨ وضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية لعام ٢٠١٨ .

لأحكام استثمار الودائع النقدية تاركاً حكم هذه المسألة لما تناوله الفقه الاسلامي من أحكام بهذا الصدد، لا سيما تلك التي تتعلق بعقد المضاربة، بوصفها الصيغة المتبعة في المصارف الاسلامية في استثمار أموال المودعين، وهو ما يفرض أعمال أحكام المضاربة المقررة في الفقه الاسلامي على الاتفاق على الاستثمار وتقتضي الاحاطة بمحل الاتفاق تناول مفهوم استثمار الوديعة وموضوعه وعلى النحو الاتي : -

١ – الاستثمار : -

الاستثمار هو التعبير الذي استعمله قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ لوصف طبيعة العمل الذي يضطلع به المصرف الاسلامي بغية تحقيق ربح، وذلك في الفقرة (١١) من المادة (٥) منه التي تنص على: ((استثمار الودائع بموجب عقد وكالة مقابل اجرمحدد فقط او اخذ اجرمحدد زائداً حصة من الربح المتحقق عن عملية الاستثمارفي حال زيادته عن حد معين يذكرفي العقد مسبقاً)). وقد استعملت الفقرة (٢) من المادة (٨) من قانون مصرف النهرين الاسلامي التعبير نفسه. بينما استقر الفقه الاسلامي على اطلاق تعبير المضاربة او القراض على الانشطة التجارية التي يضطلع بها المضارب تنفيذاً لعقد المضاربة، وقد يطلق لفظ (تثمير) على الاستثمار ويراد به معنى تنمية المال وتكثيره بسائر الطرائق المشروعة [١] .

والاستثمار لغة: ((مصدر الفعل (استثمر) الدال على الطلب وهو المشتق من الثمر، فالثمر معروف يقال ثمرة، وثمرة و تمر وثمار و ثُمر، ويقال في الدعاء: ((ثمر الله ماله)) اي نماه، واثمر الشيء: اذا أتى بنتيجته، والثميرة اللبن حين يُثمرُ فيصير مثل الجمار الابيض))[٢]. ويرى بعض من الفقهاء المحدثين أن الاستثمارهو العمل لنماء المال وزيادته بكل الوسائل المشروعة في الاسلام بواسطة الفرد أو الجماعة أو كلاهما [٣] .

ويعني الاستثمار اصطلاحاً بمعناه الواسع الذي تبنته الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية [٤] بأنه ((توظيف النقود لأي أجل، في أصل أو حق ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها المحافظة على المال أو تنميته، سواء بارباح مادية، أو بزيادات الاموال في نهاية المدة، أو بمنافع غير مادية)) .

وقد اختلف شراح القانون في وضع تعريف جامع مانع للاستثمار، فذهب بعض منهم إلى أن الاستثمار يعني ((استخدام للاموال، سواء في اقامة مشروعات جديدة، او في

---

[١] - د. عبد الرحمن بن عبد العزيز النفيسة ، صناديق الاستثمار الضوابط الشرعية والاحكام النظامية : دراسة تطبيقية مقارنة ، دار النفائس ، الاردن ، ط ١ ، ٢٠١٢ ، ص ٥٦ . ينظر ايضا د . عمر مصطفى جبر اسماعيل ، ضمانات الاستثمار في الفقه الاسلامي وتطبيقاتها المعاصرة ، دار النفائس ، ط ١ ، ٢٠١٠ ، ص ٢١ .

[٢] - العلامة ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الرابع ، دار صادر ، دار بيروت للطباعة والنشر ، ١٩٥٥ ، ص ١٠٦ وما بعدها . وينظر معجم مقاييس اللغة ، ط ١ ، ج ١ ، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة

[٣] - د. أميرة فتحي محمد عوض ، عقود الاستثمار المصرفية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط ١ ، ٢٠١٠ م ، ص ٤٥ وما بعدها .

[٤] - الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية ((الاستثمار)) ج ٦ ، الكويت ، ١٩٨٢ ، ص ٧٩ .

منشأت قائمة بالفعل، بما يدر عائداً او فائدة اضافية لها، او يزيد مقدرتها على الاستمرار في الانتاج، ومن ثم تحقيق معدل العائد المطلوب على الاموال المستثمرة)) [١] .

ويلاحظ بأن الفقهاء المسلمين لم يستعملوا لفظ استثمار،وانما استعاضوا عنه بتعابيراخرى كالاستمناء كما يرى السرخسي [٢] والكاساني [٣]. اما الرحيباني فقد استعمل تعبير التنمية، بمعنى نماء المال المملوك بشكل مطلق من خلال الوسائل المشروعة كالمضاربة والمرابحة وما إلى ذلك من أوجه الاستثمار الشرعي للمال [٤]. كما استعمل جمهور فقهاء المسلمين تعبير المضاربة لوصف النشاط الذي يقوم به المضارب. وتعني المضاربة لغة : ((... القراض كان في الجاهلية فأقره الرسول (ص)، وهو: اعطاء المال لمن يتجر به ، بجزء مسمى من الربح))[٥]. وتعني المضاربة أيضاً ((المضاربة على وزن مفاعلة، مشتقة من الفعل ضرب))، وتأتي بمعنى الكسب والمشتقة في الضرب في الارض[٦] وأهل العراق يسمونها مضاربة لكن أهل الحجاز يسمونها مقارضة [٧]. وتعني المضاربة عند رأي بعض من الفقه ((دفع المال إلى من يتجر فيه بجزء من ربحه))[٨]. وقد تسمى المضاربة أيضاً (معاملة)، بمعنى أن يدفع أحد الطرفين نقداً إلى الاخر ليتجر فيه بموجب عقد بينهما وبموجبه يتفقان على الربح بينهما[٩]. ولا يلزم في المعاملة اشتراط الاجل، والربح يشترط فيه أن يكون مشتركاً وإن حدث اختلاف في قدر رأس المال فالقول للعامل مع يمينه [١٠] .

---

[١] - طه خالد اسماعيل ، النظام القانوني لعقود الاستثمار وآليات فض منازعاتها : دراسة مقارنة ، مكتبة زين الحقوقية ، لبنان ، ط ١ ، ٢٠١٩ ، ص ١٩ . وينظر د . قطب مصطفى سانو ، الاستثمار واحكامه وضوابطه في الفقه الاسلامي ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، ط ١ ، ٢٠٠٠ ، ص ١٥ وما بعدها .

[٢] - وذكر شمس الدين السرخسي ، من كتابه المبسوط على ((.... فقال ذلك من المضاربة فهو جائز والوضيعة على رب المال والربح على ما اشترطا لانه من صنيع التجار يقصدون به استمناء المال ....)) . دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، ج ٢٢ ، ص ٧٣ .

[٣] - وذكر علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، من كتابه بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع على انه ((.... ولا يقع الاختلاط إلا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لأنها وضعت لأستثماء المال بالتجارة ...)) . دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٨٦ ، ط ٢ ، ج ٦ ، ص ٥٨ .

[٤] - د . أميرة فتحي عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٤٧ .

[٥] - معجم فقه ابن حزم الظاهري،المجلد الاول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان ، بلا سنة، ص ٩٤٦ .

[٦] - د.عبد المطلب عبد الرزاق ، المضاربة كما تجريها المصارف الاسلامية و تطبيقاتها المعاصرة ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ٨ .

[٧] - د . زكريا محمد الفالح ، مرجع سابق ، ص ١٦٢ .

[٨] - د . أشرف محمد دوابه ، صناديق الاستثمار في البنوك الاسلامية ، دار السلام للطباعة والنشر ، القاهرة – مصر ، ط ٢ ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٣٥ .

[٩] - السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثالث ، السلم والحرب – المعاملات ، دار الفكر للنشر والطباعة والتوزيع ، لبنان ، ط ١ ، ١٩٧٧ ، ص ٢١٢ .

[١٠] - الشيخ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، المختصر النافع في فقه الامامية ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ، ١٩٦٤ ، ص ١٧٤ وما بعدها .

ويراد بالمضاربة أيضاً ((عقد شركة في الربح بين اثنين او اكثر : يقدم احدهما مالاً، ويسمى صاحب او رب المال. ويقدم الاخر عملاً، ويسمى العامل او المضارب)) [١]. وقد استعمل الامام النووي تعبيري المضاربة والقراض اللذين يؤديان إلى معنى واحد، وهو أن يدفع صاحب المال مالاً ليتجر فيه ويكون الربح مشتركاً [٢].

ونستخلص استقراء المفاهيم المذكورة سالفاً، أن لا فروق جوهرية كثيرة تنهض ما بين تعبيري الاستثمار والمضاربة، اللذين يعنيان بايجاز السعي الى تحقيق ربح من خلال توظيف المصرف الاسلامي لأمواله وأموال المودعين لديه، وخبرته وسمعته التجارية طبقاً لمبادىء الشريعة الاسلامية وبما لا يتعارض مع أحكام القانون، بيد أن للاستثمارمعنى أوسع من المضاربة لأن فيه يجري توظيف أموال الشخص أو أموال الغير أو كليهما في مطلق الانشطة التجارية بغية تحقيق الربح، بخلاف المضاربة التي لا تقوم في الفقه الاسلامي إلا على أساس توظيف أموال الشخص المتعاقد بأنشطة جائزة شرعاً. كما ان المضاربة يغلب أن تنعقد لأجل قصير خلافاً للاستثمار في المصرف الاسلامي الذي قد يمتد لسنوات طويلة [٣].

ويستخلص من سكوت التشريعات المذكورة عن بيان ماهية العمل التجاري الذي ينبغي على المصرف الاسلامي الاضطلاع به، أنها ابتغت الاحالة إلى المبادىء العامة التي استقرعليها الفقه الاسلامي في مجال عقد المضاربة، ما لم يتضمن اتفاق الطرفين شروطاً تنطوي عن الخروج عن هذه المبادىء. وقد استقر الفقه الاسلامي على ايراد شروط يختص بها العمل الذي ينبغي أن يتعاطاه المضارب وهو أن يكون تجارة. وقد قيد الشافعية والامامية نطاق العمل في المضاربة على البيع والشراء لا غيرهما على أساس ان المضاربة استئجارعلى عمل بأجر والمضاربة رخصة شرعت على
خلاف قياس الاجارة ويصح الاستئجارعلى البيع والشراء كونهما أعمالاً لا ينضبط قدرهما فيكونان بحاجة إلى العقد، بخلاف العمل الزراعي والحرفي الذين يمكن الاستغناء فيهما عن المضاربة لأنها من الاعمال المنضبطة التي لا يمكن الاستئجار عليها [٤].

---

[١] - عز الدين محمد خوجة ، مراجعة الدكتور عبد الستار ابو غدة ، المضاربة الشرعية ، فقه المعاملات ، مجموعة دلة البركة ادارة التطوير والبحوث ، جدة ، ط ١ ، ١٩٩٣ ، ص ١٣ .

[٢] - الامام أبو زكريا محيي الدين النووي ، المجموع شرح المذهب ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، لبنان ، الجزء الرابع عشر ، دون سنة ، ص ٣٥٨ .

[٣] - د . حسني علي خريوش ، د . عبد المعطي رضا ارشيد ، د . محفوظ أحمد جوده ، الاستثمار والتمويل بين النظرية والتطبيق ، دار زهران للنشر والتوزيع ، الاردن ، ط ١ ، ٢٠١١ ، ص ٢٨ وما بعدها .

[٤] - يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، المكتب الاسلامي ، بيروت – دمشق – عمان ، الجزء الخامس ، ١٩٩١ ، ط ٣ ، ص ١٢٠ . ينظر زكريا بن محمد بن زكريا الانصاري – شهاب احمد الرملي – محمد بن احمد الشوبري ، اسني المطالب شرح روض الطالب ، المطبعة الميمنية ، الجزء الثاني ، ١٣١٣ ، ص ٣٨٢ .

بينما يذهب الحنفية والحنابلة إلى أن المضاربة عمل يصح أن يستغل في كل ما ينمي المال للحصول على الربح، من دون أن يقصر ذلك على البيع والشراء [١].

حري بالبيان أن موقف التشريعات العراقية المنظمة للعمل المصرفي الاسلامي بخصوص هذه المسألة قد جاء متوافقاً مع رأي المذهب الحنفي والحنبلي من وجهة أنها قد أوردت تعداداً للاعمال التجارية التي يرخص للمصرف الاسلامي تعاطيها [٢] والقيد الوحيد الذي اورده هذان القانونان على الاعمال التجارية التي يجوز للمصرف الاسلامي تعاطيها هو أن تكون متفقة مع احكام الشريعة الاسلامية [٣]. بأن لا تتضمن تقاضي ربا أخذاً أوعطاءً [٤] وأن يجري توزيع ارباح النشاط الاستثماري بين الطرفين اخذاً بقاعدة الغنم بالغرم [٥].

٢ – موضوع الاستثمار (النقد) : -

ينصب استثمار المصرف الاسلامي على الودائع النقدية التي رخص له المودع توظيفها في الأوجه الجائزة [٦] شرعاً. وقد تناولت الفقرة (١) من ضوابط ادوات التمويل الاسلامي الصادرة عن البنك المركزي العراقي لعام ٢٠١٨ الشروط المتعلقة برأس مال المضاربة نوجزها بالاتي : -

أ – الاصل في رأس مال المضاربة أن يكون نقداً سواء أكان بالدينار العراقي أم بأي عملة نقدية أجنبية يقبل المصرف التعامل بها طبقاً للتشريعات المصرفية ذات الصلة [٧]، ويجوز أن يتألف رأس مال المضاربة من العروض، وعلى هذا فان الودائع في المصارف الاسلامية تصح بنوعين من الودائع : الودائع النقدية والودائع العينية كالذهب والبضائع وبقية الاموال الاخرى. وقد ارتأينا أن نحصر هذه الدراسة بالودائع النقدية، من دون الودائع العينية لأعتبارعملي يتجلى في أنها الأكثر شيوعاً في الواقع المصرفي الاسلامي العراقي من الودائع غير النقدية .

ب – أن يكون رأس المال معلوماً علماً نافياً للجهالة من حيث الجنس والقدر، بغية تحديد القدر الزائد على رأس المال الذي يجسد الربح وبخلاف ذلك تكون المضاربة فاسدة، وقد

---

[١] - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، مرجع سابق ، ج ٦ ، ص ٨٧ وما بعدها . د . زكريا محمد الفالح ، مرجع سابق ، ص ٢٤٦ . وينظر عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة (الجزء الثالث)، دار الفكر ، بيروت – لبنان ، ١٩٨٨ ، ص ٤٥ .

[٢] - تنظر المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ . وتنظر المادة الثامنة من قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ .

[٣] - تنظر المادة الخامسة من قانون المصرف الاسلامي المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ . والمادة الثامنة من قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ .

[٤] - تنظر الفقرة (ثانياً) من المادة الاولى من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ ، وتنظر الفقرة (اولاً) من المادة السادسة من القانون المذكور .

[٥] - تنظر الفقرة (ثانياً) من المادة الثانية عشر من قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ .

[٦] - كما ينص على ذلك البند (١) من استمارة فتح حساب ادخار استثماري لمصرف جيهان الاستثماري الاسلامي على أنه: ((نخول المصرف في استثمار المبالغ المودعة في هذا الحساب بالمجالات الشرعية المناسبة)).

[٧] - تنظر الفقرة (٢١ / ١٥ / ٥) من (عقد خدمات مصرفية) المعد من مصرف المستشار الاسلامي العراقي .

أجمع الفقهاء المسلمون على وجوب معلومية رأس المال فلا يجوز أن يكون مجهولاً لأن ذلك يؤدي الى جهالة الربح [١] .

ج – لا يجوز أن يكون رأس المال ديناً لرب المال بذمة المضارب أوغيره ، وإلا عُدت المضاربة بالدين فاسدة، على أساس أن المال في يد من عليه دين، هو واجب الرد لدائنه ولا يصح للمدين أن يضارب به [٢]، فضلاً عن لزوم أن يسلم رأس المال للمضارب كله أو بعضه بلا نزاع ليتمكن من التصرف فيه والظاهرأن الضوابط المذكورة قد أخذت بما ذهب إليه الفقهاء من الحنفية [٣] والامامية [٤]، خلافاً لما ذهب إليه الشافعية الذين أجازوا المضاربة بالدين عند قبضه من رب المال [٥] والحنابلة الذين اجازوا المضاربة بالدين عند حلول موعده من دون أن يشترطوا القبض الفعلي [٦] .

د – يجب ان يكون رأس مال المضاربة كله أو بعضه بحوزة المضارب ليتمكن من التصرف فيه. وقد اجمع الفقهاء المسلمون [٧] على هذا الشرط ، فيما عدا الحنابلة الذين لا يشترطون هذا الشرط [٨]، ونرجح رأي جمهور فقهاء المسلمين من لزوم تسليم رأس المال إلى المضارب شرطاً لانعقاد العقد لكي يتمكن من التصرف فيه فيما يراهُ مناسباً.

أما فيما يخص شرط عمل رب المال مع المضارب في أعمال المضاربة فلم تُجزه المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية[٩].

ويتماشى الحكم المتقدم مع ما أجمع عليه الفقهاء من الشافعية والحنابلة والحنفية من عدم جواز اشتراط رب المال أن يعمل مع المضارب في أعمال المضاربة، لأن ذلك يحد

---

[١] - محمد الشربيني الخطيب ، الأقناع في حل الفاظ ابي شجاع ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٧، الجزء الثالث ، ص ١٩٠ . ينظر السيد علي بن السيد محمد علي الطباطبائي ، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، مؤسسة ال البيت (ع) لأحياء التراث ، الجزء التاسع ، ص ٣٤٩ .

[٢] - محمد الشربيني الخطيب، مرجع سابق، ص ١٩٠ وما بعدها. ينظر ايضاً السيد علي بن السيد محمد علي الطباطبائي، مرجع سابق ، ص ٣٦٢ .

[٣] - عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، ج ٣ ، قسم المعاملات ، مرجع سابق ، ص ٣٧ .

[٤] - السيد علي بن السيد محمد علي الطباطبائي ، مرجع سابق ، ص ٣٤٨ .

[٥] - شمس الدين محمد بن العباس احمد الشافعي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان، ٢٠٠٣ ، ط ٣ ، ج ٥ ، ص ٢٢٢ . ابراهيم فاضل يوسف الدبو ، عقد المضاربة بحث مقارن في الشريعة والقانون ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧٣، ص ٨٨ وما بعدها .

[٦] - موفق الدين عبد الله بن قدامة ، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٤ ، ط ١ ، ص ١٥٢ وما بعدها .

[٧] - شمس الدين احمد بن قودر ، نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار تكملت شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، الجزء الثامن ، ٢٠٠٣ ، ط ١ ، ص ٤٧٢ وما بعدها . ينظر علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ص ٢١ . ينظر ايضاً بدر الدين ابي الفضل محمد بن ابي بكر الشافعي ، بداية المحتاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة، ٢٠١١، المجلد الثاني، ط ١، ص ٣٦٨ .

[٨] - مصطفى السيوطي الرحيباني ، مطالب أولي النهى في غاية المنتهى، منشرورات المكتب الاسلامي ، دمشق، ج ٣ ، ص ٥١٧ . وينظر د . بلال الانصاري ، العقود المالية في الفقه الاسلامي : دراسة فقهية على المذاهب الاربعة ، المركز القومي للاصدارات ، القاهرة ، ط ١ ، ٢٠١٧ ، ص ٢٥٤ .

[٩] - ينظر البند (٩ / ٣) من المعيار الشرعي رقم (١٣) (المضاربة) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ٢٠١٧ .

من حرية المضارب ويُضيق عليه في العمل الاستثماري، خلافاً للامامية وبعض الحنابلة إذ اجازوا عمل رب المال مع المضارب في مجال المضاربة منطلقين في ذلك من أن رأس مال المضاربة لا يُشترط فيه التسليم ذلك ((إن العمل أحد ركني المضاربة، فجاز أن ينفرد به احدهما مع وجود الامرين من الاخر، كالمال)) [١] .

ونرى امكان تصور عمل رب المال مع المضارب في بعض الفروض لا سيما حينما يعمل رب المال (المودع) في الوقت عينه مديراً مفوضاً أو عضواً في مجلس ادارة المصرف أو موظفاً أو محاسباً فيه. إذ يعد هولاء ارباباً للمال من جهة ووكلاء عن المصرف في الوقت نفسه، والمعروف أن الوكيل كالاصيل. وعلى هذا فإن الاخذ باطلاق القاعدة المذكورة من شأنه أن يحرم هولاء من فرصة استثمار أموالهم في المصرف الذي يعملون فيه على ان لا يتعارض هذا الامر مع سياق العمل المصرفي .

د – ينبغي أن ينصب الاستثمار على توظيف الوديعة في الصيغ الجائزة شرعاً التي لا تتضمن التعامل بالفائدة أخذاً أو عطاءً أو التعامل بما حرم الله تعالى التعاطي به . وفي هذا السياق تحظر الفقرة (ثانياً) من المادة السادسة من قانون المصارف الاسلامية على المصرف ((الاستثمار أو تمويل أي سلعة أو مشروع لا تبيحه الشريعة الاسلامية)). ويندرج في ضمن طائلة التحريم تمويل مزرعة لتربية الخنازير أو مصنع لصنع المشروبات الكحولية أو ملهى ليلي وما شاكل ذلك من أنشطة مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية السمحاء. والنص المتقدم يوسع من نطاق ما لا يجوز التعامل به في القانون المدني الذي لا يجيز التعامل فيما لا يبيحه القانون أو يتعارض مع النظام العام والاداب فحسب [٢] دون حظر التعامل بالخمور او بلحم الخنزير على سبيل المثال، إذ إننا لو أمعنا النظر في الامثلة المذكورة سالفاً لأدركنا أنه ليس هناك في القانون ما يحظر تمويل مصنع للمشروبات الكحولية أو شركة تتولى تقديم القروض بربا وما شاكل ذلك من أنشطة تحرمها الشريعة الاسلامية . وبغية تيسير التحقق من مشروعية انشطة المصرف الاسلامي الاستثمارية، نصت الفقرة (٨ – ٤) من ضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية على لزوم ((انشاء قائمة ممنوعات من السلع والخدمات التي لا تتوافق مع الشريعة، ويتم تحديث القائمة المعتمدة دورياً)) .

ثالثاً : السبب : يعني السبب طبقاً للنظرية الحديثة الباعث الدافع نحو التعاقد [٣] كما نصت على ذلك الفقرة (٣) من المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠)

---

[١] - المغني على مختصر الامام الخرقي ، الجزء الخامس ، مطبعة المنار ، مصر ، ط ٢ ، ١٣٤٧ هجرية ، ص ١٣٨ . ينظر الشيخ منصور بن ادريس البوهتي، شرح منتهى الارادات، الجزء الثاني، مكتبة انصار السنة المحمدية، القاهرة - مصر ، ١٩٤٧ م ، ص ٣٣٠ .

[٢] - تنظر الفقرة (١) من المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (المعدل) .

[٣] - د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الالتزام ، ط ٣ ، مرجع سابق ، بند (٢٧٦) ، ص ٤٥١ . ينظر د . الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الاول ، اركان العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط ٢ ، ١٩٩٧ ، ص ٤٥٥ . وينظر د . عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، مكتبة القانون المقارن ، الجزء الاول ، بغداد ، ٢٠٠٧، ص ٢٣٥ .

لسنة ١٩٥١على أنه : ((أما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك)) ويفهم من النص المتقدم إنه في حالة ذكر السبب فيعد هو السبب الحقيقي، وفي حالة اقامة الدليل على عدم مشروعية السبب كونه مخالفاً للنظام العام أو للاداب العامة يبطل الاتفاق على الاستثمار كما نصت على ذلك الفقرة (١) من المادة (١٣٢) من القانون المذكور على أنه : ((يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً مخالف للنظام العام او للأداب)) .

أما السبب وفقاً للنظرية التقليدية كما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي المذكور على أنه : ((ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك))، فقد يستهدف المصرف الاسلامي الذي قد ينحصر عمله الفعلي في أنشطة غسل الاموال وأعمال التوسط، من تلقي الودائع الاستثمارية اظهار نفسه أمام الاجهزة الرقابية الحكومية كالبنك المركزي العراقي [١] بمظهر المؤسسة المالية التي تتمتع بملاءة مالية معقولة وتمارس أنشطتها الاستثمارية بصورة معتادة، من دون أن يقصد في حقيقة الامر استثمار الودائع بغية صرف انتباه الاجهزة الرقابية عن حقيقة نشاطه الوهمي أو غير القانوني. ويكون السبب غيرمشروع أيضاً إذا كان الباعث الدافع نحوالتعاقد تمويل جماعات إرهابية أوأنشطة ربوية أو أي مخالفة للقانون بوجه عام كانشطة غسل الاموال [٢]، وقد اتصل هذا الباعث غير المشروع بعلم المودع أو كان ينبغي عليه أن يعلم به [٣] .

رابعاً : القبض: استقر العمل على اعتماد المضاربة في استثمار الودائع النقدية، وعقد المضاربة هو عقد عيني لا ينعقد إلا بقبض المضارب لمال المضاربة [٤]. وحتى لو سلمنا جدلاً بان عقد الوديعة النقدية المصرفية هو عقد قرض، كما ذهبت الى ذلك بعض

---

[١] - كما جاء في المادة (٤٠) من قانون البنك المركزي العراقي المرقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ على أنه : ((يكون للبنك المركزي العراقي وحده دون غيره سلطة اتخاذ كافة الأجراءات اللأزمة لترخيص وتنظيم عمل المصارف والأشراف عليها وعلى فروعها من اجل امتثال جميعها لأحكام هذا القانون والقانون المصرفي ...)) .

[٢] - إذ نصت المادة (٢) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الارهاب رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥ على أنه: ((أولا : تحويل الأموال ، أو نقلها ، أو استبدالها من شخص يعلم او كان عليه ان يعلم انها متحصلات جريمة ، لغرض اخفاء او تمويه مصدرها غير المشروع او مساعدة مرتكبها او مرتكب الجريمة الأصلية او من ساهم في ارتكابها او ارتكاب الجريمة الأصلية على الأفلات من المسؤولية عنها. ثانياً : اخفاء الأموال او تمويه حقيقتها او مصدرها او مكانها او حالتها او طريقة التصرف فيها او انتقالها او ملكيتها او الحقوق المتعلقة بها ، من شخص يعلم او كان عليه ان يعلم انها متحصلات من جريمة . ثالثاً : اكتساب الأموال او حيازتها او استخدامها ، من شخص يعلم او كان عليه ان يعلم وقت تلقيها انها متحصلات جريمة)) . المنشور في جريدة الوقائع العراقية في العدد (٤٣٨٧) بتاريخ ١٦ / ١١ / ٢٠١٥ .

[٣] - ينظر د . عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٤٤ وما بعدها .

[٤] - الشيخ زين الدين العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، الجزء الثاني ، منشورات دار التفسير ، قم – ايران ، ط ١٢ ، ٢٠١٣ ، ص ٢١٩ . وينظر اية الله السيد الشهيد محمد باقرالصدر (قدس سره) ، الصراط القويم ، الناشر هيئة تراث السيد الشهيد الصدر – النجف الاشرف ، دار ومكتبة البصائر ، بيروت ، ١٤١١ هجرية ، ص ١٨٢ . وينظر د. محمد طموم، المضاربة في الشريعة الاسلامية بحث مقارن ، مجلة الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، السنة الرابعة، العدد الثاني ، ابريل ١٩٨٠ م ، ص ٧٢ وما بعدها .

الاتجاهات الفقهية، فان القرض عقد لا ينعقد إلا بالقبض، أي بتسليم محل العقد كما نصت على ذلك الفقرة (١) من المادة (٦٨٦) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي جاء فيها ((يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض ويثبت في ذمته مثلها.)).

فاذا كان استثمار الوديعة قد تقرر بمقتضى شرط في عقد الوديعة ذاته عُد قبض المصرف الاسلامي للوديعة بمثابة قبض لمال المضاربة، فيما يعد القبض متحقق حكماً في حالة وجود اتفاق لاحق على استثمار وديعة نقدية لم يرخص المودع للمصرف استثمارها في بادىء الامر، وهنا يعد المصرف الاسلامي قابضاً لمال المضاربة حكماً لا حقيقةً لسبق وجود المال لديه. ويترتب على هذا الاتفاق أن تنقلب يد المصرف الاسلامي من يد مودع لديه (ضامن لرد مبلغ القرض) إلى يد مضارب تكون يده على اموال المضاربة يد أمانة فلا يضمن إلا بتعديه أو تقصيره [١].

ولا ينتج عن الاتفاق على تحويل الوديعة من وديعة تحت الطلب إلى وديعة استثمارية[٢] أثره إلا من تاريخ الاتفاق اللاحق لا بأثر رجعي. ويترتب على هذا أن المصرف لا يكون ملزماً بأداء أي ارباح للمودع بأثر رجعي، كما يصبح المودع ملزماً بعدم سحب وديعته قبل انقضاء الاجل المتفق عليه، والذي يعد أمراً لازماً بغية تمكين المصرف الاسلامي من استغلال الودائع في المشاريع التي يبغي الولوج فيها والتي لا يتصور أن تحقق أرباحاً آنية إلا بعد مضي مدة زمنية معينة .

حري بالبيان أخيراً انه لا تنهض فروق جوهرية بين صيغة الاستثمار المقرر بمقتضى شرط في عقد الوديعة نفسها وبين الاتفاق اللاحق للاستثمار، إذ يغدو طرفا الاتفاق ملزمين بما يفرضه من حقوق والتزامات على عاقديه، لعل من أهمها خضوع استثمار الوديعة لقواعد المضاربة الشرعية التي تجري وفقاً لقاعدة الربح والخسارة (الغنم بالغرم) [٣].

ولعل وجه الاختلاف الوحيد ما بين الاتفاق على الاستثمارالمقترن بعقد الوديعة والاتفاق اللاحق له ينحصر في مدى تأثير بطلانه في صحة عقد الوديعة، ذلك إن بطلان عقد الوديعة يفضي إلى بطلان شرط الاستثمار المقترن به والعكس صحيح لأن الوديعة ما كانت لتنعقد إلا بهذا الشرط الباطل [٤]. على أنه يلاحظ بأن البطلان إذا كان قد انصرف إلى شرط الاستثمار من دون بقية شروط عقد الوديعة، كما لو اتفق على استثمار الوديعة في غيرالاوجه المقررة شرعاً أو تضمن الاتفاق ربا محرم شرعاً أو اتفق على تخصيص الربح في تمويل عملية إرهابية (من الناحية الشرعية) أو أنشطة محرمة قانوناً، فإنه يؤدي الى بطلان الشرط وحده من دون عقد الوديعة آخذاً بقاعدة انتقاص

---

[١] - تنظر الفقرة الثانية من المادة (٩٥٠) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

[٢] - ينظر ملحق رقم (٢) المتعلق بتعليمات ايداع وديعة تحت الطلب لمصرف النهرين الاسلامي .

[٣] - خلافاً للمادة (٢٣٩) من قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ التي الزمت المصرف الربوي برد الوديعة في جميع الاحوال .

[٤] - تنظر المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

العقد[١]. اذا تبين من الظروف أن شرط الاستثمار كان باطلاً لسبب أو لأخر [٢] وكان هو الباعث الدافع نحو التعاقد يبطل الشرط والعقد معاً [٣] . بينما لا يؤثر بطلان الاتفاق اللاحق في صحة عقد الوديعة النقدية،الذي يبقى صحيحاً منتجاً لأثاره، وكل ما في الامر أن المصرف الاسلامي لايكون قادراً على استثمارالوديعة بسبب بطلان الاتفاق، إما لمخالفته لأحكام الشريعة الاسلامية أو لأحكام القانون بوجه أو بآخر.

المبحث الثاني: استثمار الودائع النقدية بموجب نظام المضاربة

بيُنا فيما تقدم أن قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ وقانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ قد احجما عن تبيان الشروط المتعلقة باستثمار الودائع النقدية، تاركين تنظيم تلك الشروط للاتفاقات الخاصة ما بين المصرف الاسلامي والمودعين طبقاً لأحكام الفقه الاسلامي ولما استقرت عليه الاعراف المصرفية، ولا يحد أي اتفاق قد يبرم بين الطرفين أي حد أو قيد سوى قيد عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الاسلامية، وعدم تعارضه مع نصوص القانون بوجه عام . ولما كان التشريعان المذكوران لم ينصا صراحةً على أن يفرغ الاتفاق على الاستثمار بصيغة مكتوبة، تضم بين دفتيها الشروط ذات الصلة بالاستثمار، مسايرة منهما لما استقرعليه قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ من عدم اخضاع عقود الودائع النقدية والعمليات المصرفية الاخرى عموماً لشرط الشكلية [٤] . إلا ان قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ يسري على الاعمال المدنية والتجارية على حد سواء اذ لا يجوز اثبات العمليات المصرفية إلا بالكتابة [٥] .

ولهذا الوضع القانوني مزايا تتجلى في ما يمنحه للمصرف من حرية واسعة في استثمار الودائع النقدية بلا قيود اتفاقية تحد من قدرته على توظيفه في الانشطة التي يتعاطاها، وفقاً لما جاء في البند (٣ / ١) على أنه ((يجوز الاتفاق بموجب اطارعام اومذكرة تفاهم (memorandum of understanding) على انشاء عقود تمويل بالمضاربة في حدود مبلغ محدد على مدى زمني معلوم على ان ينفذ التفاهم وفق عقود

---

[١] ـ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام ، الكتاب الاول ، بيروت – لبنان ، دار احياء التراث العربي ، ١٩٦٤ ، البند (٣٠٧) ، ص ٥٠٠ . وينظر د . زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ١ ، ١٩٦٨ ، ص ١٤٦ . وينظر د . عبد المجيد الحكيم ، الوجيز بنظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مكتبة السنهوري ، بغداد – العراق ، ٢٠١٢ ، ص ١٢٥ .

[٢] ـ كما نصت على ذلك الفقرة (ثانياً) من المادة (٦) من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ اذ يحظر على المصرف الاسلامي ((الاستثمار او تمويل اي سلعة او مشروع لا تبيحه الشريعة الاسلامية)).

[٣] ـ نصت المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أنه :((اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)) .

[٤] ـ تنظر المادة (٢٣٩) من قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ .

[٥] ـ تنظر المادة (٧٧) من القانون المذكور .

مضاربة خاصة ومتتالية)) [١]، ومتى ما جرى ابرام عقد المضاربة بموجب مذكرة التفاهم، عدت جزءاً من العقود التي تليها، علماً إن التعامل بالمضاربة قد يتخذ صيغة عمليات دورية أو معاملات منفصله [٢] إلا ما استثناه العاقدان منها. ويفهم من النص المتقدم الذي أحال إليه قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ [٣]، إن الاتفاق على المضاربة لا يعد من العقود الشكلية طالما إن الطرفين بالخيار بين ابرام اتفاق شفهي أو مذكرة تفاهم تتخذ بحكم توصيفها ((بالمذكرة)) صيغة شكلية. ويمكن التدليل على الطبيعة الرضائية لعقد المضاربة بحجة مفادها ان الفقرة (٣ - ١) من المعيارالشرعي رقم (١٣) المضاربة [٤] قد استعملت تعبير ((يجوز)) من دون افتراض أن يفرغ الاتفاق بصيغة مكتوبة .

ويلاحظ من استقراء الواقع العملي في العراق أن بعض المصارف الاسلامية تلجأ إلى صياغة عقود معدة مسبقاً لا يد لأرادة المودع في تنظيم شروطها [٥]، وبشروط موجزة لا تتناول الجوانب التفصيلية للعقد، في حين إن مصارف اسلامية اخرى لم تنظم عقوداً بهذا الخصوص تاركةً تنظيم حكم أي مسألة قد تثير خلافاً بين الطرفين إلى القواعد العامة في العقد. ويؤخذ على هذا المسلك الاخير إنه لا يوافر حماية معقولة للمودع من احتمال تعسف المصرف الناجم عن عدم تنظيم بعض المسائل التي يجب الاتفاق عليها مسبقاً لكي يكون المودع على دراية بها قطعاً لدابر أي خلاف قد ينشب بين الطرفين، فضلاً عن أن وجود اتفاق مكتوب يحقق للمودع حماية معقولة تتجلى في تسهيل اثبات شروط التعاقد واثبات حدوث أي تقصير أو اهمال من جانب المصرف في تنفيذ التزامه[٦]. فقد يرتأي المودع من ادراج بعض الشروط أن يقيد من سلطة المصرف الاسلامي في الولوج في الانشطة التجارية التي تتضمن مخاطر غير مألوفة على رأس المال المستغل في المضاربة، أو إن الاستثمار المخصص في بعض الانشطة كالتعامل في قطاع العقارات دون المنقولات أو داخل حدود البلد لا خارجه اكثر أماناً وجلباً للربح

---

[١] - ينظر المعيار الشرعي رقم (١٣) المتعلق بالمضاربة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧ .

[٢] - ينظر البند (٣ / ٢) والبند (٣ / ٣) من معيار المضاربة الشرعي رقم (١٣) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧ . ونص البند (١ – ١ – ٣) من عقد خدمات مصرفية المعد من قبل مصرف المستشار الاسلامي على انه : ((تعتبر هذه الحسابات بمثابة حسابات استثمارية مستمرة وغير مقيدة إلا اذا تم تخصيص ذلك او تم طلبه من المتعامل وفقاً للبند)) .

[٣] - تنظر المادة (١٣) من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ .

[٤] - ينظر المعيار الشرعي رقم (١٣) (المضاربة) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية .

[٥] - مثل مصرف جيهان للاستثمار والتمويل الاسلامي ومصرف التعاون الاسلامي للاستثمار كما تنص اتفاقية (خدمات مصرفية) لمصرف المستشار الاسلامي على انه : ((بتوقيع الزبون على اي طلب او نموذج للحصول على الخدمات المحددة والمتضمنة في اتفاقية الخدمات المصرفية هذه وتعديلاتها فانه يقر باطلاعه وموافقته على جميع شروط واحكام هذه الاتفاقية)) . تنظر صيغ عقود الودائع الاسلامية الملحقة بهذه الدراسة .

[٦] - د . فائق الشماع، الايداع المصرفي ، الجزء الاول ، دار الثقافة للنشر ، الاردن ، ط ١ ، ٢٠١١ ، ص ١٥٢ .

من أنشطة اخرى قد تكون أكثر خطورة كالتعامل في أسهم بعض الشركات [١] والعملات الاجنبية [٢] التي تتسم بحصول تقلبات غير متوقعة في أسعارها .

والواقع إن طبيعة النشاط المصرفي وارتباطه الوثيق بالمؤسسة المصرفية التي ينبغي أن تدار أنشطتها طبقاً لقواعد ادارية ومحاسبية توجب توثيق جميع الاتفاقات المبرمة مع العملاء كتابة، كما أن من مصلحة المصرف الاسلامي أن يثبت هذه الاتفاقات بمستندات مكتوبة [٣] حماية له من انكار المودع الترخيص له باستثمار وديعته ولا سيما في حالة تحقق خسارة في المشروع الاستثماري. كما أن عدم تنظيم الطرفين (المودع والمصرف الاسلامي) لشروط الاتفاق على الاستثمار يقتضي اللجوء إلى أحكام الوديعة النقدية المقررة في القوانين التجارية بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية، والتي لم تتعرض بدورها لاحكام استثمار الوديعة، الامر الذي يفضي إلى ايجاد صعوبة في حسم أي نزاع قد ينشب ما بين الطرفين. من هنا فقد كان يحسن بالمشرع أن ينص على أن تنظم حقوق المودعين بمقتضى اتفاقات تعقد لغرض تثبت شروط المضاربة وتحدد حقوق والتزامات كل طرف من دون أن يرقى الامرإلى عدها ركناً لانعقاد العقد حتى لا تمس خصيصة الرضائية فيه.

وعلى أي حال، تُدرك حرية الطرفين في الاتفاق على شروط معينة لعقد المضاربة من حجتين :

الاولى، ما نصت عليه الفقرة (ثانياً) من المادة الثامنة من قانون مصرف النهرين الاسلامي رقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ التي جاء فيها : إن للمصرف ((توظيف الاموال التي يرغب اصحابها في استثمارها ..... بموجب نظام المضاربة ،وللمصرف في حالات معينة ان يقوم بالتوظيف حسب الاتفاق الخاص بذلك)). ولا مقابل لهذا النص في قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥. والنص المتقدم قد اشار إلى ان القاعدة العامة في تحديد شروط التعاقد الاوهو اعتماد شروط ((نظام المضاربة)) طبقاً لما تناولته المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ولما استقر عليه الفقه الاسلامي من قواعد. بيد أن للمصرف الاسلامي أن يتفق مع رب المال على ايراد شروط خاصة بهذا الاتفاق قد تشكل استناداً من نص المادة التاسعة من قانون مصرف النهرين المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ التي جاء فيها ((لا يجوز للمصرف تمويل او شراء او بيع اموال لأي شخص بشروط أقل من التي يعرضها على الجمهور ....)) وما تقضي به الفقرة (سادساً) من المادة العاشرة من قانون المنافسة

---

[١] - تنظر الفقرات (ثالثاً و رابعاً) من المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ التي تجيز للمصرف الاسلامي الاستثمار في هذا النشاط التجاري .

[٢] - تنظر الفقرة (عاشراً) من المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ التي تجيز للمصرف الاسلامي الاستثمار في هذا النشاط التجاري .

[٣] - بلال علي البرغوثي ، الودائع في المصارف الاسلامية : دراسة فقهية وقانونية للواقع في فلسطين ، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية الدراسات العليا في معهد الحقوق في جامعة بيرزيت ، فلسطين ، ٢٠٠٦ ، ص ١١٥ .

ومنع الاحتكارالمرقم (١٤) لسنة ٢٠١٠ [١] التي حظرت أي ممارسات أو اتفاقات تتضمن ((التمييز بين العملاء في العقود المتشابهة ...)). بيد أن الضرورات التجارية والعملية قد فرضت على المشرع الخروج عن أحكام هذه المبادىء العامة في المساواة ما بين المستهلكين. شريطة أن لا تتعارض مع مبادىء الشريعة الاسلامية.ويؤخذ على النص المتقدم [٢] عدم توضيحه للمراد((بالحالات المعينة)). ونرى أن الحالات الخاصة تنصرف إلى مراعاة حاجة المصرف الى رأس مال ضخم لا يتوافر إلا لدى مودع لا يرغب بالتعاقد إلا طبقاً لشروط معينة يرتأيها متوافقة مع مصالحه. بيد أن قصر جواز التعاقد طبقاً لحالات خاصة يفسح المجال أمام المصرف للتمييز ما بين المودعين ومنح بعض منهم مزايا أو ارباح اكثر من غيرهم . على ان هذا التمييز في التعامل مع طوائف مختلفة من المودعين يجد له سند في احكام المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧ فقد ينص البند(٤ – ٣) من المعيار المرقم (٤٠) المتعلق بتوزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على اساس المضاربة على انه : ((يجوز للمؤسسة ان تحدد نسباً مختلفة بينها وبين شرائح مختلفة من اصحاب الحسابات الاستثمارية، كما يجوز ان تكون نسبة الربح موحدة بينها وبين جميع اصحاب الحسابات الاستثمارية . يجوز ان تكون نسب الارباح فيما بين اصحاب الحسابات الاستثمارية موحدة ، كما يجوز ان تكون مختلفة تحدد على اساس اوزان معلومة)) .

وتتلخص الحجة الثانية في تأكيد مبدأ حرية المتعاقدين على الاتفاق على شروط المضاربة وتقييد نطاق سلطة المصرف إلى ما استقرعليه الفقه الاسلامي من جواز تقييد المضاربة [٣]. ويلاحظ في هذا الخصوص أن قانون المصارف الاسلامية قد عدَّ المصرف الاسلامي وكيلاًعن المودع، فضلاً عن أن اتفاقات استثمار الودائع النقدية قد اعتمدت التكييف المتقدم صراحة . فقد نصت الفقرة (١) من شروط استمارة فتح حساب توفير / ادخار استثماري لمصرف جيهان الاستثماري الاسلامي على أنه : ((نخول المصرف في استثمار المبالغ المودعة في هذا الحساب بالمجالات الشرعية المناسبة)) وما نصت عليه الفقرة (١) من المعلومات العامة والشروط الخاصة لحساب توفير / ادخار للمصرف نفسه على أنه : ((يكون مصرف جيهان للأستثمار والتمويل الاسلامي وكيلاً عن المودع في اجراء كافة المعاملات المصرفية المطابقة لأحكام الشريعة الاسلامية في اموالهم المودعة لديه...)) ومن مقتضى التخويل والوكالة الواردة في

---

[١] - قانون المنافسة ومنع الاحتكار، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤١٤٧، بتاريخ ٩ / ٣ / ٢٠١٠ .

[٢] - الفقرة (٢) من المادة الثامنة من قانون مصرف النهرين الاسلامي رقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ .

[٣] - شمس الدين أحمد بن قودر ، نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار تكملة شرح فتح القدير ، مرجع سابق، ص ٤٦٨ وما بعدها . ينظر علاء الدين ابي بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق، ص ٥٣. ينظر ايضاً الفقيه يحيى بن سعيد الحلي، مرجع سابق، ص ٣١٦ . وينظر ايضاً د. عبد الله بن حمد الخويطر، المضاربة في الشريعة الاسلامية ، دار كنوز اشبيليا للنشر، الرياض، ٢٠٠٦، ط ١، ص ١٠٦ وما بعدها.

الشروط المذكورة آنفاً أن يباح للاصيل (الموكل) أن يقيد من حدود سلطات الوكيل[1]. ويصح أن تُقيد سلطة المصرف المضارب من حيث نوع النشاط التجاري وزمانه ومكانه، وفي تحديد الربح ، وفي تخويل غيره بالمضاربة بدلاً عنه .

حري بالبيان إنه في حالة إغفال الطرفين (المودع والمصرف الاسلامي) تنظيم شروط الاتفاق على استثمار الوديعة، سرت عليها أحكام الوديعة النقدية في القانون التجاري بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية .

ونعرض فيما يأتي من مطالب لأهم الشروط المقترنة بالاتفاق على المضاربة طبقاً لما استقر عليه الفقه الاسلامي وتطبيقات المصارف الاسلامية ومنها الشروط المتعلقة بسلطة المصرف في استثمار الودائع، والشروط المتعلقة بجواز خلط اموال المصرف بمال المودع، والشروط المتعلقة بتخويل المضارب لغيره باستثمار المال، والشرط المتعلق بتحديد نسبة الربح الذي يستحقه رب المال ورب العمل (المضارب). وسنعقد لدراسة كل ما تقدم ذكره من شروط مطلباً مستقلاً .

المطلب الاول: المضاربة من حيث تحديد سلطة المصرف في استثمار الودائع

تنقسم المضاربة من حيث سلطة المصرف الاسلامي في استثمار أموال المودعين إلى المضاربة المطلقة والمضاربة المقيدة .

وتعرف الفقرة (٢ / ١ / ١) من المعيار الشرعي المرقم (٤٠) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية حسابات الاستثمار المطلقة بأنها ((هي المبالغ التي تتلقاها المؤسسة من المستثمرين ويفوض اصحابها المؤسسة باستثمارها على اساس المضاربة المطلقة دون الربط بمشروع او برنامج استثماري معين، ويشترك اصحاب الحسابات والمؤسسة في الارباح ان وجدت حسب النسب التي تحدد لكل منهما اما في عقد المضاربة او في طلب فتح الحساب الموافق عليه من المؤسسة ويتحمل اصحاب الحسابات جميع الخسارة بنسبة حصصهم في رأس المال إلا ما نتج عن التعدي او التقصير او مخالفة الشروط فتتحملها المؤسسة)). وبعبارة أخرى تعني المضاربة المطلقة تلك التي لا يقيد صاحب الوديعة المصرف الاسلامي بقيود من حيث نوع التجارة أو زمانها أو مكانها [2] فيكون للمضارب الحرية بتشغيل مال المضاربة بالكيفية المناسبة التي يرتأيها [3]، أو قد تعني المضاربة المطلقة تلك التي يكون فيها ((للمصرف حرية

---

[1] - تنظر الفقرة (١١) من المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ ، وتنظر المادة (٩٣١) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والتي تنص على انه ((يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق له وبالخصومة في كل حق له ، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم)) . وتنظر المادة (٩٣٢) من القانون ذاته والتي تنص على أن : ((يصح تفويض الرأي للوكيل فيتصرف فيما وكل به كيف شاء، ويصح تقييده بتصرف مخصوص)) .

[2] - د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، ط ١، ٢٠٠٢م، ص ١٠٧.

[3] - فادي محمد الرفاعي ، المصارف الاسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ٢ ، ٢٠٠٧ ، ص ١٢٥ .

التصرف في كل ما يراه مناسباً لتحقيق المصلحة المشتركة بما في ذلك تحديد اسلوب ومجالات الاستثمار)) [١] .

وتعد المضاربة المطلقة هي الاكثر شيوعاً في العمل بالمصارف الاسلامية [٢] والاصل في حالة اغفال الطرفين الاتفاق على تقييد المضاربة لأن الأصل في التصرفات الصحة ولأن القيود المفروضة على حرية الشخص في ممارسة النشاط التجاري لا تفترض بل يجب النص عليها صراحةً. وتتميز المضاربة المطلقة بأنها تمنح المصارف الاسلامية حرية واسعة في استثمار اموالها وتحقيق اكبر عائد والتقليل من الجهد المبذول الذي قد ينجم عن احتساب الارباح والخسائر في حسابات كل مشروع مستقل .

أما المضاربة المقيدة فهي المضاربة التي تتضمن شروطاً تقيد من حرية المضارب من حيث نوع الاستثمار. وفي هذا الخصوص اتفق فقهاء الحنفية والامامية والشافعية والحنابلة على حق رب المال في أن يقيد المضارب بأن يتجر بانواع معينة من المواد كالمواد الغذائية أو أن ينهاه عن الاتجار بصنف معين. أما مسألة الاتفاق على تقييد المضارب بالاتجار بصنف معين من السلع أو الخدمات المصرفية من دون غيره، فقد تفاوتت الاراء حيالها، فيرى الحنفية والحنابلة والامامية أن هذا الشرط لا يفسد المضاربة ويجب الالتزام به. بينما لم يجز الشافعية تقييد الاتجار بالمضاربة بانواع معينة إلا بشرط أن لا يكون ما قُيدت به المضاربة نادر الوجود وإلا أدى ذلك إلى فساد المضاربة [٣] .

ومن الجائز أن تُقيد المضاربة من حيث الزمان، فيرى الحنفية [٤] والحنابلة [٥] جواز ذلك وتنفسخ المضاربة بانتهاء الاجل المحدد لها، أما الامامية فيرون أن العقد صحيح وشرط الاجل لغو، وفي هذا يقول العلامة الحلي: ((فان قارضه الى سنة بشرط الا يبيع ولا يشتري، او على الا يفسخ العقد الى سنة صح القراض وفسد الشرط)) [٦] . ويميز الشافعية [٧] في هذا ما بين حالتين : فاذا كان التأقيت يمنع المضارب من البيع والشراء بعد انتهاء المدة، فهذا يؤدي إلى فساد المضاربة، لأنه من الممكن أن تنتهي المدة وتبقى

---

[١] - تنظر الفقرة (٢٠ / ١٥ / ٥) من عقد خدمات مصرفية المعد من قبل مصرف المستشار الاسلامي العراقي .

[٢] - د . محمد محمود مكاوي ، التمويل المصرفي التقليدي والاسلامي (المنهج العلمي لأتخاذ القرار) ، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع ، جمهورية مصر العربية ، ط ١ ، ٢٠١٠ ، ص ١٧١ . وينظر اسامة رشيد الكردي ، مرجع سابق ، ص ٦٥ .

[٣] - يسري السيد محمد ، مختار الفتاوى لأبن القيم ، المجلد الثاني ، دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، ط ١ ، ٢٠٠٧ ، ص ٩٥٠ . د . زكريا محمد الفالح ، مرجع سابق ، ص ٢٣٤ وما بعدها .

[٤] - شمس الدين احمد بن قودر ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار تكملة شرح فتح القدير، مرجع سابق، ص ٤٦٨ وما بعدها. ينظر علاء الدين ابي بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق ، ص ٥٣.

[٥] - موفق الدين ابي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي ، المغني ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر ، الرياض ، ١٩٩٧ ، ط ١ ، ص ١٧٧ .

[٦] - الفقيه يحيى بن سعيد الحلي ، مرجع سابق ، ص ٣١٦ .

[٧] - يحيى بن شرف النووي محي الدين ابو زكريا ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، مرجع سابق ، ص ١٢١ . ينظر شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، مرجع سابق ، ص ٤٠٢ .

لديه عروض لم يجر بيعها بعد، وإذا كان التأقيت مطلقاً قالوا إنهُ يفسد المضاربة أيضاً . لأن الاطلاق يشمل المنع من البيع والشراء أيضا، لكن إذا جرى المنع من الشراء بعد انتهاء المدة ولم يُمنع البيع فيرى الشافعية أن المضاربة جائزة والشرط لازم لأنه لا يضر بالمضارب وبأمكانه أن يحقق ربحاً وقد يفلح في تصريف بضاعته قبل انقضاء مدة المضاربة. وقد أخذ المعيارالشرعي المرقم (٢٣) [١]، برأي الشافعية الذي يجيز للمضارب الدخول بأعمال جديدة خلال مدة الوكالة [٢] ولو امتدت آثارها لما بعد المدة المحددة ، على أن يلتزم بعدم الدخول بعمليات جديدة بعد انتهاء المدة المحددة . وقد بينا فيما تقدم أن هذه المعايير ملزمة للمصارف الاسلامية العراقية بمقتضى المادة (١٣) من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ .

ومن الجائز تقييد المضارب بتعيين الاشخاص الذين يرخص للمضارب أن يتعامل معهم [٣] وإن كان هذا الامر محل خلاف ما بين الفقهاء المسلمين، فيرى الحنفية والامامية والحنابلة أن هذا القيد صحيح ومعتبرلأنه لا يمنع الربح وتتحقق من خلاله الفائدة، بالنظر إلى أن الناس مختلفون من حيث الثقة والامانة. بينما لا يجيز الشافعية تقييد يد المضارب في التعامل مع شخص ما [٤]، لتعارض ذلك مع أحكام عقد المضاربة القائمة على اطلاق يد المضارب في التصرف من أجل تحقيق ربح .

حري بالبيان أن قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥، وقانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ قد اطلق العنان للمصرف في التعامل مع جميع الاشخاص سواء أكانو داخل العراق أم خارجه، والقيد الوحيد الذي ينبغي مراعاته في هذا الصدد هو مراعاة أحكام الشريعة الاسلامية والقانون. والواقع إن اطلاق يد المصرف في التعامل مع جميع الاشخاص ينسجم مع طبيعة عمل المصارف الاسلامية التي تتعامل عادة مع عدد لا حصر له من الاشخاص من دون أن تحد من حريتها في هذا الخصوص قيود شخصية معينة ما لم يثبت لديها سوء نية المتعامل أو عدم أمانته ونزاهته أو تلكؤه في تنفيذ التزاماته السابقة قبلها على النحو ما تفرضه ضوابط إدارة المخاطر المرعية.

ويجوز كذلك لرب المال أن يقيد المضارب من حيث المكان [٥]، ويفرق الفقهاء المسلمون في المكان الذي يجري فيه تنفيذ أعمال المضاربة بين ما إن كان المكان عاماً كمدينة من المدن في دولة ما، أو خاصاً كسوق معين من أسواق مدينة معينة . فاذا اتفق

---

[١] - ينظر البند (٤/ ٤) من المعيار الشرعي رقم (٢٣) (الوكالة وتصرف الفضولي) الصادرعن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ٢٠١٧ .

[٢] - ينظر البند (٤ / ٤ / ٣) من المعيار الشرعي رقم (٢٣) (الوكالة وتصرف الفضولي) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ٢٠١٧ .

[٣] - د . محمد محمود العجلوني ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ .

[٤] - محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ج ٣ ، ص ٤٠١ .

[٥] - علاء الدين بن مسعود الكاساني ، مرجع سابق ، ص ٥١ وما بعدها .

على اجراء المضاربة في مكان عام فيجب على المضارب الالتزام بهذا القيد، وفي حالة عدم التزامه بذلك كان ضامناً لما يصيب مال المضاربة من خسارة، لأن شرط الالتزام بالعمل في مكان معين لا يعد تقييداً من حرية عمل المضارب، بقدر ما يستهدفه من حماية لمال المضاربة من مخاطرالطريق ومن تفاوت الاسعار عند اختلاف المدن [١].أما إذا كان المكان خاصاً كسوق معينة فقد اختلف الفقهاء بشأن ذلك: فيجيز الحنفية والشافعية المضاربة في مكان خاص إذا لم يكن من شأن ذلك التضييق على المضارب ، بينما لم يجز بعض الشافعية هذا الشرط بالنظر إلى أن المضاربة في سوق معين أعم وأوسع من المضاربة في حانوت [٢]. ويرى الامامية والحنابلة جواز تقييد مكان المضاربة من دون أن يخوضوا في تفصيل طبيعة المكان العام وما اذا كان يقتصر على بلد معين أو اقليم ما أومكان خاص كالسوق المعين أو الحانوت [٣]. وينسجم ما جاء في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية وضوابط ادوات التمويل [٤] مع من يرى بجواز تقييد المضاربة بنوع معين من السلع أو بظرفي الزمان والمكان، بينما لم يتضمن قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ وقانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ [٥] نصوصاً تجيز تقييد المضارب ، بل إن التشريعين المذكورين قد أجازا التعاطي بجميع انواع العقارات والمنقولات ما لم يتعارض ذلك مع الشريعة الاسلامية. بيد أن إباحة التشريعين المذكورين للمصرف الاسلامي بأن يتعامل بالانشطة التجارية شتى الجائزة شرعاً لا يبتغي أن يستخلص منها عدم جواز تقييد سلطة المصرف المضارب جرياً على ما استقر عليه الفقه الاسلامي في هذا الخصوص وطبقاً لما نصت عليه المعايير الشرعية وضوابط أدوات التمويل الاسلامي الصادرة عن البنك المركزي العراقي .

حري بالبيان إن حرية المودع في اختيار نوع المضاربة التي تنسجم مع مصالحه ورغباته ليست بالمطلقة، إذ إنها قد تصطدم بانظمة المصرف المتبعة التي قد تحد من هذه الحرية من خلال ما تفرضه من قيود تقضي باعتماد صيغة المضاربة المطلقة. إذ يكشف

---

[١] - د . زكريا محمد الفالح ، مرجع سابق ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

[٢] - شمس الدين محمد بن العباس احمد الشافعي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، مرجع سابق ، ص ٢٢٤. د. زكريا محمد الفالح ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢ وما بعدها .

[٣] - عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، مرجع سابق ، ص ٤٥ . وينظر د . عبد المطلب عبد الرزاق ، المضاربة كما تجريها المصارف الاسلامية وتطبيقاتها المعاصرة ، مرجع سابق ، ص ٤٥ .

[٤] - ينظر البند (٩ / ٢) والبند (٥ / ٢) (تعريف المضاربة المقيدة) من المعيار الشرعي رقم (١٣) (المضاربة)، الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ٢٠١٧ . وينظر البند (٤ – ٧) من ضوابط ادوات التمويل الصادر عن البنك المركزي العراقي لعام ٢٠١٨ ، ص ٣٢ .

[٥] - تنظر الفقرات الاولى ، السادسة من المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ . وتنظر الفقرات الاولى ، السادسة من المادة الثامنة من قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ . وينظر البند (٥ / ١) والبند (٩ / ١ / ١) من المعيار الشرعي رقم (١٣) (المضاربة) ، الصادرعن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ٢٠١٧ .

التطبيق العملي لبعض المصارف الاسلامية العراقية [١] عن حقيقة إنها تعتمد في انشطتها الاستثمارية نظام المضاربة المطلقة من دون المقيدة . فقد جاء في اتفاقية الخدمات المصرفية لمصرف المستشار الاسلامي إن حساب الوديعة الاستثمارية هي ((حسابات يتم استثمار نسبة من الارصدة المودعة بها على اساس المضاربة المطلقة...)) . كما جاء في البند (٥ – ١ – ٣) من الاتفاقية نفسها بأنه ((يتم استثمار اموال الودائع الاستثمارية على اساس المضاربة المطلقة وفقاً لنوع الوديعة والذي يرتبط بمبلغها ومدتها والمبينة بالشروط العامة لهذه الاتفاقية)). كما جاء في الأحكام العامة للتعليمات الصادرة عن مصرف النهرين الاسلامي المرقمة (٣٢) لسنة ٢٠١٩ على أن ((الوديعة الاستثمارية : المبلغ النقدي الذي يدفعه الزبون باستثمار امواله الى مصرف النهرين الاسلامي ويفوضه باستثماره على اساس عقد المضاربة المطلقة))، وما جاء في الفقرة (ثانياً) من عقد الودائع الاستثمارية المعد من المصرف الدولي الاسلامي إنه ((يتم استثمار الوديعة من قبل الطرف الاول على اساس المضاربة المطلقة...))[٢] ولعل السبب في حرص المصارف العراقية الاسلامية على اعتماد نظام المضاربة المطلقة يرجع إلى أنها تتيح لها الحرية والمرونة في استثمار الودائع النقدية حسبما تقتضيه الانشطة التجارية والظروف الاقتصادية السائدة، من دون أن تكون في ذلك مقيدة بقيود قد تحد من قدرتها على تحقيق الارباح وجلب اكبر منفعة ممكنه لها وللمودعين لديها. نخلص مما تقدم إلى حقيقة أن المضاربة المطلقة تعد صيغة شائعة الاستعمال في النظام المصرفي الاسلامي في العراق. ويتضح من ادراك التمييز ما بين المضاربة المطلقة أو المقيدة نتائج قانونية في غاية الاهمية تتمثل بالاتي : -

١ – إن الوديعة التي جرى استثمارها بموجب اسلوب المضاربة المطلقة تستحق ارباحاً عن اجمالي الانشطة التي وظفت فيها، في حين إن صاحب الوديعة التي جرى استثمارها بموجب المضاربة المقيدة يستحق ربحاً من المشروع أو المشاريع المتفق عليها مع المصرف من دون الارباح التي حققها الاخير عن أي مشاريع تخرج عن نطاق القيود التي فرضها المودع بهذا الشأن .

٢ – في حالة تصفية المصرف الاسلامي يستوفي المودعين في حسابات الاستثمار المطلقة ودائعهم تبعاً للشروط الخاصة المتعلقة بحساباتهم من اجمالي أموال المشاريع التي شاركت ودائعهم فيها طبقاً لقاعدة الغرم بالغنم، فيما تكون حسابات المودعين في حسابات الاستثمار المخصص مرتبطة بالمشاريع المحددة لكل استثمار على حده طبقاً للقاعدة المذكورة أنفاً، فيحصلون على ودائعهم كاملة إذا كانت هذه المشاريع قد حققت

---

[١] - ينظر البند (اولاً) احكام عامة من التعليمات الادارية عدد (٣٢) لسنة ٢٠١٩ لمصرف النهرين الاسلامي. و ينظر البند (٢) من عقد خدمات مصرفية لمصرف المستشار الاسلامي .

[٢] - ينظر بهذا السياق البند (ثانياً) من عقد الودائع الاستثمارية المعد من قبل المصرف الدولي الاسلامي .

ربحاً أو يستوفون ودائعهم ناقصة أو قد لا يحصلون على شيء إن كانت هذه المشاريع قد حققت خسارة [١].

المطلب الثاني: المضاربة من حيث جواز دمج مال المصرف الاسلامي بمال المودع

تتطلب توظيف رأس المال في مشروع أو مشاريع معينة توافر رؤوس أموال ضخمة قد لا تكفي أموال المصرف أو أموال المودعين بمفردها للأستثمار فيها مما يقتضي خلطها مع بعضها بعض [٢]. وقد نصت ضوابط ادوات التمويل الاسلامي الصادرة عن البنك المركزي العراقي في البند (٤ - ٦- ١) منها على أنه: ((يجوزللمضارب بأذن اوتفويض من رب المال القيام بما يلي (أ) ان يضم الى المضاربة شركة في الابتداء، او في اثناء المضاربة سواء كانت الشركة من مال المضارب ام من طرف ثالث على سبيل المثال قيام المصرف بخلط ودائع الاستثمار المطلقة بأموال المؤسسات)) [٣] وقد أجاز قانون مصرف النهرين المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ في الفقرة (ثانياً) من المادة الثامنة منه [٤] خلط أموال المصرف مع أموال رب المال، وقد واظبت عقود الودائع المصرفية الصادرة عن المصارف الاسلامية العراقية على النص على سلطة المصرف بخلط أمواله بأموال الودائع النقدية [٥] والواقع إن اباحة خلط أموال رب الوديعة بمال غيره ليست محل اجماع لدى الفقه الاسلامي، فيرى بعض من الفقهاء كالحنفية والجعفرية والحنابلة ممن لا يجيزون ذلك، وحجتهم في ذلك إن تفويض رب المال للمضارب بالمضاربة بماله لا يشمل خلط الاموال، وإن كانوا قد أباحوا ذلك في حالة قيام رب المال بتفويض المضارب بالعمل في مال المضاربة برأيه، إن ارتأى أن ذلك أصلح له. ويدعم الجعفرية الرأي المتقدم [٦].

---

[١] - تنظر الفقرتان (اولاً) و (ثانياً) من المادة (١٢) من قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢، والفقرة (ثانياً) من المادة (١٢) من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ .

[٢] - وقد تحسب البند (ثالثاً) من عقد الودائع الاستثمارية للمصرف الدولي الاسلامي لهذا الامر فنص على أنه : ((يوافق الطرف الثاني صاحب حساب الاستثمار (صاحب الوديعة) على أن يخلط الطرف الاول امواله باموال الطرف الاول واموال الاستثمار الاخرى)) .

[٣] - ينظر البند (٩ / ١ / ٦) ، من المعيار الشرعي رقم (١٣) (المضاربة) ، الصادرعن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ٢٠١٧ . ونص البند (٤ / ٧) من المعيارالشرعي رقم (٤٠) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧ على انه ((اذا خلط المضارب مال المضاربة بماله ، فانه يصير شريكا بماله ومضارباً بمال الاخر ويقسم الربح الحاصل على المالين فيأخذ المضارب ربح عمله وماله، ويطبق على حصته في الربح ما يطبق على بقية اصحاب الحسابات الاستثمارية)) .

[٤] - تنظر الفقرة (ثانياً) من المادة الثامنة من قانون مصرف النهرين المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ التي تقضي إن: ((توظيف الاموال التي يرغب اصحابها في استثمارها مع بقية الموارد المتاحة لدى المصرف وذلك بموجب نظام المضاربة ، ....)) .

[٥] - تنظر الفقرة (ثالثاً) من عقد الودائع الاستثمارية الصادر عن المصرف الدولي الاسلامي العراقي، والفقرة (١ / ٥) من عقد خدمات مصرفية المعد من قبل مصرف المستشار الاسلامي .

[٦] - السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين ، الجزء الثاني ، المعاملات ، دار المحجة البيضاء ، بيروت – لبنان ، ط ١ ، مسألة (٥٧٢) ، ٢٠١٠ ، ص ٢٠٣ . الشيخ موفق الدين عبد الله بن قداما ، المغني ومعه الشرح الكبير لشمس الدين بن ابي عمر محمد بن احمد بن قداما المقدسي، بلا طبعة، دار الكتاب العربي،

ونرى بأن خلط رأس مال المضاربة بمال المضارب له من الأثر في معالجة مشكلة عدم كفاية الودائع النقدية لتغطية كلفة الاستثمار في المشروع الاستثماري، ولا سيما في حال المشاريع الكبرى التي تتطلب رؤوس أموال ضخمة لا قبل للمودعين بتغطيتها بغير الاستعانة برأس مال المصرف أو غيره . ويترتب على قيام المصرف الاسلامي بخلط أمواله باموال المودعين نتيجة مهمة، وهي إنه إذا حققت المضاربة ربحاً كانت له حصتان في الربح : حصة بسبب جهوده المبذولة في مجال توظيف المحفظة الاستثمارية، وحصة أخرى عن خالص ماله الذي خلطه مع أموال المودعين، في حين إنه تكون له حصة واحدة في الربح عن الجهد المبذول منه فيما لو قام باستثمار أموال المودعين فحسب.

المطلب الثالث: المضاربة من حيث تخويل المصرف المضارب لغيره باستثمار المال

الاصل أن يتولى المضارب بنفسه الاعمال التجارية، لأن رب المال قد ركن في تعاقده مع شخص ما لإمانته وخبرته في شؤون التجارة. وفي هذه الحالة تنشأ رابطة ثنائية بين طرفين هما رب المال والمصرف الاسلامي (المضارب)، وقد يوكل المصرف غيره القيام بذلك إن اقتضت الحاجة في بعض الاعمال[1]. وهذا النهج يتماشى مع نص المادة (٩٣٩) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي تبيح للوكيل أن يوكل غيره في المعاملات المالية لأبرام العقود كالبيع والاجارة وما إلى ذلك أو القيام بالتصرفات القانونية بدلاً عنه ما لم يمنعه الموكل من ذلك .

بيد أن طبيعة المصارف الاسلامية واحترافها ممارسة العمليات المصرفية المالية ما له من الاثر في ان تتعاقد مع شخص اخر ذو خبرة يتولى استثمار ما لديها من أموال. وينتج من هذا الاستثمار غير المباشر الذي يقوم به الغير بدلاً عن المصرف ربح يجري اقتسامه ما بين الاخير ورب المال. وهكذا تنشأ بنتيجة هذا الاستثمارغير المباشر رابطة قانونية ثلاثية الابعاد تجمع المودع (رب المال) بالمضارب (المصرف الاسلامي) من جهة، والمصرف بالغير المتعامل معه من جهة اخرى .

ومن هذا المنطلق، اجازت المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ للمصرف الاسلامي أن يستثمرأموال المضاربة بصورة غيرمباشرة بأن يسلم إلى الغير مال المضاربة، وبيع الاموال المنقولة وغير المنقولة واستئجارها [2]. وزاد قانون مصرف النهرين الاسلامي على ذلك أعمال المشاركة والمضاربة والمرابحة

١٩٨٣ م ، ج ٥ ، ص ١٣٠. علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع ، ط ٢ ، دار الكتب العلمية ١٩٨٦، ج ٦ ، ص ٩٢ – ص ٩٥ .

[1] - ينظر البند (٢/١/٩) من المعيار رقم (١٣) الصادرعن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية .

[2] - تنظر المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ التي تنص على أنه: ((يمارس المصرف لحسابه أو لحساب غيره في داخل العراق وخارجه جميع اوجه الأنشطة المصرفية الاسلامية.....)) .

وغير ذلك من الصيغ الاستثمارية المتعارف عليها شرعاً [١]. علماً ان ما تقدم لا يعني جواز عدم مباشرة المصرف الاسلامي للأنشطة الاستثمارية بمفرده بصورة مباشرة .

ويتفق موقف القانون العراقي مع موقف بعض فقهاء المسلمين كالحنفية[٢] والحنابلة[٣] الذين اجازوا للمضارب أن يوكل غيره في الاعمال التي له أن يقوم بها بنفسه او كان من عادة التجار أن يوكلون بها غيرهم. ويجيز الشافعية للوكيل أن يوكل غيره من دون إذن موكله الاصلي صراحةً أو ضمناً [٤]. أما الجعفرية وبعض الحنابلة، فلم يجيزوا للمضارب بأن يوكل غيره، لأن رب المال قد ارتضى بالمضاربة لأمانة المضارب فحسب، ما لم يفوضه في العمل برأيه [٥] .

لعل بالامكان ايجاز أهم المخاطر التي يتعرض لها التمويل بالمضاربة بالاتي : -

١ – عدم تساوي توزيع الارباح ما بين رأس المال والجهد .

٢ – تعرض البضاعة للتلف في ظروف استثنائية تلحق خسارة بالمصرف [٦] .

٣ – مماطلة المضارب في تصفية العملية .

المطلب الرابع: الشرط المتعلق بتحديد نسبة الربح الذي يستحقه رب المال ورب العمل

يعد الاتفاق على تقاسم المصرف والمودعين للربح والخسارة، هو الباعث الدافع لدى المودع والمصرف الاسلامي لتعاطي استثمارالودائع، شرطاً جوهرياً في الاتفاق على الاستثمار، وعنصراً مهماً في تمييزه عن الربا المحرم بمقتضى الشريعة الاسلامية. وينظم الاتفاق مقدار ما يستحقه كل طرف من ربح أو خسارة. والربح هو: ((الكسب الناتج عن التجارة ، فيقال: ربحت تجارته ربحاً – بكسر الراء – وربحاً ورباحاً – بفتح الراء ، اي : كسبت)) [٧]. وقد عرف مجمع الفقه الاسلامي الربح بأنه :((الزائد على رأس المال وليس الايراد، او الغلة، ويعرف مقدار الربح اما بالتنضيض او التقويم...))[٨]. بينما تعرف الخسائر بأنها: جمع خسارة، وهي لقبض الربح ضد الربح،

---

[١] - تنظر المادة الثامنة من قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ .

[٢] - علاء الدين ابي مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٥ ، ج ٨ ، ص ٣٠ .

[٣] - مصطفى السيوطي الرحيباني ، مطالب أولي النهى في غاية المنتهى ، مرجع سابق ، ص ٥١٩ .

[٤] - عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦ .

[٥] - سماحة آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله) ، منهاج الصالحين ، دار المؤرخ العربي ، بيروت – لبنان ، ط ٨ ، ٢٠٠٣ ، (مسألة ٦٤٨) ، ص ١٨٤ . تنظر نجلاء شكري عبد اللطيف ، سلطة المضارب بعد كسب حق المضاربة : دراسة فقهية مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط ١ ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٢٦ وما بعدها .

[٦] - د . الغالي بن ابراهيم ، تحليل الربحية لأتخاذ القرارات الاستثمارية في البنوك الاسلامية ، دار صفاء للنشر والتوزيع ، عمان ، ط ١ ، ٢٠١٦ ، ص ٩٨ .

[٧] - د . علي محيي الدين القره داغي ، بحوث في فقه البنوك الاسلامية ، دار البشائر الاسلامية ، بيروت – لبنان ، ط ٢ ، ٢٠٠٩ ، ص ١٠ .

[٨] - نقلاً عن د.علي محيي الدين القره داغي ، بحوث في فقه البنوك الاسلامية، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها .

وتعني نقص رأس المال [١] بعد استثماره، ويعني الربا لغة ((الزيادة والنمو والارتفاع، فيقال ربا المال اي زاد ونما)) [٢]. ولنا عودة لتناول هذه المفاهيم القانونية والشرعية بالتفصيل في الفصل الثالث من هذه الدراسة .

وقد حرمت الشريعة الاسلامية التعامل بالربا اخذاً وعطاءً. ودل على حرمتها ما ورد في الكتاب والسنة والاجماع. فقد جاء في قوله تعالى في كتابه الكريم: (يمحق الله الربا ويربي الصدقات والله لا يحب كل كفار اثيم) [٣] ((وقد اعلن رسول الله (ص) حربه على الربا والمرابين، وبين خطره على المجتمع فقال (اذا ظهر الربا والزنى في قرية فقد احلوا بانفسهم عذاب الله)) [٤]. وتحريم الربا عند علماء الشيعة وجميع علماء الاسلام يُعد من المسلمات، فيرى هؤلاء أن من يتعامل بالربا مع علمه بحرمته يُعدُّ خارجاً عن زمرة المسلمين [٥]. وفي هذا قال صاحب الجواهر: ((الربا المحرم كتاباً وسنةً واجماعاً من المؤمنين، بل المسلمين، بل لا يبعد كونه من ضروريات الدين، فيدخل مستحله في سلك الكافرين)) [٦].

وبالمقابل، يعرف الربا اصطلاحاً بأنه :((الزيادة بغير عوض، اي بغير مقابل، في عقود المعاوضات))[٧].

ويتلخص الفرق ما بين الربح في المضاربة والربا، في أن الاول يتحدد سلفاً في صيغة حصة شائعة من مقدار الربح المتحقق (بمعنى الزيادة على رأس المال) وكان لكل من الطرفين سهم معلوم، وإذا لم
ينتج عن المضاربة ربح لحقت الخسارة برأس المال[٨] وخسر العامل أجره وجهده في العمل.
أما الربا فيتحدد بنسبة محددة ومعلومة سلفاً من رأس المال كعشرة بالمئة وهكذا يستحقها المقرض سواء أصاب المال المقترض كسب أم لا. كما أن الربا هو الزيادة المشروطة

---

[١] - ينظر د. زكريا محمد الفالح، مرجع سابق، ص ٢٥١. وينظر ايضاً ابراهيم فاضل الدبو، مرجع سابق، ص ١٢٤.

[٢] - نقلاً عن د . محمود حسين الوادي ، مرجع سابق ، ص ١٩١ .

[٣] - سورة البقرة ، الاية (٢٧٦) .

[٤] - الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، غاية المرام في تخريج احاديث الحلال والحرام، المكتب الاسلامي، بيروت، ط ١، ١٩٨١ ، الحديث رقم (٣٤٤) ، ص ٢٠٣ .

[٥] - الشيخ رافد حسن مجيد ، الربا في الفقه الاسلامي ، كلية التربية الاساسية ، جامعة ميسان ، العدد العشرون، ٢٠١٤، ص ٤٨٩ .

[٦] - الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، دار المؤرخ العربي ، بيروت – لبنان ، ج ٩ ، ط ١ ، ١٩٩٢ ، ص ٤٧٩ وما بعدها . وينظر الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، مؤسسة ال البيت لإحياء التراث ، قم المشرفة ، ط ٣ ، ١٤١٦ هجرية ، ص ٢٠ .

[٧] - د . عبد الحميد الغزالي ، اساسيات الاقتصاديات النقدية وضعياً واسلامياً ، دار النشر للجامعات ، القاهرة – مصر ، ط ٢ ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٧٠. وينظر د . محمد محمود المكاوي ، الاستثمار في البنوك الاسلامية ، دار الفكر والقانون ، المنصورة – مصر، ٢٠١٣، ص ٢٥٦ .

[٨] - د . غريب الجمال، المصارف وبيوت التمويل الاسلامية، دار الشروق للنشر والتوزيع، جدة – السعودية، ط ١، ١٩٧٨ ، ص ١٩١ .

سلفاً دون المشاركة بالعمل، بينما الربح هو نتيجة عمليات ينتج عنها تحريك المال وتعريضه للمخاطرة، وقد يتحقق عن ذلك زيادة في رأس المال أو قد تنجم عنه خسارة وفقاً لمبدأ المشاركة بالربح والخسارة [١].

ويترتب على هذا التباين بين مفهومي الربح الحلال في المضاربة والربا المحرم نتيجة قانونية وهي إن العلاقة ما بين المصرف الربوي والمودع تتخذ صفة المدين في عقد قرض (فيما يخص المصرف) والدائن (فيما يخص المودع) ومتى ما اقرض هذا المصرف الربوي مال المودعين إلى الغير أضحى هو بمركز الدائن والغير بمركز المدين. ويجري هذا التكييف القانوني على خلاف علاقة المودع بالمصرف الاسلامي التي تتخذ صفة العلاقة ما بين رب المال بالمضارب، فيما يتخذ في علاقته مع الغير صفة الشريك في عقود المشاركة أو رب المال في عقد المضاربة أو البائع أو المؤجر أو حتى المضارب بحسب مقتضى الحال .

وقد احالت الفقرة (اولاً) من المادة الثامنة في قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ في تعيين ما يستحقه كل طرف من ربح أو خسارة إلى الصيغ المعتمدة التي لا تخالف الشريعة الاسلامية كالمضاربة والمرابحة، وهو ما يقتضي الرجوع إلى القواعد المتبعة في الشريعة الاسلامية بخصوص توزيع الارباح والخسائر. وفي هذا الشأن اشترط الحنفية [٢] معلومية نصيب المضارب في الربح بشكل شائع كالنصف أو الثلث، وهذا النصيب المعلوم يكون من الربح وليس من رأس المال، وذهب بعض من فقهاء الجعفرية إلى أن العامل ورب المال يشتركان بالربح ويحصلون على حصتهم من الربح نصفاً أو ثلثاً أو غير ذلك [٣]. والزم الشافعي أن يكون الربح مبيناً بالجزئية والتعيين كالثلث ونحوها، بينما اشترط الحنابلة [٤] تقدير نصيب العامل من الربح لأنه لا يستحقه إلا بشرط ويصح أن يبين نصيبه بالربع أو النصف. أما إذا قال أحدهم للاخر قارضتك ولك حصة من الربح فسدت المضاربة، ولا يصح أن يشترط لأحد الطرفين على الاخر أن يحصل على مبلغ معدود، كأن يقول له مثلاً: قارضتك ولك مائة دينار، إذ إن من الممكن أن لا يربح سواها وتكون له وحده فتفسد المضاربة. ويرى الامامية وجوب تعيين الربح شرطاً في المضاربة كأن يقارض رب المال المضارب ويقول له قارضتك بألفين ولك الف ولي الف فيما نرزق، ولا فرق كذلك إن قال له ربح الألفين بيننا [٥].

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لعقد استثمار الوديعة النقدية

---

[١] - د . صادق الشمري ، اساسيات الصناعة المصرفية الاسلامية ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ وما بعدها .
[٢] - علاء الدين بن مسعود الكاساني ، مرجع سابق ، ج ٨ ، ص ٦ .
[٣] - سماحة اية الله العظمى السيد علي السيستاني ، مرجع سابق ، ص ١٧٦ . وتنظر د . شروق عباس فاضل ، عقد الايداع ، مرجع سابق ، ص ١١٠ .
[٤] - موفق الدين ابي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي ، المغني ، مرجع سابق ، ص ١٣٨ .
[٥] - د . عبد الحليم عويس ، موسوعة الفقه الاسلامي المعاصر، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ وما بعدها . وينظر عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، مرجع سابق ، ص ٣٧ وما بعدها .

بينا في المباحث السابقة الملامح الرئيسة للأتفاق على استثمار الوديعة النقدية في المصارف الاسلامية، ورأينا أن لهذا الاتفاق خصوصية تميزه عن عقد الوديعة عموماً، وعقد الوديعة المصرفية على وجه الخصوص، وتتلخص في المسائل الاتية : -

١ – إن الغرض الذي يبتغيه المودع في الوديعة الاستثمارية لا يقتصرعلى حفظ ماله من مخاطرالسرقة أو الفقدان أو التلف، كما هو الحال في عقد الوديعة عموماً أو عقد الوديعة المصرفية عند الطلب في المصارف كافة، وإنما ينصرف إلى استثمارها في الاوجه الجائزة شرعاً بغية تحقيق عائد مالي له يعينه في مواجهة متطلبات الحياة المعاصرة .

٢ – وتأسيساً على حقيقة إن المصرف الاسلامي في الوديعة الاستثمارية يعدُ مضارباً يلتزم بتوظيفها في الاوجه الشرعية أو التزامه بهذا الخصوص هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة معينة ولا يسأل الا في حالة تعديه أو تقصيره أو مخالفته لشروط الاتفاق[١]، لذا فان يد المصرف على الوديعة هي يد أمانة لا يد ضمان. وليس هذا هو الاصل في عقد الوديعة عموماً، والوديعة المصرفية في المصارف التقليدية والوديعة تحت الطلب في المصارف الاسلامية التي يضمن المصرف ردها، وتكون مضمونه بذمته وواجبة الرد في جميع الاحوال[٢].

بناءً على المعطيات المذكورة سالفاً، لا نرى في اضفاء وصف "الوديعة" على الاتفاق على استثمار اموال الزبون ما ينسجم مع القواعد العامة في عقد الوديعة، بل إنه يتناقض تماماً مع الاغراض التي يبغي الطرفان تحقيقها لإن المصرف الاسلامي في الوديعة الاستثمارية يستفيد من الربح الذي يتقاضاه كونه مضارباً او شريكاً في حسابات الاستثمار المطلقة، والأجرة وما زاد عن الربح المتفق عليه كونه وكيلاً في الوقت الذي لا يكون فيه ضامناً للوديعة او للربح في حال تحقق خسارة من دون تعديه او تقصيره .

ويعد هذا الأتفاق على الاستثمار تكريساً لعقد الوديعة، كما استقر التشريع على اضفاء وصف الوديعة المصرفية [٣] على الحساب المصرفي الذي يفتحه العميل لدى المصرف الذي يتقاضى منه في نظير ذلك فائدة، على الرغم من أنه عُدَ قرضاً بفائدة [٤] تأسيساً على قاعدة إن ((العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني))[٥]. واذا كنا قد استعملنا تعبير "الوديعة" على ذلك الاتفاق على استثمار أموال المودعين، فقد كان ذلك، مسايرة منا لما استقر عليه التشريع والفقه والتطبيق المصرفي في هذا الصدد ليس إلا .

---

[١] - ينظر البند (٣ / ١) من المعيار الشرعي رقم (٥٦) المتعلق بضمان مدير الاستثمار . تنظر د . شروق عباس السعدي ، عقد الأيداع ، مرجع سابق ، ص ١٠٩ .

[٢] - ينظر بخصوص رد الوديعة السيد علي بن السيد محمد علي الطباطبائي ، مرجع سابق ، ص ٤٢٩ .

[٣] - تنظر المواد (٢٣٩ / ٢٤٧) من قانون التجارة العراقي المرقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ . وتنظر الفقرة (حادي عشر) من المادة (٥) من قانون المصارف الاسلامية رقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ . والفقرة (تاسعاً) من المادة (٨) من قانون مصرف النهرين الاسلامي رقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ .

[٤] - د. محمد بن علي القري ، بحوث التمويل الاسلامي ، دار الميمان للنشر والتوزيع ، الرياض ، ٢٠٢٠، ط ١، المجلد الاول، ص ٣٨٢ .

[٥] - تنظر الفقرة (١) من المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

والواقع إن هذه الاختلافات البينة ما بين الاتفاق على استثمار الحسابات المصرفية للزبائن، وعقد الوديعة بحد ذاته، والوديعة المصرفية على وجه الخصوص، قد القت بظلالها على موقف الفقهاء المسلمين من متقدمين ومحدثين، الامرالذي انعكس على عدم تحقيق اجماع واضح لدى الفقه على اضفاء تكييف قانوني محدد على هذا الاتفاق .

من هنا فقد ذهب بعض من الشراح إلى عد المصرف الاسلامي مضارباً [١] ولكنهم اختلفوا في اضفاء وصف مناسب لطبيعته نشاط هذا المضارب، فذهب بعض منهم إلى أنه وكيل مفوض عن رب المال[٢] وقد نظرإليه بعضهم الاخرعلى أنه عامل أو وسيط[٣] ما بين المودع والمتعامل مع المصرف.

والواقع إن الخوض في تحديد طبيعة هذا العقد لا يقتصرعلى جانب التنظير الفقهي فحسب، بل يكتسب أهمية قانونية تبدو في تحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا الاتفاق، في الاحوال التي تغفل فيها القواعد القانونية والفقهية المتعلقة بالمضاربة عن تبيان حكم مسألة ما وهو ما يقتضي الرجوع إلى القواعد القانونية التي تحكم الاتفاق سداً لهذا النقص في التنظيم التشريعي أو الفقهي للموضوع .

بناءً على ما تقدم سنتصدى لبحث مسألة التكييف القانوني للمصرف الاسلامي في مطلبين : نتناول في المطلب الاول تكييف الاتفاق على استثمار الوديعة النقدية استناداً إلى عقد العمل، وفي المطلب الثاني تكييف الاتفاق بوصفه من عقود الوكالة أو الوساطة .

المطلب الاول: استثمار الوديعة النقدية استناداً إلى عقد العمل

ينظر بعض الفقهاء إلى المضارب على أنه عامل [٤] شأنه في ذلك شأن أي اجير يعمل لحساب مصلحة رب المال ويتقاضى في مقابل ذلك أجراً، ويترتب على هذا التصور أن الاتفاق على استثمار الوديعة النقدية لا يعدو أن يكون عقد عمل يؤدي فيه المصرف الاسلامي عملاً مقابل أجر متفق عليه .

وقد يكون لشيوع هذا التكييف عند بعض الفقهاء له ما يبرره بالنظر للشبه الواضح ما بين طبيعة النشاط الذي يؤديه العامل والمضارب في عصر صدر الاسلام وما تلاه،

---

[١] - د . محمد علي عثمان الفقي ، فقه المعاملات : (دراسة مقارنة) ، دار المريخ للنشر ، الرياض – السعودية، ١٩٨٦، ص ٢٨٧ .

[٢] - الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ط ٢ ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٣ . وينظر شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي ، نهاية المحتاج ، الجزء الخامس ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ط ٣ ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٢٨ . ينظر السيد ابو القاسم الخوئي ، كتاب المضاربة ، الجزء الثالث ، مسألة (١٢) ، الناشر لطفي ، المطبعة العلمية ، ط ١ ، ١٤٠٨ هجرية . وينظر السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم ، الاحكام الفقهية ، دار الهلال ، النجف الاشرف – العراق ، ط ٧ ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٨٣ .

[٣] - سماحة اية الله العظمى السيد محمد باقر الصدر ، البنك اللاربوي ، مرجع سابق ، ص ٥٢ .

[٤] - د . مصطفى عبد الله الهمشري ، الاعمال المصرفية والاسلام ، المكتب الاسلامي، لبنان ، ط ١ ، ١٩٨٢ ، ص ٢٥١ وما بعدها . وينظر سعود بن سعد دريب ، المعاملات المصرفية وموقف الشريعة الاسلامية منها ،مطابع نجد التجارية، الرياض - السعودية ، ط ١، ١٩٨٦، ص ١٠٤ . وينظر كذلك أحمد ضياء الدين ، النظام المصرفي الاسلامي : الموقف الحالي، مجلة دراسات اقتصادية اسلامية، الجزء الاول، البنك الاسلامي للتنمية، السعودية، العدد ٢، ١٩٩٤ ، ص ١٤ .

حينما كان التاجر يحمل اسفاره وبضائعه على الدواب متنقلاً بين البلاد يبيع هذه البضاعة ويشتري أخرى ويرهن ويرتهن لحساب رب المال ويتقاضى في مقابل ذلك على أجراً متفقاً عليه، من هنا فأن عمله يغدو اشبه ما يكون بعمل الاجير الذي يقوم بجهد بدني في مقابل أجر معين .

بيد أنه إذا كان التكييف المتقدم للمضارب قد يجد له بعض القبول بصدد عقد المضاربة الذي يعمل المضارب بموجبه لحساب رب مال واحد، فأنه لا يصدق بصدد المضارب المشترك الذي يضارب بأموال عدد كبيرمن الاشخاص كالاجيرالمشترك [١]. وهكذا تتألف العلاقة التي تنشأ في المضاربة المشتركة من ثلاثة اطراف، وهم كل من: المودع، والمضارب المشترك، والمستثمر، ويقوم المضارب المشترك بضمان ما يُسلم إليه من إموال في حال التعدي والتقصير، وبذلك يقاس المضارب المشترك على حالة الاجير المشترك من حيث الضمان [٢] .

لكن قياس المضارب المشترك على الاجيرالمشترك قد تعرض لنقد من بعض الفقه، من وجهة[٣] ان الاجيرالمشترك هو كل من يتقبل السلع من أصحابها لتصنيعها أو اصلاحها مقابل أجر معلوم، بينما يتسلم المضارب المشترك أموال اشخاص متعددين ويخلطها بأذنهم بغية أن يضارب بها مجتمعة ويحصل على نصيبه من الربح أو الخسارة. لذا لا يجب الضمان على المضارب إلا بالتعدي أو التقصير [٤] . ويلاحظ، من جانب أخر، بان المال عند المضارب يكون منتجاً للربح او للخسارة لانه مخصص للتجارة، بينما المال عند الأجير المشترك لا يكون معرضاً للخسارة اللهم الا اذا كان ذلك ناتجاً عن اهماله او تقصيره، ولا ينتج عنه ربح ايضاً لإن المال وضع عند الأجير لصنع شيء منه[٥].

---

[١] - يرى العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام في الفتاوى الهندية أن ((الاجير المشترك من يستحق الاجر بالعمل لا بتسليم نفسه للعمل ، وهو من يتقبل العمل من غير واحد . وحكم الاجير المشترك ان ما هلك في يده من غير صنعه فلا ضمان عليه ، ان هلك بأمر يمكن التحرز منه فهو ضامن وان هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان)) . الفتاوى الهندية ، الجزء الرابع ، دار الفكر، بيروت – لبنان ، ط ٢ ، ١٤٠٣ هجرية ، ص ٥٠٠ . وينظر السيد محمد الحسيني ، فقه الاجارة في شرح العروة الوثقى، دار الملاك للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان، ط ١ ، ١٩٩٨ م ، ص ٢٦٠ .

[٢] - د . سامي حمود ، تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية ، مكتبة دار التراث ، القاهرة – مصر ، ط ٣ ، ١٩٩١ ، ص ٤٠٠ وما بعدها .

[٣] - د . عبد الله عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة الاسلامية المعاصرة ، المكتبة المعاصرة ، لبنان ، ط ١ ، ١٩٨١ ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

[٤] - د . حسن الامين ، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة ، المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب ، السعودية ، ط ٢ ، ١٩٩٣ ، ص ٣٤ . وينظر المؤلف ذاته ، الودائع المصرفية واستثمارها في الاسلام ، دار الشروق ، السعودية ، ط ١ ، ١٩٧٩ ، ص ٣٢٢ وما بعدها .

[٥] - مدى مسؤولية المضارب والشريك (البنك ومجلس الادارة) عن الخسارة ، بحوث في الاقتصاد الاسلامي متاح على الرابط الاتي : www.qaradaghi.com/chapterDetails.aspx اخر زيارة للموقع ٢٨ / ٩ / ٢٠٢٠ .

كما أن هذه النظرة للمضارب، إن كانت تنسجم مع ظروف المجتمع الاسلامي في عهد ما قبل وما بعد ظهورالاسلام، فأنها لم تعد تنسجم مع روح العصر الحديث لا سيما بعد ظهورالتشريعات المنظمة لعقد العمل التي ادركت التمييز ما بين هذا العقد وغيره من سائر العقود الاخرى، وقد غدت تنظر إلى العامل على أنه كل شخص يبذل مجهوداً بدنياً أو فكرياً لمصلحة رب العمل في مقابل أجر[١] بينما يتولى المصرف الاسلامي إبرام الصفقات التجارية، وهي بالقطع تصرفات قانونية لا تنطوي على القيام بجهد بدني مادي.

ويلاحظ، من جانب آخر، بأن رب العمل يؤدي أجراً للعامل مقابل الحصول على جهده البدني، في حين إن تحقيق الربح ونماء رأس المال هو ما يسعى الطرفان إلى تحقيقه .

ويخضع العامل، من جانب ثالث إلى توجيه وإشراف ورقابة رب العمل، وهو ما يتقاطع البتة مع عمل المصارف الاسلامية التي تتمتع بقدر غير قليل من الحرية والاستقلال في استغلال الاموال مستمدة مما يتحلى به المصرف من خبرة وسمعة تجارية وقدرة على الاتصال بالعملاء من دون أن يكون للمودع أي دور في الاشراف والرقابة على أنشطته الاستثمارية [٢] .

ويحصل العامل، من جانب رابع، على أجره بغض النظر عما حققه صاحب العمل من ربح أو خسارة ، في حين أن المصرف الاسلامي، بوصفه مضارباً لا يتقاضى ربحاً عند تحقق خسارة [٣] وهكذا فانه يخسر جهده المبذول عند تحقق هذه الفرضية .

ويلاحظ أخيراً بأن إضفاء صفة العامل على المصرف الاسلامي، إن كانت تصح بصدد نشاط الاشخاص الطبيعية، فانها لا تصلح أن ينعت بها النشاط الذي يؤديه الاشخاص المعنوية، كالمصارف التي تمارس أعمال الصيرفة والتعاملات المالية التي لا تخرج عن كونها تصرفات قانونية .

من هنا يتبين لنا أن إضفاء صفة العامل على المصرف الاسلامي لا يقوم على أساس سليم لتعارضه الصارخ مع حكم القواعد العامة في القانون في عقد العمل وطبيعة نشاط المصرف .

المطلب الثاني: استثمار الوديعة النقدية بوصفه من عقود الوكالة أو الوساطة

ذهب العديد من الفقهاء إلى عدٌ من يرخص له رب المال باستثمار ماله بأنه إما أن يكون وكيلاً أو وسيطاً[1]، وعلى هذا فان الاتفاق على استثمار الوديعة النقدية لا يعدو أن

---

[١]- عرفت الفقرة (سادساً) من المادة الاولى من قانون العمل العراقي الجديد المرقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ بأنه ((كل شخص طبيعي سواء كان ذكراً أم انثى يعمل بتوجيه واشراف صاحب عمل تحت ادارته ، سواء اكان يعمل بعقد مكتوب ام شفوي ، صريح ام ضمني او على سبيل التدريب او الاختبار او يقوم بعمل فكري او بدني لقاء اجر ايا كان نوعه بموجب هذا القانون)) .والقانون المذكور منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٨٦) في ٩ / ١١ / ٢٠١٥.

[٢]- ينظر البند (٤ – ٨)،من ضوابط ادوات التمويل الاسلامي،الصادرعن البنك المركزي العراقي لعام ٢٠١٨،ص ٣٢.

[٣]- ينظر البند (٨ / ٧) من المعيار الشرعي رقم (١٣) (المضاربة) والصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ٢٠١٧ .

يكون عقد وكالة أوعقد وساطة يتوسط فيها المصرف ما بين المودع والزبون المتعامل مع المصرف، والواقع إن هذا التصورله ما يبرره فيما لو علمنا أن المضاربة تتخذ احدى الصورتين آلاتيتين : -

الصورة الاولى: أن يتولى المضارب بنفسه استثمار (مال المضاربة) باحدى الاوجه المشروعة كأن يشتري بمال المضاربة بضاعة أو أن يؤجر أو يستأجر أو أن يرهن أو أن يرتهن أو أن يبيع ما لديه من مال وهكذا لحساب رب المال [٢] .

الصورة الثانية: أن يدفع المضارب المال إلى غيره لكي يستثمره بدلاً عنه ثم يشترك معه بعد ذلك فيما يحققه المشروع من أرباح [٣] . وتتمثل هذه الصورة بأعمال تأسيس الشركات والمشاركات وتمويل المشاريع الزراعية والصناعية وتمويل التجارة الداخلية والخارجية وما إلى ذلك، وهكذا يتخذ استثمار

المصرف الاسلامي للوديعة في الصورة الثانية صيغة الاستثمار غير المباشر. وقد قدمنا إن بعضاً من الفقه الاسلامي قد ذهب إلى صحة أن يدفع المضارب مال المضاربة إلى غيره إن فوضه بذلك رب المال [٤] .

من هنا فقد ذهب هذا الجانب من الفقه إلى أن المفوض بالاستثمار يُعدُّ مضارباً [٥] . ووكيلاً في الوقت عينه. وقد تأثر قانون المصارف الاسلامية بالتكييف الفقهي المتقدم ، اذ نصت الفقرة (الحادية عشرة) من المادة الخامسة من القانون المذكورعلى تخويل المصرف الاسلامي ((استثمار الودائع بموجب عقد وكالة مقابل أجر محدد فقط أو أخذ أجر محدد زائداً حصة من الربح المتحقق عن عملية الاستثمار في حال زيادته عن حد معين يذكر في العقد مسبقاً)).ويلاحظ على الفقرة السابقة ان المشرع قد حصر مدى السلطة التي يتحلى بها المصرف الاسلامي بتلك التي تنصرف الى اعمال تنمية المال

---

[١] - إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٨ ، ط ١ ، الجزء الثالث ، ص ٤٤٤ . ينظر د . عبد الحميد الغزالي ، مرجع سابق ، ص ٢٠٢ وما بعدها . وتنظر الفقرة الحادية عشرة من المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ . وقد عرف المعيار الشرعي رقم (١٣) من المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية ، المضاربة بإنه ((مستند اشتراط اهلية التوكيل والتوكل : هو ان العاقدين كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه ، فمن جاز له ان يوكل ويتوكل جاز له عقد المضاربة)) . وبصدد ما يخص عقد السمسرة ، ينظر د . مصطفى كمال طه ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٧ ، ص ١٣٩ .

[٢] - باسم علوان طعمة العقابي ، عقد المضاربة المصرفية ، أطروحة دكتوراه تقدم بها الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٤ .

[٣] - سليم رسم باز ، شرح المجلة ، دار العلم للجميع ، لبنان ، ط ٣ ، ١٩٩٨ ، ص ٦٤١ .

[٤] - د . بلال الانصاري ، مرجع سابق ، ص ٢٥٩ . وينظر ايضاً زكريا محمد الفالح ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ . وينظر نجلاء شكري عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص ٢٢٦ .

[٥] - بدر الدين ابي الفضل محمد بن ابي بكر الشافعي ، بداية المحتاج في شرح المنهاج ، مرجع سابق ، ص ٣٧٣ . ينظر السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين، دار المتقين، بيروت – لبنان ، مسألة (٥٨٧) ، ص ١٢٩ .

باستثماره[1]. وتعرف الفقرة (٣–١١) من ضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية لعام ٢٠١٨ الوكالة بالأستثمار بانها: ((عقد يقوم بموجبه صاحب حساب الأستثمار بتعيين المصرف الاسلامي (كوكيل) للقيام بالأستثمار نيابة عن الموكل الأصيل لقاء رسوم او بدون رسوم حسب كل حالة)) .

والواقع إن اضفاء صفة الوكيل على أنشطة المصارف الاسلامية بصدد استثمار أموال المودعين أمر لا يأتلف مع الكثير من المعطيات القانونية والعملية التي تقف حجر عثرة أمام قبوله، نوجزها بالأتي :

اولاً : إن المصرف (الوكيل) يعمل باسم ولحساب المودع (الموكل)، ومن مقتضى الوكالة أن تنصرف آثار الصفقات القانونية التي تجريها المصارف إلى المودع وتنتهي مهمة المصرف الاسلامي عند هذا الحد فيتقاضى أجره بعد أن أدى الالتزام المترتب بذمته، ولا يكون ضامناً لتنفيذ المتعامل معه للاتفاق المبرم معه نيابة عن عميله (المودع) ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويؤخذ بالحكم نفسه حتى لو نظرنا إلى المصارف على أنها وكيل بالعمولة، وهو كل من يتعاقد باسمه ولحساب الاصيل (المودع) [2]، إذ إن اثار التصرف الذي يبرمه تنصرف إلى الموكل (المودع) [3]. وهذه الصلة المباشرة التي اوجدها تصرف الوكيل تجعل المودع يرتبط بعلاقة تعاقدية مباشرة مع زبون المصرف الذي استثمر الودائع النقدية في مشروع معين. والواقع إن هذا التصور قد يؤدي إلى نتائج قانونية غير مقبولة تصطدم مع طبيعة النشاط المصرفي من وجهة إن ابرام العقد عن طريق وكيل يقتضي علم الموكل (المودع) بالشخص المتعامل مع المصرف والعكس صحيح . كما أن هذه النتيجة تتقاطع بالطبع

مع طبيعة عمل المصارف الاسلامية التي تتعامل يومياً مع عدد غير محدد من المودعين والزبائن وتستثمر في سبيل ذلك ودائع تعود لعدد كبير من المودعين تختلط مع بعضها بعض، وهو ما ينفي علم أرباب المال من المودعين بشخص من يتولى استثمار أموالهم

---

[1] - نص البند (٢ / ١) من المعيار الشرعي رقم (٤٦) المتعلق بالوكالة بالأستثمار على تعريف الوكالة بالاستثمار بانها : ((انابة الشخص غيره لتنمية ماله باجرة او بغير اجرة)) .
ويبدو وجه الفرق فيما بين الوكالة في انشاء التصرفات والوكالة بالأستثمار في ان التفويض في الأولى يكون أعم واشمل فيمتد الى ابرام التصرفات وتقديم الخدمات والاعمال المادية المدنية والتجارية كالقبض والوفاء او توكيل بالشراء كما في المرابحة توكيل الزبون بالتملك لصالح المصرف الاسلامي وليس بالاستثمار ، في حين تختص الوكالة بالاستثمار بتنمية واستثمار المال لصالح الموكل . اذ تقتصر على الأضطلاع بعمل معين كتخويل المصرف الاسلامي ابرام عقود المرابحة او المضاربة او المشاركة وما الى ذلك . للتفصيل ينظر د. عبد الستار ابو غدة، الوكالة بالاستثمار وتاصيلها وتطبيقاتها ، بحوث ندوة البركة الرابعة والثلاثين للأقتصاد الاسلامي ، ادارة التطوير والبحوث مجموعة البركة المصرفية ، ط ١ ، ٢٠١٣ ، ص ٣٣١ .

[2] - تعرف تعليمات تنظيم اعمال الوكالة التجارية رقم (١) لسنة ٢٠٢٠ الصادرة بموجب قانون تنظيم الوكالة التجارية المرقم (٧٩) لسنة ٢٠١٧، والمنشورة في الوقائع العراقية بالعدد رقم (٤٦٠٤) في ٢٠٢٠/١١/١٦، الوكالة بالعمولة في الفقرة (ثانياً) من المادة (الاولى) منها بانها عقد ((... يخول بموجبه الطرف الاول (الموكل الاجنبي) الطرف الثاني (الوكيل التجاري العراقي) حق العمل في العراق باسم الوكيل ولحساب الموكل وبشروطه .....)) .

[3] - د . باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، مكتبة السنهوري ، بغداد – العراق ، ط ١ ، ٢٠١٥ ، ص ٢٢٦ .

من زبائن المصرف، بل إن المودعين في المضاربة المطلقة قد يجهلون ابتداءً أوجه استثمار أموالهم وشخص من تؤول إليه في النهاية . كما ان عد المصرف الاسلامي وكيلاً بالأستثمار يتيح للموكل (المودع) سلطة التدخل في قرارات المصرف الاسلامي الأستثمارية [١] من خلال سلطته في توجيه التعليمات ذات الصلة بالوكالة [٢] وهذا ما يتنافى مع الواقع العملي للمصارف الاسلامية التي تمارس سلطة تقديرية واسعة في استثمار الودائع دون ان يحد من ذلك اية تعليمات قد تصدر من المودع بهذا الخصوص[٣].

ثانياً: إن الاخذ بالتكييف المتقدم يعطي للمودعين وزبائن المصرف المتعاقدين معه لتمويل مشروع ما الحق في مساءلة بعضهم بعض عن أي إخلال يصدر من أي منهم لألتزاماته ما لم يخولوا المصرف متابعة تنفيذ كل طرف لألتزاماته . ومثل هذا التخويل لا يمنع الاصيل من أن يتولى بنفسه مسائلة زبون المصرف (المستقرض) عن أي إخلال بالتزاماته لأن حقوق العقد تعود إليه [٤]. وتصطدم هذه النتيجة مع التطبيق العملي والقانوني الذي يتجه نحو عد المصرف وحده مسؤولاً عن متابعة حسن تنفيذ المقترضين أو المستثمرين للاتفاقات المبرمة معه ومساءلتهم عن أي إخلال يصدرعنهم في عمليات لم يكن المودع طرفاً فيها ولا علم له بشخص زبون المصرف المتعاقد [٥] .

ثالثاً : بينا فيما تقدم إن الفقرة (الحادية عشرة) من المادة الخامسة في قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ قد رسمت علاقة المصرف بالمودع استناداً لعقد الوكالة وليس بموجب عقد المضاربة. وأضفت الفقرة المتقدمة صفة (الاجر) المحدد، على المقابل الذي يتقاضاه المصرف الاسلامي نظير استثماره لأموال المودعين، مما

---

[١] - د . عبد الستار ابو غدة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٢ .

[٢] - تنص المادة (٩٣٣) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على انه : ((على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة ، على انه لا حرج عليه اذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود ، متى كان من المتعذر عليه اخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان الا ليوافق على هذه التصرفات ، وعلى الوكيل في هذه الحالة ، ان يبادر في ابلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة)) .

[٣] - وفي هذا تنص المادة (٩٤٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه : ((حقوق العقد تعود الى العاقد فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة ، فان العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه)) . وفي هذا الخصوص ينص البند (ثانياً) من عقد الودائع الاستثمارية للمصرف الدولي الاسلامي على انه : ((يتم استثمار الوديعة من قبل الطرف الاول على اساس المضاربة المطلقة والبالغة ..... دينار عراقي / دولار فقط والموافقة مع السياسات التمويلية في استثمار (اموال الودائع) وحسب تعليمات الطرف الاول المرفقة في ملحق هذا العقد والتي تعتبر جزءاً لا يتجزء منه والتي اطلع عليها الطرف الثاني ووافق عليها بما يحقق مصلحة الطرفين)) .

[٤] - وفي هذا تنص المادة (٩٤٢) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي تنص على أن :((حقوق العقد تعود الى العاقد فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه)) .

[٥] - ينظر في هذا الخصوص د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، البند (٢٤٦) ص ٤٥٠ .

يعني أنه ليس بمضارب لأن الاخير لا يستحق أجراً [١]، وإنما حصة من الربح المتحقق. وهذا الوصف القانوني يتعارض مع ما استقر عليه عمل المصارف الاسلامية التي دأبت على إنشاء محفظة للمضاربة المطلقة، تتكون من مجموعة من أموال المودعين، ويتقاضى المصرف (الوكيل) حصته من الربح من مجموع الارباح المتحققة من المحفظة الاستثمارية لمجموع أموال المودعين لا من الربح الناجم عن مضاربة معينة، ويستحق الوكيل عمولة (أجر) من دون ربح المضاربة بمعنى أن المصرف (الوكيل) يستحق الاجر بغض النظر عن نتيجة مشروع ما [٢].

رابعاً: إن الوكالة تتيح للوكيل (المصرف) أن يعتزل الوكالة في أي وقت، كما أن للموكل أن يعزله [٣].وقد تصطدم هذه القاعدة القانونية مع شروط الحسابات الاستثمارية التي لا تتيح للمودع سحب الوديعة قبل حلول أجل معين وهو ما يقف حجرعثرة أمام ممارسة الاصيل للحق في إقالة الوكيل.

ولعل هذا التنافر البين ما بين مفهوم الوكالة وطبيعة نشاط المصرف الاسلامي هي التي حدت ببعض من الفقه الى طرح تصوراً آخر وهو أن المصرف الاسلامي يعد، بحكم وضعه القانوني والمالي، [٤] وسيطاً عن المودعين (ارباب المال) من جهة، والزبائن المتعاملين مع المصرف[٥]. والوساطة عقد يلتزم فيه الوسيط، كالدلال والوسيط في سوق الاوراق المالية، بالتوسط بين طرفين بغية تسهيل ابرام الصفقات مقابل عمولة معينة يحصل عليها حالما تنتهي مهمة الوسيط بابرام العقد ولا شأن له بعد ذلك بأخلال أحد الطرفين بالتزاماته ما لم يلتزم بضمان الصفقة لأحدهما أو كليهما [٦].

ولو إننا تمعنا ملياً في العلاقات القانونية الناشئة عن تعامل المصرف الاسلامي مع أموال المودعين لوجدنا أن من الصعوبة بمكان إضفاء وصف الوسيط على المصرف

---

[١]- ينظر البند (٤-٩) من ضوابط ادوات التمويل الاسلامي ، الصادر عن البنك المركزي العراقي لعام ٢٠١٨ ، ص ٣٢ .

[٢]- ينظر المعيار الشرعي رقم (٤٦) (الوكالة بالاستثمار) الصادرعن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧.

[٣]- تنظر المادة (٩٤٧) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي نصت على ((١ – للموكل ان يعزل الوكيل او ان يقيد من وكالته . وللوكيل ان يعزل نفسه . ولا عبرة باي اتفاق يخالف ذلك ، لكن اذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل او التقيد دون رضاء هذا الغير . ٢ – ولا يتحقق انتهاء الوكالة بالعزل الا بعد حصول العلم للطرف الثاني . ٣ – واذا كانت الوكالة باجرة فان من صدر منه العزل يكون ملزماً بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول)) .

[٤]- آية الله العظمى سماحة السيد محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي ، مرجع سابق ، ص ٥٢ . ينظر . د . محمد محمود مكاوي ، البنوك الاسلامية، النظرية – التطبيق – التطوير، المكتبة العصرية للنشر، مصر، ط ١، ٢٠١٢، ص ١٠٩. وينظر بخصوص عقد الوساطة، السمسرة د. مصطفى كمال طه ، مرجع سابق، ص ١٤١.

[٥]- باسم علوان طعمة العقابي ، مرجع سابق، ص ٣٢.

[٦]- بخصوص عقد السمسرة ينظر، د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الاول، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان– الاردن، ١٩٩٨ ، ص ٤٣٣. ينظر. د. علي فوزي ابراهيم الموسوي، النظام القانوني لادارة محفظة الاوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨ م ، ص ٩٩.

الاسلامي، والعلة في ذلك تكمن في أن الوساطة[1] هي عمل تجاري يستهدف تعريف كل طرف بالشخص الراغب بالتعاقد معه وتقريب وجهات النظر فيما بينهما بغية تيسيرابرام الصفقة[2]. وتنتهي مهمة الوسيط عند هذا الحد فيحصل على عمولته ولا شأن له بعد ذلك بمدى تنفيذ كل طرف لالتزاماته [3] قبل الطرف الاخر.

وتفترض الوساطة، من ناحية اخرى، علم كل طرف بشخص الطرف الثاني وليس هذا هو الاصل في عمل المصرف الاسلامي الذي لا يتوسط بين المودعين من جهة وزبائنه من جهة أخرى، لأنه هو وحده من يستقل بوضع شروط التعاقد مع الزبون ولا يرجع في ذلك إلى المودع ليقف على رأيه. وعلى هذا فأن المودع لا علم له بشخص الزبون المتعامل مع المصرف والعكس صحيح .

كما أن للمصرف الاسلامي، من ناحية ثالثة، مصلحة شخصية مشروعة في إبرام المعاملات المصرفية مع زبائنه وفي تنفيذها لكي يحصل بنتيجة ذلك على ربح . وهذا الربح لا يحصل عليه المصرف حال ابرام الصفقة وانما بعد تحقيقه لأرباح، ومن مقدار الربح المتحقق بعد مضي مدة معينة من تنفيذ الصفقة، كما هو الحال في عقود الايجار والسلم والمرابحة أو بعد انتهاء العقد وتصفية حقوق الطرفين كما هو الحال في عقود المشاركات وحسابات الاستثمار المخصص في مشروع ما. في حين أن الوسيط في الوساطة يتقاضى عادةً عمولته مقدماً من الطرفين أو من احدهما طبقاً للاتفاق المبرم .

وتأسيساً على المعطيات القانونية والعملية المذكورة سالفاً قد يبدو من العسير النظر إلى المصرف الاسلامي على أنه وسيط.

وبعد الموازنة فيما طرح من تكييف لطبيعة نشاط المصرف الاسلامي نرى أن النظر إلى المصرف الاسلامي بوصفه مضارب ارتبط مع رب المال المودع بعقد مضاربة يحصل بمقتضاه على نسبة متفق عليها من الربح عند تحقيقه، ليغدو ذلك اكثر انسجاماً مع نص الفقرة (ثانياً) من المادة (٨) من قانون مصرف النهرين الاسلامي رقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢ الذي رخص للمصرف المذكور ((توظيف الاموال التي يرغب اصحابها في استثمارها مع بقية الموارد المتاحة لدى المصرف وذلك بموجب نظام المضاربة....)) وطبقاً لقاعدة الغنم بالغرم.

وإذا كان لا مفر للمشرع العراقي من أن يساير موقف جمهور الفقهاء المسلمين في غلبة نظرتهم إليه على أنه وكيل، والذي يقوم على تراث فقهي إسلامي ضربت جذوره منذ أمد بعيد في طيات كتب الفقه، فقد كان الأحرى بالمشرع أن يحرر هذه الوكالة من

---

[1] - نصت المادة الاولى من قانون الدلالة العراقي المرقم (٥٨) لسنة ١٩٨٧ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣١٥٦) في ٢٩ / ٦ / ١٩٨٧ على ان عقد الدلالة هو كل ((عمل يبتغي القائم به تسهيل ابرام عقد من العقود لقاء اجرة)) .

[2] - د . سميحة القليوبي ، شرح العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٢١٥ .

[3] - د . محمود عبد الكريم إرشيد ، مخاطر السمسرة وعلاقتها بالوساطة وتحديد أجور السمسار في الاسواق ، دار النفائس، عمان – الاردن ، ط ١ ، ٢٠١٥ ، ص ٢٤٣ . وتنظر د . سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ .

بعض الالتزامات المفروضة على الوكيل على نحو ما هو مقرر في الوكالة العادية، من ذلك مثلا عدم اخضاع المصرف للتعليمات الصادرة من الموكل، وعدم جواز عزله في حالة استثماره لبعض الودائع النقدية المقترنة لأجل لتعلق حق الغير بها [1] كما هو الحال في الودائع الاستثمارية والودائع بأجل التي تستثمر في مشاريع معينة قد يؤدي قيام المودع بسحب وديعته منها قبل انقضاء أجلها إلى الأضرار بمصلحة ومصلحة الزبائن المتعاملين معه على حد سواء. ووجه الخصوصية التي ينطوي عليها النشاط المصرفي الاسلامي تكمن في أنه من وجهة يتعامل مع عدد لا حصر له من المودعين، فلو إننا أبحنا لهولاء أن يصدروا إليه تعليمات ملزمة لافضى ذلك إلى إرهاقه وعجزه عن تنفيذ عمله المتفق عليه، فضلاً عما يفترض في المصرف الاسلامي من خبرة ودراية بشؤون التجارة وهو ما حدا بالمودعين إلى استثمار أموالهم فيه.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة أحكام استثمار الودائع النقدية في المصارف الاسلامية، وجدنا من المناسب أن نعرض لأهم النتائج التي تمخضت عنها هذه الدراسة، والمقترحات التي من شأنها أن تسهم في تطوير نصوص القانون ذات الصلة، نوجزها بالاتي:

اولاً : النتائج التي تمخضت عنها هذه الدراسة

١ – تؤدي المصارف الاسلامية دوراً مهماً في تحقيق التنمية الاقتصادية، أمضى أثراً مما عليه الحال في المصارف التقليدية بالنظر إلى أن اسلوب استثمارها للمال المودع يقوم على أساس فكرة التوجيه المباشر للموارد المالية نحو المشاريع المهمة والمنتجة التي تسهم في تحقيق التنمية الوطنية والتصدي للبطالة . لذا لا عجب إن أقدم المشرع العراقي على تشريع قانون مصرف النهرين الاسلامي المرقم (٩٥) لسنة ٢٠١٢، وقانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ فضلاً عن الضوابط ذات الصلة والصادرة عن البنك المركزي العراقي أو من قبل الهيئات الاسلامية الاخرى.

٢ – ولعل أهم ما يميز طبيعة الاتفاق ما بين المودع والمصرف الاسلامي هو أتفاقهما على تقاسم الارباح او الخسائر الناجمة عن استثمار الودائع النقدية على نحو يخلو من التزام المصرف باداء فائدة تتحدد بمبلغ أو نسبة محددة ، وفي اسلوب توظيف رأس المال الذي ينحصر في عمليات جائزة شرعاً .

٣ –رأينا من خلال استعراض ألية إبرام الاتفاق على استثمار الودائع النقدية أن قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ لم يتطلب أن يفرغ هذا الاتفاق بصيغة مكتوبة على الرغم من خطورته وما قد يؤديه من نتائج تتمثل باحتمال فقدان المودع لوديعته المستغلة في النشاط التجاري في حال تحقيق المشروع التجاري لخسارة، فضلاً

[1] ـ د . رعد عداي حسين ، الوكالة المدنية الغير قابلة للعزل ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ٧٠ .

عن أن ليس هناك ما يحول دون قيام المصرف الاسلامي بادراج شروط تعسفية في هذا الاتفاق تنطوي على رعاية مصالحه على حساب المودع مستغلاً في ذلك خبرته المصرفية والقانونية ومركزه الاقتصادي الذي يتيح له فرض شروط التعاقد على وجه لا يقبل التفاوض بشأنها.

٤ – ان العلاقة ما بين المصرف الاسلامي والمودعون يحكمها عقد المضاربة تارةً من حيث عدم السماح للمودع (رب المال) بالتدخل في القرارات الاستثمارية وعقد الوكالة بالاستثمار من حيث تحديد الاجر واستحقاقه ومما زاد على الربح في حال الاتفاق على ذلك تارةً اخرى، مما يؤدي الى تضارب المصالح فيما يخص اصحاب الودائع الاستثمارية.

٥ – إن قانون المصارف الاسلامية قد عَد المصرف الاسلامي وكيلاً عن المودع يقتصر دوره على التوسط في إبرام الصفقات التجارية فيما بين المودع وزبون المصرف . وقد بينا في هذا الصدد أن اضفاء هذا الوصف القانوني على المصرف الاسلامي يصطدم بالكثير من الاعتبارات القانونية العلمية التي تقف حجر عثرة أمام الاخذ به، بالنظر لما يؤديه من نتائج قانونية قد لا تنسجم مع طبيعة عمل المصارف وتعاملها مع أعداد كبيرة من الزبائن والعملاء.

ثانياً : المقترحات

بينا فيما تقدم أن قانون المصارف الاسلامية والضوابط الملحقة به، وإن كان يشكل طفرة نوعية في العمل المصرفي في العراق من شأنه أن يؤدي دوراً مهماً في دفع عجلة النشاط المصرفي الاسلامي إلى الامام، إلا أنه ما زال بحاجة إلى المزيد من المراجعة بغية تخطي أوجه الخلل فيه وتنظيم بعض المسائل فيه .

وتأسيساً على ما تقدم تقترح ما يأتي:-

١ – النص في قانون المصارف الاسلامية على إلزام المصارف بتحريرعقد مكتوب يثبت شروط الوديعة الاستثمارية على أن لا يعد ذلك شرطاً لانعقاد العقد وأن يتاح للمودع إثبات وجود هذا الاتفاق بالطرائق الجائزة قانوناً وشرعاً، وأن يفرض القانون على المصرف الاسلامي الذي يخل بالمتطلب المتقدم غرامة مالية عن كل مخالفة.

٢ – نقترح أن يعيد المشرع العراقي النظر في الوصف القانوني المعطى للمصرف بأن يعده مضارباً لا وكيلاً. ويفيد هذا التكييف في إزالة أي صعوبات قانونية أو عملية تكتنف عد المصرف وكيلاً على نحو ما قدمنا في هذه الدراسة. كما أنه يتيح للمودع مساءلة المصرف مباشرةً عن أي تعدٍ أو تقصير أو مخالفة لشروط التعاقد بدلاً من ملاحقة زبونه الذي قد يجهل شخصه والاوجه التي يستثمر فيها ماله.

٣ – نقترح على المشرع تعديل المادة (١٣) من قانون المصارف الاسلامية المرقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ بما يضمن أن تكون للضوابط الصادرة عن البنك المركزي العراقي العلوية في التطبيق على المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لعام ٢٠١٧ ، وهو ما يتيح للبنك المركزي العراقي إضفاء

قدر من المرونة لتنظيم قواعد قانونية مخصوصة بالعمل المصرفي الاسلامي بما ينسجم مع البيئة التجارية والاجتماعية العراقية تراعي فيها التراث الثر من القواعد الشرعية التي اعتمدها الفقه الجعفري الذي كان له قصب السبق في بلورة الكثير من المفاهيم القانونية ذات العلاقة.

٥ – نقترح على المشرع العراقي تعديل نص الفقرة الحادي عشر) من المادة الخامسة من قانون المصارف الاسلامية بما يفيد النص على أن الاجر الذي يستحقه المصرف يجب أن يتخذ نسبة مئوية من الربح المتحقق فقط لا بصيغة أجر مقطوع يستوفى في جميع الاحوال.