عقد المضاربة في المصارف الاسلامية

contract Almudarabat in Islamic banks

أ. د . علي فوزي ابراهيم الموسوي
كلية القانون جامعة بغداد

دعاء قاسم كاظم
كلية القانون جامعة بغداد

Prof. Dr. Ali Fawzi Ibrahim Al-Musawi
College of Law - University of Baghdad

Duaa Qassem Kadhim
College of Law - University of Baghdad

الملخص

تعد المصارف بشكل عام عصب الاقتصاد ومحركه الرئيس كونها تعمل على جمع الاموال المدخرة ومحاولة تنميتها وتسهل تداولها وتخطط لاستثمارها، اذ لا يمكن انكار الدور الايجابي الذي يلعبه النشاط المصرفي في الخدمات والتمويل والاستثمار وفي مختلف النشاطات المالية والاقتصادية والاجتماعية، فالمصارف اليوم تنظم علائق المجتمع وتسهل عملية التعامل بين الأفراد والمجتمعات وتعمل كوسيط مالي ينظم الادوار الاقتصادية لأطراف النشاط الاقتصادي المختلفة,اذ تبنت المصارف الاسلامية منذ نشأتها صيغ التي يقوم عليها المصرف الاسلامي في اعمال التمويل والاستثمارات منها صيغ المضاربة, اذ تعد صيغة المضاربة من افضل الصور التي توضح العلاقة بين العمل و راس المال وكيفية انماء هذه الاموال بطريقة عادلة إذ يأخذ كل من صاحب المال والمضارب نصيبه من الربح المتحقق نتيجة لتنمية هذا المال هذه في حالة الربح اما في حالة الخسارة ايضا يكون التقسيم و التوزيع عادلاً إذ يخسر المضارب الجهد والوقت المبذول ويخسر رب المال الاموال المستخدمة في المضاربة في حالة خسارة.

Abstract:

Banks are generally the backbone of the economy and its main engine, as they work to collect saved funds, try to develop them, facilitate their circulation, and plan to invest them, as it is undeniable that the positive role that banking activity plays in services, financing, investment, and in various financial, economic and social activities, banks today organize relationships Society and facilitate the process of dealing between individuals and societies and act as a financial intermediary that regulates the economic roles of the various parties to economic activity, as Islamic banks have adopted since their inception formulas on which the Islamic

bank is based in financing and investments, including speculation formulas As the speculation formula is one of the best forms that illustrate the relationship between work and capital and how to develop this money in a fair way, as each of the owner of the money and the speculator takes his share of the profit achieved as a result of the development of this money in the case of profit, but in the case of loss The division and distribution is also fair, as the speculator loses the effort and time expended, and the owner of the money loses the money used in the speculation in case of loss.

المقدمة

تعد المصارف الاسلامية مؤسسات مالية تحكمها قاعدتان اساسيتان أحدهما قاعدة قانونية، والاخرى قاعدة فقهية وذلك لان المعاملات المصرفية في المصارف الاسلامية وخصوصاً فيما يتعلق بالتمويل والاستثمار لابد من أن تكون المعاملات المصرفية متوافقه مع احكام الشريعة الاسلامية ومن ضمن هذه الصيغ التمويل في المصارف الاسلامية هي صيغه المضاربة,التي سوف نتناولها في هذا البحث اذ تقديم الاموال سواءً أكانت عينية أو نقدية من المالك الذي يتمثل بالمصرف الاسلامي (سواء كان هذه الاموال راس ماله او اموال مودعة) الى الافراد او الشركات (العميل او المستثمر) لكي يقوم بتصرف فيها ضمن ضوابط وأحكام الشريعة الاسلامية ، من أجل تحقيق ارباح متوافقة مع الناحية الشرعية و كذلك من خلال ابرام عقود متوافقة مع الشريعة الاسلامية .

اولا: أهمية البحث importance of research تظهر أهمية البحث بأهمية المشكلة الموضوع والاثار التي يتناولها , اذ تكمن أهمية الموضوع في تناول تحديد مفهوم عقد المضاربة , و دورها في جذب الاموال المدخرين و رؤوس الاموال وتقوم المصارف الاسلامية بعد ذلك بأعادة توجيهها واستثمارها بما يحقق تنمية الاقتصادية والاجتماعية بشرط ان يكون توظيف تلك الاستثمارات في اطار الشريعة الاسلامية, وكذلك تكمن الاهمية في الدورالايجابي الفعال الذي تلعبه المصارف وتأثيره على النظام الاقتصادي في توفير فرص استثمارية جديدة .

ثانيا : منهجية البحث research methodology

اما من حيث المنهجية البحث فقد استخدمنا المنهج التحليلي تكون منهجية البحث دراسة تحليلية مقارنة ، اذ سنقوم نتحليل ودراسة منهجية عقد المضاربة من حيث ماهية عقد المضاربة في المصارف الاسلامية وخصائصها واثارها .

ثالثا: هيكلية البحث research structure

من أجل ان يأخذ موضوع البحث بعده العلمي تناولنا عقد المضاربة , فعمدنا الى تقسيم البحث الى ثلاثة مباحث نخصص المبحث الاول فيه الى ماهية عقد المضاربة الذي يقسم بدوره الى مطلبين المطلب الاول مفهوم عقد المضاربة فيما يتناول المطلب الثاني شروط وصور عقد المضاربة ونخصص المبحث الثاني اثار عقد المضاربة الذي يقسم بدوره الى مطلبين المطلب الاول التزامات المصرفلذا سنتناول في المطلب الاول الالتزامات وحقوق المضارب وفي المطلب الثاني الالتزامات وحقوق رب المال و المطلب الثالث الالتزامات وحقوق المصرف اما المبحث الثالث فأنه يتناول الضمانات في عقد المضاربة الذي ينقسم بدوره الى مطلبين اذ يتضمن المطلب الاول الضمانات المتعلقة بالمستثمر والمطلب الثاني الضمانات المتعلقة بالمصرف.

المبحث الأول

ماهية عقد المضاربة

اتجه الباحثون المعاصرون إلى الاستفادة من عقد المضاربة المعروف في الفقه الاسلامي, وادخال بعض التغيرات عليها ؛ لكي تناسب العمل المصرفي كبديل للنظام الربوي في المصارف التقليدية فبعد أن كانت المضاربة فردية تحدث بين شخصين الاول يملك المال ولا يجيد العمل في التجارة والطرف الاخر يجيد العمل ولا يملك المال اصبحت المضاربة جماعية أو مشتركة تحدث بين المودعين والمصرف و المستثمر هو المضارب وايضا اختلفت بعض احكامها فيما يخص القيود والشروط التي يضعها المالك المال وكذلك فيما يخص الضمان والمسؤولية في حالة الخسارة لذا سيتضمن هذا المبحث مفهوم المضاربة وذلك في المطلب الاول, اما المطلب الثاني شروط و صور عقد المضاربة سنتناوله تباعا .

المطلب الأول

مفهوم عقد المضاربة

عرفت المادة 660 (ملغاة) من القانون المدني العراقي رقم 40لسنة 1951على انه "المضاربة شركة يقدم فيها رب المال راس المال والمضارب العمل " مما يلاحظ على هذا التعريف ان المشرع

في هذه المادة لم يذكر اية تفاصيل او شروط تخص صيغة المضاربة فيما يتعلق بالشروط راس المال او شروط تتعلق بالربح او شروط التي يفرضها مالك المال انما ترك هذه التفاصيل الى الاتفاقات الخاصة بالاطراف العقد وكذلك للاعراف السائدة بخصوص هذه الصيغة , وفي تعريف اخر للمضاربة تعرف بأنها " عقد بين طرفين على ان يدفع أحدهما لأخر مالاً ليتجر به مقابل جزء معلوم مشاع في ربحه "[1] نستنتج من هذا التعريف أن المضاربة تتكون من طرفين احدهما مالك المال ويسمى رب المال اما الطرف الاخر فهو يقدم العمل ويسمى العامل في المضاربة , وكذلك عرفته مجله الاحكام العدلية في المادة 1404بانه " نوع شركة على أن يكون رأس المال من طرف والسعي والعمل من طرف الاخر ويدعى صاحب المال رب المال والعامل مضارباً"[2] يلاحظ على هذا التعريف ذكر اطراف العقد فقط دون ذكر اثار العقد او كيفية اقتسام الارباح وغيرها,و في تعريف اخر" بانها اتفاق بين طرفين يقوم احدهما فيه بتقديم المال لكي يعمل فيه الاخر على ان يكون الربح بحصة شائعة منه في الجملة "[3] مما يلاحظ على هذا التعريف انه ركز على الشروط التي ذكرها الفقهاء الشريعة الاسلامية فيما يخص ان يكون توزيع الارباح بنسبة شائعة من الارباح , وقد عرف عرفها المشرع السوداني في قانون المعاملات المدني لسنة 1984في المادة 266 اذ تنص " عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم راس المال والمضارب بالسعي و العمل ابتغاء الربح " وكذلك من ضمن القوانين التي عرفت المضاربة هي القانون الفرنسي الذي مر بعدة مراحل لتحديد مفهوم المضاربة فقد صدر قانون التجارة البحري بموجب أمر ملكي في سنه 1673 لينظم الشركات عرفت المادة 660 (ملغاة) من القانون المدني العراقي رقم 40لسنة 1951على انه "المضاربة شركة يقدم فيها رب المال راس المال والمضارب العمل" مما يلاحظ على هذا التعريف ان المشرع في هذه المادة لم يذكر اية تفاصيل او شروط تخص صيغة المضاربة فيما يتعلق بالشروط راس المال او شروط تتعلق بالربح او شروط التي يفرضها مالك المال انما ترك هذه التفاصيل الى الاتفاقات الخاصة بالاطراف العقد وكذلك للاعراف السائدة بخصوص هذه الصيغة , وفي تعريف اخر للمضاربة تعرف بأنها " عقد بين طرفين على ان يدفع أحدهما لأخر مالاً ليتجر به مقابل جزء معلوم مشاع في ربحه " نستنتج من هذا التعريف أن

1 احمد شبعان محمد علي , البنوك الاسلامية في مواجهة الازمات المالية , دار الفكر الجامعي , الطبعة الاولى, 2010 , ص 109

2 وقد عرفها ايضا قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها المغربي رقم (103.12) في المادة 58 بانه " كل عقد يربط بين بنك او عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبة راس المال نقداً او عينا او هما معا , مقاول اوعده مقاول او عدة مقاولين يقدمون عملهم قصد انجاز مشروع معين " ونستنتج من هذا النص ان المشرع المغربي وسع من نطاق تطبيق المضاربة سواء كان من حيث تعدد المضاربين او ارباب الاموال اومن حيث امكانية ان يكون راس المال نقداً او عينياً .

3 د. سامي حسن حمود , تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق و الشريعة الاسلامسة , اطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة , 1976, ص 392

المضاربة تتكون من طرفين احدهما مالك المال ويسمى رب المال اما الطرف الاخر فهو يقدم العمل ويسمى العامل في المضاربة , وكذلك عرفته مجله الاحكام العدلية في المادة 1404بانه " نوع شركة على أن يكون رأس المال من طرف والسعي والعمل من طرف الاخر ويدعى صاحب المال رب المال والعامل مضارباً" يلاحظ على هذا التعريف ذكر اطراف العقد فقط دون ذكر اثار العقد او كيفية اقتسام الارباح وغيرها ,و في تعريف اخر" بانها اتفاق بين طرفين يقوم احدهما فيه بتقديم المال لكي يعمل فيه الاخر على ان يكون الربح بحصة شائعة منه في الجملة " مما يلاحظ على هذا التعريف انه ركز على الشروط التي ذكرها الفقهاء الشريعة الاسلامية فيما يخص ان يكون توزيع الارباح بنسبة شائعة من الارباح , وقد عرف عرفها المشرع السوداني في قانون المعاملات المدني لسنة 1984في المادة 266 اذ تنص " عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم راس المال والمضارب بالسعي و العمل ابتغاء الربح " وكذلك من ضمن القوانين التي عرفت المضاربة هي القانون الفرنسي الذي مر بعدة مراحل لتحديد مفهوم المضاربة فقد صدر قانون التجارة البحري بموجب أمر ملكي في سنه 1673 لينظم الشركات التجارية والاوراق المالية والافلاس اذ يعرف المضاربة بانها " ذلك العقد المبرم بين شخصين يقوم الاول بتقديم المال فقط دون القيام باي عمل مشترك والثني لا يدفع المال ولكن يساهم في اغلب الحالات بحصة عمل على ان يتم الاتجار باسم المضارب حسبما تم الاتفاق عليه مع صاحب المال ".وبذلك نستنتج أن المضاربة لم يعرفها الفقه الاسلامي فقط بل عرفها القانون الفرنسي وكذلك المشرع الباكستاني وكذلك المشرع التونسي ,[4] والمشرع الاماراتي [5] .ويتجلى ممّا تقدم أن المضاربة عبارة عن عقد يتم بين مالك راس المال والعامل بالمضاربة حيث يقوم باستثمار هذه الاموال وفق خبرته وكفاءته ويتم توزيع الربح حسب الاتفاق بينهما في العقد عند نهاية مدة العقد. اما في حالة وقوع الخسارة فان من يتحملها هو مالك المال فقط ، وتكون خسارة العامل بالجهد والوقت الذي يبذل، وبهذا يكون قد تحقق مصلحة الطرفين المالك المال والعامل بالمضاربة .

[4] صدر في باكستان قانون تحت مسمى قانون شركات المضاربة المرقم 30 لسنة 1980 الذي اعتبر عقد المضاربة قاعدة عامة للاستثمارات المالية للمصارف الاسلامية من خلال انشاء شركات المضاربة التي تتعامل مع المصارف, وكذلك التعريف الذي اورده المشرع التونسي في القانون المدني او حسب ما يطلق عليه بمجلة الالتزامات والعقود لسنة 1906 في المادة 1195 على انه " القراض عقد يسلم بموجب شخص وهو رب المال مبلغ معيناً من المال لشخص اخر وهو العامل على ان يلتزم هذا العامل بالتجارة باسمه في حق رب المال على ان يكون له جزء معين شائع من الربح "

[5] نصت المادة 693 من قانون المعاملات المدنية الاماراتي المرقم 5 لسنة 1985 " شركة المضاربة عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم راس المال و المضارب بالسعي والعمل وابتغاء الربح

المطلب الثاني

شروط وصور عقد المضاربة

ذكرنا فيما سبق في تحديد مفهوم المضاربة بانها عقد بين طرفين احدهما يقدم المال والاخر يقدم العمل و انهما يتقاسما الارباح بينهما حسب الاتفاق لذا فان المضاربة هي عقد لذا يشترط توافر اركان موضوعية التي يتطلب توافرها في كل العقود من رضا ومحل وسبب , وكذلك يشترط توافر شروط خاصة بالمضاربة تلك الشروط تتعلق براس مال وشروط اخرى تتعلق بالربح وشروط تتعلق بالمتعاقدين , وكذلك تتخذ المضاربة صور عدة لذا سنتاولها تباعاً :

الفرع الأول

شروط عقد المضاربة

يشترط في عقد المضاربة عدة شروط منها :

اولا:شروط تتعلق براس المال : يشترط أن يكون راس المال من النقود و ان يكون معلوم المقدار ومحدداً وسبباً في ذلك لان النقود يسهل الاتجار بها ومن السهل معرفه قيمتها السوقية، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء ، اما المضاربة بالعروض[6] او بالتبر[7]، فهي محل خلاف بين الفقهاء وسبب في ذلك , لأنه يؤدي الى جهالة القيمة السوقية واختلاف تحديد قيمة باختلاف المقومين و جهالة راس مال يؤدي الى جهالة الربح [8].هذا من الناحية الفقهية اما من الناحية القانونية فقد نصت تعليمات الصادرة دائرة المراقبة الصيرفية والائتمان في البنك المركزي العراقي قسم المصارف الاسلامية لسنة 2018 ضوابط ادوات التمويل الاسلامي ,[9] الاصل ان يكون راس مال المضاربة نقداً ويجوز ان يكون راس مال المضاربة من العروض ويعتمد في هذه الحالة على قيمة العروض عند التعاقد باعتبارها راس مال ويتم تقدير قيمة العروض حسب رأي ذوي الخبرة او حسب اتفاق الطرفين ,[10] ويشترط في راس المال ان يكون عيناً لا ديناً بمعنى ان لا يكون راس المضاربة ديناً في ذمة المضارب او غيره وكذلك يشترط ان يسلم راس المال للمضارب وتعد المضاربة فاسدة اذا كانت

---

[6] العروض تعني الامتعة التي لا يدخلها كيل او وزن ولا تكون عقاراً او حيوانا, انظر التفاصيل احمد شعبان محمد علي , المرجع السابق , ص 112

[7] بالتبر معناها كسارة الفضة والذهب اذا اخذ من معدنها قبل تنقيتها من ترابها او بمعنى اخر هو فتات الفضة او الذهب قبل ان يصاغ , انظر التفاصيل ,عبد المطلب عبد الرزاق حمدان, المضاربة كما تجريها المصارف الاسلامية وتطبيقاتها المعاصرة , دار الفكر الجامعي , 2011. , ص 30

[8] عبد المطلب عبد الرزااق حمدان , المرجع السابق , ص35

[9] نشـرت هذه التعليمات على الموقع الرسـمي للبنك المركزي العراقي على الموقع الالكتروني https://www.cbi.iq/ اخر تاريخ للزيارة 2022/8/13

[10] د. عماد الابراهيم , النظام القانوني لعمليات البنوك والتمويلات الاسـلامية ,الشـامل للنشـر والتوزيع , الطبعة الاولى ,2021, ص 237

بدون تسليم الاموال الى المضارب او تمكينه من اخذ الاموال , لم تخرج التعليمات قسم المصارف الاسلامية في دائرة المراقبة الصيرفية والائتمان في البنك المركزي العراقي على تلك الشروط أذ اشارت انه يشترط في راس مال المضاربة ان يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة وكذلك لا يجوز ان يكون راس مال المضاربة ديناً على ذمة المضارب او غيره وكذلك يشترط لنفاذ المضاربة تسليم الاموال المضارب بها الى المضارب او تمكينه من التصرف بها ,وكذلك نص المعايير رقم 13 في البند 7-1 على الشروط الخاصة براس المال اذ نصت " الأصل في رأس مال المضاربة المضاربة أن يكون ً نقدا, ويجوز أن تكون العروض رأس مـال للمضاربة, وتعتمد فى هذه الحالة قيمة العرض عند التعاقد باعتبارها رأس مال المضاربة ويتم تقويم العروض حسـب رأي ذوي الخبرة أو باتفاق الطرفين الطرفين"[11]

ثانيا : شروط تتعلق بالربح : إن الغاية والهدف النهائي من المضاربة هو العائد الذي يحققه المضارب , نتيجة استثماره راس مال بمعنى اخر يعرف الربح بانه "مجموع ما يتحقق من زيادة على راس مال المستخدم بموجب عقد المضاربة "[12] لذا يعد الربح ركناً اساسيا وهاما من اركان المضاربة [13] و هنالك عدة شروط تتعلق بالربح ذكرها الفقه الاسلامي منها: أن تكون نسبة الربح معلومة لكل من رب المال و المضارب عند التعاقد - ان تكون نسبة الربح جزءاً شائعا من الارباح كالربع او النصف). اما اذ اشترط احد المتعاقدين ان يكون الربح عدداً مقدراً كأن يشترط أحدهما ان يكون له مائة من الربح او اقل او اكثر والباقي للمتعاقد الاخر فأن مثل هذا الشرط يجعل المضاربة فاسدة , ويتم الاستثمار بصيغة المضاربة عن طريق دفع المصرف الاسلامي الاموال الى المضارب وقد يكون المضارب شخصآ طبيعيآ او شخصآ معنويآ او أن المصرف يقوم بنفسه بالاستثمار الاموال المودعة لديه, اما تعليمات قسم المصارف الاسلامية في دائرة المراقبة الصيرفية والائتمان في البنك المركزي العراقي فقد اشترطت عدة شروط في الفقرة (2-1) يشترط أن يكون كيفية توزيعه معلومة علماً نافيا للجهالة ومانعاً للمنازعات وأن يكون على اساس نسبة مشاعة من الربح لا مبلغ مقطوع او نسبة من راس المال وكذلك من بعض الاحكام التي ذكرتها التعليمات هي عدم الجواز جمع بين الاجرة والربح في المضاربة إلا إذ اتفق الطرفين على قيام احدهما بعمل ليس من اعمال المضاربة في هذه الحالة يكون العمل بأجر محدد وبعقد منفصل بحيث

---

[11] نص المعيار الشرعي رقم 13 الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية لسنة 2017

[12] مصـطفى محمد زغير , التنظيم القانوني لرقابة البنك المركزي على اموال المصـارف الاسـلامية , رسـالة ماجسـتير مقدمة للجامعة البصرة كلية القانون ,2020, ص 87

[13] سـليمان رمضـان محمد عمر , النظام القانوني لخطابات الضـمان المصـرفية , الطبعة الاولى , دار الفكر الجامعي , 2009 , ص 417.

يبقى اذ تم عزله عن ذلك العمل . المودعة لديه, اما تعليمات قسم المصارف الاسلامية في دائرة المراقبة الصيرفية والائتمان في البنك المركزي العراقي فقد اشترطت عدة شروط في الفقرة (2-1) يشترط أن يكون كيفية توزيعه معلومة علماً نافيا للجهالة ومانعاً للمنازعات وأن يكون على اساس نسبة مشاعة من الربح لا مبلغ مقطوع او نسبة من راس المال وكذلك من بعض الاحكام التي ذكرتها التعليمات هي عدم الجواز جمع بين الاجرة والربح في المضاربة إلا إذ اتفق الطرفين على قيام احدهما بعمل ليس من اعمال المضاربة في هذه الحالة يكون العمل بأجر محدد وبعقد منفصل بحيث يبقى اذ تم عزله عن ذلك العمل .

ثالثا : شروط تتعلق بالمتعاقدين: يشترط في المتعاقدين الاهلية القانونية اللازمة لابرام العقد في رب المال و المضارب والاهلية المطلوب هنا هي بلوغ سن الرشد ,[14] مع أن المشرع أورده استثناء على هذه القاعدة اذ انه يجوز لصاحب المال ان يكون دون السن القانونية ولكن بشرط ان يكون المضاربة من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر وان يكون مأذوناً له بالتجارة وعمره اكمل الخامسة عشرة سنة ،[15] اما بالنسبة للمضارب فلا بد من توافر الاهلية كاملة ولاسيما ان المضارب لا يقوم بالاستثمار الاموال الا بصفة وكيلا عن صاحب المال فان المضاربة تحمل معنى التوكيل فلذلك لابد من توافر الاهلية الكاملة حتى يستطيع التوكل عن صاحب المال , وكذلك يشترط تطابق الايجاب والقبول واتفاق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد .

الفرع الثاني

صور عقد المضاربة

يمكن أن تتخذ المضاربة صوراً عدة من حيث عدد الاطراف فقد تكون ثنائية أو ثلاثية وقد يتخذ المصرف مراكز مختلف فقد يكون طرفا اصيلاً في العقد او قد يتدخل شخص ثالث لذا سوف نوضح هذه الصور كالاتي :

1- **المضاربة الثنائية:** يتكون عقد المضاربة في هذه الصورة من طرفان وهما المصرف الذي قد يكون هنا بدور رب المال او بدور مضارب المستثمر والطرف الاخر, اذ يمكن ان يقوم المصرف بدور مالك المال فيقدم الاموال التي هي متكونه من راس مال المصرف والودائع

[14] المادة 106 من قانون المدني نصت (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)

[15] نص المادة 97 البند اولامن القانون المدني والتي جاء فيها " يعتبر تصـــرف الصـــغير المميز اذا كان في حقه نفعاً محضاً وان لم يأذن به الوالي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذن بذلك وليه او اجازه اما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء"

المودعة لديه من خلال استثمار تلك الودائع النقدية ؛[16] لان المصرف يتملك تلك الاموال المودعة فيقدمها الى المستثمر المضارب ليستثمر بها في مشروع او عمل معين ويكون للمصرف حق من الارباح التي من الممكن الحصول عليها؛ نتيجة الاستثمار والتمويل بالمضاربة و أذا حصلت الخسارة فان المصرف يتحملها وحده ؛[17] وذلك وفقآ لأحكام عقد المضاربة اذ تكون الخسارة على صاحب المال وحده ويخسر المضارب وقته وجهده الذي بذله , وفي حالة اخرى يكون المصرف بدور المضارب المستثمر اما المودع يكون هو رب المال اذ يتسلم المصرف الاموال من المودعين ثم يقوم باستثمارها في مشاريع معينة فاذا حصل الربح يقسم بينهما حسب الاتفاق اما في حالة الخسارة فان المصرف لا يتحمل شيء انما يتحمل الخسارة هو المودع مالك المال هذه الصورة نادرة الحصول على الواقع العملي بسبب أن المصرف شخص معنوي وظيفته الوساطة المالية وتداول ونقل الاموال اضافة الى وظائف اخرى تكلم عنها المادة 27 من قانون المصارف النافذ [18] فلا تكون لديه الخبرة في انشاء المشاريع الاقتصادية وادارتها لذا تعد هذه الصورة نادرة الوقوع على الحياة العملية .

2- **المضاربة ثلاثية :** تتكون من نوعين النوع الاول المضاربة المشتركة وهي ان يعرض المصرف باعتباره وسيطآ على اصحاب الودائع المودعة لديه ان يستثمر مدخراتهم لهم كما و يعرض المصرف على اصحاب المشاريع الاستثمارية استثمار تلك الاموال على ان يوزع الربح على ثلاثة اطراف حسب الاتفاق فيما بينهم . اما اذ حصلت الخسارة فان المصرف يتحمل رد اموال المودعين وفق هذه الصور فان المصرف تارة يكون مضاربآ وتارة اخرى يكون رب مال[19] فيختلف مركز المصرف في هذه الصورة حسب الجهة التي ينظر اليها, وقد اخذ بهذه الصور المشرع الاردني في قانون المصرف الاسلامي الاردني رقم 62 لسنة 1985 اذ نص في المادة الثانية على المضاربة المشتركة والتي هي عبارة عن (تسليم النقود التي

---

[16] عرفت المادة 239من قانون التجارة رقم 30لسنه 1984 الوديعة النقدية (عقد يخول بمقتضاه المصرف تملك النقود المودعة فيه والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للودع)

[17] باسم علوان طعمه العقابي , عقد المضاربة المصرفية , اطروحة دكتوراه مقدمة للجامعة النهرين كليه الحقوق , 2005, ص 18

18 المادة 27 البند اولا من قانون المصارف المرقم 94 لسنة 2004 والتي جاء فيها " يجوزللمصرف ان يمارس الانشطة التالية رهنآ بأحكام وشروط ترخيصها او اجازاتها الخاص بممارسة الاعمال المصرفية :استلام ودائع نقدية (في شكل ودائع تحت الطلب او ودائع لأجل او نوع اخرى من الودائع) او اي اموال اخرى مستحقة السداد تحمل او لا تحمل فائدة... "

[19] يطلق البعض مصطلح المضارب المشترك على المصرف في هذه الصورة لان لا تأتي بإعمال التي يقوم بها المضارب انما فقط يعرض خدماته على المستثمرين .انظر التفاصيل ,د. عبد الرزاق الهيتي , المصارف الاسلامية والتطبيق , الطبعة الاولى , دار اسامة للنشر , الاردن , 1998,ص 473

يرغب اصحابها في استثمارها سواء بطريقة الايداع في حسابات الاستثمار المشترك او الاكتتاب في سندات المقارضة المشتركة وذلك على اساس القبول العام باستعمالها في التمويل المستمر والمختلط مقابل الاشتراك النسبي فيما يتحقق سنوياً من أرباح صافية ودون القيام بتصفية عمليات التمويل غير المهيأة للمحاسبة) اما النوع الثاني هو عقد بين اصحاب الاموال والمستثمرين والمصرف باعتباره وسيطاً ،[20] إذ يتم عقد بين المودعين باعتبارهم مالكين للأموال والمستثمر باعتباره مضارباً ويكون دور المصرف هنا وسيطاً فيكون في هذا النوع من المضاربة تقسيماً لعلاقات العقد فتكون علاقة المصرف مع المودعين تحكمهم عقد الوديعة اما علاقة المصرف بالمستثمرين يحكمها عقد القرض فاذا تحقق الربح يقسم بينهم حسب الاتفاق اما اذ حصلت الخسارة فان المستثمر لا يتحمل شيء اما المصرف فانه يتحمل الخسارة التي حدثت ,[21] وقد وجدت هذه الصورة تطبيقاً في الحياة العملي اذ اخذت بهذه النوع عدد من القوانين منها قانون المقارضة الاردني [22] رقم 10 لسنة 1981 .

المبحث الثاني

اثار عقد المضاربة

تنحصر اثار عقد المضاربة في حقوق والالتزامات اطراف العقد وهم رب المال والمضارب والمصرف فحقوق المضارب هي جميع التصرفات التي يحق له القيام بها اما التزاماته هو امتناع عن القيام باي عمل من شأنه اضرار بالمضاربة وكذلك امتناع عن كل ما هو مخالف لما اتفق عليه الاطراف العقد لذا سنتناول في المطلب الاول الالتزامات وحقوق المضارب وفي المطلب الثاني الالتزامات وحقوق رب المال و المطلب الثالث الالتزامات وحقوق المصرف لذا سنتاولها تباعاً.

المطلب الأول

الالتزامات وحقوق المضارب

يلعب المضارب في هذا العقد دوراً مهماً في سبيل نجاح هذا العمل فيقع على عاتقه العديد من الالتزامات أهمها القيام بعمل محل المضاربة والالتزام بالإفصاح والالتزام بمسك السجلات لذا سنتاولها تباعاً .

[20] فردوس هاشم عبد ياسين المشهداني , المصارف الاسلامية في العراق بين النظرية والتطبيق , اطروحة دكتوره مقدمة لكلية الامام الاعظم لجامعة قسم الفقه وأصوله , 2018,ص139

[21] نسيبة ابراهيم حمو الحمداني ورسل عبد الستار عبد الجبار , ماهية المضاربة المصرفية , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية , المجلد الرابع , العدد الاول , 2015ص7.

[22] وكذلك اخذ بهذه الصورة قانون تنظيم الشركات المضاربة الباكستاني رقم 31 لسنة1980

اولا : الالتزام بالقيام بعمل محل المضاربة :بالنسبة للعمل محل المضاربة السؤال الذي يطرح هنا ما هو العمل وماهي طبيعته وما هو العمل الذي يملك المضارب القيام به بدون النص عليه او أذن من رب المال , هنالك عدة اعمال يملكها المضارب بمجرد ابرام العقد منها البيع والشراء إذ الغاية من المضاربة كما اشرنا سابقا هو الحصول على الربح وللوصول لهذه الغاية لا بد من اطلاق يد المضارب في الاموال بعد تسلمها ليستطيع ممارسه النشاط التجاري في البيع والشراء,[23] سواء كان بالثمن المعجل أو بثمن مؤجل واطلاق يد المضارب في العمل يعد من طبيعة عمل المضاربة ومن الاعمال التي يمتلكها ايضا بمجرد ابرام العقد هي الاعمال التي يقتضيها العرف التجاري وكذلك جميع الاعمال التي تعد من مقتضيات ولزوم المضاربة اذ تعد اعمال البيع والشراء سواء كان بثمن معجل او بثمن مؤجل وقبول الحوالة [24] . والايداع الاموال او رهن راس مال المضاربة و ايجار الاموال او الاستئجار او السفر من الاعمال التي لا تحتاج الى أذن من رب المال , وكذلك من ضمن التزامات المضارب هو القيام بالعمل محل المضاربة وفق ما تم الاتفاق عليه مع المصرف ووفق الشروط العقد وعدم مخالفة شروط العقد ونصت تعليمات قسم المصارف الاسلامية في دائرة المراقبة الصيرفية والائتمان في البنك المركزي لسنة 2018على هذه التزامات منها ما ذكرتها في المادة الرابعة [25]" صلاحية المضارب وتصرفاته : ارتياد كل مجالات الاستثمار المشروع الذي يسمح له حجم راس المال بالدخول فيها والتي تمكنه خبرته وكفايته العملية والفنية من المنافسة فيها " .خلاصة القول يستطيع المضارب أن يقوم بالإعمال محل المضاربة بدون نص او أذن من رب المال او المصرف اذ كانت هذه الاعمال من طبيعة المضاربة اومن مقتضياتها او يقضي بها العرف التجاري , اما الاعمال التي لا يستطيع المضارب القيام بها بدون نص عليها في العقد او بأذن من رب المال وهي خلط رأس ماله برأس مال المضاربة واعطاء راس المال المضاربة لشخص اخر ليضارب فيه فقيام بأحد من هذه الاعمال يحتاج الى أذن أو نص صريح في عقد المضاربة يبقى ان نشير الى أن في حالة مخالفة المضارب للشروط المتفق عليها في العقد فأنه يتحمل المسؤولية طبقاً للقواعد العامة . [26]

---

[23] الدكتور طه نوري الملا حويش , عقد المضاربة في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في الحقوق مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة،1979, ص272

[24] نصت المادة 1414 البند 3 من مجلة الاحكام العدلية على" المضارب في المضاربة المطلقة بمجرد العقد المضاربة يكون مأذوناً بالعمل في لوازم المضاربة والاشياء الت يتفرع عنها ...ثالث: يجوز له قبول الحوالة بالثمن المال الذي باعه " وفي نفس الصدد اشار القانون المدني العراقي في المادة 664 البند ثانياً (ملغاة) اذ جاء فيها" كما ان له ان يقبل الحوالة بمثل المال الذي باعه " .

[25] نشرت هذه التعليمات على الموقع الرسمي للبنك المركزي العراقي على الموقع الالكتروني https://www.cbi.iq/ اخر تاريخ للزيارة 2022/8/13

[26] باسم علوان طعمه العقابي , المرجع السابق , ص 59

ثانياً :الالتزام بالافصاح : يعرف الالتزام بالإفصاح بأنه "تتعهد الجهات المصدرة للاوراق المالية بما فيها الشركات المساهمة بنشر واعلان البيانات والمعلومات والتقارير المتعلقة بشاطاتها واوضاعها المالية و الاقتصادية حتى يتمكن المساهمين من الاطلاع عليها ",[27] و مضمون هذا الالتزام هو ان على المضارب ان يبلغ المصرف بالمعلومات وبسير عملية المضاربة ابتداء من تحديد حجم راس المال المطلوب بالعملية الاستثمارية ومروراً بالتنفيذ إلى انتهاء المضاربة فعلى المضارب تقديم تقارير إلى المصرف يبين فيها ايجابيات ومساوى العملية, ويمكن للمصرف أن يختار الطريقة التي يتم بها اعلامه بالتفاصيل العملية اما عن طريق التقارير ترفع خلال مدد محددة أو عن طريق اطلاع على الدفاتر التجارية[28] . وقد اشارت تعليمات قسم المصارف الاسلامية في دائرة المراقبة الصيرفية والائتمان في البنك المركزي في المادة 8 متطلبات الافصاح:

1- يجب الافصاح في الايضاحات حول القوائم المالية للفترة عما اذا كان المصرف قد كون مخصصاً لانخفاض قيمة الموجودات المضاربة خلال تلك الفترة المالية.

2- يجب مراعاة متطلبات الافصاح الواردة في معيار المحاسبة المالية رقم (1)الصادر عن هيئة المحاسب والمرجعة للمؤسسات المالية الاسلامية (AAOIFI) بشأن معيار العرض والافصاح العام في القوائم المالية للمصارف والمؤسسات المالية الاسلامية ".

ثالثاً :الالتزام بمسك السجلات : اما الالتزام الثالث هو التزام بمسك السجلات الخاصة بالمضاربة[29] يلتزم المضارب بمسك سجلات يدون كل العمليات والمعلومات الخاصة بالمضاربة وتفيد هذه السجلات بأثبات العملية التي قام بها المضارب ومدى التزامه بالحدود المرسومة والشروط المتفق عليها وكذلك لها فائدة اخرى يستطيع من خلالها تحقيق الالتزام بالإفصاح من خلال اطلاع المصرف على تلك السجلات ومعرفة المعلومات الخاصة بالعملية الاستثمارية ,[30] أما من حيث الاثر القانوني المترتب على مسك هذه السجلات او الدفاتر هو أثبات العمليات المدونه فيها ومن ثم فأن هذه السجلات تشبه إلى حدٍ كبير الدفاتر التجارية من حيث خلوها من الشطب او فراغات و ان تكون دفاتر منظمة و مرقمة ، بل قد تكون هي بذاتها جزء من هذه الدفاتر التجارية ، ومن ثم فأنها تخضع لشروط مسك الدفاتر التجارية وتتمتع بحجية ذاتها التي تكون لهذه الدفاتر حسبما

---

[27] سهام سوداي طعمة , الالتزام بالإفصاح بالمسائل التجارية , اطروحة دكتوراه مقدمة لكية القانون جامعة بغداد ,2015, ص9

[28] صفاء علي حسين , المسؤولية المدنية عن اخلال بقواعد الاستعلام المصرفي , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , العدد الخاص الثالث, الجزء الاول , 2017,ص 386

[29] تعرف السجلات " هي عبارة عن دفاتر التي يلزم القانون بعض الاشخاص بمسكها لبيان وضعهم القانوني من جميع الجوانب او تتخذ دون الزام من قانون ولذلك فهي تشمل الدفاتر التجارية والدفاتر والاوراق الخاصة " انظر الى د. اياد عبد الجبار الملوكي , قانون الاثبات , الطبعة الثانية , شركة العاتك للنشر ,2009 , بغداد, ص 41.

[30] تتشابه هذه السجلات مع الدفاتر التجارية التي حدد قانون التجارة رقم 30لسنة 1984على التاجر مسكها لذا يمكن اعتبارها من الدفاتر غير الالزامية التي اشاره اليها المواد الاتي 12-19.

ينص قانون التجارة العراقي النافذ وقانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 0 اما بالنسبة لحقوق المضارب فهي حقه بالربح فالمضاربة هي عقد شركة في الربح لذلك اذ تحقق الربح فان المضارب يستحق جزءً من الربح نتيجة الجهد والعمل المبذول ويكون تقسيم الربح بنسبة مئوية شائعة من الربح المتحقق بعد اعادة راس المال الى صاحب المال[31] , ويكون الاساس القانوني لاستحقاق المضارب الربح هو العمل والجهد المبذول في سبيل انجاح العملية الاستثمارية فيكون له الحق في الربح بعد خصم حصة المصرف ورب المال ويكون الباقي للمضارب وحسب نسب التي تم الاتفاق عليه بين الاطراف عقد المضاربة .

المطلب الثاني

التزامات وحقوق رب العمل

يمكن ان نحدد الالتزامات التي تقع على عاتق رب المال وهما التزامان أساسيان **الاول** منهما الالتزام بتسليم رب المال الاموال الى المضارب وفق ما متفق عليه في عقد المضاربة وقد اشترط جمهور الفقهاء المسلمين تسليم الاموال كشرط لصحة المضاربة حتى يتمكن من العمل في المشاريع الاستثمارية وتحقيق الربح وهو الغاية النهائية من المضاربة ؛[32]إذ أن تسليم الاموال الى المصرف ليتم استثمارها في المضاربة المصرفية يتم بأن يودع صاحب الاموال أمواله في حساب استثمار لكي يتسنى للمصرف لاحقا من استثمار تلك الاموال المودعة علماً أن تسليم الاموال لا يتم بطريقة واحدة فهناك التسليم الحقيقي والتسليم الحكمي للأموال فالتسليم الحقيقي يتم في حالة ان يسلم رب المال الاموال للمصرف وان يودع الاموال ويفتح حساب يخول المصرف من خلاله استثمار تلك الاموال بصيغه المضاربة مع المستثمر اما التسليم الحكمي فيتم بعدة طرق اهمها:

1- اذ كان لدى رب المال حساباً جارياً او حساب توفير في المصرف قبل ابرام عقد المضاربة فيتم تغير نية رب المال اذ تتجه النية الى ابرام عقد المضاربة وهذا ما يدعى بالنقل المصرفي[33] اذ عرفه المشرع العراقي في البند اولاً من المادة 258 من قانون التجارة النافذ بأنه "عملية يقيد المصرف بمقتضاها مبلغاً معيناً في الجانب المدين من حساب الامر بالنقل بناءً على امر كتابي منه وفي الجانب الدائن من حساب اخر " وقد يتم النقل المصرفي بين حسابين داخل المصرف نفسه وهذا يسمى النقل المصرفي الداخلي او قد يتم النقل المصرفي بين حسابين في مصرفين مختلفين

---

31 لاشين محمد يونس , شركة المضاربة في الفقه الاسلامي المقارن والقانون الوضعي , بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا, العدد السادس , 1995, ص 56.

32 الدكتور محمود محمد حسن , العقود الشرعية في المعاملات المصرفية , بلا دار نشر , الطبعة الاولى , ص 76.

33 د. فائق محمود الشماع , النقل المصرفي , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , العدد الاول , 2001, بغداد , ص35

سواء كان هذين الحسابين عائدين للشخص نفسه او عدة الاشخاص ويستلزم لأتمام النقل تدخل المصرف المستفيد ويسمى هذا النوع بالنقل المصرفي الخارجي .[34] ذا نستنتج مما تقدم اذا كان لدى رب المال حساب توفير او حساب جاري سابق على ابرام العقد في المصرف ذاته الذي ابرم معه عقد المضاربة او غيره فان التسليم هنا يكون حكميا بان يغير المالك الاموال النية الى ابرام عقد المضاربة واصدار امر للمصرف بترحيل الاموال من الحساب الجاري او التوفير الى حساب المضاربة .2 - في حالة ان يكون رب المال دائناً بموجب ورقة تجارية, [35] فيقوم بتقديمها للمصرف لتحصيلها ومن ثم يشارك بهذه الاموال في ابرام عقد المضاربة اذا هنا رب العمل يقوم بعقد عقدين الاول عقد وكالة للمصرف لاستحصال المبالغ من الورقة التجارية والثاني ابرام عقد المضاربة.[36] وفي الصدد نفسه فقد اشارت تعليمات قسم المصارف الاسلامية في دائرة المراقبة الصيرفية والائتمان في البنك المركزي في المادة اولا " يشترط لنفاذ عقد المضاربة وتمكين المضارب من التصرف وتسليم راس مال المضاربة له كله او بعضه وتمكينه من التصرف فيه " واستناداً لهذا النص فان تسليم الاموال لا يعد ركناً من اركان عقد المضاربة فان عقد المضاربة ليس من العقود العينية التي لا تتم الا بالقبض انما التسليم يعد اثرا من اثار العقد فيظل عقد المضاربة عقداً رضائياً وينعقد بتوفر الشروط والاركان الموضوعية . اما **الالتزام الثاني** الذي يقع على عاتق رب المال هو الموافقة على شروط المصرف فعلى المالك الاموال الموافقة على الشروط التي يضعها المصرف فيما يخص طرق الاستثمار و نوع التمويل الذي سيموله بموجب عقد المضاربة وكيفية اقتسام الارباح لذا اولا عليه ان يقوم بإيداع الاموال بحسابات وودائع ثابتة محددة المدة اذ لا يستطيع سحب الودائع قبل تلك المدة لأن المضاربة بحاجة الى وقت لتمويل المشاريع الاستثمارية والعمل والحصول على الارباح كل ذلك بحاجة الى الوقت الكافي لممارسة العمل بشكل طبيعي و بشكل يحقق استقرار العملية الاستثمارية وفي سبيل ذلك تكون الودائع ثابت ويلاحظ بهذا الخصوص ايضا ان أجل الوديعة يحددها المصرف حسب حاجة العملية الاستثمارية من الوقت فقد تحتاج العملية الاستثمارية الى ثلاثة اشهر او سنة حسب طبيعة العملية الاستثمارية وكذلك لا يهم ايضاً حجم الوديعة ومبلغها لان المصرف لا يخصص لكل وديعه مضاربة معينه انما يتم مزج الودائع مع بعضها وتكون رصيد ثابت من الودائع الثابتة التي تستخدم في المضاربة ,[37] فضلاً عن يتوجب

---

[34] ندى زهير سعيد الفيل , النقل المصرفي , رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعه بغداد , 1995 , ص 27.

[35] عرفت المادة 39 من قانون التجارة النافذ الورقة التجارية على انها " محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص او بأمر شخصا اخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معين ويكون قابلاً للتداول بالتظهير او بالمناولة "

[36] السيد محمد باقر الصدر , البنك اللاربوي في الاسلام , الناشر مكتبة جامع النقي العامة , الكويت , ص106.

[37] باسم علوان طعمه العقابي , المرجع السابق , ص 57

أن يمنح رب المال للمصرف توكيل عام فيما يخص الاستثمار بهذه الاموال و ان يوافق ويقر بشروط التي يضعها المصرف فيما يتعلق بنوع الاستثمار ومدته ومقدار الاموال المستثمرة وغيرها و بعبارة اخرى ان تكون المضاربة مطلقة حتى يستطيع المصرف ان يستثمر وفق ما يراه مناسباً من اجل تحقيق هامش من الارباح , و مع ذلك فأنه من الممكن أن تكون المضاربة المقيد مضاربة مصرفية في هذه الحالة يقيد المصرف وحسب شروط رب المال بنوع معين من الاستثمار مع ذلك تكون له الحرية في تحديد المدة والمبلغ اللازم للاستثمار وان القول بغير ذلك يجعل دور المصرف مهمشاً وتقليل من اهمية المصرف في هذه العملية وعدم استطاعته اختيار المناسب للعملية الاستثمارية مما يجعل العملية معرضة للخطر لذا لابد من اعطاء المصرف الحرية المطلقة فيما يخص مقدار الاموال المستخدمة المدة اللازمة للعملية الاستثمارية وغيرها اما فيما يخص حقوق رب المال يمكن ان نلخص حقوق رب المال في حقه في الربح وحقه في سحب امواله لذا سنتناولها تباعا .فحقه بالربح يستحق رب المال جزءاً من الربح حسب الاتفاق بين الاطراف اذ ان الاتفاق يحدد نسبة هذا الجزء الذي يشترط ان يكون الجزء شائعاً من الربح او نسبة مئوية من الارباح التي تحققها المضاربة ويمكن تحديد الاساس القانوني الذي يستند الية رب المال في الحصول على الارباح يستند على مبدأ في الفقه الاسلامي هو أن الربح يلحق الاصل اي راس المال,[38] وترتبط نسبة الارباح التي يحصل عليها رب المال بالنتائج التي تحققها المضاربة فاذا لم تحقق نتائجاً ولم تحصل اية ارباح في العملية الاستثمارية في هذه الحالة لا يحصل رب المال على ارباح مع الاشارة الى ان احتمال عدم حصول الارباح بشكل مطلق احتمال ضعيف وذلك لأن الوديعة كما ذكرنا سابقا لا تدخل في حساب مستقل وبمضاربة وحدها انما يتم مزج جميع الودائع لتكون بحساب واحد ومن ثم تتوزع على المضاربات الموجودة لذا فان احتمال خسارة جميع المضاربات احتمال ضعيف جدا .اما **الحق الثاني** هو حق رب المال في سحب الوديعة ووفقًا لهذا الحق يستطيع رب المال سحب الوديعة الثابت[39] في الاجل المحدد حتى لو لم تنتهِ المدة المحدد للمضاربة اذ يستطيع المصرف ان يحدد مدة معينة تكون أجلاً محدداً يستطيع رب المال عند بلوغ الاجل المحدد ان يسحب الوديعة وتكون المضاربة قد انتهت بالنسبة لرب المال , و مع ذلك يجب الانتباه الى عدة امور حتى لا تقع اية اضرار عند سحب الوديعة اهمها[40] :

---

[38] السيد محمد تقي الخوئي , مباني العروة الوثقى , الجزء الثالث , كتاب المضاربة , تقرير لبحث آية الله العظمى السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي , مطبعة الآداب , النجف الاشرف , 1986م , ص 27

[39] الوديعة الثابتة: وهي تمثل المبالغ المودع لدى المصرف لمدة ثابتة اذ لا يمكن لصاحبها استردادها الا بعد حلول اجل معين يتفق علية الطرفان المودوع المودع لديه وتسمى الوديعة الاجل , فائق محمود الشماع , الايداع المصرفي , الجزء الاول , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , 2011 , ص 41

[40] باسم علوان طعمه العقابي , المرجع السابق , ص 70

1- على المصرف أن يحدد اجال مختلفة بالنسبة للمودعين حتى لا يحصل اي ضرر بحقوق الاخرين عند سحب الوديعة وأن لا يتم سحب الودائع في ان واحد .

2- أن لا تكون الوديعة التي يروم رب المال سحبها قد دخلت جميعا في مضاربة واحدة؛ لان من ذلك من شانه ان يؤدي الى ارتباك في المشروع الممول بموجب صيغة المضاربة .

3- على المصرف الزام المستثمر بقدر معين من السيولة النقدية في اوقات معينة .

4- المصرف غير مجبر على السحب من الاموال ذاتها المستثمر في المشاريع الاستثمارية عندما يقوم بسحب الوديعة بناء على طلب رب المال اذ من الممكن ان يأخذ من الاموال الودائع المتحركة او ودائع التوفير[41] او من الاموال التي لم يتم استثمارها من الودائع او من امواله التي يحتفظ بها المصرف كجزء من السيولة النقدية وهي جزء من راس مال المصرف[42].

المطلب الثالث

التزامات وحقوق المصرف

للمصـــرف دور مهم وجوهري في هذه العملية فأهميته لا تقل عن اهمية المســتثمر في نجاح او فشـــل المهمة و تكمن اهميته في التخطيط والاشـــراف والمتابعة العملية بدءً من قيامه بالتمويل اللازم إلى البدء بالمشـــاريع الاســـتثمارية مروراً بإعداد الدراســـة الاقتصـــادية و انتهاءً بالتنفيذ المشـــروع لذا فان التزامات المصـــرف نتناولها من عدة جهات اولها التزامات المصـــرف مع المســـتثمر وما طبيعة العلاقة بينهما ثم الجهة الثانية هي التزامات المصـــرف اتجاه المشـــروع الاستثماري ومدى صلاحياته وسلطات المصرف الجهة الثالثة التزامات المصرف مع رب المال لذا سنتاولها تباعاً :

اولا : التزامات المصـــرف المتعلقة بالمســـتثمر :للمســـتثمر دور مهم جوهري يعتمد عليه في ســـبيل نجاح المهمة ويرتبط نجاحها بعدة عوامل منها الكفاءة المالية و القدرة الفنية والســـمعة التجارية لتلافي المخاطر التي قد تحصل؛ نتيجة الاستثمار لذلك يقع على عاتق المصرف الالتزام بالتأكد من قدرة المســـتثمر والتحري عنه وعن كفائته المالية وســـمعته التجارية ومقدرته على الاستثمار الناجح لذلك يقع هذا الالتزام على المصـرف وهذا ما يميز التمويل بصـيغة المضـاربة عن التمويل بالقروض؛ إذ في التمويل بالقروض يتوجب على المصـــرف التأكد من الضـــمانات

[41] وديعة التوفير : تعرف بانها " مبالغ تودع بدون تحديد مدة وللمودع الحق بسحبها حين الطلب دون ان تمنح له اية فائدة عليها" حمزة فائق وهيب الزبيدي , وديعة النقود دراسة في القانون , رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعه بغداد , 1984 , ص 16.

[42] د. فائق محمود الشماع , حول المفهوم القانوني لوديعة النقود , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , المجلد الثالث عشر , العدد الاول والثاني , 1998, ص 4

لسداد[43]. القرض مع الفائدة وتأكد من مقدرته على سداد المبلغ ففي التمويل بصيغة المضاربة على المصرف ان يختار شخص من ذوي السمعة الطيبة في الاوساط المالية والمعروفين بالأمانة والنزاهة والتزامهم بتعهداتهم فهنا يهتم المصرف بالجانب الاخلاقي والمعنوي بينما لا نجد ذلك في التمويل بالقروض وان الوقوف على خصائص ومميزات المستثمرين ليس بالأمر السهل أو اليسير اذ من الممكن اللجوء الى الاستعلام عن المستثمر والبحث و مراجعة سجلات المحاكم للتأكد من عدم وجود اي اخلال بالتزاماته بجمع المعلومات عن حياته واعماله السابقة التي انجزها والتأكد من مقدرته المالية و كفائته بالعمل من اجل اختيار مستثمر مناسب لإنجاز المشاريع الاستثمارية وعلى المصرف أن يتأكد من قدرة المستثمر على السداد وكذلك الضمانات في حالة التقصير او التعدي وكذلك يكون المستثمر مسؤولاً في حالة تقديم معلومات كاذبة او غير صحيحة للمصرف .[44]

ثانيا : التزامات المصرف المتعلقة بالاستثمار :من جملة الالتزامات التي تقع على عاتق المصرف ان يقوم قبل منح الثقة للمستثمر وتمويل العملية الاستثمارية ان يدرس وبدقة جميع العوامل التي تتعلق بالعملية الاستثمارية التي من المفروض تمويلها بموجب صيغة المضاربة اذ يقع عليه تحديد نوع الاستثمار ومدته ومقدار راس المال المطلوب ونوع وطبيعة العمل فلا يكفي ان يمنح التمويل اللازم وينتظر انتهاء المدة الازمة لذلك لإعادة اصل القرض مع الفائدة ملثما تفعل المصارف التقليدية في القرض المصرفي انما يكون للمصرف الاسلامي عدة التزامات التي يمكن اجمالها بالأتي :

1-يلتزم المصرف بإعداد الدراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع الاستثماري المراد تمويله بموجب المضاربة قبل منح الثقة للمستثمر ويجب ان تتوافق الجدوى الاقتصادية معه خطط التنمية في البلد وخطط المصرف المستقبلية وهذه الدراسة مهمة جداً للوقوف على ابعاد المشروع الاستثماري واهدافه ومدى قابليته في خلق فرص عمل جديدة وتداول الاموال وقد اشار قانون المصرف الاسلامي الاردني للاستثمار والتمويل المرقم 62 لسنة 1985 وذلك في المادة 15 البند ب اذ تنص) يتقيد المصرف في مجال ممارسته لنشاطه المصرفي بكل ما تتقيد به البنوك المرخصةمن ضوابط بما في ذلك الاحتفاظ بالاحتياطي النقدي المقرر والمحافظة على نسب السيولة اللازمة لحفظ سلامة مركز المصرف وحقوق المودعين والمستثمرين والمساهمين، كما

[43] السيد محمد باقر الصدر , المرجع السابق , ص 28
[44] فراس ياوز عبد القادر اوجي- جريمة الإخلال بواجبات الرقابة المصرفية – دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد -2002, ص 91

يتقيد البنك بالتعليمات الصـــادرة للبنوك فيما يتعلق بتنظيم كمية الائتمان ونوعيته وتوجيهه في الاطار المطلوب للتنمية الوطنية" وكذلك فقد اشـــار الى هذا الالتزام المادة 4 البند 10 من عقد تأسيس المصرف العراقي الإسلامي للاستثمار والتنمية رقم (205) لسنة 1992 على انه "على المصـرف أن يتأكد من سـلامة المشـروعات الاسـتثمارية التي يكلف بالإشـراف عليها أو يرغب المشـــاركة فيها وكذلك المشـــروعات التي يعين أصـــحابها أو القائمين عليها بقروض حســـنة وللمصـــرف الحق في التفتيش والرقابـة الفعليـة على المشـــروعـات التي يمولهـا بموجب عقد التمويل".

2-على المصـرف ان يعمل موازنة بين كفاءته وقدرة المسـتثمر وبين حجم العملية الاسـتثمارية ونتائج هذه الموازنة هي التي تحدد اذ كان المصرف سوف يمنح الثقة للمستثمر من عدمه وممكن في سـبيل تحقيق هذه الموازنة ان يسـتعين بالخبراء بهذا المجال وان اي غلط بهذه المعلومات او المعلومات الخاصـة بدراسـة الجدوى تجعل المصـرف مسؤولا امام رب المال عن هذا التقصـير. السؤال الذي يتبادر هنا ماهي عناصر او مكونات دراسة الجدوى وممن تتكون التي تدخل ضمن الالتزامات المصرف الاجابة على هذا السؤال تتكون دراسة الجدوى من العناصر التي وهي:

1- المدة الزمنية المطلوبة للاستثمار.

2- الغرض او الهدف من العملية الاستثمارية .

3- مصادر السداد الاموال .

4- طريقه السداد الاموال العملية الاستثمارية.

5- نوع العملية الاستثمارية .

6- المبلغ المطلوب تمويله بصيغة المضاربة.

ثالثا : التزامات المصرف في مواجهة رب المال : يلتزم المصرف تجاه رب المال ما يلتزم به الوكيل نفســـه في مواجهة الموكل على اعتبار ان المصـــرف انما يعد وكيلاً بالعمولة عن رب المال في ابرام وتنفيذ عقد المضـــاربة فأنه يسـتحق عمولة نتيجة الجهد المبذول[45] . إذ يجب على المصرف ابرام العقد متابعة والاشراف على تنفيذ وفق لما اتفق علية الاطراف وأن لا يوفر جهداً في توفير مناخ مناسب للاستثمار هذه الاموال المودعة لديه, وأن يبذل الجهد والعناية لتحقيق هذا الغرض ومن ضـــمن التزامات المصـــرف عليه إعادة الاموال المودعة بعد انتهاء المدة المحددة للمضاربة .اما حقوق المصرف فهي حقه في الربح نتيجة الجهد المبذول الذي يقوم به المصرف فهو يقوم بإدارة العملية المضـــاربة المصـــرفية لذا يســـتحق جزءاً من الارباح المتحصـــلة نتيجة

[45] وبهذا اشارت المادة 662 (ملغاة) من القانون المدني العراقي

العملية الاستثمارية فهو يقوم بدور الوساطة بين المودعين والمستثمر وما يبذل من جهد في اعداد دراسة الجدوى والبحث عن المستثمر الافضل لذا فان المصرف يستحق جزءاً من الارباح المتحقق من العملية المضاربة.[46]

المبحث الثالث

الضمانات في عقد المضاربة

أورد المشرع العراقي تعريف للضمانات في قانون المدني النافذ في المادة 1027 البند الثانيآ " ويقصد بالضمانات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون " , إن الهدف من وراء ابرام عقد المضاربة هو تحقيق الربح كما ذكرنا سابقا فاذا تحقق الربح يقسم بين الاطراف وحسب الاتفاق فيما بينهم ولكن ماذا لو حصلت الخسارة و من سيتحمل الخسارة, وما هي الضمانات التي يمكن ان يحصل عليها رب المال كل هذه الاسئلة سوف نبحث في اجابتها في هذا المطلب, اذ تعد المصارف والمعاملات المصرفية من الثوابت الضرورية في اقتصاد البلدان في عصرنا الحالي ومن الخطأ التصور من الممكن الاستغناء عن المصارف ودورها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية ومن ضمن الصيغ التي تستعملها المصارف الاسلامية في تمويل المشاريع الاستثمارية هي صيغة المضاربة و تواجه المضاربة كعقد مصرفي استثماري معوقات كثيرة ومشاكل تحول دون تحقيق اهدافها وترتبط تلك المعوقات بالمستثمر والبعض الاخر من تلك المعوقات ترتبط بالمصرف كونها تقع على عاتقه اختيار المستثمر من ناحية كفاءة سمعته المالية ومقدرته لذا سنتناول أولا الضمانات المتعلقة بالمضارب, وثانيا الضمانات المتعلقة بالمصرف في البداية الكلام لابد أن نشير إلى أن الفقه الاسلامي أخذ كمبدأ عام على ان المضارب والشريك لا يضمنان,[47] الا في حالة التعدي او التقصير او مخالفة شروط العقد [48] او مقتضى العقد اذ نص قانون المدني العراقي في المادة 131 البند اولآ على انه

---

[46] د. سامي حسن احمد محمود , تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الاسلامية , اطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة , 1976, مصر , ص 399

[47] ايد هذا الرأي بفتوى صادرة من هيئة الفتاوى والرقابة الشرعية بمصرف دبي الاسلامي ونصها الاتي السؤال هل يجوز للمضارب ان يتحمل الخسارة , عرض احد العملاء على المصرف ان يعطيه مبلغا من المال ليستثمره على ان يتفق المصرف معه على نسبة الربح نظير عمله وطلب في الوقت ذاته ان يتحمل مع المصرف الخسارة التي قد تحدث وتؤثر على راس المال مع استعداده لتقديم ضمانات لتحمله الخسارة ان وجدت فهل هذا الاتفاق جائز , الجواب لا يجوز ان يتحمل المضارب شيئا من الخسارة الا اذ ثبت تقصيره , فتاوى هيئه الفتاوى والرقابة الشرعية , بنك دبي الاسلامي , فتوى رقم 52 , ينظر: د.حسين حامد وعلي محي الدين و الشيخ محمد عبد الرزاق ,فتاوى هيئه الفتوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الاسلامي ,القسم الاول , المجلد الاول , دار البشائر الاسلامية للنشر , ص259

[48] عادل عبد الفضيل عيد , نظرية الخسارة في معاملات المصارف الاسلامية ,دار التعليم الجامعي للطباعة والنشر , 2014 , مصر , ص 304

"يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف او العادة " لذا الشروط التي تقترن بالعقد تكون على ثلاثة انواع وهي :

1- شروط معتبرة وهي الشروط التي تعد مؤكدة لمقتضى العقد ومثالها ابيعك الشيء على شرط ان تدفع الثمن معجلاً فأن تعجيل الثمن يعد من مقتضى عقد البيع فان اشتراط البائع جاء مؤكد للعقد او ملائماً لمقتضى العقد لا يؤكد استيفاء الثمن و هذا الشرط يجب الوفاء به مع العقد.

-الشرط لغو فيصح العقد ويعد الشرط باطل

-شرط مبطل للعقد فأنه يبطل العقد والشرط معاً.

وبمقتضى هذا الرأي يكون المضارب ضامناً في حالة التعدي أو التقصير،[49] ويكون عليه تحمل الضرر الذي حصل لرب المال اما في حالة أشتراط رب المال شرط الضمان على المضارب فان المسألة مختلف فيها من الناحية الشرعية اذ اعتبرها فقهاء من المذهب الحنفي بان الشرط باطل والمضاربة صحيحة اما الشافعي فقد اعتبر المضاربة فاسدة ,[50] فكرة الضمان هذه ليست بحديثة المنشأ فقد تم تطبيقها على المضاربة الفردية قديما, اما في الوقت الحالي فان المضاربة المشتركة او الجماعية التي تمارسها المصارف الاسلامية تفترض ضمانات على المضارب فقد قام بعض الفقهاء بالتفرقة بين المضاربة الفردية والمضاربة المشتركة من حيث ضمان الشريك او المضارب لراس المال اذ تعد المضاربة التي تجريها المصارف هي مضاربة مشتركة وتقاس على الاجير المشترك في عقد الاجارة اما المضاربة الفردية تسمى وفق هذا الراي بالمضاربة الخاصة وتقاس على الاجير الخاص للوصول الى حكم الضمان المضارب لراس المال وقد استند هذا الراي على القياس للوصول الى هذا الحكم,[51] وفي الصدد نفسه فقد اشارت تعليمات قسم المصارف الاسلامية في دائرة المراقبة الصيرفية والائتمان في البنك المركزي في المادة السادسة المعنونة بضمانات المضاربة " يجوز لرب المال اخذ الضمانات الكافية والمناسبة من المضارب بشرط ان لا ينفذ رب المال هذه الضمانات الا اذ ثبت التعدي او التقصير او مخالفة شروط عقد المضاربة " , و قبل الدخول لبيان الضمانات المتعلقة بالمستثمر نبين اسباب فرض ضمان , اذ ان حصة الربح التي يحصل عليها المصرف ومالك الاموال متوقف على نجاح المشروع الاستثماري , كما ان واقع سير العمل في المضاربة هو الذي يحدد مدى التزام المصرف بالضمان فأي خسارة في العمل تقع على عاتق المصرف في مواجهة أصحاب الودائع فهذا الاثر الخطير يدفع المصرف للتريث

---

[49] يعرف التعدي بانه " تجاوز الحدود التي يجب على الشـــخص الالتزام بها في ســـلوكه " انظر د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشـــير , الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , الجزء الاول , مكتبة السنهوري للنشر , بغداد , 2012,ص111وص 215

[50] اكرم علي محمد يوسف , تأصيل المضاربة المصرفية , بحث منشور في مجلة دلتا العلوم والتكنلوجيا , العدد السادس , 2017, السودان , ص 112

[51] عادل عبد الفضيل عيد, المرجع السابق , ص 314

والتأكد قبل الدخول في تمويل المشاريع الاستثمارية بصيغة المضاربة لذا فان المصرف عليه ان يتأكد من المستثمر وقدرته على انجاح العملية الاستثمارية وكفاءة والسمعه التجارية , لذا من اهم اسباب فرض الضمانات في عقد المضاربة هي احتمالية الربح وضعف الائتمان وكما يأتي :

1- احتمالية تحقيق الربح :إن عقد المضاربة ينشأ من تلاقي العمل وراس المال من اجل تحقيق مردود ايجابي وتقسيم هذا المردود على الاطراف حسب الاتفاق فان الربح يرتبط اساساً بالعمل فاذا لم ينتج هذا العمل اي مردود ايجابي فيصبح هذ العمل بلا جدوى او منفعة بعبارة اخرى , ان حصة الربح للمستثمر والمصرف متوقفة على حصول الارباح في العمل الاستثماري الذي يتوقف بدوره على عدة عوامل منها حركة السوق و الوضع الاقتصادي بشكل عام و حركة الاسعار وكفاءة المستثمر ،[52] ومقدرته على توجيه العملية الاستثمارية نحو بر الامان ومن هذا نستنتج ان الربح في هذه الحالة هو احتمالي الحدوث اذ قد يحصل ربح او قد لا يحصل اذ لا يوجد معيار او ضابط نستطيع ان نستند عليه لتحديد الربح بشكل قطعي.

2-صعوبة الائتمان :من اهم المعوقات التي تواجه المضاربة المصرفية هي الائتمان والذي يعد من اهم الوظائف التي يقوم بها المصرف اذ يحرص المصرف على اشباع حاجة عملائه للائتمان وتخصص لتحقيق هذا الهدف جانباً هاما من موارد المصرف, وتعدد عمليات الائتمان والتي اهمها الخصم وفتح الاعتماد والقبول الائتماني.[53] اما التعريف المصرفي للائتمان فأنه " يعرف بانه الثقة التي يوليها المصرف لعميله ويمنحه قرضا او يكفله فيها لمدة محددة وبشروط يتفق عليها الطرفان مقابل عائد معين للمصرف يحصل عليه "[54] ,وقد يثار هنا تساؤل عن طبيعة علاقة عقد المضاربة بالائتمان للإجابة على هذا التساؤل تبرز العلاقة بين عقد المضاربة والائتمان في العلاقة بين المصرف والمستثمر تتلخص هذه العلاقة بأن المصرف يقدم حصة مالية للمستثمر على سبيل عقد المضاربة ليقوم هذا الاخير بالعمل والاستثمار خلال مدة العقد مما يعني ان المصرف قد منح المستثمر الثقة للقيام بالاستثمارات المطلوبة فالثقة وحدها لا تكفي لابد ان تستند على عوامل اخرى منها الكفاءة والمقدرة المالية والسمعة التجارية فقد يتسبب المستثمر في افشال العملية الاستثمارية, و من ثم فقد يتسبب بإحداث ضرر لرب المال فيترتب على المستثمر نتيجة عدم كفاءة ومقدرته على تحمل كامل المسؤولية تجاه رب المال وكذلك يتحمل المصرف المسؤولية في مواجهة رب

---

[52] السيد محمد باقر الصدر , البنك اللاربوي في الاسلام , الناشر مكتبة جامع النقي العامة , الكويت , ص 50
[53] حسني المصري , القانون التجاري عمليات البنوك , بلا طبعه , 1987, ص 43
[54] صباح صبار جبر , التنظيم القانوني للمصارف الاسلامية في العراق دراسة مقارنة ,رسالة ماجستير مقدمة لمعهد العلمين للدراسات العليا -قسم القانون , 2020,ص 81

المال فان خسارة المستثمر نتيجة عدم كفاءة واخلال بالثقة الممنوحة له يلقي بأثرها على المصرف ايضا وهذا من شأنه ان يضع المصرف ورب المال على حد سواء بدرجه عالية من الخطورة لذلك نستطيع ان نستنتج صعوبة منح الائتمان بالنسبة للمصارف فعليها التأكد من كفاءة والمقدرة المالية قبل منح الثقة للمستثمر .[55] بعد ان انهينا الكلام عن اسباب الضمان بقي ان نبين ماهي الادوات التي تستخدمها المصارف في ضمان عقد المضاربة ؟ ذكرنا ان الضمان في عقد المضاربة هو حماية لمالك الاموال والمصرف على حد سواء من تلاعب المستثمرين وعدم جديتهم بالاستثمار المتفق عليه لذا يكون هذا الضمان حماية لهم لذا سنبين الادوات التي تستطيع توفير الحماية من تلاعب المستثمرين اهمها :

1- ان يقوم المصرف وبصورة مستقلة بإعداد دراسة على المستثمر حول امكانيته و الكفاءه و السمعة المالية و أمانته بالعمل ويمكن للمصرف في سبيل تحقيق هذه الوسيلة ان يلجأ الى انشاء قسم خاص او ادارة معينه تتخصص بإعداد تقارير ومعلومات الكاملة عن المستثمرين ومدى قابليتهم على العمل الاستثماري قبل منحهم الثقة من المصرف .

2- اعداد دراسة جدوى اقتصادية عن المشروع المزمع تمويله بصيغة المضاربة وان يكون لدى المصرف فكرة كاملة عن المشروع وعن نوع الاستثمار ومعلومات كافية عن المشروع الاستثماري فعلى المصرف الزام المستثمر بتقديم كافة المعلومات لأن ذلك يساعد على سرعة اكتشاف التلاعب في حالة تلاعب المستثمر, وكذلك يساعد على دراسة المشروع ودراسة احتمالية حصول الربح او الخسارة فعلى المصارف الاسلامية انشاء شعبة او لجنة مهمتها البحث والتحقيق في اسعار السوق الوضع الاقتصادي وظروف المستثمرين وكافة المعلومات عنهم اذ يتم جمع هذه المعلومات من شأنها ان تساعد المصرف على حسن اختيار المستثمر وتجنب المصرف خسارة نتيجة منح الثقة للمستثمر بشكل خاطئٌ .

3- على المصرف ان يتابع ويراقب المستثمر وان يتابع مراحل سير العمل للتأكد من سير العملية الاستثمارية وفق ما خطط لها, وبمراقبة المصرف للمستثمر يقطع الطريق على المستثمرين بالتلاعب او الادعاء بخسارة المشروع ويمكن للمصرف ان ينفذ هذه المتابعة عن طريق تعيين

[55] Waqar massood kham – towards on interest free islamic system leicester . the islamic foundation. 1985 – p.10

ممثل له تكون مهمته الاشراف والمتابعة لعمل المستثمر وبذلك يضمن عدم اخلال المستثمر بما اتفق عليه الاطراف وقد اثبتت هذه الطريقة جدواها من ناحية التطبيق العملي. [56]

4- يستطيع المصرف استعمال اداة و هي الالتزام بالإعلام؛ اذ يلتزم المستثمر بأبلاغ المصرف باي تغير يحدث بأسعار السوق وتقلبات الاسعار ووضع العملية الاستثمارية بشكل عام وبذلك لا يستطيع المضارب ان يتلاعب بالاسعار او بالحقائق . فهذه الأدوات التي ذكرنا من شأنها ان تساعد المصرف قبل منح الثقة للمستثمرين ضد تلاعب المستثمرين واحتيالهم وادعائهم بالخسارة . بعد ان تكلمنا عن الضمان واسبابه وادوات الضمان بقيه ان نبين الضمانات المتعلقة بالمستثمر والضمانات المتعلقة بالمصرف لذا سوف نقسم هذا المطلب على المطلب الاول الضمانات المتعلقة بالمستثمر المطلب الثاني الضمانات المتعلقة بالمصرف .

المطلب الأول

الضمانات المتعلقة بالمستثمر

على الرغم من كل التدابير والاحتياطات التي تتخذها المصارف في سبيل عدم الوقوع في الخسارة الا ان الخطر مازال موجوداً وهنا يأتي دور الضمانات المالية التي من الممكن ان تفرض ضد المستثمر في حالة التلاعب او الخطأ المتعمد او أخطاء شخصية اذ يستطيع المصرف ان يلزم المضارب عند ابرام العقد بتقديم ضمانات مالية مثلا رهن حيازي او تأميني او ان يؤمن على الاموال المضاربة او المشروع الاستثماري عند شركات التأمين اذ من شأن هذه الضمانات أن تكون حافزاً و دافعاً قوياً عند المضارب (المستثمر) لان يكون اكثر نشاطا واكثر حرصاً على انجاح العملية الاستثمارية ,و تعد مسألة ضمان المضارب لراس المال في المضارب المصرفية من المسائل الهامة على الصعيد العملي اذ تشكل عنصراً هاماً في انجاح عمل المضارب و السؤال الذي يتبادر الى الذهان هل يمكن ان يضمن المضارب الخسارة وبدون تعدي او تقصير منه الجواب على هذ السؤال يكمن في ان يد المضارب على اموال رب المال هي يد امانة[57] و لا يمكن تضمين الامين الا في حاله التعدي او التقصير اذ أن الاذن الذي منحه المصرف للمستثمر في الحصول

[56] ويلاحظ بهذا الصدد نص المادة 4 البند العاشر من عقد تأسيس المصرف العراقي الاسلامي على انه "على المصرف ان يتاكد من سلامة المشروعات الاستثمارية التي يكلف بالإشراف عليها .... وللمصرف الحق بالتفتيش والرقابة الفعلية على المشروعات الاستثمارية التي يمولها بموجب عقد التمويل " .

[57] تعرف يد الامانة بانها " وهي ان الشخص يضع يده على ملك غيره بأذن منه لكي يحقق مصلحه لنفسه " انظر ليلى عبد الله سعيد , يد الامانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي , بحث منشور في مجلة كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية , 1997 , قطر , ص 326. وكذلك عرفها القانون المدي العراقي في المادة 950البند اولا " الامانة هي المال الذي وصل الى يد أحد بأذن من صاحبه حقيقة او حكما لا على وجه التمليك...."

على الاموال جعل يد المستثمر يد امانه في عقد المضاربة المصرفية والامانة تقضي انه لا ضمان على المضارب اذ ان الضمانات التي تأخذ من المضارب يعلق استعمالها الا على حالة التعدي او التقصير من المضارب في العمل ففي حالة التعدي او التقصير يكون سبباً لاستعمال واخذ الضمانات اذ تنقلب يد المضارب من يد امانة الى يد ضمان وتحمل المضارب الضمان ,[58] اما في حالة أذاً اشترط رب المال على المضارب الضمان ان يتحمل الخسارة حتى مع عدم التعدي او التقصير و قد اختلف الفقه في هذه الحالة وانقسم على فريقين اذ يرى الفريق الاول ان الشرط يعد باطلا ولا ينتج اي اثر قانوني وحججهم في ذلك هي؛ أن ذلك مخالف لمقتضيات عقد المضاربة وان يد المضارب يد امانة والامين لا يضمن وقد اشار قانون المصرف الاسلامي الاردني رقم (62) لسنة 1985 في نص المادة 22/أ (يتحمل المصرف الخسارة في المضاربة باعتباره مضاربا مشتركاً)[59], اما الفريق الثاني الذي يرى تأييد شرط الضمان ان الشرط الضمان جائز ولكن ليس بشكل مطلق.

المطلب الثاني

الضمانات المتعلقة بالمصرف

يقوم المصـــرف بدور مهم وقيادي في ادارة عقد المضـــاربة اذ يقوم بالإشـــراف ومتابعة ونقل الاموال المودع الى المستثمرين ويستحق ربح نتيجة لهذا العمل ولكن هل يتحمل الخسارة اذ ما فشلت العملية الاستثمارية انقسم ألاراء في بيان مدى ضمان المصرف [60]في حالة الخسارة اذ يرى الاتجاه الاول ان المصرف في المضاربة المشترك يعد مضارباً مشتركاً وعليه الضمان و هذه من الامور المهمة في الواقع العملي وقد اخذ المشـــرع الاردني بهذا الاتجاه في قانون المصرف الإسلامي الأردني في المادة (22/أ) على انه يتحمل البنك باعتباره مضاربا مشتركا الخسائر الناجمة عن أي سبب موجب لتضمينه "وحجج هذا الاتجاه انهم يقيسون حكم الاجير المشترك المعروف في الفقه الاسلامي على حكم المضارب المشترك ونستطيع ان نحدد مفهوم الاجير المشترك بانه " الذي يعمل بأجر لأكثر من شخص اي لعامة الناس وليس وقتة مختصاً بشخص " [61] " اذ أن الاجير المشترك ينفرد بالعمل الذي استؤجر لأجله وإن الهلاك او الخسارة اذ حصلت تقع على عاتق الاجير المشترك في حالة التعدي او التقصير من جانب الاجير المشترك

[58] نوري طه الملا حويش , المرجع السابق , ص 113

[59] وقد اشارة المادة (670/ملغاة) من القانون المدني (إن الخسارة يتحملها رب المال وحده وإذا شرط على المضارب ان يشترك في الخسارة فان الشرط لا يعتبر).

[60] علي مطشر عبد الصاحب , خصوصية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , العدد خاص الثالث , الجزء الاول , 2017 , ص 198

[61] الاء عادل عبيد , ضمان المضاربة المشتركة قياسا على الاجارة دراسة مقارنة ,بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية , المجلد 14 , العدد 1 , 2020, ص270

ويمكن القول إجمالاً إن مسالة ضمان المضارب المشترك من الممكن أن تساعد على تدعيم أركان المضاربة المشتركة ويصبح العمل اكثر جدية خصوصا اذ علم المستمثر ان عليه الضمان في حاله التقصير والاهمال اما الانتقادات التي وجهت على هذا الاتجاه :

1-إن الضمان المفروض على الأجير المشترك يكون مقابل ما يتقاضاه من اجر ثابت ومضمون ومتحقق واكيد، أما المضارب فأنه يقع على عاتقه الضمان ويكون لقاء ربح غير مضمون ولا ثابت وبالنتيجة فان القياس يكون قياساً مع الفارق كبير .

2-تختلف الأجارة عن المضاربة من حيث المفهوم والطبيعة، فالإجارة من عقود المعاوضات ، بينما المضاربة تقوم على مبدأ المشاركة؛ وبهذا فان قياس المضاربة على الاجارة غير صحيح .

3-ان الاختلاف في الالفاظ والكلمات من المضارب الى المضارب المشترك لا يغير شيء من الجوهر والمضمون ويبقى يأخذ الحكم نفسه .

اما الاتجاه الثاني المعارض لفكرة الضمان اذ يرى هذا انصار هذا الاتجاه أن لا ضمان على المضارب المشترك, ويترتب على ذلك إن المصرف لا يضمن الخسارة الحاصلة ما لم تكن نتيجة التقصير أو التعدي، ويستند انصار هذا الاتجاه على مجموعة من الحجج التي يمكن إيجازها في:

1-إن تضمين المضارب سواء كان منفرداً أو مشتركاً يتعارض مع الشريعة الاسلامية أذ لايجوز شرعآ فرض الضمان على المضارب او العامل بالمضاربة ,[62] ولاسيما ان عقد المضاربة قائم على اساس مبدأ المشاركة بين رب المال والمضارب، اذ يشارك الطرف الأول براس المال بينما يشارك الطرف الثاني بعمله وجهده , فان تحميل المضارب الضمان معناه تحميله خسارتين الاولى خسارة الوقت والجهد والثاني خسارة الاموال التي سوف يرجعها لرب المال .

2-اخذت الكثير من النصوص التشريعية بعدم جواز تضمين المضارب والقول بخلاف ذلك ينافي القواعد القانونية المتبعة, مثال ذلك المادة 22 من قانون المصرف الاسلامي الاردني للاستثمار والتمويل [63].

3- إن تحميل المضارب المشترك للخسارة يؤدي إلى جعل المضارب مقترضاً وليس مضارباً ، و من ثم يتحول العقد إلى عقد قرض وليس مضاربة ومقتضى ذلك وجوب أن يكون الربح بتمامه للمصرف. [64]

اما الراي الراجح فأنه اخذ بالنظرية المؤيدة لضمان المصرف اما الاسباب والمبررات ترجيح هذه النظرية هي :

1- العقد المبرم بين المصرف ورب المال ممكن أن يكون السبب المنشئ لالتزام المصرف اذ يندرج ضمان المصرف لأموال ضمن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

---

[62] السيد محمد باقر الصدر , المرجع السابق , ص 32

[63] تنص المادة ": يقوم المستشار الشرعي المعين حسب أحكام هذا القانون بالتحقق من وجود السند الفقهي المؤيد لتحميل البنك اية خسارة واقعة في نطاق عمليات الاستثمار المشترك"

[64] باسم علوان طعمه العقابي, المرجع السابق , ص 108

2- ممكن ان يكون ضمان المصرف سبباً في ثقة المودعين بعمل المضاربة وجذبهم لتعامل معهم فعندما يتحمل المصرف الضمان فيكون ذلك سبب في ثقة الجمهور.

الخاتمة

في خاتمة بحثنا توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات وكما يلي:

أولا: النتائج results

1- يمكننا ان نستلخص تعريف للمضاربة بانها " عقد على الشركة في الربح الناتج من مال مقدم من طرف وبعمل من طرف اخر على ان يحدد حصة كل واحد منهم من الربح بنسبة يتفقان عليها كالنصف او الثلث "

2-لا يوجد نظام قانوني متكامل يخضع له عقد المضاربة المصرفية رغم اهمية هذا العقد بالنسبة للمصارف الاسلامية .

ثانيا: التوصيات Recommendations

تتمثل التوصيات التي نتمنى ان يأخذ بها المشرع العراقي بالتوصيات الاتية :

1.نوصي المشرع العراقي بوجوب وضع نظام قانوني متكامل خاص بالعقد المضاربة المصرفية, وذلك لأهمية هذا العقد بالنسبة للمصارف الاسلامية.

2. نقترح ان يخصص المصرف جزء من راسماله أو أرباحه , لمواجهة الخسارة المحتمل, اذ يتحمل المصرف الخسارة في حالة وقوعها عند استثماره الاموال وفق صيغة المضاربة , ان مثل هذا التخصيص من شأنه ان يزيد ثقة المستثمرين بالمصرف.

المراجع والمصادر

القرآن الكريم

1. **أولاً : المصادر القانونية** احمد شبعان محمد علي , البنوك الاسلامية في مواجهة الازمات المالية , دار الفكر الجامعي , الطبعة الاولى, 2010 .
2. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان , المضاربة كما تجريها المصارف الاسلامية وتطبيقاتها المعاصرة ,دار الفكر الجامعي , الطبعة الاولى , 2011.
3. غسان السبلاني , المصارف الاسلامية نظام مالي عادل ومستقر , دار المنهل اللبناني ,الطبعة الاولى , 2012
4. سليمان رمضان محمد عمر , النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية , الطبعة الاولى , دار الفكر الجامعي , 2009

5. عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي , المصارف الاسلامية بين النظرية والتطبيق , دار اسامة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , عمان , 1998 ,
6. د. اياد عبد الجبار الملوكي , قانون الاثبات , الطبعة الثانية , شركة العاتك للنشر ,2009 , بغداد.
7. د. محمود محمد حسن , العقود الشرعية في المعاملات المصرفية , بلا دار نشر , الطبعة الاولى .
8. السيد محمد باقر الصدر , البنك اللاربوي في الاسلام , الناشر مكتبة جامع النقي العامة , الكويت.
9. السيد محمد تقي الخوئي , مباني العروة الوثقى , الجزء الثالث , كتاب المضاربة , تقرير لبحث آية الله العظمى السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي , مطبعة الآداب , النجف الاشرف , 1986م .

10. د. فائق محمود الشماع , الايداع المصرفي -الايداع النقدي دراسة مقارنة , الجزء الاول , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الاولى , 2011.

11. عادل عبد الفضيل عيد , نظرية الخسارة في معاملات المصارف الاسلامية ,دار التعليم الجامعي للطباعة والنشر , 2014 , مصر .

12. د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , الجزء الاول , مكتبة السنهوري للنشر , بغداد , 2012. 13.د. حسني المصري , القانون التجاري عمليات البنوك , الطبعة الاولى , بلا دار نشر , 1987, مصر .

ثانياً : الرسائل والأطاريح الجامعية

1- مصـــطفى محمد زغير , التنظيم القانوني لرقابة البنك المركزي على اموال المصـــارف الاسلامية , رسالة ماجستير مقدمة للجامعة البصرة كلية القانون ,2020.
2- د. سامي حسن احمد محمود , تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الاسلامية , اطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة , 1976, مصر
3- باسـم علوان طعمه العقابي , عقد المضـاربة المصـرفية , اطروحة دكتوراه مقدمة للجامعة النهرين كليه الحقوق , 2005.
4- فردوس هاشـم عبد ياسـين المشـهداني , المصـارف الاسـلامية في العراق بين النظرية والتطبيق , اطروحة دكتوره مقدمة لكلية الامام الاعظم لجامعة قسم الفقه وأصوله , 2018,

5- طه نوري الملا حويش , عقد المضاربة في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في الحقوق مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة،1979
6- سهام سوادي طعمه, الالتزام بالاصفاح في المسائل التجارية , اطروحة دكتوراه مقدمه لكلية القانون جامعة بغداد, 2015.
7- ندى زهير سعيد الفيل , النقل المصرفي , رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعه بغداد ,1995.
8- حمزة فائق وهيب الزبيدي , وديعة النقود دراسة في القانون , رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعه بغداد , 1984.
9- فراس ياوز عبد القادر اوجي- جريمة الإخلال بواجبات الرقابة المصرفية – دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد -2002.

ثالثاً : المؤتمرات والبحوث العلمية

1) نسيبة ابراهيم حمو الحمداني و رسل عبد الستار عبد الجبار , ماهية المضاربة المصرفية , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية , المجلد الرابع , العدد الاول , 2015،
2) لاشين محمد يونس , شركة المضاربة في الفقه الاسلامي المقارن والقانون الوضعي , بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا, العدد السادس , 1995.
3) اكرم علي محمد يوسف , تأصيل المضاربة المصرفية , بحث منشور في مجلة دلتا العلوم والتكنلوجيا , العدد السادس , 2017, السودان.
4) ليلى عبد الله سعيد , يد الامانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي , بحث منشور في مجلة كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية , 1997 , قطر
5) الاء عادل عبيد , ضمان المضاربة المشتركة قياسا على الاجارة دراسة مقارنة ,بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية , المجلد 14 , العدد 1 , 2020,
6) د. فائق محمود الشماع , النقل المصرفي , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , العدد الاول , 2001, بغداد .
7) د. فائق محمود الشماع , حول المفهوم القانوني لوديعة النقود , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , المجلد الثالث عشر , العدد الاول والثاني , 1998, بغداد .
8) علي مطشر عبد الصاحب , خصوصية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , العدد خاص الثالث , الجزء الاول , 2017 .

9) صفاء علي حسين , المسؤولية المدنية عن اخلال بقواعد الاستعلام المصرفي , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , العدد الخاص الثالث, الجزء الاول , 2017,

رابعاً : التشريعات

1.القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

2. قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984

3. قانون المعاملات المدني السوداني لسنة 1984

4. قانون المعاملات المدني الاماراتي رقم 5 لسنة 1985

5.قانون المصارف العراقي رقم 94 لسنة 2004

6. قانون المصرف الاسلامي الاردني للاستثمار والتمويل رقم 62 لسنة 1985

7. قانون المقارضة الاردني رقم 10 لسنة 1981

8. قانون تنظيم الشركات المضاربة الباكستاني رقم 31 لسنة 1980

9. قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979

خامساً : المصادر الاجنبية

1. Waqar massood kham – towards on interest free islamic system leicester . the islamic foundation. 1985 – p.10

سادساً: مصادر الشبكة العنكبوتية (الانترنت)

1. نشرت هذه التعليمات على الموقع الرسمي للبنك المركزي العراقي على الموقع الالكتروني https://www.cbi.iq/ اخر تاريخ للزيارة 2022/8/13
2. نشرت هذه التعليمات على الموقع الرسمي للبنك المركزي العراقي على الموقع الالكتروني https://www.cbi.iq/ اخر تاريخ للزيارة 2022/8/20