أحكام النسبة المئوية في العمليات المصرفية "دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون"

The rules of interest in the banking operations
A comparative study

بحث مقدم من قبل
الاستاذ الدكتور علاء عزيز حميد الجبوري
جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة.
ومن الشائع القول إن الاهتمام بالنشاط المصرفي المعاصر الذي يتميز به المتابعون ووسائل الإعلام ضروري لجذب العملاء للانخراط في هذا النشاط والسعي لتطويره. ويمكن القول أن أبرز هذه الأساليب هي الفائدة التي تعمل بها البنوك في الخير أو السيئ ، أعني المنح والاستيفاء. حيث أن البنوك وجميع مؤسسات الاستثمار المالي بشكل عام تتخذ مثل هذه الوسائل للسيطرة على أنشطة أعمال الموانئ وبالتالي كسب سمعة طيبة من خلال منح تلك الفائدة أو تخفيضها في حالة الاستيفاء. في جانب النهب ، يتم توفير نسب المنحة فائض مرتفع لأولئك الذين قدموا للمبالغة أو الأشياء أو المستندات القابلة للتداول ، في حين قد تفي بدورها بنسب أقل أو أكثر اعتمادًا على ظروف القيم من خلال الأنشطة الحسابية المختلفة سواء كانت فردية أم مركبة. هذا يذكر أن الجانبين وصفوا النهب والإيجابي في النشاط المصرفي لكنه يبني على أساس الفائدة من المنح أو الاستيفاء.
الكلمات المفتاحية: النسبة المئوية ، العمليات المصرفية ، الفقه الاسلامي ، تطوير ، النشاط المصرفي.

Abstract .
It is common to say that the interest of contemporary banking activity, which is characterized by the followers and the media are needed to attract customers to engage in this activity and seeking to develop it. It could be said that the most prominent of these methods is the interest by which banks operate for good or bad, I mean the grants and interpolation. As the banks and all financial investment institutions generally take such a means to control the ports business activities and thus earn a good reputation by giving that interest or reduced in the event of interpolation . In the pillage side, it is providing the grant percentages are high surplus to those who filed to have exaggerated or objects or negotiable documents.While in turn may meet the ratios less or more depending on the circumstances of the values through various computational activities, whether individual or vehicle in. This is to be noted that both sides described the looting and positive in the banking activity but it is building on the basis of the interest of grants or interpolation.

Key words: percentage , banking operations , Islamic Fiqh , Development , banking activity.

المقدمــة.

مما يلاحظ ، أن النسبة المئوية للنشاط المصرفي المعاصر والذي يمتاز بأتباع وسائل لابد منها لجذب العملاء(الزبائن) لمزاولة هذا النشاط والعمل على تطويره. ولعل من ابرز هذهِ الوسائل هي النسبة المئوية التي تعمل بموجبها المصارف بالسلب والإيجاب ، وأعني بذلك المنح والاستيفاء. ذلك أن المصارف عموما وجميع مؤسسات الاستثمار المالي تغتنم مثل هكذا وسائل للسيطرة على منافذ الأنشطة التجارية وبالتالي كسب السمعة الجيدة من خلال منح تلك النسبة أو خفضها في حال الاستيفاء ' فمن جهة السلب أنها تقوم بتقديم ومنح نسب مئوية مرتفعة كفائض لمن يودع لديها مبالغ أو أعيان أو مستندات قابلة للتداول.في حين هي بدورها قد تستوفي قيم النسب أقل أو أكثر بحسب الأحوال من خلال الأنشطة الحسابية المختلفة سواء كانت المنفردة أو المركبة . لهذا يلاحظ أن وصفنا لجانبي السلب والإيجاب في النشاط المصرفي أنما يبنى على أساس منح أو استيفاء النسبة المئوية . فهل أن تملك هذه النسبة وبالتالي ترتب أثار حق الملكية عليها بوصفهِ من الأحكام الوضعية في جانب المعاملات يعطي المشروعية في التصرفات الواردة عليه أم لا؟

وعندما وصفنا حق الملكية بأنهُ حكم وضعي ، والذي لا يخرج عن كونه جعل الشيء سبباً لشئ آخر أو شرطاً لهُ أو مانعاً منهُ. فتكون الملكية والحال كذلك حكماً وضعياً لأنها سبب يسمح بموجبهِ للمالك أن يتصرف أو يستغل أو يستعمل المال نقدياً كان أم عينياً. من هنا فقد كانت جميع المؤسسات والشركات المصرفية والتجارية عموماً ، يلاحظ كونها مؤسسات مالية تمثل كيانات تلتقي فيها الأموال وتتجمع بهدف استثمارها والحصول على مردودات ايجابية من خلال الأنشطة التجارية المختلفة على اعتبارها كيانات قابلة لان تتملك الأموال ، ألا أن ذلك أنما يكون على طابعين:-

أولهما :- أن تتشكل تلك المؤسسات والشركات من أموال تتجمع لتكون كيانات قابلة للتملك، إلا أنها تمثل المالك الحقيقي لتلك الأموال التي تقبضها او تمنحها، وإنما هناك من هم أصحاب حق الملكية والولاية بالتصرف على تلك الأموال فكيف يتم التعامل مع تلك الأموال؟ ومدى مشروعية ذلك؟

وثانيهما:- كيانات قابلة لتملك الأموال النقدية أو الأعيان ولكن لا يوجد أشخاص وراءها يمتلكون الاموال بشكل حقيقي كما هو الحال بالنسبة لخزينة الدولة أو المساجد أو الأوقاف . ولذلك تحتاج وبالضرورة ، إلى من يديرها ويتعهد شؤونها كأن تكون الدولة مثلاً لا باعتبارها مالكاً لتلك الأموال ، ولهذا يصطلح عليها بأنها أموال مجهولة المالك، وإنما تدار من قبل الدولة بأعتبارها ولياً في التصرفات.

من كل ما سبق وغيره، فيما يتعلق بمفهوم النسبة المئوية ، وهل أتفق الفقه على تعريفها أم لا؟ وما هي ضوابط الترخيص للعمل بموجبها؟ ومظاهر تطوير النشاط المصرفي وآثار ذلك في رفع المحذور الربوي في العمليات المصرفية، سنعرض لهُ طبقاً للخطة العلمية التالية:-

المبحث التمهيدي :- مفهوم النسبة المئوية في العمليات المصرفية
المطلب الأول:- التعريف بالنسبة المئوية في العمليات المصرفية
المطلب الثاني:- ضوابط الترخيص بالنسبة المئوية وموقف القانون العراقي
المبحث الاول :- مظاهر تطوير النشاط المصرفي ودور المضاربة فيه
المطلب الأول:- تطوير الموارد البشرية في النشاط المصرفي
المطلب الثاني :- ضمان الاستيفاء ودور المضاربة في النشاط المصرفي
المبحث الثاني :- آثار توصيف النسبة المئوية في إلغاء الربوية
المطلب الأول:- تقييم معاملة قبض النسبة المئوية
المطلب الثاني:- إلغاء العنصر ألربوي من النسبة المئوية

المبحث التمهيدي/ مفهوم النسبة المئوية في العمليات المصرفية.

تمتاز الأموال التي تدفع من قبل المصارف أو تستلم ،بأنها أقيام تترتب عن مديونيات وعلاقات قانونية متشابكة ،تستلزم توافر ضوابط تشريعية محددة تنظمها .وهذا ما سنعرض له في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:- التعريف بالنسبة المئوية في العمليات المصرفية.

يلاحظ ، أن الأموال التي تدفع كنسب مئوية هي في الغالب العام ناجمة عن عقود معاوضة ملزمة للجانبين في النشاط المصرفي لذا فهي كالعقود تبرم وتنفذ من خلال أداء الالتزامات والحقوق المتقابلة. حيث تتعهد المصارف ومنها المصارف الإسلامية مثلاً بأن تدفع راس المال لمشروع معين اي ان تلتزم المصارف بتمويل المشاريع التجارية المختلفة . في حين يقوم الطرف الآخر(المؤتمن) أو العميل المضارب في بعض العقود بعملهِ وجهدهِ لتحقيق الأرباح المقصودة من هذهِ الأنشطة التجارية، حيث ينبغي وبشروط وبضوابط معينة للاستثمارات والمضاربات التجارية أن تحقق تلك المردودات الايجابية . فأن لم يتحقق الربح فلا شئ لهذا العميل أما عند تحقق خسارة في تلكم الانشطة المصرفية فأنها أنما تكون من حساب صاحب رأس المال(المستثمر) وهذا ما يمكن أن نؤسسه على أساس من المضاربة التجارية بين الطرفين، فلا يخسر العميل سوى جهدهِ أما الأرباح فتنقسم بينهما بحسب النسبة المئوية المتفق عليها[1]. من هنا فأن النسبة المئوية ما هي إلا((مبالغ مستحقة تدفع بمجرد إتمام التعاقد لعمل معيناً و إنجازه على صعيد الأنشطة التجارية المختلفة وبحسب الأحوال)). بيد أن الأمر لا يستقيم بهذهِ السهولة ،لبيان النسبة المئوية وآلية استحقاقها بحيث أنها في بعض العقود تستحق بمجرد أبرام الصفقة أو الصفقات المتتالية، وهذا كلهُ ما لم يقترن العقد بشرط ضمان التنفيذ وبعبارة أدق، ضمان حسن التنفيذ[2].وذلك كما يلي:-

أولاً:- مرحلة الإبرام أو ما يعرف بالتعاقد طبقاً لتلاقي إرادتي الطرفين في عقد من العقود التجارية ليترتب بعد ذلك الثمرة المقصودة(الحق المعين) عن تقديم خدمة أو أداء التزام ويكون ذلك بشكل مئوي (نسبة مئوية) متفق عليها بين الطرفين أو بحسب ما تقضي به القواعد العامة.

ثانياً:- مرحلة ما بعد الإبرام (التنفيذ):- وهي مرحلة ترتب تعهدات بأداء أموال أو نسب تدفع عن كل صفقة كعقد بيع مثلاً، كأن تكون العلاقة التي من خلالها يتم دفع تلك النسبة المئوية هي علاقة التمثيل التجاري أو الوكالة بعمولة[3] .مما يستحق والحال كذلك دفع تلك النسب المئوية أو القروض المصرفية أو التسهيلات أو ألائتمانات أو غيرها من صور الأنشطة التجارية المتشابكة كالذي يترتب عن الحساب الجاري المعروف في المصارف اليوم ودور المصرف الواضح في أداءه وإدارته.

وهكذا فأن النسبة المئوية أو المال المدفوع يمكن أن يكون على شكلين أساسين هما:-

1- النسبة الحقيقية من قيمة الصفقة التجارية الواحدة بحيث يحتسب على أساس أنجاز كل عمل على حده أو ما يعرف أصولياً بتعدد المطلوب في النشاط التجاري.

2- أو أن تكون النسبة المدفوعة مبلغاً جزافيا يدفع أما عند التعاقد أو أثناء التنفيذ لما تم الاتفاق عليه . فإذا كان الأمر كذلك فما هي الضمانات في الاستيفاء في مثل هكذا معاملة تجارية؟ وما هو الأساس الذي يكمن أن تقبض على أساسه تلك المبالغ مضمونه؟ للإجابة عن ذلك نقول أن النسبة المئوية المذكورة ،تعد في الواقع حقاً من الحقوق التي يمكن أن تتخذ صيغة الأجرة، وهذا الحكم أعني صيغة الأجرة يستوجب التوقف عنده وبحثه من الناحية الفقهية ابتداءاً ، فإذا كانت الأحكام الشرعية المتعلقة بالعبادات جاءت بصيغة توقيفية (تعبدية)[4].ومن ثم فصلت على لسان سيد المرسلين وأهل بيته الطاهرين صلى الله عليهم أجمعين كإقامة الصلاة بأركانها وشروطها(واجباتها الركنية وغير الركنية)وأوقاتها وعدد الفروض فيها ، فأن الطابع الكلي سيكون ملازماً أيضاً للأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات ومنها ما يجري في المصارف لاستيعاب التطورات المالية المعاصرة، على أن يكون أي قيد يرد على ذلك من أمر أو نهي من الشارع الأقدس يلتزم به وبدرجة عالية للوفاء بالالتزامات المتقابلة من الناحية القانونية ولإبراء الذمم من الناحية الشرعية .فحلال محمد(ص)حلال الى يوم القيامة وحرامه حرام الى يوم القيامة. وآيا كان الأمر فإنما يظهر عند صاحب مباني العروة الوثقى بأنهُ(يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل بأن يشترط عليه ان ينجز بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا والربح بينهما نظير كونه وكيلا في عقد لازم. وبذلك فلا يجوز الفسخ ويضحي العقد ملزما للجانبين وليس كالوكالة العادية[5].

وتأسيسا على ذلك، فأن هذا ما يرتب آثراً مهما يتشكل بموجبهِ الضمان الأساسي إلا وهو حق الدائن في ان يحبس ما تحت يدهِ من أموال حتى يستوفي ماله من حقوق وذلك عند امتناع المدين المذكور في المضاربات المصرفية السابقة عن أداء دينه ، وهذا على مستويين مهمين أولهما:- طبقاً لقواعد حجز أموال المدين المعروف في قانون التجارة بالحجز التحفظي على منقولات المدين، وثانيهما : بطريق عام طبقا لقانون المرافعات وبالتحديد الحجز الاحتياطي المعروف . لكل ذلك فقد جاءت المادة/280 من القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951 المعدل تحت عنوان (الحق في الحبس للضمان) أي أن الدائن إنما يقوم بممارسة هذا الحق لضمان ما قد سلف وترتب لصالحه من الحقوق. اذ تنص الفقرة /1 من المادة/280 اعلاه على ((للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفي الأجر المستحق سواء كان لعملهِ اثر في هذا الشئ أو لم يكن..)) أما الفقرة /2 من المادة نفسها فتقضي بأنهُ:- ((وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يدهِ حتى يقبض البدل المستحق)) ولذلك فأن هذا الجواز رغم ورودهِ بطريق القواعد العامة إلا انهُ سيمتد ليشمل المعاوضات المصرفية المالية . لانها بدورها لا تخرج عن كونها معاوضات مالية ايضاً. فلا بد ان تكون مضمونة في نهاية المطاف . ذلك انها تمثل عمليات استثمارية للاموال المودعة لدى المصارف مما يتطلب والحال كذلك رقابة فاعلة ومنظمة تشريعياً[6].

المطلب الثاني/ ضوابط الترخيص بالنسبة المئوية وموقف القانون العراقي.

لقد جاءت الشريعة الإسلامية الغراء بالكثير من المقاصد والأهداف التي تقود إلى الاستثمار النافع والأمثل لمفردات الحياة ، مما ينعكس ايجابياً على واقع ومستقبل المجتمع الإنساني عموماً ، وليس ابلغ في الدلالة على ذلك استعمال واستثمار المال قيما وضع لهُ من مقام ومما يصح تداولهُ لإيفاد بمتطلبات حاجات الناس وتوفير فرص الحياة الكريمة. ومن هنا كانت المصارف الإسلامية باعتبار، كونها منظمات ومؤسسات مالية ، الوعاء الحقيقي لالتقاء تلك الأموال وتجميعها بهدف الحصول على مردودات الايجابية (الأرباح) ولكن ما يميزها عن المصارف الربوية أن عمليات المال وما يترتب عليها من آثار يجب أن تكون منضبطة وفقاً لمعايير مهمة منها[7] :

أ- الضوابط الشرعية.
ب- الأعراف التجارية الصحيحة.
ج- الاتفاقات العقلانية المشروعة.

وتأسيساً على ما تقدم ، فقد دل الدليل على ان المصارف الإسلامية اللاربوية إنما تتوافر على أبعاد اقتصادية واجتماعية ومالية وسياسية وغير ذلك، اذ لا شك ان تطبيق النظرية الإسلامية على علاقات التعامل المصرفي سيخلص المتعاملين والمستثمرين من الرجس والاثم العظيم واعني به الربا فالمكلف سيتعامل تلك الأموال انطلاقاً من قولهِ تعالى (ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من امن بالله واليوم الآخر)[8]. ولكل ذلك فالمدلول واضح من تشكيل وعمل المصارف الإسلامية في أنها تركز في الذهن مبدأ ضرورة الحصول على الكسب الحلال ، دون سواه بالتعاون بين هذهِ المصارف وعملائها وبلحاظ كونهم شركاء أو مساهمين مؤسسين أو غيرهم يتقاسمون الربح والخسارة مما يؤكد قاعدة الغنم بالغرم. ولكل ذلك فلا بد من ملاحقة التشريعات المصرفية بالتعديل ومنها على وجه التحديد المادة/ 27 من قانون المصارف لدينا والمرقم 94 لسنة 2004.اذ تعدل المادة/27 من القانون المذكور وكما يأتي:

تمارس المصارف الأنشطة والعمليات المصرفية طبقاً للقانون وشروط التراخيص الخاصة بها او إجازتها وكما يأتي:

1- لا يجوز الإيداع في المصارف المشمولة لأحكام هذا القانون والتي يكون راس مالها أهلياً أو مشتركاً بقصد استحقاق الفائدة ولا يبعد جواز الرغبة في ذلك من المصارف الحكومية.

2- يجوز السحب والإيداع من المصارف الحكومية والمصارف غير الربوية وكذا المصارف التي يملك راس مالها غير المسلمين من غير أهل الذمة بشرط عدم مشاركة ملكية خاصة للمسلمين أهلية كانت أم حكومية وكذلك المصارف المشتركة بين الدول المسلمة او غير المسلمة.
3- تعد عمليات السحب والإيداع وسائر تجارة المصارف (العمليات المصرفية) من تجارة المصرفية التي تخضع من حيث قواعد التجارة الدولية إلى أحكام اتفاقية جاتس (Gats) الخاصة بالخدمات.
4- وتبعاً للفقرة أعلاه يتم تحديد النظام القانوني الخاص بكل علاقة مصرفية على حده طبقاً لقواعد التنازع الوطنية.
5- منح مشاريع المصارف الإسلامية ومؤسساتها اللاربوية تسهيلات في الحصول على التراخيص والإجازات إضافة إلى إعفاءات منظمة من الضرائب والرسوم طبقاً لما ورد في قواعد البنك المركزي العراقي المرقم 64 لسنة 1976 المعدل.
6- استلام الودائع التي يكون محلها مبلغ من النقود وبحسب الأحوال سواء كانت ودائع توفير ام ودائع ثابتة لأجل معين ام الإيداعات للحساب الجاري.
7- ممارسة عمليات تنفيذ أوامر النقل المصرفي طبقاً لأحكام القانون سواء كان النقل بالسحب نقداً ام بالصكوك أو بطريق الترحيل من حساب إلى حساب أخر بالتناقل بين رقمي الساحب والمسحوب بدون حاجة إلى توسط الصكوك وهذا كله مقابل أجرة يتفق عليها عن عمل المصرف ، على اعتباره نشاط مصرفي كفوء يتعفف عن الربا.
8- منح ائتمانات سواء كانت مضمونة أم بامتياز وكما يلي:-
أ- ائتمانات المستهلكين وتقديم القروض من خلال تحديد المبلغ الذي يتم إقراض والجهة المستفيدة ويكون القرض بالدينار العراقي أو أي عملة أجنبية قابلة للتحويل.
ب- يقدم المقترض عندما يكون شخصاً "معنويا" كافة الوثائق والمستلزمات التي تثبت انهُ مؤسس وفق القانون وعدم ممانعة الجهة القطاعية المختصة من عمله وموافقة مجلس حماية البيئة وأية وثائق يطلبها المصرف المقرض.
ج- يتم تحديد مبلغ القرض وفترة السماح باسترداده طبقاً للاتفاق بين الأطراف المتعاقدة وبشكل يتلاءم مع دراسات الجدوى المعتمدة في المصارف المشمولة بهذا القانون على ان يتم تحديد جدول زمني دقيق لهذا الاسترداد لأصل مبلغ القرض بتحديد قسط معين وتاريخ استحقاقهِ إضافة إلى نسبة مئوية لقاء العمل المحترم الذي سيؤديه المصرف لصالح العميل وبحسب الأحوال المتفق عليها.
ح- يكون استيفاء تلك النسبة المئوية الواردة بالبند/ ج أعلاه لا على أساس أنها كلفة قرض وزيادة محتسبة وإنما على أساس مقابل مالي أو بدلاً لما يؤدي من أعمال محترمة ويتحقق هذا بعدة طرق من أبرزها:-
1- قيام المصرف بتمويل صفقات العملاء أو ما يعرف بالبيع التمويلي في العقارات والمنقولات بشرائها من قبل المصرف وبيعها بثمن أعلى على صاحب الطلب بالتقسيط الذي يريده المصرف وبالزيادة التي يطلبها.
2- تمويل القروض بدون فوائد ، أو ما يعرف بالقرض التمويلي وذلك بقيام المصرف بتمويل العميل المقترض بقيمة القرض ببيعه عليه بعملة أخرى لآجل معين (نسيئة) على ان يقبض هذا المبيع (العملة الأخرى) ثم يقوم العميل ببيع تلك العملة الأخرى لقاء ثمن اقل مما ورد في عقد البيع الأول نقداً وبشكل فوري عادت العملة الأخرى إلى حيازة المصرف طبقاً لعقد البيع الثاني.
3- تامين القروض الخالية من الفوائد وذلك بقيام المصرف المقرض بالطلب من المقترض بالتامين على عملة الإقراض لصالح المصرف على أن يكون دفع الأقساط إلى المصرف او عن طريقه فيقبض المصرف من المقترض هذه الأقساط عن متابعة أعمال التامين عندما يكون مؤمنا أو عندما يكون وكيلا عن المقترض لإيصالها إلى جهة التامين وبنفس مدة القرض وبذلك فلا تعد فائدة ربوية ويرتفع المحذور الربوي بهذه الطريقة والطرق السابقة.
9- تكون سائر الائتمانات المذكورة في البند (ب) من الفقرة (1) من المادة 27 كما يأتي(يكون الرهن العقاري وبيع الحسابات وخدمات التأجير التمويلي وغيرها خالية من أية فوائد أو فوائد إضافية وتتم طبقاً

لإحدى الآليات في أعلاه وبحسب الأحوال سواء كانت تقديم خدمات أم تمويل بضائع ام تقديم قروض) وكذا ما ورد في البند (ج) سيما رفع عبارة ((سعر الفائدة)) وما تلاها من عبارة (أسعار الفائدة) إضافة إلى البنود الأخرى الواردة في (د)،(هـ)،(و)،(ز)،(ط)،(ي)،(ك).

10- يتم تعديل البند(و) حيث المذكور السمسرة النقدية وهذا المصطلح غير وارد في التشريعات العراقية عموما "ويستبدل بما يلي(أعمال التوسط بالنقود أو بالمال وبحسب الأحوال).

المبحث الاول/ مظاهر تطوير النشاط المصرفي ودور المضاربة فيه.

أن من أهم مظاهر تطوير النشاط المصرفي من حيث الوفاء والاستيفاء مظاهر ينبغي على المصرف ان يعمل على احرازها بشكل متقن حتى يحوز على ثقة عملائه ويحتفظ بها في مزاوله اعماله . لذلك يتوجب ان تتجه الجهود الى تطوير عامل الكفاءة اولاً وعدم التركيز فقط على رأس المال المادي . وهذا مما يجعل المصرف اللاربوي اكثر سيطرة على نشاطاته وتقليل احتمالات الخسارة وتبعات تحمل الضمان . وهو ما يمكن بيانه طبقاً للمطلبين الآتيين:-

المطلب الأول/ تطوير الموارد البشرية في النشاط المصرفي.

يمكن بيان مظاهر وأبعاد هذا التطوير من خلال الفقرات التالية:-

اولاً:- العمل على تطوير الموارد البشرية ابتداءاً لأنها النواة الأساسية في النشاطات الاستثمارية المصرفية، بحيث تعتبر الكفاءة هي الهدف المنشود من كل توجه في تنمية الأنشطة المصرفية واستدامة تطورها بتطور الإنسان أولاً . إذ أن المصارف الأخرى التي لا تنتهج هذا الأسلوب وهي المصارف التي تركز على أولوية الأرباح وبأية طريقة مشروعة ام لا واعني بها المصارف الربوية تمارس وكما يذكر السيد محمد باقر الصدر (قدس سره الشريف) تلك الأنشطة بقوله أنها(أنما تمارسها المصارف بوصفها شخصيات راس مالية بحته، دونما تركيز على الجانب البشري . بينما تعتمد النظرية اللاربوية في العمل المصرفي على القول بأن تلك المبالغ التي سبق وان بينا ، بأنها نسب مئوية انما هي عمل عامل وعمله هذا محترم على كل حال)[9]

ثانياً:-من هنا يقرر جانب من الفقه في احد توجهاته بأن (راس المال ما هو ألا عمل مجمد) ولذلك فمن أهم اللوازم التي تستشف من هذا التوجه بأن تلك النسبة يمكن تكييف بأنها اجرة عمل لان الموضوع لايخرج عن كونه انتفاعاً من الاموال في المضاربه لقاء نسبة مئوية كما ذكرنا. فالمصرف سوف يتقاضى او يدفع تلك النسبة على هذا الأساس ، ألا وهو أستثمار جهود العاملين في مجال الانشطة المصرفية وهذا ما يتبناه المنهج الإسلامي [10].. إذ اخذ بهذا التصور لحل الكثير من الإشكالات التي ترد على عمل الشركات والمؤسسات في المجال المصرفي عموماً.

ثالثاً:- وتأسيساً على ما سبق، فهل يمكن أن يخلق هذا الأمر دور جديداً للمؤسسة المصرفية التي تمتهن إدارة ومعالجة رؤوس الأموال؟ أن الجواب هنا يكون بالإيجاب ، ولكن يجب الوقوف على امرين مهمين لتحقيق هذهَ الغاية ، كما يبدو لنا ، أولهما:-

أ- ان يتم التركيز على دور مهم وخطير للمصرف وهو الوساطة ، التي يمارسها المصرف بين المودع لذلك المال من جهة ، ومن جهة أخرى ، المستثمر الذي سيقوم بمعالجة تلك الحسابات المصرفية.

ب- ولكن قد يمنع مانع من ذلك والذي يمكن أن يتمثل بعدم وجود أمكانية لتبني الدور المذكور أعلاه. إذ لابد لتفصيل هذا الدور المصرفي من إيجاد بيئة تجارية تستوعب النظرية اللاربوية . وبالتالي تتفاعل المناهج العلمية المصرفية اللازمة لذلك ، فتكون كلاً واحداً يعمل في إطار إحكام الشريعة الإسلامية الغراء. سواء بصيغة شركات استثمار مالي ام مؤسسات مصرفية متخصصة تتبنى القيام بالأعمال التجارية(commercial activities) ، والتي تقوم عل أساس من التداول والتحويل والمضاربة . وهذا ما يوضحه استاذنا د. باسم محمد صالح بقوله:- أن المؤسسات المصرفية يجب أن تضطلع بعمليات نقل النقود وتحويلها الى مال منتج[11].بعبارة أخرى مال نطلب غلته وثمرته فضلا عن أن الباعث من كل ذلك هو طلب المردود الايجابي الحلال ونعني به الأرباح المشروعة . وذلك بالفارق الواضح بين النسب المئوية اي بين قيمة ما يمنح للمودعين أو نسبة ما يتقاضاه المصرف بدوره من المقترضين . فكل نسبة

مئوية تدخل في أطار تنمية رؤوس الأموال تكون على أساس من المضاربة السليمة والمتوافرة على شروطها ، كما سنرى ، فأنها تدر أرباحا لا شبهة فيها، بل أنها تعد من أهم الصيغ التي يقدمها الفقه بديلا عن أسلوب المراباة في أسواق الاستثمار المالي[12].لذلك يذهب الاستاذ عبد الله نوافلة الى القول بان : اصحاب الاعمال في الدول التي تتبنى نظام التمويل المضمون والمتطور ، يستخدمون بمرونة الاصول المحرزة والمتوافرة لديهم للحصول على القروض المطلوبة . وهذا في اغلب دول العالم الثالث وبخاصة دول شرق البحر المتوسط (الجنوبية والشرقية). ويضيف الى ذلك بان المقرضين في هذا النشاط الاستثماري ، المالي يفضلون الارض والعقارات عموما كضمان للقروض على غيرها [13].من هنا ينبغي التركيز على تفعيل موضوع الضمانات اللازمة لنجاح عمليات الاستثمار المالي .ولعل في مقدمتها التركيز على الاصول العقارية المختلفة لانها اكثر امانا في تغطية تلك العمليات عند الحاجة .

المطلب الثاني:- ضمان الاستيفاء ودور المضاربة في النشاط المصرفي.لابد من الوقوف عند بحث مسألة ضمان استيفاء دين النسب المئوية . ذلك أن القواعد العامة تبين ان من في ذمته أداء شئ معين يمكن له أن يمتنع عن أدائه ، ما دام الدائن لم يقم من جانب بما عليه. على ان يكون هنالك ترابطاً بين الادائين. وهو ما تقضي بهِ فعلاً المادة/288 في الفقرة /1 من القانون المدني العراقي . النافذ بحيث ان احد الأطراف إذ لم يقدم التأمين الكافي لأداء دينه فيستطيع الطرف الآخر التمسك بما له من حق في الحبس على الشئ الذي تحت يدهِ. أما إذا قدم الدائن التأمين الكافي للوفاء بالتزامه سقط حق المدين بالامتناع عن أداء ما التزم به[14]. من هنا يمكن القول أن الوكيل سيكون ضامنا لأداء (تنفيذ) الصفقة التجارية ، فهو الذي يلتزم بأن يبذل عناية الشخص المعتاد ليستوفي النسبة المئوية عن عمله المحترم. في نظر الشريعة والذي لا تفترض فيه نية التبرع بنظر البيئة التجارية. ولهذا ينقدح في الذهن التساؤل التالي هل هنالك من حق امتياز يكون لهذا الدائن على ما تم حبسه تحت يده ضمانا لوفاء الدين الذي بذمة الطرف الآخر؟ في الواقع انهُ لاحق امتياز يترتب لمن يحبس تلك الأشياء التي تحت يده[15]. وإنما يستلم هذا المتعاقد نسبة مئوية عن كل الاداءات مشفوعة بالضمانات المذكورة. لذلك فأن هذهِ النسبة المئوية والتي يمكن أن تعد أجرة مقابل عمل يقوم به العامل سواء كان المصرف أم غيره، قد تخضع لعدة أوصاف أو مفاهيم ولعلاقات قانونية تختلف من حيث الآثار . بحيث تكون هذهِ النسبة ثمره من ثمراتها الأساسية ولعل من ابرز هذهِ الأوصاف او المفاهيم، مفهوم المضاربة، والتي يمكن أن تدرس على اعتبارها مفهوم أساسي يمكن الأخذ به لإنقاذ المصارف من التعامل بالربا من خلال الإيداعات والسحوبات وبنسب مئوية محددة سلفاً، وهي موضوعة البحث ، لكل ذلك فالسؤال هنا هو كيف يمكن ان تتخلص هذهِ المعاملات المصرفية ونسبها من روبيتها ؟ بدءاً لابد من القول بضرورة وجود رابطة قانونية جديدة تقوم بين المودع والمتلقي (الأمين) أو العامل الذي سيستثمر تلكم الأموال مقابل نسب مئوية يحصل عليها بالاتفاق وبتخريج فقهي سليم، مما يقتضي منا والحال كذلك الرجوع واللجوء إلى مفهوم المضاربة على اعتبارها تمثل حلاً لهذهِ الإشكالية في التعاملات المصرفية عموماً. وأيا كان الأمر فأن المضاربة لا تخرج في الواقع عن كونها : عقد بين مالك رأس المال من جهة، والعامل أو الأمين من جهة أخرى ، على إنشاء وممارسة عمليات تجارية مختلفة ومحددة بحيث يقتسما العائد بينهما بنسبة مئوية. وهذا هو مفهوم المضاربة لدى فقهاء الحنفية والمالكية ، إذ هي عندهم((أن يدفع رجل مالاً لآخر ليتجر به ويكون الربح بينهما حسب ما يتفقان عليه))[16].وكذا ما يذهب إليه فقهاء الأمامية إلا أنهم يعدونه عقداً خاصاً بين المالك والمستثمر على أساس تحديد نسبة كل منهما.على أن لا ينصرف الذهن في التعاقد إلى نية القرض فيدخل في جانب العنصر الربوي[17]. وبالتالي فأن المضاربة بهذا المفهوم ستكون الأساس الذي يقوم عليه المشروع التجاري والذي يتضمن عمليات عدة تشمل الإيداع والسحب لتغطية الصفقات التجارية، فأن حققت أرباحاً تقاسمها الأطراف بحسب النسب المحددة لهم وان بقي الحال على ما هو عليه يبقى رأس المال لصاحبه. أما إذا حصلت الخسارة فيتحملها صاحب راس المال ولا يجوز تحميل العامل جزءاً منها. إلا إذا تحول الأمر إلى عملية إقراض بين مقرض ومقترض وبالاتفاق. بيد أن المقصود من البحث ان المضاربة هنا ، لا يمكن بموجبها لصاحب المال أن يشترط على العامل الضمان . حيث يتفق فقهاء المسلمين على أنه:- المضارب أمين وان يده على الأموال المودعة لديهِ للمضاربة يد أمانة، لا يضمنها إلا بالتعدي والتفريط أو مخالفة شروط العقد المتفق عليها او طبقا للاعراف

المرعية بهذا الصدد او ان يكون ذلك بحسب الاتفاق بين الاطراق ، وذلك كما يلي من الاتجاهات : فقد ذهب صاحب الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية إلى القول بأن((العامل أمين لا يضمن إلا بتعد أو تفريط)) للصحيحة الواردة عن أبي عبد الله الصادق(ع) ((للمال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شئ ألا أن يخالف أمر صاحب المال))[18].لذلك يتوجب على العامل الأمين أن يقتصر في نشاطه على التصرفات التي سبق وان اذن له صاحب المال بها، مثل نوع التجارة ومكانها وزمانها ومن يشتري منه أو يبيع له وغير ذلك، فأن خالف ضمن. وهو ما ذهب إليه صاحب الوسائل أيضاً[19] . وفي نفس الاتجاه قال ابن قدامه في المغني((والعامل أمين في مال المضاربة لأنهُ متصرف في مال غيره بأذنه ، ولا يختص بنفعه فكان أميناً كالوكيل))[20].لكل ذلك فلا يجوز الاشتراط الضمان على العامل المضارب كلا أو جزءاً.ذلك أن الخسارة تقع في جانب صاحب راس المال لان العقد أنما يقوم على ذلك ابتداءاً [21]، فهذا الأمين ، إنما هو مصدق فيما اوتمن عليه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك[22].

وتأسيسا على ذلك ، يكاد ينعقد الإجماع بين فقهاء المسلمين على أن القول قول الأمين (المستثمر) مع يمينه، فيما لو اختلف على صاحب راس المال على مقدار ربح المتولد من التجارة في المضاربة المسماة بين الطرفين. إذ يذهب إلى ذلك الأمامية بقولهم أن العامل مذكر للزيادة والأصل معه، أي براءة الذمة من الزائد ، فيقدم قوله مع يمينه وكذا يذهب إلى هذا القول الشافعية والحنابلة بل صرح به الشافعية بقولهم : أن العامل يصدق بيمينه[23]. فليس على العامل ألا أن يبذل عناية الرجل المعتاد حيث يوصف بالأمين على هذه الأموال وأداء الأعمال.ذلك أن المعنى الواسع للامين ، كما يبدو لنا، لا يخرج عن كونه ((كل من وضع يده على المال بأذن المالك كالمستعير والمستأجر وعامل المضاربة)).

اما معناه الضيق فهو ((كل من استؤمن بعقد ما على أموال الآخر كما في عقد الوديعة مثلاً)) وهو هنا يعني قيام المصرف بالمضاربة من خلال أدارة ومعالجة أموال المودع صاحب راس المال واستثمارها وبذل كافة الجهود لتحقيق الهدف منها واعني به الربح. ومن ذلك ما عمل عليه البنك الإسلامي للتنمية باعتبارهِ مؤسسة مالية دولية أنشئت طبقاً لبيان العزم الصادر عن مؤتمر وزراء مالية الدول الإسلامية. إذ يعمل البنك على تشجيع مؤسسات مالية إسلامية، تحترف المضاربة والإجارة والتقسيط وتمويل المساكن [24].فضلاً عن إنشاء شركات التأمين وإعادة التامين[25] . وهكذا لا يخفى على الباحث القانوني أن بعض التمعن يكفي للقول بأن مسألة جواز اشتراط الضمان على الأمين من عدمه يثير مسألتين مهمتين ألا وهما:-

أولاً:- أن تضمين العامل(الأمين) إنما يكون على أساس تقدير التلف الذي قد يصيب راس المال بتعديه وسوء إدارته.أي أن نجعل الضمان عليه بمقدار ما تلف من الأموال المودعة لديه ،نتيجة لسوء معالجة الأمين لتلك الأموال، مما يعني انه لم يبذل عناية الشخص الحرفي المعتاد في معالجة الأموال محل العقد.وهوما يعرف اليوم بالمخاطر في العمليات المصرفية وسبل ادارتها، مما يستوجب على المراكز المختصة ان تطبق حزمة من القواعد لادارة تلك المخاطر وفي مجالات واسعة(ادارية وغيرها) وهذا ما تبنته مجموعة المصارف السويسرية (UBS) [26]

ثانياً:- أو أن يتم تضمين الأمين لا على أساس تقدير التلف وإنما على أساس تدارك النقصان الناجم عن التفريط وسوء المعاملة التجارية، فأنه سبب للضمان على أي حال. أو أن يتم الاتفاق على تدارك الخسران من أموال العامل إذا حصلت وتحققت الخسارة[27].على أن لا يفهم من ذلك جواز اشتراط صاحب راس المال أن تكون خسارة بينهما كما الربح بينهما فهذا الشرط باطل . هذا وقد يكون المال مضموناً شرعاً تحت يد حائزهِ بأن كان سارقاً له أو غاصبا مثلاً ثم يتفق مع صاحبهِ الشرعي على ان يصبح هذا السارق أو الغاصب مضاربا به .فيكون الضمان والحال هذهِ سينازعهُ قولان ، الأقوى منهما ثبوت هذا الضمان في ذمة هذا المضارب لضمان اليد السابقة وهي يد معتدية عليها الضمان حتى تؤدي. وللقاعدة بأن ((الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال)) لقوله تعالى ((من جاء بالسيئة فلا يجزى ألا مثلها وهم لا يظلمون))[28].لهذا فأي شخص معتد يظلم غيره بأذى أو سرقة أو غصب أو غيرهُ فيمكن محاسبتهُ والاقتصاص منه بتضمينهِ ذلك وبحسب الموازين الشرعية[29] .لقوله تعالى ((ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون))[30].

وهكذا فلابد أن تتضمن التشريعات المصرفية المنظمة لهذا الغرض في عملياتها التجارية ومنها المصرفية، احكاماً تقضي، كما يبدو لنا، بضرورة أخذ الغاصب بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف أو نقصان القيمة ، فلو كان المال سواء كان أصل المال أو ما يدفع عنه من نسب مئوية ، تحت يد الغاصب مثلاً المحكوم بقانون الضمان ، كما ذكرنا، وانخفضت قيمته لتقلبات الأسعار أو غيرها فيتحمل ذلك . ويستفاد هذا التشديد على الغاصب من كونه – الغاصب- أقدم على ضرر نفسه.ولصحيحة أبي ولاد عن الصادق (عليه السلام) في حق الغاصب قوله:- قلت فأن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال (عليه السلام):- عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده[31] . وبذلك فقد اشتغلت ذمة الغاصب يقينا عند حد معين ، مما يستدعي فراغها يقينا كذلك، ولا يحصل ألا بضمان تلك القيمة . سواء بدعوى الضمان أو بدعوى التعويض والتي تقضي بها القواعد العامة في اغلب التشريعات ومنها أحكام المادة/ 195 من القانون المدني العراقي. وبالتحقيق فأن الحديث عن هذا الضمان أنما كان في أحوال الخسارة أو تلف المقصود ولكن ماذا لو كان ما يرد على أموال المضاربة المصرفية هنا، من تلف أو زوال أو خسارة بحريق أو نقص أو غصب أو سرقة أو غيرها وبشكل غير مقصود فهل يبقى نفس الحكم ؟ نجيب عن ذلك بالقول بأن تلك الخسارة يمكن أن تجبر من الأرباح مادامت المضاربة باقية ولا فرق بين ربح لاحق أو سابق لان نسب العامل الأمين ما زالت غير مستقرة أو كما يصطلح عليها فقهاً بأنها ((ملكية متزلزلة)) ما لم يشترط العامل غير ذلك في صلب العقد أو أن الطرفين كانا قد حددا آجالاً محددة لدورية مراحل المضاربة فبعد كل قطع دوري ستنهي مرحلة تعاقدية وتستقر معاملتها بين الطرفين ويصبح ، والحال كذلك، كل ربح مملوكاً لصاحبه على وجه الاستقلال ، وليس داخلاً في أموال المضارب إذا استمرت ولم يستقل احد الطرفين بفسخها لأنها عقد جائز كما هو معلوم[32].وهو يعد من العقود الاذنية التي تعطي الجواز لأطرافها بأن يسحب كل منهم أذنهِ ورخصته في التصرف أو الأعمال محل الاتفاق ، فيجوز للمالك في المضاربة، موضوع البحث، ان يسحب مثلاً أذنهِ في التصرف العامل متى شاء كما ان للعامل أن يكف من العمل متى أراد قبل الشروع بالعمل أو بعده وقبل ظهور الربح أو بعده وسواء كان العقد محددة المدة أم لا [33]. بيد أن الضمان قد لا يستقيم بهذهِ السهولة ، إذ قد يكون راجعاً إلى ما ذكرنا آنفاً أو أنه يمكن أن يتخذ وضعاً أخر وهذا ما سنوضحهُ في الفقرتين التاليتين وبالتعاقب:-

أولاً:- نفي الضمان ، كما ذكرنا، عن الأمين الذي استثمرت لديهِ الأموال واستحق نسبته المئوية المصرفية مع مراعاة طبيعة الاستئمان والقروض المذكورة آنفاً.

ثانياً:- أن تتضمن العملية المصرفية في بنودها التعاقدية بنداً يقضي بضمان الأمين . وعلى هذا الأساس سيكون هذا الشرط حاكماً على أدلة نفي الضمان عن الأمين. نعم قد يستشكل بمضمون أن العامل مؤتمن ويدهُ يد أمانة لا ضمان عليهِ . ولكن بالبحث والتحقيق نتوصل إلى أن تمام عقد المضاربة مصرفية كانت أم غيرها توجب التسلط والحيازة لأموال الآخرين ، وذلك مما يقود إلى القول:- بأمكانية تضمين العامل عند التلف ، وذلك ضمن قاعدة اليد((فعلى اليد ما أخذت حتى تؤديهِ)) سيما أن اليد مأجورة ، والعقد من عقود المعاوضة .لذا يستوجب مراعاة المستويين التاليين:

أ- أن هذا المال يحتمل تلفهُ فعلاً

ب- مما يفسح المجال لاشتراط ضمانهِ

ألا أن هناك إشكالين ينقدحان في الذهن الأول منهما:- ما هو الأساس الذي يستند عليهِ هذا الضمان في قاعدة اليد؟ وهل يمكن جمع مقتضاها جمعاً دلا ليا مع مقتضى قاعدة العامل مؤتمن؟

للإجابة عن هذين الإشكالين نقول:- أن الضمان الثابت في قاعدة اليد هو ضمان عقلائي ، واستثناء الأمين من أدلة نفي الضمان ، بهذا المعنى عقلائي أيضاً. إذ أنهُ يحمل على ما هو مرتكز في الأذهان من ضرورة ولا بديه الضمان في عقود المبادلة والمعاوضة. ولكن على أن يفهم أن المضاربة هنا، الضامن، فيها هو المصرف الذي سوف لا يكون هو بذاتهِ صاحب رأس المال وإنما يكون هو الوسيط بعلاقة قانونية جديدة، بين مالك راس المال والعامل (الأمين) وهذهِ العلاقة تقتضي من الطرفين القيام بتقديم أموال وعمل وبحسب الأحوال ، بحيث يكون القصد واضحاً من ذلك وهو تحقيق الأرباح، فهذا هو الغرض المنشود من المضاربة في مثل هذهِ العقود التجارية، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فأن شرط الضمان كما يذكر السيد

محمد باقر الصدر "قدس سره الشريف" لو كان بمعنى اشتراط أن تكون اليد سبباً للضمان فهذا الشرط باطل ويخالف لأدلة عدم ضمان الأمين، ولكن المراد من هذا الشرط هو جعل وإنشاء الضمان أبتداءاً باشتراط بين الطرفين[34]. وهذا من الممكن تأسيسهُ على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث يجمع ذلك بدلالة عدم التنافي مع كون يدهِ (العامل) لا تكون سبباً للضمان.وكذلك يمكن تاسيسه بناءا على قاعدة الشرط . وذلك ما جاء في موثق اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام (ان علي بن ابي طالب كان يقول : من شرط لامرأته شرطا فليف به فان المسلمين عند شروطهم الاشرطا حرم حلالا او احل حراما) وفي نفس معناه صحيح عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام انه قال : (المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز)[35]، وآيا كان الأمر لابد من شروط تتحقق للقول بصحة هذهِ المضاربة المصرفية سواء كانت تتعلق بالطرفين أو الصيغة . إذ يلاحظ وبحق، أن المضاربة هنا لا تخرج عن كونها اتفاقاً بين أطراف معينة يؤدي في نهاية المطاف إلى تحقق تدخل المصرف كوسيط بين راس المال والعمل ، على أساس تدوير وتشغيل راس المال ، بحيث يتوجب توفر شروطاً معينة ومهمة يفترض توافرها في المودع أولاً وفي المستثمر (العامل) ثانياً ثم يستكمل ذلك بشروط محددة في الصيغة بين الطرفين وكما يلي:-

أولاً: المودع (صاحب راس المال)

يحيل جانب كبير من الفقه بحث شروط العاقدين عموماً في المضاربة ، إلى أحكام الوكالة لما في المضاربة من معنى ظاهر للتوكيل في أداء العمل بجزء من الأموال لقاء الاشتراك في الأرباح[36].ولهذا يشترط في المودع طبقاً لقواعد الوكالة أو حتى لما ورد في القواعد العامة ما يأتي:

1- أن يكون المودع لراس المال ممن يملك التصرف بنفسهِ أو فيما وكل بهِ.

2- أن يكون عاقلاً مميزاً حراً مختاراً ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح توكيل الصبي المميز [37]

3- أن يبقى مودعاً للمبالغ المودعة مدة معينة وبحسب الاتفاق

4- أن يوافق على الصيغة التي يقترحها عليه المصرف ، وان يراعي كافة الشروط التي تتم من خلالها وضع الية عمل تلك المصارف ،على ان يلتزم المصرف بالمحافظة على كافة البيانات الشخصية للعميل بحيث يتعامل بحذر مع اية طلبات للكشف عن هذه المعلومات الا بموافقة الافراد انفسهم . [38] او بموجب اذن قضائي خاص.

5- أن يفتح حساباً جارياً في المصرف المقصود.

ثانياً:- المستثمر (العامل)

1- أن يكون أميناً ويتحلى بالكفاءة اللازمة لقدرتهِ على استثمار الأموال ومعالجتهِ لتحقيق الغرض من المضاربة.

2- أن يلتزم بالعمليات الاستثمار والأنشطة التجارية المصرفية المحدودة ولا يخرج عنها ويبذل في سبيل ذلك عناية الرجل المعتاد.

3- يفضل من لهُ تعامل سابق مع المصرف وحسن التصرف معهُ ومع غيرهُ.

4- أن يخضع المستثمر لشروط المصرف من خلال تقسيم الأرباح بنسب مئوية معينة، والأعمال المالية والمصرفية ، كفتح الحساب الجاري والإيداع وغيره.

5- مسك سجلات إحصائية دقيقة متخصصة فنياً وقانونياً ،فضلاً عن مسك الدفاتر التجارية حال كونه تاجر . وكذلك يشترط على العامل أن يزود المصرف بكافة المعلومات عن سير عملية المضاربة من ساعة تنفيذ العقد إلى انتهائهِ.

وبهذا فأن العقود والعمليات المصرفية لا توصف بأنها عقود إقراض بمعنى القروض وإنما تحقق فعلاً معنى المضاربة . فعلى العامل المستثمر أن يقوم ببذل عناية الرجل المعتاد في دراسة الأوضاع والمعالجة السليمة للأموال المستثمرة وجذب العملاء واتجاه بعض العقود دون غيرها.

ثالثاً:- شروط الصيغة:

يشترط في الصيغة في هكذا عقود مصرفية تعتمد المضاربة في معاملاتها ما يأتي:-

1- أن تكون الصيغة بلفظ يدل على المضاربة أو ما يؤدي معناها ، وبسبب الاتفاق

2- ان يتصل القبول بالإيجاب بشكل يتطابقان في المسائل الجوهرية وطبقاً للقواعد العامة.
3- أن يكون القبول من العامل(الأمين) بلفظ يدل على الرضا بشكل صريح وقبول للبنود التعاقدية.لهذا يؤكد جانب من الفقه على قبول الاطراف بالاجراءات الموجودة في الشركة وهي اجراءات عملية تؤسس على اساس موضوعي تخدم الاطراف كافة الدائنين والمدينين [39]. لانها ستساهم بحل اية منازعات في المستقبل .

المبحث الثاني/ آثار توصيف النسبة المئوية في الغاء الربوية.

تتسم النسبة المئوية التي تدفعها المصارف اليوم أو تستحصلها بأنها قابلة للنظر اليها من اكثر من جهة ، وطبقاً لذلك يمكن أن يكون لها دور في المساهمة في دفع الربوية[40].بحيث أن هذا التوصيف يقود في نهاية المطاف إلى رفع هذا المحذور وأعني الربوية . ويمكن بيان ذلك من خلال المطلبين التاليين . حيث نتناول في المطلب الأول : تقييم معاملة قبض النسب المئوية ، في حين نعرض في المطلب الثاني إلى إلغاء العنصر الربوي في النسب المئوية .

المطلب الأول / تقييم معاملة قبض النسب المئوية .

أبتداءاً لا بد من القول ، أن علينا أن نؤسس أساساً نقول فيه : أن المعاملة المصرفية الواجب تصحيحها يجب أن تتم على نحو من مضاربة صحيحة، منتجة لآثارها القانونية بل وحتى الشرعية كما مر آنفاً. لذلك فأن العمل المصرفي السليم يحتاج إلى إحراز موضوع تحقق الحرمة من عدمهِ في قبض النسبة المئوية المذكورة. بحيث يستطيع الباحث أن يصحح المعاملة. فكيف يكون ذلك؟ في الجواب نقول :- للتدليل على كون العملية مضاربة صحيحة ومنتجة لآثارها ، لا بد أن نثبت أمرين : أولهما أدلة صحتها ، وثانيهما أدلة لزومها.فالقرض الربوي مثلاً يمتاز بوجودهِ العرفي المصرفي . وهنالك من الأدلة ما يمكن أن تثار على تبيان أن موضوعه في كافة المعاملات المصرفية يحتاج إلى أن يصحح ، وليستقيم التساؤل ويتوجه عن الآلية الصحيحة التي تضمن صحة ونفاذ تلك المعاملة وما يترتب عليها من آثار متقابلة .بل ان الصحيح ولو العرفي ، يمكن أن يصحح من قبل الشارع الأقدس ، فليس كل ما يمضيه العقلاء والعرف يمضيه الشارع جل جلاله. أما عن كلامنا عن أدلة الفساد في هذهِ المعاملة ، فلا بد من أن تكون تلك الأدلة منصبة على المعاملة بكونها عرفية لا غير ذلك بحيث أن المفسد لهذهِ المعاملة هو الربا لا غيره، فلو فسرت من وجه أخر اي بسبب اخر غير الربا ، فلا تشملها حرمة الربا. وتأسيساً على ذلك ، فأن صحة المعاملة مصرفية كانت أو غيرها ستكون منوطة بتوفر الشروط والأركان التي وضعها واعتبرها العقلاء بل وحتى الشارع . أذ يشترطون توافر الإيجاب والقبول والتراضي بين الطرفين المتعاقدين والعلم بالعوضين[41]. وعدم وجود أي عارض من عوارض الاهلية وأن يكون ذلك التراضي سليماً خالياً من اي عيوب طبقاً للقواعد العامة. هذا إضافة إلى ما اشترطهُ الشارع من شروط بهذا الصدد. ذلك ان اعتبار العقد يكون ابتداءاً بحسب ما يتفق عليه المتعاقدان . إذ أن اعتبار كل معتبر بيدهِ لا بيد غيرهِ شريطة أن ينطبق مع ما أشترطهُ العقلاء أو العرف أو القواعد العامة، كما هو معروف ، وكذلك الحال ، يمضي الشيخ السند قائلاً :" في اعتبار الشارع بعد أن توفر الشرائط الشرعية الزائدة-المضافة- على الشرائط العقلائية"[42]. بعبارة أخرى أن الشارع لا يعتبر ولا يمضي ما أمضاه العقلاء ألا بتوافر الشروط التي قضت بها الشرائع السماوية ومنها شريعتنا الغراء. من هنا فأن هنالك تلازم واضح ، كما يبدو لنا، بين الحرمة الوضعية[43].عندما تكون المعاملة مشوبة بالربا ، فتكون فاسدة، من جهة ، ومن جهة أخرى ، وبين الحرمة التكليفية على اعتبارها من الحرام، تكليفاً، والنتيجة تبعاً لذلك أن هذهِ المعاملة المصرفية عندما توصف بأنها ربوية فأنها توصف بالحرمة ، ولو أن الذي أنشأها قاصر. اذ يبقى الربا موجود وبالنظر العرفي في كل الأحوال. لذلك فهذهِ المعاملة المشوبة بالفساد لعدم الأهلية ، كما ذكرنا، يمكن أن توصف بأنها باطلة وفاسدة في نفس الوقت. وذلك من جهة وجود المانع من الحلية، لوجود الربا . وما دامت هذه الحرمة وضعية، فتكون عامة شاملة لوجود المانع من الصحة. أما عن أدلة اللزوم فأن الأدلة الشرعية والقانونية كثيرة على أن العقد الصحيح الموافق للشرع والقانون يكون ملزما لإطراقه . وفي مقدمتها قولهِ تبارك وتعالى(يا أيها الذين أمنو أوفوا بالعقود..) [44] فأن الظاهر من هذهِ الآية المباركة الفهم الواضح للقوة الملزمة للعقد والظهور حجة، فلا بد من الوفاء بالبنود التعاقدية ومنها النسب المئوية عموماً، التي

تترتب للمتعاقدين وبحسب الأحوال، هذا بشرط ألا يكون العقد معلقاً على شرط معين أو مضافاً الى أجل معين فالعقد شريعة المتعاقدين. أما عن عقد المضاربة فأنهُ من العقود الجائزة ، وهي العقود التي يمكن أن يستقل أي من الطرفين بفسخها ، كما هو معلوم، وهذا الحكم جاء بإجماع الفريقين[45]. بل ذهب فقهاء الأمامية إلى أكثر من ذلك . إذ قالو "ولا يصح اشتراط اللزوم .." لان أصل المضاربة جائزة فلا يكون الشرط المثبت فيها على خلاف أصلها . وبذلك فيصح العقد ولا يجب الوفاء بالشرط[46].

المطلب الثاني/ إلغاء العنصر الربوي من النسبة المئوية.

ترتكز النسبة المئوية التي تدفع كفائدة من قبل العملاء للمصارف الربوية عموماً، على عدة عناصر، يمكن القول بأن الفائدة تتكون منها وهي ما تحقق الربوية، وهي في الواقع ثلاثة[47]، تتمثل فيمايلي:-

أ- مبلغ يتم تقاضيه ضمن الفائدة للتعويض عن الديون التي يتعذر تحصيلها.

ب- مبلغ يتم تقاضيه ضمن الفائدة للتعويض عن دفع أجور الموظفين وغيرها.

ج- الأرباح الخالصة التي تنجم عن القروض المدفوعة.

وآيا كان الأمر، فأن المصارف لا زالت تعاني الكثير من العقبات لدفع الربوية ، وتخفيف حدة الفقر [48]، وتقليل نسب البطالة وتوجيه التمويل نحو المشاريع الخدمية والتعليمية والصحية وغيرها. بل ان ما يطغى اليوم على العمليات المصرفية حتى الاسلامية منها بأنها تتوجه نحو معاملات المرابحة من خلال صيغ استثمار عقارات أو سيارات أو بضائع استهلاكية أو غيرها ، واخذ النسب المئوية على تشغيل الاموال بهذا الصدد .في حين لا يتوجب ان يكون هذا هو هدف المصرف الاسلامي [49].فقد بلغت مثلاً قراءات الموجودات التمويلية والاستثمارية لبنك دبي الاسلامي لعام 2006 حوالي 28 مليار درهم من تمويل مرابحات السيارات والعقارات والبضائع وهذا يتعارض مع الهدف المنشود من المصارف الإسلامية ، وكذا السوق المصرية فقد بلغت استثمارات المرابحات التجارية للمصارف الإسلامية 98% [50].

وتأسيسا على ذلك ، للتخلص من تلك المبالغ المذكورة التي يتقاضاها المصرف والتي تتكون منها الفائدة الربوية يمكن بيانها كآلاتي:-

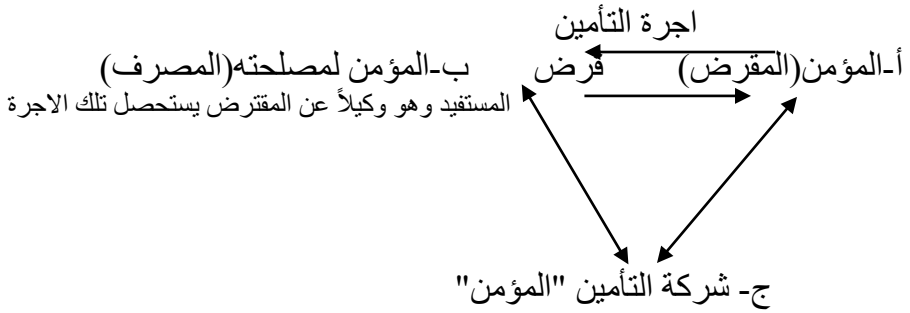
أ- بالنسبة للعنصر الأول من العناصر الثلاثة، المذكورة آنفاً، يمكن التخلص منهُ والاستغناء عن نسبتهِ من خلال توسيع نطاق الائتمان العيني بأن تكون هنالك ضمانات عينية ، وإذا لم يكن ذلك كافياً وكانت تلك الديون التي يتعذر تحصيلها أو ما يصطلح عليها "بالديون الميتة" مؤثرة بالنشاط المصرفي ، فيمكن تعزيز تلك الضمانات بالاستفادة من فكرة التأمين عدا الديون عموماً والقروض تحديداً مما يحقق منظومة لابأس بها من الضمانات بهذا الصدد.

من هنا يمكن تحقيق وإتمام هذا التأمين بطريقتين هما:-

الأول:- بأن يقوم المصرف نفسه بالتأمين على القرض الذي يدفعه إلى العميل.

أما **الثاني** :- أن يطالب المصرف عميله الذي يطلب الاقتراض منه بضمان من شركة التأمين، بحيث يؤدي هذا الضمان دور الكفالة ، مما يعزز قدرة المصرف على السيطرة على ما يمنح من أموال سواء أكان أصل المال أم النسب المئوية المقبوضة على أساسهِ[51].

وعلى هذا الأساس إذا طالب المصرف عميلهِ بضمان من شركة التأمين يقرضه المبلغ المطلوب ، اضطر العميل إلى الاتصال بالشركة المختصة بالتأمين . وهنا يكون المؤمن هو المقترض وليس المصرف غير أنه يؤمن لمصلحة المصرف . وهكذا يكون بإمكان المصارف الإسلامية ، أن تأخذ من المقترض ، أجرة، التأمين لا بوصفها فائدة على القرض بل باعتبارها وكيلاً عن المقترض في إيصالها الى شركة التأمين وكما هو موضح في المخطط التالي:-



ب-أما بالنسبة للعنصر الثاني ، فيمكن للمصرف الإسلامي المطالبة به، والاستفادة منهُ في تمويل نشاطاتهِ التجارية على أن يتم تخريجه فقهياً بحيث يتسق مع قواعد الاستثمار المشروع ، وهو يمكن إحرازه عن طريق فهم عملي مناسب للدليل القرآني الذي يأمر بالكتابة للديون الآجلة عموماً وذلك لقولهِ تعالى (يا أيها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلى اجل مسمى فأكتبوه..)[52].

ت-وهذا المبدأ هو الذي سيكون ، كما يبدو لنا، أساساً بما هو ولوازمهِ فيما بعد للنشاطات المصرفية وقبض الأموال المترتبة عليها . ويمكن أن تتمثل هذهِ اللوازم بما يلي :-

1- المعالجة المصرفية لما كتب من دين بين الطرفين .
2- ضبط الحساب المصرفي وتحديث قيودهِ رقمياً.
3- متابعة كافة الإجراءات القانونية والقضائية خدمة لمصلحة العميل في المصرف الإسلامي.

وهكذا يصح للمصرف المذكور أن يطالب بنسبة معقولة، قد تكون مسماة ، بين الطرفين مقدماً ، أو أن يصار إلى مثلها بحسب الأحوال، على أساس المبدأ المذكور ، وهو كتابة الدين ومتابعته مما يعد والحال هذا، عملاً محترماً، يؤدي مقابل اجر مناسب فلا يعد تبرعاً . ومن هنا فالبنك الإسلامي يحصل على هذهِ النسب أو هذهِ الأجور لا على أساس كلفة القرض والزيادة المحتسبة ذات المحذور الشرعي ، وإنما على أساس أنها مقابل مالي لما يؤدي من اعمال محترمة. أن تكون نسبة محددة أو صفقة واحدة جزافاً ولأجل طويل نسبياً، مما يفسح المجال للقول بعدم وجود المانع الشرعي[53]. وبذلك يحصل المصرف على مبلغ مساوٍ لما ألغاه من عناصر الفائدة الربوية مقابل إعطائه دين لا يطالب بهِ الى اجل طويل بحيث يكون أمام المصرف فرصة إيداع تلك الأموال لدى المصارف الأخرى لتحصيل الأرباح طبقاً لعملية إعادة القرض فالمقترض والحالة هذهِ يكون خاضعاً لمركزين قانونين:-

أولهما :- مركز المدين بالقرض الذي حصل عليهِ بموجب العقد الأول
ثانيهما :- دائن بنسبة ما أعطى من فائدة أن صحت تسميتها كذلك.

من هنا هذهِ المصارف تستطيع ان تستثمر تلك الأموال وغيرها في المشاريع الخاصة والحكومية سيما الأوراق المالية والصناعية لكي تحصل على فوائد وإرباح مناسبة لحجم الاستثمار.

ج-وأخيرا، فالعنصر الثالث من الفائدة والذي يتمظهر بالربح الخالص، لراس المال الربوي، فيمكن أن يلغى الغاءاً تاماً ، في تعامل المصرف اللاربوي مع المقرضين ،فالفائدة هي كما يعرفها البعض من الفقه هنا، بأن تكلفة واستخدام أموال شخص أخر ، تدفع عند إقراض المال، وهو ما يعرف اليوم بكسب الفائدة أو ربحية الفائدة . فالمصارف سوف تستخدم النقدية الخاصة "السيولة" لتقديم القروض على ان يتم التسديد بأقساط لأصل المال إلى جانب القليل الإضافي وهذا لمزيد هو الفائدة او الربح الخالص[54].وقد تدفع المصارف هذهِ الفائدة عند استخدامات حسابات التوفير وشهادات الإيداع "c.D" لانها تريد ان تبقى اموال العملاء في المصرف لاستثمارها .وتأسيساً على ما سبق ، يمكن تصحيح هذهِ المعاملات التجارية وتحويل اموالها الى اموال حلال ويجوز قبضها بحيث يرفع المحذور الربوي وذلك من خلال وضع آلية قانونية تتبعها المصارف عموماً تعرف بالقرض وإعادة القرض . ومقتضى ذلك أن هناك عقد قرض يبرم بين طرفين، ثم تنشأ علاقة قانونية ثانية بناءاً عليها وهي ما تعرف "بإعادة القرض" .

الخـــــــاتمة.

لا يخفى أن الأنشطة المصرفية كانت ولا تزال في تطور مستمر سيما العمليات المصرفية ، وبالتحديد تلك التي تتضمن طابع المضاربة وتبادل الأموال وتقديم الأعمال والخدمات. وقد تبين لنا ، أن النشاط المصرفي على وجه الخصوص، يتبع اساليباً متميزة لجذب العملاء ، ولعل من أبرزها منح النسب المئوية كعمولة مصرفية أو أن يقوم هو بقبضها عن قروض يقدمها لزبائنهِ كتسهيلات وائتمانان مصرفية وهو ما أثار الكثير والتساؤلات والإشكالات ،لكل ذلك فأن هذا الواقع المصرفي سيبقى مستمراً في احتياجهِ إلى الدراسات التحليلية لما يجري فيه لمواكبة نشاطاتهِ المتطورة . ولذا فقد جاءت هذهِ الدراسة لتحليل أحكام ونطاق تلك النسب المئوية التي تتعامل بها المصارف أو المؤسسات المالية عموماً بعد تبيان مفهومها ونتج عن ذلك نتائج عدة على صعيد النظرية والية تطبيقها سيما ما نظمه المشرع العراقي بهذا الصدد مما يحتاج إلى معالجات وتعديلات تشريعية لإحراز انضباط تلك المدفوعات وفق القواعد الشرعية وهذا يمكن أن نبينه كما يلي:-

أولاً/ النتائج.

1- الالتزام يدفع النسب المئوية في الأنشطة المصرفية، إنما يجد بصورة في عقود المعاوضة الملزمة للجانبين وبشروط وضوابط خاصة بها.

2- تؤسس اغلب المعاملات والاستثمارات المصرفية على أساس من المضاربة المنظمة بين الأطراف المتعاملة مما يحقق توازن بين الأموال والجهود المبذولة.

3- يلاحظ أن الأموال التي تدفع كنسب مئوية أو عمولات مصرفية يمكن أن تدفع بمجرد أبرام التعاقد لعمل معين أو بعد أن يتم انجازه .

4- جواز اشتراط عمل معين في المضاربات المصرفية على العامل الأمين بأن يشترط عليه انجاز مقدار معين إلى زمن معين والربح بينهما على أن يكون ذلك على أساس الوكالة الملزمة للجانبين يتخرج من طبيعة عقد الوكالة العائدية الجائز.

5- أن المصارف اللاربوية الإسلامية كانت ولا تزال مؤسسات مالية تمثل محطاً حقيقياً لتجميع الاموال بصيغ شرعية مختلفة لتحقيق ارباح تتميز عن ما تفعله المصارف الربوية عدم مراعاتها للضوابط الشرعية.

6- ترتكز المصارف الإسلامية على مبدأ ، ضرورة الحصول على الكسب الحلال، وذلك بالتعاون بين تلك الكيانات المصرفية والمساهمين مؤسسين وغيرهم على ان ضوابط تلك المضاربات المصرفية مثلاً تؤكد دائماً على المشاركة في الربح والخسارة وهذا تطبيق عملي وواضح لقاعدة معروفة ألا وهي الغنم بالغرم.

7- تمارس المصارف عملياتها المصرفية من سحب وإيداع وسائر مستلزمات ذلك ، طبقاً لقواعد تجارة الخدمات المصرفية التي تخضع من حيث قواعد التجارة الدولية إلى أحكام اتفاقية جاتس (Gats) الخاصة بالخدمات.

8- التركيز على عامل الكفاءة وتطوير الموارد البشرية .إذا تعتمد في الواقع النظرية اللاربوية على القول بأن تلك الأموال التي تدفع كنسب مئوية إنما هي مقابل لعمل عامل "الأمين" وعمله هذا محترم في جميع الأحوال.

9- ان الدور المهم للمؤسسات المصرفية سيتمثل في دور الوساطة . إذ يلعب المصرف في السياسة الإسلامية اللاربوية دور الوسيط بين الشخص المودع للأموال والمستثمر "الأمين" الذي سيقوم بمعالجة وإدارة الحسابات والمعاملات المصرفية مقابل نسبة من الأرباح متفق عليها.

10- أن ما يتحقق من أرباح يتم اقتسامه بين الأطراف بحسب النسب المئوية المتفق عليها أما ما يحصل من خسارة فالأصل أن يتحملها صاحب راس المال ولا يجوز تحميل العامل جزءاً منها ألا إذا تحول الأمر إلى عملية إقراض بين مقرض ومقترض وبالاتفاق.

11- الأصل أن تضمين العامل "الأمين" إنما يكون على أساس تقدير التلف الذي يصيب راس المال نتيجة لتعديه وسوء إدارية تلك الأموال ، مما يعني انه لم يبذل في العمل الموكل إليهِ عناية الرجل الحرفي المعتاد.

12- وأخيراً لا تزال المصارف ومنها الإسلامية تعاني الكثير من المعوقات لدفع الربوية وتخفيف حدة الفقر وتقليل نسب البطالة وعدم توجيه التمويل نحو المشاريع الخدمية والصحية والتعليمية وغيرها، بل أن ما يطغى عليها هو التوجه نحو المرابحات التجارية واستثمار العقارات او السيارات أو البضائع الاستهلاكية.

ثانياً/ المقترحات.

1- تحديد نسبة حقيقية " محددة" من قيمة الصفقة التجارية أو الصفقات المتتابعة ، بحيث يتم احتسابها على أساس انجاز كل عمل على حده او ما يعرف بتعدد المطلوب في النشاط التجاري ، وان يكون على أساس مجموع الأعمال كلاً واحداً.

2- تنظيم حق الدائن "الأمين" في أن له ان يحبس ما تحت يدهِ من اموال حتى يستوفي ماله من مستحقات بذمة المدين في المضاربات المصرفية السابقة على اعتبار ذلك ضمانة حقيقية لاستيفاء حقوق الدائن "الأمين" مثلاً في مواجهة المدين بها "صاحب راس المال" . إضافة إلى ما ورد بهذا الخصوص في القواعد العامة.

3- ضرورة أن تعتمد المصارف الإسلامية ، على اعتبارها كيانات مالية لالتقاء وتجميع الأموال بغية الاستثمار النافع، على معايير منضبطة ولعل من أبرزها :

أ- الضوابط الشرعية.

ب- الأعراف التجارية المقننة.

ج-الاتفاقات العقلائية المشروعة.

4- تعديل المادة /27 من قانون المصارف رقم 94 لسنة 2014 النافذ وعلى وجه الخصوص الفقرات الأولى والخامسة والسابعة لتكون كما يأتي:-

1- لا يجوز الإيداع في المصارف المشمولة بإحكام هذا القانون والتي يكون راس مالها أهليا او مشتركاً بقصد استحقاق الفائدة ولا يبعد جواز الرغبة في ذلك من المصارف الحكومية.

5-منح مشاريع المصارف الإسلامية ومؤسساتها اللاربوية تسهيلات في الحصول على التراخيص والإجازات إضافة إلى إعفاءات منظمة من الضرائب والرسوم طبقاً لما ورد في قواعد البنك المركزي العراقي.

7-ممارسة عمليات تنفيذ أو أوامر النقل المصرفي طبقاً لأحكام القانون سواء كان النقل بالسحب نقداً أم بالصكوك أو بطريق الترحيل من حساب إلى حساب أخر بالتناقل . بين رقمي الساحب والمسحوب بدون حاجة الى توسط الصكوك وهذا كله مقابل اجرة يتفق عليها عن عمل المصرف المحترم)).

5-تكون سائر الائتمانات المذكورة في البند (ب) من الفقرة (1) من المادة/27 المذكورة أعلاه كما يأتي :- (يكون الرهن العقاري وبيع الحسابات وخدمات التأجير التمويلي وغيرها خالية من أية فوائد أو فوائد إضافية وتتم طبقاً لإحدى الآليات في أعلاه...) وقد أوردنا هذه الآليات في محلها من البحث وذلك في المبحث الأول من الفصل الأول.

6-لابد أن تكون النسب المئوية الممنوحة وبحسب التعاقدات المبرمة بين اطرافها داخلة في أطار تنمية رؤوس الأموال وعلى أساس من المضاربة السليمة والمتوافرة على شروطها حتى تدر ارباحاً لا شبهة فيها بمعنى أن تعمل في نهاية المطاف على تطوير الجانبين البشري والمادي.

7-ولعل من الأهمية ،القول بوجوب أن تتضمن التشريعات المصرفية المنظمة لأحكام ضمان الأنشطة التجارية المصرفية أحكام تقضي بأخذ الغاصب والمعتدي على أموال الغير بأذى أو سرقة أو غصب أو اختلاس أو غيرها، بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف او نقصان القيمة وانخفاضها نتيجة لتقلبات الأسعار.

8-ضرورة ان يقوم العامل "الأمين" بمسك سجلات إحصائية وحسابية دقيقة فضلاً عن مسكه الدفاتر التجارية حال كونه تاجراً إضافة النص على إلزامه بتزويد المصرف بكافة المعلومات عن سير عمليات المضاربة من وقت تنفيذ العقد إلى انتهائهِ.
9-وهكذا فلابد أن يكون العقد وما يرتبه من آثار مالية متشابكة إنما يتم بحسب ما اتفق عليه إطرافه.إذ أن اعتبار كل معتبر بيده لا بيد غيره على ألا يتعارض مع ما يشترطه العقلاء او العرف أو القواعد العامة أو أحكام الشريعة المتعلقة بذلك.
10-وأخيراً نرى ضرورة الاهتمام بتعزيز الضمانات اللازمة لاستيفاء الديون المترتبة عن العمليات المصرفية ومنها العمولات المصرفية وذلك بالاستفادة من فكرة التأمين على الديون عموماً والقروض تحديداً ما يحقق منظومة مناسبة من الضمانات في تلك الانشطة على اساس ان النسب او العمولات انما يحصل عليها المصرف الاسلامي بأعتبارها مقابل مالي لما يؤدي ويبذل من إعمال وجهود محترمة لا على أساس أنها كلفة قرض أو زيادة محتسبة تتصف بالطابع الربوي.

الهوامش.

1- للمزيد من التفصيل عن هذهِ الصورة وما يقترب منها أنظر د. طلبة ابراهيم سعد علي ،احكام المعاملات المالية في المصارف الاسلامية كلية الشريعة والقانون جامعة الازهر ،ط 2012 ، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات وكلاهما في مصر والامارات ص 38.
2- أنظر أستاذنا د. باسم محمد صالح، القانون التجاري ، القسم الاول ، المكتبة القانونية ، بغداد ،2006،ص 238 وما بعدها.
3- ان المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ رقم 30 لسنة 1984 لم ينظم احكام الوكالة بعمولة ،كما هو معروف، ولذا ترك الامر للقواعد العامة والى بعض الاحكام الواردة في قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم /11 لسنة 1983 لذا يجدر بالمشرع العراقي معالجة هذا النقص التشريعي الواضح للوكالة بعمولة من احكام خاصة.
4- أنظر د. عبد العزيز قاسم محارب ،المصارف الاسلامية التجربة وتحديات العولمة ،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2011، ص 23-24 .
5- للمزيد انظر السيد محمد تقي الخوئي ، تقريراً لبحث اية الله العظمى السيد أبو القاسم الخوئي (قدس سره الشريف)، مباني العروة الوثقى ،كتاب المضاربة ،ج 3، مطبعة الاداب في النجف الاشرف ،1936 م، ص209- 210.
6- أنظر المادة /13 (اولاً، ثانياً) من قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم 13 لسنة 2006 ، وانظر كذلك المادة/9 و10 من قانون الشركات العراقي النافذ رقم 21 لسنة 1997.
7- أنظر السيد محمد باقر الصدر (قدس) البنك اللاربوي في الاسلام ، مؤسسة الثقلين ،سوريا- العراق ،بدون سنة طبع ،ص 9-10.
8- سورة البقرة الاية (177).
9- أنظر السيد محمد باقر الصدر (قدس) البنك اللاربوي في الاسلام ، المصدر السابق ، ص 11-13.
10- للمزيد من التفصيل أنظر ،علاء الدين الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ط1،دار الكتب العلمية ،بيروت – لبنان 1417- 1996- 85/6 نقلاً عن د. طلبة ابراهيم سعد، المصدر السابق ص 230.
11- أنظر د. باسم محمد صالح ،القانون التجاري ،القسم الاول ،المكتبة القانونية، المصدر السابق ،ص 310-311.
12- انظر:
Abdullah Nawafleh
The English law of secured transactions as a model for southern and eastern Mediterranean area12014,p.722
13- أنظر د. علي عبد الاحمد أبو البصل، المضاربة والمقامرة في بيع وشراء الاسهم، دراسة فقهية مقارنة، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ،المجلد 25-العدد الثاني ،2009،ص 807.
14- تنص المادة/282 الفقرة /2(من القانون المدني العراقي) المعدل (فأذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامهِ سقط حق المدين في الامتناع عن اداء ما التزم بهِ).
15- وهذا ما تنص عليه فعلاً المادة/ 283 /الفقرة /1 من القانون المدني العراقي.
16- أنظر ابن جيزي الاحكام الشرعية عالم الفكر ص 309 وفتح القدير ،دار الفكر ،ج 8، ص 446،وكذلك أنظر د. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ،المضاربة كما تجريها المصارف الاسلامية وتطبيقاتها المعاصرة ،دار الفكر الجامعي،2011،ص (9- 10).
17- أنظر السيد محمد باقر الصدر ،البنك اللاربوي ،المصدر السابق ،ص 25-26.

18- أنظر السيد محمد حسن ترحيني العاملي ،الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية ،ج5 ،دار الفقه للطباعة والنشر 1427هـ،ص 263.
19- أنظر الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ،وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ،الباب الاول ،حديث (2/1) ،وكذلك أنظر السيد محمد حسن ترحيني العاملي ،المصدر أعلاه،ص255.
20- لمزيد من التفصيل أنظر ،ابن قدامة عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ،المغني في فقه الامام احمد حنبل الشيباني ، ط الاولى دار الفكر ،بيروت ،1405، ،(44/5).
21- تجدر الاشارة الى ان المجمع الفقهي الاسلامي بجدة ، قد أصدر قرارهِ المرقم (122) في دورته الثالثة عشر وقد تبنى عدم جواز اشتراط الضمان على العميل(الامين) بقولهِ(المضارب امين ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف الا بالتعدي او التقصير بما يشمل مخالفة الشروط الموضوعية أو القيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على اساسها ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية او المشتركة ولا يتغير بدعوى قياسها على الاجارة المشتركة ، او بلا شتراط والالتزام ولا مانع من ضمان الطرف الثالث) وبعض الفقه يجيز ذلك من الطرف الثالث تبرعاً ،لمزيد من التفصيل أنظر جعفر بن عبد الرحمان قصاص ،ضمان المضاربة ،راس المال ،دراسة فقهية ،1432هـ،ص 5 وما بعدها.
22- أنظر عبد الرحمن بن فؤاد الجار الله ،شركة المضاربة في الفقه الاسلامي ،ص 55 وما بعدها .منشور على الموقع www.kantaakji.comlmedial3218l1082.doc .
23- أنظر السيد محمد ترحيني العاملي ،الزبدة الفقهية ،مصدر سابق ،ص 266- 267. أما عن الشافعية والحنابلة أنظر الشرح الكبير (536/3) وكشاف القناع (3/ 523) وبلغة السالك (3/ 450) نقلاً عن عبد الرحمن بن فؤاد الجار الله ، مصدر اعلاه، ص 55.
24- وهذا ما تعمل عليه مصارف الاسكان المتخصصة ومنها مصرف الاسكان اللبناني الذي انشئ بالمرسوم المرقم 14 في 1977/1/5 والمعدل بالقانون رقم 283 في 3/ 12/ 1993 ويهدف هذا المصرف الى اقراض الافراد وذوي الدخل المحدود لشراء وانشاء وترميم المساكن ،لمزيد من التفصيل أنظر القاضي د. مالك عبلا ،قوانين المصارف ،منشورات زين الحقوقية، بيروت –لبنان ،ط 1، 2006،ص 179 وما بعدها.
25- انظر:
Thomas Ramke
News from German banking supervision: German Banking ،Professor Dr Niels Angermüller Act (KWG) - amendment 2014minimum requirements for risk management and practical consequences,2014,p.760
26- لمزيد من التفصيل أنظر د. عبد العزيز قاسم محارب المصارف الاسلامية ،المصدر السابق، ص 121.
27- أنظر المسألة (711) من كتاب منهج الصالحين لسماحة السيد محمد صادق الصدر ،المعاملات ،ج2 ،ص 148. تجدر الاشارة الى أن هذا الحكم يثبت بشرط أن يتم أثبات إخلال المدين (العامل) بالتزاماته. مما يثير مساءلته وهذا ما تقضي التشريعات المقارنة ومنها قانون الاثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979. وذلك في المادة /11 منه.
28- سورة الانعام – الاية 160.
29- لمزيد من التفصيل أنظر الشيخ حيدر اليعقوبي ،دليل القواعد الفقهية ،القسمان الاول والثاني ،ط الثانية ،2013 ، ص 193.
30- سورة البقرة الاية 229.
31- أنظر الشيخ ،حيدر اليعقوبي، المصدر السابق، ص 194- 195.
32- أنظر المسألة /191 والمسألة /195 عن منتخب سبل السلام في أحكام المعاملات مطابقة لفتاوي سماحة الشيخ محمد اليعقوبي ، الطبعة 2، دار الصادقين 1434- 2013 ،ص 54- 57.
33- أنظر المسألة /626 من منهاج الصالحين /المعاملات ،فتاوي سماحة السيد علي الحسيني السيستاني ،ج 2،دار البدرة ،2009،ص 137.
34- أنظر السيد محمد باقر الصدر ، البنك اللاربوي ، المصدر السابق، ص 193-194.
35- لمزيد من التفصيل أنظر الشيخ حيدر اليعقوبي ،دليل القواعد الفقهية ، المصدر السابق ص 19
36- أنظر عبد الرحمن بن فؤاد الجار الله ،المصدر السابق،ص25.
37- أنظر المواد /930و 931 و 932 من القانون المدني العراقي.
38- انظر:
Alexander Shepherd and Carolyn Bigg ,Privacy & Data Protection 2014,p.16،Hong Kong - guidance for the banking industry
39- انظر:
،Gerard McCormack
،Bankruptcy forum shopping: the UK and US as venues of choice for foreign companies

821.، 2014,p،International & Comparative Law Quarterly
40- للمزيد والتفصيل أنظر jr.rviewed dm وهو متاح على الرابط
Httpllwww.jstor.orglpargelinfolaboutlpoliciesIterms.jsp.jstor
تاريخ الدخول للموقع /ايلول 2014
41- لمزيد من التفصيل أنظر الشيخ محمد السند ،فقه البنوك والحقوق الجديدة، تقرير الشيخ مصطفى الاسكندري ،دار الغدير،1423-2003 ،ط الثانية ،ص 33-35.
42- أنظر الشيخ السند ، المصدر السابق ،ص 34.
43- تجدر الاشارة الى ان الحرمة الوضعية تتحقق عندما يتخلف عن المعاملة عموماً كل ما يعد وصفاً أو شرطاً أو عدماً أو قيداً معتبراً فتحقق تلك الحرمة.
44- سورة المائدة – الاية 1 .
45- مزيد من التفصيل أنظر ما ذهب اليهِ المالكية والحنفية والشافعية من أن عقد القراض (المضاربة) عقد جائز . وذلك نقلا عن عبد الرحمن بن فؤاد الجار الله ،شركة المضاربة ،المصدر السابق ،ص 19.
46- أنظر السيد محمد حسن العاملي ،المصدر السابق ،ص 253- 254.
47- للمزيد من التفصيل أنظر السيد محمد باقر الصدر ،المصدر السابق، ص 68-74.
48- فقد جاء في الكثير من احكام المحاكم الدولية حول انصاف المدين من هكذا اتفاقات تشوب المعاملات المالية عموماً والمصرفية على وجه التحديد. فقد جاء في حكم لمحكمة فرجينيا تم تحميله على الشبكة العالمية في 18 فبراير 2013:بأنه (طبقاً للمادة /12 من النظام الاساسي وبعبارة صريحة وبما يتفق مع نية المشرع على ما يبدو ، ولا يجوز للمقترض أن يلتزم بمعدل الفائدة من اي وقت مضى في اي حال في القانون او الانصاف تكون هناك حاجة لدفع اكثر من المبلغ الاصلي المقترض .فمن الواضح ان الفائدة على المذكرة هي باطلة وهو بطلان لمدى الفائدة..) في قضية tomasup eskridge 79 دبليو فرجينيا se7/1916/91322. وكذلك وردت عبارات بنفس القوة في دعوى مصرف بيري للادخار ضد فيرجيرالد 167 ايو 4461 / 149 /947 ،وكذلك الحكم في قضية شركة الخشب ضد المزلق/292 ب ك 1069 كاليفورينا منشور على الرابط المذكور سابقاً ..... http//www.jstor.org/ parge
49- أنظر السيد محمد باقر الصدر ،البنك اللاربوي ،المصدر السابق ، 68-69.
50- لمزيد من التفصيل أنظر د. عبد العزيز قاسم محارب ،المصارف الاسلامية التجربة وتحديات العولمة ،المصدر السابق، ص 107- 108.
51- لمزيد من التفصيل حول دور عقد التأمين في أن التأمين دفع للمال مقابل الضمان ورد الاشكالات على ذلك ، انظر الاستاذ الشيخ محمد السند ،فقه البنوك ،المصدر السابق ،ص 267.
52- انظر سورة البقرة المباركة الاية 282.
53- يضاف الى ذلك ان المصارف الاسلامية تلجأ اليوم الى ما يعرف بأدوات الاستثمار القصير لرفع المحذور الربوي من المعاملات وذلك بطريق المرابحة للامر بالشراء . اذ تكيف بأنها بيع على مرحلتين :
أ- وعد بالشراء من قبل العميل لمبيع معين يرغب به يقابله وعد من المصرف بالبيع لذلك المبيع.
ت- يشتري المصرف ذلك المبيع المحدد ومن ثم يقوم بقبضه .اذ لابد من ذلك لتصحيح المعاملة شرعاً ثم يقوم المصرف ببيعهِ الى العميل الذي يرغب به بربح معين . والبعض يجيز هذهِ المعاملة بشرط وجود خيار للعميل بين البيع او تركه وهو ما قال به الامام الشافعي في كتابه (الام-3/33)، للمزيد من التفصيل انظر وهبة الزحيلي ،المرابحة في المعاملات المصارف الاسلامية، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد السابع ، مؤسسة الصالحاني للطباعة، الطبعة الاولى ،لسنة 2011.منشور على الموقع الالكتروني www.arab-ency.com
54- لمزيد من التفصيل أنظر justin Pritchard,bahking/loans e,,k,,kmxpert
تاريخ الدخول للموقع /ايلول 2014http//banking.about.com

المصادر.

القران الكريم.

اولاً/ الكتب .

1- ابن جيزي ،الاحكام الشرعية ،عالم الفكر ،بدون سنة طبع.
2- ابن قدامة عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ،المغني في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني ،دار الفكر، بيروت،1405.
3- د. باسم محمد صالح ،القانون التجاري ،القسم الاول، المكتبة القانونية،بغداد،2006.
4- جعفر بن عبد الرحمن القصاص ،ضمان المضارب ،راس المال، دراسة فقهية،1432.
5- الشيخ حيدر اليعقوبي ،دليل القواعد الفقهية ،القسمان الاول والثاني ،الطبعة الثانية،2003.
6- د. طلبة ابراهيم سعد علي، احكام المعاملات المالية في المعارف الاسلامية، كلية الشريعة والقانون جامعة الازهر ،دار الكتب القانونية ،دار شتات للنشر والبرامجيات ،ط 2012.

7- د. عبد العزيز قاسم محارب، المصارف الاسلامية التجربة وتحديات العولمة،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،2011.
8- د. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ،المضاربة كما تجريها المصارف الاسلامية وتطبيقاتها المعاصرة ،دار الفكر الجامعي،2011.
9- السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين ،المعاملات ،ج2 ،دار البذرة ،2009.
10- القاضي د. مالك عبلا، قوانين المصارف منشورات زين الحقوقية، بيروت –لبنان ،الطبعة الاولى 2006.
11- السيد محمد باقر الصدر البنك اللاربوي في الاسلام ،مؤسسة الثقلين(سوريا- العراق)،بدون سنة طبع.
12- السيد محمد تقي الخوئي تقرير اية الله العظمى السيد ابو القاسم الخوئي ،مباني العروة الوثقى ،كتاب المضاربة ،ج3،مطبعة الآداب ،النجف الأشرف،1936.
13- السيد محمد حسن ترحيني العاملي، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية ،ج5، دار الفقه للطباعة والنشر،1427.
14- الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ،وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ،الباب الاول ،بدون سنة طبع.
15- السيد محمد محمد صادق الصدر ،منهج الصالحين المعاملات ،ج2،بدون سنة طبع.
16- الشيخ محمد موسى اليعقوبي ،منتخب سبل السلام في احكام المعاملات،ط2،دار الصادقين 1434 لسنة 2013.
17- الشيخ محمد السند، فقه البنوك والحقوق الجديدة ،تقرير الشيخ مصطفى الاسكندري ،دار الغدير ،1423-2003.

ثانيا / البحوث .

1. عبد الرحمن بن فؤاد الجار الله شركة المضاربة في الفقه الاسلامي ،بدون سنة طبع.
2. د. علي عبد الاحمد ابو البصل ،المضاربة والمقامرة في بيع وشراء الاسهم، دراسة فقهية مقارنة ،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 625-العدد الثاني،2004.
3. وهبة الزحيلي المرابحة في المعاملات المصارف الاسلامية ،الموسوعة القانونية المتخصصة ،المجلد السابع، مؤسسة الصالحاني للطباعة ،الطبعة الاولى،2011.

ثالثاً/ المصادر الاجنبية (البحوث) والمواقع الالكترونية .

1- Abdullah Nawafleh
The English law of secured transactions as a model for southern and eastern Mediterranean area12014

2- Thomas Ramke
News from German banking supervision: German Banking ، Angermüller Professor Dr Niels Act (KWG) - amendment 2014minimum requirements for risk management and practical consequences,2014.

3- Alexander Shepherd and Carolyn Bigg ,Privacy & Data Protection Hong Kong - 2014،guidance for the banking industry

4- Gerard McCormack،
،Bankruptcy forum shopping: the UK and US as venues of choice for foreign companies 2014،International & Comparative Law Quarterly

5- www.kantaakji.com/media/3218/1082.doc

6- justin Pritchard http//www.jstor.org/parge/info/about/policies/terms.jsp.jstor ,banking/loans Expert

7- وهو متاح على الرابط:- http//banking.anbont.com

8- بوابة بحوث متاحة www.arab-ency.com

رابعاً/ القوانين.

1- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.
2- قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية العراقي رقم(11) لسنة 1983.
3- قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004.
4- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
5- قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006.
6- قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997.
7- قانون البنك المركزي العراقي رقم 64 لسنة 1976 المعدل.
8- قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.
9- قانون مصرف الاسكان اللبناني والذي أنشئ بالمرسوم المرقم 14-في 5-1-1977 والمعدل بالقانون المرقم /283 في 1993/12/3.