مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمس

جامعة المرقب

العدد الثاني لسنة 2018م.

مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب
رقم الإيداع المحلي 2015/379م.
دار الكتب الوطنية ببنغازي . ليبيا
هاتف:
9090509 - 9096379 - 9097074
بريد مصور:
9097073
البريد الإكتروني:
Nat-Liba@h0tmail.com

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

شروط النشر بالمجلة:

الأخوة الأفاضل حرصاً على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:

1. أن لا يكون قد تمَّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريبا بما فيها قائمة المراجع.
3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic) .وللهوامش (12) وبين السطور (1).
4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط (16) Bold.

العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيتان.

5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، وبرموز أسمائها بالخط العربي .
7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ ﴾) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.
8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.
10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.

مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332

11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس» : ج 1، ص 12 ، رقم 1.
12. تخرَّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.

مثل: قال الله تعالى: ﴿۞ سَيَقُولُ ٱلسُّفَهَآءُ مِنَ ٱلنَّاسِ مَا وَلَّىٰهُمۡ عَن قِبۡلَتِهِمُ ٱلَّتِي كَانُواْ عَلَيۡهَاۚ قُل لِّلَّهِ ٱلۡمَشۡرِقُ وَٱلۡمَغۡرِبُۚ يَهۡدِي مَن يَشَآءُ إِلَىٰ صِرَٰطٖ مُّسۡتَقِيمٖ﴾ [البقرة: 142].

13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش أسبيس واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التِي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.
14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالآتي:

ابن حجر، أحمد بن علي بن مُحَّد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي مُحَّد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ/ 1992م.

15. يرفق الباحث ملخصًا لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.
16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.

iaelfared@elmergib.edu.ly

17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.
18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد المجلة المعني مجاناً.
19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما للكل التقدير والاحترام .
20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.

نأمل من السادة البحاث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فلله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها
كلية القانون بالخمس - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

هيأة التحرير:

د. مصطفي إبراهيم العربي

د. عبدالمنعم محمد الصراعي

د. أحمد عثمان احميده

اللجنة الاستشارية:

أ. د. محمد عبدالسلام ابشيش. أ. د. محمد رمضان بارة.

أ. د. سالم محمد مرشان. أ. د. عمر رمضان العبيد.

د. امحمد علي أبوسطاش. د. علي أحمد اشكورفو.

د. عبدالحفيظ ديكنه.

فهرس الموضوعات

كلمة رئيس التحرير 6

تطور الفقه الإسلامي وتأثيره على القوانين الغربية المعاصرة

د. فوزي سالم صالح أوليطي..... 7

شهادة غير المسلمين أمام قضاء المسلمين

أ. عمر عبد السلام عمر الصغير..... 27

الحجز الإداري في القانون الليبي

د. العارف صالح عبد الدائم..... 40

الطبيعة القانونية للأجنة خارج الجسم

د. عبد الله عبد السلام عربي..... 52

إمكانية اصلاح حق الفيتو

د. علي عبد المعطي الحمدان..... 82

ماهية العلاقة القانونية بين المصرف الإسلامي والعميل في عقد التمويل بالمشاركة وفقا للقانون الإماراتي

ميثم محمد تقي..... 99

استمرار ولاية المحكمة على القضية التي فصلت فيها لتفسير الحكم أو تصحيحه أو استكماله

ميثاء عباس علي الحوسني..... 121

تدخل النيابة العامة في الخصومة المدنية دراسة مقارنة بين القانونين الإماراتي والمصري

خلود عبدالله علي محمد النقبي..... 173

دور التحكيم المؤسسي في تسوية المنازعات المصرفية

منصور درويش أحمد محمد الشيزاوي..... 206

دور المحكمين في الإثبات وما يرد عليه من قيود

عائشة سيف علي المسلماني النقبي..... 226

كلمة رئيس التحرير

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وصلى الله على سيدنا مُحَمَّد وعلى آله وأصحابه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

إنه ليسرني أن اقدم إليكم هذا العدد من مجلتكم مجلة العلوم الشرعية والقانونية بعد جهد وعناء ممزوجين بالإخلاص والوفاء من السادة البحاث والمراجعين والعاملين على الجمع والتنسيق والإخراج لتكون مجلتكم على أحسن صورة وأبهى حلة تليق بالمقام .

ونتمنى للجميع التوفيق والسداد .

ماهية العلاقة القانونية بين المصرف الإسلامي والعميل في عقد التمويل بالمشاركة وفقا للقانون الإماراتي

إعداد الباحث: ميثم محمد تقي

طالب ماجستير في جامعة الشارقة – كلية القانون

الإمارات العربية المتحدة – الشارقة

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ۗ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [سورة البقرة: 275]

صدق الله العظيم.

إن من أهم التحديات التي تواجهها المجتمعات تلك المتعلقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهذه التنمية تحتاج إلى أعباء تمويلية من أجل النهوض بالمجتمع من الكساد الاقتصادي إلى التطور، ولا يخفى على القارئ الكريم الدور الأساسي الذي تلعبه الأجهزة المصرفية في ضخ الأموال في المجتمع من أجل زيادة موارده وبالتالي تحقيق التنمية الاقتصادية فيه.

إلا أن مجرد قيام المصارف بضخ الأموال في المجتمع عن طريق المتاجرة بالديون سيتعارض مع الغاية والدور المنشود منها في تحقيق التنمية الاقتصادية، فضلا عن التأثير السلبي لهذه العملية على الجانب الاجتماعي.

إذ أننا لو تصورنا قيام المصرف بتجميع الأموال من أصحابها على شكل ودائع جارية أو قروض بفائدة محددة إبتداءً، ثم أعاد إقراضها لمن يطلبها بفائدة أكبر، مبتغيا بذلك تحقيق الربح بالفرق بين الفائدتين، وذلك دون اعتبار لسبب التمويل أو المشروع الذي سيقوم بتنفيذه طالب المال (العميل)، بل ودون اهتمام بما إذا كان عائد هذا المشروع ربحا أو خسارة، وإنما سيستوفي المصرف ماله الذي أقرضه للعميل مع فائدته المقررة سلفاً سواء كان مشروع العميل قد ربح أو خسر، حينها سنجد أن مال المجتمع ككل سيدور في حلقة مفرغة من التنمية، إذ أن المال بحد ذاته لا يمكن له أن يتكاثر ويتنامى دون أن يُكرَّس في مشروع استثماري من شأنه أن يعود على أصله بالريع والربح.

بل على عكس ذلك سنجد أن المال المذكور سيتناقص تدريجيا في المجتمع بسبب إضافة نسبة الفائدة عليه عند الإقراض، إذ أن استيفاءه سيكون مشروطاً بالفائدة المحددة ابتداءً، والتي لم يكن لها أي مقابل مقدَر بقيمة، بل ودون استثمار أصل المال من أجل زيادته وإنمائه، وهذا من شأنه أن يوصل المال بعد الإقراض مراراً وتكراراً إلى مرحلة يصعب معها على المجتمع تدارك الأمر، مما سيغُرِق كل من دخل في دوامة الاقتراض دون القيام بالاستثمار لرأس المال، وبالتالي التدهور الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع.

ومن هنا أوردت الشريعة الإسلامية السمحاء العديد من القواعد الشرعية التي تهدف إلى حماية الجانب الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع في إطار الحرية الاقتصادية، والتي من بينها تحريم التعامل بالفوائد الربوية لما له من تأثير سلبي مؤدٍّ إلى الكساد الاقتصادي والتدهور الاجتماعي.

لذا ومع مرور الزمان على مستوى المجتمعات الإسلامية نجد أنها قد سعت إلى إنشاء – عِوضاً عن المصارف التقليدية — مؤسسات مالية تقوم بعمليات مالية ومصرفية وفقا للشريعة الإسلامية، وهي ما تسمى بالمصارف الإسلامية، وذلك من أجل السعي في تحقيق الالتزام والتعبد بقواعد الشريعة الإسلامية بداية، ولما لهذه القواعد السمحاء من دور في تحقيق المصالح والمقاصد الشرعية التي ترقى وتنمى بها المجتمعات اقتصادياً واجتماعياً.

وحيث إن هذه المصارف قد انتهجت الشريعة الإسلامية في تعاملاتها، وطرحت جانباً التعامل بالقروض الربوية، لذا كان لزاماً عليها إيجاد وسائل وطرق بديلة للتمويل، ومن هذه الوسائل ما يسمى بالتمويل بالمشاركة، وقد تطرق العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه الوسيلة من حيث مفهومها وشرعيتها وصورها.

وانطلاقا من أهمية هذه الوسيلة واعتبارها من أهم الوسائل المتبعة من قبل المصارف الإسلامية لأغراض التنمية الاقتصادية والاجتماعية ارتأيت إعداد هذه الدراسة المتواضعة لبحث الجانب القانوني للتمويل بالمشاركة وفقا للقانون الإماراتي، وذلك من خلال معرفة ماهية العلاقة القانونية بين المصرف والعميل في عقد التمويل بالمشاركة.

وتكمن مشكلة البحث في أن القانون الإماراتي قد خلا من تنظيم خاص للتمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية وذلك على الرغم من اعتباره أساسا للعمل بالمصارف الإسلامية، بل لُبّ العمل

الاستثماري في الإسلام[1]، ولذلك نجد أنه من الضروري معرفة ماهية العلاقة القانونية بين المصرف والعميل في عقد التمويل بالمشاركة، وذلك في بيان تعريفه وأنواعه وتكييفه القانوني حتى يتسنى لنا تحديد القواعد القانونية التي سنطبقها عليه وفقا للقانون الإماراتي.

وسأتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي عن طريق جمع ما أورده فقهاء الشريعة بشأن تعريف التمويل بالمشاركة وأنواعه وصوره من أجل إعطاء تصور عام عنه ووضعه بصورة واضحة، ومن ثم تحليل هذه التعريفات والصور للوصول إلى التكييف القانوني السليم لها كي نقوم بإنزال القواعد القانونية المقننة والمنظمة عليها.

وستكون خطة البحث في هذه الدراسة على النحو الآتي:

المبحث الأول :

مفهوم التمويل بالمشاركة، والمقسم إلى مطلبين :

المطلب الأول : تعريف التمويل بالمشاركة.

المطلب الثاني : أنواع التمويل بالمشاركة.

المبحث الثاني :

التكييف القانوني للعلاقة بين المصرف والعميل في عقد التمويل بالمشاركة، والمقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول : التكييف القانوني في إطار شركة المحاصة.

المطلب الثاني : التكييف القانوني في إطار الشركات القانونية.

وقد ذيلت الدراسة **بخاتمة** أوردت فيها بعض النتائج والتوصيات بشأن التمويل بالمشاركة كوسيلة متبعة في المصارف الإسلامية، والتي قد تساهم في تفعيل دور هذه المصارف من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

(1) د. عبدالعزيز قاسم محارب، المصارف الإسلامية التجربة وتحديات العولمة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص159.

المبحث الأول

مفهوم التمويل بالمشاركة

بعد أن كانت المصارف التقليدية تعتمد في تحقيق أرباحها وزيادة أموالها على القروض الربوية، استشعرت المجتمعات الإسلامية ضرورة إيجاد البديل لهذه المصارف بحيث توفر للعملاء الأموال بوسائل وطرق تتماشى مع تلك التي أقرتها الشريعة الإسلامية، ولذا أنشئت المصارف الإسلامية والتي سعت بدورها إلى وضع صيغ وأساليب مغايرة لتلك المتبعة في المصارف التقليدية والتي تخالف الشريعة الإسلامية، بحيث يمكن أن تحقق هذه الصيغ والوسائل ذات الأهداف المتعلقة بتحقيق الأرباح مع تجنب الوقوع في المعاملات المحرمة، وذلك ابتغاءً للتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وتمثل صيغة التمويل بالمشاركة أفضل الاستخدامات التي اتبعتها المصارف الإسلامية لأغراض التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لأنها موافقة للشريعة الإسلامية وتحقق الأهداف الاستثمارية، ويمكن القول بأنها تعتبر حاليا من الأسس العملية التي تعتمد عليها المصارف الإسلامية بل قد تصل إلى كونها لُبّ العمل الاستثماري فيها.

لذا سأتناول في هذا المبحث مفهوم التمويل بالمشاركة، وذلك في مطلبين أساسيين، المطلب الأول سأتعرض به إلى تعريف التمويل بالمشاركة، والمطلب الثاني أنواع التمويل بالمشاركة.

المطلب الأول

تعريف التمويل بالمشاركة

يقصد بالتمويل المباح وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية بأنه تقديم الأموال العينية أو النقدية ممن يملكها أو مُوكّل بها إلى فرد أو شركة ليتصرف فيها ضمن أحكام وضوابط الشريعة الإسلامية، وذلك بهدف تحقيق عائد مباح شرحا، ويكون ذلك بموجب عقود لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.[1]

أما بالنسبة إلى المقصود بعقد الشركة فقد أورد فقهاء الشريعة الإسلامية العديد من التعريفات الاصطلاحية له، فبعضهم ذكر على أنه عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وربحه[2]، وآخرٌ

---

(1) د. أحمد شعبان مُحَمَّد علي، البنوك الإسلامية في مواجهة الأزمات المالية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص125.

(2) د. أميرة فتحي عوض مُحَمَّد، عقود الاستثمار المصرفية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014، ص423، نقلا عن بدائع الصنائع، ج6، ص75.

ذكر بأنه ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع[1]، وبعضهم أورد تعريفه على أنه العقد الواقع بين اثنين أو أزيد على الاشتراك فيما يحصل لهم من ربح وفائدة من الاتجار أو الاكتساب أو غيرهما، وهو ما يسمى بالشركة العقدية[2].

ولست بصدد الترجيح بين التعريفات التي أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية لمعنى الشركة وذلك لكون دراستي في البحث الماثل منصبة على الجانب القانوني، وما يُعرض من تعريفات وآراء شرعية ليس إلا من أجل إعطاء تصور عام عن معنى الشركة اصطلاحا في الفقه الإسلامي ومن ثم ربطه بالجانب القانوني لإنزال القواعد القانونية المقننة عليه.

وعند الاطلاع على التعريف القانوني للشركة نجد أن القانون الإماراتي قد عرف الشركة المدنية على أنها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة[3]، أما بالنسبة إلى الشركة التجارية فقد نص القانون على أنها كل عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يشارك كل منهم في مشروع اقتصادي (تجاري أو مالي أو صناعي أو زراعي أو عقاري أو غيرها) يستهدف تحقيق الربح، وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل، واقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة.[4]

ومن خلال الجمع بين معنى التمويل والتعريفات السابقة للشركة، يمكننا القول بأن معنى التمويل بالمشاركة هو عقد بين طرفين –أو أكثر– يقدّم كل منهما مقداراً معلوماً من رأس المال ويكون لكل منهما الحق بالتصرف في المال تصرفا كاملاً باعتباره شريكا ومالكاً له ويتم توزيع الربح حسب ما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين، أما الخسارة فتوزع حسب نسبة المشاركة برأس المال.[5]

أما في إطار العمليات التي تقوم بها المصارف الإسلامية بشأن التمويل بالمشاركة، فقد أورد بعض الفقهاء تعريف عقد التمويل بالمشاركة بأنه اتفاق بين المصرف والعميل على أن يقوم المصرف بتمويل

---

(1) د. أميرة فتحي عوض مُحَمَّد، مرجع سابق، ص423، نقلا عن تكملة المجموع، ج14، ص5.

(2) علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، 2008، ج2، 161.

(3) راجع المادة (654) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987م بشأن المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

(4) راجع المادة (8) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

(5) مُحَمَّد صالح الحناوي، عبدالسلام سعيد فتاح، المؤسسات المالية البورصة والبنوك التجارية، الدار الجامعة، القاهرة، مصر، ص406.

العميل بجزء من رأس مال مشروع معين على أن يكون كلا الطرفين مشتركا في الإدارة ورأس المال ولكل منهما نسبة محددة من الربح[1]، وتكون الخسارة لكل منهما في حدود حصته التي شارك بها برأس المال.

ومنهم من ذكر بأن المقصود بالتمويل بالمشاركة في إطار العمليات التي تقوم بها المصارف هو تقديم المصرف والعميل المال بنسب متساوية أو متفاوتة من أجل إنشاء مشروع جديد أو المساهمة في مشروع قائم، بحيث يصبح كل واحد منهما متملكاً حصة في رأس المال، ومستحقا لنصيبه من الأرباح – طبقا للاتفاق–، وتقسم الخسارة على قدر حصة كل شريك في رأس المال.[2]

ومن خلال استعراض التعاريف السابقة يمكننا القول بأن عقد التمويل بالمشاركة يشترط فيه تحقق ثلاثة عناصر أساسية، تتمثل بالآتي:

1–أن العلاقة بين المصرف والعميل هي علاقة شراكة مالية وإدارية.

2–أن كلا الطرفين يكون مستحقا لنصيبه من الأرباح طبقا للاتفاق.

3–أن كلا الطرفين يتحمل خسارة المشروع، كلٌ في حدود نصيبه وحصته من رأس المال.

كما لا ننسى العنصر الأساسي والهام الذي يعطي الشرعية لعملية التمويل بالمشاركة عند تنفيذها من قبل المصارف الإسلامية، وهو أن يكون مضمون هذا العقد متوافقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية، إضافة إلى اشتراط كون كافة تعاملات هذه الشركة وأحكامها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية[3].

---

(1) محمد عبدالله شاهين، اقتصاديات البنوك الإسلامية وآثاراها في التنمية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص154.

(2) د. ماجد محمد فهاد تربان، المصارف الإسلامية التحديات والفرص، دار الواضح، الإمارات، ص57.

(3) وهو ما قررته المادة (3) من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية، إذ نصت على أنه:

"1– يكون للمصارف الإسلامية الحق في مباشرة جميع أو بعض الخدمات والعمليات المصرفية والتجارية والمالية والاستثمارية، كما يكون لها الحق في مباشرة جميع أنواع الخدمات والعمليات التي تباشرها المصارف المنصوص عليها في القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1980 م، ... ويكون للمصارف الإسلامية أيضا الحق في تأسيس الشركات والإسهام في مشاريع قائمة أو تحت التأسيس بشرط أن يكون نشاطها متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وخلاصة القول، يمكننا **تعريف عقد التمويل بالمشاركة قانونياً** – في إطار العمليات المصرفية الإسلامية – على أنه: (عقد يلتزم بمقتضاه كل من المصرف والعميل بالاشتراك في رأس مال وإدارة مشروع معين بحيث تُقسّم الأرباح بينهما وفقا للاتفاق، ويكون تحمّل الخسارة عليهما كلٌّ في حدود مشاركته في رأس المال، مع ضرورة التزام هذا العقد بأحكام الشريعة الإسلامية).

المطلب الثاني

أنواع التمويل بالمشاركة

ذكرت في مقدمة هذه الدراسة بأن عقد المشاركة يعتبر من أكثر العقود الإسلامية مرونة، لإمكانية تطبيقه على جميع المجالات التجارية والصناعية والزراعية والخدمية وغيرها، مما يعطي المصرف الإسلامي الفرصة لتمويل شريحة كبيرة من أفراد المجتمع، كما أن المشاركة من أكثر الصيغ قدرة على تجميع الأرصدة النقدية القابلة للاستثمار، وأكثر قدرة على توزيع المتاح من الموارد النقدية على أفضل الاستخدامات لأغراض التنمية الاقتصادية والاجتماعية وأنها تسهم بشكل مباشر في عدالة توزيع الدخل القومي[1].

وإذ أن قُدرات أفراد المجتمع تتفاوت وتختلف من حيث القوة المادية وتنوع الإمكانيات والمعارف الاستثمارية، مما جعل المصرف الإسلامي يتعامل مع العديد من الأنواع والأشكال للاستثمارات المعروضة أمامه، وهذا التنوع في أشكال الاستثمارات حتّم على المصرف الإسلامي أن ينتهج تمويل المشاريع بأكثر من صورة طبقا لنوع وحجم الاستثمار الذي يطلب العميل من المصرف تمويله من أجله، ورغبة العميل في مدى استقلاله بالمشروع ولو على المدى البعيد من عدمه.

ومن هنا كان هناك نوعان أساسيان للتمويل بالمشاركة طبقا لما صنّفه فقهاء الشريعة الإسلامية، النوع الأول ما يسمى بالمشاركة الدائمة أو الثابتة، والنوع الثاني هو المشاركة المتناقصة أو المنتهية بالتمليك.

=

2- ويكون للمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية الحق في القيام بعمليات التسليف والإقراض وغيرها من العمليات المالية وكذلك الإسهام في مشاريع قائمة أو تحت التأسيس، واستثمار أموالها في القيم المنقولة وتلقي الودائع النقدية لاستثمارها طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

(1) د. عادل عبدالفضيل عيد، الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011، ص199.

الفرع الأول: المشاركة الدائمة (الثابتة):

وفقا لهذا النوع من المشاركة يقوم المصرف بالإسهام في تمويل جزء من رأس مال مشروع معين مما يترتب عليه أن يكون شريكا في ملكية هذا المشروع مادام مستمراً، ومن ثم يكون شريكا في إدارته وتسييره والإشراف عليه، بالإضافة إلى كونه شريكاً في كل ما ينتج عنه من ربح أو خسارة بالنسب التي يتم الاتفاق عليها والقواعد الحاكمة لشروط المشاركة، وتبقى في ظل المشاركة الثابتة لكل طرف من الأطراف حصة ثابتة في المشروع إلى حين انتهاء مدته أو انتهاء الشركة أو المدة التي تحددت بالاتفاق.[1]

بمعنى أن المصرف الإسلامي سيقوم بالاشتراك مع العميل في مشروع تجاري معين، كأن يكون مصنعاً، أو مبنى، أو مزرعة، أو غيرها من مجالات الاستثمار المختلفة وذلك عن طريق التمويل في المشروع المشترك فيستحق كل واحد منهما نصيبه من أرباح المشروع، و-يمكن أن- تكون المحاسبة للخسائر والأرباح بعد نهاية كل سنة مالية.[2]

وما يميز هذا النوع من التمويل هو أن مشاركة المصرف الإسلامي للعميل في المشروع ستستمر إلى أن تتم تصفيته بالكامل، وعادة ما تدخل المصارف الإسلامية بهذا النوع من التمويل في الاستثمارات الكبيرة، وذلك من أجل المحافظة على استمرار زيادة رؤوس أموالها، والتنويع في الأنشطة الاستثمارية دون الاعتماد على نشاط واحد، وهو ما من شأنه تقوية المصرف مالياً ومساهمته الفعالة على المستوى الاقتصادي والاجتماعي.

الفرع الثاني: التمويل بالمشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك):

ويقصد بالمشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) بأنها المشاركة التي يعطي فيها المصرفُ شريكَه العميلَ الحق في أن يحل محله في ملكية نصيبه من المشروع محل المشاركة، وذلك وفق الشروط التي يتم الاتفاق عليها من الطرفين.[3]

أي أن المصرف كونه شريك في عقد التمويل بالمشاركة سيعطي العميل (الشريك الآخر في العقد) الحق في الحلول محله في ملكية نصيبه من رأس المال، سواء كان ذلك دفعة واحدة أو على دفعات،

---

(1) د. أحمد شعبان مُحَمَّد علي، مرجع سابق، ص129.

(2) مُحَمَّد عبدالله شاهين، مرجع سابق، ص153.

(3) د. عادل عبدالفضيل عيد، مرجع سابق، ص203.

وذلك بتجنيب جزء من الدخل لسداد أصل ما قدمه الشريك الممول، مع حصة نسبية من صافي الدخل حسبما يتفقان عليه.[1]

ويشير مصطلح (المشاركة المتناقصة) إلى وجهة نظر المصرف الذي يمول، حيث إن مشاركته تتناقص كلما استرد جزءاً من تمويله، أما اصطلاح (المشاركة المنتهية بالتمليك) فهو من وجهة نظر العميل طالب التمويل أو الشريك المتمول لأنه سيتملك المشروع في نهاية الأمر بعد أن يتمكن من رد التمويل إلى البنك[2].

ومن الأمثلة على المشاركة المتناقصة بأن يقوم العميل ببناء فندق ويحتاج إلى تمويل لشراء الأثاث، فيقوم المصرف الإسلامي بهذا التمويل –مع الاتفاق– على أن تسدد قيمة التمويل على أقساط ويكون المصرف الإسلامي شريكا في رأس مال الفندق بنسبة ما دفع من تمويل، وينال قسطا من الأرباح بنفس النسبة بعد خصم حصة العمل وتنقص أرباح المصرف بنسبة ما يقوم العميل بسداده من أقساط حتى تمام السداد فيصبح الفندق كاملا ملكاً خالصا للعميل.

ومثال آخر بأن يشترك كل من المصرف والعميل في شراء عقار معين، فيكون العقار مملوكا لكل منهما على الشيوع، ثم يقوم المصرف بتأجير حصته المملوكة له على العميل بأجرة شهرية أو سنوية، وبعد كل فترة زمنية معينة متفق عليها يقوم العميل بشراء سهم من حصة المصرف وبالتالي تنقص ملكية المصرف تدريجيا وتزداد ملكية العميل إلى أن يصبح كامل العقار مملوكا للأخير (العميل).

وعند تحليل تعريف عقد التمويل بالمشاركة المتناقصة نجد أنه في حقيقته مشتمل على ثلاثة عقود أساسية وهي:

1- عقد إنشاء الشركة.
2- عقد إيجار لحصة الممول (المصرف).
3- عقد بيع لسهام متعددة من حصة الممول (المصرف).[3]

---

(1) د. عبدالعزيز قاسم محارب، مرجع سابق، ص162.
(2) د. أحمد شعبان مُحَمَّد علي، مرجع سابق، ص127.
(3) للاستزادة، راجع د. أميرة فتحي عوض مُحَمَّد، مرجع سابق، ص479.

ويتبين من ذلك بأنه يمكن تطبيق المشاركة المتناقصة في تمويل المنشآت الصناعية والمزارع والمستشفيات وكل ما من شأنه أن يكون مشروعاً منتجاً للدخل المنتظم كما أنها تصلح طريقة للتمويل العقاري في البيوت السكنية وغيرها كبديل عن القروض الربوية.[1]

ومن هنا نجد أن أسلوب المشاركة المتناقصة من شأنه أن يحقق للمصرف أرباحاً دورية على مدار السنة، كما أنه سيشجع العميل على الاستثمار الحلال والتملك المشروع، وقد يحقق له بعض طموحاته في الانفراد بتملك عقار أو منشأة أو أي مشروع آخر وذلك على المدى المتوسط عند تخارج المصرف تدريجيا من الشركة، وهو الذي بدوره سيساهم إيجاباً في التطور ويؤدي إلى التنمية الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع الإسلامي وذلك دون الوقوع في حرمة التعامل بالربا.

المبحث الثاني

التكييف القانوني للعلاقة بين المصرف الإسلامي والعميل في عقد التمويل بالمشاركة

تبين لنا من خلال ما سبق ذكره في المبحث الأول في تعريف عقد التمويل بالمشاركة بأن المصرف الإسلامي في هذه العلاقة ليس مجرد ممّول للعميل، وإنما تربطه علاقة شراكة معه، وذلك بخلاف الحال في العلاقة بين المصرف التقليدي والعميل والتي تُبنى على كونها علاقة دائن بمدين.

وقد أوضحنا سلفاً بأن صيغة التمويل بالمشاركة تعد من أهم الوسائل المتبعة في المصارف الإسلامية، بل إنها أساس العمل الاستثماري فيها، إلا أن القانون الإماراتي إلى الآن لم يوجِد تنظيماً قانونياً خاصاً بالتمويل بالمشاركة كأحد الأساليب والصيغ المتبعة في المصارف الإسلامية[2]، لذا كان لزاماً علينا تكييف عقد التمويل بالمشاركة وتحليل العلاقة بين كل من المصرف والعميل في هذا العقد وذلك من أجل معرفة الطبيعة القانونية لها كي نتمكن من إنزال القواعد القانونية المقننة على هذه العلاقة.

---

(1) د. أميرة فتحي عوض محمّد، مرجع سابق، ص471 وص473.

(2) إذ أنه بمراجعة القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية، سنجد أنه لا يلبي الاحتياجات القانونية في ظل التطور الحالي، فالنصوص التي أوردها هذا القانون احتوت على مجرد قواعد عامة غير منظمة لصيغ التعاملات المصرفية الإسلامية، وعلى وجه الخصوص صيغة التمويل بالمشركة محل هذه الدراسة.

وحيث إن القانون الإماراتي قد اعتبر كافة العمليات التي تقوم بها المصارف من قبيل العمليات التجارية وذلك بحكم ماهيتها[1]، بما يعني معه بأن التكييف القانوني لعقد التمويل بالمشاركة كصيغة متبعة في المصارف الإسلامية سيندرج في إطار الشركات التجارية لا المدنية[2].

وبالتالي سيتحتّم علينا استعراض تكييف عقد التمويل بالمشاركة كصيغة متبعة في المصارف الإسلامية في إطار الشركات التجارية، وهو ما سأحاول تسليط الضوء عليه في هذا المبحث وذلك من خلال مطلبين أساسيين، وسأتناول في المطلب الأول التكييف القانوني لعقد التمويل بالمشاركة في إطار شركة المحاصة، وفي المطلب الثاني سأستعرض التكييف القانوني له في إطار الشركات القانونية وفقا للقانون الإماراتي.

---

(1) نصت المادة رقم (5) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي على أنه: "تعد الأعمال التالية أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها:

1-...2-...3-...4- عمليات المصارف والصيارفة وسوق البورصة وعمليات شركات الاستثمار وصناديق الائتمان والمؤسسات المالية وجميع عمليات الوساطة المالية الأخرى ...".

(2) "إن مناط التفرقة بين الشركة المدنية والشركة التجارية – وعلى ما تفيده الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون المعاملات التجارية – هو الشكل الذي تتخذه الشركة أو النشاط الذي تباشره – فتكون الشركة تجارية إذا باشرت نشاطا تجاريا مما يدخل في الأعمال التجارية المشار إليها في المواد 5 و6 و7 من القانون المذكور – أو إذا اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في المادة 5 من قانون الشركات التجارية حتى ولو كان النشاط الذي تباشره مدنيا –، وتكون الشركة مدنية إذا لم تتخذ أحد الأشكال المشار إليها في قانون الشركات التجارية أو كان النشاط أو الغرض الذي أنشئت من أجله مدنيا –، ويترتب على هذه التفرقة – مدى مسئولية الشركاء عن ديون الشركة قبل الغير – إذ أن مسئوليتهم في الشركة التجارية تختلف بحسب نوع الشركة – وإن كانت القاعدة الأساسية – هو أن مسئولية كل منهم عن هذه الديون تنحصر في حدود الحصة المقدمة منه – فيما عدا الشركاء المتضامنين في شركات التضامن أو التوصية البسيطة حيث تمتد مسئوليتهم عن هذه الديون وبالتضامن فيما بينهم إلى أموالهم الخاصة – وعلى العكس فإنه في الشركة المدنية – وعلى ما تفيده المادة 671 من قانون المعاملات المدنية – إذا لم تَفِ أموال الشركة بديونها كان الشركاء مسئولين عما بقي منها بمقدار نصيب كل منهم في خسائرها – ولا تضامن بينهم فيما يلزم كل منهم من هذه الديون – ما لم يشترط تكافلهم في عقدها فإنهم يتحملون جميعا الدين بالتضامن".

حكم محكمة تمييز دبي رقم 355 لسنة 2000(حقوق)، جلسة 4 فبراير لسنة 2001.

المطلب الأول

التكييف القانوني لعقد التمويل بالمشاركة في إطار شركة المحاصة

ذكرنا بأن المقصود بالتمويل بالمشاركة كأحد الأساليب المتبعة في المصارف الإسلامية هو أن يقوم المصرف بتمويل العميل بمبلغ مالي وذلك من أجل إقامة مشروع معين على أن يكون المصرف شريكا مع العميل في ملكية وإدارة هذا المشروع، بحيث يتحصل كلا الطرفين على نسبته المتفق عليها من الأرباح، وفي حال الخسارة فإن كل طرف منهما سيتحملها في حدود حصته المشارك بها من رأس المال.

وقد أوردنا بأن تعريف التمويل بالمشاركة يتكون من ثلاثة عناصر أساسية وهي:

1- اشتراك المصرف والعميل في رأس مال المشروع وإدارته.
2- الأرباح الناتجة عن المشروع يستفيد منها كلا الطرفين حسب الاتفاق.
3- يتحمل كل من المصرف والعميل الخسارة الناتجة عن المشروع في حدود مشاركته في رأس المال.

كما أوضحنا بأنه يتعين في هذه الصيغة أن تكون متوافقة في مضمونها وأحكامها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك تطبيقا لنص المادة (3) من القانون الاتحادي رقم6 لسنة 1985 بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية.

وحيث إن المشرع الإماراتي لم يضع تنظيماً قانونياً خاصاً بالتمويل بالمشاركة يوضح لنا القواعد القانونية التي تحكمه، وبالتالي تحتَم علينا من خلال استعراض تعريف التمويل بالمشاركة وتحديد العناصر الأساسية التي يتكون منها أن نضع هذه النوعية من العقود في إطار ما أورده القانون من تنظيمات قانونية مقننة.

الفرع الأول: اقتراح شركة المحاصة كإطار قانوني:

نتيجة لعدم وجود تنظيم خاص بعقد التمويل بالمشاركة، نجد أن فقهاء الشريعة والقانون قد اختلفوا في تشخيص الإطار القانوني الأنسب الذي يمكن تطبيقه على عقد التمويل بالمشاركة.

ويلزم التنويه بداية إلى أن عدم وجود إطار قانوني يقدم فيه التمويل بالمشاركة من شأنه أن يجعل تقديمه في إطار تعاقدي، وأنه مهما بلغت العناية بصياغة الاتفاق بين الطرفين فإنه لن يمكن سد كافة الثغرات، ولن يمكن التحسب لجميع الاحتمالات، وهو ما سيؤدي إلى لجوء القاضي لتطبيق أحكام القواعد القانونية المقننة في حال نشوء نزاع بين الطرفين وذلك لسد النقص الذي شاب الاتفاق بما قد يُخرج العملية عن إطارها الإسلامي.

لذلك نجد بأن البعض قد اقترح تقديم التمويل بالمشاركة في ضوء أحكام شركة المحاصة والتي تعترف بها معظم تشريعات الدول العربية والإسلامية والأوربية على حد سواء، وفي إطار هذه الأحكام يظل للمشاركة طابعها الإسلامي، وفي نفس الوقت يكون لها سند قانوني.

وعند استعراض خصائص شركة المحاصة سنجد أنها لا تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها، كما أنها ليس لها ذمة مالية مستقلة، ولا تخضع لإجراءات الشهر والعلانية أو الشكلية التي تخضع لها سائر الشركات التجارية، بل يكفي فيها توافر الأركان الموضوعية من تعدد الشركاء، وتقديم الحصص، والمساهمة في الأرباح والخسائر مع وجود نية الاشتراك، كما أن كونها شركة عقد سيسمح بقدر كبير من الحرية التعاقدية للشركاء كي ينظموا علاقاتهم بحرية كاملة في إطار القواعد القانونية الآمرة، وهو الأمر الذي يلائم التمويل بالمشاركة من خلال وضع الشركاء كافة الشروط التي تبقي العملية في إطارها الإسلامي.[1]

وقد أضاف بعضهم بأن المشاركة في البنوك الإسلامية من الناحية القانونية لا تأخذ شكل شركة أشخاص (تضامن أو توصية) ولكنها أقرب إلى شركة المحاصة التي هي شركة بين اثنين في تمويل عملية على أن يكون أحد الشريكين (وهو البنك –المصرف– في العادة) مستتراً، بمعنى أنها شركة فيما بين البنك – المصرف– والعميل، وأما في مواجهة الغير فالعميل الذي يظهر فقط، ويتعامل مع الغير باسمه وليس باسم المشاركة.[2]

الفرع الثاني: إشكالات على اقتراح شركة المحاصة كإطار قانوني:

قد يكون اقتراح وضع التمويل بالمشاركة في إطار منظومة شركة المحاصة هو الأنسب والأقرب في إنزال عقد التمويل بالمشاركة تحت إطاره، وذلك من أجل المحافظة على شرعية التمويل بالمشاركة وإبقائه في دائرة التعامل الإسلامي، إلا أن هذا الرأي مؤاخذٌ عليه بأن شركة المحاصة تعتبر من شركات الأشخاص، في حين أن التمويل بالمشاركة يعتمد على اشتراك الأموال دون اعتبار لشخص الشريك، بحيث لا ينقضي عقد

(1) د. عاشور عبدالجواد عبدالحميد، مرجع سابق، ص325، بتصرف.

(2) د. أحمد شعبان مُحَمَّد علي، مرجع سابق، ص127.

التمويل بالمشاركة بوفاة أحد الأطراف كما هو الحال في شركات الأشخاص التي تكون فيها شخصية الشريك محل ثقة واعتبار[1].

ومن ناحية أخرى فإن شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية وهو ما يترتب عليه بأن الشريك المحاص الذي يتعامل مع الغير يكون مسئولاً في كل أمواله عما أبرمه من عقود مع الغير، شريطة توزيع الخسائر بنسبة نصيب كل من الشركاء في رأس مال الشركة[2]، وهو ما قررته المحكمة الاتحادية العليا في حكم لها من أن: "شركة المحاصة هي شركة مستترة قانونا لا تحمل اسماً ولا عنواناً وليست لها شخصية اعتبارية مستقلة ولا وجود قانوني ظاهر أمام الغير فيما عدا قيامها بين الشركاء فيها، وهو ما يتمثل في اقتسام الأرباح والخسائر الناجمة عن أي عمل تجاري يقوم به أحدهم باسمه الشخصي وليس باسم الشركة"[3].

إلا أننا عند تعرُّضِنا لتعريف التمويل بالمشاركة وجدنا أن الشريك في عقد التمويل بالمشاركة لا يتحمل الخسارة إلا في حدود حصته المشارك بها في رأس المال، بما يتضح معه عدم ملاءمة المنظومة القانونية لشركة المحاصة مع عقد التمويل بالمشاركة.

وعلى أية حال، وفضلا عما سبق ذكره من إشكالات بشأن اقتراح وضع التمويل بالمشاركة تحت إطار شركة المحاصة، فإن المشكلة الأساسية تقع في أن قانون الشركات الإماراتي الجديد قد حدّد أشكال الشركات التجارية على أنها (شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، الشركة ذات المسئولية المحدودة، شركة المساهمة العامة، شركة المساهمة الخاصة)، واعتبر أن كل شركة لا تتخذ أحد الأشكال المشار إليها في هذا القانون باطلة، ويكون الأشخاص الذين تعاقدوا باسمها مسؤولين شخصياً وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد.[4]

---

(1) بشأن كون شركة المحاصة من شركات الأشخاص وأن شخصية الشريك فيها محل ثقة واعتبار، يراجع أ. د. أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، الجزء الأول القواعد العامة للشركات، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2014، ط2، ص37.

(2) أ. د. أحمد عبدالرحمن الملحم، مرجع سابق، الجزء الثاني القواعد الخاصة للشركات، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2014، ط2، ص130.

(3) أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية، الطعنين رقمي 339، 369 لسنة 22ق، جلسة 7 يناير سنة 2004.

(4) راجع المادة (9) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

ومن ثم فإنه وإن كانت معظم الدول العربية والإسلامية والأوربية تعترف بشركة المحاصة، إلا أن القانون الإماراتي قد أبطلها حديثاً وبالتالي لن يسعفنا أن ندرج عقد التمويل بالمشاركة في إطارها، بما يتحتم علينا البحث عن البديل لهذا التنظيم وفقا لما أورده القانون الإماراتي من أشكال قانونية للشركات التجارية.

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد التمويل بالمشاركة في إطار الشركات القانونية

إن عدم اعتراف القانون الإماراتي الجديد بشركة المحاصة من شأنه أن يوقعنا في صعوبة تحديد الإطار القانوني البديل لتطبيقه على عقد التمويل بالمشاركة مع المحافظة على صورته ووضعه الإسلامي، إلا أننا سنحاول قدر المستطاع الوصول إلى الإطار القانوني الأقرب في تكييف عقد التمويل بالمشاركة والعلاقة القانونية بين المصرف والعميل فيها.

الفرع الأول: التكييف القانوني في إطار شركات الأشخاص:

ذكرنا فيما سبق بأن من أهم العناصر الأساسية في عقد التمويل بالمشاركة هو أنَّ تحمل الشريك للخسارة يكون في حدود مشاركته في رأس المال، كما أوضحنا بأن عقد التمويل بالمشاركة يعتمد في تأسيسه على اشتراك رؤوس الأموال دون اعتبار لشخص الشريك، بحيث لا ينقضي عقد التمويل بالمشاركة بمجرد وفاة أحد الأطراف.

ومن هنا طُرحت بعض الإشكالات على اقتراح منظومة شركة المحاصة كإطار قانوني لعقد التمويل بالمشاركة، باعتبار أن خسارة الشريك في شركة المحاصة – كما أوضحنا سلفا – تمتد إلى أمواله الخاصة، فضلا عن كون شخص الشريك فيها محلّ ثقة واعتبار.

وهذه الإشكالات التي طُرحت على اقتراح شركة المحاصة كإطار قانوني لعقد التمويل بالمشاركة هي ذاتها ما يمكن إيراده على أشكال شركات الأشخاص التي أوردها القانون الإماراتي، وذلك على النحو الآتي:

أولا: شركة التضامن:

إذ أننا عند النظر إلى شركة التضامن كأحد أشكال شركات الأشخاص التي أوردها قانون الشركات الإماراتي سنجد أن القانون قد عرفها بأنها: " الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين يكونون مسئولين شخصياً وبالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة"[(1)].

(1) راجع المادة (39) من القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

ومن التعريف السابق يتبين لنا بأن القانون قد فرض أن يكون الشريك المتضامن شخصاً طبيعياً، وإن كان يمكن تدارك ذلك بأن يكون هناك شخص طبيعي ممثل للمؤسسة المالية (المصرف الإسلامية) يقوم بإجراء التعاقد مع العميل لإنشاء الشركة فيما بينهما، إلا أن أساس الإشكال يقع بأن القانون قد ذكر أن الشركاء في شركة التضامن مسئولون جميعا عن ديون الشركة قبل الدائنين مسئولية شخصية تضامنية غير محدودة وتكون جميع أموال الشركة ضامنة لهذه الديون ولا تقتصر مسئولية الشريك على مقدار حصته فيها.[1]

وهو ما يعتبر منافياً لإحدى أهم الخصائص في عقد التمويل بالمشاركة الذي يعتمد على اشتراك رؤوس الأموال دون اعتبار لشخص الشريك، إضافة إلى أن تحمل الشريك للخسارة يكون في حدود مشاركته في رأس المال دون أن يمتد ذلك إلى أمواله الخاصة، بما يحتَم علينا استبعاد شركة التضامن كإطار قانوني لعقد التمويل بالمشاركة.

ثانيا: شركة التوصية البسيطة:

أما بشأن شركة التوصية البسيطة فإن قانون الشركات الإماراتي قد عرفها على أنها: "الشركة التي تتكون من شريك متضامن أو أكثر يكونون مسئولين شخصيا وبالتضامن عن التزامات الشركة ويكتسبون صفة التاجر، ومن شريك موصٍ أو أكثر لا يكونون مسئولين عن التزامات الشركة إلا بمقدار حصتهم في رأس المال ولا يكتسبون صفة التاجر."[2].

والملاحظ على هذا الشكل من الشركات من أنه قد مايز بين الشركاء كما أنه حمّل الشريك المتضامن فيها تبعة الخسائر التي قد تصيب الشركة بالزيادة عن حصته في رأس المال، إذ أن الشريك المتضامن سيتحمل الخسارة بصفته الشخصية بحيث تمتد الخسارة إلى أمواله الخاصة بما يخالف خصائص عقد التمويل بالمشاركة الذي يعتمد على اشتراك رؤوس الأموال وتحمل كل شريك فيه بحدود مشاركته في رأس المال.

لذا فإننا سنستبعد شركات الأشخاص لعدم صلاحيتها بأن تكون إطاراً قانونيا لعقد التمويل بالمشاركة، أي أننا سنستبعد كلاً من شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة لعدم انطباقهما على تعريف عقد التمويل بالمشاركة بما يحويه من عناصر أساسية.

---

(1) راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا طعن رقم 139 لسنة 17ق، جلسة 14 إبريل سنة 1996.

(2) راجع المادة رقم (62) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

الفرع الثاني: التكييف القانوني في إطار شركات الأموال:

بعد أن استبعدنا شركات الأشخاص من وضعها كإطار قانوني لعقد التمويل بالمشاركة كوسيلة متبعة في المصارف الإسلامية لاستثمار الأموال، وذلك للأسباب التي تم ذكرها سلفا في الفرع الأول، نستعرض الآن شركات الأموال المتمثلة بشركة المساهمة على نوعيها (العامة والخاصة) والشركة ذات المسئولية المحدودة.

أولا: شركات المساهمة (العامة والخاصة):

عند مطالعة قانون الشركات الإماراتي الجديد نجد أنه قد أورد في تعريفه لشركة المساهمة العامة على أنها: ".. الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وتكون قابلة للتداول ويكتتب المؤسسون بجزء من هذه الأسهم بينما يطرح باقي الأسهم على الجمهور في اكتتاب عام، ولا يسأل المساهم فيها إلا بقدر حصته في رأس المال."[1]

وحيث إن التمويل بالمشاركة عادة ما يخرج في تطبيقاته عن تقسيم رأس المال فيه إلى أسهم متساوية القيمة بحيث تكون قابلة للتداول، وطرح جزء منها في اكتتاب عام على الجمهور، بما يجعلنا نستبعد وضعه في إطار شركة المساهمة العامة.

أما بشأن شركة المساهمة الخاصة فإننا بمطالعة نص القانون سنجد أن من شروطها ألا يقل رأس مالها عن خمسة ملايين مدفوعة بالكامل[2]، وهو ما قد لا يتحصل دائما في عقود التمويل بالمشاركة بين المصرف الإسلامي والعميل، فضلا عن أن رؤوس أموال شركات المساهمة تقسّم إلى أسهم متساوية القيمة بحيث تكون قابلة للتداول، وهو كذلك غالبا ما لا يتحقق في المشاريع التي تكون محلاً لعقود التمويل بالمشاركة، وبالتالي فإننا نرى بأن شركات المساهمة بنوعيها العام والخاص بعيدة بعض الشيء في أحكامها عن أوصاف وعناصر عقود التمويل بالمشاركة.

ثانيا: الشركة ذات المسئولية المحدودة:

بعد أن استعرضنا كافة أشكال الشركات التي نص عليها القانون الإماراتي الجديد، لم يتبقَّ لنا إلا الشركة ذات المسئولية المحدودة والتي قد تكون هي الأقرب في وضعها كإطار لعقد التمويل بالمشاركة، وذلك

(1) راجع المادة (105) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

(2) راجع المادة (255) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

لكونها تحقق العناصر الأساسية التي يتشكل بها عقد التمويل بالمشاركة، إذ أن القانون قد اكتفى بكون عدد الشركاء فيها اثنان فصاعدا، على ألا يتجاوز العدد (50) خمسين شريكا، كما أن الشريك فيها لا يسأل إلا في حدود حصته من رأس المال[1]، وهو ذاته ما قررته المحكمة الاتحادية العليا في حكم سابق لها على ضوء القانون التجاري الإماراتي السابق، إذ قضت بأن: "من أهم خصائص الشركة ذات المسئولية المحدودة تحديد مسئولية الشريك عن ديون الشركة بمقدار حصته في رأس المال، مما يعني أن ضمان دائني هذه الشركة يقتصر على ذمتها المالية دون ذمم الشركاء الذين تنحصر مخاطرهم التجارية في حدود حصصهم، وتحديد مسئولية الشريك عن ديون الشركة بمقدار حصته في رأس المال تحديد مطلق يسري على علاقة الشركاء كل بالآخر وعلى علاقة الشركاء بالغير"[2].

وقد أوضحت المحكمة الاتحادية العليا في حكم آخر لها بأن: " تعتبر المسئولية المحدودة غير التضامنية المميز لهذا النوع من الشركات – الشركات ذات المسئولية المحدودة – عن شركات الأشخاص التي يسأل فيها الشريك مسئولية شخصية تضامنية مع غيره من الشركاء عن ديون الشركة والتزاماتها"[3].

أما بشأن حدود قيمة رأس المال في الشركة ذات المسئولية المحدودة فنجد أن القانون لم يحدد لرأس مال الشركة حداً أدنى في قيمته، وإنما أورد بأنه يكفي فيه بأن يكون كافياً لتحقيق الغرض من تأسيسها[4].

ومن خلال استعراض الخصائص السابقة للشركة ذات المسئولية المحدودة نجد أنها الأقرب في أوصافها وأحكامها إلى أحكام عقد التمويل بالمشاركة، إلا أنه تجدر الإشارة بأن القانون قد أورد العديد من الأحكام الموضوعية والإجرائية بشأن الشركة ذات المسئولية المحدودة، بل إنه قد أحال بشأن أحكامها التي لم يرد فيها نص خاص إلى الأحكام المتعلقة بالشركات المساهمة، وكل ذلك من شأنه أن يغير في آلية عقد التمويل بالمشاركة والذي قد يخرجه من صورته الإسلامية في بعض الحالات.

إذ كما ذكرنا سلفا بأن المتعاقدان لن يستطيعا إيراد كافة الأحكام وسد كافة الثغرات اتفاقيا تحسّباً لكافة الاحتمالات، وهو ما سيجعل المحكمة عند حصول نزاع معين إلى الرجوع لأحكام القانون

---

(1) راجع المادة (71) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية

(2) أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية، حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 283 لسنة 16ق جلسة 21 يناير سنة 1996،

(3) أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية، حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 811 لسنة 23ق جلسة 6 يونيو لسنة 2004.

(4) راجع المادة (67) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.

التجاري والذي قد يعرض عقد التمويل بالمشاركة إلى التفريغ من محتواه الإسلامي لوجود بعض الأحكام في القانون التجاري المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن هنا نرى بأن من اللازم على المشرع الإماراتي أن يتدخل بتشريعٍ يُقنّن فيه صيغ وأساليب الاستثمار التي تعمل بها المصارف الإسلامية وذلك من أجل حمايتها والحفاظ على شرعيتها، إذ أن إبقاء الحال على ما هو عليه في إطار عدم وجود تنظيم قانوني خاص لها من شأنه أن يحوّرها ويغير في أحكامها عند تطبيق القواعد القانونية المتاحة عليها من المنظومة التشريعية ككل، والذي قد يؤدي إلى إخراجها عن إطارها الإسلامي الصحيح، ومن ثم تنتفي معه كافة الغايات التي أوجدت هذه الأساليب من أجل تحقيقها.

الخاتمة

النتائج:

من خلال ما استعرضناه في هذه الدراسة يمكننا أن نتوصل إلى مجموعة من النتائج المهمة المتعلقة بموضوعها، وأبرزها أن التنمية الاقتصادية والاجتماعية من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، ولهذا الأساس حرّمت الشريعة الإسلامية السمحاء التعامل بالفوائد الربوية لما لها من آثار سلبية على الجانب الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع.

وفي ظل التطور والنمو الاقتصادي في العالم ككل، وبروز دور المصارف في ضخ الأموال وتمويل أنشطة المجتمعات، كان لزاما على فقهاء الشريعة الإسلامية إيجاد حلول بديلة عن المعاملات الربوية بحيث تستطيع معها المصارف القيام بالاستثمارات في إطار أحكام الشريعة الإسلامية وذلك تحقيقا للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما أوجد لنا صيغة التمويل بالمشاركة.

إلا أن المعاملات الإسلامية المصرفية والتي من بينها عقود التمويل بالمشاركة مازالت مستحدثة وغير مقننة قانونا، وهو ما جعلنا نبحث في ماهيتها من أجل الوصول إلى الأحكام القانونية المنطبقة عليها.

وقد توصلنا من خلال بحثنا إلى أنه يمكن إجمال التعريف القانوني لعقد التمويل بالمشاركة بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المصرف والعميل في الاشتراك بتملك مشروع معين من خلال المشاركة في رأس المال والإدارة، على أن تكون نسبة الأرباح الناتجة لكل منهما بالاتفاق، وتحمل الخسائر كل في حدود حصته في رأس المال.

ونظراً لعدم وجود التقنين الخاص بشأن عقد التمويل بالمشاركة، تحتّم علينا وضع هذه النوعية من العقود في إطار إحدى الأشكال القانونية للشركات المنصوص عليها، والذي توصلنا إلى أن الأقرب والأنسب في انطباقها هي الشركة ذات المسئولية المحدودة.

وبالرغم من محاولة وضع عقد التمويل في المشاركة في إطار الشركة ذات المسئولية المحدة، تبقى الأحكام القانونية مسيطرة على هيكل العلاقة بين المصرف والعميل، والتي من بينهما ما قد يخرج هذه العلاقة عن صورتها الإسلامية.

التوصيات:

انطلاقا من النتائج التي توصلت إليها في هذه الدراسة المتواضعة، أوصي المشرع الإماراتي بأن يلتفت إلى وضع تشريع قانوني خاص بالمعاملات المصرفية الإسلامية بحيث يحفظ لها كيانها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية دونما حاجة إلى الرجوع لقانون الشركات لما قد يؤديه في تغيير وتحوير مضمون المعاملة الإسلامية.

وفضلا عن إيجاد التشريع القانوني الخاص الذي يبين الأحكام التفصيلية لهذه المعاملات، أوصي المشرع كذلك بأن يورد أحكاما قانونية من شأنها أن تضمن للمصارف الإسلامية بأن تكون تعاملاتها كافة وفقا للشريعة الإسلامية دون أن تتأثر برجوعها إلى قواعد قانونية أخرى في أي من فروع القوانين الوضعية التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، كما يمكن للمشرع بأن ينص على استثناء المصارف الإسلامية من التقيد بأحكام قانون الشركات التجارية فيما يرتبط بأشكال الشركات أو الأحكام المخالفة للشريعة الإسلامية وذلك من أجل توفير الحماية الشرعية لها بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية.

كما أوصي المصارف الإسلامية بأن تسعى جاهدة لاستحداث صيغ وأساليب استثمارية إسلامية بحيث يمكن وضعها في إطار الأحكام القانونية الوضعية التي توافق أحكام الشريعة الإسلامية وذلك تجنبا للوقوع في مشكلة تطبيق أحكام قانونية أخرى مخالفة للشريعة الإسلامية بما من شأنه الخروج عن الغايات التي أوجدت هذه الصيغ والأساليب من أجلها.

قائمة المراجع :

- القرآن الكريم.
- القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987م بشأن المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
- القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 بشأن الشركات التجارية.
- د. أحمد شعبان مُحَّد علي، البنوك الإسلامية في مواجهة الأزمات المالية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010.
- أ. د. أحمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2014، ط2.
- د. أميرة فتحي عوض مُحَّد، عقود الاستثمار المصرفية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2014.
- د. عادل عبدالفضيل عيد، الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011.
- د. عاشور عبدالجواد عبدالحميد، البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية، دار النهضة العربية.
- د. عبدالعزيز قاسم محارب، المصارف الإسلامية، التجربة وتحديات العولمة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.
- علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، 2008.
- د. قادري مُحَّد الطاهر، المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، مكتبة حسن العصرية، بيروت، لبنان، 2014.
- د. ماجد مُحَّد فهاد تربان، المصارف الإسلامية التحديات والفرص، دار الواضح، الإمارات.
- مُحَّد صالح الحناوي، عبدالسلام سعيد فتاح، المؤسسات المالية البورصة والبنوك التجارية، الدار الجامعة، القاهرة، مصر.
- مُحَّد عبدالله شاهين، اقتصاديات البنوك الإسلامية وآثاراها في التنمية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014.
- أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية.